



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

L.dz. DDI-I-53/04/243/2000/EW

Warszawa, 31 października 2002 r.

**Decyzja
Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Nr DDI-96/02**

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 122 poz. 1319 z późn. zmianami) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego z wniosku Wagony Świdnica S.A. z siedzibą w Świdnicy, **nie stwierdza** stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez:

- Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Konsorcjum Taborowe S.A. z siedzibą w Krakowie,
- Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Gniewczynie Łańcuckiej,
- Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim,
- Zastal Wagony SA z siedzibą w Zielonej Górze,
- Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą Łapach,
- Fabrykę Urządzeń Mechanicznych Kamax S.A. z siedzibą w Kańczudze,
- Fabrykę Maszyn Budowlanych i Lokomotyw Bumar – Fablok S.A. z siedzibą w Chrzanowie,
- FESTO Sp. z o.o. z siedzibą w Jankach koło Warszawy,
- Kolmex S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Węgłokoks S.A. z siedzibą w Warszawie.

poprzez naruszenie zakazu określonego w:

- art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w wyniku utworzenia spółki Konsorcjum Taborowe S.A. mającej na celu stworzenie płaszczyzny dla koordynacji działań pomiędzy Polskimi Kolejami Państwowymi a producentami wagonów i ich kooperantami będącymi stronami porozumienia,

- art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, poprzez wspólne ustalenie przez uczestników porozumienia, że zamówienia na nowe wagony towarowe na potrzeby Polskich Kolei Państwowych zostaną udzielone przez podmiot zależny od Polskich Kolei Państwowych, to jest Konsorcjum Taborowe S.A. wyłącznie na rzecz producentów wagonów towarowych, będących stronami porozumienia, to jest ZNTK Gniewczyna S.A., ZNTK Ostrów Wielkopolski S.A., Zastal Wagony S.A. a w konsekwencji uzgodnienie warunków przetargu na dostawy nowych wagonów do Konsorcjum Taborowego S.A. w sposób prowadzący do bezzasadnego uprzywilejowania wybranych producentów taboru oraz rozstrzygnięcia przetargu w sposób eliminujący konkurencję na rynku wagonów towarowych,
- art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w wyniku eliminowania z rynku przedsiębiorców nie objętych porozumieniem poprzez zawarcie umowy o Wspólnym Przedsięwzięciu oraz towarzyszącej jej umowy o współpracy grupy producentów i kooperantów.

II. Zgodnie z art. 69 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz żądaniem Spółek pozwanych, nakłada się na Wagony Świdnica S.A. z siedzibą w Świdnicy obowiązek zwrotu kosztów niezbędnych do celowej obrony na rzecz:

- Polskich Kolei Państwowych S.A. z siedzibą w Warszawie w wysokości 300 zł,
 - Konsorcjum Taborowego S.A. z siedzibą w Krakowie w wysokości 300 zł.,
 - Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Gniewczynie Łańcuckiej w wysokości 1 700 zł.,
 - Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim w wysokości 1 700 zł.,
 - Zastal Wagony S.A. z siedzibą w Zielonej Górze w wysokości 1 700 zł.,
 - Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą Łapach w wysokości 1 700 zł.,
 - Fabryki Urządzeń Mechanicznych Kamax S.A. z siedzibą w Kańczudze w wysokości 1 700 zł.,
 - FESTO Sp. z o.o. z siedzibą w Jankach koło Warszawy w wysokości 1 700 zł.,
- które poniosła każda z ww. spółek, pozwana w przedmiotowym postępowaniu.

Uzasadnienie

W dniu 14 marca 2000 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Prezesem Urzędu bądź organem antymonopolowym) wpłynął wniosek spółki Wagony Świdnica S.A. z siedzibą w Świdnicy (zwanej dalej Wagony Świdnica bądź Wnioskodawcą) w sprawie zaniechania stosowania praktyk ograniczających konkurencję, polegających na zawarciu przez:

- Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej również PKP),
- Konsorcjum Taborowe S.A. z siedzibą w Krakowie (zwane dalej również Konsorcjum),

- Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Gniewczynie Łańcuckiej,
 - Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim,
 - Zastal Wagony SA z siedzibą w Zielonej Górze,
 - Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą Łapach,
 - Fabrykę Urządzeń Mechanicznych Kamax S.A. z siedzibą w Kańczudze,
 - Fabrykę Maszyn Budowlanych i Lokomotyw Bumar – Fablok S.A. z siedzibą w Chrzanowie,
 - FESTO Sp. z o.o. z siedzibą w Jankach koło Warszawy,
 - Kolmex S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - Węglokoks SA z siedzibą w Warszawie
- zwanych dalej łącznie Spółkami,

porozumienia ograniczającego konkurencję mającego na celu:

- wspólne ustalenie wielkości i harmonogramów produkcji wagonów oraz zamówień na nowe wagony,
- koordynację działań na rynku produkcji wagonów towarowych serii FALNS poprzez podział rynku według kryteriów podmiotowych,
- eliminowanie z rynku przedsiębiorców nie objętych porozumieniem.

Zdaniem Wnioskodawcy powyższe praktyki przedsiębiorców wchodzących w skład Konsorcjum Taborowego S.A., jak i samego Konsorcjum Taborowego jako samodzielnego podmiotu prawa handlowego, ujawniły się w związku z poniżej przedstawionym stanem faktycznym.

- 30 sierpnia 1999 roku utworzona została spółka Konsorcjum Taborowe S.A. (wpis do rejestru handlowego 6 września 1999 r.). Akcjonariuszami spółki zostali:
 - PKP – 89,75 % kapitału akcyjnego,
 - Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego Gniewczyna S.A. (ZNTK Gniewczyna)– 1,13 %,
 - Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego Ostrów Wielkopolski S.A. (ZNTK Ostrów Wielkopolski) - 1,13 %,
 - Zastal Wagony S.A. – 1.13 %,
 - Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego Łapy S.A. (ZNTK Łapy) – 1,13 %,
 - Fabryka Urządzeń Mechanicznych Kamax (FUM Kamax) – 1,13 %,
 - Fabryka Maszyn Budowlanych i Lokomotyw Bumar – Fablok S.A. (FMBiL Bumar – Fablok) – 1,13 %,
 - FESTO Sp. z o.o. –1,13 %,
 - Kolmex S.A. – 1,13 %
 - Węglokoks S.A. - 1,13 %,

Przedmiotem działalności nowoutworzonej spółki miało być w szczególności organizowanie przetargów na tabor kolejowy dla PKP.

- Spółka podjęła działalność w powyższym zakresie jeszcze przed formalnym wpisem do rejestru. 26 kwietnia 1999 roku ukazało się ogłoszenie, w którym Dyrektor projektu spółki akcyjnej „Konsorcjum Taborowe S.A.” zapraszał do składania ofert na dostawę i modernizację wagonów towarowych przeznaczonych do eksploatacji przez PKP. Otwarcie ofert miało nastąpić 12 maja 1999 r. (termin składania ofert przesunięto później na 24 maja 1999 r.) w siedzibie PKP w Krakowie.
- Szczegółowe warunki przetargu określała *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (KBE7-17/99)*, która wskazywała, iż przedmiotem przetargu jest:
 - dostawa 240 wagonów FALNS serii 436 V,
 - dostawa 4 260 wagonów FALNS serii 440 V.
 Ponadto specyfikacja stawiała następujące wymogi oferentom:
 - posiadanie na wagony objęte zamówieniem dokumentacji konstruktorskiej zatwierdzonej przez Centralne Biuro Konstrukcyjne PKP w Poznaniu oraz Świadectwa Kwalifikacji Systemów i Wyrobów do stosowania w PKP wydawanych przez Centrum Naukowo Techniczne Kolejnictwa PKP w Warszawie,
 - konieczność przeprowadzenia wszelkich badań i prób przewidzianych warunkami technicznymi wykonania oraz odbiory komisaryczne PKP,
 - harmonogram dostaw przewidywał cykliczne dostawy w określonych odstępach czasu; pierwsza dostawa zaplanowana była na maj 1999 roku.
- Do przetargu zgłosili się następujący przedsiębiorcy:
 - Konsorcjum Tabor Polski (ZNTK Gniewczyna S.A. oraz ZNTK Ostrów Wielkopolski),
 - Zastal Wagony S.A.,
 - Agencja Węgla i Stali S.A.
- 24 maja 1999 r. również spółka Greenbrier Poland Sp. z o.o. (w imieniu Wagony Świdnica) złożyła ofertę na dostawę 1 486 wagonów towarowych typ 440 V.
- 9 listopada 1999 roku komisja przetargowa Konsorcjum Taborowego S.A. rozstrzygnęła przetarg. Zgodnie z rozstrzygnięciem, zamówienie na dostawę wagonów zostało udzielone Konsorcjum Tabor Polski oraz Zastal Wagony S.A. Greenbrier Poland Sp. z o.o. (w imieniu Wagony Świdnica) w dniu 4 maja 1999 roku zgłosiła protest odnośnie faktu, iż przetarg powinien być zorganizowany zgodnie z wymogami *ustawy o zamówieniach publicznych*. Sąd Arbitrażowy w dniu 28 maja 1999 oddalił zażalenie Greenbrier Poland jako niezasadne.
- We wniosku skierowanym do organu antymonopolowego, Wagony Świdnica wskazały, iż spełnienie warunków przetargowych, z uwagi na krótki czas pomiędzy ogłoszeniem przetargu a jego realizacją było niemożliwe dla Wnioskodawcy, który w chwili ogłoszenia przetargu nie produkował wagonów FALNS.
- Ponadto Wnioskodawca uznał, że Konsorcjum Taborowe realizujące dla PKP zamówienia ma antykonkurencyjny charakter. Wnioskodawca wskazał, iż - jak wynika z dokumentu *Konsorcjum Taborowe – Prezentacja Koncepcji* (dowód nr 1

załączony do wniosku) - celem powołania tej spółki był stworzenie finansowych, organizacyjnych i prawnych ram umożliwiających wymianę i modernizację taboru PKP. Konsorcjum Taborowe miało stanowić „kapitałową i organizacyjną płaszczyznę współdziałania PKP, producentów taboru, firm finansujących oraz znaczących konsumentów usługi przewozowej”.

- Wnioskodawca we wniosku podniósł także, iż 15 czerwca 1999 r. miało miejsce spotkanie przedstawicieli PKP, ZNTK Gniewczyna, ZNTK Łapy, FMBiL Bumar – Fablok S.A., Zastal Wagony S.A., Kolmex S.A. oraz FUM Kamax S.A. W świetle przedstawionych informacji uczestnicy spotkania ustalili treść umowy o *Wspólnym Przedsięwzięciu* (jej integralną częścią miała być umowa o współpracy grupy producentów i kooperantów). Zobowiązywała ona strony tejże umowy do udzielania pomocy w pozyskiwaniu zamówień od Konsorcjum Taborowego S.A. W opinii Wnioskodawcy Umowa o Wspólnym Przedsięwzięciu gwarantowała jej stronom zamówienia na produkcję i remonty taboru realizowane przez Konsorcjum Taborowe S.A.

Kwestią sporną, a niezwykle istotną dla oceny niniejszej sprawy była kwestia określenia rynku właściwego w przedmiotowej sprawie. Oto jak na powyższą kwestię zapatrywały się strony postępowania oraz powołany w sprawie biegły.

- Rynek relewantny w ocenie Wnioskodawcy.

Wnioskodawca jako rynek właściwy dla przedmiotowej sprawy wskazał krajowy rynek wagonów towarowych do przewozu węgla serii Falns. Stwierdził jednocześnie, iż uzasadnione jest wyodrębnienie tak wąskiego segmentu z szeroko ujętego rynku wagonów, z uwagi na specyficzny sposób wyładunku wagonów serii FALNS. Jako przedsiębiorców działających na tak ujętym rynku – od strony podażowej - Wnioskodawca wskazał następujące spółki:

1. ZNTK Gniewczyna S.A.
2. ZNTK Ostrów Wielkopolski S.A.
3. Zastal Wagony S.A.
4. Wagony Świdnica S.A.,
5. Alstom Konstal Chorzów S.A.
6. ZNTK Bydgoszcz S.A.
7. ZNTK Łapy S.A.

Wnioskodawca podniósł, iż ostatnie dwa przedsiębiorstwa wykonują jedynie naprawy wagonów. Nie podejmują natomiast takich przedsięwzięć jak produkcja taboru. Zatem faktycznymi konkurentami działającymi na rynku określonym przez Wnioskodawcę są przedsiębiorcy wskazani w punkcie 1 – 5.

Jak wynika z szacunków podanych przez Wnioskodawcę (*strona 15 wniosku*), w latach 1997 – 1999 PKP nabyło, bądź wzięło w leasing 543 wagony serii Falns. Wszystkie te wagony były wyprodukowane przez ZNTK Gniewczyna S.A. ZNTK Ostrów Wielkopolski S.A., Zastal Wagony S.A.

Wnioskodawca określając rynek od strony popytowej wskazał, iż na rynku polskim w zasadzie jedynym odbiorcą wagonów towarowych FALNS jest PKP; posiada około 100 % udziałów w zakupie tych wagonów. Marginalne znaczenie dla tego rynku mają inni odbiorcy, tacy jak spółki węglowe, firmy leasingowe. Na przestrzeni lat 1997 – 1999 PKP posiadała 534 wagony FALNS, z czego wszystkie wagony typu 436 V wyprodukowane zostały przez Zastal Wagony S.A. Natomiast w roku 1999 PKP otrzymały do użytkowania 214 wagonów FALNS, z czego 60 wykonały ZNTK Gniewczyna S.A. oraz ZNTK Ostrów Wielkopolski S.A. a 154 Zastal Wagony S.A. W opinii wnioskodawcy wielkość tego rynku od strony popytowej determinuje jedynie wielkość zamówień PKP. Tym samym, zdaniem Wnioskodawcy ustalenie przez PKP w Programie Zakupów Wagonów Towarowych wielkości zapotrzebowania na lata 1999 – 2010 na poziomie 6 457 sztuk, ukształtowało popyt na te wagony w tym okresie. A zatem przetarg ogłoszony przez Konsorcjum Taborowe S.A. (na potrzeby PKP) na 4 500 wagonów FALNS, stanowił około 70 % zapotrzebowania we wspomnianym okresie. Spółka Wagony Świdnica S.A. nie otrzymała żadnego zamówienia na wagony towarowe od PKP w okresie od 1991 r. do 1999 r.

Wnioskodawca stwierdził, iż właściwym rynkiem geograficznym dla przedmiotowej sprawy jest obszar Polski. Stwierdzenie takie uzasadnił istnieniem na polskim rynku licznych barier uniemożliwiających wyjście na rynek europejski, tj.:

- koniecznością uzyskania certyfikatów kolei krajowych,
- wysokie wymagania dotyczące jakości wykonania,
- koniecznością zaoferowania konkurencyjnej niskiej ceny,
- brakiem zaufania do polskich producentów.

Ponadto spółka Wagony Świdnica stwierdziła, iż przyczyną braku zbytu polskich wagonów jest słaba kondycja finansowa kolei krajów zachodnich.

Reasumując, Wnioskodawca uznał, iż rynkiem właściwym w sprawie jest **polski rynek produkcji wagonów towarowych do przewozu węgla serii Falns.**

- Rynek relewantny w ocenie Spółek.

W odpowiedzi na postawione zarzuty, Pełnomocnik Spółek pismami między innymi z dnia 6 czerwca 2000 r., 4 sierpnia 2000 r. oraz z dnia 15 listopada 2000 r. wskazał, iż Wnioskodawca błędnie określił rynek, ograniczając go jedynie do rynku krajowego. W opinii Spółek właściwym rynkiem dla przedmiotowej sprawy jest rynek europejski. Twierdzenie to Pełnomocnik Spółek argumentował tym, iż brak jest barier wejścia producentów posiadających siedzibę w Polsce na rynek europejski. W opinii Spółek wskazane przez Wnioskodawcę bariery są „iluzoryczne i subiektywne”. Pełnomocnik Spółek jednoznacznie stwierdził, iż błędnie Wnioskodawca przyjął, że barierą wejścia na rynek europejski jest konieczność uzyskania certyfikatów kolei krajowych. W opinii PKP już sam fakt, iż wspomniane certyfikaty wymagane są ze względów bezpieczeństwa przez wszystkich przewoźników, przesądza o tym, iż nie można ich traktować jako bariery wejścia na dany rynek, ale raczej jako pewną cechę charakteryzującą dany rynek. Dalsze bariery wskazane przez Wnioskodawcę, takie jak

niskie ceny, dobra jakość oraz brak zaufania do polskich producentów, PKP uznała za subiektywne i zależne od samego wnioskodawcy.

Ponadto za wyznaczeniem rynku jako europejskiego przemawia również fakt, iż przewoźnicy europejscy korzystają zarówno z wagonów wyprodukowanych przez ich rodzimych producentów, jak również przez zagranicznych. Pełnomocnik Spółek uznał za fakt nie wymagający dowodu, iż każde z państw europejskich posiada narodowego przewoźnika, który jest użytkownikiem jak i nabywcą wagonów towarowych. Na tak wyznaczonym rynku PKP posiada nieznaczną pozycję rynkową. Pozycja PKP na rynku europejskim wyznaczona jest przede wszystkim jej słabą sytuacją finansową. Dla porównania można wskazać, iż przychody uzyskane przez PKP w 2000 z tytułu przewozów towarowych wynosiły około 1 497 mln euro, natomiast przychody niemieckiego przewoźnika DB Cargo AG za tego rodzaju usługi wynosiły 3 831 mln. euro.

Podobnie po stronie podaży Pełnomocnik Spółek wskazał producentów, którzy produkują na rynek europejski: firma BOMBARDIER TRANSPORTATION, Fabrykę Wagonów Gniewczyna S.A., Fabryka WAGON S.A., Zastal Wagony S.A., WAGGON UNION, SIEMENS TRANSPORTATION. Podkreślił także, iż do producentów wagonów towarowych na rynek europejski zalicza się również Greenbrier Companies (do grupy tej przynależy spółka Wagony Świdnica).

Pełnomocnik Spółek stwierdził, iż również pozycja Wnioskodawcy świadczy o europejskim charakterze rynku w przedmiotowej sprawie. Od chwili przejęcia w 1998 r. przedsiębiorcy Wagony Świdnica przez Greenbrier Companies produkcja jego wzrosła „z liczby bliskiej zeru do 200 milionów PLN, z czego większość produkcji realizowana jest na eksport, na zamówienie przewoźników z Niemiec, Francji, krajów skandynawskich i północnoamerykańskich; eksport do ww. krajów stanowi 80 % produkcji Wagony Świdnica” (pismo z dnia 15 listopada 2000 r.). Dalej Pełnomocnik Spółek podniósł, iż nie można oceniać działań Wagony Świdnica bez uwzględnienia działalności Greenbrier Companies, a w szczególności jego siły rynkowej. Greenbrier Companies jest korporacją o zasięgu globalnym, specjalizującą się w produkcji wagonów towarowych oraz transporcie kolejowym. Działa na rynku północnoamerykańskim, na którym swój udział szacuje na około 23 %, oraz na rynku europejskim. Na rynek europejski Greenbrier Companies „wchodzi” za pośrednictwem fuzji. Nabył nie tylko akcje Wnioskodawcy, ale także Oddział Wagonów Towarowych koncernu Adtranz Daimler Chrysler, będącego wiodącym przedsiębiorstwem zakresie projektowania wagonów towarowych, sprzedaży i jednocześnie głównym dostawcą dla jednego z największych przewoźników DB Cargo – przewoźnik niemiecki. Inwestycje te spowodowały, iż np. udział w zamówieniach na obszarze Niemiec szacuje na około 25 %. Część zamówień jest realizowana przez Wagony Świdnica S.A. W efekcie Greenbrier Companies stworzył w Europie strukturę, która posiada zarówno zaplecze wyspecjalizowane w pozyskiwaniu zleceń od europejskich przewoźników i zaplecze projektowe – Greenbrier Germany GmbH (dawny Adtranz), jak również fabrykę, która będzie realizować dane zamówienie – Wagony Świdnica S.A. Zdaniem Pełnomocnika Spółek o tym, iż Wnioskodawcę należy traktować jako uczestnika rynku europejskiego, świadczy wypowiedź Greenbrier Companies, iż „zespół Siegen

(Greenbrier Germany GmbH) i Wagony Świdnica są idealną kombinacją dla obsługi naszej rosnącej listy europejskich klientów”.

- Rynek relewantny w opinii biegłego.

14 listopada 2000 r. Wnioskodawca wystąpił o powołanie biegłego w przedmiotowej sprawie. Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 29 marca 2001 r. - na biegłego powołał Akademię Inżynierską w Polsce.

Biegły w opinii stwierdził między innymi, iż:

- istnieje możliwość (techniczna i organizacyjna) przestawienia profilu produkcji z jednego na inny typ wagonu; warunkiem opłacalności jest odpowiednia wielkość zamówienia;
- żaden z producentów wagonów towarowych nie specjalizuje się w jednym rodzaju wagonów, a wręcz taka specjalizacja jest nie wskazana przy obecnym zapotrzebowaniu;
- o możliwości przeprofilowania produkcji decyduje popyt na inne typy wagonów, a więc niemal wyłącznie względy ekonomiczne,
- Wagony Świdnica S.A. ma możliwość sprzedaży produkowanych przez siebie wagonów w innych krajach, o czym świadczy np. eksport wagonów cystern do Niemiec,
- umowy o dostawę wagonów towarowych i innych pojazdów szynowych dla europejskich i poza europejskich przewoźników kolejowych są najczęściej rozstrzygane w drodze przetargów.

W oparciu o powyższe Prezes Urzędu zważył, co następuje.

I. Analiza stanu faktycznego sprawy i materiału dowodowego zgromadzonego w trakcie postępowania nie wykazała, aby Spółki zawarły antykonkurencyjne porozumienie, którego celem bądź skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przyjmując powyższe stanowisko organ antymonopolowy miał na względzie następujące aspekty:

- rynek właściwy w sprawie, zarówno od strony geograficznej jak i przedmiotowej, oraz realne oddziaływanie Spółek na ten rynek,
- cel oraz skutki, jakie wywarły na rynku właściwym działania Spółek, uznane przez Wnioskodawcę jako porozumienie antykonkurencyjne.

Rynek

Punktem wyjścia do oceny każdego ewentualnego naruszenia ustawy antymonopolowej powinno być precyzyjne określenie rynku właściwego dla danej sprawy. Jest to o tyle istotne, iż przyjęcie konkretnej definicji rynku w zasadniczy sposób rzutuje na wydane rozstrzygnięcie.

Prezes Urzędu nie podzielił stanowiska Wnioskodawcy odnośnie określenia rynku w przedmiotowym postępowaniu jako - krajowego rynku wagonów towarowych do przewozu węgla serii Falns. W opinii organu antymonopolowego rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest **europejski rynek produkcji wagonów towarowych, od strony popytowej.**

Zdaniem organu antymonopolowego analiza rynku wyznaczonego przez Wnioskodawcę w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, przy uwzględnieniu wskazywanych przez Sąd Antymonopolowy kryteriów, daje uzasadnione podstawy do odmiennego określenia rynku na potrzeby przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z linią orzeczniczą Sądu Antymonopolowego (sygn. akt XVII Amr 74/94, XVII Amr 24/94, XVII Amr 9/95) rynek relewantny obejmuje łącznie, co najmniej pięć elementów:

1. podmiot rynku - określenie towaru,
2. fazę obrotu towarowego (zbyt, hurt, detal)
3. funkcję strony rynku (podaż, popyt),
4. czasowy aspekt obrotu,
5. terytorium (rynek w ujęciu geograficznym)

Istotą właściwego określenia rynku relewantnego w oparciu o ww. czynniki, jest ich **łącznie** uwzględnienie. To znaczy, iż każdy w kolejności wyznaczany - w oparciu o wskazane kryteria - rynek musi być niejako korygowany przez następne. Dopiero tak przeprowadzona analiza wyznaczy rynek relewantny.

Generalnie na rynku wagonów towarowych możemy wyróżnić następujące rodzaje wagonów:

- cysterny,
- platformy,
- wagony do przewozu węgla (w tym specjalistyczne FALNS),
- wagony kryte,
- wagony specjalistyczne.

Oczywistym jest, iż żaden z wymienionych powyżej wagonów z uwagi na swoje specjalistyczne cechy i funkcje nie może być uznany za substytut drugiego. Jednakże w opinii Prezesa Urzędu uwzględnienie specyfiki branży, którą jest produkcja wagonów towarowych, uprawnia do ujęcia danego rynku w nieco szerszym aspekcie.

Rynek wagonów towarowych z uwagi na specyfikę produktu, funkcjonuje w odmienny sposób niż rynki powszechnie używanych produktów. Charakteryzuje go przede wszystkim:

- bardzo wąski krąg odbiorców,
- ściśle powiązanie pomiędzy konkretnym zamówieniem a uruchomieniem produkcji.

Zasadniczą cechą odróżniającą rynek produkcji wagonów od innych rynków jest brak powszechnej dostępności danego produktu na rynku. Znaczy to, iż potencjalny nabywca takiego towaru, jakim jest wagon towarowy nie ma faktycznej możliwości

nabycia danego produktu, z chwilą podjęcia decyzji o jego kupnie. Każdy nabywca musi wcześniej określić przede wszystkim parametry techniczne i jakościowe, jak również wskazać cenę oraz określić warunki dostaw. W sposób bardzo uproszczony, ale oddający specyfikę rynku produkcji wagonów, można stwierdzić, iż kilku producentów, posiadających określone możliwości techniczne, jest niejako w gotowości podjęcia realizacji konkretnego zamówienia, dla konkretnego odbiorcy. Oczywiście z uwagi na różne wymogi oraz konieczność posiadania odpowiedniego zaplecza technicznego, producent musi skalkulować, czy dane przedsięwzięcie będzie opłacalne czy też nie; biorąc pod uwagę takie czynniki jak koszty związane z przestawieniem produkcji, z koniecznością nabycia odpowiedniej dokumentacji technicznej.

Rynek wagonów towarowych, o czym było wspomniane powyżej, charakteryzuje się tym, iż popyt na te towary kreowany jest przez przedsiębiorców - przewoźników krajowych - w zależności od ich aktualnego zapotrzebowania. Zapotrzebowanie to jest zdeterminowane takimi czynnikami jak, sytuacja finansowa przewoźnika, stan jego taboru kolejowego (zużycie), potrzeby ich klientów oraz rodzaj przewożonych ładunków. Należy też zauważyć, iż **potrzeby tych przedsiębiorców nie są w żaden sposób ograniczone do jednego rodzaju wagonów** np. cystern czy też wagonów FALNS. Między innymi wynika to z tego, iż żaden z przewoźników krajowych nie specjalizuje się na tyle w przewozach konkretnych surowców, aby był odbiorcą tylko jednego określonego rodzaju wagonu. Tym samym nieuzasadnione jest twierdzenie, iż po stronie popytowej istnieją tacy odbiorcy (przewoźnicy krajowi), którzy zainteresowani by byli na przykład jedynie wagonami FALNS.

Podobna sytuacja zatysowuje się również po stronie podażowej na rynku wagonów towarowych. **Brak jest tak daleko posuniętej specjalizacji, która pozwalałaby wyodrębnić grupy producentów specjalizujące się w produkcji poszczególnych rodzajów wagonów** np. wagonów FALNS, czy platform. Taka sytuacja wynika między innymi z tego, iż producenci mają możliwości techniczne przestawienia swojej dotychczasowej produkcji określonego typu wagonów na inny. Jak wynika z opinii biegłego (strona 27) przestawienie profilu produkcji z jednego na inny typ wagonu jest technicznie i organizacyjnie możliwe. Wymaga to jednak częściowej zmiany oprzyrządowania do produkcji podzespołów, zmiany organizacji procesu produkcji. Warunkiem opłacalności takiego przedsięwzięcia jest odpowiednia wielkość zamówienia. Biegły w opinii podaje, iż ilością krytyczną wyznaczającą granicę opłacalności przestawienia produkcji na inny typ wagonu jest zamówienie rzędu 100 – 200 sztuk.

Obecnie na rynku zauważyć można tendencje wskazujące, iż producenci np. cystern z powodzeniem produkują wagony towarowe innych serii. Można tu choćby wymienić takich producentów jak: Wagony Świdnica S.A. czy Travagonka Poprad, Słowacja. Co więcej w opinii biegły stwierdził, iż **przy obecnym zapotrzebowaniu na wagony towarowe, wręcz nie uzasadniona byłaby specjalizacja producentów do określonej grupy wagonów towarowych.**

W opinii Prezesa Urzędu na rynku wagonów towarowych ani po stronie podażowej ani po stronie popytowej nie występują przedsiębiorcy, którzy

byliby bądź odbiorcami bądź producentami tylko jednego rodzaju wagonu. Od strony popytowej zdeterminowane jest to zapotrzebowaniem odbiorców usług przewoźników krajowych, natomiast od strony podaźowej związane jest to z zapotrzebowaniem na rynku oraz możliwością przestawienia swojej produkcji z jednego rodzaju wagonu na inny, na który jest aktualnie zapotrzebowanie na rynku.

Tym samym, przy założeniu, iż brak jest innych barier wejścia na rynek europejski, (co zostanie wykazane poniżej) zdaniem organu antymonopolowego uprawnione jest twierdzenie, iż konkurentami PKP po stronie popytowej są inni przewoźnicy z krajów europejskich. Zalicza się do nich między innymi DB Cargo - koleje niemieckie, B-Cargo - belgijskie, ÖBB Cargo - austriackie oraz SJ Group - szwedzkie. Każdy ze wspomnianych przewoźników jest odbiorcą wagonów towarowych różnego typu zarówno platform, cystern jak również węglarek typu FALNS.

Zawarte przez ww. przewoźników kontrakty z producentami wagonów towarowych mających siedzibę w Polsce potwierdzają, iż stanowią oni konkurencję dla PKP. Dla przykładu można wskazać następujące kontrakty:

- Zamówienie AAE Szwecja na wykonanie kilkuset platform dla Fabryki Wagonów w Ostrowiu Wielkopolskim,
- Zamówienie od DB Cargo Niemcy na 800 węglarek dla Fabryki Wagonów Gniewczyna,
- Zamówienie od B - Cargo Belgia na 500 wagonów dla Zastal Wagony S.A.,
- Zamówienie od klienta niemieckiego na kilka serii cystern, wyprodukowanych przez Wagony Świdnica S.A.

(powyższe dane pochodzą z opinii biegłego str. 29, wykaz innych kontraktów podpisanych przez ww. podmioty z kolejami zachodnimi w pismach z dnia 17 lutego 2002 r. i 28 stycznia 2002 r.).

W opinii Prezesa Urzędu nie wydaje się także być zasadne zawężenie rynku od strony podaźowej jedynie do takiego kręgu przedsiębiorców, którzy już wcześniej produkowali dany typ wagonu. Podobnie Wnioskodawca jak i biegły stwierdzili, iż za konkurentów producentów wagonów danego rodzaju należy uznać, również tych producentów, którzy potencjalnie mogą rozpocząć produkcję takich wagonów, na które aktualnie jest zapotrzebowanie na rynku, mimo tego, iż do tej pory takich nie produkowali. Przykładem takiego przedsiębiorcy może być właśnie spółka Wagony Świdnica S.A., która przed przystąpieniem do przetargu na wagony FALNS, nie realizowała żadnego znacznego zamówienia na tego typu wagony. Jednakże z uwagi na duży potencjał przedsiębiorstwa, a w szczególności doskonale zaplecze konstruktorskie, spółka Wagony Świdnica S.A. uznawana jest na rynku, jako potencjalny producent węglarek typu FALNS.

Jak twierdzi biegły *zasadne jest branie pod uwagę – w przetargach – wszystkich producentów wagonów towarowych, nie tylko dotychczasowych producentów wagonów FALNS, w przetargach na dostawę tego rodzaju wagonów* (str. 27 opinii). Taka sytuacja jest odzwierciedleniem definicji konkurenta zawartej w art. 4 pkt 10 ustawy antymonopolowej, która stwierdza, iż konkurentem jest nie tylko ten, który już działa na danym rynku, ale również ten, który potencjalnie może stać się uczestnikiem tego samego rynku. Dlatego też określając konkurencję od strony podaźowej w przedmiotowej sprawie

należy uwzględnić wszystkich producentów wagonów towarowych, bez ograniczania się jedynie do tych, którzy już dany typ wagonu produkowali.

Mając powyższe na względzie brak jest racjonalnych przesłanek, aby odmiennie – w stosunku do konkurencji od strony podażowej - traktować konkurencję od strony popytowej.

Ponadto, należy przypomnieć, iż pozycję PKP rynku europejskim determinuje jej słaba sytuacja finansowa. Dla porównania można wskazać, iż przychody uzyskane przez PKP w 2000 z tytułu przewozów towarowych wynosiły około mln euro, natomiast przychody niemieckiego przewoźnika DB Cargo AG za tego rodzaju usługi wynosił mln.

Organ antymonopolowy prowadząc niniejsze postępowanie szczegółowo przeanalizował również **argumenty Wnioskodawcy w sprawie geograficznego określenia rynku**. Określając rynek geograficzny, właściwy dla przedmiotowej sprawy, Wnioskodawca wskazał, iż jest to rynek krajowy. Uzasadniając swoje twierdzenie podał następujące bariery, które uniemożliwiają wejście na rynek europejski producentów wagonów towarowych mających siedzibę w Polsce:

- 1) konieczność uzyskania certyfikatów kolei krajowych,
- 2) wysokie wymagania co do jakości,
- 3) konieczność zaoferowania konkurencyjnie niskiej ceny,
- 4) brak zaufania do polskich producentów

Analizując powyżej wskazane bariery wejścia na rynek europejski, Prezes Urzędu podzielił wątpliwości Pełnomocnika strony, iż w istocie wskazane bariery mają charakter subiektywny i nie stanowią faktycznych ograniczeń konkurowania na rynku europejskim.

ad 1. W opinii organu antymonopolowego bariera odnosząca się do konieczności uzyskania certyfikatów kolei krajowych, nie może być potraktowana jako przeszkoda wejścia polskich producentów na rynek europejski. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż ten wymóg - uzyskanie odpowiednich certyfikatów – jest właściwy generalnie dla rynku produkcji wagonów towarowych, i nie można go ograniczać do pewnych obszarów. Rynek produkcji wagonów charakteryzuje się właśnie tym, iż bez uzyskania odpowiednich certyfikatów świadczących o posiadaniu odpowiednich parametrów technicznych, jakościowych i bezpieczeństwa, żaden z producentów nie pozyska nabywcy na swój produkt, bez znaczenia w jaki sposób określimy zasięg terytorialny. Zdaniem Prezesa Urzędu brak jest jakiegokolwiek powiązania pomiędzy koniecznością uzyskania odpowiednich certyfikatów a wyznaczeniem rynku w aspekcie geograficznym. Wskazana przez wnioskodawcę bariera polegająca na konieczności posiadania certyfikatów, mogłaby mieć istotne znaczenie, a tym samym byłaby uwzględniona przez organ antymonopolowy, gdyby charakteryzował jakiś obszar geograficzny. Na przykład gdybyśmy mieli do czynienia z sytuacją, gdy na rynku niemieckim wymagane są odpowiednie certyfikaty, a na rynku austriackim nie, to wówczas możemy jednoznacznie stwierdzić, iż na rynku niemieckim występują

określone bariery w postaci konieczności posiadania certyfikatów i świadectw. Należy podkreślić, iż każde państwo, kierując się chociażby bezpieczeństwem ruchu kolejowego, musi wprowadzać pewne standardy bezpieczeństwa i jakości wagonów. A zatem nie jest to sprawa uznaniowa, ale pewien **wymóg przyjęty jako standard na europejskim rynku produkcji wagonów**.

Wskazanie takiej bariery przez Wagony Świdnica jest tym bardziej niezrozumiałe dla organu antymonopolowego, iż spółka ta realizuje kontrakty zawarte z europejskimi przewoźnikami, a tym samym posiada odpowiednie certyfikaty wymagane przez dany kraj. Wagony Świdnica uzyskały na przykład wszystkie stosowne certyfikaty niemieckie przy okazji realizacji dostaw cystern, od nota bene, jak wynika z opinii biegłego, dość rygorystycznego – niemieckiego urzędu wydającego certyfikaty - Eisenbahn – Bundesmat.

Ponadto Wnioskodawca, jak słusznie zauważył Pełnomocnik strony, nie uważa, iż konieczność uzyskania odpowiednich certyfikatów i świadectw związanych z uruchomieniem produkcji w Polsce stanowi barierę wejścia na rynek polski.

Nie bez znaczenia jest również fakt, iż organy właściwe do wydawanie odpowiednich certyfikatów nie ograniczają możliwości jego uzyskania jedynie do krajowych producentów, ponieważ wówczas rynek byłby ograniczony barierami natury formalnej. Potwierdzeniem tego mogą być kontrakty podpisane przez takich producentów jak Wagony Świdnica, ZASTAL WAGONY S.A. czy też Fabryka Wagonów Gniewczyna S.A.

Zatem w opinii Prezesa Urzędu konieczności uzyskania odpowiednich certyfikatów nie można uznać za barierę ograniczającą możliwość wejścia na rynek europejski, a należy ją z całą pewnością uznać za cechę, która charakteryzuje rynek produkcji wagonów jako taki. Fakt posiadania odpowiednich certyfikatów bądź koszt związany z ich pozyskaniem bierze się pod uwagę analizując „opłacalność” rozpoczęcia ewentualnej produkcji danego wagonu. Tym samym nie można konieczności uzyskania certyfikatów kolei krajowych uznać za barierę wejścia na rynek, a należy ją raczej rozpatrywać w kategoriach go definiujących oraz determinujących możliwość w ogóle funkcjonowania na tym rynku, bez znaczenia na ramy geograficzne.

ad 2. Kolejną barierą wejścia na europejski rynek produkcji wagonów to w opinii Wnioskodawcy wysokie wymagania co do jakości wykonania. Prezes Urzędu nie zgodził się z takim stanowiskiem, iż w oparciu o tego typu kryterium wyznaczone są geograficzne granice rynku produkcji wagonów. Trudno jest podzielić organowi antymonopolowemu stanowisko, które niejako przyjmuje, iż rynek polski jest miejscem zbytu towarów o niskiej jakości, na które w innych państwach Europy nie byłoby zbytu.

W opinii organu antymonopolowego taka bariera nie może być w ogóle rozpatrywana jako swoista przeszkoda wejścia na rynki europejskie. W dobie gospodarki rynkowej należy przyjąć jako aksjomat, iż wymagania jakościowe są normalnymi wymogami stawianymi przez każdego odbiorcę produktów i nie mogą być traktowane jako bariera wejścia na rynek. Przyjęcie takiej bariery za faktycznie istniejącą wprowadziłaby podział rynku na dwie części. Jedną charakteryzującą się wysoką jakością wykonania, natomiast drugą o niższych parametrach jakościowych.

Zaistnienie takiej sytuacji sugerowałoby, iż część producentów produkuje wagony o niższej jakości, co na rynku o znacznym stopniu konkurencyjności spowodowałoby psucie marki danego przedsiębiorcy, a tym samym utratę ewentualnych kontrahentów. Jakość produktu jest głównym czynnikiem, którym przedsiębiorcy konkurują pomiędzy sobą na rynku, nie może tym samym stanowić bariery wejścia na ten rynek. Ponadto, trudno jest znaleźć jakiegokolwiek racjonalne uzasadnienie dla sformułowania takiego rodzaju bariery wejścia na europejski rynek produkcji wagonów, w szczególności przez przedsiębiorcę, który właśnie wysoką jakością produktów konkuruje z powodzeniem na rynku europejskim.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż w większości koleje europejskie poddają audytowi kwalifikacyjnemu oraz kontrolnemu swoich dostawców, przez co mogą cały czas kontrolować jakość produktu. Co więcej nie zawrą kontraktu z przedsiębiorcą, który oferuje produkt złej jakości. Tym samym już sam fakt produkowania towarów dla odbiorców europejskich wskazuje na to, iż ci producenci oferują towar wysokiej jakości. Dla przykładu można wskazać, iż Fabryka Wagonów Gniewczyna S.A., pozytywnie przeszła audyt jednego z najbardziej wymagających odbiorców, kolei niemieckich (opinia biegłego - str. 30).

Zdaniem Prezesa Urzędu przedmiotowa przesłanka wiąże się nierozdzielnie z poruszoną powyżej kwestią certyfikowania. W ocenie organu antymonopolowego nie można przypisywać polskim producentom produkcji towarów o znacznie odbiegającej od producentów europejskich jakości wagonów. Być może takie twierdzenie było zasadne kilka lat temu. Należy jednak zwrócić uwagę, iż obecnie niejedyn polski producent posiada stosowne certyfikaty potwierdzające wysoką jakość jego produktów. Niejedyn też polski przedsiębiorca produkuje wagony dla innych niż PKP odbiorców (o czym mowa była powyżej). Należy więc uznać, iż spełnili oni wymogi tych przewoźników co do jakości towaru.

ad 3. Kolejne stwierdzenie Wnioskodawcy odnośnie barier wejścia na rynek europejski dotyczy konieczności zaoferowania przez producentów konkurencyjnie niskiej ceny. Prezes Urzędu z podobnych przyczyn jak wskazane powyżej poddaje w wątpliwość zasadność wskazywania takiej przeszkody. Konkurowanie ceną jak i jakością charakteryzują normalnie funkcjonujący rynek, dlatego też błędne jest przypisywanie takiej cechy jedynie rynkowi krajów Zachodniej Europy, co sugeruje wnioskodawca.

ad 4. Jako ostatnią barierę wejścia na rynek europejski wnioskodawca podniósł brak zaufania do polskich producentów. Prezes Urzędu nie znalazł żadnych racjonalnych przesłanek, którymi kierował się Wnioskodawca, wskazując taką przeszkodę wejścia na rynek. Jak słusznie zauważył Pełnomocnik strony zaufanie do producenta jest pochodną wielu czynników, zależnych od samego producenta, takich jak jakość wykonania, terminowość dostaw oraz jakość serwisu, tym samym musi być odnoszone do konkretnego podmiotu a nie do całej branży. W opinii Prezesa Urzędu brak zaufania do producenta nie stanowi obiektywnej bariery wejścia na rynek; generalnie jest ona raczej charakterystyczna dla przedsiębiorców, którzy dopiero rozpoczynają działalność na rynku. W zasadzie każdy podmiot, wchodzący na nowe rynki, na

których jego produkt jest jeszcze nieznan, musi uwzględniać w swych planach ostrożność w nawiązywaniu z nim kontraktów handlowych.

Ponadto opisując rynek produkcji wagonów towarowych nie można pominąć bardzo ważnego aspektu, jakim jest dynamika rynku. Bardzo wyraźnie zarysowują się tendencje, które potwierdzają trafność określenia rynku w przedmiotowej sprawie przez Prezesa Urzędu, iż producenci taboru kolejowego mający siedzibę w Polsce realizują kontrakty na rzecz zachodnich odbiorców. Zarówno Zastal Wagony S.A., ZNTK Gniewczyna S.A. jak i ZNTK w Ostrowie Wielkopolskim pod koniec lat dziewięćdziesiątych rozpoczęła realizować znaczne kontrakty dla kolei europejskich – np. niemieckich czy szwajcarskich (dane dotyczące wielkości sprzedaży w pismach z dnia 28 stycznia 2002 r. i 17 lutego 2002 r.). Tym samym wyraźnie widać, iż rynku zbytu wagonów towarowych wyprodukowanych w Polsce, nie można ograniczać jedynie do terytorium kraju.

Mając na uwadze powyższe w opinii Prezesa Urzędu zasadne jest określenie na potrzeby przedmiotowego postępowania rynku właściwego, jako **europejskiego rynku produkcji wagonów towarowych**. Wskazane przez Wnioskodawcę ewentualne bariery wejścia na rynek europejski, nie stanowią przeszkód obiektywnych, a co zostało wykazane powyżej w ogóle nie są zasadne jako bariery zawężające rynek właściwy.

Jednocześnie organ antymonopolowy uznał, iż rynek ten należy rozpatrywać od strony popytowej mimo, iż uczestnicy domniemanego porozumienia reprezentują zarówno stronę popytową (PKP) jak i podaźową (spółki – producenci wagonów – skupione w Konsorcjum Taborowym). Analiza sprawy jednoznacznie bowiem wskazuje, iż dostęp do rynku, który zdaniem Wnioskodawcy został ograniczony, dotyczy jedynie strony popytowej tego rynku.

W opinii Prezesa Urzędu na tak określonym rynku należy zatem rozpatrywać zawarcie przez Spółki ewentualnego porozumienia antykonkurencyjnego.

Antykonkurencyjne porozumienie

Zgodnie z brzmieniem art. 1 ustawy antymonopolowej ustawa ta określa warunki ochrony konkurencji a także zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję, jeżeli praktyki te wywołują lub mogą wywołać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Cel ustawy wskazuje zatem, że ma ona zastosowanie do stanów faktycznych, które zagrażają lub mogą zagrozić konkurencji. Tym samym nie każde porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami może być uznane za porozumienie antykonkurencyjne, ale tylko takie, które wpływa lub może negatywnie wpłynąć na konkurencję.

Rozwinięcie powyższej tezy znajduje się w art. 6 ustawy antymonopolowej, wskazującym na porozumienia tzw. bagatelne, które z uwagi na swoją skalę nie wywołują ani nie mogą wywołać negatywnych skutków dla konkurencji. Do

porozumień takich – z mocy prawa - nie stosuje się zakazu określonego w art. 5 ustawy antymonopolowej.

Jednakże przepis art. 6 ustawy antymonopolowej nie wyczerpuje wszystkich przejawów porozumień, które nie mają charakteru antykonkurencyjnego. Przepis art. 5 ustawy antymonopolowej stanowi bowiem, iż

Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym

Tym samym tylko takie porozumienie może być uznane za zakazane na gruncie art. 5 ustawy antymonopolowej, którego cel lub skutek jest antykonkurencyjny. Jednocześnie, mając na uwadze przepis art. 1 ust. 2 ustawy antymonopolowej, należy uznać, iż ewentualny antykonkurencyjny cel porozumienia musi mieć realny charakter, tj. przynajmniej potencjalnie dane porozumienie może wywrzeć niekorzystny skutek na rynku.

Wskazać ponadto należy, iż zgodnie z orzecznictwem na gruncie przepisów ustawy zakazane są jedynie takie porozumienia, które są „odczuwalne” na rynku – wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 2 grudnia 1998, sygn. XVII Ama 59/98. Oznacza to, że „poza zainteresowaniem” ustawy powinny pozostać takie porozumienia, które nie wywołują istotnych ograniczeń na rynku właściwym.

Szczegółowa analiza przedmiotowej sprawy, wskazuje zdaniem Prezesa Urzędu, iż porozumienie, którego płaszczyzną była spółka Konsorcjum Taborowe, nie stanowiło porozumienia zakazanego na gruncie art. 5 ustawy antymonopolowej, bowiem ani jego cel, ani skutek nie miały charakteru antykonkurencyjnego. Przyjmując takie stanowisko, Prezes Urzędu miał na względzie, co następuje:

Skutki porozumienia.

Jak już wcześniej wskazano, zgodnie z brzmieniem art. 5 ustawy antymonopolowej zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji. Zatem należało zbadać, czy działania Spółek zakwalifikowane przez Wnioskodawcę jako porozumienie antykonkurencyjne, skutkowały ograniczeniem, bądź eliminacją konkurencji na rynku właściwym, ewentualnie naruszyły konkurencję w inny sposób.

Należy przypomnieć, iż za rynek właściwy w tej sprawie uznany został europejski rynek produkcji wagonów towarowych i na tymże rynku należy analizować ewentualne, antykonkurencyjne skutki działań podejmowanych przez Spółki. W szczególności należało zwrócić uwagę, czy pozycja samego Wnioskodawcy na rynku w jakikolwiek sposób uległa zachwianiu.

Należy zauważyć, co już zostało wskazane w części decyzji dotyczącej analizy rynku właściwego, iż spółka Wagony Świdnica zdecydowaną większość własnej

produkcji przeznacza na rynek europejski. Należy ona do światowej grupy kapitałowej Greenbrier Companies - specjalizującej się w produkcji wagonów. Z założenia inwestycja Grupy w Wagony Świdnica S.A. miała stworzyć przedsiębiorstwo, które będzie obsługiwać kontrakty europejskie Greenbrier Companies. Znalazło to potwierdzenie we wzroście sprzedaży spółki Wagony Świdnica na rynki europejskie. W 1997 r. spółka sprzedawała jedynie sześć wagonów, natomiast już w roku 1999 – 800 sztuk, głównie na eksport do Niemiec, Angli i krajów skandynawskich. Z całą pewnością do wzrostu zamówień pozyskiwanych przez Wagony Świdnica S.A. przyczynił się fakt nabycia przez Greenbrier Companies oddziału należącego do Adtranz Daimler Chrysler, który jest wiodącym projektantem wagonów towarowych i głównym dostawcą dla DB CARGO oraz innych europejskich przewoźników. Z uwagi na to, iż nabyte przedsiębiorstwo nie posiadało własnej fabryki, zamówienia, które miał realizować ww. oddział, wyprodukowały Wagony Świdnica. Należy podkreślić, iż w 2000 r. portfel zamówień oddziału Adtranz Daimler Chrysler, nabytego przez Greenbrier Companies, wynosił około [REDACTED]

Z informacji przedstawionych powyżej wynika, iż Spółka Wagony Świdnica pomimo działania Konsorcjum Taborowego, bez szkody dla własnych interesów miała możliwość funkcjonowania w danym segmencie rynku (europejski rynek produkcji wagonów towarowych). Co więcej spółka, **nie tylko miała możliwość działania, ale faktycznie oddziaływała** na tenże rynek poprzez sprzedaż własnych produktów na rzecz innych niż PKP odbiorców. Wagony Świdnica kontynuowały więc działalność poprzez sprzedaż własnych produktów na rynki zachodnie.

W opinii Prezesa Urzędu nie można zatem stwierdzić, iż na skutek działań podejmowanych przez Spółki, Wnioskodawca został z rynku wyeliminowany. Co więcej trudno przychylić się do też do stanowiska, iż działania Spółek w sposób odczuwalny dla Wnioskodawcy ograniczyły mu dostęp do tego rynku.

Podkreślić również należy, iż dla spółki Wagony Świdnica portfel zamówień od PKP nigdy nie stanowił znaczących wielkości w całości produkcji spółki (dane zawarte we wniosku str. 21). Spółka ta jako głównych odbiorców swoich produktów upatrywała w zagranicznych kolejach państwowych, funkcjonowała na rynku w zasadzie jedynie poprzez realizację kontraktów na rzecz zagranicznych odbiorców. Trudno zatem podzielić pogląd, iż brak możliwości zbytu (w jednym przypadku) na rzecz jednego z odbiorców, w tej sytuacji PKP, wyeliminowało bądź ograniczyło w znacznym stopniu możliwość działania Wagonom Świdnica na rynku właściwym.

Należy również podkreślić, iż żadna ze stron postępowania, w szczególności Wnioskodawca, nie podała iż jakikolwiek inny podmiot działający na rynku produkcji wagonów towarowych został, poprzez działania Spółek, które Wagony Świdnica uznały za porozumienie, wyeliminowany z rynku (pozbawiony rynków zbytu).

Reasumując należy podkreślić, iż Prezes Urzędu nie stwierdził, aby działania Spółek w jakikolwiek sposób realnie ograniczyły bądź wyeliminowały konkurencję na rynku właściwym dla sprawy.

Cel porozumienia.

Mając na uwadze przepis art. 1 ust. 2 oraz art. 5 ustawy antymonopolowej - oprócz faktycznych skutków porozumienia, na które wskazał Wnioskodawca - należało ponadto dokonać analizy, czy cel powyższego porozumienia nie ma antykonkurencyjnego charakteru. Jednocześnie - co wskazano powyżej - mając na uwadze przepis art. 1 ust. 2 ustawy antymonopolowej, należało uznać, iż ewentualny antykonkurencyjny cel porozumienia musi mieć realny charakter, tj. przynajmniej potencjalnie dane porozumienie powinno móc wywrzeć niekorzystny skutek na rynku.

Z materiału zgromadzonego w sprawie wynika, iż koncepcja utworzenia i funkcjonowania Konsorcjum Taborowego jest konsekwencją też zawartych w przyjętym przez Rząd *Programie Restrukturyzacji, Komercjalizacji i Prywatyzacji Polskich Kolei Państwowych*. Program ten ma na celu m.in. dostosowanie narodowego przewoźnika – wobec otwarcia polskiego rynku na konkurencję zewnętrzną - do sprostania konkurencji ze strony przedsiębiorców z krajów UE. Faktem powszechnie znanym jest, iż również firmy kooperujące z PKP, w tym producenci wagonów, wymagają wzmocnienia swojej pozycji wobec wielkich międzynarodowych koncernów, których pozycja przetargowa jest nieporównywalnie silniejsza.

Dokładna analiza stanu faktycznego sprawy, zdaniem Prezesa Urzędu, wskazuje, iż **Konsorcjum Taborowe nie miało być płaszczyzną współpracy wymierzoną w konkurencję, ale raczej płaszczyzną ukierunkowaną na sprostanie tej konkurencji.** Projektowany skład Konsorcjum Taborowego nie ograniczał się bowiem do konkretnie wskazanych podmiotów (wykluczając a priori uczestnictwo innych podmiotów), ale wskazywał na grupy podmiotów, których udział w Konsorcjum pozwalałby na utrzymanie się na rynku PKP oraz jej kooperantów. Zgodnie z *Prezentacją koncepcji Konsorcjum Taborowego*, w skład Konsorcjum wchodzić miały:

- PKP,
- Producenci taboru i ich kooperanci,
- Grupa handlowa tj. podmioty zainteresowane gwarancjami dostępu do nowoczesnego taboru oraz podmioty, dla których tabor jest przedmiotem obrotu handlowego,
- Grupa finansowa, mająca zagwarantować Konsorcjum dostęp do środków finansowych umożliwiających realizację wymiany taboru (nota bene do utworzenia tej grupy nigdy nie doszło).

Tak więc z założenia dostęp do Konsorcjum był otwarty.

W skład Konsorcjum, w jego ostatecznym kształcie weszły spółki, których pozycja rynkowa – w porównaniu do pozycji Wnioskodawcy, a zwłaszcza Grupy Kapitałowej, do której on przynależy – była znacznie słabsza. Dla zobrazowania dysproporcji siły rynkowej pomiędzy spółkami przynależnymi do Konsorcjum a Wnioskodawcą należy wskazać wielkości sprzedanych wagonów przez tych producentów; i tak w 1999 roku Wagony Świdnica sprzedała 800 wagonów, z czego 80% przeznaczone było na rynki Europy Zachodniej. Ponadto należy podkreślić, iż

spółka ta odnotowała bardzo wysoką dynamikę wzrostu sprzedaży – z 6 wagonów w 1997 roku do 800 w 1999. Wielkość sprzedaży w 1999 producentów wchodzących w skład Konsorcjum Taborowego, tzn. Fabryki Wagonów Gniewczyna S.A., Fabryki Wagon w Ostrowie Wielkopolskim S.A. oraz Zastal Wagony S.A. jest znacznie mniejsza (stosowne dane znajdują się w piśmie Pełnomocnika Spółek z dnia 8 lutego 2002 r.; dane te objęte zostały postanowieniem Prezesa Urzędu o ograniczeniu prawa wglądu).

Z całą pewnością czynnikiem, które wpłynął na lepszą pozycję rynkową Wagonów Świdnica w porównaniu ze spółkami wchodzącymi w skład Konsorcjum jest przynależność do Grupy Kapitałowej Greenbrier, której efekty można zauważyć, chociażby po zwiększonym portfelu zamówień dla spółki.

Analizując cel porozumienia, którego płaszczyzną było Konsorcjum, Prezes Urzędu wziął pod uwagę również rynek, którego to porozumienie dotyczy. Jak już wcześniej wskazano rynkiem tym jest europejski rynek produkcji wagonów – od strony popytowej. Analizując, jakie skutki dla rynku właściwego w przedmiotowej sprawie mogłyby potencjalnie wyrzucić działania Spółek, należy zwrócić uwagę na fakt, jaka jest generalna pozycja PKP, a tym samym i Konsorcjum Taborowego, w którym Wnioskodawca upatruje się antykonkurencyjnego porozumienia.

Faktem bezspornym jest, iż na powyżej określonym rynku pozycja PKP nie jest znacząca. Podanie bezwzględnych liczb, wskazujących na procentowy udział w rynku PKP oraz jej kooperantów, jest praktycznie niewykonalne. Ani strony postępowania, ani powołani w sprawie biegły, nie byli w stanie określić szczegółowo struktury rynku, uwzględniającej udział w nim poszczególnych przedsiębiorców (analiza taka wiązałaby się z koniecznością wielomiesięcznych wizyt studyjnych w trakcie których, sytuacja rynkowa mogłaby dodatkowo ulec kolejnym zmianom). Należy jednakże zauważyć, iż pozycję PKP na rynku właściwym determinuje jej bardzo zła sytuacja finansowa. Zatem z punktu widzenia producentów, PKP jako odbiorca wagonów, staje się coraz mniej atrakcyjnym kontrahentem. Również przedmiotowy przetarg, zorganizowany przez Konsorcjum Taborowe nie został zrealizowany z uwagi na brak środków finansowych na finansowanie tego przedsięwzięcia. Tym samym brak środków finansowych po stronie PKP (Konsorcjum Taborowego) przesądza niejako, iż nie posiada ono realnych możliwości kształtowania europejskiego rynku produkcji wagonów towarowych. Jest rzeczą powszechnie znaną, iż PKP w porównaniu z zagranicznymi konkurentami nie dysponuje nawet porównywalnymi środkami przeznaczanymi na inwestycje w tabor kolejowy; co więcej korzysta z pomocy wagonowej np. kolei niemieckich. Potwierdzeniem niskiego potencjału ekonomicznego PKP jest także fakt, iż pozostali polscy producenci coraz szerzej wychodzą z ofertami skierowanymi do zachodnich kolei państwowych. Wśród tychże przedsiębiorców upatrują swoich najistotniejszych odbiorców.

Należy zauważyć, iż spadek zamówień ze strony PKP nie spowodował istotnych zmian w sytuacji przedsiębiorców produkujących wagony. Świadczy to z pewnością o tym, iż PKP nie posiada znaczącej pozycji na europejskim rynku produkcji wagonów. Pozycja ta w sposób bezpośredni przekłada się zaś na pozycję samego Konsorcjum oraz skupionych w nim podmiotów.

Reasumując należy wskazać, iż to podmioty skupione w Konsorcjum są podmiotami o nieznaczej pozycji rynkowej. Ich siła oddziaływania jest zaś niewielka. Z tych względów nie można mówić, iż realnym celem utworzenia Konsorcjum były działania antykonkurencyjne. Zdaniem Prezesa Urzędu płaszczyzna współdziałania, jakim było Konsorcjum, miała raczej zapewnić dalsze funkcjonowanie tych podmiotów na rynku, a nie eliminowanie z niego podmiotów nie zrzeszonych w Konsorcjum. Podmioty te mogą bowiem swobodnie funkcjonować na rynku pozyskując zlecenia od innych przewoźników.

Ponadto Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż od 1 maja 2001 roku Konsorcjum Taborowe nie jest organizatorem przetargów, których przedmiotem byłaby dostawa taboru na potrzeby PKP. W zasadzie formuła Konsorcjum w pierwotnym zamyśle projektodawców nie została zrealizowana, w głównej mierze z powodu braku środków finansowych. Obecnie działalność Konsorcjum ogranicza się jedynie do prac związanych z leasingiem wagonów na rzecz PKP. Konsorcjum nie bierze udziału ani w organizowaniu przetargów ani w wyborze producentów w innej formie.

Wobec powyższego należało uznać, iż ani cel ani faktyczny skutek utworzenia Konsorcjum nie ograniczył oraz nie spowodował eliminacji z rynku konkurencji. Wnioskodawca nie wskazał również, a organ antymonopolowy nie uznał, aby konkurencja na rynku konkurencja na rynku została w inny sposób naruszona.

Prezes Urzędu stwierdził, iż PKP nie dysponuje odpowiednim potencjałem ekonomicznym, który dawał jej chociażby potencjalne możliwości odczuwalnego wpływu na rynek. Z uwagi na ograniczone w znacznym stopniu możliwości ekonomiczne PKP, działania Spółek, których niejako „antykonkurencyjność” należy oceniać przez pryzmat właśnie siły rynkowej PKP, należy znać za nieistotne dla europejskiego rynku produkcji wagonów towarowych.

Jako, że samo porozumienie nie spełnia przesłanek określonych w art. 5 ustawy antymonopolowej (nie ma ani celu ani skutku antykonkurencyjnego), bezprzedmiotowym jest ocena utworzenia Konsorcjum i zorganizowanego przez niego przetargu pod kątem przepisów określonych w art. 5 pkt 1, 3 i 6 ustawy antymonopolowej – na których naruszenie wskazał Wnioskodawca.

II Zwrot kosztów postępowania.

W związku z żądaniem zwrotu kosztów złożonym przez Pełnomocnika Spółek oraz z faktem, iż organ antymonopolowy nie uznał wniosku Wagony Świdnica S.A. za zasadny i nie stwierdził stosowania przez Konsorcjum Taborowe S.A. i Spółek wchodzących w jego skład praktyk ograniczających konkurencję, Prezes Urzędu obciążył kosztami poniesionymi przez stronę pozwaną, a niezbędnymi do celowej obrony, spółkę Wagony Świdnica S.A.

Koszty poniesione przez Spółki, w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, związane były z wynagrodzeniem na rzecz pełnomocnika. Pełnomocnik Spółek pismem z dnia 9 maja 2002 r. zwrócił się o przyznanie kosztów postępowania w wysokości 1 700 zł. na rzecz każdego z jego mocodawców; wysokość kosztów uzasadnił długotrwałością i stopniem zawilości prowadzonej sprawy.

Przed Prezesem Urzędu prowadzone były jednocześnie trzy postępowania na tle takiego samego stanu faktycznego. Stronami dwu z tych postępowań były Konsorcjum Taborowe i PKP, którym w prawomocnych decyzjach, Prezes Urzędu przyznał już, - zgodnie z żądaniem Pełnomocnika - zwrot kosztów w wysokości 1 700 zł. Tym samym należy uznać, iż część kosztów poniesionych przez PKP i Konsorcjum Taborowe S.A., w związku z prowadzonym postępowaniem, została już skonsumowana w decyzjach Prezesa Urzędu nr DDI - 51/2002 i DDI - 52/2002.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu postanowił przyznać - zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 1997 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz opłat za czynności radców prawnych – Dz. U. Nr 154, poz. 1013 z póź. zm - koszty postępowania:

- Zakładom Naprawczym Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Gniewczynie Łańcuckiej, w wysokości 1 700 zł.,
- Zakładom Naprawczym Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, w wysokości 1 700 zł.,
- Zastal Wagony S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, w wysokości 1 700 zł.,
- Zakładom Naprawczym Taboru Kolejowego S.A. z siedzibą Łapach, w wysokości 1 700 zł.,
- Fabryce Urządzeń Mechanicznych Kamax S.A. z siedzibą w Kańczudze, w wysokości 1 700 zł.,
- FESTO Sp. z o.o. z siedzibą w Jankach koło Warszawy, w wysokości 1 700 zł.

Natomiast w stosunku do PKP oraz Konsorcjum Taborowego S.A. organ antymonopolowy przyznał - zgodnie z § 20 pkt 2 ww. rozporządzenia - koszty postępowania w wysokości 300 zł., dla każdej ze spółek.

Prezes Urzędu zwrócił się pismem z dnia 15 kwietnia 2002 r. do spółek KOLMEX S.A., Fabryki Maszyn Budowlanych i Lokomotyw BUMA – FABLOK S.A. oraz WĘGLOKS S.A. z prośbą o przedstawienie spisu kosztów postępowania. Jednakże żaden z ww. przedsiębiorców nie złożył w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów odpowiedniego spisu. Tym samym - w myśl art. 76 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* - Prezes Urzędu stwierdza, iż roszczenie ww. spółek o zwrot kosztów postępowania wygasło.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Od decyzji Prezesa Urzędu przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego, w terminie dwutygodniowym od otrzymania niniejszej decyzji, za pośrednictwem organu antymonopolowego.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

DYREKTOR
Departamentu Przemysłu i Infrastruktury

Andrzej Gruduszyński

Otrzymują:

1. Pan Sławomir Dudzik
Pełnomocnik Konsorcjum Taborowego S.A.
Kancelaria „T. Studnicki, K. Ćwiąkański,
J. Górski” Spółka Komandytowa
Ul. J.I. Kraszewskiego 14
30-100 Kraków Pan Sławomir Dudzik

2. Pan Paweł Pietkiewicz
Pełnomocnik Wagony Świdnica S.A.
CMS Cameron McKenna Sp. z o.o.
Paweł Dębowski Spółka Komandytowa
Ul. Emilii Plater 53
00-113 Warszawa

3. Fabryka Maszyn Budowlanych
i Lokomotyw BUMA – FABLOK S.A.
Ul. Fabryczna 3
32 – 500 Chrzanów

4. WĘGŁOKS S.A.
ul. Adama Mickiewicza 29
40 – 085 Katowice

5. KOLMEX S.A.
Ul. Grzybowa 80/82
00-132 Warszawa