



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W GDAŃSKU**

RGD.411-15/04/07/CF

Gdańsk, dnia 19 stycznia 2007r.

Decyzja Nr RGD.2/2007

- I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. Nr 244 z 2005r., poz. 2080 ze zm.) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek P. Sp. z o.o. w S. - działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - nie stwierdza się stosowania przez Z. Sp. z o.o. w S. praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji [...], polegających na nadużywaniu przez ww. przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku usług holowniczych wykonywanych w portach Szczecin i Police, poprzez pośrednie narzucanie nieuczciwych, rażąco niskich cen za te usługi.
- II. Na podstawie art. 11 ust. 1 i art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. Nr 244 z 2005r., poz. 2080 ze zm.) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek P.Ż. Sp. z o.o. w S. - działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - nie stwierdza się stosowania przez Z. Sp. z o.o. w S. praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji [...], polegających na nadużywaniu przez ww. przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku usług holowniczych wykonywanych w portach Szczecin i Police w celu przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

UZASADNIENIE

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes Urzędu albo organ antymonopolowy) wpłynął wniosek „P.” Sp. z o.o. w S. (dalej Spółka P., wnioskodawca) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Z Sp. z o.o. w S. (dalej Spółka Z., skarżona) oraz o:

1. 1/ uznanie praktyk Z Sp. z o.o. za ograniczające konkurencję i nakazanie zaniechania ich stosowania,
2. 2/ zobowiązanie Z. Sp. z o.o. do udzielenia informacji dotyczących cen usług świadczonych przez tę spółkę na rzecz Stoczni Szczecińskiej Nowa Spółka z o.o.,
3. 3/ przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego,
4. 4/ przesłuchanie w charakterze świadka w postępowaniu wyjaśniającym Pana Mirosława W. i Pana Mirosława G., *„...na okoliczność, że ceny zaproponowane Stoczni Szczecińskiej Nowa Spółka z o.o. przez „P.” Spółka z o.o. są najniższymi cenami z punktu widzenia opłacalności usług holowniczych, poniżej których niemożliwe jest świadczenie tychże usług bez ponoszenia strat przez Wnioskodawcę.”* [k. 2-3].

Spółka P. wyjaśniła, że zarówno ona, jak i Spółka Z. świadczą usługi holownicze w porcie Szczecin [k. 2]. Wnioskodawca jest *„następcą prawnym spółki Porta Żegluga, która była częścią holdingu Stoczni Szczecińskiej – Porta Holding S.A. Spółka ta dysponowała nieomal całym taborem pływającym holdingu i świadczyła usługi portowe na jego rzecz”* [k. 2]. Po upadłości holdingu stoczniowego, który pociągnął za sobą upadłość Porta Żegluga Sp. z o.o., syndyk masy upadłościowej tejże spółki podjął decyzję o kontynuowaniu przez nią działalności gospodarczej i świadczeniu usług na rzecz następczyni Stoczni Szczecińskiej S.A. – Stoczni Szczecińskiej Nowa Sp. z o.o. (dalej Stocznia Nowa). Usługi na rzecz Stoczni Nowa były wykonywane na takich samych warunkach (w tym również i cenowych), jakie obowiązywały w okresie przed i w trakcie upadłości Porta Żegluga Sp. z o.o. W toku postępowania upadłościowego Porta Żegluga Sp. z o.o. - bez urzędzeń do przewozu i przeładunku paliw - została nabyta w wyniku wygranego przetargu przez J-T Sp. z o.o. w S. [k. 2].

W dniu 15 maja 2003r. wnioskodawca, występujący wtedy jeszcze pod firmą Jas - Tar Sp. z o.o. zawarł ze Stoczną Nowa umowę na świadczenie usług holowniczych [k. 4]. Po kilku miesiącach współpracy Stocznia przedstawiła mu projekt aneksu do łączącej strony umowy, z nowymi niższymi cenami usług. Odnosząc się do tej propozycji Spółka P. przedstawiła swoje warunki obniżenia stawek, których Stocznia Nowa nie zaakceptowała i pismem z dnia 10 grudnia 2003r. wypowiedziała wnioskodawcy umowę. Nie przyjęła ona również kolejnej propozycji obniżenia cen do poziomu 60% stawek taryfowych, informując, że otrzymała korzystniejszą ofertę w zakresie usług holowniczych [k.4].

Wnioskodawca podał, że prowadząc działalność pod firmą J-T Sp. z o.o., przy obliczaniu należności za wykonane przez siebie usługi korzystał, tak jak Spółka Z., z taryfy opłat zatwierdzonej przez Zarząd Portów Morskich Szczecin-Świnoujście z dnia 1 września 1998r., a w pozycjach nie ujętych w tej taryfie – z „Taryfy za usługi Zarządu Morskich Portów Szczecin-Świnoujście z dnia 1 stycznia 1994r”. Stawki określone w wymienionych taryfach wyrażone były w jednostkach taryfowych. Wartość jednostki taryfowej (j.t.) wynosiła 0,30 USD.

W drugim półroczu 2003r. Spółka Z. zmieniła stosowaną taryfę, ustalając, że 1 j.t. = 0,30 euro, co oznaczało wzrost naliczanych opłat o około 20%. W dniu 15 stycznia 2004r. wnioskodawca opublikował własny cennik oparty/wzorowany na ww.

taryfach, w którym wartość 1 j.t została określona jako równa 0,30 euro. Według niego zmiana waluty określającej wartość 1 j.t. *... nie oznaczała automatycznie wzrostu kosztów usług, ponieważ w związku z wycarterowaniem dodatkowych holowników o nowoczesnym napędzie, zgodnie z obowiązującymi przepisami portowymi, klienci mogliby zgodnie z jego taryfą uzyskać usługi z zastosowaniem zmniejszonej liczby holowników.* "Ze stałymi klientami, w tym również Stocznią Nowa wnioskodawca nadal rozliczał się w USD [k. 3].

Wnioskodawcy wiadomym jest, że obecnie usługi na rzecz Stoczni Nowa wykonuje Spółka Z. i że to właśnie ona przedstawiła wspomnianą ofertę. Jest przekonany, że odrzucenie jego warunków cenowych było skutkiem tego, że Spółka Z. walcząc o zdobycie kontraktu ze Stocznią Nowa, posłużyła się w walce konkurencyjnej cenami „dumpingowymi”, naruszając tym samym przepis art. 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji [...]. Biorąc pod uwagę stosowaną przez Spółkę Z. taryfę opłat, nie była ona w stanie, w krótkim okresie czasu, *...tak znacznie obniżyć ceny usług, bez drastycznego obniżenia swoich kosztów, zwłaszcza, że jak wynika wypowiedzi prasowych władz Zakładu Usług Żeglugowych, przeprowadzał on już niedawno bolesną restrukturyzację. Z wypowiedzi tych wynikało jasno, iż Z. nie jest gotów stawić czoła pojawiającemu się na rynku konkurentowi, gdyż poniósł już ogromne wyrzeczenia, aby ratować swoją egzystencję i nie jest w stanie ponieść nowych.*” Nie mogła ona w związku z tym, w dacie zawarcia przez wnioskodawcę umowy ze Stocznią Nowa, konkurować z nim cenami usług. Po zawarciu wspomnianej umowy dwukrotnie obniżał on ceny, *...schodząc ostatecznie do poziomu 60% swojej pierwotnej taryfy. Jest to poziom, poniżej którego przedsiębiorstwo wykonujące tego rodzaju usługi nie może zejść, jeżeli chce zachować choćby minimalną opłacalność ich sprzedaży.*” Natomiast rabaty *...na poziomie 50% stawek taryfowych dają przychód poniżej kosztów własnych, nawet uwzględniając możliwość zatrudnienia części sprzętu do innych prac.*” Z informacji jakie uzyskał wnioskodawca wynika, że Spółka Z. udziela jego byłemu klientowi (Stoczni Nowa) upustów w wysokości 60% opłat wyrażonych w USD. Oznacza to, że faktycznie stosuje stawki opłat o około 80% niższe niż określone w euro w taryfie i bez wątplenia są to stawki „dumpingowymi” [k. 4, 5].

Określone działania Spółki Z. spowodowały, że wnioskodawca (wtedy J-T Sp. z o.o.), stracił pod koniec 2003r. drugiego, bardzo ważnego klienta, którym była Szczecińska Stocznia Remontowa „Gryfia” SA. (dalej Stocznia Gryfia). Pomimo braku umowy współpraca między stronami układała się harmonijnie. W 2003r. Stocznia Gryfia podpisała stałą umowę o współpracy ze Spółką Z. i zaakceptowała propozycję podpisania takiej samej umowy ze Spółką P.. Jednakże wskutek postawionego przez Spółkę Z. warunku wyłączności na świadczenie usług, nie doszło do podpisania umowy z wnioskodawcą [k. 3].

O nadużywaniu pozycji dominującej przez Spółkę Z. świadczy również podjęta przez tę spółkę kampania medialna mająca *...na celu zdyskredytowanie spółki P.Ż., wyparcie tej firmy z jej tradycyjnego rynku – usług na rzecz szczecińskiego przemysłu stoczniowego – oraz podważenie uczciwości jej zarządu*” [k.2]. Podobną akcją Spółka Z. przeprowadziła *...wcześniej – w 1999 roku, przeciwko nowopowstałej spółce holowniczej „Baltug”, posuwając się nawet do fizycznej przemocy, dla uniemożliwienia podejścia holowników pod statek, mający odcumować w porcie szczecińskim. W rezultacie, po trzech miesiącach bezczynności, spółka Baltug zaprzestała działalności.*”[k. 2].

W ocenie wnioskodawcy, działania Spółki Z. polegające na stosowaniu dumpingowych cen i powodujące zrywanie z nim umów przez dotychczasowych kontrahentów, a także podważające zaufanie do Spółki P. i jej organów „... z całą pewnością są ukierunkowane na przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a w konsekwencji stanowią nadużycie pozycji dominującej.”[k. 5]

Po otrzymaniu wniosku P. Sp. z o.o. w S., Prezes Urzędu przeprowadził postępowanie wyjaśniające, którego celem było wstępne ustalenie, czy Z. Sp. z o.o. w S. nadużywa pozycji dominującej na rynku usług holowniczych i stosuje w rozliczeniach za usługi wykonywane na rzecz Stoczni Szczecińskiej Nowa Sp. z o.o. w Szczecinie, ceny, które można by uznać za rażąco niskie, co mogłoby wskazywać na naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji [...], w tym także, czy sprawa będąca przedmiotem sporu, ma charakter antymonopolowy.

Mając na uwadze wyniki podjętych czynności wyjaśniających, a także argumenty i materiały przedstawione przez Spółkę P. w kolejnym wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego z dnia 21 października 2004r., Prezes Urzędu wszczął w dniu 19 listopada 2004r., postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Z. Sp. z o.o. w S. pozycji dominującej na rynku usług holowniczych polegającym na stosowaniu w umowach z klientami rażąco niskich cen za usługi holownicze oraz przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku usług holowniczych, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji [...].

Spółka Z., odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego zaprzeczyła twierdzeniom wnioskodawcy, podnosząc przede wszystkim fakt, że wnioskodawca nie przedstawił żadnego dowodu na to, że doszło do naruszenia interesu publicznego przejawiającego się w zaburzeniu właściwego funkcjonowania rynku usług holowniczych. „*Konkurencja między wnioskodawcą a skarżoną spółką powoduje, że ceny usług holowniczych w portach Szczecin i Police są niskie i stabilne, i stan ten nie jest niczym zagrożony.*”[k. 52]

Według niej wprowadza on w błąd swoich kontrahentów (agentów, armatorów) podkreślając – w składanych ofertach - że ze względu na azymutalny napęd posiadanych holowników może świadczyć usługi mniejszą ich ilością, a tym samym i taniej, i że nie mają one obowiązku korzystania z usług poprzednio państwowej firmy. Informacje te w sposób oczywisty sugerują, że usługi Spółki Z. są nie tylko droższe, ale i gorzej wykonywane.

Spółka Z. przyznała, iż faktycznie posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku usług holowniczych. Nie ma ona jednakże „...żadnych możliwości prawnego ograniczenia dostępu do rynku usług holowniczych w porcie w Szczecinie czy w Policach innym przedsiębiorcom. Ma natomiast prawo bronić swojej pozycji na rynku środkami ekonomicznymi, poprzez wysoką jakość swoich usług i racjonalną politykę cenową.”[k. 52]. Spółka funkcjonuje jako samodzielny podmiot od 1991r., zaś wnioskodawca od maja 2003r., przy czym spółka dysponuje 11 holownikami, natomiast wnioskodawca 4. W tej sytuacji nierówność pozycji rynkowej wnioskodawcy i Spółki nie jest niczym niezwykłym. Wejście na rynek wnioskodawcy, jako jej konkurenta, z próbami stosowania niższych cen, jest wręcz korzystne dla nabywców usług holowniczych. Zasadniczy zarzut wnioskodawcy sprowadza się do nie popartego dowodami stwierdzenia, że Spółka Z. stosuje ceny dumpingowe w ramach kontraktu ze Stoczną Nowa, przez co Stocznia ta wypowiedziała mu umowę, pomimo stałej i długoletniej

współpracy. W ocenie Spółki Z. jest to manipulacja faktami, bowiem spółka Porta Żegluga weszła w skład holdingu stoczniowego dopiero w 2000r., podczas gdy Spółka Z. świadczy usługi na rzecz stoczni „od zawsze”, wykonując kompleksową obsługę budowy i wodowań statków i jest to dla spółki działalność rentowna. *„Statek stojący przy nadbrzeżu generuje koszty stałe, które są takie same jak wówczas, gdy statek wykonuje zadanie zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Bezpośrednim kosztem wykonywania takiego zadania jest praktycznie tylko koszt zużytego paliwa, każda zaś nadwyżka nad kosztem zmiennym pomniejsza koszty stałe, więc np. 10 - godzinna praca holownika pokrywa dobowe koszty jego utrzymania, a każda następna godzina pracy przynosi czysty dochód. Dodać wypada, że skarżona spółka utrzymuje całodobową gotowość holowników i ich załóg do pracy i całą dobę usługi wykonuje.”*[k. 54].

W jej ocenie, zarzuty, które sobie wzajemnie obie spółki holownicze stawiają, ze względu na brak znamion naruszenia interesu publicznego, winny być rozpatrywane przez sąd powszechny z powództwa o zaniechanie niedozwolonych działań, stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji.

Spółka P., uzupełniając wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego pismami z dnia 26 i z dnia 28 stycznia 2005r., podniosła, że:

- *„...Z. nie broni swojej pozycji, ale stara się wyeliminować potencjalną konkurencję, m.in. poprzez pozbawienie jej możliwości zarobkowania w małym segmencie rynku, do tej pory nieopanowanym przez Z. Stosując dumping cenowy, a nie „racjonalną politykę cenową”, Z. doprowadził do czasowego, fizycznego wyeliminowania P. z rynku.”* [k. 78].
- W sprawie doszło do naruszenia interesu publicznego, bowiem zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem, *„Nawet działania w stosunku do jednego kontrahenta mogą wypełniać przesłanki ograniczenia swobodnej konkurencji. Jak się wskazuje w orzecznictwie, Sąd w sprawie antymonopolowej ma obowiązek oceniać postępowanie przedsiębiorcy od strony skutków jakie mogą one nawet hipotetycznie, wywołać na rynku (tak wyrok SOKIK 24.03.2004r. XVII Ama 29/03 Dz. Urz. UOKIK 2004/3/309). Ochrona nie ogranicza się do sytuacji już zaistniałych lecz obejmuje istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego jako niewłaściwy, a tym samym i niedozwolony (uzasadnienie wyroku SN z 24.07.2003 I CKN 496/01 Dz. Urz. UOKIK 2004/1/283)* [k. 78],
- Zarzut stosowania cen dumpingowych nie odnosi się do umowy, którą Spółka Z. zawarła ze Stoczną Nowa w dniu 30 września 2002r. *„ Na mocy tej umowy (a wcześniej podobnych) stocznia była przez cały czas obsługiwana przez Z. w części nieobsługiwanej przez P. Przedmiotem skargi są późniejsze działania Z. w końcu 2003 i początku 2004 roku. Wtedy to stosując rabaty rzędu 50% lub więcej stawki taryfowej wyrażonej w USD (efektywny rabat do równoległe stosowanej stawki w EURO wynosi około 75%) doprowadziła do całkowitego wyparcia Project Żegluga z rynku usług portowych dla stoczni. W swoich wyjaśnieniach Z. nie odniósł się do tego zarzutu, co więcej nie przedstawił umowy, co do której istnieje zarzut stosowania cen dumpingowych* [k. 79 - 80].
- *„Świadczenie usług portowych pociąga za sobą bardzo wysokie koszty stałe. Bezpośrednie koszty ruchu, w zależności od organizacji firmy, stanowią*

niewielki procent kosztów... Twierdzenie, że po pokryciu kosztów paliwa, każda nadwyżka przynosi czysty dochód jest nieprawdziwe. Taka kalkulacja jest dopuszczalna wyłącznie w jednostkowych, szczególnych sytuacjach, np. by uniknąć przelotu balastowego. Koszty paliwa do przeciętnej operacji holowania pozostają na poziomie poniżej 10% kosztu wykonania usługi [k. 80].

W trakcie postępowania antymonopolowego wnioskodawca, w piśmie z dnia 4 kwietnia 2005r. przedstawił pytania, na które winien odpowiedzieć biegły [k. 273]. Prezes Urzędu postanowieniem Nr 452 z dnia 30 listopada 2005r. postanowił dopuścić, na wniosek P. Sp. z o.o. w S., dowód z opinii biegłego Pana F. K. ze S. , w celu ustalenia - w odniesieniu do roku 2003 i 2004 oraz do dziesięciu miesięcy 2005r. - następujących okoliczności:

1. Jakie i w jakiej wysokości koszty stałe i zmienne ponosił Z. Spółka z o.o. w S. w związku z wykonywaniem holowań portowych?
2. Jaka była relacja cen za holowania portowe w stosunku do kosztów stałych i zmiennych wykonania tej usługi przez w/w Spółkę?
3. W jaki sposób rozliczane były koszty ogólne Spółki?
4. Jak kształtowała się wysokość cen i rabatów za holowania portowe wykonywane przez Z. Spółka z o.o. na rzecz klientów:
5. a/ związanych ze Spółką umowami na wykonywanie usług holowniczych,
6. b/ pozostałych klientów (usługi świadczone na jednorazowe zlecenia)?
7. Jaki wynik uzyskał Z. Spółka z o.o. z tytułu świadczenia usług holowań portowych w okresie objętym opinią? [k. 308-309].

Postanowieniem Prezesa Urzędu Nr 122 z dnia 12 kwietnia 2006r. biegłemu okazane zostały akta postępowania antymonopolowego, prowadzonego pod sygnatura akt jw., oznaczone jako karty Nr: 1-12, 14-32, 33- 43, 47, 52-59, 63, 64-69, 78-84, 88, 159-161, 174-178, 198-199, 229-232, 236-245, 263-264, 266-277, 280-286 [k. 324].

W celu uzupełnienia materiału dowodowego do przedmiotowego postępowania, w tym również zebrania materiału niezbędnego do sporządzenia ww. opinii, w dniach od 20 kwietnia 2006r. do dnia 25 maja 2006r. w Spółce Z. przeprowadzona została kontrola, z uczestnictwem biegłego [protokół z kontroli z załącznikami k. 330 - 400, raport i opinia biegłego z załącznikami k. 406 - 430].

Na wniosek Spółki Z., postanowieniami Prezesa Urzędu Nr 276 z dnia 12 września 2006r. oraz Nr 235 z dnia 12 września 2006r. zostało ograniczone prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy dotyczącego danych finansowych Spółki Z. zawartych w raporcie i opinii sporządzonej przez biegłego oraz w protokóle z kontroli przeprowadzonej w spółce [k. 441- 450].

Na wniosek Spółki P., postanowieniem Prezesa Urzędu Nr 370 z dnia 13 grudnia 2006r., Spółce Z. ograniczone zostało prawo wglądu do materiału dowodowego w zakresie wysokości: przychodów, kosztów i wyniku operacyjnego z tytułu wykonywania usług stoczniowych (i portowych), usług holowniczych, innych wydzielonych projektów, usług pośrednictwa, agencyjnych i innych – oddzielnie dla każdego z ww. rodzajów działalności, razem dla całej działalności oraz wysokości kosztów zarządu w 2004r. i 2005r., przekazanych przy piśmie P. Sp. z o.o. w S. z dnia 30 listopada 2006r [k. 477, 478, 617-618]

Postanowieniem Prezesa Urzędu Nr 371 z dnia 11 grudnia 2006r. w poczet dowodów, w przedmiotowym postępowaniu zaliczone zostały karty postępowania

wyjaśniającego od Nr 1 do Nr 101, przeprowadzonego pod sygnaturą akt 410-14/04/06 w dniach od 18 maja 2004r. do dnia 19 lipca 2004r. [k. 511, 512-613].

Postanowieniem Prezesa Urzędu Nr 372 z dnia 13 grudnia 2006r., Spółce P. z urzędu zostało ograniczone prawo wglądu do materiału dowodowego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt jw., obejmującego treść: aneksów Nr 1, 2, 3 i 4 do umowy Nr HZ/00238-700-2002 z dnia 30.09.2002r. zawartej pomiędzy Stoczną Szczecińską Nowa Sp. z o.o. w Szczecinie a Z. Sp. z o.o. w S. [k. 551, 552, 553, 554-555]; pisma Z. Sp. z o.o. w S. z dnia 3 czerwca 2004r. w wierszu 47 dotyczącą wysokości % rabatu przyznanego Stoczni Szczecińskiej Nowa Sp. z o.o. w Szczecinie (k. 556), sprawozdania Z. Sp. z o.o. w S. F-01/I-01 do końca IV kwartału 2004r. oraz kopii faksu przesłanego w dniu 6 grudnia 2004r. do Z. Sp. z o.o. w S. w części dotyczącej nazwy nadawcy [k. 162-165,166].

Pismem z dnia 1 grudnia 2006r. Spółka Z. wystąpiła o oddalenie wniosku Spółki P. i rozważenie czy nadal - w związku z istotnymi zmianami, jakie zaszły na rynku holowań portowych od daty wszczęcia niniejszego postępowania - zajmuje ona pozycję dominującą oraz o zasądzenie od wnioskodawcy na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego w kwocie 2.160 zł. Do pisma Spółka Z. dołączyła wydruk ze strony stron internetowej firmy Fairplay, jako dowód, że wnioskodawca od rozpoczęcia działalności występuje w imieniu „*giganta, jakim na rynku usług holowniczych południowo-zachodniego Bałtyku, bo tak właśnie należałoby określić rynek właściwy, jest Fairplay Towage.*” [k. 491- 510].

Postanowieniem Nr 23 z dnia 16 stycznia 2007r. Prezes Urzędu nie uwzględnił wniosku P. Sp. z o.o. o powołanie nowego biegłego w sprawie [k. 679-680].

PREZES URZĘDU USTALIŁ, CO NASTĘPUJE:

1/ Przedmiotem działalności Spółki Z. jest między innymi: transport morski, przybrzeżny transport wodny, śródlądowy transport wodny, przeładunek towarów w portach morskich, przeładunek towarów w portach śródlądowych, przeładunek towarów w pozostałych portach przeładunkowych, obsługa żeglugi morskiej śródlądowej oraz pozostała działalność komercyjna, gdzie indziej nie sklasyfikowana. Spółka została powołana w 1991r. Przed tą datą Z. był jednostką organizacyjną Zarządu Morskich Portów Szczecin-Świnoujście SA.

[k. 410, 467- 473]

2/ Podstawowa działalność Spółki Z. skupia się na usługach holowniczych, wykonywanych w obrębie portów Szczecin i Police oraz na morzu. Przychody z usług holowniczych wykonanych w roku 2003, 2004 i 2005 stanowiły odpowiednio: 82%, 78% i 79% ogólnej wartości sprzedaży osiągniętej przez Spółkę. W tym samym okresie wpływy z holowań portowych (tzw. holowania portowe obsługa statków i tzw. holowania pozostałe) w kolejnych wymienionych latach kształtowały się na poziomie 48%, 42% i 34% całości wpływów z działalności podstawowej. Wg wyjaśnień Spółki złożonych do protokołu z kontroli, „*Pojęcie „holowania portowe pozostałe” oznacza holowania obiektów nie będących statkami np. barek, pontonów czy też usługę lodolamania. Poza holowaniami portowymi, tj. związanymi z działalnością portu, Spółka wykonuje usługi holownicze poza terenem portu, związane z budową i remontami stat-*

ków, na rzecz stoczni działających na terenie Szczecina. Usługi te nie są holowaniami portowymi i nie są rozliczane jako holowania portowe. Holowania portowe statków rozliczane są według taryfy za usługi Zakładu Usług Żeglugowych Z. w zależności od pojemności brutto statku, natomiast holowania portowe pozostałe wg stawek godzinowych (taryfa) i stawek umownych określonych na podstawie kalkulacji kosztów. Tego typu usługi wykonywane są najczęściej na rzecz innych spółek portowych w ramach kompleksowych usług powiązanych z obsługą statków wchodzących i wychodzących do i z portu Szczecin. W związku z tym opłacalność usług dodatkowych była oceniana przez pryzmat rentowności całej kompleksowej usługi.”. Wszystkie usługi holownicze wykonywane są przez Spółkę Z. na podstawie umów stałych lub jednorazowych zleceń.

[k. 340, 348, 410]

3/ Zakres działalności gospodarczej Spółki P. obejmuje organizowanie i świadczenie usług holowniczych, cumowniczych i innych, wspomagających operacje stoczniowe, portowe, przewozowe i budownictwa wodnego, odbiór, przewóz i przetwarzanie zanieczyszczeń płynnych, organizowanie i świadczenie usług przeładunkowych, pośrednictwa, agencyjnych i innych. Do m-ca października 2003r. spółka działała pod firmą „J-T” Spółka z o.o. w S.. Zmiana firmy na P. Sp. z o.o. nastąpiła na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Szczecinie z dnia 28 października 2003r. Usługi holowania spółka wykonuje w portach Szczecin i Police oraz na drodze wodnej między portami Szczecin i Świnoujście. W latach 2004-2006 Spółka P. użytkowała następujące holowniki: mt Rafał (400 KM w rezerwie, sprzedany w m-cu grudniu 2005r.), mt Serwal (800 KM), mt Serwal 2 (1970 KM), mt Serwal 3 (1370 KM), mt Serwala 4 (2350 KM, użytkowany od m-ca sierpnia 2005r. do m-ca sierpnia 2006r.) i Fairplay IX (1926 KM, użytkowany od m-ca maja 2006r.). Według samooceny wnioskodawcy jego udział w rynku w 2005r. kształtował się na poziomie 20 – 30%. Pomimo rosnącego wykonania usług holowniczych, działalność ta jest deficytowa, bowiem główny konkurent Spółki wymuszana na niej stosowanie rabatów na poziomie ponad 50% stawek taryfowych.

[k. 13 , 67, 70-73, 216, 477]

4/ Spółka Z. i Spółka P. do określonego czasu (Spółka Z. do dnia 15 lipca 2003r., Spółka P. do dnia 15 stycznia 2004r.) dokonywały obciążeń za wykonane usługi holownicze na podstawie zasad określonych w „Taryfie za usługi portu Szczecin - Świnoujście, zatwierdzonej Zarządzeniem Prezesa Zarządu Portu Szczecin - Świnoujście SA nr 8/03 z dnia 16 czerwca 1993r.” (weszła w życie z dniem 1 stycznia 2004r.) oraz w „Taryfie, zatwierdzonej przez Walne Zgromadzenie Akcjonariuszy Zarządu Morskiego Portu Szczecin-Świnoujście S.A.” z dnia 2 września 1998r. Wymienione taryfy bazowały na tzw. jednostce taryfowej (j.t), której wartość była równa 0,30 USD. Zgodnie z zapisami taryfy z 1994r., jak i 1998r., holowanie i cumowanie należy do usług statkowych. Wysokość opłaty za holowanie lub asystę wykonywaną przez jeden holownik wyznaczała w ww. taryfach ilość jednostek taryfowych przypisanych do określonego V statku, tj. jego pojemności rejestrowej brutto (§ 77 ust. 3 taryfy z 1994r., § 8 ust. 3 taryfy z 1998r., w obu taryfach kolumna A tabeli). W taryfach określone zostały trasy, na których opłaty za holowania pobierane są w wysokości określonej w kolumnie A oraz przypadki, w których za pracę wyko-

nywaną przez holownik należało pobierać opłaty wg stawek tak, jak za holowania na trasie, tzn., wg stawek z kolumny A wraz z odpowiednim dodatkiem lub zniżką (§ 78 ust. 3 taryfy z 1994r. i § 9 ust. 4 taryfy z 1998r.). Były to usługi polegające na: holowaniu statku wzdłużnego tego samego nadbrzeża, lub tym samym basenie, przeholowaniu statku z basenu do basenu, obracaniu statku przy tym samym nadbrzeżu, holowaniu lub przeholowaniu statku nie używającego własnych maszyn, dopychaniu do nadbrzeża statku zacumowanego uprzednio przy burcie innego statku stojącego przy nadbrzeżu, holowaniu lub przeholowaniu w okresach lodu. Stawki z kolumny A były również pobierane w sytuacjach, gdy zamówienie na holownik zostało odwołane po upływie 2 godzin po skierowaniu go do manewru, za holowanie lub asystę przerwana i dalej nie kontynuowaną oraz za czekanie holownika z winy statku trwające ponad 30 minut.

W obu taryfach określone były również ilości jednostek taryfowych przypisane do określonej mocy holownika, na podstawie których obliczane były stawki godzinowe, za każdą rozpoczętą godzinę pracy sprzętu/taboru.

[k. 33-43]

5/ Z dniem 1 lipca 2003r. Spółka Z. wprowadziła i nadal stosuje, własną taryfę, w której wartość 1 jednostki taryfowej równa jest 0,30 euro i w której tabela zawierająca zestawienie ilości należnych jednostek taryfowych za holowanie statku o określonej pojemności jest taka sama, jak w taryfie portowej z 1998r. Taryfa stanowi, że zawarte w niej opłaty - za wynajem jednostek pływających, za usługi statkowe (holowania, cumowania) oraz opłaty dodatkowe - obowiązują w przypadkach, gdy strony umawiające się o wykonanie usługi, nie uzgodniły inaczej. Po wprowadzeniu własnej taryfy Spółka Z. nadal rozlicza się w USD z kontrahentami, z którymi zawarła umowy rozliczane w oparciu o tę walutę (PUP Elewator Ewa Sp. z o.o. w Szczecinie, Euroafrica Sp. z o.o. w Szczecinie do 31.12.2004r., tj. do czasu rozwiązania umowy, Stocznia Szczecińska Nowa Sp. z o.o., Szczecińska Stocznia Remontowa GRYFIA S.A.). Według jej wyjaśnień utrzymanie rozliczeń w USD ze stoczniami wynika z faktu, że w tej walucie rozliczają się one ze swoimi klientami i nie zaakceptowałyby zmiany waluty rozliczeniowej..

[k. 257-262, 228]

6/ Spółka Z., na dowód, że stosowane przez nią opłaty za portowe usługi holownicze nie są cenami rażąco niskimi, przedstawiła do materiału dowodowego sprawozdanie F - 01 za IV kwartał 2004r. oraz kalkulację wynikową kosztów obsługi (stałych i zmiennych) statku mv „Marines” przy wykorzystaniu 3 holowników i łącznym czasie pracy 18 godzin. Według niej to Spółka P. stosuje ceny rażąco niskie, bowiem oferowała Stocznia Nowa zmniejszenie ilości zatrudnionych holowników, co spowodowałoby obniżenie kosztów usługi o 50% oraz dodatkowo 60% rabat od cen usług wyrażonych w USD. Czyniła to w czasie, kiedy już od półtora roku Spółka Z. miała umowę zawartą z tą Stocznia. Wnioskodawca przejął do obsługi holowniczej Euroafrica Linie Żeglugowe Sp. z o.o. w Szczecinie, długoletniego kontrahenta Spółki Z., z którym rozliczała się ona w USD i któremu, niezależnie od przyznanego 40% rabatu, nie naliczała dodatków świątecznych. Jest oczywistym, że musiał on zatem zaproponować znacznie korzystniejsze warunki finansowe, oparte na stawkach niższych niż stosowane przez Spółkę Z.

[k. 162-165, 165a, 167-168, 190, 191].

7/ Spółka Z. wykonywała usługi holownicze i dźwigowe na rzecz Grupy Stoczni Szczecińska Porta Holding na podstawie umowy z dnia 5.05.2000r. zawartej z Porta Żegluga Szczecińska Sp. z o.o. na okres 5 lat. W umowie ustalono, że od cen taryfowych za usługi holownicze wykonywane w obrębie Stoczni Szczecińskiej, portu Szczecin i za inne usługi holownicze stosowany będzie rabat w wysokości 40%. Ponadto umowa przyznawała Spółce Z. wyłączność na usługi wykonywane dźwigiem pływającym DP-ZPS-Ś-3 (przy ciężarze powyżej 60 t) oraz prawo pierwszeństwa przy negocjowaniu stawek na obsługę holowniczą w pozostałych spółkach holdingu stoczniowego. Umowa ta uległa rozwiązaniu z dniem 31 marca 2002r. po wypowiedzeniu złożonym przez Spółkę Z., bowiem z dniem 1 listopada 2001r. Porta Żegluga Sp. z o.o. przestała regulować należności za wykonywane usługi, nie spłacała powstałego zadłużenia i nie reagowała na kolejne w tej sprawie pisma Spółki Z.

[k. 556-558, 464, 465].

8/ W dniu 30.09.2002r. Spółka Z. zawarła umowę ze Stoczną Nowa (Nr HZ/00238-7-2002) na świadczenie usług transportu wodnego (usługi holownicze, dźwigowe, transportowe), przy zachowaniu wyłączności na wykonywanie usług dźwigiem pływającym DP-ZPS-Ś przy ciężarach powyżej 60 ton. Ustalony w umowie rabat za usługi holownicze wynosił 20%. Umowa ta obowiązuje nadal w wersji zmienionej kolejnymi aneksami od Nr 1 do Nr 4. W efekcie zmian dokonanych w ww. umowie, rabat na usługi holownicze został ustalony na poziomie [**pkt 1 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 372 z dnia 13 grudnia 2006r.**] % wg stanu na dzień [**pkt 2 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 372 z dnia 13 grudnia 2006r.**]

[k. 55 – 57, 551, 552, 553, 554-555]

9/ Spółka Z., odnosząc się do stanowiska wnioskodawcy dotyczącego kosztów pracy holowników oświadczyła, że „ *Nieprawdą jest, że koszty stałe świadczenia usług portowych są bardzo wysokie. Koszty stałe nie dotyczą przede wszystkim świadczenia usług, lecz utrzymania jednostek w gotowości ich świadczenia. Do kosztów świadczenia usług zaliczona być może tylko część kosztów stałych, przypadająca na czas trwania usługi. Jak wynika z przedstawionej przez uczestnika kalkulacji, udział kosztów stałych, proporcjonalnie do czasu wykonywania usługi, jest minimalny, nawet nieco niższy niż kosztów zmiennych, czyli wartości zużytego paliwa. ...Problem w tym, ile usług w okresie rozliczeniowym uda się wykonać, bo chociaż do kosztów kilkugodzinnej pracy holownika nie można zaliczyć kosztów jego utrzymania przez dobę lub tydzień, to w praktyce suma otrzymanych za usługi wynagrodzeń musi w okresie rozliczeniowym pokryć koszty stałe i zmienne poniesione w tym okresie i dopiero porównanie tych wielkości pozwala na stwierdzenie, czy ceny usług zostały właściwie skalkulowane, a polityka rabatowa jest prawidłowa. Takim właśnie porównaniom w skali roku obrotowego jest sprawozdanie finansowe, a w skali kwartału sprawozdanie F-01.*”.

[k. 168]

10/ Spółka P., pierwszy własny cennik, opracowany podstawie ww. taryf portowych, wprowadziła z dniem 15 stycznia 2004r. (Portowa Taryfa Holownicza dla portów Szczecina i Polic). Wartość jednostki taryfowej („Tarrif Units” -T.U.) została nim ustalona na poziomie 0,30 EURO. W taryfie określone zostały ilości jednostek taryfowych za holowania statków o określonej pojemności (na poziomie takim samym, jak w taryfie portowej z 1998r., przeliczone dodatkowo na euro) na wskazanych trasach, wysokość dodatków doliczanych do holowań i udzielanych zniżek oraz ilość jednostek taryfowych za holowania wykonywane przez holownik o określonej mocy, stanowiących podstawę do obliczania stawek godzinowych, za usługi nie wymienione w taryfie. Po opublikowaniu własnej taryfy, w odniesieniu do stałych kontrahentów, do których należała także Stocznia Szczecińska „Nowa”, wnioskodawca utrzymał dotychczasowe stawki w wyrażone w USD. *„Aby uniknąć wpływu zmieniających się przepisów na kalkulowanie kosztów holowań, wyeliminować możliwe nieporozumienia i ułatwić liczenie kosztów holowania”* poprzednio obowiązująca taryfa (z dnia 15 maja 2004r.) została zmieniona z dniem 1 października 2005r. w ten sposób, że wprowadzono do niej mnożnik stawki podstawowej za holowania zależny od długości statku .

[k. 3, 9-12, 100-103, 483-486, 487-490].

11/ Odpowiadając na wezwanie Prezesa Urzędu Spółka P. wyjaśniła, że z powodu braku szczegółowych informacji dotyczących działalności Spółki Z. (w tym danych finansowych za 2004r.), nie jest w stanie bezpośrednio wykazać, że stosuje ona ceny rażąco niskie. Jednakże bazując na informacjach z 2002 i 2003r. ocenia ona, że rentowność usług holowniczych wykonywanych przez Spółkę Z. przy minimalnych, sięgających 10% rabatów, była bliska 0. W tej sytuacji udzielanie 50% i wyższych rabatów powoduje, iż jest to bezsprzecznie działalność prowadzona poniżej kosztów, tym bardziej, że zważywszy na różnice kursowe pomiędzy USD i euro, rabaty udzielane Stoczni Nowa faktycznie pozostają na poziomie 70% stawek taryfowych. Koszty przyjęte do kalkulacji przedstawionej przez Spółkę Z. są nierynkowo niskie i może je uzasadniać jedynie dzierżawa taboru od Zarządu Portu Szczecin. Kalkulacja przedstawiona przez Spółkę Z. jest błędna, bowiem opiera się na założeniu, że holowniki pracują w porcie całą dobę. Jakkolwiek ocena wykorzystania holowników w porcie szczecińskim jest trudna, to na pewno nie przekracza ono 20%. Z natury rzeczy, w cenę usługi holowniczej musi być wliczony czas gotowości, stąd wysokie taryfowe ceny usług i stosunkowo mała rentowność, czego dowodem jest zestawienie wielkości przychodów Spółki Z. z tytułu holowań portowych i holowań morskich, wykazanych w sprawozdaniach finansowych z estymowanymi kosztami holowań portowych, które wnioskodawca określił na podstawie stosunku przychodów z holowań portowych do przychodów z holowań ogółem.

[k. 233, 236]

12/ Zawierając umowę ze Stoczną Nowa w 2003r. Spółka P. dysponowała 2 holownikami odkupionymi od Porta Żegluga Sp. z o.o. w upadłości. W m-cu styczniu 2004r. jej flota powiększyła się o następne dwa, wycarterowane holowniki. W latach 2004-2006 wnioskodawca wykonywał usługi holownicze przy użyciu 6 holowników: mt Rafał (400 KM, pozostawał w rezerwie, sprzedany w m-cu grudniu 2005r.), mt Serwal (800 KM), mt Serwal 2 (1970 KM),

mt Serwal 3 (1370 KM), mt Serwal 4 (2350 KM, wykorzystywany od m-ca sierpnia 2005 do m-ca sierpnia 2006r.) i mt Fairplay (1926 KM , wykorzystywany od m-ca maja 2006r.). Przychody ze sprzedaży portowych usług holowniczych w 2004r. i 2005r. wyniosły odpowiednio [**pkt 3** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 370 z dnia 13 grudnia 2006r.] zł i [**pkt 4** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 370 z dnia 13 grudnia 2006r.] zł. Spółka nie dysponuje pełnymi danymi dotyczącymi przychodów ze sprzedaży holowań portowych w 2003r. Jak podała „Usługi holownicze są systematycznie rozwijane lecz ze względu na wymuszane przez konkurenta rabaty, sięgające powyżej 50% stawek taryfowych są nadal deficytowe, nawet przy osiągnięciu znacznego udziału w rynku (w 2005 roku około 20-30%)”.

[k. 83, 476]

13/ Z informacji przedstawionych przez Wnioskodawcę wynika, że Porta Żegluga Sp. z o.o., która powstała w 1999r., specjalizowała się w obsłudze przemysłu stoczniowego. Na podstawie umów zawartych przez tę Spółkę ze Stoczną usługi holownicze obejmowały: przeholunki statków w rejonie nadbrzeży Stoczni Szczecińskiej, portu i SSR „Gryfia, dokowania statków, obsługę statków związaną z próbami morskimi, transport ludzi na dok na pokładzie holowników lub barką, transport materiałów, holowanie barki materiałami, holowanie drobnego sprzętu (różnego rodzaju pontony i barki). Usługi te były rozliczane wg stawek godzinowych z uwzględnieniem 25% rabatu. Rabat ten został w 2003r. zmniejszony do 21%, ale jednocześnie zaprzestano naliczania stoczni dodatków za pracę w niedziele i święta.

[k. 6, 111-114, 115-123, 577-587]

14/ Umowa między J-T Sp. z o.o. i Stoczną Nowa na świadczenie usług transportu wodnego i obsługi portowej została zawarta w dniu 15.05.2003r. Zgodnie z jej warunkami, usługi holownicze miały być rozliczane według stawek godzinowych, z uwzględnieniem rabatu ustalonego na poziomie 21%, bez naliczania dodatków świątecznych. Umowa ta uległa rozwiązaniu z dniem 10.01.2004r. wskutek wypowiedzenia dokonanego przez Stoczną Nowa pismem z dnia 10.12.2003r.

[k. 14 -20, 104-110].

15/ Spółka P. (poprzednio J-T Sp. z o.o.), jeszcze przed rozwiązaniem umowy, pismem z dnia 6.11.2003r., a następnie pismem z dnia 21.01.04 poinformowała Stoczną Nowa o możliwości obniżenia cen, deklarując obniżenie stawek holowniczych do poziomu 60% taryfy portowej wyrażonej w USD, zaznaczając, że propozycja kontraktu winna być traktowana jako kompleksowa i niepodzielna oferta współpracy. Przedstawiła również projekt umowy z dnia 12.01.2004r. na dalsze świadczenie usług wraz z aneksem, z którego wynika, że stawki „Za usługi holownicze będą stosowane stawki godzinowe wymienione w Taryfie Portowej (obowiązującej z dnia 01.01.1994r. z poprawkami z dnia 01.09.1998r.) z uwzględnieniem 40% rabatu za każde rozpoczęte pół godziny pracy holowników, nie doliczając kosztów dojazdu i powrotu do miejsca postoju jednostek”.

[k. 21, 25-31, 536]

16/ W okresie od dnia 15 maja 2003r. do dnia 10 stycznia 2004r. Stocznia Nowa miała zawarte umowy na m.in. usługi holownicze zarówno z wnioskodawcą, jak Spółką Z. Wykorzystując sytuację/walkę między ww. spółkami holowniczymi, niemalże w tym samym czasie wystąpiła do nich z pismami (do Spółki Z. w dniu 4.02.2004r., do Spółki P. w dniu 18.02.2004r.) o zbliżonej treści, informując je, że *„...uzyskała na rynku niższą ofertę cenową w zakresie usług holowniczych niż dotychczas oferowana..”* i że w związku z tym prosi o *„... przesłanie nowej oferty cenowej zakresie świadczenia usług holowniczych na rzecz Stoczni Szczecińskiej Nowa.”*

[k. 32, 58]

17/ Akweny portowe i tory wodne użytkowane przez Stocznnię Nowa i Stocznnię Gryfia znajdują się w granicach administracyjnych portu morskiego w Szczecinie, określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 21 czerwca 2005r. w sprawie ustalenia granic portów morskich w Szczecinie, Świnoujściu i Policach od strony lądu (Dz.U. Nr 119, poz. 1010).

[k.474]

18/ Zasady wykonywania usług holowniczych w każdym polskim porcie morskim, w tym również dotyczące ilości holowników, które winny być użyte do określonego holowania, wyznaczają/określają przepisy portowe wydawane przez właściwe urzędy morskie. W odniesieniu do portów Szczecin, Police i Świnoujście jest to zarządzenie Nr 4 Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 17 września 2002r. (jedn. tekst : Dz. Urz. Województwa Zachodniopomorskiego Nr 56 z 2005r., poz. 1276). Stanowi ono, że nadzór nad bezpieczeństwem żeglugi w wymienionych portach, w tym również na akwenach/basenach/torach wodnych użytkowane przez Stocznnię Nowa i Stocznnię Gryfia, w przypadku holowań wykonywanych przy dokowaniach/wydokowaniach oraz w trakcie prac wykonywanych przy nadbrzeżach stoczniowych, sprawuje Kapitan Portu Szczecin. W przypadku przeholunków statków bez własnego napędu wymagana jest każdorazowa zgoda Kapitana Portu oraz określenie przez niego warunków zgodnie z § 19 ust. 1 oraz § 45 ust. 1 ww. zarządzenia. Generalnie, korzystanie z usług holowniczych - dla statków o określonych parametrach technicznych (w tym statków bez własnego napędu) - jest w porcie obowiązkowe. Do kapitana portu należy decyzja o tym, czy statek zostanie zwolniony z holowania lub z jakiej formy holowania będzie korzystał (holowania na linie lub asysta holowników) oraz czy możliwe będzie, ze względu na warunki meteorologiczne, wykonywanie usług holowniczych na rzecz stoczni. Wyłącznie do niego należy decyzja o zmniejszeniu ilości holowników lub o ewentualnym zwolnieniu z obowiązku holowania statku o pojemności większej niż dozwolona w przepisach portowych, jeżeli samodzielne manewrowanie statku w porcie (wejście, przemieszczanie w basenie portowym, wyjście) nie zagrazi bezpieczeństwu w porcie. Przepisy omawianego zarządzenia stanowią, że to agent w imieniu armatora - a nie właściciel holownika - występuje do administracji morskiej z wnioskiem o zmniejszenie liczby holowników do obsługi statków. Po uzyskaniu zgody, zamawia taką ich ilość, jaka jest potrzebna do wykonania usługi.

[k. 171, 225, 226, 461]

19/ Z odpowiedzi uzyskanych od firm holowniczych prowadzących działalność w portach: Świnoujście (PORT-HOL S.A.), Gdańsk (Przedsiębiorstwo

Usług Portowych i Morskich „WUŻ” Sp. z o.o) i Gdynia (WUŻ Przedsiębiorstwo Usług Żeglugowych i Portowych Gdynia Sp. z o.o.) wynika, że pomimo braku barier formalno-prawnych, nie są one zainteresowane stałym świadczeniem usług holowniczych w innych portach. Zmniejszająca się ilość zawinięć statków do portów, jak i coraz częstsze zwolnienia statków z obowiązku korzystania z usługi holowniczej, powodują, że posiadany przez nich tabor pływający nie jest w pełni wykorzystywany (np. w porcie w Świnoujściu wykorzystanie holowników pozostaje na poziomie 60%). Inne porty nie są więc dla nich bardziej atrakcyjne ekonomicznie, bowiem przy małym ruchu statków, nawet wzrost cen nie zrównoważyłby kosztów całodobowego utrzymania holowników w gotowości. Rachunek ekonomiczny decyduje o tym, że tylko wzrost popytu na usługi holownicze i wzrost cen za ich wykonanie, byłby czynnikiem przemawiającym za poczynieniem inwestycji związanych z rozszerzeniem geograficznego zasięgu wykonywanych holowań. Wszystkie wymienione firmy oceniły swoją pozycję na lokalnych rynkach holowań portowych jako dominującą.

[k. 263-264, 265-266, 267-270, 274-276]

20/ W portach Szczecin i Police holowania portowe wykonuje także Stocznia Gryfia. Nie jest ona zainteresowana świadczeniem usług holowniczych na innych rynkach, bowiem jest nastawiona przede wszystkim na obsługę własnej firmy - holowania dla statków podstawianych do remontu wykonuje w granicach 70-80%. Zlecenia zewnętrzne przyjmuje sporadycznie, głównie w formie asysty przy wprowadzaniu/wyprowadzaniu statków wchodzących do remontu lub wychodzących ze stoczni po remoncie. Stocznia posługuje się taryfą portową z 1998r., udzielając rabatów w granicach 15 – 20% lub negocjuje ceny usług. Na rzecz Spółki Z. Stocznia wykonuje usługi remontowe i holownicze.

[k. 66, 263-264]

21/ W swoim raporcie i opinii biegły stwierdził następujące fakty:

- Według stanu na koniec 2005r. holowania portowe wykonywało 11 holowników, z czego 5 było własnością Spółki Z. (Tryton, Gladiator, Goliat, Cyklop i Zeus), zaś pozostałych 6 (Kornel, Kuguar, Hermes, Mocny, Amon, Arion) było odpłatnie wypożyczanych z Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. Od 2004r. zaprzestały działalności holowniki Karol (wyłączony z eksploatacji) i Wulkan (sprzedany). Koszty wynajmu urządzeń technicznych od ZMPSiŚ S.A. wyniosły w roku 2003, 2004 i 2005 odpowiednio: [**pkt 5 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.**] zł.
- Dla każdego z holowników posiadanych przez Spółkę Z., zwyczajowo prowadzona jest ewidencja przychodów, kosztów oraz uzyskanego wyniku. W ramach zaś dalszego podziału wspólnych dla całego przedsiębiorstwa kosztów rodzajowych [tj. kosztów: amortyzacji, zużycia materiałów i energii, usług obcych (w tym dzierżawy środków trwałych), wynagrodzeń, świadczeń na rzecz pracowników, podatków i opłat oraz pozostałych kosztów], koszty kalkulacyjne dzielone są na: holowania morskie, holowania portowe, holowania portowe pozostałe i inne usługi portowe. Udział kosztów ogólnozakładowych w

łącznych kosztach holowań portowych wynosił w 2003r., 2004r. i 2005r. odpowiednio: **[pkt 6 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]** % .

[k. 414]

- Koszty stałe holowań portowych pozostawały w badanym okresie na poziomie 75% - 81% kosztów holowań portowych ogółem. Oceny kształtowania się kosztów stałych i zmiennych z tytułu holowań portowych biegły dokonał – opierając się na klasyfikacji stosowanej przez Spółkę Z. - na podstawie kosztów pracy wybranych trzech holowników (Hermes, Mocny i Goliat; zał. 3a do opinii biegłego). Poszczególne pozycje kosztów holowań portowych zostały wyodrębnione z kosztów holowań ogółem metodą wskaźnikową (stosunek kosztów holowań portowych do kosztów usług holowniczych ogółem).

[k. 412]

- W kolejnych latach badanego okresu Spółka, przy nieznacznym wzroście obrotów w badanym okresie, wykazywała równocześnie zmniejszający się zysk operacyjny, przy wypracowanym zysku brutto z holowań portowych w wysokości wynoszącej **[pkt 7 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]** zł w 2003r., **[pkt 8 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]** zł w 2004r. i **[pkt 9 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]** zł w 2005r.

[k. 417]

- Rentowność brutto sprzedaży usług holowniczych (holowania portowe obsługa statków i holowania portowe pozostałe) wyniosła **[pkt 10 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]**% w 2003r., **[pkt 11 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]**% w 2004r. i **[pkt 12 załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]**% w 2005r. W jego ocenie na wysokość wyniku w 2005r. wpływ miały koszty remontu klasowego holownika Goliat w kwocie **[pkt 13 załącznika nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.]** zł, zaliczone przez Spółkę Z. do kosztów tzw. holowań portowych pozostałych.

[k. 415-416, 417].

- W latach 2003 – 2005 armatorom/kontrahentom związanym ze Spółką Z. umowami stałymi udzielane były rabaty od cen taryfowych mieszczące się w granicach od 10% do 45%. Stocznia Nowa udzieliła rabatu w wysokości stawek wynegocjowanych przez ówczesną Spółkę "Porta Żegluga". Spółka Z. nie dysponuje dokumentem określającym zasady udzielania upustów od cen taryfowych. Ze złożonych przez nią wyjaśnień wynika, że stosowana przez nią polityka rabatowa była „kształtowana przez lata praktyki w indywidualnych kontaktach z kontrahentami. O wysokości udzielanych rabatów decyduje wielkość obrotów z danym kontrahentem. ...nie wszystkim kontrahentom Spółki udzielono dotychczas rabatów. Nie są nią objęci ci armatorzy, którzy o taki rabat nie występowali. Dotyczy to głównie usług wykonywanych na rzecz statków zawijających do portu Szczecin sporadycznie lub wręcz jednorazowo. Nie wystąpiła sytuacja kiedy armatorowi odmówiono rabatu, ewentualne negocjacje dotyczyły tylko jego wysokości.”
[k. 341, 415].
- Dane finansowe, w oparciu o które biegły sporządził raport i opinię, zawarte są w następujących załącznikach:

 - Załącznik Nr 1 - Wykonanie sprzedaży i wyniku finansowego z całokształtu działalności za okres styczeń – grudzień 2005r. (w tym zysk brutto); wpływy, koszty i wynik odrębnie dla holowań morskich, holowań portowych obsługa statków, holowań portowych pozostałych
 - Sprzedaż i koszty usług holowniczych w 2005r. ogółem oraz pozostałej działalności podstawowej (w tym zysk brutto),
 - Załącznik Nr 2 - Holowanie portowe i pozostałe w latach 2003 – 2005; wpływy, koszty i wynik odrębnie dla każdego z holowników (Karol, Kornel, Kaguar, Tryton, Gladiator, Hermes, Mocny, Wulkan, Goliat, Cyklop, Zeus, Amon i Arion),
 - Załącznik Nr 3 - Koszty kalkulacyjne w układzie rodzajowym w latach 2003 – 2005 - holowniki Hermes, Mocny i Goliat oraz koszty ogółem wymienionych holowników z rozbiorem na holowania portowe i holowania morskie,
 - Załącznik Nr 3a - Koszty w układzie kalkulacyjnym, z podziałem na koszty stałe i zmienne, holowań portowych w latach 2003 – 2005 dotyczące holowników Hermes, Mocny i Goliat
 - Załącznik Nr 5 - Wykonanie sprzedaży i wyniku finansowego z całokształtu działalności za okres styczeń – grudzień 2003r.; wpływy, koszty i wynik odrębnie dla holowań morskich, holowań portowych obsługa statków, holowań portowych pozostałych
 - Sprzedaż i koszty usług holowniczych w 2003r. ogółem oraz pozostałej działalności podstawowej (w tym zysk brutto),
 - Załącznik Nr 6 - Wykonanie sprzedaży i wyniku finansowego z całokształtu działalności za okres styczeń – grudzień 2004r.; wpływy,

koszty i wynik odrębnie dla holowań morskich, holowań portowych obsługa statków, holowań portowych pozostałych.

- Sprzedaż i koszty usług holowniczych w 2004r. ogółem oraz pozostałej działalności podstawowej (w tym zysk brutto),

[k.419 – 430]

22/ Ustosunkowując się do opinii biegłego wnioskodawca stwierdził, że nie została ona sporządzona w sposób prawidłowy, „... w związku z czym wnioski tej opinii są nieuzasadnione”. Wnosi on zatem o powołanie nowego biegłego. Przedstawiając analizę dowodzącą błędnego rozumowania przedstawionego w raporcie i opinii, podniósł on dodatkowo, że:

- Ocena kosztów stałych i zmiennych została wykonana na przykładzie kosztów pracy tylko 3 holowników, bez uwzględnienia, że holowniki te są wykorzystywane w różnych proporcjach do holowań portowych i holowań morskich. Ocenie winny być poddane wszystkie holowniki lub holowniki reprezentujące poszczególne grupy. W opinii podano, że koszty remontów klasowych rozliczane są w ciągu 1 roku, a nie przez 5 lat obowiązywania klasy.
- Dane z tabeli zamieszczonej na s. 6 opinii nie pokrywają się z danymi z Informacji dodatkowej i Sprawozdania Zarządu za 2003r. złożonej przez Spółkę Z. do Krajowego Rejestru Sądowego – różnice sięgają rzędu 10%.
- Na s. 10 opinii biegły stwierdził, że współpraca Spółki Z. ze Stoczną Nowa sprowadza się wyłącznie do świadczenia usług związanych z budową statków, a nie holowaniami portowymi stanowiącymi przedmiot raportu i opinii biegłego. Stwierdzenie to jest nieprawdziwe, bowiem „... większość usług świadczonych stoczniom przez firmy holownicze w związku z budową statków sprowadza się do holowań statków budowanych na stoczni w trakcie wodowań, przeholunków statków między nadbrzeżami, odcumowaniach/zacumowaniach i asystach w drodze na morze podczas prób morskich, przeholunków małych obiektów takich jak pontony, barki, rusztowania pływające itp. Są to wszystko usługi holownicze, różniące się od holowań portowych jedynie tym, że są wykonywane bez korzystania z maszyn holowanych statków, w trudniejszych warunkach niż normalne holowania statków zawijających do portu w celach handlowych.”
- Niezgodne jest z rzeczywistym stanem stwierdzenie zawarte na str. 10 opinii biegłego, że rabaty wynegocjowane dla Stoczni Nowa były na poziomie rabatów uprzednio wynegocjowanych przez Porta Żegluga Sp. z o.o. Poprzednik prawny wnioskodawcy – Porta Żegluga posiadała umowę ze Spółką Z., jako podwykonawcą, w której rabat na usługi holownicze był ustalony na poziomie 40% stawek taryfowych określanych w USD.
- Skoro klasyfikacja i kwalifikacja kosztów nie była przedmiotem badań biegłego (s. 11 opinii), to bezpodstawne jest jego stwierdzenie, że holowania morskie były deficytowe. Ponadto pozostaje ono w sprzeczności z oświadczeniami Zarządu Spółki Z. w sprawozdaniu za 2003r., w którym Zarząd ten „... wskazuje, że od 2002r. stara się

zwiększać udział holowań morskich właśnie aby polepszyć wyniki spółki."

- Specyfika usług holowniczych (holowniki winny pozostawać w ciągłej dyspozycji do wykonania usług na żądanie agenta statku zawijającego do portu, bowiem kilkugodzinne opóźnienie obsługi statku jest warte więcej niż koszt obsługi holowniczej jego wejścia i wyjścia razem) powoduje, że koszty stałe ich wykonania winny się rozkładać równomiernie zarówno na czas trwania usługi, jak i ich pozostawania w gotowości. Inne naliczenie, a taką metodę biegły zastosował, prowadzi do fałszywych wniosków na temat rentowności poszczególnych rodzajów usług, a w efekcie do zafałszowania obrazu rentowności kontraktu ze Stoczną Nowa przy oferowanych stawkach.
- Holowania morskie są wysoce rentowne. W ramach swojej grupy Spółka P. nie zajmuje się tymi holowaniami ze względu na konieczność pozostawiania 4 posiadanych przez nią holowników (bazujących w porcie Szczecin) w gotowości do wykonywania zadań portowych.

[k. 624 – 626].

MAJĄC NA UWADZE ZGROMADZONY MATERIAŁ DOWODOWY, PREZES URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Istotą praktyki ograniczającej konkurencję, do której odnosi się zakaz zawarty w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji [...], jest bezprawne wykorzystanie przez przedsiębiorcę siły rynkowej, jaką daje mu odpowiednio wysoki udział w rynku właściwym w celu ograniczenia samodzielności pozostałych uczestników obrotu oraz przymuszenia ich do funkcjonowania na rynku w warunkach narzuconych, z reguły mniej korzystnych, niż te, które panowałyby na rynku konkurencyjnym.

Aby dowieść, że przedsiębiorca objęty postępowaniem antymonopolowym naruszył art. 8 ustawy o ochronie konkurencji [...] niezbędnym jest wykazanie, że w sprawie, której postępowanie to dotyczy, spełnione zostały łącznie następujące przesłanki:

- miało miejsce naruszenie interesu publicznoprawnego,
- przedsiębiorca poddany postępowaniu posiada pozycję dominującą na rynku właściwym,
- przedsiębiorca ten nadużywa pozycji dominującej na rynku właściwym w sposób zakazany art. 8.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Spółce Z. postawiony został zarzut nadużywania pozycji dominującej na rynku usług holowniczych przejawiający się w narzucaniu nieuczciwych, rażąco niskich cen za usługi holownicze oraz przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, co może wskazywać na naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji [...].

INTERES PUBLICZNOPRAWNY.

Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym, a w tym trybie toczy się postępowanie antymonopolowe przed Prezesem Urzędu, nie jest pojęciem jednolitym ani stałym i jako taki nie został zdefiniowany w ustawie antymonopolowej ani też jednoznacznie określony w orzecznictwie, jakkolwiek wielokrotnie był przedmiotem interpretacji Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sądu Apelacyjnego oraz Sądu Najwyższego.

Kwestię poszanowania interesu publicznego w obrocie gospodarczym należy zawsze rozpatrywać w ścisłym związku z zasadą swobody podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej oraz reguł konkurencji, w oparciu o które rynek ma funkcjonować. Nie każde jednakże zachowanie przedsiębiorcy, niezgodne z zasadami gry rynkowej, jest przejawem naruszenia interesu publicznego. Jest on zagrożony jedynie wówczas, gdy poddane ocenie/kwestionowane działania godzą w podstawowe zasady, na których opiera się gospodarka wolnorynkowa.¹ Rynek może funkcjonować prawidłowo tylko wtedy, kiedy zapewniona jest na nim możliwość powstania i rozwoju konkurencji. *„Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu uznać należy jedynie te działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacje pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki.”*². W każdej rozpatrywanej sprawie interes publiczny winien być konkretyzowany i ustalany odrębnie.³

Dowody i argumenty przedstawione przez Spółkę P. we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz wyniki postępowania wyjaśniającego, pozwalały na domniemanie, że w sprawie będącej przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia mogło dojść do naruszenia interesu publicznego wskutek nadużywania przez Spółkę Z. pozycji dominującej. Narzucanie cen za holowania, co do których istniało podejrzenie, że są one rażąco niskie, dawało możliwość - przedsiębiorcy, któremu postawiono taki zarzut - nie tylko przejęcia części rynku obsługiwanego dotychczas przez Spółkę P., ale również skutecznego zniechęcenia potencjalnych konkurentów/firm holowniczych do wejścia na ten rynek.

Wszczynając przedmiotowe postępowanie Prezes Urzędu nie podzielił stanowiska Spółki Z., że w sprawie będącej przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia interes publiczny nie został zagrożony. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004r., jeżeli określonymi działaniami rynkowymi poszkodowany został konkretny przedsiębiorca, a działania te mogą być oceniane jako praktyki zakazane przepisami ustawy o ochronie konkurencji [...] oraz wywoływać skutki stosowania takich praktyk, wówczas naruszenie interesu indywidualnego przedsiębiorcy nie wyklucza możliwości równoczesnego uznania, że został naruszony interes publiczny.⁴ W tych okolicznościach podjęcie przez organ antymonopolowy działań przewidzianych ustawą o ochronie konkurencji [...] było w pełni uzasadnione.

¹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI Wydział Cywilny z dnia 6 września 2006r. sygn. akt VI ACa 196/06

² Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001r., sygn. akt I CKN 1217/98

³ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 5 grudnia 2001r. sygn. akt XVII Ama 8/01; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2003r. sygn. akt I CKN 523/01.

⁴ Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004r. sygn. akt III SK 2/04

RYNEK WŁAŚCIWY

Punktem wyjścia do ustaleń dotyczących siły (pozycji) rynkowej skarżonego przedsiębiorcy i oceny, czy dopuścić się on naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji [...] jest ustalenie rynku właściwego, dokonywane każdorazowo dla potrzeb konkretnego postępowania toczącego się przed Prezesem Urzędu. Zgodnie z art. 4 ust. 8 ustawy o ochronie konkurencji [...] przez rynek właściwy rozumie się *„rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”*.

Rynek ten wyznacza zatem płaszczyznę współzawodnictwa/granice konkurowania przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym.⁵ Stąd też podstawowe znaczenie, z punktu widzenia konkurencji i interesów uczestników rynku, ma określenie jego przedmiotowego (towar, usługa), przestrzennego (geograficznego) i czasowego (konkretny przedział czasowy) wymiaru, jakkolwiek ten ostatni nie ma w praktyce tak dużego znaczenia, jak rynki produktowy i geograficzny.⁶ Aby ustalić, czy skarżony przedsiębiorca poddawany jest realnemu, bądź potencjalnemu współzawodnictwu ze strony konkurentów, konieczne jest także sprecyzowanie podmiotowej struktury definiowanego rynku.

Dla potrzeb przedmiotowego postępowania decydujące znaczenie ma wyznaczenie produktowego i geograficznego wymiaru rynku właściwego. Ustalenie produktowego wymiaru rynku właściwego wymaga wyodrębnienia towarów (usług) w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji [...], w oparciu o ich szczególne właściwości (przeznaczenie, funkcje użytkowe, zbliżony poziom jakości i cena), tak aby możliwe było nie tylko odróżnienie ich od innych towarów, ale również i uznanie, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Z punktu widzenia popytu wyznaczają go produkty (towary, usługi) służące nabywcy do zaspakajania tych/takich samych potrzeb. W praktyce, przy wyznaczaniu rynku produktowego, stosowana jest koncepcja jego możliwie wąskiej delimitacji, pozwalającej na wyznaczenie poziomu dominacji przedsiębiorcy objętego postępowaniem antymonopolowym.⁷

W niniejszej sprawie przedmiot rynku (wymiar produktowy rynku) stanowią usługi holownicze wykonywane w portach na rzecz statków oraz innych obiektów (barki, pontony, dźwigi pływające, sprzęt pomocniczy i podobne urządzenia pływające bez własnego napędu). Holowania statków (w tym statków nowobudowanych, statków bez własnego napędu oraz statków po remoncie urządzeń napędowych lub sterowych) polegają na wprowadzeniu/wyprowadzeniu statku do/z portu, przeholowaniach wewnątrz portu oraz pomocy przy wykonywaniu manewrów nawigacyjnych (np. dopychanie, odciąganie, przytrzymywanie, obracanie, cumowanie bez obrotu).

⁵ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 18 grudnia 2002r., sygn. akt XVII Ama 19/01 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI Wydział Cywilny z dnia 28 grudnia 2005r. sygn. akt A Ca 678/05.

⁶ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI Wydział Cywilny z dnia 22 czerwca 2006r. sygn. akt VI A Ca 1504/05

⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI Wydział Cywilny z dnia 28 grudnia 2005r., sygn. akt A Ca 678/05

W odniesieniu do innych obiektów usługi holownicze wykonywane są w związku z ich przemieszczaniem na wodach portowych lub torach wodnych i polegają na holowaniu lub pchaniu takiego obiektu. Usługi holownicze wykonywane są także przy wodowaniach, dokowaniach/wydokowaniach oraz innych pracach wykonywanych np. przy nadbrzeżach produkcyjnych stoczni oraz na użytkowanych przez nie akwenach/torach wodnych.

Jak już wspomniano, zgodnie przepisami regulującymi sprawę bezpieczeństwa i porządku w portach, korzystanie z usług holowniczych jest obowiązkowe i podlega nadzorowi kapitana portu. Poza sytuacjami wyjątkowymi (zagrożenie bezpieczeństwa) omawiane usługi wykonują statki przeznaczone do tego rodzaju czynności, z załogą o wymaganych kwalifikacjach. Usług tych, ze względu na ich specyfikę i warunki świadczenia, w tym wynikające z przepisów portowych, nie można zastąpić innymi usługami. Nie istnieje zatem rynek innych usług, które spełniałyby kryterium substytucyjności dla usług holowniczych.

Pozwala to przyjąć, że z punktu widzenia produktowego wymiaru rynku, rynkiem właściwym jest rynek usług holowniczych wykonywanych na rzecz statków i innych obiektów w porcie. Usługi te można określić jako holowania portowe, w odróżnieniu od holowań wykonywanych na morzu.

Rynek właściwy w aspekcie przestrzennym (rynek geograficzny) obejmuje obszar, na którym warunki konkurencji, w zakresie ustalonego rynku produktowego, są dla przedsiębiorcy lub grupy przedsiębiorców zbliżone i który można odróżnić od obszarów sąsiednich ze względu na to, że warunki prowadzenia działalności, oferowane na nich podmiotom gospodarczym są odmienne.⁸

W stanie faktycznym niniejszej sprawy rynek geograficzny obejmuje obszary graniczących ze sobą portów morskich Szczecin i Police. Granice lądowe terenów zajmowanych przez te porty określają przepisy administracyjne. Za przyjęciem rynku właściwego o takim zasięgu przemawia także fakt, że nadzór nad wykonywaniem usług holowniczych na rzecz statków i innych obiektów przemieszczanych drogą wodną w obu portach (w tym także przy nadbrzeżach, akwenach i torach wodnych, znajdujących się w granicach lądowych ww. portów, wykorzystywanych przez Stocznie Nowa i Gryfia) sprawowany jest przez Kapitana Portu Szczecin w Szczecinie.⁹ Na obszarze tym zarówno wnioskodawca, jak i Spółka Z., dysponując wymaganym sprzętem, oferują i świadczą usługi stanowiące przedmiot rynku właściwego dla określonego rodzaju klienta/nabywcy (armatorzy, stocznie, inni kontrahenci), co pozwala na przyjęcie, że warunki konkurencji w jakich funkcjonują oni na rynku właściwym są zbliżone. Wymienieni przedsiębiorcy są w stosunku do siebie konkurentami w rozumieniu art.4 ust. 10 ustawy o ochronie konkurencji [...], zgodnie z którym przez konkurentów rozumie się „*przedsiębiorców wprowadzając lub mogą wprowadzać albo nabywając lub mogą nabywać w tym samym czasie towary na rynku właściwym*”. Na rynku tym holowania portowe wykonuje także Stocznia Gryfia, ale jak sama oświadczyła, są to pojedyncze, sporadycznie realizowane zlecenia.

W ocenie organu antymonopolowego brak jest dostatecznego uzasadnienia formalnego, aby usługi holownicze wykonywane dla stoczni/przemysłu stoczniowego

⁸ Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI Wydział Cywilny z dnia 22 czerwca 2006r. sygn. akt VI A Ca 1504/05

⁹ Zgodnie z zarządzenia Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie Nr 4/2002 z dnia 17 września 2002r. ze zm., port Szczecin i port Police objęte są jednym systemem zarządzania i kierowania ruchem.

stanowiły odrębny rynek produktowy i geograficzny. Jak wynika z pisma Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A., obie stocznie znajdują się w obrębie portu Szczecin i korzystają z dróg wodnych znajdujących się w jego granicach. Holowania portowe na rzecz agentów/armatorów, stoczni i innych przedsiębiorców wykonywane są/mogą być wykonywane tym samym sprzętem i w równym stopniu podlegają przepisom bezpieczeństwa i porządku portowego.

Należy zatem przyjąć, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy rynek właściwy jest dostatecznie wyodrębniony i autonomiczny w stosunku do innych rynków. Jest to rynek usług holowniczych wykonywanych/świadczonych na obszarze portów Szczecin i Police.

Z formalnego punktu widzenia jest to rynek otwarty, dostępny dla każdego przedsiębiorcy, który dysponuje/będzie dysponował statkami odpowiadającymi warunkom bezpieczeństwa portowego, obsadzonymi załogą o określonych kwalifikacjach.

Podejmowanie działań określanych, jako praktyki ograniczające konkurencję, zakazane jest przedsiębiorcom o pozycji dominującej na rynku właściwym. Stosownie do treści art. 4 ust. 9 ustawy o ochronie konkurencji [...] 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, iż przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%*”. Dominacja ta winna mieć zasadniczo stabilny i trwały charakter, bowiem dopiero wtedy jest ona źródłem siły podmiotu dominującego, dającej mu przewagę nad innymi uczestnikami rynku¹⁰.

Na wyznaczonym dla potrzeb niniejszego postępowania rynku właściwym, Spółka Z., jak sama przyznaje, posiada pozycję dominującą wynikającą z udziału w rynku przekraczającego 40%, co pozwala na rozpatrywanie jej działań w zakresie wyznaczonym art. 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji [..].

NARUSZENIE ART. 8 UST. 2 PKT 1

Aby udowodnić, że Spółka Z. nadużywa pozycji rynkowej w sposób zakazany art. 8 ust. 2 pkt 1, należy wykazać, że:

- miało miejsce bezpośrednio lub pośrednio narzucanie cen, tu: za holowania portowe,
- ceny te miały/mają nieuczciwy charakter, czego przejawem jest ich rażąco niski poziom.

Dla bytu omawianej praktyki niezbędnym jest wykazanie, że oba wymienione warunki wystąpiły łącznie. Nie spełnienie chociażby jednego z nich powoduje, że brak jest podstaw do uznania, że skarżony przedsiębiorca wskazaną praktykę stosował/stosuje.

Cena jest jednym z podstawowych narzędzi wykorzystywanych przez konkurentów w dążeniu do zdobycia większego udziału w rynku bądź utrzymania na nim dotychczasowej pozycji. Jeżeli jeden z uczestników rynku właściwego, z racji zajmowanej na nim dostatecznie silnej pozycji, oferuje lub wprowadza do obrotu ceny w ustalonej przez siebie wysokości, jego konkurenci zmuszeni są do dostosowania się

¹⁰ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 kwietnia 1995r., sygn. akt XVII 73/94

do ustalonego przez dominanta poziomu opłat, albo też - jeżeli nie pozwala im na to kondycja ekonomiczna - do ograniczania sprzedaży, a w skrajnym przypadku, nawet do wycofania się z rynku. Narzucanie cen w takich warunkach, tj. w warunkach relacji równoległych między sprzedawcami oferującymi towar wyznaczający produktowy wymiar rynku właściwego (występującymi po tej samej, podażowej stronie obrotu), ma wyłącznie charakter pośredni. Ponadto, na co wskazuje się w literaturze przedmiotu, przedsiębiorca dominujący, który wprowadził na rynek nieuczciwe, rażąco niskie ceny, winien je dostatecznie długo utrzymać, aby uzyskać efekt antykonkurencyjny, jakkolwiek osiągnięcie tego efektu nie jest warunkiem niezbędnym dla stwierdzenia stosowania praktyk objętych zakazem art. 8 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy o ochronie konkurencji [...]¹¹.

Wykazany udział Spółki Z. w rynku właściwym bezsprzecznie pozwala jej na podejmowanie działań w sposób niezależny od konkurentów i pozostałych uczestników obrotu.

W tym stanie rzeczy, przesłankę pośredniego narzucania cen za holowania portowe, należy uznać za spełnioną.

Ceny za holowania spełniają kryterium art. 4 ust. 7 ustawy o ochronie konkurencji [...] i jako takie mogą być rozpatrywane jako mieszczące się w kategoriach cen nieuczciwych - ceny rażąco niskie.

Wysokość cen za holowania portowe zależy od specyfiki/warunków holowania i holowanego obiektu. Spółka Z. ustala je na podstawie:

- ilości jednostek taryfowych w zależności od V holowanego statku (wejście/wyjście statku do/z portu oraz manewry nawigacyjne w porcie),
- ilości jednostek taryfowych w zależności od mocy holowników użytych do operacji holowania (stawki godzinowe, ustalane jak za wynajmem sprzętu; stosowane przede wszystkim przy holowaniach obiektów oraz holowaniach statków na zlecenia kontrahentów innych niż armatorzy),
- stawek umownych określanych na podstawie odrębnych kalkulacji kosztów. [k. 340]

Ceny obliczone na podstawie jednostek taryfowych są cenami podstawowymi. Z materiału dowodowego niezbieżnie wynika, że o rzeczywistym poziomie cen decydują rabaty oraz naliczane - lub nie - dodatki/upusty za wykonanie holowania w określonych warunkach lub na określonej trasie. Wysokość tych dodatków/upustów, jak i sytuacje, w których one przysługują/mogą być stosowane, określa taryfa, natomiast wysokość rabatów jest wynikiem negocjacji między wykonawcą usługi a zamawiającym. Opisany sposób kształtowania cen stosuje zarówno Spółka Z., jak i Spółka P..

Ustawa antymonopolowa nie definiuje ceny nieuczciwej, ani przykładowych jej kategorii, tj. ceny rażąco niskiej i ceny nadmiernie wygórowanej. W orzecznictwie antymonopolowym, zarówno krajowym, jak i unijnym, uznaje się, że jest to cena, która nie znajduje uzasadnienia w ekonomicznej wartości sprzedanego towaru (tu: usługi), a przez to naruszająca zasadę ekwiwalentności świadczeń.

Ze względu na brak jednoznacznych i obiektywnych mierników poziomu ceny ekwiwalentnej w rozumieniu kodeksu cywilnego, rozstrzygnięcie o tym, czy poziom cen

¹¹ Por. Modzelewska - Wąchal E., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wydawnictwo TWIGGER Warszawa 2002, s. 102.

stosowanych przez dominanta jest „uczciwy”, ma charakter ocenny i należy do orzecznictwa.¹²

Z ekonomicznego punktu widzenia, o tym czy badanym cenom można przypisać cechę „nieuczciwości”, przejawiającą się w ich rażąco niskim poziomie, może zdecydować porównanie ich z kosztami krańcowymi (marginalnymi) lub, co uznawane jest za możliwe do zastosowania w praktyce, porównanie ze średnimi jednostkowymi kosztami zmiennymi, tj. kosztami uzależnionymi od wielkości produkcji.¹³ Kryterium odniesienia ceny, co do której istnieje domniemanie, że jest „nieuczciwa”, do jednostkowych kosztów zmiennych wykorzystywane jest także w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zdaniem którego:¹⁴

- ceny niższe od średniego jednostkowego kosztu zmiennego są w każdym wypadku przejawem nadużycia pozycji dominującej, ponieważ przedsiębiorca posiadający taką pozycję, stosując je - zważywszy na starty, które są w wypadku tego rodzaju cen generowane przez całość kosztów stałych oraz część kosztów zmiennych przypadających na jednostkę produkcji - nie może odnieść z tego tytułu żadnej innej korzyści poza tą, że zmusiwszy konkurenta do opuszczenia rynku, wróci do stanu sprzed jego wejścia,
- ceny wyższe od średniego jednostkowego kosztu zmiennego lecz niższe od średniego kosztu całkowitego mogą być uznane za przejaw nadużycia pozycji dominującej, ale tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, iż są one narzędziem szerszego planu mającego na celu eliminację konkurenta.

Organ antymonopolowy, mając na uwadze trudności związane z oceną danych liczbowych dotyczących działań ekonomicznych Spółki Z., wynikające przede wszystkim ze specyfiki usług holowniczych oraz ze sposobu określania cen za holowania, Aby zrewidować ocenę wnioskodawcy co do wysokości cen pobieranych przez skarżoną na rynku właściwym w latach 2003-2005, przeprowadził dowód z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy ceny za holowania portowe faktycznie pobierane/stosowane przez Spółkę Z. na rynku właściwym pozwalają na pokrycie kosztów stałych i zmiennych świadczenia tychże usług.

Biegły ustalił, że w badanym okresie koszty stałe świadczenia usług holowań portowych stanowiły od 75 % do 81% kosztów holowań portowych ogółem. W związku z tym, w swojej opinii zaznaczył, że nie podziela stanowiska Spółki Z., co do udziału kosztów stałych w kosztach holowań portowych ogółem, wyrażonego w piśmie z dnia 22 lutego 2005r. w którym stwierdziła ona że „*Nieprawdą jest, że koszty stałe świadczenia usług portowych są bardzo wysokie. Koszty stałe nie dotyczą przede wszystkim świadczenia usług, lecz utrzymania jednostek w gotowości ich świadczenia. Do kosztów świadczenia usług zaliczona być może tylko część kosztów*

¹² Modzelewska-Wąchal E., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wydawnictwo TWIGGER Warszawa 2002, s. 100-101.

¹³ Tamże, s. 102.

¹⁴ Jurczyk Z., Wybrane zagadnienia polityki konkurencji, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2004r., s. 9-10; wyrok z dnia 3 lipca 1991r. w sprawie C-62/86: AKZO Chemie BV vs. Commission of the European Communities, European Court reports 1991 Page I-03359; wyrok z dnia 14 listopada 1996r. w sprawie C-333/94P: Tetra Pak International SA vs. Commission of the European Communities, European Court reports 1996 Page I-05951; por. też: Lowe Ph., EU Competition Practice on Predatory Pricing, Introductory address to the Seminar „Pros and Cons of Low Prices”, Stockholm, 2003, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf;

stałych, przypadająca na czas trwania usługi. Jak wynika z przedstawionej przez uczestnika kalkulacji, udział kosztów stałych, proporcjonalnie do czasu wykonywania usługi, jest minimalny, nawet nieco niższy niż kosztów zmiennych, czyli wartości zużytego paliwa.”

Ocenę udziału kosztów stałych i zmiennych w całkowitych kosztach holowań portowych biegły oparł na danych księgowych dotyczących łącznego - dla całego badanego okresu - poziomu kosztów utrzymania i pracy trzech przykładowo wybranych holowników (Hermes, Goliat i Mocny). Jak podkreślił to w raporcie, do podziału kosztów na stałe i zmienne przyjął klasyfikację stosowaną przez Spółkę Z. Poszczególne pozycje kosztów holowań portowych zostały wyodrębnione z kosztów holowań ogółem metodą wskaźnikową (stosunek kosztów holowań portowych do kosztów usług holowniczych ogółem).

Z załącznika 3a do opinii biegłego wynika, że udział kosztów stałych i zmiennych w kosztach ogółem, w odniesieniu do poszczególnych holowników, kształtował się następująco:

1. Hermes - [**pkt 14** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % koszty stałe i [**pkt 15** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % koszty zmienne,
2. Mocny - [**pkt 16** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % koszty stałe i [**pkt 17** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % koszty zmienne,
3. Goliat - [**pkt 18** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % koszty stałe i [**pkt 19** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % koszty zmienne.

Odnosząc się do kwestii ustalenia zależności między ceną holowań portowych, a wysokością kosztów stałych i zmiennych ich wykonania, biegły stwierdził, iż „*Wobec faktu, że cena usługi holowania jest praktycznie każdorazowo ustalana za holowanie określonego statku/obiektu, brak jest możliwości bezpośredniego zestawienia/określenia relacji między ceną za holowania portowe a kosztami stałymi i zmiennymi wykonania tych usług.”*...”*W celu udzielenia odpowiedzi na pytanie jaka była relacja cen za holowania portowe w stosunku do kosztów stałych i zmiennych wykonania tych usług, biegły porównał dane zawarte w załącznikach Nr 2, 3 i 3a do raportu. Z zestawienia danych dotyczących wpływów ze sprzedaży usług, kosztów ich wykonania (w tym kosztów stałych i zmiennych) wynika, że w każdym roku badanego okresu (lata 2003 – 2005) ceny za holowania portowe (holowania portowe statków i holowania portowe pozostałe) pokrywały koszty stałe i zmienne i były wyższe od kosztów całkowitych wykonania tych usług.”* [zakres informacji zawartych w kolejnych załącznikach do opinii biegłego - pkt 21 ustaleń]

Na podstawie analizy przychodów ze sprzedaży, kosztów i wyniku finansowego z całokształtu działalności Spółki Z. oraz odrębnie w odniesieniu do holowań morskich, holowań portowych i działalności pozostałej, w kolejnych latach badanego okresu (lata 2003-2005), na podstawie danych zawartych w załącznikach Nr 1,5 i 6 do raportu i opinii, biegły ustalił, że:

- przy nieznacznym, ale stałym wzroście obrotów Spółki Z., zmniejszał się osiągany przez nią zysk operacyjny z tytułu holowań portowych, osiągając poziom: [**pkt 20** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] zł w 2003r., [**pkt 21** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] zł w 2004r. i [**pkt 22** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] w 2005r.,
- osiągnięta przez Spółkę Z. rentowność sprzedaży brutto z holowań portowych (holowania portowa obsługa statków i holowania portowe pozostałe) wyniosła [**pkt 23** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % w 2003r., [**pkt 24** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % w 2004r. oraz [**pkt 25** załącznika Nr 1 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.] % w 2005r.

W odniesieniu do poziomu rentowności sprzedaży brutto, osiągniętego przez Spółkę w 2005r. biegły podniósł, że na poziom wskaźnika znaczący wpływ miały koszty remontu klasowego holownika Goliat, który w związku z tym był przez 4 miesiące wyłączony eksploatacji.

W jego ocenie przedstawione wyżej wyniki finansowe Spółki Z. są dowodem na to, „...że uzyskane w latach 2003-2005 dochody z holowań portowych w pełni pokrywały całkowite koszty świadczenia tych usług”.

Biorąc pod uwagę przywołane stanowisko/orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, opinia biegłego nie dostarczyła wystarczających dowodów na okoliczność pozwalającą przypisać cenom za holowania portowe, stosowanym przez Spółkę Z. w latach 2003 – 2005, cechy „nieuczciwości” przejawiającej się w ich rażąco niskim poziomie, ustalonym poniżej kosztów zmiennych i stałych wykonania usługi. Pozwala to uznać, że druga z przesłanek, decydujących o uznaniu, że działania Spółki Z. naruszają zakaz określony w art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji [...] nie została spełniona.

Odnosząc się do stanowiska wnioskodawcy, w którym kwestionuje on ustalenia dokonane przez biegłego, należy przede wszystkim wskazać, że niniejsze postępowanie dotyczy holowań portowych, a nie morskich. Biegły używając w swoim raporcie określenia „holowania portowe” i oceniając wyniki Spółki Z. z ich wykonania, brał pod uwagę, wbrew temu co twierdzi wnioskodawca, nie tylko holowania statków, ale również holowania wykonywane na rzecz innych obiektów na terenie obu

portów mieszczących się w granicach rynku właściwego. Wynika to wprost z jego oświadczenia zawartego na s. 5 i 8 opinii, jak również znajduje potwierdzenie w danych liczbowych, na których opinia ta została oparta, przedstawionych w załącznikach do sporządzonego przez niego raportu [k. 410-430]. Podział na „*holowania portowe*” i „*holowania portowe pozostałe*” jest - jak wynika to z treści oświadczenia złożonego przez Spółkę Z. do protokołu z kontroli - stosowanym przez nią podziałem wewnętrznym, nie uznanym przez organ antymonopolowy, jak i biegłego. W tej sytuacji informacja, zawarta na s. 10 raportu [k. 415], dotycząca zakresu usług holowniczych wykonywanych przez Spółkę Z. na rzecz Stoczni Nowa nie dyskwalifikuje opinii sporządzonej przez i pozostaje bez znaczenia dla przyjętego rozstrzygnięcia [k. 340 - 341].

W ocenie organu antymonopolowego fakt stosowania, przez podmiot o pozycji dominującej, cen niższych niż koszty świadczenia usług jego konkurenta, nie uzasadnia sam przez się zarzutu nieuczciwego oddziaływania na kształtowanie cen. Niedopuszczalne jest jedynie stosowanie przez przedsiębiorcę, któremu postawiono taki zarzut, cen niższych niż jego koszty.¹⁵ Jak wskazuje zebrany w sprawie materiał dowodowy, Spółce Z. nie udowodniono stosowania działań o takim charakterze.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w punkcie I sentencji.

NARUSZENIE ART. 8 ust. 2 PUNKT 5.

Konkurowanie o klientów między przedsiębiorcami działającymi na określonym rynku produktowym jest zjawiskiem charakterystycznym dla gospodarki rynkowej. Ważnym jest, aby nie odbywało się to z naruszeniem zasad określonych ustawą antymonopolową, która chroni wolną konkurencję na rynku. Podmiot o pozycji dominującej nie może korzystać z pełnej swobody w prowadzeniu działalności gospodarczej, przede wszystkim z tego względu, że jego obowiązkiem jest takie zachowanie na rynku, aby zapewniona była na nim możliwość istnienia i rozwoju konkurencji.¹⁶

Zapis art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji [...] ma na celu ograniczenie negatywnego wpływu przedsiębiorcy dominującego na strukturę rynku właściwego i warunki funkcjonowania jego uczestników. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji obejmuje bardzo szeroki zakres stanów faktycznych.

Jednym z nich sytuacja, w której dominant rynkowy posługuje się w walce z konkurentami cenami nieuczciwymi, ustalonymi na rażąco niskim poziomie. Mogą one stanowić barierę dostępu do rynku, przez to, że ich nadmiernie obniżony poziom będzie stanowił decydującą przesłankę przy podejmowaniu decyzji o nieangażowaniu się w wejście na dany rynek z powodu braku pewności co do uzyskania na nim wyników, które pozwolą pokryć koszty związane z konieczną w takim wypadku inwestycją i przyniosą określony zwrot nakładów.

Działania dominanta polegające na stosowaniu w obrocie cen rażąco niskich mogą być rozpatrywane zarówno jako naruszające zakaz określony w art. 8 ust. 2 pkt 1, jak i art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji [...]. Wobec treści orzeczenia zawartego/przyjętego w pkt I sentencji niniejszej decyzji, Prezes Urzędu, aby odnieść się do zarzutu nadużywania przez Spółkę Z. pozycji dominującej w sposób

¹⁵ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 12 października 1994r., sygn. akt XVII Amr 30/94

¹⁶ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 lipca 2003r., sygn. akt XVII Ama 77/02.

zakazany art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej, rozważył, czy ceny za holowania portowe stosowane przez Spółkę Z. mają charakter antykonkurencyjny.

W praktyce odróżnienie rażąco niskich cen, od cen, które zostały obniżone w wyniku bardziej efektywnego prowadzenia działalności gospodarczej przez dominanta jest niekiedy bardzo utrudnione. O charakterze badanych cen decydują intencje, w jakich zostały one wprowadzone na określony w sprawie rynek oraz okoliczności ich obniżenia. Stosowanie nieuczciwych cen, przejawiających się w ich rażąco niskim poziomie zabronione jest bowiem wtedy, kiedy jest manipulacją podjętą w celu ograniczenia rozwoju konkurencji lub blokowania dostępu do rynku.

W uzasadnieniu wniosku o wszczęcie niniejszego postępowania, jak i w czasie jego trwania, Spółka P. wielokrotnie podnosiła, że nadużywanie przez Spółkę Z. pozycji dominującej w sposób zakazany art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej polega na tym, że udzielając wyjątkowo wysokich rabatów, sprowadza ona ceny do rażąco niskiego poziomu, niemożliwego do zaakceptowania przez wnioskodawcę, wskutek czego traci on klientów i ponosi straty.

Przedmiot rynku stanowi usługa holowania wykonywana przez określony rodzaj taboru (holowniki) na rzecz statków i różnego typu obiektów przemiszczanych/przemiszczających się drogą wodną w obrębie obu portów objętych granicami rynku właściwego. Jej świadczenie jest wyceniane w różnej wysokości, zależnie od warunków wykonania. W takiej sytuacji błędem metodologicznym byłoby odnoszenie się do ceny każdego kolejnego holowania wykonywanego przez poszczególne holowniki/holownik, także w ramach jednego zlecenia/kontraktu. Nawet jeżeli wynik z poszczególnych holowań/operacji holowania/ wykonywanych w zakresie tego samego kontraktu, w jednym przypadku/holowaniu jest ujemny, zaś w innych dodatni, to rentowność/opłacalność musi być oceniana globalnie, z punktu widzenia opłacalności całego zamówienia/zlecenia, na podstawie łącznie uzyskanego przychodu i poniesionych kosztów.

Cechą charakterystyczną zachowania dominanta, który stosuje rażąco niskie, a przez to nieuczciwe ceny (tu: ceny za holowania portowe na poziomie kwestionowanym przez Spółkę P.) na rynku właściwym jest to, że po osiągnięciu celu, mając praktycznie wyłączność na sprzedaż towaru/usługi, zazwyczaj te ceny podnosi, jako że nie musi się liczyć ani z realną ani potencjalną konkurencją. Zdaniem organu antymonopolowego, z analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że Spółka Z. takich możliwości nie ma, bowiem podlega silnej presji konkurencyjnej Spółki P..

Wnioskodawca nie udowodnił, że stosowane przez skarżoną ceny za holowania mają charakter antykonkurencyjny. Fakt, że granicę opłacalności świadczenia usług holowniczych stanowi dla niego rabat w wysokości 50% nie może stanowić dostatecznego dowodu na to, że Spółka Z. udziela swoim klientom, w tym również z sektora stoczniowego, rabatu na takim poziomie, że w rezultacie wykonuje dla nich holowania portowe poniżej kosztów, a jedynym motywem jej działania była chęć ograniczenia udziału Spółki P. w rynku właściwym, poprzez przejęcie obsługi wąskiego, specyficznego segmentu tego rynku.

Mimo, że wnioskodawca jest praktycznie jedynym konkurentem skarżonej na rynku właściwym i stosunkowo od niedawna (15.05.2003r.) prowadzi na nim działalność, to - jak wskazuje na to materiał dowodowy - dysponuje siłą, która pozwala mu na rozwijanie działalności holowniczej w portach Szczecin i Police i na przejmowanie niektórych dotychczasowych klientów Spółki Z. Dowodem na to jest fakt, że w okre-

się objętym postępowaniem zwiększył on znacząco udział w rynku właściwym, dochodząc do poziomu 20% - 30% w 2005r. Samoocena sytuacji rynkowej Spółki P. znajduje potwierdzenie w wysokości wykazanych przez nią przychodów z holowań portowych, bowiem w 2004r. i 2005r. pozostawały one odpowiednio na poziomie: *[pkt 1 załącznika Nr 2 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 370 z dnia 13 grudnia 2006r.]*zł i *[pkt 2 załącznika Nr 2 do decyzji, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 370 z dnia 13 grudnia 2006r.]* zł. O umacnianiu się wnioskodawcy na rynku właściwym świadczy także zwiększenie przez niego ilości taboru wykorzystywanego do holowań portowych, z 2 holowników w dacie rozpoczęcia działalności pod firmą J-T Sp. z o.o. w 2003r. do 4 holowników w 2005r.

Zarówno wnioskodawca, jak i Spółka Z. dysponują sprzętem/taborem pływającym, który pozwala im na wykonywanie usług holowniczych zarówno na rzecz statków, jak i na rzecz innych obiektów w portach Szczecin i Police. Obie Spółki ustalają ceny za holowania portowe w ten sam sposób, tzn. posługując się odpowiednią ilością jednostek taryfowych i udzielając rabatów. Do określonego momentu obie korzystały w tym celu z taryf opracowanych dla portów Szczecin i Świnoujście z 1994r. i z 1998r. Wprowadzając własne taryfy i zmieniając walutę określającą wartość jednostki taryfowej (z USD na euro), zarówno Spółka Z., jak i Spółka P. przyjęły taką samą, jak w taryfach portowych, ilość jednostek taryfowych przypisaną do określonego V statku lub określonej mocy holownika i pomimo zmiany waluty w taryfie, nadal rozliczają się z niektórymi klientami (np. ze Stoczną Nowa) w USD udzielając im rabatów i rezygnując z naliczania dodatków należnych na podstawie taryfy. W tym stanie rzeczy, nie może się ostać argument wnioskodawcy, że dowodem na stosowanie przez Spółkę Z. cen o antykonkurencyjnym charakterze jest fakt, że Spółka ta udzielając określonego rabatu od ceny wyrażonej w USD, faktycznie przyznaje go na wyższym - w przeliczeniu na PLN - poziomie, z racji utrzymującej się przewagi kursu euro nad kursem USD, skoro wnioskodawca również posługuje się taką taktyką ustalania cen. W przypadku rozliczeń opartych na walucie obcej zawsze istnieje ryzyko kursowe i wszyscy uczestnicy tych rozliczeń muszą brać/biorą to ryzyko pod uwagę przy ocenie rezultatu transakcji, tu: sprzedaży usług holowniczych wykonywanych w porcie Szczecin i Police.

Prezes Urzędu nie podziela również stanowiska Spółki P., że dowodem/faktem przemawiającym za tym, że ceny za holowania portowe wykonywane przez Spółkę Z. dla ww. Stoczni pozostają według niej na rażąco niskim poziomie, bowiem w 2002r. Spółka Z. przeprowadziła, jak to określił „bolesną” restrukturyzację i poniosła straty, a w 2003r. wypracowała jedynie niewielki zysk. Wprost przeciwnie, jest to dowód na jej racjonalne, z ekonomicznego punktu widzenia, zachowanie w zmieniających się warunkach rynkowych, bowiem aby im sprostać i utrzymać pozycję rynkową, nie generując jednocześnie strat, zawarła ona ze Stoczną Nowa umowę we własnym imieniu oraz przeprowadziła zmiany, które pozwoliły jej na obniżenie cen, do takiego poziomu, że przychody ze sprzedaży usług w latach 2003 - 2005 przekraczały koszty ich wykonania.

Należy przy tym podnieść, że brak jest dostatecznego uzasadnienia ku temu, aby zakładać, że dwaj różni przedsiębiorcy działający w warunkach gospodarki rynkowej, wykonujący - co prawda - tę samą usługę w określonym na rynku właściwym, ale dysponujący różnym co do ilości i parametrów technicznych (moc, uciąż na palu)

i kosztów eksploatacji sprzętem, powinni stosować ceny na tak zbliżonym poziomie, aby w odniesieniu do każdego z nich nie tylko pokrywały one koszty wykonania usługi, ale również przynosiły zysk. To, że ceny za holowania portowe ustalone między Spółką Z. a Stocznią Nowa, nie pokrywają kosztów wykonania tych usług przez Spółkę P., nie przesądza o ich nieuczciwym charakterze i intencjach skarżonej Spółki. Również stawka rabatu udzielanego przez Spółkę Z. jej klientom (tu: Stoczni Nowa) nie może stanowić sama w sobie wystarczającego dowodu na okoliczność, że holowania portowe wykonywane za cenę pomniejszoną o tenże rabat, są nierentowne. Wyniki ze sprzedaży holowań portowych osiągnięte przez Spółkę Z. w latach 2003-2005 dowodzą, że faktyczna wysokość stosowanych przez nią upustów, była tak skalkulowana, żeby wykonanie holowań portowych było rentowne.

Z formalnego punktu widzenia, rynek holowań portowych jest rynkiem otwartym. Każdy przedsiębiorca, który dysponuje holownikami/sprzętem spełniającym wymogi klasowe i odpowiednio przeszkoloną załogą, może rozpocząć prowadzenie na nim działalności gospodarczej.

Poziom cen panujących na określonym rynku jest z pewnością jednym podstawowych parametrów oceny przy podejmowaniu - przez potencjalnych konkurentów - strategicznych decyzji o wejściu na dany rynek, bądź o nieangażowaniu się w działalność na nim. Poziom/wysokość ceny usług holowniczych, w korelacji z kosztami, jakie przedsiębiorca wchodzący/zamierzający wejść na ten rynek będzie musiał ponieść, decyduje o opłacalności całego przedsięwzięcia. Z wypowiedzi przedsiębiorców zajmujących pozycję dominującą w wykonywaniu usług holowniczych w innych polskich portach morskich, wynika że pomimo braku barier formalno-prawnych, nie są oni zainteresowani stałym świadczeniem usług holowniczych na innych rynkach geograficznych (w innych portach). Zmniejszająca się ilość zawinięć statków, jak i coraz częstsze zwolnienia ich z obowiązku korzystania z usługi holowniczej (ze względu na coraz bardziej nowoczesne wyposażenie), powodują, że posiadany przez nich tabor pływający nie jest w pełni wykorzystywany (np. w porcie w Świnoujściu wykorzystanie holowników pozostaje na poziomie 60%, a w Szczecinie – jak podniosła to Spółka P. – holowniki wykorzystywane są w około 20%., k. 21]). Inne porty, nie są dla tych przedsiębiorców bardziej atrakcyjne finansowo, bowiem przy mniejszej ilości zamówień/zleceń na holowania, nawet wzrost cen/wyższe ceny/ za holowania, nie zrównoważyłyby kosztów całodobowego utrzymania holowników w gotowości. W ich ocenie rachunek ekonomiczny decyduje o tym, że tylko znaczne zwiększenie masy towarowej przechodzącej przez porty i pełne wykorzystanie posiadanych holowników może być bodźcem do inwestowania w sprzęt holowniczy i do ewentualnego wchodzenia z usługami do innego portu/na inny rynek geograficzny.

W tym stanie rzeczy realia rynkowe sprawiają, że brak jest przesłanek, aby uznać, że ceny za holowania portowe pozostające na poziomie stosowanym przez Spółkę Z., stanowią mogą samoistną, dostatecznie silną barierę dostępu do rynku właściwego. Z wypowiedzi firm holowniczych wynika, że w aktualnej sytuacji barierę tę stanowi „nasylenie” rynku usług holowniczych w każdym z polskich portów morskich.

Biorąc pod uwagę przyjęte w orzecznictwie antymonopolowym stanowisko, że nie naruszają prawa działania dominanta podejmowane w celu utrzymania pozycji rynkowej w następstwie prowadzenia działalności gospodarczej w sposób bardziej efektywny niż czynią to jego konkurenci, należy stwierdzić, że zebrany w sprawie materiał nie dostarczył dowodów na to, że Spółka Z. nadużyła pozycji dominującej w

celu przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na delimitowanym w sprawie rynku właściwym. Podnoszony przez wnioskodawcę fakt, że tradycyjnie obsługiwał on przemysł stoczniowy w porcie Szczecin nie może mieć wpływu na przyjętą ocenę. W sytuacji utrzymującej się przez dłuższy okres czasu nadwyżki podaży usług nad zgłaszanym popytem na nie, klient/kupujący staje się silniejszą stroną obrotu i wybiera sobie tego wykonawcę usługi/sprzedawcę, który zaproponuje mu korzystniejsze warunki umowy, tak jak miało to miejsce w sprawie będącej przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia.

W związku z powyższym orzeczono, jak w pkt II sentencji.

W poczynionych ustaleniach organ antymonopolowy nie odniósł się do argumentów, które w ocenie stron sporu wskazywały na stosowanie czynów nieuczciwej konkurencji. Jak słusznie podniosła to Spółka Z. rozstrzygnięcie w tym zakresie należy do sądu powszechnego. Bez znaczenia w przedmiotowej sprawie jest również ustalenie, czy Spółka P. jest następcą prawnym Porta Żegluga Sp. z o.o. w Szczecinie, bowiem w tej konkretnej sytuacji fakt ten nie ma znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia przyjętego przez Prezesa Urzędu. Nie do niego należy również ocena parametrów technicznych holowników posiadanych przez obie spółki, a jak również ocena – pomimo, że wiąże się to z kosztami wykonania usługi - jaka ich ilość winna/może być użyta do poszczególnych operacji, bowiem kwestię tę w sposób jasny rozstrzygają przepisy regulujące sprawy porządku i bezpieczeństwa portowego. Kwestia stosowania przez skarżoną różnej waluty (euro lub USD) w rozliczeniach z kontrahentami nie była przedmiotem wniosku o wszczęcie niniejszego postępowania. Należy przy tym wyjaśnić, iż gdyby nawet zarzut taki został postawiony, w pierwszej kolejności winien on być wyartykułowany przez tych kontrahentów Spółki Z., których interes prawny wskutek stosowania niejednorodnych warunków umów, zostałby naruszony.

O kosztach postępowania Prezes Urzędu postanowi odrębnie.

Stosownie do art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (jedn. tekst: Dz.U. Nr 244 z 2005r., poz. 804), w związku z art. 479²⁸ § 2 K.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie XVII Wydział Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku.

Załączniki do decyzji:

Nr 1 - zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 276 z dnia 12 września 2006r.

Nr 2 – zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których prawo wglądu zostało ograniczone postanowieniem Nr 370 z dnia 13 grudnia 2006r.

OTRZYMUJA:

1. Z. SP. Z O.O. W S.
- WRAZ Z ZAŁĄCZNIKIEM NR 1

2. P. SP. Z O.O. W S.
WRAZ Z ZAŁĄCZNIKIEM NR 2