



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

RWA-41-2/05/PA/MM

Warszawa, dn. 29 grudnia 2006 r.

DECYZJA Nr RWA - 48/2006

I. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, zm. Dz. U. z 2006 r., Nr 157, poz. 1119) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18, poz. 172 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego na wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia – Bomar” w Skorogoszczy

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie pozycji dominującej przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu i nakazuje się jej zaniechania.

II. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego na wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia – Bomar” w Skorogoszczy

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nie stwierdza się stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie się cen niezamarzającego płynu do chłodziń na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu ceny płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo”, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, w celu eliminacji konkurentów.

III. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego na wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia – Bomar” w Skorogoszczy

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nie stwierdza się stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez ustalanie cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści.

IV. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego na wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia – Bomar” w Skorogoszczy

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku karę pieniężną w wysokości **14.000.000 zł** (słownie: **czternaście milionów złotych**), płatną do budżetu Państwa.

UZASADNIENIE

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie wpłynął wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia-Bomar” w Skorogoszczy (dalej: „Wnioskodawca”, „Przedsiębiorca” lub „Chemia-Bomar”) z dnia 26 lipca 1999 r. o wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie nakazania Polskiemu Koncernowi Naftowemu ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku (dalej: „Koncern”, „PKN ORLEN S.A.” lub „ORLEN”)¹ zaniechania praktyk ograniczających konkurencję polegających na nieuczciwym kształtowaniu cen glikolu monoetylenowego i płynu do chłodziń „Petrygo”. Ww. wniosek został uzupełniony pismami z dnia 16 lipca 1999 r., z dnia 23 sierpnia 1999 r. oraz z dnia 9 września 1999 r.

W uzasadnieniu żądania wszczęcia postępowania Pan Edward Marciniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia-Bomar” w Skorogoszczy podniósł, że PKN ORLEN S.A. występuje w obrocie w podwójnej roli: jako producent jednego ze sprzedawanych na rynku płynów do chłodziń (płyn do chłodziń o nazwie „Petrygo”) i zarazem jako jedyny krajowy dostawca glikolu monoetylenowego, który jest podstawowym surowcem używanym do produkcji płynu do

¹ Aktualna nazwa przedsiębiorcy: „Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A.” została wpisana do rejestru handlowego 12 kwietnia 2000 r. przez Sąd Rejonowy w Płocku. Do tego momentu spółka działała pod firmą „Polski Koncern Naftowy S.A.”.

chłodnic. Wnioskodawca wskazał na okoliczność, że PKN ORLEN S.A. podniósł cenę 1 tony glikolu monoetylenowego z poziomu poniżej 1200 zł na początku 1999 r. do 1850 zł w lipcu 1999 r. oraz do 2045 zł w sierpniu 1999 r. Według kalkulacji dokonanych przez „Chemia-Bomar” podwyżki te doprowadziły do zwiększenia się kosztów wytworzenia płynu do chłodnic o 60%. Wnioskodawca wskazywał bowiem, że 90% kosztów wytworzenia płynu niezamierzającego do chłodnic to właśnie cena glikolu, a ponadto ceny pozostałych składników produktu nie zmieniły się. Tymczasem według podanych przez niego informacji w okresie od początku roku do momentu sporządzania wniosku o wszczęcie postępowania (26 lipca 1999 r.), produkowany przez PKN ORLEN S.A. płyn do chłodnic „Petrygo” sprzedawany był po stałej cenie 1,55 za 1 kg (cena bez podatku od wartości dodanej VAT). W interpretacji Wnioskodawcy przedstawiona powyżej rozbieżność w kształtowaniu się cen obu produktów oferowanych przez ORLEN świadczy, że Koncern wykorzystując, że jest jedynym krajowym producentem glikolu celowo podwyższa cenę tego surowca w okresie poprzedzającym sezon sprzedaży płynu do chłodnic z zamiarem wyparcia konkurentów z tego rynku.

Wnioskodawca w piśmie z dnia 9 września 1999 r. poinformował Prezesa UOKiK o kolejnym podwyższeniu przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. ceny glikolu monoetylenowego z dniem 5 września 1999 r. do 2136 za 1 tonę surowca. W ww. piśmie „Chemia-Bomar” wskazało również na okoliczność, że ORLEN ogranicza dostęp do kontrolowanych przez siebie sieci stacji paliw dla produkowanego przez Przedsiębiorcę płynu do chłodnic. Wnioskodawca podniósł, że nie ma w ogóle możliwości sprzedaży produktu do sieci byłej Centrali Produktów Naftowych S.A., co według posiadanych przez niego informacji jest wynikiem zakazu wydanego agentom stacji paliw przez kierownictwo CPN. Natomiast możliwość sprzedaży wytwarzanego przez Wnioskodawcę płynu do chłodnic w sieci byłej Petrochemii Płock ograniczona została, według jego twierdzeń, do niewielkiej części stacji benzynowych.²

W odpowiedzi na ww. wniosek Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. nie zgodził się z zarzutami „Chemia-Bomar” (pismo z dnia 29 września 1999 r.). Podniósł zwłaszcza, że podwyżki cen glikolu monoetylenowego nie wiązały się z nadejściem sezonu sprzedaży płynów chłodniczych lecz ze wzrostem poziomu cen tego surowca na rynkach światowych. Koncern wyjaśnił bowiem, że stosowane przezeń ceny sprzedaży glikolu monoetylenowego ustalane są w relacji do notowań światowych tego produktu i na poparcie tych twierdzeń przekazał formułę cenową, w oparciu o którą wyznaczana jest cena krajowa glikolu (treść formuły znajduje się w utajnionym postanowieniu z dnia 30 grudnia 1999 r. załączniku do ww. pisma). Jednocześnie PKN ORLEN S.A. wskazał, że na krajowym rynku do chłodnic nie posiada pozycji dominującej, szacując swój udział w rynku na około 30%.

Ustosunkowując się natomiast do zarzutu niedopuszczania do swojej sieci sprzedaży płynu do chłodnic produkowanego przez Wnioskodawcę, Koncern podniósł, że Centrala Produktów Naftowych S.A. znalazła się w jego strukturze dopiero od dnia 7 września 1999 r. i w związku z tym PKN ORLEN S.A. nie był uprawniony do wpływania na zachowania rynkowe CPN, w tym także dotyczące zakupów płynów do chłodnic. Odnośnie zaś sieci Petrochemii Płock, ORLEN powołał się na § 4 ust. 2.3 wzorca umownego stosowanego do zawierania kontraktów z uczestnikami tzw. Sieci Stacji Patronackich, który zdaniem Koncernu świadczy, że na stacjach tych nie jest zakazana sprzedaż płynów do chłodnic dostarczanych przez innych producentów (wzorzec umowy również znajduje się w ww. utajnionym załączniku). Według opinii PKN ORLEN S.A., uczestnicy Sieci Patronackich

² W dniu 19 maja 1999 r. na Walnym Zgromadzeniu akcjonariusze Mazowieckich Zakładów Rafineryjnych i Petrochemicznych Spółka Akcyjna w Płocku (skrót firmy: „Petrochemia Płock S.A.”) podjęli uchwałę w przedmiocie połączenia Petrochemii Płock z Centralą Produktów Naftowych „CPN” S.A. z siedzibą w Warszawie, poprzez przeniesienie całego majątku CPN na Petrochemię Płock w zamian za akcje nowej emisji. Tego samego dnia zdecydowano również o zmianie firmy Petrochemii Płock, która otrzymała brzmienie „Polski Koncern Naftowy Spółka Akcyjna”. Wpis podwyższenia kapitału akcyjnego do rejestru handlowego Petrochemii Płock w wyniku uchwalonego połączenia nastąpił w dniu 20 maja 1999 roku.

mają pozycję samodzielnych przedsiębiorców, którzy sami decydują o wyborze dostawcy płynu do chłodziń, kierując się oczekiwaniami konsumentów oraz jego jakością.

„Chemia-Bomar” w dwu pismach datowanych na dzień 2 listopada 1999 roku podtrzymało swoje wcześniejsze zarzuty wobec PKN ORLEN S.A. Wnioskodawca wskazał na dwie kolejne podwyżki stosowanej przez Koncern ceny glikolu, informując, że w dniu 8 października 1999 r. obowiązywała cena 2178 zł, natomiast od dnia 1 listopada 1999 r. cena 2483 zł za 1 tonę tego surowca. Przedsiębiorca wskazał na dysproporcję w skali zmian pomiędzy wzrostem ceny glikolu monoetylenowego, a zwiększeniem ceny produkowanego przez ORLEN płynu do chłodziń „Petrygo”. Podczas bowiem gdy od kwietnia do listopada cena glikolu uległa podwojeniu (z poziomu poniżej 1200 zł za tonę do 2483 zł za tonę surowca), to cena „Petryga” wzrosła w tym okresie minimalnie (z 1,50 za kg do 1,70 zł za kg produktu). Wnioskodawca szacował, że gdyby cena płynu do chłodziń „Petrygo” uwzględniała wzrost ceny glikolu monoetylenowego, powinna ona wynosić nie 1,70 zł za kg lecz 2,85 zł za kg (przy przyjętym przez Przedsiębiorcę założeniu, że koszt glikolu stanowi 90% kosztów wytworzenia płynu). W ocenie „Chemia-Bomar” opisana sytuacja świadczyła o sprzecznym z prawem, nieuczciwym manipulowaniu cenami zarówno glikolu, jak i płynu do chłodziń „Petrygo” przez PKN ORLEN S.A.

Wnioskodawca ponownie stwierdził, że należące do sieci byłej Centrali Produktów Naftowych S.A. stacje paliw mają, na mocy „aneksu” do umowy agencyjnej zawartej pomiędzy CPN a agentami stacji, zakaz odbierania płynu do chłodziń od takich producentów jak „Chemia-Bomar”. Przedsiębiorstwo podniosło też nowy zarzut wobec PKN ORLEN S.A., wskazując, że Koncern ogranicza wielkość dostaw glikolu monoetylenowego na rynek krajowy. Jako dowód Wnioskodawca załączył wystawione przez ORLEN potwierdzenie zamówienia, z którego wynika, że mimo zamówienia przez PPH „Chemia-Bomar” 360 ton surowca, Koncern potwierdził dostawę połowy tej ilości, czyli 180 ton.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów pismem z dnia 17 listopada 1999 roku zawiadomił strony o wszczęciu na wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia-Bomar” w Skorogoszczy postępowania administracyjnego w sprawie nakazania Polskiemu Koncernowi Naftowemu ORLEN S.A. zaniechania praktyk monopolistycznych polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku glikolu monoetylenowego poprzez:

- I. przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, co narusza art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz. U. z 1999 roku Nr 52, poz. 547; zm.: Dz. U. z 2000 roku Nr 31 poz. 381);
- II. nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie cen niezamarzającego płynu do chłodziń na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu ceny płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo”, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, co narusza art. 5 ust. 1 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów.

Odpowiadając na powyższe zawiadomienie PKN ORLEN S.A. nie zgodził się z postawionymi zarzutami (pismo z dnia 8 grudnia 1999 r.). W kwestii zarzucanej praktyki monopolistycznej z art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy Koncern podniósł, że nie posiada pozycji dominującej na rynku produkcji i dystrybucji niezamarzających płynów do chłodziń. Natomiast odnośnie zarzutu praktyki monopolistycznej z art. 5 ust. 1 pkt 5 ustawy

o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów ORLEN wskazał, że wyznaczając cenę na glikol monoetylenowy kieruje się przede wszystkim mechanizmem podaży i popytu, uwzględniając dodatkowo fakt, że produkcja „Petrygo” stanowi obok eksportu glikolu, podstawowy sposób zagospodarowania glikolu, jako ubocznego produktu powstającego w procesie destylacji ropy naftowej.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2000 r. zakres przedmiotowego postępowania został rozszerzony o nakazanie PKN ORLEN S.A. zaniechania praktyki monopolistycznej polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku glikolu monoetylenowego na skutek:

III. ustalania cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści, co narusza art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów.

W odpowiedzi Koncern podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, że stosowana przez niego krajowa cena sprzedaży glikolu monoetylenowego opiera się na formule cenowej odwołującej się do zmiennych rynkowych, której wszystkie komponenty mają ekonomiczne uzasadnienie.

W toku postępowania Prezes Urzędu podjął następujące przekrojowe badania mające na celu poznanie struktury, stopnia koncentracji oraz specyfiki funkcjonowania krajowych rynków glikolu monoetylenowego oraz płynów niezamarzających do chłodziń.

A. Badania przedsiębiorców wykorzystujących do produkcji glikol monoetylenowy lub obracających na rynku krajowym tym surowcem (sygn. RWA-50/13/2000/MK).

Do działających w branży chemicznej przedsiębiorstw rozesłane zostały pisma zawierające jednolity zestaw pytań obejmujących kwestie związane z źródłami zaopatrzenia w glikol monoetylenowy, a w szczególności:

- a) wykaz dostawców zaopatrujących przedsiębiorcę w ten surowiec;
- b) poszczególne ilości glikolu monoetylenowego importowanego przez podmiot w latach 1997- 1999;
- c) wysokości cen płaconych za importowany glikol oraz ich zmienność w okresie od 1997 do 1999 roku;
- d) systemy, warunki zakupu, według których przedsiębiorca nabywał importowany glikol monoetylenowy.

B. Badania rynku dystrybucji płynów niezamarzających do chłodziń byłej spółki Centrala Produktów Naftowych „CPN” S.A.³ (sygn. RWA-50/W/42/99/MK).

Rezultatem tych badań są następujące dane oraz materiały dotyczące sprzedaży płynów do chłodziń we wszystkich 17 oddziałach regionalnych b. CPN;

- a) wykaz płynów sprzedawanych w sieci stacji paliw b. CPN na terenie działania poszczególnych oddziałów;
- b) informacje na temat stosowanego w różnych oddziałach systemów dystrybucji płynów;
- c) dane dotyczące udziału konkretnych marek płynów do chłodziń w całości realizowanej przez oddziały sprzedaży tego towaru;
- d) zobrazowanie zmian w cenie sprzedawanych przez oddziały poszczególnych płynów na przestrzeni 1999 roku;
- e) kopie wzorów umów o prowadzenie stacji paliw wraz z załącznikami do tych formularzy.

³ Zgodnie z danymi zawartymi w Prospekcie Emisyjnym Polskiego Koncernu Naftowego S.A. na 1999 rok stacje sieci CPN, według stanu na 30 czerwca 1999 r., stanowiły ponad 72% sieci stacji paliw Grupy PKN.

- C. Badania producentów oraz importerów płynów niezamarzających do chłodziarek (sygn. RWA-50/W/41/99/MK; RWA-50/17/2000/MK; RWA-50/17/2000/BK);

W badaniach tych wzięły udział wszystkie istniejące przedsiębiorstwa, mające w latach 1997-1999 uprawnienie wprowadzania do obrotu na rynku polskim płynów niezamarzających do chłodziarek. Pełną listę tych podmiotów Prezes Urzędu uzyskał od Zakładu Certyfikacji i Normalizacji Instytutu Transportu Samochodowego, który wydaje certyfikaty decydujące o dopuszczeniu danego płynu do obrotu. W odpowiedzi na pytania ujęte w standardowych kwestionariuszach przedsiębiorcy ci przekazali dane oraz informacje, które można pogrupować na:

I. dotyczące tajemnic produkcyjnych przedsiębiorcy:

- a) technologia produkcji wytwarzanego przez przedsiębiorcę płynu niezamarzającego do chłodziarek, w szczególności wykaz surowców niezbędnych do jego produkcji;
- b) kalkulacja kosztów wytworzenia produkowanego przez przedsiębiorcę płynu do chłodziarek;

II. dotyczące źródeł zaopatrzenia:

- a) dane nt. dostawców zaopatrujących przedsiębiorcę w surowce potrzebne do wyprodukowania płynu do chłodziarek;
- b) dane nt. dostawców glikolu monoetylenowego zaopatrujących przedsiębiorcę;
- c) ilości nabytego przez przedsiębiorcę glikolu monoetylenowego w 1997, 1998 oraz 1999 roku;

III. dotyczące źródeł i wielkości zbytu:

- a) ilość (w kg) i wartość sprzedaży produkowanego (importowanego) przez przedsiębiorcę płynu niezamarzającego do chłodziarek w 1997, 1998 oraz 1999 roku;
- b) jak na przestrzeni 1999 roku zmieniały się ceny produkowanego (importowanego) przez przedsiębiorcę płynu niezamarzającego do chłodziarek;
- c) szacunkowy udział przedsiębiorcy w rynku płynów do chłodziarek w Polsce w 1997, 1998 oraz 1999 roku;
- d) dane nt. krajowych konkurentów (producentów i importerów) w zakresie produkowanego (importowanego) przez przedsiębiorcę płynu niezamarzającego do chłodziarek (z podaniem ich szacunkowego udziału w rynku);
- e) zasięg geograficzny faktycznie realizowanej sprzedaży produkowanego (importowanego) przez przedsiębiorcę płynu niezamarzającego do chłodziarek;
- f) informacja, czy przedsiębiorca występował z ofertą dostaw produkowanego (importowanego) przez siebie płynu do chłodziarek do sieci patronackiej Polskiego Koncernu Naftowego S.A. oraz sieci b. Centrali Produktów Naftowych „CPN” S.A. oraz, jeżeli występował, jaką otrzymał odpowiedź;
- g) dane nt. trzech największych krajowych odbiorców produkowanego (importowanego) przez przedsiębiorcę płynu do chłodziarek.

W trakcie postępowania dowodowego zwrócono się również do Głównego Urzędu Statystycznego o przekazanie danych na temat importu glikolu monoetylenowego w latach 1997, 1998 oraz 1999. Uzyskane zostały tą drogą informacje określające odrębnie dla każdego roku ilość sprowadzonego do kraju glikolu, strukturę geograficzną importu oraz jego wartość zarówno w złotych, jak i w dolarach USA. Przedmiotowo dane te uściślają i uzupełniają badania przedsiębiorców wykorzystujących do produkcji glikol monoetylenowy lub obracających na rynku krajowym tym surowcem - wymienione pod literą A, razem z nimi tworząc pełny obraz struktury krajowego rynku glikolu monoetylenowego oraz unaoczniając zachodzące w tej dziedzinie aktywności gospodarczej tendencje.

W toku postępowania zarówno Wnioskodawca, jak i PKN ORLEN S.A. wniosły na podstawie art. 21a ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów o ograniczenie drugiej stronie prawa wglądu w istotne fragmenty przedstawionego przez nie materiału dowodowego. Mając na uwadze, że przekazane przez oba podmioty informacje technologiczne, handlowe oraz organizacyjne wchodziły w zakres pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153, poz 1503 z późn. zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w Warszawie uwzględnił wnioski stron postępowania. Tymi samymi przesłankami kierował się Prezes UOKiK z urzędu ograniczając „Chemia-Bomar” oraz PKN ORLEN S.A. prawo wglądu w obszerną część badań producentów lub importerów płynów do chłodziw.

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego na wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia – Bomar” w Skorogoszczy, Prezes UOKiK w dniu 19 lipca 2000 r. wydał decyzję, w której:

I. nakazał PKN ORLEN S.A. zaniechania praktyki monopolistycznej polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziw „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu (art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów),

II. nakazał PKN ORLEN S.A. zaniechania praktyki monopolistycznej polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie się cen niezamarzającego płynu do chłodziw na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu ceny płynu niezamarzającego do chłodziw „Petrygo”, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, w celu eliminacji konkurentów (art. 5 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 24 lutego 1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów),

III. nakazał PKN ORLEN S.A. zaniechania praktyki monopolistycznej polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez ustalanie cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści (art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 24 lutego 1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów),

IV. nałożył na PKN ORLEN S.A. karę pieniężną w wysokości 40.000.000 zł. (słownie: czterdzieści milionów złotych), płatną do budżetu państwa.

Od ww. decyzji Prezesa UOKiK PKN ORLEN S.A. wniósł odwołanie. Po jego rozpoznaniu Sąd Antymonopolowy wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2001 r. uchylił decyzję w całości (sygn. akt XVII Ama 95/00). SOKiK oparł swoje rozstrzygnięcie na art. 156 § pkt 2 k.p.a. wskazując, że zaskarżona decyzja Prezesa UOKiK jak i przebieg postępowania administracyjnego zawierają uchybienia o charakterze rażącego naruszenia prawa. W uzasadnieniu wyroku z dnia 13 sierpnia 2001 r. SOKiK wymienia:

- a) naruszenie art. 107 § 1 k.p.a. poprzez brak wszystkich niezbędnych elementów decyzji administracyjnej w szczególności oznaczenia organu administracji publicznej oraz podpisu z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji;
- b) brak kompetencji Dyrektora Delegatury UOKiK w Warszawie do wydania decyzji w sprawie jako organu administracji państwowej;
- c) naruszenie art. 9 k.p.a., 10 § 1 k.p.a. oraz art. 73 § 1 k.p.a. poprzez wyznaczenie

pełnomocnikowi powoda zbyt krótkich terminów na wgląd do akt postępowania oraz prawa wglądu po wydaniu decyzji a przed wniesieniem odwołania.

W związku z powyższym Sąd uznał, że rozpoznawanie zarzutów o charakterze merytorycznym jest bezprzedmiotowe.

Prezes UOKiK złożył od tego wyroku kasację, którą Sąd Najwyższy przyjął do rozpoznania. W dniu 10 lipca 2003 r. po jej rozpatrzeniu SN uchylił wyrok Sądu Antymonopolowego i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia (sygn. akt CKN 534/01). W uzasadnieniu wyroku SN wskazał, że zasadny jest zarzut Prezesa UOKiK naruszenia przez SOKiK art. 113 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nieprawidłowe zastosowanie art. 479²⁸ § 3 k.p.c. poprzez uchylenie decyzji Prezesa UOKiK nr RWA 17-2000 z dnia 19 lipca 2000 r. Zdaniem Sądu wnoszący odwołanie w przedmiotowej sprawie nie mógł skutecznie domagać się uchylenia zaskarżonej decyzji, a sąd antymonopolowy mógł tylko oddalić, odrzucić odwołanie lub je uwzględnić i zmienić zaskarżoną decyzję w całości lub w części.

W dniu 21 lipca 2004 r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, rozpoznając sprawę po przekazaniu przez SN, ponownie uchylił decyzję RWA-17/2000 (sygn. akt. XVII Ama 03/03). Sąd podniósł, że wydanie wyroku reformatoryjnego pozbawiłoby powoda prawa do prawidłowego uczestniczenia w postępowaniu przedsądowym (które, jak stwierdzono zawierało uchybienia). Ponadto, mając na uwadze również względy racjonalne (znaczny upływ czasu od momentu wydania decyzji Prezesa UOKiK mający wpływ na sądową ocenę dowodów i okoliczności faktycznych będących ich podstawą) Sąd uznał wydanie orzeczenia reformatoryjnego za niecelowe.

Akta sprawy zawierające odwołanie PKN ORLEN S.A. od decyzji RWA-17/2000, zakończonej prawomocnym wyrokiem z dnia 21 lipca 2004 r. o sygn. akt XVII Ama 93/03 wpłynęły ponownie do Delegatury UOKiK w Warszawie w dniu 3 grudnia 2004 r. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylający decyzję Prezesa Urzędu nie stanowił rozstrzygnięcia przez SOKiK *meritum* sprawy, a zatem co do istoty oznaczał przekazanie tej sprawy do ponownego rozpoznania.

Jednocześnie z dniem 1 kwietnia 2001 r. weszła w życie ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, która zastąpiła ustawę o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów. W świetle art. 113 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postępowania wszczęte na podstawie przepisów wcześniejszej ustawy prowadzi się na podstawie przepisów ustawy obecnie obowiązującej.

W związku z powyższym Delegatura UOKiK w Warszawie pismem z dnia 11 stycznia 2005 r. zawiadomiła strony o kontynuowaniu przedmiotowego postępowania oraz o przeniesieniu zarzutów postawionych PKN ORLEN S.A. na grunt obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym, postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek Pana Edwarda Marciniaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia – Bomar” w Skorogoszczy, należało kontynuować w sprawie nakazania PKN ORLEN S.A. zaniechania praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez:

I. przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu (art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów);

II. nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie się cen niezamarzającego płynu do chłodziń na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu ceny płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo”, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do

produkcji tego płynu, w celu eliminacji konkurentów (art. 8 ust. 1 i 2 ww. ustawy);

III. ustalanie cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści (art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 ww. ustawy).

Pismem z dnia 21 stycznia 2005 r. PKN ORLEN S.A. podtrzymał stanowisko, że nie ustalał ceny płynu do chłodziw w sposób nieadekwatny do wzrostu cen glikolu monoetylenowego (MEGP) oraz, że ustalanie cen MEG nie przynosiło PKN ORLEN S.A. nieuzasadnionych korzyści, a tym samym nie prowadził polityki cenowej zmierzającej do wypierania z rynku innych krajowych producentów płynów do chłodziw. Na potwierdzenie swojego stanowiska PKN ORLEN S.A. wskazał, że posiadał nad „Chemia-Bomar” przewagę kosztową w produkcji płynu do chłodziw wynikającą z przewagi technologicznej Koncernu. Ponadto ORLEN podkreślił, że koszty wytworzenia płynu do chłodziw ponoszone przez Koncern nie są porównywalne z odpowiednimi kosztami Wnioskodawcy z uwagi na tzw. ekonomię skali i zakresu. Wraz ze wzrostem wolumenu produkcji maleje bowiem koszt wytworzenia poszczególnych produktów (ekonomia skali) zwłaszcza, jeżeli wytwarzane są w procesie zintegrowanym (ekonomia zakresu). Zatem Koncern jako przedsiębiorstwo o znacznie większym wolumenie produkcji niż „Chemia-Bomar” ponosi nieporównywalne nakłady takie jak robocizna bezpośrednia, energia elektryczna, koszty wydziałowe, koszty ogólnozakładowe i koszty sprzedaży. PKN ORLEN S.A. ustosunkował się również do zarzutu ustalania cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści stwierdzając, że cena ustalana jest w oparciu o formułę cenową i *de facto* jest średnią arytmetyczną ceny spotowej i ceny kontraktowej wyliczonej na podstawie notowań zamieszczanych w serwisie ICIS LOR.

Wnioskodawca podtrzymał aktualność postawionych ORLEN zarzutów pismem z dnia 25 kwietnia 2005 r. W ww. piśmie „Chemia-Bomar” wskazał, że wzrost ceny glikolu monoetylenowego o 1000 PLN/tona nie powoduje wzrostu ceny produktu finalnego produkowanego przez PKN ORLEN S.A., co zdaniem Wnioskodawcy jest ewidentnym nadużyciem pozycji dominującej, mającym na celu wyeliminowanie konkurentów z rynku.

Kontynuując postępowanie antymonopolowe Prezes UOKiK uzupełnił materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy do momentu wydania uchylonej decyzji Prezesa UOKiK nr RWA 17/2000 z dnia 19 lipca 2000r. PKN ORLEN S.A. udzielił żądanych informacji i wyjaśnień pismami z dnia 11 kwietnia 2005 r., 4 maja 2005 r., 18 maja 2005 r. oraz 7 grudnia 2005 r., natomiast Wnioskodawca pismami z dnia 25 kwietnia 2005 r. oraz 15 lipca 2005 r.

W toku postępowania ujawniła się konieczność ponownego przeprowadzenia badania rynków właściwych wyodrębnionych w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 19 lipca 2000 r. nr RWA-17/2000. W związku z tym Prezes Urzędu podjął przekrojowe badania rynku glikolu monoetylenowego mające na celu przede wszystkim ustalenie aktualnego właściwego rynku geograficznego w sprawie. W ankiecie z dnia 10 listopada 2005 r. brało udział sześciu przedsiębiorców reprezentujących poszczególne branże, w których do produkcji stosowany jest MEG. W dniu 4 stycznia 2006 r. powyższą ankietę uzupełniono dodatkowymi pytaniami oraz rozszerzono krąg badanych o jednego przedsiębiorcę, który rozpoczął produkcję w 2005 r. w wyniku dużej międzynarodowej inwestycji.

Ponadto badaniu poddano kolejny nie analizowany wcześniej w sprawie szczebel rynku glikolu monoetylenowego tj. sektor dystrybucji MEG. Do ankiety wytypowano ośmiu przedsiębiorców o zróżnicowanym potencjale rynkowym, którzy zostali wskazani przez odbiorców jako potencjalni dostawcy MEG na teren Polski.

Uzyskane informacje zostały uzupełnione o dane otrzymane z Głównego Urzędu Statystycznego (GUS) (pismo z dnia 19 stycznia 2006 r.)

Prezes UOKiK przeprowadził ponadto badanie producentów płynów niezamarzających do chłodziw mające na celu poznanie aktualnej struktury, stopnia koncentracji oraz specyfiki funkcjonowania krajowego rynku płynów niezamarzających do chłodziw (pisma Prezesa UOKiK z dnia 10 maja 2006 r.). Ww. badanie rynku również uzupełniono o informacje

otrzymane z GUS pismem z dnia 5 czerwca 2006 r. Ponieważ dane przekazane przez GUS obejmowały szerszą grupę produktów od wyodrębnionego w sprawie rynku produktowego, ujawniła się konieczność przeprowadzenia uzupełniającego badania przedsiębiorców działających na krajowym rynku płynów niezamarzających do chłodziń (pisma z dnia 8 sierpnia 2006 r). Przedmiotowe badanie objęło wszystkich przedsiębiorców aktualnie posiadających prawo do wprowadzania do obrotu płynów niezamarzających do chłodziń na terenie kraju. Pełną listę ww. przedsiębiorców Prezes UOKiK uzyskał od Instytutu Transportu Samochodowego pismem doręczonym 22 maja 2006 r. W badaniu producentów płynów niezamarzających do chłodziń uczestniczyli również „Chemia-Bomar” i PKN ORLEN S.A., którzy złożyli dodatkowe wyjaśnienia odpowiednio pismami z dnia 29 czerwca 2006 r. i 29 maja 2006 r.

W toku niniejszego postępowania antymonopolowego zarówno Wnioskodawca, jak i PKN ORLEN S.A. wniosły na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o ograniczenie drugiej stronie prawa wglądu w istotne fragmenty przedstawionego przez nie materiału dowodowego. Mając na uwadze, że przekazane przez oba podmioty informacje technologiczne, handlowe oraz organizacyjne wchodzą w zakres pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w Warszawie uwzględnił wnioski stron postępowania. Tymi samymi przesłankami kierował się Prezes UOKiK ograniczając „Chemia-Bomar” oraz PKN ORLEN S.A., z urzędu lub na wniosek przedsiębiorcy uczestniczącego w ankiecie, prawo wglądu w obszerną część badań producentów lub importerów glikolu monoetylenowego oraz płynów niezamarzających do chłodziń.

Prezes UOKiK uznał, że w niniejszej decyzji należy dokonać oceny stanu faktycznego obejmującego okres od 1997 roku. W związku z tym przedmiotowa decyzja obejmuje materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu zakończonym decyzją Prezesa UOKiK z 19 lipca 2000 r. nr RWA -17/2000, które po jej uchyleniu było kontynuowane. Analizie zostały poddane dane do końca 2005 r. z uwagi na fakt, że pełne zestawienie danych rynkowych mogło zostać uzyskane na koniec 2005 r.

Wpływ na strukturę niniejszej decyzji ma również okoliczność, że istotna część materiału została utajniona bądź dla poszczególnych stron postępowania osobno, bądź też dla obu razem. Całkowicie nielogiczne byłoby bowiem, gdyby Prezes Urzędu ograniczywszy stronom prawo wglądu w określone pisma, przekazał im następnie w decyzji administracyjnej syntetyczne opracowanie utajnionych danych. Dlatego niniejsza decyzja składa się z trzech komplementarnych części:

- A. Część właściwa decyzji - jawna dla obu stron postępowania, której redakcyjnie podporządkowane są oba załączniki;
- B. Załącznik Nr 1 wraz z wykresami nr 1-3, 6, 8-10 - zawierający informacje utajnione na wniosek PKN ORLEN S.A. następującymi postanowieniami:
 - z dnia 30 grudnia 1999 roku;
 - z dnia 11 stycznia 2000 roku;
 - z dnia 12 kwietnia 2000 roku;
 - z dnia 9 czerwca 2000 roku;
 - z dnia 29 czerwca 2000 roku;
 - z dnia 1 lipca 2005 roku;
 - z dnia 26 lipca 2006 roku;
 - z dnia 10 października 2006 roku;
 - z dnia 12 października 2006 roku.
- C. Załącznik Nr 2 wraz z wykresami nr 4-5 i 10 - zawierający informacje na temat sprzedaży produkowanego płynu do chłodziń utajnione na wniosek „Chemia-

Bomar” postanowieniem z dnia 16 czerwca 2000 roku oraz wyniki badań producentów lub importerów płynów niezamarzających do chłodziń utajnione z urzędu lub na wniosek postanowieniami z dnia 20 marca 2000 r., z dnia 15 czerwca 2000 r., z dnia 26 lipca 2006 r. oraz z dnia 10 października 2006 r.

W toku postępowania dowodowego ustalono następujący stan faktyczny sprawy.

Pan Edward Marciniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Chemia-Bomar w Skorogoszycy jest producentem różnego rodzaju akcesorii samochodowych (płynów eksploatacyjnych w tym niezamarzającego płynu do chłodziń), oraz handlem chemikaliami. Wnioskodawca działa od blisko 25 lat obecnie współpracując z odbiorcami na terenie całego kraju m.in. Stacjami ARAL, PKS (PKS Oława, PKS Płock, PKS Dzierżoniów, PKS Leszno, PKS Opole, PKS Strzelce Opolskie, PKS Wrocław, PKS Świdnica, PKS Wałbrzych, itd.) oraz przedsiębiorstwami chemicznymi.⁴ W związku z produkcją płynów chłodzińskich Chemia-Bomar pozostaje w kontaktach handlowych z PKN ORLEN S.A., która jest jedynym producentem glikolu monoetylenowego w Polsce, surowca niezbędnego do wytworzenia płynu chłodzińczego.

PKN ORLEN S.A. jest jedną z największych korporacji przemysłu naftowego w Europie Środkowo-Wschodniej. Zajmuje się przerobem ropy naftowej na takie produkty jak: benzyny bezołowiowe, olej napędowy, olej opałowy, paliwo lotnicze, tworzywa sztuczne, wyroby petrochemiczne (m. in. glikol monoetylenowy) oraz płyny niezamarzające do chłodziń. Koncern zarządza sześcioma rafineriami w Polsce i Czechach. Zintegrowany kompleks rafineryjno-petrochemiczny w Płocku zaliczany jest do najnowocześniejszych i najefektywniejszych tego typu obiektów w Europie. Łączne moce przerobowe ORLENU w Europie Środkowo-Wschodniej wynoszą 21,7 mln ton ropy rocznie. PKN ORLEN S.A. posiada największą w Europie Centralnej sieć stacji paliw zlokalizowanych w Polsce, Niemczech i Czechach i jednocześnie jest liderem detalicznej sprzedaży paliw w Polsce. Dysponuje jedną trzecią wszystkich stacji benzynowych funkcjonujących na terenie kraju. Na koniec 2005 roku udział ORLENU w rynku detalicznym paliw kształtował się na poziomie 27%. Koncern obsługuje klientów poprzez sieć 1324 stacji własnych oraz 588 stacji patronackich. Zapleczem sieci detalicznej ORLENU jest efektywna infrastruktura logistyczna, składająca się z naziemnych i podziemnych baz magazynowych oraz sieci rurociągów własnych i dzierżawionych.⁵

A) Glikol monoetylenowy

Glikol monoetylenowy (MEG) jest jednym z produktów petrochemicznych powstających na bazie frakcji będących wynikiem destylacji ropy naftowej. Ponieważ proces technologiczny, w którym powstaje glikol ma charakter łączny (sprzężony) nie jest możliwe rozliczenie kosztu przerobu ropy naftowej przypadającego na ten produkt. W konsekwencji jedyną racjonalną metodą wyznaczania przez przedsiębiorstwa zajmujące się przerobem ropy naftowej cen glikolu jest odniesienie ich do notowań tego surowca na rynku światowym. Te odzwierciedlają bowiem ekonomiczną rzadkość dobra w danej chwili.

** produkcja glikolu monoetylenowego*

⁴ Na podstawie informacji znajdujących się na stronie internetowej www.plyny.pl.

⁵ Na podstawie informacji znajdujących się na stronie internetowej www.orklen.pl.

Przemysł rafinacji ropy naftowej, podobnie jak cała branża chemiczna, opiera się na produkcji sprzężonej (łączonej). Polega ona na wytwarzaniu w procesie technologicznym z jednego wsadu surowcowego równocześnie kilku wyrobów różniących się właściwościami użytkowymi, cechami fizycznymi lub chemicznymi. Istotą opisywanego sposobu wytwarzania jest ta jego właściwość, że żadnego z wyrobów procesu łącznego nie można wyprodukować bez jednoczesnego wytworzenia pozostałych wyrobów.⁶

Przyjmuje się, że w wyniku produkcji łącznej (sprzężonej) powstają:

- 1) produkty główne (łączne) (*joint products*) - są to wyroby mające znaczący udział w całości sprzedaży przedsiębiorstwa;
- 2) produkty uboczne (*by-products*) - takie, których wartość sprzedaży jest nieznaczna, a w każdym razie niewielka w porównaniu z wartością sprzedaży produktów łącznych, powstają one przy okazji wytwarzania produktów głównych i mają relatywnie niższą wartość użytkową;⁷
- 3) odpady produkcyjne - produkty bezwartościowe, które powodują dodatkowe koszty ich likwidacji.⁸

Produkty główne mają decydujący wpływ na stabilność finansową i strategię działania przedsiębiorstwa. Ponadto zazwyczaj, produkty uboczne nie mają wpływu na decyzje dotyczące produkcji wyrobów głównych. Przy czym, zaznaczyć należy, że nie jest możliwe przeprowadzenie precyzyjnej i ścisłej linii podziału pomiędzy produktami głównymi a ubocznymi. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że przypisanie danego wyrobu do jednej z kategorii zależy w znacznej mierze od oceny konkretnych okoliczności. Dlatego może się zdarzyć, że dwaj różni przedsiębiorcy będą inaczej klasyfikować ten sam produkt.⁹

** koszt wytworzenia glikolu monoetylenowego*

Należy wyjaśnić, że w praktyce istnieje konieczność rozliczania kosztów łącznych na poszczególne produkty powstające w procesie technologicznym. Jest to bowiem niezbędne dla dokonania wyceny zapasów nagromadzonych przez przedsiębiorstwo. Tego typu operacja jest jednak jedynie zabiegiem rachunkowym opartym o umowne założenia, nie mogącym stanowić podstawy dla decyzji dotyczących przedsiębiorstwa.¹⁰ Nawet jednak w tym wypadku produkty uboczne traktuje się jako wtórne względem produktów głównych i przykłada się do nich mniejszą wagę. W literaturze na temat rachunkowości zarządczej (rachunku kosztów) za usprawiedliwiony uważa się taki wariant alokowania kosztów łącznych, by obciążały one wyłącznie produkty główne. W modelu tym pomija się więc całkowicie okoliczność, że koszty łączne poniesione zostały również na wytworzenie produktów ubocznych (mimo, że produkty te przedstawiają sobą realną wartość). Wynika to ze wspomnianej już drugorzędności wartości sprzedaży produktów ubocznych dla wielkości całości sprzedaży przedsiębiorstwa.¹¹ Podsumowując dotychczasowe uwagi dotyczące produktów ubocznych, do której to kategorii należy w ramach przemysłu przerobu ropy naftowej glikol, należy stwierdzić, że koszty wytworzenia tych produktów są nie tylko niemożliwe do rozliczenia, ale traktuje się je jako zupełnie marginalne, bez wpływu na decyzje o przedsiębiorstwie.

Z istoty sprzężonego charakteru produkcji wynika niemożliwość zidentyfikowania poszczególnych odrębnych produktów – głównych, ubocznych, a do pewnego stopnia również odpadów. W konsekwencji, zgodnie z wcześniej poczynionymi uwagami,

⁶ A. Jaruga, W. Nowak, A. Szycha, *Rachunkowość zarządcza. Koncepcje i zastosowania*, Łódź 1999 r., str. 251.

⁷ Por. Colin Drury, *Rachunek Kosztów. Wprowadzenie*, Warszawa 1998 r., PWN, str. 218-219; T. Lucey, *Costing*, Londyn 1993, DP Publications, str. 210.

⁸ Ta kategoria produktów wyodrębniona została w pracy: A. Jaruga, W. Nowak, A. Szycha, *Rachunkowość zarządcza*, op. cit., str. 251, przez innych autorów będąc traktowana jako część grupy produktów ubocznych.

⁹ Zob. T. Lucey, *Costing*, op. cit., str. 210.

¹⁰ Metody te przedstawione zostały w pracach: Colin Drury, *Rachunek Kosztów*, op. cit., str. 219-224; T. Lucey, *Costing*, op. cit., str. 210-211; A. Jaruga, W. Nowak, A. Szycha, *Rachunkowość zarządcza*, str. 252 i nast.

¹¹ Colin Drury, *Management and Cost Accounting*, Londyn 1992, Chapman & Hall, str. 161.

niewykonalne jest również określenie, w jakiej proporcji należy przypisać im łącznie poniesione na produkcję koszty. Stan taki trwa jednak jedynie do pewnego etapu produkcji, zwanego „punktem rozłączenia” (*split-off point*). Jest to faza procesu technologicznego, w której z masy przetwarzanych surowców wyłania się produkt. W praktyce może się zdarzyć, że ogół produktów wyodrębni się w tym samym momencie. W przemyśle przerobu ropy naftowej jest inaczej – poszczególne produkty wyłaniają się stopniowo, co na gruncie teoretycznym oznacza wielość „punktów rozłączenia”.¹² Najpierw więc w części rafineryjnej PKN ORLEN S.A. wyodrębniane są, jako destylaty ropy naftowej, kolejno: benzyna lekka, benzyna ciężka, nafta, olej napędowy, gudren (główny składnik asfaltów). Następnie zaś w części petrochemicznej Koncernu, gdzie przerób surowca jest głębszy, a technologicznie bardziej skomplikowany, przetwarza się dalej określone frakcje ropy uzyskując stopniowo poszczególne produkty, w tym glikol. Następnym wyodrębnieniem danych produktów z procesu produkcji sprzężonej po przekroczeniu „punktu rozłączenia” jest pełna możliwość rozliczenia dalszych kosztów poniesionych w związku z konkretnymi wyrobami. Są to już bowiem wyłącznie koszty poniesione w celu uzyskania korzyści z danego produktu głównego lub ubocznego.¹³

Po „punkcie rozłączenia” produkty mogą być sprzedane lub stanowić przedmiot dalszego przetwarzania. W literaturze nie budzi wątpliwości fakt, że w tym drugim wypadku wszystkie koszty dalszego przerobu (*further processing costs*), zwane również „dalszymi” (*subsequent*) lub „dodatkowymi” (*additional processing costs*) mogą być z łatwością przypisane do poszczególnych produktów.¹⁴ Typowym wyborem przed jakim, wobec tego, staje wytwórca to dylemat, czy sprzedać produkt główny (łączny) lub uboczny w stanie, w jakim wyodrębnił się on z procesu produkcji łącznej, czy też ponieść dodatkowe nakłady na zwiększenie jego wartości i w zamian uzyskać podwyższoną cenę. W istocie decydujące znaczenie dla zachowania się przedsiębiorcy ma porównanie możliwego do osiągnięcia wzrostu przychodu (różnicy cen produktu w „punkcie rozłączenia” i po ulepszeniu) ze wzrostem kosztów niezbędnych dla uzyskania tego dodatkowego przychodu.¹⁵

Przed takim właśnie dylematem stoi PKN ORLEN S.A. Koncern dysponując jako jedyne przedsiębiorstwo w Polsce zespołem instalacji petrochemicznych jest głównym dostawcą glikolu (produkt uboczny) na rynek krajowy. Zarazem, ponosząc dodatkowe koszty dokonuje przerobu glikolu na płyn do chłodziń. ORLEN dokonuje wyboru, w jakim stopniu i na jaką skalę zaangażować się w działalność na rynku glikolu i jakim na rynku płynów do chłodziń.

Należy podkreślić, że glikol jest produktem ubocznym powstałym w procesie produkcji sprzężonej więc określenie kosztów jego wytworzenia jest niemożliwe. Cena tego dobra badana może być przez Prezesa Urzędu jedynie pod kątem prawidłowości przyjętego przez Koncern mechanizmu jej wyznaczania w oparciu o cenę światową. W wypadku płynu niezamarzającego do chłodziń – przeciwnie: dokładnie da się określić nakłady poniesione na jego wytworzenie z glikolu monoetylenowego. Ustalenia te wyznaczyły ramy prowadzonego przez Prezesa UOKiK – Delegaturę w Warszawie postępowania dowodowego.

* *wielkość sprzedaży glikolu monoetylenowego PKN ORLEN S.A.*

Wielkość sprzedaży glikolu PKN ORLEN S.A. obrazują dane zawarte w Tabeli 1 „Krajowy rynek glikolu monoetylenowego” [Punkt 1 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]. Glikol etylenowy stosowany jest w płynach niezamarzających do chłodziń samochodowych, jako rozpuszczalnik, do produkcji żywic poliestrowych, włókien syntetycznych, rozpuszczalników,

¹² Por. Ibidem, str. 161; *T Lucey, Costing*, op. cit., str. 211.

¹³ *Colin Drury, Management and Cost Accounting*, op. cit., str. 161.

¹⁴ Zob. *T. Lucey, Costing*, op. cit., str. 211; *Colin Drury, Management and Cost Accounting*, op. cit., str. 161.

¹⁵ Dosłownie: „All that matters is a comparison of the increase in revenue with the increase in costs necessary to achieve that revenue.” - *T. Lucey, Costing*, op. cit., str. 214.

plastyfikatorów oraz do produkcji materiałów wybuchowych. Od 2003 r. funkcjonuje w Elanie (spółka Boryszew S.A. Oddział Elana w Toruniu) nowa instalacja do produkcji włókien syntetycznych (PET), a od 2005 r. działa nowy producent tego tworzywa spółka SK Eurochem we Włocławku. W związku z tym należy podkreślić, że zapotrzebowanie na glikol na terytorium RP w ostatnich latach bardzo wzrosło.

** polityka sprzedaży glikolu monoetylenowego PKN ORLEN S.A.*

Potencjał produkcyjny Koncernu w zakresie glikolu monoetylenowego przewyższa zapotrzebowanie krajowe. Proporcje ilościowe pomiędzy sprzedażą glikolu w kraju oraz za granicą w latach 1997-2005 zobrazowane są na Wykresie 1 „Ilości glikolu sprzedawane przez ORLEN w kraju i na eksport (w tonach)” **[Punkt 2 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**. Koncern liczyć się musi z jednej strony z ograniczonymi możliwościami magazynowania (oraz ze związanymi z przechowywaniem produktu kosztami), z drugiej zaś z faktem, że glikol jest towarem, na który popyt wzrasta w okresie produkcji płynów chłodniczych. Dlatego stosowanie całorocznej strategii sprzedaży stanowi dla ORLENU konieczność. Polityka PKN ORLEN S.A. w zakresie sprzedaży MEG kształtuje się w sposób następujący. **[Punkt 3 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

** sposób ustalania ceny krajowej glikolu monoetylenowego przez PKN ORLEN S.A.*

Z uwagi na sprzężony (łączny) charakter produkcji PKN ORLEN S.A. nie może określić kosztów wytworzenia glikolu monoetylenowego. W związku z tym, Koncern stosuje określoną formułę cenową służącą wyznaczaniu ceny glikolu monoetylenowego w sprzedaży krajowej. Prezes Urzędu przeprowadził analizę polegającą na porównaniu cotygodniowych wartości wyznaczonych na podstawie formuły oraz stosowanej przez ORLEN krajowej ceny bazowej glikolu. **[Punkt 4 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

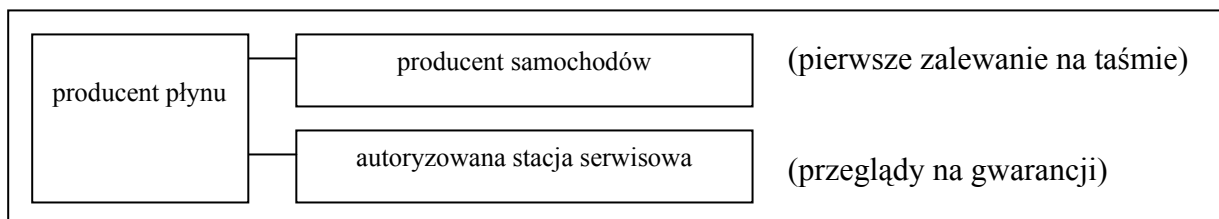
B) Płyny niezamarzające do chłodziw

Jednym z produktów otrzymywanych po przetworzeniu glikolu monoetylenowego jest niezamarzający płyn do chłodziw, który uzyskuje się poprzez dokładne rozcieńczenie z wodą w stosunku ok. 1:1 mieszaniny glikolu z pakietem tzw. dodatków. Ponad 95% światowej produkcji płynów chłodniczych opiera się na glikolach etylenowych. Produkcja płynów z użyciem glikoli propylenowych, mimo wzrostu w ostatnich latach nie przekracza 5%. Płyn chłodniczy eksploatacyjny jest wodnym roztworem glikoli, zawierającym odpowiedni zestaw dodatków. Wodny roztwór glikolu zapewnia wymagany zakres temperatury (od ok. -35°C do ponad 100°C). Do 5% masy płynu do chłodziw stanowią wspomniane dodatki. Składają się na nie przede wszystkim inhibitory korozji, a ewentualnie także inne substancje, jak np. zapobiegające odkładaniu się kamienia w urządzeniach układu chłodzenia, czy konserwujące gumę. Produkty poszczególnych producentów odróżnia jedynie stosowany zestaw pakietu dodatków, który stanowi tajemnicę handlową każdego wytwórcy. Tradycyjny lub nowoczesny pakiet dodatków w płynie sprawia, że częstotliwość wymiany płynu eksploatacyjnego jest różna i wynosi od 2-3 nawet do 5 lat.

** segmenty rynku płynów chłodniczych*

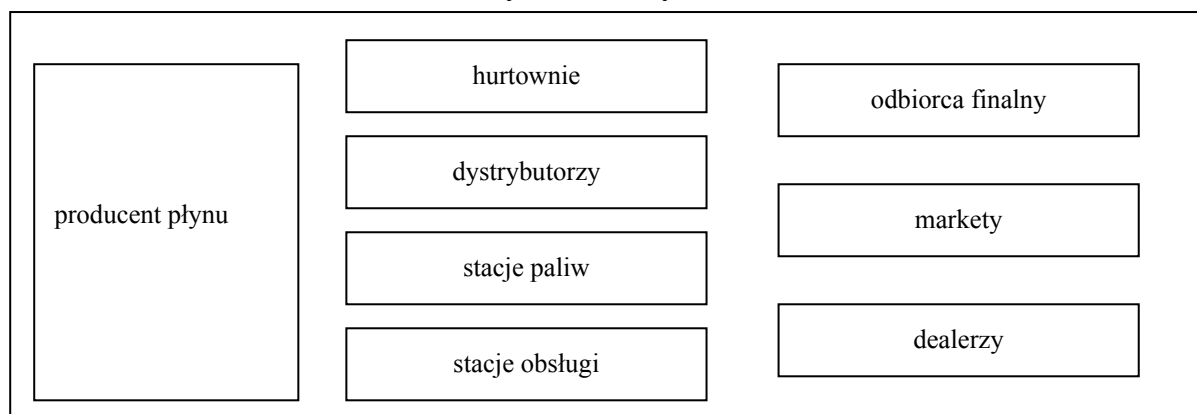
Płyny chłodnicze funkcjonują w segmencie pierwotnym i wtórnym. Rynek pierwotny należy do OEM&OES (OEM – Original Equipment Manufacturer, OES – Original Equipment Specification) czyli w przypadku płynów chłodniczych do pojazdów samochodowych - rynek pierwotny przedstawia się następująco:

Rynek pierwotny



Szacunkowo rynek pierwotny w Europie stanowi ok. 31% całego rynku płynów chłodniczych. Na rynku pierwotnym występuje instytucjonalny nabywca płynów. Nabywa on wyłącznie te płyny, które w wyniku przeprowadzonych badań zyskały jego certyfikat. Taki płyn jest umieszczony w instrukcji użytkowania samochodu i zalecany do stosowania w autoryzowanej stacji obsługi. W segmencie tym występuje silna konkurencja potencjalna, przedsiębiorców usiłujących uzyskać certyfikat określonego producenta samochodów i możliwość dostaw w segmencie pierwotnym. Na rynku wtórnym występują również nabywcy instytucjonalni, ale pojawia się także nabywca finalny. Nabywca instytucjonalny to producent lub pośrednik handlowy, który nabywa towar na swój własny użytek lub celem odsprzedaży, zaś nabywca finalny to ten, kto korzysta bezpośrednio z danego dobra nabytego dla jego gospodarstwa domowego.

Rynek wtórny



Europejski segment wtórny stanowi ok. 69% całego rynku płynów chłodniczych. Dostarczenie produktu od producenta do odbiorcy finalnego - indywidualnego (właściciel samochodu) lub instytucjonalnego (np. firma transportowa) odbywa się odpowiednim kanałem dystrybucji, różnej długości.

Z przeprowadzonych nad płynami chłodniczymi badań (literaturowych) wynika, że generalnie płyny są oferowane do wszystkich typów samochodów i nie można mówić o segmencie samochodów osobowych, czy ciężarowych. Pojawiają się oczywiście specjalne gatunki płynów, które są preferowane dla określonych typów samochodów. Można natomiast wyodrębnić segmenty samochodów starych, których właściciele używają płyny niższej jakości jak Borygo czy Petrygo, kierując się niską ceną oraz segment samochodów nowych. Do tej drugiej kategorii zalicza się płyny importowane, które są co najmniej dwukrotnie droższe. Produkty te sprzedawane są pod renomowanymi markami i rekomendowane przez poszczególnych producentów samochodów. Czynniki te wpływają na fakt, że płyny importowane znajdują swych odbiorców głównie wśród posiadaczy nowych i drogich pojazdów.¹⁶

¹⁶ Na podstawie opracowania załączonego na płycie CD do pisma PKN ORLEN S.A. z dnia 29 maja 2006 r. „Badanie rynku płynów chłodniczych i jego perspektywy pod kątem planowania wielkości rocznej sprzedaży z PKN Orlen S.A. do 2010 r.” sporządzonego przez spółkę IntraChem z siedzibą w Warszawie.

** wymogi administracyjno-prawne wprowadzania płynów chłodniczych do obrotu*

Stosownie do art. 66 ust. 5 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. Nr 98, poz. 602, z późn. zm) i § 10 ust. 1 wydanego na podstawie ww. artykułu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. z 2003 Nr 32 poz. 262), przedmioty wyposażenia i części pojazdów związane z bezpieczeństwem ich użytkowania i ochroną środowiska mogą być stosowane w pojazdach, jeżeli oznakowane są znakami homologacji międzynarodowej stosowanymi w homologacji Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - "E" lub Unii Europejskiej - "e". Zgodnie z załącznikiem nr 3 pkt 19 do ww. rozporządzenia do przedmiotów wyposażenia i części związanych z bezpieczeństwem użytkowania pojazdu i ochroną środowiska zalicza się płyny eksploatacyjne: hamulcowe, do układów chłodzenia silników spalinowych oraz do spryskiwania szyb samochodowych. W związku z powyższym przed dopuszczeniem do obrotu każdy z płynów przejść musi zestaw badań laboratoryjnych, nadzorowanych przez Instytut Transportu Samochodowego. Uzyskanie certyfikatu ITS na płyn do układów chłodzenia silników spalinowych oznacza zgodność płynu z normami międzynarodowymi i możliwość wprowadzania do obrotu płynu przez podmiot, który otrzymał ww. certyfikat tej placówki. Liczba wydanych takich certyfikatów w latach 1995-2005 wynosiła odpowiednio: 11, 17, 16, 25, 17, 18, 15, 9, 9, 10, 22.

** wielkość sprzedaży płynu na terenie Polski*

Płyny chłodnicze są wyrobem, który nie występuje samodzielnie ani w statystyce GUS (produkcja), ani w statystyce handlu zagranicznego. W bazie CIHZ import-eksport, występuje w postaci zagregowanej z innymi produktami. W związku z powyższym Prezes UOKiK w celu obliczenia konsumpcji płynów chłodniczych przeprowadził badanie wszystkich przedsiębiorców posiadających certyfikat na płyn do układów chłodzenia silników spalinowych wydawany przez Instytut Transportu Samochodowego (dalej: Certyfikat). Badanie przeprowadzone zostało dwukrotnie:

- a) dla lat 1997-1999 i obejmowało przedsiębiorców posiadających ww. certyfikat ww. okresie;
- b) dla lat 2000-2005 i obejmowało przedsiębiorców posiadających ww. certyfikat na dzień przeprowadzenia badania 10 maja 2006 r. uzupełnionego badaniem z 8 sierpnia 2006 r.

Wyniki badania odzwierciedlone zostały w Tabeli nr 2 „Krajowy rynek płynów do chłodnic” **[Punkt 1 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

Sprzedaż płynów do chłodnic na terenie Polski w całym badanym okresie pozostawała na ustabilizowanym poziomie. Faktem jest, że od 1997 r. do 2000 r. rokrocznie spadała przeciętnie o 3%, jednak w latach 2002-2004 uległa ponownemu ożywieniu. Z perspektywy całego badanego okresu należy stwierdzić, że konsumpcja przedmiotowego produktu utrzymuje się na stabilnym poziomie. Trend malejący związany był z jednej strony z wydłużaniem się przeciętnego okresu eksploatacji produktów, natomiast zwiększenie sprzedaży płynów wynika z rosnącego parku samochodów osobowych w Polsce w wyniku importu ze starych państw Unii Europejskiej (w ciągu ostatnich lat liczba samochodów osobowych w Polsce zwiększyła się z 10,5 mln do 12,5 mln sztuk). Obecnie obie tendencje wzajemnie się równoważą.

Należy również zwrócić uwagę, że w latach od 1997 roku zmniejszyła się liczba przedsiębiorców zajmujących się produkcją i sprzedażą płynów na terenie kraju. W 1999 r. aż 24 podmioty posiadały Certyfikat pozwalający na wprowadzanie płynu do obrotu, natomiast w 2005 r. możliwe było przebadanie jedynie 15 przedsiębiorców. Z wyjątkiem importerów, których liczba pozostała niemal niezmienną, a zmiany w tej grupie wynikały bądź

z koncentracji o wymiarze ogólnosiwiatowym¹⁷ lub z utraty zainteresowania rynkiem polskim, daje się zaobserwować wychodzenie z rynku przede wszystkim małych i średnich przedsiębiorców pochodzenia krajowego. W związku z tym w badaniu przeprowadzonym w 2006 r. nie uczestniczyły spółki Chemco Sp. z o.o., Unicom-Nord s.c., Chemak-Holding S.A. Prodryn. Należy przy tym zauważyć, że bariery wejścia na rynek płynów do chłodziń nie są wysokie z uwagi na stosunkowo nieskomplikowaną technologię produkcji. Te okoliczności sprawiają, że na rynku płynów do chłodziń, a zwłaszcza jego niższym segmencie, trwa niezwykle ostra walka konkurencyjna.

* *koszty wytworzenia płynu do chłodziń PKN ORLEN S.A.*

Po „punkcie rozłączenia” glikol może być sprzedany lub stanowić przedmiot dalszego przetwarzania. W tym drugim wypadku wszystkie koszty dalszego przerobu mogą być z łatwością określone. Możliwa jest zatem kalkulacja kosztów wytworzenia produkowanego przez PKN ORLEN S.A. płynu do chłodziń. Prezes UOKiK analizował podstawowy płyn produkowany przez PKN ORLEN S.A. o nazwie „Petrygo”, w maju 2004 r. zmienionej na „Petrygo Q”. Żadnej przeszkody w kalkulacji kosztów nie stanowi niewiadoma jaki jest koszt przerobu ropy naftowej na glikol. Koncern bowiem wyprodukowawszy ten surowiec stoi przed wyborem czy sprzedać go w stanie nieprzetworzonym, czy też ponosząc dodatkowe koszty przekształcić w „Petrygo”. Kosztem glikolu w płynie do chłodziń jest więc cena tego surowca. Cena glikolu stanowi bowiem ekonomiczną kategorię kosztu alternatywnego. Innymi słowy: gdyby ORLEN nie zużył glikolu do produkcji płynu do chłodziń, mógłby go sprzedać na rynku uzyskując zań cenę.

PKN ORLEN S.A. w toku postępowania antymonopolowego nie przekazał struktury kosztów wytworzenia produkowanego w jego zakładach płynu „Petrygo” utrzymując, że w Koncernie nie można w sposób miarodajny przeprowadzić analizy kosztów produkcji płynów chłodzińskich. ORLEN wskazał, że prowadzi rachunek opłacalności i optymalizacji produkcji wyłącznie w ujęciu globalnym. Koncern podniósł, że co prawda do końca 1992 roku dane o kosztach jednostkowych wynikające z ewidencji księgowej wykorzystywane były dla celów statystycznych, lecz z dniem 1 stycznia 2003 r. GUS zrezygnował ze sprawozdania P-02 o rentowności grup wyrobów i wyrobów (Zarządzenie nr 28 Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 17 sierpnia 1992 r. znak:PP-4-020-1/92). (pisma PKN ORLEN S.A. z dnia 29 września 2000 r. oraz z dnia 29 maja 2006 r.). W związku z powyższym Prezes Urzędu wezwał do przedstawienia kosztów produkcji płynów do chłodziń innych uczestników rynku. Spółki: Autoland Sp. j. w Warszawie pismem z dnia 26 maja 2006 r., Zakłady Chemiczne Organika S.A. w Łodzi pismem z dnia 7 czerwca 2006 r., Organika-Car w Łodzi pismem z dnia 7 czerwca 2006 r., Zakłady Chemii Gospodarczej i Samochodowej „Kosmet-Rokita” w Brzegu Dolnym pismem z dnia 19 czerwca 2006 r., Boryszew S.A. Oddział Boryszew w Sochaczewie pismem z dnia 29 maja 2006 r. oraz Wnioskodawca pismem z dnia 14 lipca 2006 r. przedstawiły dane dotyczące nakładów niezbędnych do wyprodukowania 1 tony płynu niezamarzającego do chłodziń obejmujące:

- a) koszty bezpośrednie z wyszczególnieniem kosztów pozyskania glikolu monoetylenowego, wody oraz pozostałych składników;
- b) koszty własne z wyodrębnieniem kosztów bezpośrednich oraz pozostałych kategorii nakładów.

Stanowisko stron:

A) Wnioskodawca

¹⁷ Na przykład spółka Total Polska Sp. z o.o. wyjaśniła, że w konsekwencji fuzji pomiędzy koncernami naftowymi na świecie pod koniec lat dziewięćdziesiątych, zmianie ulegały również struktury prawne koncernu w Polsce, a sprzedaż realizowana była przez następujące podmioty: Elf Lubrificants Polska Sp. z o.o., Isttuli Sp. z o.o., TotalFina Polska Sp. z o.o., TotalFinaElf Polska Sp. z o.o., Total Polska Sp. z o.o.

Pan Edward Marciniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia-Bomar” w Skorogoszczy podniósł, że PKN ORLEN S.A. występuje w obrocie w podwójnej roli: jako producent jednego ze sprzedawanych na rynku płynów do chłodziw (płyn do chłodziw o nazwie „Petrygo”) i zarazem jako jedyny krajowy dostawca glikolu monoetylenowego, który jest podstawowym surowcem używanym do produkcji płynu do chłodziw. Wnioskodawca wskazał na okoliczność, że PKN ORLEN S.A. podniósł cenę 1 tony glikolu monoetylenowego z poziomu poniżej 1200 zł na początku 1999 r. do 1850 zł w lipcu 1999 r. oraz do 2045 zł w sierpniu 1999 r. Według kalkulacji dokonanych przez „Chemia-Bomar” podwyżki te doprowadziły do zwiększenia się kosztów wytworzenia płynu do chłodziw o 60%. Zdaniem Chemia-Bomar 90% kosztów wytworzenia płynu niezamarzającego do chłodziw to właśnie cena glikolu, a ponadto ceny pozostałych składników produktu nie zmieniły się. Tymczasem według podanych przez niego informacji w okresie od początku 1999 r. do lipca 1999 r., produkowany przez PKN ORLEN S.A. płyn do chłodziw „Petrygo” sprzedawany był po stałej cenie 1,55 za 1 kg (cena bez podatku od wartości dodanej VAT). W interpretacji Wnioskodawcy przedstawiona powyżej rozbieżność w kształtowaniu się cen obu produktów oferowanych przez ORLEN świadczy, że Koncern wykorzystując, że jest jedynym krajowym producentem glikolu celowo podwyższa cenę tego surowca w okresie poprzedzającym sezon sprzedaży płynu do chłodziw z zamiarem wyparcia konkurentów z tego rynku (por. wniosek z dnia 26 lipca 1999 r. oraz pisma Wnioskodawcy z dnia 16 lipca 1999 r., z dnia 23 sierpnia 1999 r.).

„Chemia-Bomar” wskazało również na okoliczność, że ORLEN ogranicza dostęp do kontrolowanych przez siebie sieci stacji paliw dla produkowanego przez Wnioskodawcę płynu do chłodziw. Przedsiębiorca podniósł, że nie ma w ogóle możliwości sprzedaży produktu do sieci byłej Centrali Produktów Naftowych S.A., co według posiadanych przez niego informacji jest wynikiem zakazu wydanego agentom stacji paliw przez kierownictwo CPN. Natomiast możliwość sprzedaży wytwarzanego przez Wnioskodawcę płynu do chłodziw w sieci byłej Petrochemii Płock ograniczona została, według jego twierdzeń, do niewielkiej części stacji benzynowych. (por. pismo Wnioskodawcy z dnia 9 września 1999 r.).

Pismem z dnia 25 kwietnia 2005 r. „Chemia-Bomar” wskazał, że wzrost ceny glikolu monoetylenowego o 1000 PLN/tona nie powoduje wzrostu ceny produktu finalnego produkowanego przez PKN ORLEN S.A., co zdaniem Wnioskodawcy jest ewidentnym nadużyciem pozycji dominującej, mającym na celu wyeliminowanie konkurentów z rynku.

B) PKN ORLEN S.A.

a) kwestia wyznaczenia rynku właściwego w sprawie;

PKN ORLEN S.A. w piśmie z dnia 3 listopada 2006 r. uznał, że MEG oferowany przez PKN ORLEN S.A. i pozostałych uczestników rynku stanowi w pełni jednolity rynek produktowy. Jednocześnie Koncern podniósł, że rynek MEG jest rynkiem obejmującym obszar Europejskiego Obszaru Geograficznego. Powyższy pogląd ORLEN uzasadnił opierając się na następujących argumentach. Zdaniem PKN ORLEN S.A. jeżeli przedsiębiorca może potencjalnie napotkać konkurencję ze strony importu, należy wyróżnić dwa rodzaje geograficznego wymiaru rynku właściwego: (a) właściwy rynek geograficzny przedsiębiorstwa, (b) właściwy rynek geograficzny produktu. Właściwym rynkiem geograficznym danego przedsiębiorstwa jest obszar, na którym sprzedaje ono ten produkt. W celu określenia, czy rynek geograficzny produktu jest tożsamy z rynkiem geograficznym przedsiębiorstwa należy przeanalizować znaczenie barier rynkowych i możliwości zmiany zasięgu działania oraz udziału rynkowego danego przedsiębiorcy w jego obecnym rynku. Podsumowując, w opinii PKN ORLEN S.A., w celu wyznaczenia rynku właściwego w niniejszej sprawie niezbędne jest przeanalizowanie następujących czynników:

- substytucyjność produktów/usług mogących zaspokoić te same potrzeby

konsumentów po zbliżonej cenie;

- istnienie barier ograniczających handel na wyznaczonym rynku produktowym;
- istnienie barier logistycznych;
- preferencje konsumentów;
- polityka cen stosowana przez przedsiębiorcę dominującego.

W konsekwencji, pomimo, że analizowane przedsiębiorstwo działa na określonym rynku produktowym jedynie na terenie jednego kraju, wynik badania z uwzględnieniem ww. elementów może wskazywać na otwartość tego rynku, a więc możliwość konkurencyjnego zaopatrywania się konsumentów w przypadku zachowania danego przedsiębiorcy noszącego znamiona praktyki ograniczającej konkurencję. W tych warunkach PKN ORLEN S.A. stwierdził, że rynek MEG jest rynkiem obejmującym obszar Europejskiego Obszaru Gospodarczego brak jest bowiem barier ograniczających handel MEG na rynku EOG, w szczególności utrudniających import/eksport MEG do/z Polski, brak jest także barier logistycznych ograniczających transport MEG na terenie EOG.

PKN ORLEN S.A. podkreślił także, że nawet w przypadku przyjęcia definicji rynku geograficznego jako rynku krajowego, posiadanie przez Koncern udziału w rynku powyżej 40%, nie jest równoznaczne z posiadaniem pozycji dominującej na tak wyznaczonym rynku, gdyż nie może prowadzić do nadużycia siły rynkowej. Zdaniem Koncernu, w przypadku próby narzucenia przez PKN ORLEN S.A. swoim konkurentom i kontrahentom warunków uczestnictwa w rynku, przedsiębiorcy ci bez przeszkód mogą bowiem zaopatrywać się w MEG poza granicami Polski u dowolnego producenta wprowadzającego MEG na rynek europejski.

b) zarzut nadużywania pozycji dominującej na rynku glikolu monoetylenowego poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu;

PKN ORLEN S.A. podniósł, że rynek glikolu monoetylenowego i płynu niezamarzającego do chłodziń tworzą dwa odrębne rynki produktowe, podlegające odmiennym tendencjom tak po stronie popytu jak i podaży. Charakterystyczną cechą popytu na MEG jest jego znaczna sezonowość, związana z wykorzystywaniem tego produktu w wytwórstwie płynów do chłodziń. Koncern zwrócił uwagę, że największe zapotrzebowanie na MEG tak w eksporcie jak i na rynku krajowym występuje w ciągu czterech ostatnich miesięcy roku. Fakt, że MEG jest petrochemicznym produktem ubocznym sprawia, że ORLEN nie może zmniejszyć jego produkcji bez ograniczania wytwórstwa produktów głównych – zwłaszcza paliw. W związku z powyższym Koncern tłumaczy pobieranie wyższych cen za glikol monoetylenowy w kraju niż na eksport. Jest nią konieczność sprzedawania za granicę największych ilości MEG w okresie, gdy chłonność rynku krajowego jest najniższa, a zarazem ceny tak światowa jak i krajowa są poniżej swych przeciętnych możliwości.

PKN ORLEN wskazał, że ceny MEG przekładają się na ceny płynów niezamarzających do chłodziń, jednakże uwzględniane są przez Koncern tylko pośrednio, gdyż, w istocie ceny płynów chłodziń ustalane są w oparciu o doświadczenia eksperckie pracowników handlu. Innymi słowy ORLEN ustala poziom cen płynów chłodziń mając na uwadze zestawienie sił popytu i podaży oraz działania podejmowane przez konkurentów. Stałą zasadą jest również fakt, że poziom cen tych płynów jest stały w trakcie sezonu (od lipca do stycznia) w celu zapewnienia konfekcjonerom stabilności działań w tym okresie (pkt 10 pisma z dnia 29 maja 2006 r.).

Jednocześnie Koncern odrzucił twierdzenie Wnioskodawcy, że cena glikolu wzrasta nagle o 1000 PLN/tona zwłaszcza w okresie jesiennym, podnosząc, że taki wzrost cen nie

miał w ogóle miejsca, a jedynie w 2003 roku w okresie jesiennym dał się zauważyć pewien wzrost cen, ale nie taki drastyczny.

c) zarzut nadużywania pozycji dominującej na rynku glikolu monoetylenowego poprzez nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie się cen niezamarzającego płynu do chłodziarek na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu ceny płynu niezamarzającego do chłodziarek „Petrygo”, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, w celu eliminacji konkurentów;

PKN ORLEN S.A. wskazał, że nie prowadził polityki cenowej zmierzającej do wypierania z rynku innych krajowych producentów płynów do chłodziarek. Na potwierdzenie swojego stanowiska PKN ORLEN S.A. podniósł, że posiadał nad innymi producentami płynów niezamarzających do chłodziarek przewagę kosztową wynikającą z przewagi technologicznej Koncernu. Jednocześnie Koncern utrzymywał, że nie można w sposób miarodajny przeprowadzić analizy kosztów produkcji płynów chłodziarek. ORLEN wskazał, że prowadzi rachunek opłacalności i optymalizacji produkcji w ujęciu globalnym. Co prawda do końca 1992 roku dane o kosztach jednostkowych wynikające z ewidencji księgowej wykorzystywane były dla celów statystycznych, lecz z dniem 1 stycznia 2003 r. GUS zrezygnował ze sprawozdania P-02 o rentowności grup wyrobów i wyrobów (Zarządzenie nr 28 Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 17 sierpnia 1992 r. znak:PP-4-020-1/92). (por. pisma PKN ORLEN z dnia 29 września 1999 r. oraz 31 maja 2006 r.).

Ponadto ORLEN podkreślił, że koszty wytworzenia płynu do chłodziarek ponoszone przez Koncern nie są porównywalne z odpowiednimi kosztami mniejszych przedsiębiorców z uwagi na tzw. ekonomię skali i zakresu. Wraz ze wzrostem wolumenu produkcji maleje bowiem koszt wytworzenia poszczególnych produktów (ekonomia skali) zwłaszcza, jeżeli wytwarzane są w procesie zintegrowanym (ekonomia zakresu). Zatem Koncern jako przedsiębiorstwo o największym wolumenie produkcji na rynku ponosi nieporównywalne nakłady takie jak robocizna bezpośrednia, energia elektryczna, koszty wydziałowe, koszty ogólnozakładowe i koszty sprzedaży. (pismo z dnia 21 stycznia 2005 r.)

Koncern wypieranie innych producentów krajowych z rynku tłumaczy przede wszystkim dwoma czynnikami: przewagą technologiczną PKN ORLEN S.A. oraz faktem, że płyny chłodziarek są produktem schyłkowym.

d) zarzut nadużywania pozycji dominującej na rynku glikolu monoetylenowego poprzez ustalanie cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści;

Koncern podkreślił, że cena ustalana jest w oparciu o formułę cenową i *de facto* jest średnią arytmetyczną ceny spotowej i ceny kontraktowej wyliczonej na podstawie notowań zamieszczanych w serwisie ICIS LOR. (pismo z dnia 21 stycznia 2005 r.) Umieszczenie w formule ceny kontraktowej uzasadnia natomiast faktem, że większość krajowych transakcji w handlu glikolem ma charakter zbliżony do kontraktów terminowych. O podobieństwie obu rodzajów transakcji mają świadczyć następujące względy:

- PKN ORLEN S.A. zobowiązuje się przez potwierdzenie zamówienia złożonego przez klienta do dostarczania na jego rzecz w przyszłości po określonej cenie odpowiedniej dla danych warunków rynkowych, ściśle określonej wielkości dostaw;
- nie wywiązanie się z potwierdzonych dostaw (o ile były one ograniczone z przyczyn leżących po stronie klienta) zagrożone jest sankcjami w postaci kar umownych, których wysokość określona jest w umowie sprzedaży;
- dla wywiązania się z przyjętych zobowiązań Koncern zobowiązany jest do:
 - utrzymywania w gotowości mocy produkcyjnych,

- utrzymywania zapasów surowca i produktu dla zabezpieczenia ciągłości sprzedaży,
- finansowania zapasów.

e) przesłanki do umorzenia postępowania antymonopolowego na podstawie art. 105 § 1 kpa z uwagi na jego bezprzedmiotowość;

PKN ORLEN S.A. pismem z dnia 21 stycznia 2006 r. podniósł, że po zakończeniu postępowania odwoławczego od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 19 lipca 2000 r. nr RWA 17/2000 prawomocnym wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 lipca 2004 r. o sygn. akt XVII Ama 93/03 istnieją przesłanki do umorzenia postępowania antymonopolowego na podstawie art. 105 § 1 kpa z uwagi na jego bezprzedmiotowość. W swoim piśmie Koncern przedstawił następującą argumentację. Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie nieuregulowanym przepisami szczególnymi w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów podlega przepisom o postępowaniu administracyjnym (art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Sama ustawa enumeratywnie wymienia tylko szczególne przypadki, w których Prezes UOKiK zobowiązany jest umorzyć postępowanie wszczęte na wniosek strony (art. 67 ust.1) oraz jeden przypadek fakultatywnego umorzenia postępowania (art. 67 ust. 2). Nie zawiera jednak żadnego przepisu, który można by potraktować jako regułę ogólną, dotyczącą umorzenia każdego postępowania. Koncern wobec tego stwierdził, że w tym zakresie obowiązują ogólne zasady postępowania administracyjnego. Artykuł 105 § 1 kpa stanowi, że *„Gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny staje się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.”* Zgodnie z opinią PKN ORLEN S.A. regulacje te należy rozumieć w ten sposób, że umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani, tym bardziej, pozostawione do uznania organu. Organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości.

Koncern także podkreślił, że okoliczność, iż niniejsze postępowanie toczy się nie z urzędu, ale na skutek złożenia wniosku, nie stoi na przeszkodzie zastosowania tego przepisu. Możliwość zastosowania art. 105 § 1 kpa, jako reguły ogólnej, nie może wykluczyć brak zgody wnioskodawcy na umorzenie postępowania. W konsekwencji ORLEN uznał, że przepis ten ma w szczególności zastosowanie nawet w takich przypadkach, gdy nie są spełnione przesłanki umorzenia postępowania z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. aktywny udział wnioskodawcy w postępowaniu.

Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego jest refleksem bezprzedmiotowości sprawy administracyjnej, która miała być rozstrzygnięta w danym postępowaniu. Koncern podniósł, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z bezprzedmiotowością postępowania. Zdaniem ORLEN-u pośrednio wskazał na tę okoliczność SOKiK w wyroku z dnia 21 lipca 2004 roku (sygn. akt XVII Ama 93/03), wskazując na bezzasadność wydawania decyzji merytorycznej. Sąd wskazał, że ze względu na znaczny upływ czasu od wydania decyzji merytorycznej (dotkniętej nieważnością) nie ma możliwości wydania orzeczenia reformatoryjnego, ze względu na wynikające stąd trudności dowodowe. W tych okolicznościach wydanie wyroku merytorycznego byłoby, w opinii Sądu, trudne, a poza tym — sam wyrok co do istoty sprawy mógłby być obarczony błędem. Zdaniem Sądu upływ czasu wpływa też na ocenę okoliczności faktycznych zaszytych przed kilkoma laty. PKN ORLEN S.A. stoi na stanowisku, że uwagi Sądu należy odnieść w pełni także do wydania orzeczenia merytorycznego przez Prezesa UOKiK. Zdaniem Koncernu, należy bowiem uznać, że w niniejszej sprawie nie można wydać decyzji rozstrzygającej sprawę przez orzeczenie jej co do istoty. Bezprzedmiotowość postępowania może mieć za przyczynę, poza okolicznościami wskazanymi powyżej, także zmianę stanu faktycznego sprawy. Postępowanie musi być uznane za bezprzedmiotowe wskutek ustania stanu

faktycznego, podlegającego uregulowaniu przez organ administracji w drodze decyzji. W opinii PKN ORLEN S.A. taka właśnie sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie.

W oparciu o ustalony wyżej stan faktyczny Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

I. Przedmiotowość postępowania

Odnosząc się do kwestii umorzenia postępowania administracyjnego, PKN ORLEN S.A. starał się wykazać, że bezprzedmiotowość postępowania w niniejszej sprawie wynika z ustania stanu faktycznego sprawy, podlegającego uregulowaniu przez organ administracji w drodze decyzji.

Mając to na względzie Prezes Urzędu, po zwróceniu przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów akt sprawy o sygn. XVII Ama 93/03 dotyczącej odwołania PKN ORLEN S.A. od decyzji Prezesa UOKiK Nr RWA-17/2000 z dnia 19 lipca 2000 r., zakończonej prawomocnym wyrokiem z dnia 21 lipca 2004 r. uchylającym ww. decyzję, zbadał czy w rozpatrywanym przypadku istnieją podstawy do umorzenia postępowania. Zdaniem Prezesa Urzędu, nie zaistniały kryteria umożliwiające uznanie niniejszego postępowania za bezprzedmiotowe, w szczególności zaś za taką przesłankę nie można uznać podnoszonego przez PKN ORLEN argumentu, który można rozumieć jako zmianę stanu faktycznego sprawy. Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a. „*Gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania*”. Z uwagi na to, że przesłanki zastosowania art. 105 § 1 k.p.a. nie ziściły się w niniejszej sprawie, Prezes Urzędu zobowiązany był do kontynuowania postępowania, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 11 stycznia 2005 r.

Podkreślany przez PKN ORLEN S.A. upływ czasu od wydania uchylonej przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji Prezesa Urzędu Nr 17/2000 uzasadniał natomiast dokonanie analizy zmian, które zaszły na rynku glikolu monoetylenowego oraz płynów niezamarzających do chłodziń od momentu wydania powołanej decyzji oraz aktualnej pozycji PKN ORLEN jako producenta i sprzedawcy glikolu monoetylenowego oraz ww. płynów. W ocenie Prezesa Urzędu, zasadność kontynuowania przedmiotowego postępowania, nie zaś jego umorzenie, znajduje potwierdzenie w wyroku SOKiK z dnia 21 lipca 2004 r. (sygn. XVII Ama 93/03). Sąd, dostrzegając upływ czasu i wynikające stąd trudności dowodowe, nie uznał bowiem, że są to przesłanki do umorzenia postępowania. Tym samym, uchylając decyzję Prezesa Urzędu Nr 17/2000, wskazał tym samym na konieczność dalszego prowadzenia postępowania antymonopolowego.

Prezes Urzędu — Delegatura UOKiK w Warszawie stoi na stanowisku, że przedmiotowa decyzja powinna odpowiadać stanowi faktycznemu ujawnionemu w toku całego postępowania oraz kończąc postępowania powinna rozstrzygać sprawę co do jej istoty.

II. Strony postępowania

Postępowanie antymonopolowe, podobnie jak każde inne postępowanie administracyjne, toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 86 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania antymonopolowego jest każdy, kto wnosi o wydanie decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, lub wobec kogo zostało wszczęte postępowanie o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję lub naruszenie innych przepisów ustawy.

W przedmiotowej sprawie stroną postępowania jest podmiot, który złożył wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz podmiot, wobec którego zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej

na rynku właściwym.

Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem naruszenia przepisów tej ustawy może wystąpić:

- 1) przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, którzy wykażą swój interes prawny;
- 2) organ samorządu terytorialnego;
- 3) organ kontroli państwowej;
- 4) rzecznik konsumentów;
- 5) organizacja konsumencka.

Natomiast przy pomocy norm prawa antymonopolowego realizowana jest ochrona uczestników rynku przed antykonkurencyjnymi praktykami ze strony innych przedsiębiorców. Przepisy określające zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję, zawarte w art. 5 i 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stosuje się zatem jedynie do przedsiębiorców i ich związków. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 86 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1808), pod pojęciem *przedsiębiorcy* należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.) oraz: a/ osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, b/ osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu¹⁸.

Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, pod pojęciem *przedsiębiorcy* należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Stosownie do art. 2 ww. ustawy, właściwa dla przedsiębiorcy działalność gospodarcza to zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

Pan Edward Marciniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia-Bomar” w Skorogoszczy jest wpisany do Ewidencji Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Miasta i Gminy Lewin Brzeski.

PKN ORLEN S.A. jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Nie ulega zatem wątpliwości, że ww. podmioty posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym Pan Edward Marciniak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Chemia-Bomar” w Skorogoszczy jest uprawniony do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego a PKN ORLEN S.A. przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlega rygorom prawa antymonopolowego i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

III. Rynek właściwy:

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest

¹⁸ Czwarty człon definicji *przedsiębiorcy* zawartej w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma zastosowanie wyłącznie w postępowaniach w sprawach koncentracji.

nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Nadużywanie pozycji dominującej, którego dotyczy powołany wyżej przepis, ujawnia się na rynku właściwym. Dominacja rynkowa nie występuje przy tym na rynku pojmowanym ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), rozumianym jako ogół stosunków zachodzących między podmiotami uczestniczącymi w procesach wymiany towarowej. Zatem stwierdzenie, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, będzie w ostatecznym rachunku determinowane przez ustalenie rynku, na jakim określona praktyka ma miejsce (por.: wyroki SOKiK z dnia 26 października 1994 r., sygn. akt XVII Amr 24/94, oraz z dnia 21 stycznia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 55/97).

Przez *rynek właściwy* rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości uznawane są przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane są na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Pojęcie *towarów* obejmuje rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 6 ww. ustawy).

Przy wyznaczaniu rynku właściwego niezbędne jest zatem uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (wyodrębnienie rynku produktowego) oraz określenie obszaru, na którym jest on dystrybuowany i gdzie warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (wyodrębnienie rynku geograficznego).

Wyodrębnienie rynku produktowego wiąże się z uwzględnieniem szczególnych cech danego produktu (usługi). W świetle powołanej wyżej definicji ustawowej rynku właściwego, jego aspekt produktowy odnosi się do rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty.

PKN ORLEN S.A. działa nie tylko na rynku glikolu monoetylenowego lecz również obecny jest na rynku jednego z produktów wytwarzanych z glikolu – niezamarzającego płynu do chłodziw. Ww. rynki są ze sobą silnie powiązane. Jak wskazano wyżej, ponad 95% płynów powstaje na bazie glikolu. Podkreślić należy, że wartość wsadu surowcowego MEG w kosztach ponoszonych na wyprodukowanie płynu wynosi ok. 70%. Podsumowując należy stwierdzić, że rynkiem właściwym wyodrębnionym w sprawie jest krajowy rynek glikolu monoetylenowego. Z uwagi na to, że działania PKN ORLEN S.A. na ww. rynku wpływają również na rozwój konkurencji w obrocie niezamarzającymi płynami do chłodziw, Prezes UOKiK wyodrębnił jako rynek powiązany w sprawie krajowy rynek płynów chłodziw.

A) krajowy rynek glikolu monoetylenowego

Glikol monoetylenowy produkowany jest z tlenu etylenu (EO) poprzez jego uwodnienie. Tlenek etylenu jest pochodną ropy naftowej lub gazu ziemnego. Jednak niezależnie od pochodzenia surowca, otrzymany MEG ma te same właściwości fizykochemiczne. Ze względu na fakt, że proces produkcyjny otrzymywania MEG z etylenu jest taki sam w odniesieniu do wszystkich producentów, w efekcie gotowy produkt jest również homogeniczny. Od strony popytowej należy wskazać, że zapotrzebowanie poszczególnych producentów wykorzystujących MEG do dalszej produkcji (przede wszystkim butelek, folii i włókien PET oraz płynów chłodziw) może być co do zasady realizowane przez wszystkich dostawców. Jedynie w wyjątkowych sytuacjach niska jakość MEG może wykluczyć wykorzystanie go jako surowca w produkcji PET. Podsumowując, można stwierdzić, że MEG oferowany przez różnych producentów jest produktem w pełni homogenicznym, a właściwości fizykochemiczne MEG powodują jego niezastępowalność przez inne produkty petrochemiczne. Tym samym jako rynek właściwy w aspekcie produktowym w niniejszej sprawie należy określić produkcję i sprzedaż glikolu

monetylenowego.

W decyzji z 19 lipca 2000 r. nr RWA 17/2000 ww. rynek został określony jako obejmujący obszar terytorium RP. Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że glikol jest towarem mało podatnym w transporcie, a koszty związane z jego przewozem są w relacji do wartości surowca wysokie. Z jednej bowiem strony koszt transportu chemikaliów jest znaczny (pominąwszy przesył surowca poprzez rurociąg, który to przypadek nie wchodzi tu w rachubę), z drugiej glikol to produkt o relatywnie niskiej wartości. Przyjmując więc, iż uśredniony koszt transportu 1 tony produktu z granicy do centralnej Polski w 1999 r. wynosiły 50 zł/tonę (dane wg pisma PKN ORLEN S.A. z dnia 22 maja 2000 roku), a średnia cena oferowanego przez Koncern w 1999 roku glikolu stanowi 1572 zł (dane wg Tabeli 4 zawartej w piśmie ORLEN-u z dnia 31 maja 2000 roku) to same koszty transportu w kraju stanowiły ponad 3% wartości towaru. Ponadto, obok istotnych kosztów transportu, czynnikiem ograniczającym import było cło. Jego wysokość wprawdzie malała w latach 1997-1999 dla towarów sprowadzanych z Unii Europejskiej i Europejskiej Strefy Wolnego Handlu (EFTA), jednakże dla pozostałych kierunków importu, w tym z Rosji, obowiązywała na glikol niezmiennie „stawka konwencyjna” na wysokim poziomie 9%.

Prezes UOKiK, z uwagi na możliwe zmiany uwarunkowań rynkowych od 1999 r. oraz fakt przystąpienia Polski dnia 1 maja 2004 roku do Unii Europejskiej, uznał, że ponownie należy rozpatrzyć kwestie rynku właściwego w aspekcie geograficznym w przedmiotowej sprawie.

Rynek glikolu charakteryzuje się wysokimi barierami wejścia. Wybudowanie instalacji do produkcji glikolu jest przedsięwzięciem bardzo kosztownym, a poniesione w związku z nim wydatki mają w dużej mierze charakter kosztów utopionych, ponieważ instalacje do produkcji glikolu są infrastrukturą specyficzną, którą trudno byłoby zbyć za pełną cenę po podjęciu decyzji o wycofaniu się z rynku. Oznacza to, że wejścia na rynek mogą dokonać jedynie przedsiębiorcy dysponujący bardzo dużym potencjałem ekonomicznym i gotowością podejmowania znacznego ryzyka. Nie jednak prawdopodobne, żeby nawet ci ostatni zdecydowali się wybudować wymagający znacznych nakładów kapitałowych i wytwarzający szereg produktów zakład petrochemiczny w celu konkurencji na terenie Polski z krajowym producentem na rynku glikolu.

Należy jednak zauważyć, że presja konkurencyjna na jedyne go producenta na danym obszarze może być wywierana także poprzez produkty transportowane z innych regionów, a bariery administracyjno-prawne dla importu glikolu do Polski są bardzo niskie. Wewnątrz EOG handel MEG nie jest ograniczony żadnymi taryfami. Import spoza EOG obłożony jest zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 1719/2005 z dnia 27 października 2005 r. zmieniającym załącznik I do rozporządzenia Rady (EWG) nr 2658/87 w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej stawką celną konwencyjną w wysokości 5,5%. Wśród krajów obłożonych cłem znajdują się najwięksi producenci MEG, czyli kraje Bliskiego Wschodu (m. in. Arabia Saudyjska). Handel MEG ma wymiar światowy, a w Polsce działają przedstawiciele zagranicznych producentów oraz firmy pośredniczące w handlu glikolem. Na uwagę zasługuje również fakt, że jakkolwiek mogą istnieć różnice jakościowe pomiędzy glikolem produkowanym w różnych zakładach, zasadniczo jest to produkt niezróżnicowany, którego sprzedawcy konkurują głównie ceną gdyż producentom trudno jest odróżnić swój produkt od wyrobu konkurentów. W takich warunkach zasadniczą rolę odgrywają koszty produkcji i transportu danego produktu, gdyż to właśnie one determinują wysokość ceny, jaką może zaoferować sprzedawca homogenicznego wyrobu. Pomimo niskich barier administracyjno-prawnych dla importu glikolu do Polski istnieją czynniki, które niwelują presję konkurencyjną, jaką produkt wytwarzany przez przedsiębiorców odległych geograficznie wywiera na producenta krajowego. Prezes UOKiK uwzględnił przede wszystkim koszty transportu, poziom wymiany handlowej oraz dążenie odbiorców do ograniczania niepewności w stosunkach z dostawcami.

** koszty transportu*

Wysoki udział kosztów transportu w cenie produktu stanowi dowód na krajowy charakter rynku właściwego. Odnosząc się do kosztów transportu i opłacalności eksportu PKN ORLEN S.A. wskazał w piśmie z dnia 4 maja 2005 r., że koszty przewozu MEG zarówno cysterną samochodową jak i koleją na odległość 100 km nie przekraczają 1% ceny produktu. Zdaniem Koncernu, w związku z powyższym należy stwierdzić, że koszty transportu nie stanowią istotnej bariery w handlu tym produktem na terenie EOG (por. pismo z dnia 4 maja 2005 r.). Prezes UOKiK dokonał własnej analizy kosztów przewozu MEG. Służyło temu przeprowadzone badanie rynku pozwalające na uzyskanie informacji od przedsiębiorców handlujących glikolem produkowanym za granicą i odbiorców glikolu krajowego. Z porównania odpowiedzi ww. przedsiębiorców wynika, że istnieje wyraźna dysproporcja pomiędzy kosztami transportu w granicach kraju i kosztami przewozu glikolu zagranicznego. O ile dla pierwszej grupy przedsiębiorców koszty te stanowią średnio **ok. 9% ostatecznej ceny** (por. np. pismo spółki Oxyde Chemicals B.V. z dnia 25 stycznia 2006 r., pismo spółki Shell Chemicals North East Europe Sp. z o.o. z dnia 20 stycznia 2006 r.), to dla przedsiębiorców dokonujących zakupów w ORLEN udział ten średnio wynosi **ok. 1%** (por. np. pismo spółki Organika-Car S.A. z dnia 27 stycznia 2006 r., pismo spółki Zakłady Chemiczne Nowa Sarzyna z dnia 20 stycznia 2006 r.). Znacząca różnica pomiędzy cenami krajowymi glikolu a uzyskiwanymi przez PKN ORLEN S.A. za granicą, stale utrzymująca się powyżej 10%, uwydatnia istotność kosztów transportu dla ostatecznej ceny glikolu i wskazuje na krajowy zasięg rynku geograficznego oddzielonego od rynków zagranicznych barierą znaczących kosztów transportu. Zdaniem Prezesa Urzędu, różnica rozpiętości cen uzyskiwanych przez PKN ORLEN S.A. na rynku krajowym i w eksporcie oddaje wartość dodatkowych kosztów związanych z transportem MEG do odbiorcy mającego siedzibę poza granicami kraju. Koncern, który jest zmuszony do stałej dystrybucji glikolu monoetylenowego z uwagi na ograniczone możliwości jego magazynowania, w przypadku wyczerpania popytu krajowego poszukuje odbiorców zagranicznych. Biorąc pod uwagę fakt, że ceny MEG w innych rejonach Europy ustalane są w oparciu o te same notowania giełdowe, ORLEN chcąc znaleźć nabywcę na swój produkt poza granicami kraju jest zmuszony do obniżenia jego ceny przynajmniej o równowartość dodatkowych kosztów transportu związanych z jego eksportem.

Większość zakładów wykorzystujących MEG do dalszej produkcji znajduje się w niewielkiej odległości od Płocka (Boryszew S.A. Oddział Elana w Toruniu, Boryszew S.A. Oddział Boryszew w Sochaczewie, SK Eurochem Sp. z o.o. we Włocławku, grupa Organika w Łodzi). Umożliwia to PKN ORLEN S.A. sprzedaż MEG swoim klientom na mniejsze odległości co nie generuje wysokich kosztów transportu. Tym samym Koncern posiada nad swymi zagranicznymi konkurentami wyraźną przewagę kosztową, która utrudnia konkurencję. Wśród ankietowanych przeważają bowiem opinie o relatywnie dużym wpływie kosztów transportu na ograniczenie konkurencyjności dostawców zagranicznych MEG na rynku polskim (por. pismo spółki Organika-Car S.A. z dnia 27 stycznia 2006 r., pismo spółki SK Eurochem Sp. z o.o. z dnia 24 stycznia 2006 r.).

Podkreślenia wymaga, że w świetle ustalonego orzecznictwa antymonopolowego **8% udział kosztów transportu** w cenie produktu stanowi istotną barierę wpływającą na ograniczenie rynku właściwego do danego terytorium. W decyzji z dnia 29 grudnia 2005 r. nr RWA-43/2005 Prezes UOKiK uznał, że ww. udział kosztów transportu w cenie produktu pozwala na ograniczenie rynku drożdży do terytorium RP. Komisja Europejska również brała pod uwagę czynnik kosztów transportu przy ustalaniu właściwego rynku geograficznego m.in. w sprawie butelkowej wody źródlanej¹⁹ oraz decyzji dotyczącej rynku produktów z bezzwowej, nierdzewnej stali²⁰. W pierwszej z powołanych spraw Komisja uznała,

¹⁹ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Nestle/Perrier z dnia 22 lipca 1992 r.; sygn. No IV/M. 190.

²⁰ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Mannesmann/Vallourec/Ilva z dnia 31 stycznia 1994 r.; sygn. No IV/M. 315.

że wysokimi kosztami transportu są koszty sięgające **10% wartości produktu** przy transporcie na odległość do 300 km, w drugiej zaś, że za wysokie koszty transportu można uznać koszty sięgające **2-3% wartości produktu**. W świetle ww. argumentów uzasadnione jest przyjęcie przez Prezesa Urzędu, wbrew stanowisku PKN ORLEN S.A., że koszty transportu w niniejszej sprawie są wysokie.

** poziom wymiany handlowej*

Prezes UOKiK przyjął ponadto, że ustalając właściwy rynek geograficzny należy również odnieść się do poziomu wymiany handlowej pomiędzy poszczególnymi obszarami. PKN ORLEN S.A., jedyny producent MEG w Polsce, eksportuje do krajów EOG prawie połowę swojej produkcji tego surowca. Z drugiej strony, zgodnie z danymi przedstawionymi przez GUS, stosunek wielkości importu glikolu monoetylenowego do całości konsumpcji MEG w Polsce w latach 1997 – 2004 nie przekroczył 10% oscylując zazwyczaj poniżej 5%. Jedynie w 2005 roku import glikolu monoetylenowego wynosił ok. 29% całości sprzedaży MEG na terenie Polski. Powyżej wskazana zmiana proporcji była wynikiem zakupów dokonanych przez otworzony 2005 roku zakład (spółka SK Eurochem Sp. z o.o. we Włocławku), którego zdolności przetwarzania MEG znacznie przekraczają możliwości pozostałych odbiorców glikolu na terenie kraju. Jednakże dokonywanie zakupów MEG poza granicami Polski przez krajowych odbiorców nie ma cech trwałych. Należy podkreślić, że PKN ORLEN S.A. w 2005 r. zwiększył krajową sprzedaż glikolu. Wzrost importu wynika z faktu, że rynek wzrósł w latach 2001-2004 średnio o 7,1 %, a dodatkowo w roku 2005 o 45%. (por. Tabela 1 „Krajowy rynek glikolu monoetylenowego” znajdująca się w załączniku nr 1). W związku z tak dynamicznie rosnącym zapotrzebowaniem na glikol PKN ORLEN S.A. nie był w stanie zaspokoić w pełni popytu. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że glikol w Koncernie jest produktem sprzedawanym na bieżąco. W związku z tym Koncern nie może zrealizować jednorazowo zamówienia przekraczającego określony pułap, zwłaszcza w sytuacji pojawienia się nowego podmiotu na rynku.

Znikoma wielkość importu MEG do Polski potwierdza stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie odrębnego, krajowego rynku glikolu monoetylenowego. (por. decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Mannesmann/Vallourec/Ilva²¹, w której Komisja stwierdziła, że 10% wskaźnik importu do Europy Zachodniej nie stanowi argumentu przemawiającego za określeniem rynku właściwego jako większego od obszaru Europy Zachodniej). Ponadto w doktrynie prawa konkurencji istnieje pogląd, że dane o faktycznych dostawach oraz stosunku towarów wyprodukowanych na danym obszarze do skonsumowanych produktów tego rodzaju na danym obszarze wystarczają w większości przypadków do wyznaczenia prawidłowego rynku terytorialnego²². Pogląd ten znalazł odzwierciedlenie w wyroku ETS w sprawie Societa Italiana Vero SpA i inni przeciwko Komisji²³, gdzie Komisja twierdziła, że definicja rynku musi się opierać na faktycznych danych o przepływie towarów, a nie ich jedynie teoretycznej możliwości.

Podsumowując należy stwierdzić, że - pomimo braku barier prawnych - utrzymywanie niewielkiego wskaźnika przepływu towarów pomiędzy państwami stanowi istotny argument przemawiający za traktowaniem obszaru danego kraju jak odrębnego rynku geograficznego.

** preferencje konsumentów*

Podkreślenia wymaga, że niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej na

²¹ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Mannesmann/Vallourec/Ilva z dnia 31 stycznia 1994 r.; sygn. No IV/M. 315.

²² Por. K. Elzinga, Defining Geographic Market Boundaries, 24 Antitrust Bulletin, Nr 4 s. 739 i n. (1981); K. Elzinga, T. Hogarty, The Problem of Geographic Market Definition in Antimerger Suits, 18 Antitrust Bulletin, Nr 1 s. 45 i n.; K. Elzinga, T. Hogarty, The Problem of Geographic Market Delineation Revisited, 23 Antitrust Bulletin, Nr 1, s. 1 i n.

²³ OJ 133/34 1988, wyrok CR II 1403 (1992).

wybór produktów określonego dostawcy mogą mieć wpływ inne czynniki. Lokalne preferencje klientów mogą odzwierciedlać przywiązanie do konkretnego dostawcy, konieczność bezzwłocznej dostawy lub pewność dostaw. Odnosząc to do niniejszej sprawy należy podnieść, że istotną barierą utrudniającą wejście konkurentów na krajowy rynek MEG lub rozszerzenie ich działalności stanowi dążenie odbiorców MEG do ograniczenia niepewności w kontaktach z dostawcami. Znajduje to swój wyraz w tendencji do zawierania przez odbiorców umów długoterminowych, w których wyszczególnia się cenę oraz warunki dostaw. W ten sposób odbiorcy zapewniają sobie ciągłość dostaw po przewidywalnych kosztach, chroniąc się przed (znacznymi w przypadku surowców chemicznych) wahaniami cen na rynku.

Jak przedstawiają w odpowiedziach odbiorcy MEG, aby móc dostarczać znaczącą ilość glikolu, producent (lub pośrednik), musi zaproponować (a) konkurencyjną cenę, (b) rozwiązania logistyczne zapewniające gwarancję dostaw, zarówno w sytuacji nagłego zwiększenia zapotrzebowania przez odbiorcę, jak i w przypadku niesprzyjających transportowi warunków pogodowych, (c) produkt spełniający odpowiednie wymogi jakościowe. (por. pismo Boryszew S.A. Oddział Elana w Toruniu z dnia 23 stycznia 2006 r.) O ile możliwość spełnienia ostatniego warunku jest właściwie niezależna od położenia geograficznego producenta, pierwsze dwa są w istotnym stopniu od niego uzależnione. Wspomniane już koszty transportu oraz wahania cen na rynku ograniczają przedsiębiorcom zagranicznym możliwość zaoferowania stałej, korzystnej ceny, a zapewnienie gwarancji dostaw MEG niezależnie od warunków pogodowych jest tym łatwiejsze i bardziej wiarygodne, im mniejsza odległość dzieli producenta od odbiorcy. W takich warunkach zakupy glikolu od producentów zagranicznych odbywają się raczej na bazie kontraktów spotowych i są konsekwencją zaistnienia szczególnych okoliczności, takich jak np. przestoje produkcji u głównego dostawcy, jakim jest ORLEN, czy też chwilowe, wyjątkowo korzystne ceny glikolu na światowych rynkach. Należy jednak wspomnieć, że chociaż najwięksi odbiorcy nie widzą obecnie możliwości zaspokajania większości swojego popytu na glikol poza ORLENEM, niektórzy z respondentów wskazywali na konieczność dywersyfikacji źródeł zaopatrzenia i rozważali możliwość zawarcia kontraktów długoterminowych z konkurentami ORLENU. Należy jednak podkreślić, że próby dywersyfikacji dostawców glikolu są podejmowane przez odbiorców krajowych od wielu lat. Jednak próby te były nieskuteczne lub nietrwałe. (por. pismo spółki Boryszew S.A. Oddział Elana w Toruniu z dnia 30 listopada 2005 r., pismo spółki Zakłady Tworzyw Sztucznych Nitron S.A. w Krupskim Młynie z dnia 28 listopada 2005 r.). W obliczu utrzymującego się niewielkiego poziomu importu Koncern wciąż pozostaje dla niemal wszystkich odbiorców glikolu w Polsce nieuniknionym partnerem handlowym.

Mając na względzie wszystkie wskazane powyżej okoliczności rynek glikolu monoetylenowego w ujęciu geograficznym należy uznać za ograniczony do obszaru terytorium Polski.

B) krajowy rynek płynów chłodniczych

Niezamarzający płyn do chłodnic uzyskuje się poprzez dokładne rozcieńczenie glikolu z wodą oraz z pakietem tzw. dodatków. Wspomniane dodatki, które stanowią tajemnicę handlową każdego wytwórcy, wpływają na rozróżnienie płynów poszczególnych producentów. Tradycyjny lub nowoczesny pakiet dodatków w płynie ma wpływ na cenę produktu oraz sprawia, że częstotliwość wymiany płynu eksploatacyjnego jest różna i wynosi od 2-3 nawet do 5 lat.

Pomimo powyższego, możliwość dyferencjacji produktu na tym rynku jest jednak niewielka. Często o wyborze produktu decyduje wyłącznie marka wytwórcy płynu lub zalecenia producenta samochodu. Wprawdzie płyny różnych producentów nie mogą być ze sobą mieszane, ale przy wymianie płynu można stosować produkty pochodzące od innego

wytwórcy. Ponadto płyny produkowane przez różnych producentów mogą być stosowane do wszystkich typów pojazdów i chłodziw, w tym najnowszych układów chłodzenia - aluminiowych. Dodatkowo należy wskazać, że nabywcy, zarówno indywidualni, jak i instytucjonalni mają w gruncie rzeczy te same potrzeby:

- dobry jakościowo płyn,
- niewygórowaną cenę.

W związku z powyższym zarówno od strony podaźowej jak i popytowej wszystkie płyny niezamarzające do chłodziw są produktem substytutywnym.

Rynek ten w aspekcie geograficznym został określony jako krajowy. Wynika to z faktu, że produkcja płynów chłodziwzych w Polsce skierowana jest w głównej mierze na segment wtórny, z czym związane jest mniejsze zainteresowanie polskim rynkiem przez dużych producentów europejskich. Dodatkowo, preferencje klienta na rynku wtórnym skierowane są przede wszystkim na płyny producentów krajowych, które są co do zasady zdecydowanie tańsze od produktów importowanych. Kolejną barierę stanowi konieczność spełnienia wymogów administracyjno-prawnych związanych z handlem płynami chłodziwzymi na terenie kraju (por. str. 15 niniejszej decyzji).

IV. Pozycja PKN ORLEN S.A. na rynku właściwym

Możliwość stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej, uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, że przedsiębiorca posiada na zidentyfikowanym w sprawie rynku właściwym pozycję dominującą.

Ustalając, czy dany podmiot posiada pozycję dominującą na określonym rynku, należy mieć na uwadze definicję zawartą w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z powołanym przepisem, przez *pozycję dominującą* rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się przy tym, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Określając pozycję rynkową ORLENu niezbędne jest zatem ustalenie, czy siła ekonomiczna tej spółki umożliwia prowadzenie działalności w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów i kontrahentów.

A) krajowy rynek glikolu monoetylenowego

Przeprowadzone przez Prezesa Urzędu badanie krajowego rynku glikolu monoetylenowego wykazały, że PKN ORLEN S.A. nie spotyka się w praktyce z żadną konkurencją na tym rynku. Koncern ma pozycję silnie dominującą – zbliżoną do monopolistycznej, ze stałym udziałem w rynku powyżej 90 procent²⁴ (por. Tabela 1 „Krajowy rynek glikolu monoetylenowego” [Punkt 1 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]). Posiadanie tak wysokiego udziału w rynku umożliwia Koncernowi działanie w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów,

a tym samym zapobieganie pojawieniu się skutecznej konkurencji na rynku właściwym.

B) krajowy rynek płynów chłodziwzych

PKN ORLEN S.A. działa nie tylko na rynku glikolu monoetylenowego, na którym

²⁴ Wielkość rynku oraz udział w nim PKN ORLEN S.A. oparto na analizie wielkości sprzedaży (w tonach). Wynika to z jednej strony z faktu, że glikol jest produktem w pełni homogenicznym, zarówno w sensie terytorialnym (wszyscy producenci uzyskują niemal identyczny produkt) jak i czasowym (cechy glikolu nie uległy zmianie w badanym okresie). Z drugiej strony cena MEG ustalana jest na giełdzie towarowej i podlega ciągłym wahaniom, niekiedy dość wysokim. W związku z tym wartość sprzedaży w tak długim okresie nie oddawałaby w pełni warunków istniejących na rynku.

posiada kwalifikowaną pozycję dominującą, lecz również obecny jest na rynku powiązanim – tj. krajowym rynku niezamarzającego płynu do chłodziw. Podkreślić należy, że wartość wsadu surowcowego MEG w kosztach ponoszonych na wyprodukowanie płynu wynosi ok. 70%. Obrazuje to wyraźnie, że ORLEN posiadając nieprzerwanie pozycję dominującą na rynku MEG może swobodnie wpływać na mechanizm konkurencji na rynku płynów.

Siła rynkowa Koncernu na rynku płynów wynika również z faktu, że produkując płyn do chłodziw dysponuje on zarazem największą w Polsce siecią dystrybucji produktów naftowych. W segmencie wtórnym rynku płynów, który dominuje na rynku polskim, o pozostaniu na rynku decyduje przede wszystkim dostęp do kanałów dystrybucji. Podstawowa sieć dystrybucji płynów w Polsce, stacje paliw, na których konsumenci zwykle poszukują płynów chłodziw, jest w dużej mierze kontrolowana przez ORLEN²⁵. W tym miejscu należy podkreślić, że na stacjach paliw pozostających pod kontrolą PKN ORLEN S.A., prowadzona jest sprzedaż wyłącznie jednego konkurenta Koncernu spółki Inter-Global Sp. z o.o. w Ostrowie Wielkopolskim. Po uzyskaniu dostępu do stacji paliw Koncernu sprzedaż wspomnianej spółki wzrosła o ponad 150%. Też o decydującym znaczeniu sieci dystrybucji dla powodzenia na rynku płynów do chłodziw potwierdza również przykład spółki **[Punkt 2 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**, która miała dostęp do stacji PKN ORLEN S.A. i zarazem do 2002 r. udawało się jej umacniać swój udział w rynku płynów. Zerwanie kontaktów handlowych przez ORLEN (brak odpowiedzi na składane oferty) uwidoczniło się w wyraźnym spadku jej sprzedaży.

Wielkość krajowego rynku płynów do chłodziw oraz udział ORLEN w tym rynku od 1997 r. kształtuje się następująco²⁶ **[Punkt 3 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**. W formie graficznej dynamika krajowego rynku płynów do chłodziw oraz udziału w nim PKN ORLEN S.A. jest przedstawiona w Wykresie 4 „Krajowy rynek płynów chłodziw w latach 1997-2005 (w tonach)” oraz Wykresie 5 „Udział PKN ORLEN S.A. w krajowym rynku płynów chłodziw w latach 1997-2005”. **[Punkt 4 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

Koncern jest największym dostawcą tego towaru na rynku krajowym. Pozycja PKN ORLEN S.A. – wysoki udział w rynku świadczący o pozycji dominującej, superdominacja na rynku surowca decydującego o cenie płynu oraz niemalże wyłączny dostęp do podstawowego kanału dystrybucji – pozwala Koncernowi na działania niezależne od konkurentów i konsumentów. W związku z powyższym Prezes UOKiK stwierdził, że Koncern posiada pozycję dominującą również na krajowym rynku płynów do chłodziw.

V. Nadużywanie przez PKN ORLEN S.A. pozycji dominującej

W rozpatrywanej sprawie rynkiem relewantnym (istotnym w danej sprawie w odniesieniu do przedsiębiorcy w stosunku, do którego toczy się postępowanie administracyjne), jest krajowy rynek glikolu monoetylenowego. W toku postępowania antymonopolowego bezspornie wykazano, że PKN ORLEN S.A. posiada na tym rynku pozycję dominującą, zbliżoną do monopolistycznej.

Jednocześnie na krajowym rynku płynów do chłodziw, który jest rynkiem silnie powiązanim z rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, ORLEN również posiada pozycję

²⁵ PKN ORLEN S.A. kontroluje łącznie ok. 27% stacji paliw w Polsce; źródło www.orlen.pl.

²⁶ Wielkość rynku oraz udziały w nim poszczególnych przedsiębiorców oparto na analizie wielkości sprzedaży (w tonach). Metoda ta została przyjęta z uwagi na fakt, że płyny chłodziw w zależności od tego, czy należą do segmentu samochodów starych, czy nowych różnią się dość znacznie ceną. Jednakże przedsiębiorcy nie zmieniając sposobu produkcji, a jedynie pakiet dodatków są w stanie uczestniczyć w każdym z ww. segmentów rynku. W związku z powyższym o faktycznym udziale w rynku decyduje wielkość, a nie wartość sprzedaży.

dominującą. Wskazuje na to wysoki udział w tym rynku, a także przedstawione wcześniej analizy dotyczące wpływu Koncernu na rynek płynów chłodniczych poprzez fakt, że jest on nieuniknionym dostawcą surowca decydującego o cenie produktu finalnego oraz dysponentem podstawowej sieci dystrybucji płynów chłodniczych. Wszystkie te elementy wskazują na przywództwo cenowe PKN ORLEN S.A. na rynku płynów chłodniczych, a w konsekwencji orientowanie swoich strategii sprzedaży przez inne podmioty działające na tym rynku na zachowania Koncernu.

Zasadne jest zatem przyjęcie, że PKN ORLEN S.A. nie spotyka się z istotną presją konkurencyjną na żadnym z ww. rynków. Sam fakt posiadania pozycji dominującej nie jest zabroniony, lecz wiąże się z możliwością sankcjonowania określonych praktyk, które w przypadku zachowania warunków konkurencji nie naruszałyby prawa. Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej. Przepis ten w sposób wyraźny formułuje zakaz jakichkolwiek działań przedsiębiorcy o pozycji dominującej, które są przejawem zachowania niezależnie od konkurentów i konsumentów, ze szkodą dla konkurencji, konkurentów i w konsekwencji konsumentów. Innymi słowy, Prezes UOKiK jako organ administracji państwa ma za zadanie sankcjonować te zachowania przedsiębiorcy o pozycji dominującej, które nie byłyby możliwe w warunkach swobodnej konkurencji. Tym samym zachowania rynkowe Koncernu na rynkach wyodrębnionych w sprawie związane są z większą odpowiedzialnością niż w przypadku funkcjonowania normalnego mechanizmu konkurencji.

W przedmiotowej sprawie, odpowiedzialność rynkowa ORLENU jest szczególna z uwagi na superdominację na rynku właściwym w sprawie oraz zajmowanie pozycji dominującej na rynku powiązanim. Wszelkie działania Koncernu na tych rynkach, które wywołują dalsze ograniczanie konkurencji (praktyki antykonkurencyjne) lub przynoszą Koncernowi nieuzasadnione korzyści – a tym samym straty po stronie konkurentów i kontrahentów (praktyki eksploatacyjne) są sprzeczne z prawem. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na opinię sporządzoną przez Adwokata Generalnego N. Fenelly w sprawie *Compagnie Maritime Belge*²⁷. Wynika z niej, że posiadania pozycji zbliżonej do monopolu, w szczególności na rynku gdzie zmiana ceny może być dokonana całkowicie autonomicznie w stosunku do ponoszonych kosztów, musi wiązać się ze szczególną odpowiedzialnością przedsiębiorcy o takiej pozycji. W takiej sytuacji niedopuszczalne są jakiegokolwiek zachowania, które mogłyby osłabiać dalej „kulejącą” konkurencję na rynku.

A) Praktyka ograniczająca konkurencję i naruszająca zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na nadużywaniu pozycji dominującej przez PKN ORLEN S.A. na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziw „Pettrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu;

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za praktykę ograniczającą konkurencję uznaje się nadużywanie pozycji dominującej na rynku poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Norma ta nakłada obowiązek nie stwarzania barier dla rozwoju konkurencji na przedsiębiorcę, którego pozycja rynkowa pozwala mu na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników. Praktyka objęta tym przepisem ma przede wszystkim charakter antykonkurencyjny, choć może również godzić w bezpośrednie interesy kontrahentów. Potencjalny zakres stanów faktycznych

²⁷ Sprawy połączone C 395, 396/96P *Compagnie Maritime Belge SA v. Komisja* (2000) 4 CMLR 1076.

mieszczących się w hipotezie normy wyprowadzanej z komentowanego przepisu jest bardzo szeroki. Istotne dla organu antymonopolowego jest natomiast skonkretyzowanie takiego działania podmiotu posiadającego pozycję dominującą, które przeciwdziała ukształtowaniu się warunków umożliwiających funkcjonowanie zdrowej konkurencji. W tym celu organ antymonopolowy powinien określić praktykę będącą przejawem nadużycia oraz wskazać rzeczywiste lub potencjalne skutki wywierające negatywny efekt dla swobody konkurencji na rynku.

Tak w doktrynie, jak i orzecznictwie utrwalił się pogląd, że przejaw nadużycia pozycji dominującej nie musi wystąpić wyłącznie na relevantnym rynku, na którym podmiot zajmuje pozycję dominującą. Praktyka ograniczająca konkurencję ma bowiem miejsce również w wypadku sprzecznych z prawem działań na innych rynkach relevantnych, na których dany przedsiębiorca nie posiada takiej pozycji, o ile pozycja dominująca na jednym z rynków relevantnych pozwala wymusić określone zachowanie uczestnikom innego rynku relevantnego (Zob.: S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1999, C.H. BECK, Wyd.2, str. 187 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem).

W rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia z dwoma blisko powiązаныmi ze sobą rynkami: glikolu oraz płynów do chłodziw. W grupie przedsiębiorców działających na obu tych rynkach wyróżnia się PKN ORLEN S.A. Po pierwsze bowiem na obu wyraźnie dominuje, a po drugie występuje na każdym z nich w roli dostawcy. Jako podmiot o pozycji dominującej na rynku glikolu oraz na rynku płynów dyktuje warunki, na jakich pozostałe podmioty uczestniczą w wymianie. Siła rynkowa Koncernu pozwala w znacznym zakresie oddziaływać mu na strukturę rynku płynów do chłodziw.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego Prezes UOKiK ustalił, że w wyniku przerobu ropy naftowej powstają produkty główne (łączne) (*joint products*) oraz produkty uboczne (*by-products*) oraz odpady produkcyjne. Wynoszący około **[Punkt 5 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**, udział sprzedaży glikolu monoetylenowego w całości uzyskiwanego przez PKN ORLEN S.A. przychodu ze sprzedaży w 2005 roku pozwala na określenie tego produktu jako ubocznego. (por. dane podane w piśmie Koncernu z dnia 29 maja 2006 r. utajnione postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 26 lipca 2006 r. oraz podstawowe dane finansowe PKN ORLEN S.A. dostępne na stronie internetowej www.orken.pl). Do produktów głównych (łącznych) zaliczyć natomiast należy w pierwszym rzędzie olej napędowy i etyliny. Należy stwierdzić, że koszty wytworzenia produktów ubocznych w procesie przerobu ropy naftowej są niemożliwe do rozliczenia.

W związku z powyższym ORLEN wyznacza cenę glikolu na podstawie formuły cenowej opierającej się na notowaniach ICIS-LOR. Możliwa jest natomiast kalkulacja kosztów wytworzenia produkowanego przez PKN ORLEN S.A. płynu do chłodziw. Żadnej przeszkody w kalkulacji kosztów nie stanowi niewiadoma, jaki jest koszt przerobu ropy naftowej na glikol. Koncern bowiem wyprodukowałszy ten surowiec stoi przed wyborem czy sprzedać go w stanie nieprzetworzonym, czy też ponosząc dodatkowe koszty przekształcić w „Petrygo”. Kosztem glikolu w płynie do chłodziw jest więc cena tego surowca.

Analiza Wykresu 1 „Ilości glikolu sprzedawane przez PKN ORLEN S.A. na rynek krajowy i eksport (w tonach)” [Punkt 2 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] pozwala na stwierdzenie, że system sprzedaży MEG stosowany przez ORLEN zmierza faktycznie do zapewnienia zbytu glikolu na terenie kraju. Prezes UOKiK badał ten fakt, z uwagi na to, że odmowa dostaw ze strony jedyne go krajowego producenta, zmuszałaby przedsiębiorców przetwarzających glikol by poprzez import pozyskiwali droższy surowiec z zagranicy, co obniżyłoby rentowność ich zakładów i osłabiłoby zdolność do skutecznego konkurencji z wyrobami wytwarzanymi przez ORLEN na rynkach powiązanych. Należy jednak stwierdzić, że Koncern podejmuje działania

zmierzające do zapewnienia dostaw na rynek krajowy. Wynika to przede wszystkim z faktu, że średnioroczne ceny na glikol uzyskiwane przez ORLEN w eksporcie są znacznie niższe niż osiągane na rynku polskim. Różnice te w latach 1997-2005 wynosiły średnio 10%. W formie graficznej przedstawia je Wykres 2 „Cena glikolu monoetylenowego na rynek krajowy i na eksport (w PLN/tona)”. Również w opinii konkurentów, PKN ORLEN S.A. jest bardziej zainteresowany maksymalizacją sprzedaży glikolu na rynku krajowym, aniżeli rynkiem eksportowym (pismo spółki Oxyde Chemicals B.V. z dnia 25 stycznia 2006 r.).

Analiza danych rynkowych przedstawionych w Tabeli nr 6 „Wielkość krajowego rynku płynów chłodniczych oraz udział w nim PKN ORLEN S.A.” [Punkt 3 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] potwierdza natomiast fakt, że ORLEN nie podlega normalnym regułom konkurencji na rynku płynów. Na przestrzeni lat 1997-1999 tj. w okresie spadku rynku sprzedaż udało się zwiększyć tylko importerom oraz ORLEN-owi (por. Wykres 4 „Krajowy rynek płynów chłodniczych w latach 1997-2005 (w tonach)” [Punkt 4 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] oraz Wykres 5 „Udział PKN ORLEN S.A. w krajowym rynku płynów chłodniczych w latach 1997-2005” [Punkt 4 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]). Reszta producentów, zgodnie z trendem rynkowym była w odwrocie. Ponadto, pomimo załamania sprzedaży w 2000 r. ORLEN w ciągu 2 lat był w stanie odbudować swój udział w rynku zwiększając dynamicznie sprzedaż, niezależnie od tego, że rynek płynów znajdował się wówczas na najniższym poziomie w całym badanym okresie. Ponownego załamania sprzedaży płynów Koncern doświadczył w 2005 r. w rezultacie dynamicznego wzrostu sprzedaży glikolu.

Homogeniczność rynku płynów, brak możliwości różnicowania produktu wymuszają typ konkurencji cenowej. Dysponowanie najpotężniejszą w Polsce siecią dystrybucji paliw, do której PKN ORLEN S.A. wyłącza dostęp innym producentom płynów (pismo Wnioskodawcy z dnia 19 czerwca 2006 r., pismo spółki Boryszew S.A. Oddział Boryszew w Sochaczewie z dnia 29 maja 2006 r., pismo spółki Autoland J. Kisielewski & J. Morański Sp. J. z dnia 26 maja 2006 r.) oraz posiadanie największego udziału na rynku płynów do chłodnic sprawia, że PKN ORLEN S.A. jest liderem cenowym. Jego konkurenci w swej polityce sprzedaży muszą się orientować na ceny „Petrygo”. Przy czym ich przekroczenie może oznaczać dla przedsiębiorcy wypadnięcie z gry rynkowej. Charakter opisywanego rynku sprawia więc, że dla znakomitej większości podmiotów w nim uczestniczących tj. podmiotów krajowych, które w większości nie posiadają rozbudowanego zaplecza finansowego, a sprzedaż kierują wyłącznie na rynek polski, fluktuacja cen stosowana przez Koncern ma zasadnicze znaczenie dla pozostania na rynku.

Przeprowadzone postępowanie bezsprzecznie dowiodło nieadekwatności zmian cen płynu „Petrygo” do cen jego głównego surowca i podstawowej pozycji kosztowej – glikolu monoetylenowego.²⁸ Dysproporcja ruchów cen obu towarów istnieje mimo tak znaczącego udziału wartości wsadu surowcowego, na którą przede wszystkim składa się cena glikolu, wynosząca ok. 70% kosztów wytworzenia gotowego wyrobu. Fakt kształtowania przez ORLEN ceny „Petrygo” w całkowitym oderwaniu od kosztów ponoszonych na jego wytworzenie najlepiej ilustrują następujące dane liczbowe. Od stycznia 1997 r. do grudnia 1997 r. cena glikolu zwiększyła się z 1500 PLN/tona do 2180 PLN/tona czyli o 45% natomiast cena Petrygo wzrosła z 1330 PLN/tona do 1500 PLN/tona czyli zaledwie o 13%. Podobnie w trakcie całego 1999 roku cena glikolu wzrosła z 1281 PLN/tona do 2453 PLN/tona, czyli o ponad 90%, podczas gdy w tym samym czasie cena „Petrygo” zwiększyła się o 30% - z 1500 PLN/tona do 1950 PLN/tona. Przy czym od połowy lipca do końca 1999 roku przy nie zmienionej cenie „Petrygo”, cena glikolu wzrosła o 67% (z 1469 do 2453

²⁸ Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do przedmiotowej sytuacji relacje pomiędzy zmianami ceny ropy naftowej na giełdach światowych a cenami benzyny i oleju napędowego cechują się silną zależnością.

PLN/tona). Z kolei od stycznia do grudnia 2002 r. cena glikolu ze stanu 1612 PLN/tona zmieniała się na 1913 PLN/tona (wzrost o niecałe 20%) gdy w tych samych miesiącach 2002r. płyn Petrygo sprzedawany był odpowiednio po 1800 PLN/tona i 1750 PLN/tona (spadek o ok. 3%). Do października 2003 r. glikol zwyżkował o kolejne 50% (do 2894 PLN/tona). W tym samym okresie cena Petrygo uległa zmianie o 10%. Dalsze wzrosty ceny glikolu do 4234 PLN/tona (październik 2004 r. – wzrost w ciągu roku o 46%) odzwierciedliły się w zmianie ceny Petrygo zaledwie o 8% (wzrost z 1920 PLN/tona do 2070 PLN/tona). Podobnie w 2005 r., od maja do listopada cena glikolu wzrosła o 23% (z 2578 PLN/tona do 3163 PLN/tona) a cena płynu chłodniczego zmniejszyła się o 8% z 2860 PLN/tona do 2660 PLN/tona.

Wskazane powyżej zmiany ceny glikolu oznaczają niemal identyczny wzrost kosztu wsadu surowcowego, a z uwagi na bardzo niewielki udział innych kosztów w produkcji płynu do chłodnic obrazuje bardzo wyraźnie brak korelacji w polityce cenowej ORLEN-u.

Dla prawidłowej oceny, w jaki sposób ustalona jest cena przez przedsiębiorcę dominującego zaleca się ponadto zbadanie relacji cena-koszty w danej firmie lub w danym segmencie rynku (Zob.: *S. Gronowski*, Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1999, C.H. BECK, Wyd.2, str. 209). Wobec powyższego Prezes UOKiK przeprowadził kalkulację kosztów wytworzenia płynu „Petrygo”, która została oparta na kilku podstawowych założeniach:

1) Prezes UOKiK określając koszt glikolu w płynie odniósł się do ceny bazowej MEG, oferowanej w warunkach loco Płock. Cenę taką musi zapłacić każdy krajowy nabywca glikolu, produkujący lub planujący rozpocząć produkcję płynu chłodniczego. Wyjątkiem jest 6 przedsiębiorców posiadających z ORLEN-em umowy wieloletnie.²⁹ Cena bazowa została pomniejszona proporcjonalnie do udziału glikolu w produkowanym przez Koncern płynie **[Punkt 6 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

2) Koszt wsadu surowcowego otrzymany zgodnie z metodą przyjętą w pkt 1 został powiększony o pozostałe koszty ponoszone przy produkcji płynów niezamarzających do chłodnic. Należy podkreślić, że koniecznością było odwołanie się do poziomu kosztów ponoszonych przez innego przedsiębiorcę. PKN ORLEN S.A. nie dysponował bowiem wiedzą o strukturze kosztów wytworzenia produkowanego w jego zakładach płynu „Petrygo”, utrzymując, że w Koncernie nie można w sposób miarodajny przeprowadzić analizy kosztów produkcji płynów chłodniczych. ORLEN wskazał ponadto, że prowadzi rachunek opłacalności i optymalizacji produkcji w ujęciu globalnym. Koncern podniósł, że co prawda do końca 1992 roku dane o kosztach jednostkowych wynikające z ewidencji księgowej wykorzystywane były dla celów statystycznych, lecz z dniem 1 stycznia 1993 r. GUS zrezygnował ze sprawozdania P-02 o rentowności grup wyrobów i wyrobów (Zarządzenie nr 28 Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 17 sierpnia 1992 r. znak: PP-4-020-1/92). (pisma PKN ORLEN S.A. z dnia 29 września 2000 r. oraz z dnia 29 maja 2006 r.). W związku z brakiem możliwości uzyskania kosztów produkcji płynów chłodniczych ponoszonych przez Koncern, Prezes Urzędu wezwał do przedstawienia kosztów produkcji innych uczestników rynku. Mając na uwadze, że dane te służyć miały do ustalenia przybliżonych kosztów ORLEN-u, Prezes UOKiK odniósł się do danych przedsiębiorców porównywalnych - w zakresie produkcji płynu do chłodnic - z ORLEN-em.

Prezes UOKiK uznał wobec tego za słuszne argumenty PKN ORLEN S.A., że koszty wytworzenia płynu do chłodnic ponoszone przez Koncern nie są porównywalne z odpowiednimi kosztami Wnioskodawcy lub innego małego lub średniego przedsiębiorcy z uwagi na tzw. ekonomię skali i zakresu. Wraz ze wzrostem wolumenu produkcji maleje

²⁹ Cena w tych umowach również jest oparta na formule służącej do ustalania ceny bazowej, ale możliwe jest uzyskanie opustu od tak otrzymanej ceny. Poza tym umowy wieloletnie dotyczą wyłącznie 6 przedsiębiorców, którzy działają na różnych rynkach produktów otrzymywanych z MEG.

bowiem koszt wytworzenia poszczególnych produktów (ekonomia skali) zwłaszcza, jeżeli wytwarzane są w procesie zintegrowanym (ekonomia zakresu). Zatem Koncern jako przedsiębiorstwo o znacznie większym wolumenie produkcji niż „Chemia-Bomar” ponosi nieporównywalne nakłady, takie jak robocizna bezpośrednia, energia elektryczna, koszty wydziałowe, koszty ogólnozakładowe i koszty sprzedaży. Zgodnie natomiast ze stanowiskiem Prezesa UOKiK rozpatrując zarzut ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziw „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego oraz nieuczciwego oddziaływania na kształtowanie się cen płynu na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu jego ceny, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, w celu eliminacji konkurentów należy badać rentowność przedsiębiorcy o pozycji dominującej. Implementacja reguł konkurencji przez organy administracyjne nie może bowiem wspierać przedsiębiorców, z różnych powodów, mniej efektywnych. W związku z powyższym w badaniu uwzględniono pozostałe koszty ponoszone przez spółkę, która wolumenem produkcji najbardziej odpowiada PKN ORLEN S.A., tj. Zakładów Chemicznych i Tworzyw Sztucznych „Boryszew” S.A. w Sochaczewie (Boryszew S.A.). Do sumy rzeczywistych kosztów wsadu surowcowego Koncernu dodano koszty zmienne ponoszone przez Boryszew S.A.

Otrzymana kwota równa się średnim kosztom całkowitym ponoszonym na wyprodukowanie i sprzedaż 1 tony płynu chłodziwczego. Prezes Urzędu dysponował danymi miesięcznymi dla lat 1997-1999 oraz 2005 r. Natomiast dla lat 2000-2004 zastosowano koszty średnioroczne. W związku z tym Prezes UOKiK dla oceny zmienności poszczególnych kosztów przyjął okres jednego miesiąca. Porównanie danych zawartych w piśmie Boryszew S.A. z dnia 29 maja 2006 r. wykazało, że wszystkie koszty uwzględnione w badaniu charakteryzują się zmiennością dla przyjętego okresu. Tym samym należało przyjąć, że otrzymana kwota średnich kosztów całkowitych równa się średnim kosztom zmiennym ponoszonym na wyprodukowanie i sprzedaż 1 tony płynu chłodziwczego.

3) Do porównania otrzymanego w ww. sposób kosztu wytworzenia płynu chłodziwczego Prezes UOKiK zastosował cenę Petrygo na warunkach franco konfeksjonera. Cena ta jest zatem wyższa o średnie koszty transportu płynu do siedziby konfeksjonera (siedziby konfeksjonerów płynów do chłodziw PKN ORLEN S.A. znajdują się na terenie całego kraju). Adekwatność tej ceny dla przedmiotowego badania wypływa z faktu, że do ceny bazowej MEG – loco Płock, potencjalny odbiorca musi również doliczyć koszty transportu do swojej siedziby. Dość istotny jest też fakt, że konfeksjonerzy dostają dodatkowy opust w wysokości 100 PLN/tona, jeżeli odsprzedają płyn luzem dla firm transportowych oraz do wykorzystania w ciepłownictwie.

Otrzymane dane pozwoliły na sporządzenie Wykresu 6 „Udział kosztów glikolu w cenie płynu „Petrygo” w latach 1997-2005 (w PLN/tona)” [Punkt 7 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] oraz Wykresu 7 „Porównanie ceny płynu „Petrygo” z łącznym kosztem jego wytworzenia w latach 1997-2005 (w PLN/tona)” [Punkt 5 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]. Tak otrzymane dane zostały poddane dwustopniowej analizie.

Po pierwsze Prezes UOKiK dokonał analizy Wykresu 6 „Udział kosztów glikolu w cenie płynu „Petrygo” w latach 1997-2005 (w PLN/tona)” [Punkt 7 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] obejmującego porównanie danych otrzymanych zgodnie z metodą opisaną powyżej w pkt 1 i 3. Wykres 6 ukazuje w formie graficznej brak powiązania pomiędzy fluktuacją kosztu wsadu surowcowego, a poziomem ceny uzyskanego z niego płynu do chłodziw. Rozbieżność ta została udowodniona powyżej poprzez porównanie danych liczbowych. Jedynie w okresie lipiec 2000 r. listopad 2002 r. daje się zaobserwować zależność pomiędzy zmianami w cenie

surowca a płynu. Okres ten zbiega się z postępowaniem sądowym prowadzonym na skutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 19 lipca 2000 r. nr RWA 17/2000.

Natomiast na wykresie 7, „Porównanie ceny płynu „Petrygo” z łącznym kosztem jego wytworzenia w latach 1997-2005 (w PLN/tona)” [Punkt 5 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] ukazane jest, że w okresach od maja 1997 do maja 1998, listopad 1999 – lipiec 2000, marzec 2003 – luty 2005 PKN ORLEN sprzedawał „Petrygo” na granicy opłacalności produkcji. W okresach: maj 1997 – wrzesień 1997, luty 1998 – kwiecień 1998, maj 2004 - sierpień 2004 oraz październik 2004 – listopad 2004 PKN ORLEN S.A. sprzedawał płyn do chłodziń poniżej średnich kosztów całkowitych.

Analizy przeprowadzone w niniejszej sprawie wykazały nie tylko brak korelacji pomiędzy zmianami cen obu produktów sprzedawanych przez Koncern, lecz również fakt, że ma on miejsce na granicy opłacalności produkcji płynu chłodniczego. W niektórych okresach łączny koszt wytworzenia płynu do chłodziń zbliżał się bowiem lub nawet przewyższał cenę „Petrygo”. W takich okolicznościach nie odzwierciedlanie przez Koncern wzrostu ceny glikolu w cenie Petrygo skutkuje tym, że możliwość pozostania na rynku posiadają jedynie przedsiębiorstwa dysponujące odpowiednio dużymi zasobami finansowymi, by przetrwać okres nierentownej produkcji. Pozostałe podmioty, zwłaszcza mniejsze, które nie dywersyfikują działalności pomiędzy różne profile aktywności gospodarczej, muszą rynek opuścić. Koncern pełni bowiem rolę lidera cenowego. Przy tak małym podatnym na różnicowanie produkcji, jak płyn do chłodziń nie istnieje w zasadzie możliwość konkurowania w inny sposób niż ceną. Próby adresowania oferty produktów do specyficznych odbiorców – poszczególnych nisz rynkowych, którą to strategię realizuje m.in. Boryszew S.A., przynoszą bardzo ograniczone rezultaty. W konsekwencji warunkiem obecności na rynku jest dostosowanie cen do poziomu PKN ORLEN S.A. Dlatego wzrost kosztów wytworzenia płynu do poziomu równego lub przewyższającego cenę „Petrygo” powoduje, że przedsiębiorca równie efektywny jak PKN ORLEN S.A. nie ma możliwości uzyskania jakiegokolwiek marży lub nawet jest zmuszany do sprzedaży ze stratą. Przedsiębiorca bez potężnego zaplecza finansowego, jakim niewątpliwie dysponuje Koncern, który ponadto nie jest w stanie subsydiować swojej produkcji z innych źródeł staje przed wyborem wycofania się z rynku lub wytwarzania płynu do chłodziń przez pewien czas ze stratą w nadziei, że Koncern podniesie cenę swego produktu. Tym samym ORLEN swobodnie manipulując cenami glikolu i płynu ma możliwość wypierania z rynku równie efektywnych podmiotów zajmując ich udział w rynku.

W decyzji Komisji³⁰ z dnia 18 lipca 1988 r. podniesiono, że utrzymywanie przez podmiot o pozycji dominującej, który dominuje zarówno na rynku surowca jak i rynku produktu z niego otrzymywanego, różnicy między ceną, po której sprzedaje surowiec podmiotom konkurującym z nim na rynku powiązanim a ceną, po której sprzedaje przerobiony produkt, niewystarczającej na pokrycie jego własnych kosztów przetworzenia (w niniejszej sprawie jest to różnica pomiędzy ceną bazową glikolu w proporcji niezbędnej do wytworzenia płynu i ceną płynu w odniesieniu do pozostałych kosztów wytworzenia płynu) w rezultacie czego konkurencja na rynku zostaje ograniczona, stanowi nadużycie pozycji dominującej.

Podobnie w decyzji Komisji³¹ z dnia 21 maja 2003 r. wskazano, że niewystarczająca różnica pomiędzy ceną sprzedaży surowca, a ceną sprzedaży na rynku powiązanim stosowana przez przedsiębiorcę zintegrowanego pionowo konstytuuje praktykę antykonkurencyjną, w szczególności gdy konkurenci na rynku powiązanim są wypychani z rynku, pomimo tego, że są równie efektywni jak przedsiębiorca dominujący.

³⁰ Decyzja Komisji w sprawie IV/30.178 (Napier Brown – British Sugar) (OJ L 284, 19.10.1988) pkt. 66.

³¹ Decyzja Komisji w połączonych sprawach COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 (Deutsche Telekom) (OJ L 263, 14.10.2003) pkt. 108

W analizowanej sprawie zachowanie rynkowe uzewnętrznione przez PKN ORLEN S.A. oraz jego konkurentów było jedną z płaszczyzn przeprowadzonej przez Prezesa UOKiK analizy. W świetle szeroko komentowanych wcześniej ustaleń dotyczących pozycji rynkowej Koncernu oraz jego przywództwa cenowego nie może budzić wątpliwości fakt, że ORLEN nie sprzedawał „Petrygo” po zaniżonej cenie na skutek nadwyżki podaży rynkowej nad popytem. Siła rynkowa Koncernu daje mu, poprzez największą w Polsce sieć dystrybucji produktów naftowych, możliwość plasowania swych produktów na rynku bez konieczności obniżania ich ceny do granicy opłacalności produkcji. Należy po raz kolejny podkreślić, że obiektywnie PKN ORLEN S.A. stał się beneficjentem antykonkurencyjnej sytuacji rynkowej, którą wytworzył swymi działaniami. Ich skutkiem jest bowiem zwiększenie udziału Koncernu na rynku towaru przynoszącego aktualnie wyższy zysk, które umożliwia zwiększenie kontroli nad zjawiskami zachodzącymi na tym rynku, nawet w sytuacji odwrotnych trendów rynkowych.

O antykonkurencyjnym skutku ww. działań PKN ORLEN S.A. świadczy analiza struktury rynku produkcji płynów chłodniczych. Konkurenci ORLEN-u zmuszeni zostali przez niego do tolerowania sytuacji, w której w dłuższych odcinkach czasu ponosić muszą koszty utrzymywania nierentownej produkcji. Ponieważ zwłaszcza krajowi producenci płynów do chłodziarek, których wyroby stanowią głównie konkurencję dla „Petrygo” (segment tanich płynów krajowych), nie mają wystarczających zasobów finansowych dla podjęcia długotrwałej wojny cenowej, są oni wypychani z rynku. Wniosek taki znajduje silne oparcie nie tylko w teorii nauk ekonomicznych, ale również w prezentowanych wynikach przeprowadzonych badań empirycznych rynku płynów do chłodziarek. Należy podkreślić, że badania te ponad wszelką wątpliwość dowiodły nieuchronnego postępowania procesu eliminacji konkurentów przez ORLEN. Spośród 23 konkurentów ORLENu uczestniczących w badaniu rynku w 1999 r. zaledwie 10 pozostało uczestnikami rynku płynów w 2006 r. W tym czasie na rynku pojawiło się 6 nowych przedsiębiorców, przy czym tylko dwóch wytwórców krajowych (spółka P.P.H.T.U. Adwa Sp. z o.o. Zakład Pracy Chronionej w Łodzi oraz spółka Inter-Global Sp. z o.o. w Ostrowie Wielkopolskim). Efekt wykluczenia widoczny jest również w zachęcaniu aktualnych uczestników rynku do ograniczenia produkcji z uwagi na pozbawienie zyskowego dostępu do niego (por. sytuacja spółki Kosmet-Rokita Sp. z o.o. w Brzegu Dolnym). Brak korelacji pomiędzy ceną „Petrygo” a kosztem surowca sprzyja też innemu pożądanemu z punktu widzenia PKN ORLEN S.A. skutkowi: odstraszeniu nowych przedsiębiorców przed wejściem do branży. O tym, że efekt ten udało się Koncernowi osiągnąć może świadczyć m.in. generalny spadek zainteresowania w latach 1999-2005 uzyskaniem certyfikatów Instytutu Transportu Samochodowego dopuszczających do obrotu płyn do chłodziarek. Liczba wydanych takich certyfikatów systematycznie rosła w latach 1995-1998, wynosząc odpowiednio: 11, 17, 16 oraz 25. Natomiast od 1999 roku ta tendencja wzrostowa uległa odwróceniu, gdyż w kolejnych latach wydano 17, 18, 15, 9, 9, 10 certyfikaty. Jedynie w 2005 r. Instytut Transportu Samochodowego wydał 22 certyfikaty.

Przedsiębiorcy, którzy nie wycofali się z rynku płynów chłodniczych, poprzez działania PKN ORLEN S.A. są postawieni w gorszej sytuacji i w konsekwencji doprowadzeni do tego, że muszą konkurować mniej agresywnie. Ta gorsza sytuacja konkurentów charakteryzuje się tym, że Koncern wykorzystuje zdolność do bezpośredniego podnoszenia kosztów konkurentów, a także redukcji popytu na ich produkty. Opisywane zachowanie rynkowe PKN ORLEN S.A. przeciwdziała utrzymaniu stopnia konkurencji wciąż jeszcze występującego na rynku płynów chłodniczych.

W tym miejscu należy podkreślić, że kontynuowanie pewnego profilu działalności, gdy przynosi on straty, wymaga subsydiowania go wpływami z pozostałych rodzajów prowadzonej aktywności ekonomicznej. W związku z tym warto zwrócić uwagę na treść wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 25 czerwca 1992 r. (sygn. akt XVII Amr 10/92), w którym stwierdzono, że „nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie cen może mieć miejsce w sytuacji, gdy podmiot o pozycji dominującej na rynku jako sprzedawca lub

kupujący żąda cen w istotnym stopniu odbiegających od tych, które z dużym prawdopodobieństwem istniałyby w warunkach efektywnej konkurencji.” W kontekście rozpatrywanej sprawy należy podnieść, że zdominowanie krajowego rynku glikolu przez ORLEN i związany z tym fakt występowania Koncernu w roli lidera cenowego prowadzi do niezrozumiałego z punktu widzenia zasady racjonalnego gospodarowania oderwania ceny produktu od kosztów jego wytworzenia. Można się spodziewać, że gdyby rynek płynów do chłodziń miał strukturę zatomizowaną i istniała na nim efektywna konkurencja, reagowałaby na drastyczne ruchy ceny glikolu. Cena na rynku płynów odzwierciedlałaby wówczas ekonomiczną rzadkość zasobów i generalnie rzecz biorąc reagowała na bodźce płynące z innych rynków. Nie byłaby petryfikowana przez jednego z producentów płynu do chłodziń.

Należy zwrócić uwagę, że utrzymywanie ceny płynu „Petrygo” na granicy opłacalności produkcji przynosi stratę również PKN ORLEN S.A. W tych samych okresach Koncern intensyfikuje jednak sprzedaż nie przetworzonego glikolu korzystając z wysokich cen na ten surowiec na giełdach światowych (por. Wykresu 1 [Punkt 2 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa], Wykresu 2 [Punkt 3 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] i Wykresu 5 [Punkt 4 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa], w szczególności w roku 1997, 2000 oraz 2004). W istocie więc w opisywanym wypadku dochodzi do oczywistego subsydiowania produkcji płynu do chłodziń wpływami osiąganymi z dochodowych dziedzin wytwórstwa ORLEN-u. Tymczasem w sprawie subsydiowania wewnątrz przedsiębiorstwa jednego obszaru działalności wpływami płynącymi z innych jego dziedzin wypowiedział się Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 22 kwietnia 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 77/97). Uznał w nim, że wewnętrzne subsydiowanie przez przedsiębiorcę swych towarów (usług) wywiera niekorzystny wpływ na konkurencję. W wyroku tym Sąd Antymonopolowy stwierdził, że dla oceny bezprawności tego zachowania wystarczające jest, że pozwala ono osiągnąć przewagę na rynku konkurencyjnym. Powyższą argumentację SOKiK podtrzymał w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r. (syg. akt XVII Ama 44/04). Sąd podkreślił, że stosowanie subsydiowania skrośnego tj. wewnątrzzakładowego dotowania działalności przynoszącej straty z dochodowej działalności prowadzonej na innym rynku jest zakazane przez prawo antymonopolowe. Zachowanie takie jest niedopuszczalne dlatego, że umożliwiłoby stosowanie cen na rynku dotowanym poniżej kosztów prowadzenia działalności – czyli ze stratą. Sąd wskazał ponadto, że z całą pewnością może to mieć niekorzystny wpływ na decyzje konkurentów na rynku dotowanym³². Ci bowiem, mimo że nie korzystają z dotacji, muszą stosować ceny odpowiadające cenom poniżej kosztów wykonania usługi oferowanym przez ich konkurenta. Nie ma przy tym znaczenia, że naruszenie to może mieć charakter hipotetyczny – jak bowiem wynika z treści art. 1 ust 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów *„Ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.”*

Również w doktrynie subsydiowanie w celach konkurencyjnych przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej na konkurencyjnym rynku wpływami uzyskiwanymi z innych rynków produktowych i terytorialnych, na których przedsiębiorca posiada pozycję dominującą uznaje się za nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie się cen. W literaturze wskazuje się bowiem, że konkurent takiego przedsiębiorcy, funkcjonując na znacznie mniejszych rynkach produktowych i terytorialnych, nie ma możliwości prowadzenia analogicznej strategii konkurencji (Zob.: S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1999, C.H. BECK, Wyd.2, str. 214-215).

Krótkofalowe straty ORLEN-u na rynku płynów są jednak zgodne z długofalowym

³² W niniejszej sprawie na rynek płynów chłodzińskich.

interese ekonomicznym Koncernu. Tworzą bowiem możliwość utrzymywania swoich udziałów rynkowych na rynku płynów chłodniczych i osiągania zwiększonej marży zysku. Analiza danych dotyczących wielkości sprzedaży ORLEN-u na rynku glikolu oraz płynów pozwala na stwierdzenie, że możliwość manipulowania w znacznym zakresie wielkością podaży płynu na rynku oraz wysokością jego cen umożliwia Koncernowi niezależny od konkurentów wybór zaangażowania na obu rynkach powiązanych w celu maksymalizacji zysku. ORLEN jest w stanie z łatwością zmienić zainteresowanie w wielkości sprzedaży na poszczególnych rynkach w zależności od ceny, którą jest w stanie uzyskać. Analiza Wykresu 1 [Punkt 2 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa], Wykresu 2 [Punkt 3 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] i Wykresu 5 [Punkt 4 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa], prowadzi do wniosku, że w momencie wzrostu ceny MEG ORLEN zwiększa sprzedaż krajową MEG, gdzie ma możliwość uzyskania dodatkowego zysku, z uwagi na sposób kształtowania ceny na ten surowiec. W tej sytuacji rezygnuje z silnego zaangażowania w rynku płynów tracąc sporą część udziału. Odwrotnie, gdy cena glikolu maleje i pojawia się silniejsza presja konkurencyjna importu, ORLEN wraca do sprzedaży produktu bardziej przetworzonego. Manipulowanie cenami obu produktów pozwala mu w krótkim czasie odzyskiwać udział w rynku płynów.

Tym samym ORLEN uczestnicząc w rynku płynów chłodniczych sprawuje nad nim kontrolę i nie pozwala innym uczestnikom tego rynku na działania niezależne od siebie. Branża płynów chłodniczych w Polsce to szereg średnich przedsiębiorstw w pełni uzależnionych od dostaw surowca od PKN ORLEN S.A. (por. pismo spółki Borgii Chemicals Poland Sp. z o.o. we Wrocławiu z dnia 20 stycznia 2006 r.). Utrzymywanie takiej struktury rynku płynów chłodniczych gwarantuje niski stopień konkurencji i przytłaczającą przewagę PKN ORLEN S.A. W ten sposób ORLEN zapewnia sobie również przewagę na rynku dostaw surowca (glikolu) zmniejszając możliwości negocjacyjne producentów płynów. Ceny glikolu monoetylenowego w Polsce dla produkcji płynów chłodniczych są zależne od cen oferowanych przez ORLEN ponieważ jest on producentem również produktu końcowego, z którym inni producenci muszą konkurować i zakup droższego MEG wiązałby się z koniecznością redukcji innych kosztów składowych produkcji płynów (pismo spółki Borgii Chemicals Poland Sp. z o.o. we Wrocławiu z dnia 20 stycznia 2006 r.). Z drugiej strony całkowite opanowanie rynku płynów chłodniczych przez ORLEN wiązałoby się z dodatkowymi kosztami przechowania towaru (płyny chłodnicze znajdują nabywców przede wszystkim w okresie jesienno-zimowym natomiast produkcja glikolu związana jest z przerobem ropy naftowej niezależnym od pór roku), poszukiwaniem innych źródeł zbytu, czy zwiększonymi nakładami na marketing. Możliwość osiągnięcia wyższego zysku przez ORLEN poprzez wykorzystanie wysokich cen MEG na giełdach światowych również nie wpływa stymulująco na dokonywanie inwestycji przez Koncern w celu zwiększenia zdolności produkcyjnych płynów chłodniczych.

Podsumowując należy wskazać, że w całym badanym okresie powyżej opisana praktyka stosowana przez PKN ORLEN S.A. przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku, jednocześnie przynosząc mu korzyść finansową.

Według stanowiska PKN ORLEN S.A. wyrażonego w piśmie z dnia 22 marca 2000r. produkcja „Petrygo” stanowi sposób na zagospodarowanie nadwyżek produkcyjnych glikolu, których przedsiębiorstwo nie może składować z racji niewystarczających powierzchni magazynowych. Koncern podniósł, że stara się on utrzymywać ceny produkowanego płynu na niezmiennym poziomie przez dłuższe okresy, niezależnie od wzrostów i spadków cen glikolu monoetylenowego oraz sezonowych zmian popytu, co wpływa stabilizująco na wielkość sprzedaży tego produktu. Nie można nie przyznać racji Koncernowi,

że niezmiennosc cen rzeczywiście wpływa „stabilizująco” na sprzedaż tego towaru i jest dla Koncernu zdecydowanie korzystna. Należy jednak zwrócić uwagę, że takie – jak wskazuje niniejsza decyzja – nieuczciwe działanie wpływa zdecydowanie negatywnie na stan konkurencji. Przy takim bowiem „stabilnym” poziomie cen inni równie efektywni przedsiębiorcy są eliminowani z rynku.

Zważywszy na ogromne w skali nie tylko Polski ale i całego regionu Europy Środkowo-Wschodniej rozmiary PKN ORLEN S.A., jak również wielość rynków, na których działa ten przedsiębiorca należy pamiętać, że to co się dzieje na jednym z rynków, w których uczestniczy Koncern, wywołuje efekty na pozostałych rynkach na jakich działa ORLEN. Podmiot o pozycji dominującej podejmując politykę cenową ograniczającą konkurencję na jednym lub kilku rynkach, ponosi związane z tym straty. Jednakże mnogość rynków, na których działa, pozwala mu na korzystanie z renty monopolistycznej na pozostałych. W przypadku nie prowadzenia agresywnej polityki cenowej, dominant z czasem traciłby pozycję dominującą na kolejnych rynkach z uwagi na wejście konkurentów. Suma zysków i strat na kilku rynkach powoduje, że bardziej opłacalna dla podmiotu dominującego jest polityka cenowa sprzeczna z prawem ochrony konkurencji.³³ Podsumowując należy stwierdzić, że działania na rynkach glikolu i płynów wywołują pożądany przez ORLEN skutek poprzez odstraszenie potencjalnych konkurentów również na innych rynkach, na których Koncern jest obecny.

Tym samym zarzut, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający na nadużywaniu pozycji dominującej przez PKN ORLEN S.A. na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na skutek ustalania ceny wytwarzanego przez PKN ORLEN S.A. płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego należy uznać za udowodniony.

B) Praktyka ograniczająca konkurencję naruszająca zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na, nadużywaniu pozycji dominującej przez PKN ORLEN S.A. na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie się cen niezamarzającego płynu do chłodziń na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu ceny płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo”, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, w celu eliminacji konkurentów

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za praktykę ograniczającą konkurencję uznaje się również nadużywanie pozycji dominującej na rynku poprzez nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie cen, w tym cen odsprzedaży oraz sprzedaż poniżej kosztów w celu eliminacji konkurentów.

Jak udowodniono powyżej, przyjęty sposób postępowania PKN ORLEN S.A. przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku płynów niezamarzających do chłodziń. Dzieje się tak na skutek nieadekwatnego oddziaływania na kształtowanie się cen tych produktów.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Antymonopolowego z dnia 23 czerwca 1999 r. (sygn. akt XVII Ama 26/99) „określone zachowanie podmiotu, w stosunku do którego toczy się postępowanie antymonopolowe, może wyczerpywać znamiona dwóch lub więcej przepisów powołanej ustawy (zbieg podstaw prawnych)”. W związku z tym Prezes UOKiK dokonał analizy, czy w rozpatrywanej sprawie praktyki ograniczające konkurencję polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju

³³ Porównaj: Bishop, Simon; Walker, Mike. “The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement.” Londyn, Sweet & Maxwell, 1999 s. 222-223.

konkurencji nie pozostają w nierozzerwalnym związku z nieuczciwym kształtowaniem cen w celu eliminacji konkurentów

W doktrynie przyjmuje się, że nieuczciwym kształtowaniem cen jest m.in. strategia walki konkurencyjnej stosowana przez dominującego sprzedawcę, zakładająca stosowanie cen na tak niskim poziomie, że równie efektywny konkurent, jednakże dysponujący mniejszymi zasobami finansowymi lub w mniejszym stopniu zdeterminowany by prowadzić wojnę cenową, jest zmuszony do wyjścia z rynku lub zniechęcony do wejścia na rynek.

Stanowisko, że „drapieżna” polityka cenowa przedsiębiorcy o pozycji dominującej może stanowić nadużycie pozycji dominującej jest potwierdzone również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który stworzył podstawowy test służący ocenie polityki cenowej dominanta. Po pierwsze należy wskazać, że sprzedaż poniżej średnich kosztów zmiennych jest uważana za nadużycie. Założenie, że obniżenie ceny poniżej takich kosztów jest przejawem „drapieżnictwa cenowego” wynika z faktu, że przedsiębiorca nie ma żadnego innego interesu w stosowaniu takich cen z wyjątkiem eliminacji konkurentów z rynku, po to aby następnie podnieść ceny korzystając z pozycji monopolistycznej.³⁴ Po drugie, Trybunał podniósł, że ceny poniżej średnich kosztów całkowitych ale powyżej średnich kosztów zmiennych mogą być uważane za nadużycie dopiero jeżeli są stosowane w ramach planu wyeliminowania konkurentów.³⁵

Z praktyką ograniczającą konkurencję poprzez stosowanie cen poniżej kosztów wytworzenia produktu w celu eliminacji konkurentów mamy do czynienia w razie kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

- a) ponoszenia przez podmiot o pozycji dominującej krótkoterminowych strat;
- b) określenia, czy strategia podmiotu o pozycji dominującej jest ukierunkowana na wyeliminowanie konkurentów;
- c) osiągnięcia długoterminowych korzyści przez podmiot o pozycji dominującej pozwalających pokryć mu krótkotrwałe straty.

Ad a) Analiza kształtowania się kosztów związanych z produkcją i sprzedażą płynu chłodniczego w stosunku do ceny płynu sprzedawanego przez PKN ORLEN S.A. wykazała, że w okresach: maj 1997 – wrzesień 1997, luty 1998 – kwiecień 1998, maj 2004 - sierpień 2004 oraz październik 2004 – listopad 2004 PKN ORLEN S.A. sprzedawał płyn do chłodziarek poniżej średnich kosztów całkowitych (por. Wykres 7 „Porównanie ceny Petrygo z łącznym kosztem jego wytworzenia w latach 1997-2005 (w PLN/tona) [Punkt 5 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]). Aczkolwiek z uwagi na przyjęty przez Prezesa UOKiK dla oceny zmienności poszczególnych kosztów okres jednego miesiąca wszystkie koszty wyprodukowania płynu chłodniczego należało zakwalifikować jako koszty zmienne to wypada również zauważyć, że linia obrazująca cenę „Petrygo” nie odbiega we wskazanych okresach w sposób rażący od linii oznaczającej ponoszone koszty na wytworzenie płynu. Co więcej straty Koncernu mają miejsce wyłącznie krótko, nie dłużej niż cztery miesiące.

Ad b) Prezes UOKiK rozważył, czy przyjęta przez ORLEN strategia sprzedaży w krótkich okresach poniżej własnych kosztów jest stosowana w celu wypchnięcia innych przedsiębiorców z rynku. Zgodnie z tym co zostało powyżej przedstawione należy uznać, że Koncern swoją politykę cenową stosował cyklicznie nie uzależniając jej od konkretnych zdarzeń rynkowych (takich jak na przykład pojawienie się nowego konkurenta). W toku postępowania administracyjnego nie udowodniono, że Koncern działa z zamiarem

³⁴ Sprawa IV/30.698 Engineering and Chemical Supplies (Epson and Gloucester) Ltd v. Akzo Chemie UK Ltd. [1982] 1 C.M.L.R. 273; [1981] O.J. L 374/1.

³⁵ Sprawa C-333/94P Tetra Pak International S.A. v. Komisja [1997] 4 C.M.L.R. 662.

wyeliminowania konkretnego przedsiębiorcy. Nie wykazano również, by sprzedaż poniżej własnych kosztów produkcji stanowiła bezpośrednią odpowiedź PKN ORLEN S.A. na działania konkurentów zagrażające pozycji Koncernu na rynku płynów chłodniczych. Nie można ponadto stwierdzić w niniejszej sprawie, że PKN ORLEN S.A. prowadził wojnę cenową z konkurentami na rynku płynów chłodniczych, której bezpośrednim efektem było wyjście z rynku konkretnego przedsiębiorcy. Fakt, że w latach 1997-2005 całkowita liczba uczestników rynku płynów do chłodnic zmniejszyła się o blisko 40% należy przede wszystkim wiązać z działaniem ORLENu polegającym na nieadekwatności stosowanych cen glikolu z cenami gotowego produktu często na granicy opłacalności produkcji.

Zgodnie z założeniem przyjętym w orzecznictwie ETS należałoby uznać, że ORLEN decydując się na sprzedaż produktu poniżej średnich kosztów zmiennych zmierzał bezpośrednio do eliminacji konkurentów. Oceniając zamiar Koncernu należy jednak ponownie podkreślić, że stosowana cena „Petrygo” nie była rażąco niższa od kosztów wytworzenia płynu oraz okresy jej stosowania nie były długie. Należy także zauważyć, że *de facto* była niższa od średnich kosztów całkowitych, które z uwagi na przyjęty przez Prezesa UOKiK dla oceny zmienności kosztów okres jednego miesiąca należało zakwalifikować jako średnie koszty zmienne. Ww. okres dla oceny zmienności kosztów wynika z faktu dysponowania przez Prezesa UOKiK danymi miesięcznymi. Wypada zauważyć zatem, że gdyby Prezes UOKiK dysponował w niniejszym postępowaniu danymi rocznymi wysokość średnich kosztów zmiennych niewątpliwie uległaby obniżeniu. Tym samym dla stwierdzenia stosowania rażąco niskich cen przez ORLEN niezbędne było wykazanie, że ORLEN stosował je w celu eliminacji konkurentów.

Ad c) Ostatnią kwestią rozważoną przez Prezesa UOKiK była możliwość odzyskania przez ORLEN poniesionych strat w krótkich okresach w perspektywie długoterminowej. Prezes UOKiK stwierdził, że w dłuższym okresie (obejmującym cały badany okres) PKN ORLEN S.A. jest więc w stanie z łatwością rekompensować krótkoterminowe straty. Koncern działając niezależnie od konkurentów i w pełni panując nad mechanizmami zachodzącymi na rynku płynów chłodniczych ma możliwość (z której często korzysta) nakładania wysokiej marży na sprzedawany produkt i tym samym odzyskiwania ponoszonych strat, tym bardziej, że nie są to straty wysokie.

W tym miejscu należy wskazać, że zdaniem Sądu Antymonopolowego (wyrok z dn. 19 grudnia 1990 roku, XV Amr 7/90), z praktyką sprzedaży poniżej kosztów mamy do czynienia jedynie wówczas, gdy realizowana jest z zamiarem eliminacji konkurentów. W sytuacji zaś nagromadzenia przez sprzedawcę towaru, którego nie może zbyć po cenach zapewniających rentowność, zbycie towaru po cenie niższej nie stanowi przejawu praktyki ograniczającej konkurencję. Gdyby zatem PKN ORLEN S.A. nie miał możliwości zbycia glikolu, powstającego w trakcie przerobu ropy naftowej, w innej formie niż pod postacią płynu do chłodnic, utrzymywanie przez Koncern zaniżonej ceny „Petrygo” można by uznać za usprawiedliwione. Ustalony w toku postępowania stan faktyczny jest jednak inny. ORLEN dysponuje bowiem pełną możliwością sprzedaży glikolu. Zdaniem Prezesa UOKiK, w wypadku wycofania się Koncernu z produkcji „Petrygo”, na rynku płynów do chłodnic powstałaby luka, którą zapełniliby bądź nowi dostawcy, bądź dotychczas istniejący poprzez zwiększenie produkcji. Jedni i drudzy jednak zaopatrywaliby się w glikol, jako podstawowy komponent płynów do chłodnic – zbierając powstałą nadwyżkę surowca. W świetle ustalonego stanu faktycznego nie budzi wątpliwości, że działanie mechanizmów rynkowych zostało w znacznym stopniu zdeformowane na skutek wyznaczania przez PKN ORLEN S.A. ceny na wiodący pod względem wielkości sprzedaży płyn do chłodnic „Petrygo”, w sposób całkowicie abstrahujący od kosztu pozyskania glikolu monoetylenowego, a co za tym idzie bez związku z kosztem wytworzenia płynu i ekonomiczną rzadkością zasobów dostępnych w gospodarce. Bezspornie ustalono również, że istniejąca konfiguracja cen ustalona pomiędzy

rynkami płynów do chłodziń i glikolu monoetylenowego ma w swej podstawie strukturę obu rynków skoncentrowaną wokół Koncernu.

W toku niniejszego postępowania nie udowodniono jednak, aby Koncern nieuczciwie oddziaływał na kształtowanie się cen niezamarzającego płynu do chłodziń. Przede wszystkim należy podkreślić, że w toku postępowania antymonopolowego nie ustalono aby działania PKN ORLEN S.A. były związane z konkretnym zdarzeniem rynkowym. Stosowania cen płynu „Petrygo” na poziomie niższym niż średni koszt całkowity jego wytworzenia nie można również bezpośrednio powiązać z wyjściem danego przedsiębiorcy z rynku. Zebrany w postępowaniu materiał dowodowy nie pozwala również na przypisanie Koncernowi bezpośredniego celu wyeliminowania określonych konkurentów.

Wobec powyższego zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez nadużywanie pozycji dominującej przez PKN ORLEN S.A. na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez nieuczciwe oddziaływanie na kształtowanie się cen niezamarzającego płynu do chłodziń na skutek nieuwzględniania przy ustalaniu ceny płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo”, wzrostu ceny glikolu monoetylenowego - podstawowego surowca do produkcji tego płynu, w celu eliminacji konkurentów należy uznać za nieudowodniony.

C) Praktyka ograniczająca konkurencję naruszająca zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na nadużywaniu pozycji dominującej przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez ustalanie cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, za praktyki ograniczające konkurencję uznaje się nadużywanie pozycji dominującej na rynku poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści.

W analizowanej sprawie Prezes Urzędu badał pod kątem naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów narzucony przez PKN ORLEN S.A. odbiorcom krajowym glikolu monoetylenowego sposób ustalania ceny tego produktu za pośrednictwem określonej formuły cenowej.

Dla stwierdzenia praktyki monopolistycznej z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- a) narzucenie warunków umowy przez podmiot dominujący kontrahentowi;
- b) uciążliwy charakter warunków umowy;
- c) osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści.

Ad a) Narzucenie uciążliwych warunków umowy musi mieć charakter przymusowy, wymuszony przez podmiot dominujący posiadaną siłą rynkową. W praktyce rodzą się wątpliwości, czy dany uciążliwy warunek umowy jest narzucony kontrahentowi, czy też został dobrowolnie wynegocjowany w ramach zasady swobody umów, w granicach określonych w art. 353¹ k.c. Narzucanie warunku ma miejsce wówczas, gdy dominant wykorzystując sytuację przymusowa kontrahenta, wynikająca z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nim określone zachowanie. Bez znaczenia w takim wypadku jest, że w sferze cywilnoprawnej dochodzi do złożenia zgodnego oświadczenia woli stron, co konstytuuje zawarcie umowy, istotne jest natomiast, że brak jest wewnętrznej zgodności (akceptacji) stron dla treści umowy, która jest obiektywnie umowa nierównoprawną. Do narzucania warunków umowy może dochodzić zarówno w drodze działania (aktywnego narzucania warunków w negocjacjach), jak również zaniechania

(w wyniku odmowy podejmowania jakichkolwiek negocjacji w przedmiocie spornych kwestii). Co do zasady przyjmuje się, że o narzuceniu warunków kontraktu przez dominanta można mówić wówczas, gdy kontrahent przynajmniej podjął próbę negocjacji zmierzających do zmiany zaproponowanych mu przez dominanta warunków. W piśmiennictwie podnosi się, że w każdej sytuacji konieczne jest wykazanie się przez kontrahentów dominatorów aktywnością w negocjacjach oraz brakiem elastyczności u dominatorów w akceptowaniu warunków umownych respektujących słuszne interesy obu stron³⁶.

W przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK zbadał, czy ORLEN przestrzega ustalonego przez siebie sposobu wyznaczania ceny glikolu. Analiza Wykresu 3 „Porównanie cen krajowych glikolu z dopuszczalnym pasmem odchyień od wartości formuły cenowej w okresie 1997-2005” [Punkt 4 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa] dostarcza wniosku, że krajowa cena bazowa MEG dość ściśle podąża za indeksem C (wartością formuły). Zarazem wyraźnie widoczny jest efekt opóźnienia, który sprawia, że cena MEG „wypada” z dopuszczalnego zakresu wahań. Ma to miejsce zwłaszcza przy dużych fluktuacjach, gdy zmiana ceny MEG nie nadąża za wahaniami indeksu formuły. Jest to zdeterminowane mechanizmem ustalania ceny, który zakłada, że częstsze niż kwartalne dostosowanie ceny ma miejsce dopiero po przekroczeniu granicy +/- 5%. Konkludując należy stwierdzić, że Koncern od 1997 roku kształtował cenę na produkowany w swych zakładach glikol w powiązaniu ze zmianami wartości indeksu formuły. Ponadto należy wskazać, że ORLEN w toku postępowania nie kwestionował stosowania ceny bazowej glikolu w sprzedaży krajowej ustalonej w oparciu o wartość formuły, co jako fakt niezaprzeczony przez strony postępowania, należy uznać za udowodnione. Powyższe oraz wyniki przeprowadzonego badania pozwoliły Prezesowi UOKiK na stwierdzenie, że Koncern rzeczywiście wyznacza cenę glikolu na rynek krajowy według przyjętej formuły.

Nie ulega również wątpliwości, że siła rynkowa Koncernu stawia go w stosunku do swoich kontrahentów w pozycji uprzywilejowanej i daje mu przewagę w negocjacjach. Jednak nie ma w niniejszej sprawie dowodów na próby negocjacji ze strony kontrahentów Koncernu w kwestii zmiany sposobu ustalania ceny, a w przypadku, gdy ze strony kontrahenta nie są podjęte żadne próby negocjacji zmierzających do zmiany przedmiotowych propozycji warunków, przedsiębiorcy – jak już wskazano wyżej – nie może zostać postawiony zarzut narzucania tych warunków. W sensie prawnym relacje między ww. podmiotami zawieszają się bowiem na etapie propozycji warunków umowy bez implikacji negocjacyjnych.

Wnioskodawca nie wskazuje, aby w wieloletnich kontaktach z ORLEN-em wykazywał się jakkolwiek aktywnością negocjacyjną. Wydaje się, że Wnioskodawca, a także inni kontrahenci ORLEN-u uznali, że zawarty kontrakt ma charakter adhezyjny. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny narzucanie warunków w tzw. umowach adhezyjnych stanowi wyjątek od zasady obowiązku wykazywania podejmowania prób negocjacji. W przypadku takich umów wystarczającą przesłanką uznania, że następuje narzucanie warunków umowy jest oferowanie ich przez dominanta w stosunkach danego rodzaju. Jednak, z obiektywnego punktu widzenia, trudno jest uznać umowę proponowaną przez ORLEN za posiadającą charakter adhezyjny. Nie można jej bowiem porównać do typowych umów adhezyjnych jakim są np. usługi o charakterze powszechnym, a negocjacji dotyczące wysokości opustu od ceny bazowej, przyznawanego przez ORLEN w zależności od wielkości odbioru glikolu przez poszczególnych przedsiębiorców, tylko potwierdzają taką ocenę.

Tak więc, Prezesa Urzędu nie może uznać za spełnioną przesłankę „narzucania” z art. 8

³⁶ (por. E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, komentarz, Twigger 2002, s.118).

ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ad b) Za uciążliwy warunek umowy należy uznać każde z postanowień umowy oznaczające dla jednej ze stron umowy ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Ustalenia te powinny być dokonywane według kryteriów obiektywnych. Dokonując analizy uciążliwości warunków umowy należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umów.

W związku z tym, przedmiotem przeprowadzonej przez Prezesa UOKiK analizy była przede wszystkim kwestia zasadności konstrukcji przyjętej w Koncernie formuły cenowej, a zatem analiza poszczególnych zmiennych rynkowych wchodzących w skład formuły cenowej na glikol monoetylenowy **[Punkt 8 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

Jednak nie można tutaj pominąć stanowiska orzecznictwa antymonopolowego, zgodnie z którym kalkulacje cen oparte na czynnikach obiektywnych i subiektywnych i nawiązujące do cen na rynkach światowych, w pełni konkurencyjnych, są równoprawne w stosunku do innych typów kalkulacji, np. kosztowej. Sąd Antymonopolowy stwierdził, że dlatego odejście od kalkulacji kosztowej na rzecz innej nie może być samo przez się uznane za praktykę monopolistyczną³⁷. Formuła cenowa przyjęta przez ORLEN jest jednym z funkcjonujących w ekonomii rozwiązań w stosunkach z kontrahentami polegających na kontraktach długoterminowych. Choć argumenty Koncernu przedstawione w trakcie postępowania są - zdaniem Prezesa UOKiK - niezasadne to jednak nie sposób przyjąć, iż w warunkach konkurencyjnych omawiana formuła cenowa byłaby nie do przyjęcia a wszystkie transakcje miałyby charakter np. spotowy. Wskazywanie zatem innych wariantów formuły cenowej, o czym mowa jest w załączniku nr 1 (pkt 8) jest zatem możliwe, lecz z punktu widzenia orzecznictwa antymonopolowego niezasadne.

Tak więc, w opinii Prezesa Urzędu, nie ma podstaw do uznania formuły cenowej za uciążliwy warunek umowy.

Ad c) Osiągane przez przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów narzuconych kontrahentowi. Nieuzasadnione korzyści powinny być osiągnane kosztem kontrahenta i pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy.

W kontekście przedmiotowej sprawy wskazać należy na przedstawioną wcześniej asymetrię pomiędzy Koncernem i odbiorcami w rozkładzie kosztów związanych z przyjętą formułą cenowej. Prezes UOKiK wykazał, że przyjęty mechanizm ustalania cen krajowych na glikol preferuje interes ekonomiczny PKN ORLEN S.A. Nie ulega wątpliwości, że stosowanie przyjętej formuły cenowej jest dla ORLEN-u korzystne, co wynika chociażby z wykresu 8 załącznika nr 1. Jednak nie można czynić zarzutu z faktu, że jakkolwiek przedsiębiorca działający na rynku będzie proponował i przyjmował warunki dla siebie korzystne. Jest to działanie całkowicie racjonalne z ekonomicznego punktu widzenia, a taki właśnie rachunek ekonomiczny czyniony jest również przed przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na rynku, w tym wypadku ORLEN. Nie można też pominąć, iż w krótkich okresach czasu formuła przyjęta przez ORLEN jest dla koncernu mniej korzystna (*vide* wykres 8 w załączniku nr 2).

Prezes UOKiK wskazał w niniejszej decyzji - jak stwierdzono wyżej - że można zaproponować inne formuły tłumiące wahania formuły, na co powołuje się ORLEN dla uzasadnienia stosowania przyjętej formuły. Rozwiązania te byłyby mniej korzystne dla

³⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 14 grudnia 2004r. (sygn. akt XVII Ama 65/00)

Koncernu, gdyż zawarcie w formule cenowej notowań kontraktowych służy jego interesowi ekonomicznemu. Jednak takiego działania nie można, w ocenie Prezesa, uznać - wobec wykazania braku uciążliwości po stronie kontrahentów - za próbę osiągnięcia nieuzasadnionych korzyści.

Tym samym zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający na nadużywaniu pozycji dominującej przez PKN ORLEN S.A. na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez ustalanie cen na glikol monoetylenowy w sposób umożliwiający osiągnięcie nieuzasadnionych korzyści należy uznać za udowodniony.

VI. Interes publiczny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do dziedziny prawa publicznego, a prawo to ma na celu ochronę interesu ogólnospołecznego. Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 tej ustawy, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowane w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. W czasie postępowania i przy wydawaniu decyzji Prezes Urzędu jest tym samym rzecznikiem interesu publicznego. Wynika to również z jego zadań w strukturze administracji publicznej – m.in. z art. 7 k.p.a. Decyzja administracyjna może bowiem dotyczyć nie tylko stron, lecz jej skutki mogą rozciągać się także na inne osoby – osoby fizyczne, jednostki organizacyjne (B. Adamiak, J. Borkowski: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 1996, s. 57). W rozstrzyganych przez Prezesa Urzędu postępowaniach zasadnym jest zatem ustalenie, czy nastąpiło naruszenie interesu publicznoprawnego.

Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Publicznoprawny charakter ustawy oznacza, że nie wszystkie zachowania przedsiębiorców i ich związków, nawet formalnie podlegające literze prawa, uzasadniają uruchomienie przewidzianych przez nią instrumentów. Powinno to następować tylko wówczas, gdy w następstwie zachowań naruszających ustawę zagrożony jest interes ogólnospołeczny. Naruszenie zaś tego interesu ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie gdy te działania wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska (por.: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 stycznia 1991 r., sygn. akt XV Ama 8/90; S. Gronowski: Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1996, s. 1-2). Pojęcie naruszenia interesu publicznoprawnego nie może być jednak pojmowane w sposób mechaniczny i oceniane ilościowo.

W niniejszej sprawie dowiedziono, że PKN ORLEN S.A. stosuje praktyki ograniczające konkurencję wpływając w sposób istotny na stan konkurencji na krajowym rynku glikolu monoetylenowego oraz krajowym rynku płynów chłodniczych. Działania PKN ORLEN S.A. wywierają negatywny skutek na stan konkurencji na rynku i obniżają konkurencyjność innych przedsiębiorców, którzy chcieliby rozwijać działalność w zakresie produkcji i sprzedaży płynów chłodniczych oraz powodują nieuzasadniony wzrost kosztów działalności innych odbiorców glikolu.

W tym stanie rzeczy bezsprzeczne jest w ocenie Prezesa Urzędu, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznego.

VII. Kara pieniężna.

Stosownie do art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił

się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk, o którym mowa w art. 5 lub 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną.

W niniejszej decyzji Prezes UOKiK dowiódł naruszenia przez PKN ORLEN S.A. określonego w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazu nadużywanie przez PLN ORLEN S.A. pozycji dominującej na krajowym rynku glikolu monoetylenowego poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Okoliczności naruszenia przez PKN ORLEN S.A. zakazu praktyk ograniczających konkurencję w pełni uzasadniają nałożenie kary pieniężnej. Skuteczne oddziaływanie na kształtowanie się zachowania tego przedsiębiorcy zgodnie z regułami konkurencji wymaga, by w przypadku stwierdzonego w niniejszej decyzji stosowania praktyki ograniczającej konkurencję nałożyć na niego karę pieniężną, o jakiej mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nakładając karę pieniężną określoną w art. 101 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych określonych w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika bezpośrednio nie tylko z treści tego przepisu, ale również pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r.; sygn. U. 7/93). Jest to również zbieżne z zasadami stosowania kar pieniężnych, które obowiązują we wspólnotowym prawie konkurencji. Zgodnie z art. 23 ust. 2 lit. a Rozporządzenia Rady Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2002 r. (Dz. Urz. UE nr L 1 z dnia 4 stycznia 2003 r.) Komisja może w drodze decyzji nałożyć karę pieniężną na przedsiębiorców lub związki przedsiębiorców, jeżeli umyślnie lub nieumyślnie naruszają zakazy określone w art. 81 lub 82 TWE.

Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak PKN ORLEN S.A. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej.

W ocenie Prezesa UOKiK, okoliczności sprawy wskazują, że działanie skarżonej spółki miało **charakter umyślny**. Opisane w niniejszej decyzji zachowanie PKN ORLEN S.A. w zakresie ustalania ceny płynu niezamarzającego do chłodziń nie mogły się temu przedsiębiorcy kojarzyć z niczym innym, jak tylko z nieuchronnością naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Miały one oczywiście na celu wpływanie na konkurencję na rynku płynów do chłodziń wskutek nadużywania silnie dominującej pozycji PKN ORLEN S.A. na innym rynku.

Ustalanie ceny płynu niezamarzającego do chłodziń „Petrygo” w sposób nieadekwatny do wzrostu ceny glikolu monoetylenowego, będącego podstawowym surowcem do produkcji tego płynu, wynika z intencji PKN ORLEN S.A. wpływania na ukształtowanie się struktury rynku płynów niezamarzających do chłodziń w sposób dla siebie możliwie najbardziej korzystny. W ocenie Prezesa Urzędu, działanie ORLEN S.A. dokonywane jest ze

świadomością jego antykonkurencyjnych skutków względem konkurentów. Fakt stosowania cen gazu „Petrygo” poniżej całkowitych kosztów zmiennych wskazuje na strategię PKN ORLEN S.A. eliminowania konkurentów. Jako profesjonalny uczestnik rynku, Koncern musi zdawać sobie sprawę z możliwych skutków nienakładania wystarczającej marży na pokrycie kosztów wytworzenia gazu chłodniczych w postaci wychodzenia innych przedsiębiorców z rynku.

Art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ustawa nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa UOKiK, który decyduje o tym w każdym konkretnym przypadku, kierując się założeniem, że sankcja musi spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą).

Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 101-103, Prezes UOKiK powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). **Niezbędne jest wzięcie pod uwagę wagi naruszenia** przez przedsiębiorcę konkurencji rozumianej jako **stopień szkodliwości zarzucanego czynu** (por. wyroki SOKiK z dnia 7 kwietnia 2004 r., sygn. akt XVII Ama 46/03; z dnia 21 marca 2005 r., sygn. akt XVII Ama 16/04 oraz z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt XVII Ama 44/04). Do kryteriów mających wpływ na wysokość kary pieniężnej zalicza się **stopień zagrożenia interesu publicznoprawnego** (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98).

Ustalając w niniejszej sprawie wysokość kary pieniężnej za naruszenie przez PKN ORLEN S.A. konkurencji Prezes UOKiK uznał, że wagę naruszenia konkurencji należy ustalić w oparciu o kryteria obiektywne, pozwalające określić rzeczywisty wpływ naruszenia przepisów ustawy na konkurencję. Zdaniem Prezesa UOKiK, wzięte pod uwagę kryteria przesądzą o uznaniu działania PKN ORLEN S.A. za **poważne naruszenia konkurencji**.

O zasadności takiego zakwalifikowania kwestionowanej praktyki spółki przesądzają następujące okoliczności:

- praktyka ograniczająca konkurencję PKN ORLEN S.A. ujawnia się na znacznym obszarze – oddziałuje bowiem na rynek gazu do chłodziw, który w aspekcie geograficznym ma wymiar krajowy i obejmuje całe terytorium Polski;
- na ocenę wagi stosowanej przez PKN ORLEN S.A. praktyki ograniczającej konkurencję świadczy również superdominująca pozycja spółki na rynku właściwym w sprawie oraz zajmowanie pozycji dominującej na rynku gazu do chłodziw, na który praktyka PKN ORLEN S.A. oddziałuje. Spółka jest nieuniknionym dostawcą surowca decydującego o cenie produktu finalnego oraz dysponentem podstawowej sieci dystrybucji gazu chłodniczych. Wszystkie te elementy wskazują na przywództwo cenowe PKN ORLEN S.A. na rynku gazu chłodniczych. Powyższe okoliczności wskazują na możliwość znacznego wpływania na zachowania rynkowe konkurentów spółki;
- w świetle orzecznictwa antymonopolowego okolicznością wpływającą na wymiar kary pieniężnej jest okres stosowania praktyki (por. wyroki SOKiK z dnia 7 kwietnia 2004 r., sygn. akt XVII Ama 46/03; z dnia 21 marca 2005 r., sygn. akt XVII Ama 16/04; z dnia 4 maja 2006 r., sygn. akt XVII AmA 119/04). W rozpatrywanej sprawie Prezes UOKiK uwzględnił, że stosowanie przez PKN ORLEN S.A. praktyki ograniczającej konkurencję ma charakter długotrwały. W niniejszej decyzji dowiedziono, że skarżona praktyka była stosowana przez blisko dziesięcioletni okres, który swoim badaniem objął Prezes UOKiK;
- stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję w tak długim okresie musiało skutkować trwałym zaburzeniem konkurencji i prawdopodobnie nieodwracalnymi skutkami

rynkowymi;

- wysokość nakładanej kary pieniężnej powinna uwzględniać szerokość kręgu podmiotów, na których wpływa dana praktyka ograniczająca konkurencję (por. wyroki SOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 39/03 oraz z dnia 21 marca 2005 r., sygn. akt XVII Ama 16/04). W niniejszej sprawie praktyka PKN ORLEN S.A. oddziałuje na stan konkurencji na całym krajowym rynku płynów do chłodziw;
- praktyka stosowana przez PKN ORLEN S.A. wywiera niekorzystne skutki dla przedsiębiorców konkurujących ze spółką na rynku płynów do chłodziw. Skutkiem umyślnego działania PKN ORLEN S.A. jest powstanie barier wejścia na rynek płynów do chłodziw. Nowi przedsiębiorcy nie są w stanie sprostać konkurencji z PKN ORLEN S.A., gdyż ten w sposób nieuczciwy wykorzystuje swoją dominującą pozycję na rynku glikolu monoetylenowego, bezpośrednio powiązanym z rynkiem płynów do chłodziw. Manipulując cenami podstawowego składnika produkcji płynu do chłodziw PKN ORLEN S.A. może dowolnie określać warunki konkurowania;
- działanie PKN ORLEN S.A. nie tylko utrudnia wejście na rynek płynów do chłodziw nowych konkurentów, ale także nieuczciwie ogranicza możliwość skutecznego konkurowania przedsiębiorcom już na nim działającym. W uzasadnieniu decyzji dowiedziono, że działanie PKN ORLEN S.A. wywarło faktyczny, negatywny dla struktury rynkowej, efekt. W jego wyniku przedsiębiorcy równie efektywni jak PKN ORLEN S.A., nie dysponujący jednak zapleczem finansowym, jakim dysponuje Koncern, nie mają możliwości uzyskania jakiegokolwiek marży lub nawet są zmuszeni do sprzedaży ze stratą, stając przed wyborem wycofania się z rynku lub wytwarzania płynu do chłodziw przez pewien czas ze stratą w nadziei, że Koncern podniesie cenę swego produktu. Tym samym PKN ORLEN S.A., swobodnie manipulując cenami glikolu i płynu, ma możliwość wypierania z rynku równie efektywnych podmiotów zajmując ich udział w rynku. Rekompensowanie poniesionych strat krótkoterminowych w dłuższym okresie czasu prowadziło do ponoszenia dodatkowych kosztów przez odbiorców finalnych płynów chłodziwych czyli stanowiło koszt społeczny.

Nakładając na PKN ORLEN S.A. karę pieniężną we wskazanej wyżej wysokości Prezes UOKiK wziął także pod uwagę istnienie po stronie tego przedsiębiorcy **okoliczności łagodzących i obciążających**.

Za obciążającą uznał Prezes UOKiK okoliczność, że – jak wykazano wyżej – spółka PKN ORLEN S.A. stosowała praktykę ograniczającą konkurencję umyślnie.

W świetle orzecznictwa antymonopolowego na wysokość nałożonej kary pieniężnej wpływ ma okoliczność braku wcześniejszych naruszeń prawa konkurencji przez karanego przedsiębiorcę (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 24 listopada 2005, sygn. akt VI ACa 361/05). Wobec PKN ORLEN S.A. nie stwierdzono dotąd prawomocnie stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Prezes UOKiK uwzględnił tę przesłankę jako okoliczność łagodzącą.

Zarazem Prezes UOKiK zważył, że w świetle orzecznictwa antymonopolowego na obniżenie wysokości kary może wpływać zaniechanie przez przedsiębiorcę zarzucanej mu praktyki (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 16 listopada 1994 r., sygn. akt XVII Amr 31/94). Należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie nie zachodzi jednak taka okoliczność. Od momentu wszczęcia postępowania w rozpatrywanej sprawie PKN ORLEN S.A. nie zmienił bowiem zachowania, które uznano za naruszające art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Określając wysokość kary pieniężnej dla PKN ORLEN S.A. Prezes UOKiK wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez spółkę w przyszłości reguł konkurencji.

Prezes UOKiK uznał, że aby skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości niekorzystnych zjawisk, nakładana kara pieniężna musi być ostrzeżeniem odczuwalnym. Organ antymonopolowy uwzględnił w ten sposób wnioski płynące z orzecznictwa antymonopolowego. W jego świetle kara pieniężna może spełnić swój cel prewencyjny tylko wówczas, gdy powoduje u danego przedsiębiorcy odczuwalną dolegliwość finansową (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 6 października 2005 r., sygn. akt VI Aca 208/04; wyrok SOKiK z 21 marca 2005 r., sygn. akt XVII Ama 16/04). Nakładana kara powinna zatem uwzględniać potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy stosującego zakazaną praktykę antykonkurencyjną (wyroki Sądu Antymonopolowego z dnia 12 lutego 1998 r., sygn. akt XVII Ama 55/98 i z dnia 14 listopada 2001 r., sygn. akt XVII Ama 111/00).

Wobec powyższego, mając na uwadze znaczny stopień naruszenia interesu publicznego, a także uwzględnivszy okoliczności wskazane wyżej, organ antymonopolowy postanowił nałożyć na spółkę PKN ORLEN S.A. karę w wysokości **14.000.000 zł** (słownie: **czternaście milionów złotych**).

Określając wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kara pieniężna za naruszenie art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie może przekraczać 10% przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenie kary.

Jak wynika z rachunku zysków i strat stanowiącego część raportu rocznego za rok 2005, PKN ORLEN S.A. osiągnął za ten rok przychody ogółem w wysokości 41.188.267.000 złotych (dane te są podawane przez Koncern do publicznej wiadomości m.in. pod adresem internetowym: www.orlen.pl).

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes UOKiK uznał, że miarodajne jest odniesienie wysokości kary pieniężnej na PKN ORLEN S.A. do wartości sprzedaży tej spółki uzyskanej w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenie kary na rynku właściwym w sprawie, tj. krajowym rynku glikolu monoetylenowego oraz w zakresie sprzedaży płynów chłodniczych. Uzasadnia to okoliczność, że PKN ORLEN S.A. działa na szeregu rynków właściwych, natomiast skarżona praktyka dotyczy nadużywania pozycji dominującej na tylko jednym z nich (krajowym rynku glikolu monoetylenowego). Praktyka spółki bezpośrednio oddziałuje na tylko jeden rynek – krajowy rynek sprzedaży płynów do chłodnic.

Według informacji przekazanych przez PKN ORLEN S.A. w 2005 r. spółka osiągnęła na rynku polskim przychody ze sprzedaży glikolu monoetylenowego w wysokości **[Punkt 9 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]** Natomiast przychód PKN ORLEN S.A. ze sprzedaży płynów chłodniczych w 2005 r. wyniósł **[Punkt 10 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

Tym samym nałożona na PKN ORLEN S.A. kara pieniężna wynosi jedynie 0,4% kary maksymalnej przewidzianej za naruszenie zakazu określonego w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kara ta stanowi zarazem **[Punkt 11 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]** wartości sprzedaży PKN ORLEN S.A. na rynku właściwym w sprawie w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary i **[Punkt 12 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]** jej przychodu ze sprzedaży płynów chłodniczych w 2005 r.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów — karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie nr:

NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Otrzymują:

Adw. Marek Tadeusiak

pełnomocnik spółki

Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A.

w Płocku

Kancelaria Adwokacka Prawa Konkurencji

ul. Żurawia 7/9

91-455 Łódź

Pan Edward Marciniak

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-

Handlowe „Chemia-Bomar”

49-125 Skorogoszcz

