



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DDI-1-53-9/00/JS/KMB/PŁ

Warszawa, dn. 27 lipca 2007 r.

DECYZJA Nr DOK - 94/07

I. Na podstawie art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 804 z późn. zm.) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie - będącego następcą prawnym PKP S.A. z siedzibą w Warszawie - wszczętego na wniosek CTL Logistics S.A. z siedzibą w Warszawie stwierdza stosowanie przez PKP Cargo S.A. praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku przewozów towarów kolejną poprzez stosowanie w umowach przewozu niejednorodnych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP S.A. w wyniku przyznania niektórym podmiotom w ramach umów akwizycyjnych (specjalnych) wyższych upustów na przewóz węgla i miazgu węglowego, niż te które zostały przyznane CTL, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 1 stycznia 2003 r.

II. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 804 z późn. zm.) oraz art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, umarza wszczęte na wniosek CTL Logistics S.A. z siedzibą w Warszawie postępowanie antymonopolowe w sprawie stosowania przez PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie - będącego następcą prawnym PKP S.A. z siedzibą w Warszawie - praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku przewozów towarów kolejną poprzez stosowanie w umowach przewozu niejednorodnych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP S.A. w wyniku przyznania niektórym podmiotom w ramach umów wieloletnich wyższych upustów na przewóz węgla i miazgu węglowego, niż te które zostały przyznane CTL, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

UZASADNIENIE

W dniu 6 czerwca 2000 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „organem antymonopolowym”) wpłynął od spółki Chem Trans Logistic Holding Polska S.A. z siedzibą w Gliwicach – w trakcie postępowania podmiot ten zmienił zarówno firmę (na CTL Logistics S.A.) jak i siedzibę (na Warszawę) – (zwanej dalej „CTL”), wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko PKP S.A. z siedzibą w Warszawie, w związku ze stosowaniem przez ten podmiot praktyk ograniczających konkurencję. We wniosku tym CTL zwrócił się o nakazanie zaniechania stosowania praktyk przez PKP S.A., jak również nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Po dokonaniu niezbędnych uzupełnień we wniosku i sprecyzowaniu żądań wnioskodawcy, organ antymonopolowy w dniu 13 października 2000 r. zawiadomił PKP S.A. o wszczęciu wobec niej postępowania antymonopolowego.

W związku z tym, iż wszczęcie niniejszego postępowania nastąpiło w czasie obowiązywania ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. *o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów*, natomiast w trakcie postępowania w dniu 1 kwietnia 2001 r. weszła w życie ustawa z dnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 814 z póź. zm.), która uchyliła ustawę *o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów*, a ponadto zobowiązywała do stosowania w prowadzonych przed organem antymonopolowym postępowaniach przepisów nowej ustawy, ostatecznie zarzuty zawarte we wniosku CTL zostały zakwalifikowane jako:

1. nadużywanie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju bądź powstania konkurencji poprzez odmowę udostępniania CTL linii kolejowej w celu wykonywania przewozów towarowych zgodnie z otrzymaną koncesją, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,
2. nadużywanie pozycji dominującej polegające na stosowaniu w umowach przewozu niejednolitych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP S.A. w wyniku przyznania niektórym podmiotom wyższych upustów na przewóz:
 - kamienia wapiennego,
 - kwarcytu i dolomitu,
 - żużła wielkopiecowego,
 - popiołów,
 - węgla i miału węglowego,
 - propanu - butanu,
 - ciężkiego oleju opałowego (mazutu) w imporcie,

niż te które zostały przyznane CTL, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

3. nadużywanie pozycji dominującej polegające na odmowie sprzedaży usług, przy braku alternatywnych źródeł zaopatrzenia, dyskryminującą CTL, w wyniku:

- a) odmowy udostępnienia linii kolejowej w celu wykonywania przez CTL przewozów towarowych zgodnie z otrzymaną koncesją,
- b) odmowy zawarcia umowy na przewóz kamienia wapiennego w relacji Wapienno – Inowrocław,
- c) odmowy przedłużenia umowy specjalnej nr 2-60-104-99,
- d) odmowy przyznania upustów w wysokości zaproponowanej przez CTL na przewozy:
 - kamienia wapiennego,
 - kwarcytu i dolomitu,
 - żuźla wielkopiecowego,
 - popiołów,
 - węgla i miału węglowego,
 - propanu - butanu,
 - ciężkiego oleju opałowego (mazutu) w imporcie,

co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, o czym poinformowano strony postępowania pismem z dnia 13 października 2000 r.

Postanowieniem z dnia 7 września 2001 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – na wniosek CTL, przy jednoczesnym braku sprzeciwu ze strony PKP S.A. – zawiesił niniejsze postępowanie. Zostało ono ponownie podjęte na wniosek CTL w dniu 3 lutego 2003 r.

W trakcie prowadzonego postępowania, CTL, pismem z dnia 20 października 2005 r., wycofała wniosek o nakazanie zaniechania przez PKP S.A. praktyk ograniczających konkurencję w następującym zakresie:

1. nadużywania pozycji dominującej polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju bądź powstania konkurencji poprzez odmowę udostępniania CTL linii kolejowej w celu wykonywania przewozów towarowych zgodnie z otrzymaną koncesją, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,

2. nadużywania pozycji dominującej polegającego na odmowie sprzedaży usług, przy braku alternatywnych źródeł zaopatrzenia, dyskryminująca CTL, w wyniku:

- a) odmowy udostępnienia linii kolejowej w celu wykonywania przez CTL przewozów towarowych zgodnie z otrzymaną koncesją,
- b) odmowy zawarcia umowy na przewóz kamienia wapiennego w relacji Wapienno – Inowrocław,
- c) odmowy przedłużenia umowy specjalnej nr 2-60-104-99,

- d) odmowy przyznania upustów w wysokości zaproponowanej przez CTL na przewozy:
- kamienia wapiennego,
 - kwarcytu i dolomitu,
 - żuźla wielkopieczowego,
 - popiołów,
 - węgla i mialu węglowego,
 - propanu - butanu,
 - ciężkiego oleju opałowego (mazutu) w imporcie,
- co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,

3. nadużywania pozycji dominującej polegającego na stosowaniu w umowach przewozu niejednorodnych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP S.A. w wyniku przyznania niektórym podmiotom wyższych upustów na przewóz:

- kamienia wapiennego,
 - kwarcytu i dolomitu,
 - żuźla wielkopieczowego,
 - popiołów,
 - propanu - butanu,
 - ciężkiego oleju opałowego (mazutu) w imporcie,
- niż te które zostały przyznane CTL Logistics S.A., co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W związku z tym, postanowieniem z dnia 30 listopada 2005 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów umorzył w ww. zakresie postępowanie antymonopolowe. Tym samym dalsze postępowanie obejmowało jedynie zarzut w zakresie nadużywania pozycji dominującej polegającego na stosowaniu w umowach przewozu niejednorodnych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP S.A. w wyniku przyznania niektórym podmiotom wyższych upustów na przewóz węgla i mialu węglowego.

W chwili wszczęcia niniejszego postępowania antymonopolowego działalność związaną z przewozami towarów koleją prowadziło Przedsiębiorstwo Państwowe Polskie Koleje Państwowe z siedzibą w Warszawie. Na mocy ustawy z dnia 8 września 2000 r. *o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego Polskie Koleje Państwowe* (Dz. U. z 2000 r. Nr 84 poz. 948 z póź. zm.) Przedsiębiorstwo Państwowe Polskie Koleje Państwowe zostało przekształcone w Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna. Ponadto, w dniu 1 października 2001 r. z PKP S.A. wyodrębniona została PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, która przejęła działalność PKP S.A. w zakresie towarowych przewozów koleją. Stosownie do art. 14 ww. ustawy *o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego Polskie Koleje Państwowe*, spółka ta wstąpiła w prawa i obowiązki PKP S.A. jako przewoźnika kolejowego.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz po zapoznaniu się z opinią wnioskodawcy, organ antymonopolowy uznał, iż PKP Cargo S.A. jest następcą prawnym w stosunku do PKP S.A. w zakresie kolejowych przewozów towarowych. Dalsze postępowanie powinno być prowadzone zatem wyłącznie przeciwko PKP Cargo S.A., a nie przeciwko PKP S.A. W związku z tym, pismem z dnia 5 maja 2006 r. PKP Cargo S.A. została poinformowana, iż stała się stroną postępowania toczącego się wcześniej przeciwko PKP S.A.

W trakcie postępowania antymonopolowego organ antymonopolowy wielokrotnie zwracał się do stron postępowania o wyjaśnienie kwestii związanych z prowadzonym postępowaniem (w szczególności dotyczących zarzutów stawianych PKP Cargo S.A., określenia rynku właściwego w sprawie, kwestii istnienia następstwa prawnego pomiędzy PKP S.A. a PKP Cargo S.A. w zakresie kolejowych przewozów towarów) a w sprawie zebrany został obszerny materiał dowodowy. Należy jednak zauważyć, iż w dużej części materiał ten dotyczy zarzutów stawianych PKP Cargo S.A. wobec których następnie wnioskodawca się wycofał.

I. Organ antymonopolowy, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, ustalił, co następuje:

Strony postępowania

PKP Cargo

Jak już wspomniano na wstępie PKP Cargo S.A. jest następcą prawnym PKP S.A., która z kolei powstała w wyniku komercjalizacji i restrukturyzacji Przedsiębiorstwa Państwowego Polskie Koleje Państwowe. W chwili składania wniosku Przedsiębiorstwo Państwowe Polskie Koleje Państwowe było jedynym polskim przewoźnikiem kolejowym prowadzącym działalność w zakresie przewozów towarów na obszarze całego kraju. Ponadto podmiot ten był wyłącznym dysponentem infrastruktury kolejowej. PKP Cargo S.A. rozpoczęło działalność od dnia 1 października 2001 r. Podmiot ten od chwili swojego powstania prowadzi działalność w zakresie kolejowego przewozów towarów. PKP Cargo realizuje zamówienia transportowe na terenie kraju i w przewozach międzynarodowych. Zarządzanie infrastrukturą kolejową przeszło natomiast w gestię PLK S.A.

Do 2002 r. PKP Cargo S.A., a wcześniej PKP świadczyło usługi przewozowe na podstawie:

- zasad ogólnych tzn. w oparciu o Taryfę Towarową i Regulamin Przewozu Przesyłek Towarowych PKP Cargo S.A. (zawarcie umowy odbywa się poprzez przyjęcie przez PKP Cargo przesyłki do przewozu wraz z listem przewozowym. Klient w takim przypadku nie jest zobowiązany do żadnych dodatkowych świadczeń, poza właściwym nadaniem przesyłki oraz zapłatą ceny na warunkach

określonych w Zasadach sprzedaży) oraz
- z zastosowaniem umów akwizycyjnych (specjalnych). Umowy te mają na celu wprowadzenie przez PKP Cargo konkurencyjnych zasad świadczenia usług przewozowych, w szczególności poprzez stosowanie upustów od cen, w celu zaktywizowania i ukształtowania stabilnych i stałych kontaktów z kontrahentami. Ceny ustalane są z uwzględnieniem zleconych przez kontrahenta przewozów (ilości i rodzaju wykonanych przewozów oraz rodzaju przewożonych towarów).

Od roku 2002 PKP Cargo S.A. wprowadziło również możliwość korzystania z usług przewozowych na podstawie umów wieloletnich. Umowy te polegają na ukształtowaniu wzajemnych stosunków PKP Cargo i jego kontrahentów z uwzględnieniem planowanej przez kontrahenta w przyszłości ilości przewozów oraz przewidywanych przez kontrahenta relacji, na jakich przewozy te będą realizowane. Umowy wieloletnie zawierane są z klientami będącymi płatnikami należności przewozowych, którzy zadeklarują przewiezienie w okresach rocznych określoną ilościowo masę towarową lub ilość Intermodalnych Jednostek Transportowych oraz wskażą relacje przewozowe. Umowy wieloletnie gwarantowały wyższe upusty i dłuższe okresy (korzystniejsze) opłacania faktur, w stosunku do pozostałych rodzajów umów (21 dni w stosunku do 14 dni w przypadku umów specjalnych).

CTL

CTL rozpoczął swoją działalność w dziedzinie spedycji kolejowej - głównie materiałów chemicznych - na początku lat dziewięćdziesiątych. Z chwilą liberalizacji rynku kolejowego, CTL obok działalności spedycyjnej rozpoczął również działalność w zakresie przewozów towarów koleją. Rozwój przedsiębiorstwa zaowocował powstaniem Grupy CTL (Chem Trans Logistic Holding Polska S.A.), która obecnie dysponuje własnym taborem trakcyjnym, wagonami, terminalami przeładunkowymi oraz agencjami celnymi. W skład holdingu wchodzi spółki polskie oraz niemieckie oferujące usługi logistyczne z zakresu transportu kolejowego.

W trakcie prowadzonego postępowania organ antymonopolowy wielokrotnie zwracał się do stron postępowania o przedstawienie stanowisk w zakresie wszystkich zarzutów objętych pierwotnie postępowaniem jak i ustosunkowanie się do przedstawionych stanowisk stron. Poniżej przedstawiono jednak wyłącznie argumenty stron postępowania odnoszące się lub związane z zarzutem udzielania upustów na przewozy węgla i mialu węglowego, bowiem jak wskazano powyżej, postępowanie w pozostałym zakresie zostało umorzone oraz inne argumenty mające znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy (odnoszące się w szczególności do kwestii określenia rynku właściwego w sprawie, posiadania pozycji dominującej przez PKP Cargo S.A., kwestii następstwa prawnego pomiędzy PKP S.A. a PKP Cargo w zakresie kolejowych przewozów towarów).

1. Argumenty CTL

- wykonywanie przez podmioty trzecie jakiegokolwiek działalności przy użyciu transportu kolejowego, w szczególności spedycyjnej jest uzależnione od uzyskania dostępu do usług przewozowych świadczonych przez PKP. Warunki tego dostępu, jako strona dominująca określa PKP, a margines pozostały do negocjacji jest bardzo wąski;

- PKP z góry zakłada nierówne traktowanie poszczególnych przedsiębiorców. Z *Polityki sprzedaży usług przewozów towarowych z 2000 r.* wynika, iż zasady te wchodzi w życie z dniem 1 kwietnia 2000 r. i obowiązują do odwołania dla nowych umów akwizycyjnych. Umowy zawarte przed dniem wejścia w życie niniejszych zasad (zawarte w oparciu o *Politykę sprzedaży usług przewozów towarowych z 1999 r.*) pozostają natomiast w mocy do końca okresu na jaki zostały zawarte. Z uwagi na różniące się warunki umów zawarte w ww. dokumentach prowadzi to do nierównego traktowania kontrahentów PKP.

- CTL jest spedytorem. W zawieranych przez ten podmiot umowach CTL zobowiązuje się bowiem do: udzielania fachowego poradnictwa w przedmiocie warunków przewozu, wyboru trasy i środka transportu oraz cen, powiadamiania zleceniodawcy o przewidywanych lub już zaistniałych przeszkodach w przewozie, dokonywania rozliczenia z przewoźnikiem za wykonaną usługę transportową, terminowe dostarczanie instrukcji wysyłkowej osobie wskazanej przez zleceniodawcę. *Polityka usług przewozowych PKP z 2000 r.* zakłada świadczenie usług przewozowych za pośrednictwem własnych kanałów oraz przez tzw. pośredni kanał – przy udziale firm spedycyjnych, przy czym w przewozie krajowym PKP dopuszcza taką możliwość tylko wtedy jeżeli organizowane są dodatkowe usługi spedycyjne. Zdaniem natomiast CTL, PKP nie powinno uzależniać oferowania usług przewozowych spedytorom od świadczenia przez nich usług dodatkowych. Ponadto PKP żądając od spedytorów organizowania tzw. dodatkowych usług spedycyjnych, innych niż mieszczące się w definicji spedycji, stawia im niedokreślone warunki współpracy (organizowanie dodatkowych usług spedycyjnych).

- *Polityka sprzedaży usług przewozów towarowych z 2000 r.* przewiduje również (pkt 3.5.2. lit. c) możliwość przyznania upustów nadawcy lub odbiorcy za okres poprzedni, w którym nie był on płatnikiem przewoźnego, czyli za okres w którym należności nadawcy lub odbiorcy regulowała osoba trzecia. Oznacza to przyznanie zniżki za okres w którym nadawca lub odbiorca byli obsługiwani np. przez spedytora i korzystali z jego zniżki. Jednocześnie okresu tego nie zalicza się do podstawy obliczenia zniżki służącej spedytorowi,

- PKP odmówiła udzielenia zniżek CTL na przewozy węgla i miazgu węglowego do Z.Ch. Police S.A. i ZA Kędzierzyn S.A. (Zał. nr 23, 34-36 do pisma CTL z dnia 6 czerwca 2000 r.). Ponadto PKP nie udzieliła CTL zniżek na przewozy węgla,

przyznając je jednocześnie Elektrociepłowni Łódź (zniżka 15 % w latach 1998-1999), Carbo Concentract S.A. w Mysłowicach (zniżka 20 % w 2000 r.), Zakład Elektrociepłowniczy Wybrzeże S.A. w Gdańsku (zniżka 15 % w 2000 r.), Janikowskie Zakłady Sodowe Janikosoda S.A. w Janikowie (zniżka 10 % w 2000 r.)

- w odpowiedzi na argument PKP, iż w 1999 r. pogłębiły się trudności płatnicze PKP, w tym za energię elektryczną i koniecznym stało się zawarcie umów akwizycyjnych z elektrowniami dla umożliwienia stosowania rozliczeń kompensacyjnych bez pośrednictwa innych przedsiębiorców, co podraża koszty takich rozliczeń CTL wskazało, że elektrownie nie rozliczają się bezpośrednio z odbiorcami energii elektrycznej a więc i z PKP,

- wiele podmiotów otrzymało od PKP znaczące zniżki pod ogólnym hasłem przejścia przewozów z transportu samochodowego, które to hasło nie znajduje pokrycia w rzeczywistości. Np. Janikosoda S.A. oraz ZCh Rokita w Brzegu Dolnym zawsze były obsługiwane przez PKP a mimo to otrzymały upusty,

- zasady handlowe PKP, które w roku 1999 zostały uznane przez UOKiK za prawidłowe (Decyzją Nr DDI-10/99 z dnia 26 lutego 1999 r. Prezes Urzędu uznał, iż decyzja Prezesa Urzędu z dnia 1 kwietnia 1998 r. Nr DDI-24/98 - w której nakazano PKP zaniechania stosowania praktyk monopolistycznych polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku przewozów towarów koleją w sposób powodujący uprzywilejowanie niektórych przedsiębiorców - została przez PKP wykonana) zostały przez PKP zmienione, a stan faktyczny wskazuje, że PKP stosuje praktyki monopolistyczne polegające na nadużywaniu pozycji dominującej.

- polityka marketingowa PKP, a w szczególności przyznawanie upustów na przewóz węgla kamiennego i miału węglowego zależała od spełnienia dwóch warunków tj. zagrożenia przejścia przewozów przez transport samochodowy oraz oferowania dodatkowych usług spedycyjnych. Przesłanki przyznania upustów określone zostały celowo przez uczestnika w sposób na tyle ogólny i elastyczny, że dawały możliwość PKP podejmowania arbitralnych decyzji w oderwaniu od stanu faktycznego,

- stwierdzenie czy dany przedsiębiorca oferuje dodatkowe usługi spedycyjne, a także stwierdzenie istnienia zagrożenia przejścia przewozów przez transport drogowy w danych relacjach w dużej mierze zależało od PKP. PKP przyznawało bądź nie w określonych relacjach dla danych odbiorców i spedytorów upusty. Decydowało w ten sposób o atrakcyjności ofert poszczególnych spedytorów. Jeśli oferta była niekonkurencyjna pojawiało się realne zagrożenie przejścia tych przewozów przez transport samochodowy. PKP nie uznawała takiego zagrożenia twierdząc, iż w takich relacjach odbiorca od wielu lat obsługiwany był przez transport kolejowy. Nie przyznając upustów lub wyznaczając je na niskim poziomie PKP wchodziło na miejsce dotychczasowego spedytora proponując

odbiorcy końcowemu znacznie bardziej korzystne warunki. Przy tych warunkach nie istniało już zagrożenie przejęcia przez transport samochodowy,

- dowodami na to, że inni przedsiębiorcy traktowani byli korzystniej jest umowa akwizycyjna nr 1-06-004-2000 z Onyks Sp. z o.o. Deklarowana masa przewozu w 2000 r. wyniosła 200 000 ton. PKP tłumaczyło to przejęciem przewozów z transportu samochodowego. Przejęcie to nie było realnie możliwe, gdyż oznaczałoby, że wcześniej Onyks Sp. z o.o. przewoziła 500 ton węgla dziennie. Do przewiezienia takiego ładunku niezbędne byłoby posiadanie 20 samochodów ciężarowych (do przewiezienia 200 000 ton potrzeba dziennie średnio około 18 samochodów, a uwzględniając fakt, iż węgiel wozi się głównie sezonowo tj. w okresie jesienno – zimowym co najmniej 33 samochody). Przedsiębiorca ten nie miał natomiast takiego zaplecza technicznego. PKP S.A. musiało zdawać sobie z tego sprawę ale nie zobowiązało Onyks Sp. z o.o. do wykazania zagrożenia przejęcia przewozów przez transport samochodowy. Świadczy to o niejednorodnym traktowaniu kontrahentów. Wiedza ta wynika ze współpracy wnioskodawcy z Onyks Sp. z o.o. CTL zawarł umowę z Onyks Sp. z o.o. na przewóz transportem kolejowym przesyłek węgla kamiennego odbieranych na różnych stacjach (CTL otrzymał upusty w wysokości od 7 do 7,5 %). Odbiorcami końcowymi tego typu usług były takie podmioty jak Elektrownia Kozienice S.A., ZCH Police S.A., International Paper Kwidzyn S.A., FH Bielpol, a więc podmioty które z uwagi na masowy charakter przewozów węgla nie mogły tych przewozów realizować transportem samochodowym. Przedmiotem tej umowy były przesyłki węgla kamiennego odbierane na różnych stacjach. Kontrahent ten otrzymał 10 % upust od Taryfy Towarowej PKP. Również Carbo Concentrat S.A. na mocy umowy akwizycyjnej nr 1-61-059-99 otrzymał upust w wysokości 20 % na przewozy wagonami PKP, przy zadeklarowanej masie przewozu węgla w okresie luty-grudzień 1999 rządu 50 ton. W okresie tym wnioskodawca nie otrzymał natomiast żadnego upustu na przewóz węgla poza upustem sezonowym w okresie lipiec-sierpień 2000 r.

- PKP wskazuje, że wobec takich firm jak Onyks Sp. z o.o. z o.o. czy też Carbo Concentrat S.A. zasadą działania było przestrzeganie ustalonych reguł określonych w postanowieniach Polityki Akwizycyjnej. Na potwierdzenie słuszności swojej tezy PKP dołączyło listy przewozowe na których jako odbiorca figuruje Onyks Sp. z o.o. Jednak tylko na jednym z nich Onyks Sp. z o.o. w polach odbiorca oraz pokwitowania odbioru umieszczona jest Onyks Sp. z o.o. Na pozostałych listach przewozowych pokwitowania odbioru dokonywały inne podmioty. Onyks Sp. z o.o. nie była zatem odbiorcą końcowym dla tych przewozów (nie świadczyła dodatkowych usług spedycyjnych). Dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń wobec Carbo Concentrat S.A., PKP nie wskazało,

- w roku 1999 przewozy węgla dla Zespołu Elektrociepłowni Łódź S.A. obsługiwało CTL, na co CTL nie otrzymało od PKP żadnej zniżki. Zniżkę można było bowiem uzyskać w następnym roku w wysokości zależnej od masy przewiezionych towarów w roku poprzednim. W następnym roku PKP podpisała

umowę bezpośrednio z Zespołem Elektrociepłowni Łódź S.A. i temu przedsiębiorcy udzieliła zniżki w wysokości 12 %. Zagrożenia przejścia przewozów w tej relacji przez transport samochodowy nie było żadnego, gdyż dziennie na tej trasie kursowało 4-5 składów całopociągowych po około 800 t (konieczny byłby transport przez drogi położone w dużej aglomeracji 130 samochodów ciężarowych dziennie). W relacjach przewozowych do Zespołu Elektrociepłowni Łódź S.A. nie istniała nawet hipotetyczna groźba zastąpienia transportu kolejowego transportem samochodowym. Pomimo tego Zespół Elektrociepłowni Łódź S.A. otrzymał 12 % upust. Tak więc argumentacja, iż głównym celem przyznawania upustów było pozyskanie do przewozu dodatkowej masy węgla poprzez przejście tych przewozów z transportu samochodowego w konkretnych relacjach przewozowych było nieprawdziwe,

- począwszy od 2002 r. PKP Cargo S.A. zaczęło wprowadzać do obrotu umowy wieloletnie. Umowy te przewidywały najkorzystniejsze upusty spośród umów oferowanych przez ten podmiot. Umowy specjalne oraz dokonywanie przewozów na zwykłych zasadach było zdecydowanie mniej korzystne. PKP Cargo przez długi okres odmawiało zawarcia umowy z CTL co było równoznaczne z nieprzyznaniem upustów. Po podpisaniu umowy wieloletniej kiedy CTL chciało stosować jej postanowienia do nowych kontrahentów PKP Cargo konsekwentnie odmawiało wpisywania nowych relacji do podpisanej umowy, co również należy traktować jako równoznaczne z nieprzyznaniem upustów,

- istnieje następstwo prawne w zakresie działalności polegającej na przewozie towarów koleją pomiędzy PKP S.A. a PKP Cargo S.A. Wynika ono z zapisów ustawy *o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego Polskie Koleje Państwowe* oraz faktu, iż ww. działalność prowadzi obecnie PKP Cargo S.A.,

- rynek właściwy w przedmiotowej sprawie powinien zostać określony jako krajowy rynek kolejowych przewozów towarów. Zastępowalność poszczególnych rodzajów transportu wobec transportu kolejowego jest na tyle nieznaczna, iż nie pozwala na obronę tezy o sybstitucyjności innych rodzajów przewozów w stosunku do transportu kolejowego. Żegluga śródlądowa oraz morska, transport rurociągowy i lotniczy różnią od transportu kolejowego znacznie większe ograniczenia infrastrukturalne. Mają one także mały udział w transporcie towarów. Około 94 % towarów przewożonych jest bowiem transportem kolejowym i samochodowym. Na brak substytucyjność pomiędzy przewozami kolejowymi a przewozami samochodowymi mają wpływ przede wszystkim takie czynniki jak inna średnia odległość przewozu, inna masa przewożonych towarów oraz inne warunki infrastrukturalne). Nie istnieje także substytucyjność pomiędzy przewozami kolejowymi a przewozami samochodowymi od strony podażowej (przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie transportu samochodowego nie mogą w prosty sposób przestawić się na prowadzenie działalności polegającej na przewozie towarów koleją). Potwierdzeniem braku substytucyjności pomiędzy transportem samochodowym i kolejowym jest również uzasadnienie decyzji Nr

DOK-50/04 oraz DOK-142/04. Krajowy charakter licencji (a wcześniej koncesji wydawanych przez Ministra Infrastruktury) oraz zbliżone warunki konkurencji na całym terytorium RP wskazują na krajowy charakter rynku kolejowych przewozów towarów. W związku z tym, iż PKP S.A., a następnie PKP Cargo S.A. był w zasadzie do 2002 r. jedynym przewoźnikiem w kraju, a nawet obecnie jego udział nie spadł poniżej 85 %, podmiot ten należy uznać za posiadający pozycję dominującą na tak określonym rynku.

2. Argumenty PKP

- dokument *Polityka sprzedaży usług przewozów towarów za rok 2000* określa wielkości upustów od cen taryfowych ustalonych wg Taryfy Towarowej PKP (dalej TT PKP) oraz warunki ich stosowania. PKP stosując ceny niższe od ustalonych w TT PKP ma prawo określić warunki na jakich zgadza się je stosować. PKP nie określiło szczegółowo usług za świadczenie których spedytor może otrzymać upusty od TT PKP aby tą listą nie ograniczać inwencji firm na rynku przewozowym. Z propozycji PKP skorzystała jedynie firma Trade - Trans, która podjęła się organizacji przewozów węgla kamiennego do skoncentrowanych miejsc rozładunku, a następnie organizowała przewóz transportem samochodowym do drobnych odbiorców i była to ewidentnie usługa dodatkowa na rzecz klienta,

- w 1999 r. pogłębiły się trudności płatnicze PKP w tym zaległości w płatnościach za energię elektryczną. Koniecznym stało się zawarcie umów akwizycyjnych z elektrowniami dla umożliwienia stosowania rozliczeń kompensacyjnych, bez pośrednictwa innych przedsiębiorców, co zawsze podraża koszty takich rozliczeń,

- w Polityce akwizycyjnej PKP w roku 1999 i 2000 obowiązywała zasada nie udzielania upustów cenowych spedytorom na przewozy węgla w kraju, za wyjątkiem sytuacji gdy spedytor wykazał, że nastąpiło przejęcie przewozów z transportu samochodowego lub przystąpił do wykonywania usług dodatkowych aktywizujących przewozy kolejowe. Z tej oferty skorzystał tylko jeden spedytor, który podjął się organizacji dostaw koleją do miejsc skoncentrowanego rozładunku, a następnie dostarczania towaru transportem samochodowym dla drobnych odbiorców. Pozostałe przypadki udzielania upustu akwizycyjnego związane były jedynie z przejęciem przewozów węgla kamiennego z transportu samochodowego,

- Przytoczone przez CTL jako materiał dowodowy pisma różnych firm do CTL w sprawie upustów akwizycyjnych na przewozy węgla kamiennego dotyczą upustu akwizycyjnego sezonowego oferowanego w okresie letnim w 2000 r. (CTL załączył pisma takich firm jak: Ewita, Janikowskie Zakłady Sodowe S.A., International Paper – Kwidzyn S.A.). Zasady ustalania promocyjnych upustów akwizycyjnych sezonowych dla przewozów węgla kamiennego wprowadzone zostały Decyzją Naczelnego Dyrektora Kolejowych Przewozów Towarowych CARGO nr 32/00 z dnia 19 maja 2000 r. Na podstawie tej decyzji upustem zostali

objęci nadawcy i odbiorcy węgla kamiennego (w tym również spedytorzy). Jedynym warunkiem jaki miał spełniać każdy przedsiębiorca było zawarcie umowy przewozu. CTL zawarł umowę na sezonowe przewozy węgla z zastosowaniem cen promocyjnych lecz jej nie realizował. Nie wynikało to jednak z winy PKP,

- Carbo Concentrat S.A. i Onyks Sp. z o.o. były płatnikami przewoźnego. Wbrew twierdzeniom wnioskodawcy nie zamieszczenie zapisów umownych, iż Carbo Concentrat S.A. oraz Onyks Sp. z o.o. miały występować jako nadawca lub odbiorca przesyłki nie powodowało, iż podmioty te w rzeczywistości takiej roli nie pełniły. Dowodem na to w stosunku do Onyks Sp. z o.o. są listy przewozowe. Dokumenty potwierdzające prawidłowość działań w stosunku do Carbo Concentrat S.A. z uwagi na upływ obowiązujących terminów do ich przechowywania, uległy natomiast likwidacji.

- przyznanie upustu w wysokości 12 % Zespołowi Elektrociepłowni Łódź S.A. było uzasadnione przejęciem przewozu węgla z transportu samochodowego co było jednym z kryteriów zawartych w polityce akwizycyjnej. W umowie zawartej z Zespołem Elektrociepłowni Łódź S.A. znalazł się bowiem zapis, iż podmiot ten zrezygnuje z przewozów węgla wykonywanych przez innych przewoźników,

- pomiędzy PKP S.A. a PKP Cargo S.A. nie istnieje następstwo prawne. W ustawie o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji Przedsiębiorstwa Państwowego Polskie Koleje Państwowe ustawodawca przewidział sukcesję generalną wyłącznie w stosunku do PKP S.A. Przy powoływaniu spółek przewozowych (w tym PKP Cargo S.A.) ustawodawca przewidział szereg odrębności świadczących o szczególnym trybie tworzenia nowych podmiotów prawa (a nie przekształceniu dotychczasowej spółki). Na spółki przewozowe przeszła jedynie kontynuacja działalności, nie jest to jednakże następstwo prawne. Ponadto ustawodawca nie przeniósł na spółki przewozowe zobowiązań PKP S.A.,

- wnioskodawca nie działa na rynku usług przewozowych, bowiem nie dokonywał zakupu takich usług od PKP S.A. jako nadawca, odbiorca lub spedytor. CTL działa na rynku jako pośrednik finansowy,

- zarzuty CTL skupiają się na indywidualnej sytuacji rynkowej CTL nie uwzględniając założeń ani celu ustawy antymonopolowej, której zadaniem jest ochrona interesu publicznoprawnego,

- rynkiem w przedmiotowej sprawie powinien być szeroko określony rynek przewozu towarów. Do tego rynku zaliczają się wszystkie rodzaje transportu jakimi mogą być przewożone towary tj.: transport samochodowy, transport kolejowy, transport wodny (śródlądowy i przybrzeżny), transport rurociągowy, transport morski oraz transport lotniczy. Najistotniejszy jest transport samochodowy (około 77 % udział w przewozie towarów) oraz kolejowy (około 17 % udział w przewozie towarów). Istnieje zależność pomiędzy przewozami

towarów samochodami a przewozami koleją (klienci transportu kolejowego przechodzą do gałęzi samochodowej i odwrotnie). Rośnie wzrost odległości na jaką przewożone są towary transportem samochodowym i maleje transportem kolejowym. Stan infrastruktury kolejowej nie jest lepszy niż dróg. Rośnie także liczba zarejestrowanych samochodów ciężarowych. Udział PKP Cargo na rynku przewozów ogółem wynosi około 12 %.

W celu dokładnego naświetlenia kwestii spornych pomiędzy stronami postępowania celowe również jest wskazanie na decyzje Prezesa Urzędu z dnia 1 kwietnia 1998 r. Nr DDI-24/98, również dotyczącej kwestii ustalania przez PKP upustów na przewóz towarów koleją. W decyzji tej Prezes Urzędu nakazał Przedsiębiorstwu Państwowemu Polskie Koleje Państwowe zaniechania stosowania praktyk monopolistycznych polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku przewozów towarów koleją w sposób powodujący uprzywilejowanie niektórych przedsiębiorców. Postępowanie w tej sprawie zostało wszczęte na wniosek Tankpol Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. W dniu 26 lutego 1999 r. decyzją Nr DDI-10/99 Prezes Urzędu uznał, iż ww. decyzja została przez PKP wykonana. W uzasadnieniu Prezes UOKiK stwierdził, iż PKP stworzyło ogólne i przejrzyste zasady współpracy z klientami, które nie powodowały nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych spedytorów.

Ponadto należy wskazać, iż w dniu 31 grudnia 2004 r., po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Sped-Pro S.A., decyzją Nr DOK-142/2004 Prezes Urzędu uznał m.in. za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającą na stosowaniu w podobnych umowach z kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji poprzez nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, w wyniku przyznawania przez PKP Cargo S.A. w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów i nakazał jej zaniechania

II. W oparciu o przedstawiony stan faktyczny organ antymonopolowy zważył, co następuje

Na wstępie należy wskazać, iż w dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331). Przepis art. 131 ust. 1 tej ustawy stanowi jednak, iż do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i niezakończonych do dnia wejścia w życie przepisów nowej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Biorąc pod uwagę fakt, iż niniejsze postępowanie było prowadzone na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, należy stwierdzić, iż powinno być ono również kontynuowane w oparciu o przepisy tej właśnie ustawy. W oparciu

o przepisy tej ustawy powinny również zostać ocenione w decyzji kończącej to postępowanie kwestionowane działania PKP Cargo.

Interes publicznoprawny

Stosownie do art. 1 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*¹, ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Powyższy przepis wskazuje, iż ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* należy do dziedziny prawa publicznego i jako taka powinna mieć zastosowanie w sytuacji zagrożenia interesu publicznego, a nie interesu jednostkowego. Takie też stanowisko prezentuje orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wcześniej Sądu Antymonopolowego). Zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa UOKiK przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes jednostki, czy też grupy (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 27 czerwca 2001 r., sygn. akt XVII Ama 92/00).

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreślał, iż ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni interes publiczny, co wynika z treści art. 1 ust. 1 powołanej ustawy: „*Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów*”. Powyższa regulacja znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Zdaniem Sądu, pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze stałym i jednolitym. W każdej sprawie powinien on być ustalony i konkretyzowany, co do swych wymagań. Organ administracji publicznej - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - powinien w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji być rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej. „Publiczny” znaczy dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie ustalenie przez wyżej wymieniony organ administracji, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego nie zaś jednostki, czy też grupy. Działaniami antykonkurencyjnymi są jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki (rynku). Celem ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie jest ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy.²

¹ wszędzie tam gdzie od niniejszego fragmentu jest mowa o ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*, należy przez to rozumieć ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. XVII Ama 133/2001.

Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wypowiada się na temat art. 1 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Stosownie do treści tego przepisu, ww. ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywołać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje zatem zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony był interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Ustawa chroni zatem konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać zaś jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy (konsumenta), lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Ingerencja organów działających na podstawie ustawy antymonopolowej uzasadniona jest tylko wówczas, gdy służy ochronie tak pojętej konkurencji. Celem ustawy nie jest więc ochrona indywidualnego przedsiębiorcy, gdyż indywidualne prawa podmiotowe uczestników obrotu gospodarczego podlegają ochronie w trybie dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym, bądź przed sądem administracyjnym.³

W jednym z wydanych przez Sąd Najwyższy wyroków (z dnia 24 lipca 2003 r. sygn. akt I CKN 496/01), sąd ten jednakże stwierdził, iż: *„W rozpoznawanej sprawie, przy dokonywaniu oceny czy doszło do naruszenia lub zagrożenia zasady wolnej konkurencji na rynku relewantnym, nie można poprzestać na zbadaniu sytuacji ewentualnego pokrzywdzenia bezpośrednich kontrahentów przedsiębiorcy dominującego na tym rynku. Potrzebne jest tu spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania przedsiębiorstwa odbijają się na interesach członków spółdzielni (konsumentach), a nie tylko jej samej, jako bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa. Ten szerszy kontekst naruszenia interesów także członków spółdzielni, dotkniętych pośrednio działaniem powoda naruszają interes o charakterze ogólniejszym – publicznoprawnym, a nie jak przyjął Sąd Antymonopolowy, odnoszą się najwyżej do interesu grupy konsumentów.”*

Uzasadniając naruszenie przez PKP Cargo interesu publicznoprawnego, należy odnieść się do zarzucanych temu przedsiębiorcy przez CTL działań. CTL zarzucił PKP stosowanie w umowach przewozu niejednorodnych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP w wyniku przyznania niektórym podmiotom wyższych upustów na przewóz węgla i miału

³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 lutego 2003 r. XVII 38/02.

węglowego.

W przypadku tego zarzutu, w ocenie organu antymonopolowego zasadne jest twierdzenie, iż naruszony został również interes publicznoprawny. Warunki dotyczące upustów występują bowiem we wszystkich umowach zawieranych przez PKP Cargo ze swoimi kontrahentami. Różnicowanie tego warunku w stosunku do poszczególnych kontrahentów, bez uzasadnionych powodów, bez wątplenia narusza konkurencję, a w efekcie narusza również interes publiczny. W zawieraniu w podobnych umowach różnych warunków kontraktowych, należy również dopatrzeć się powszechności. Z tych względów, zdaniem organu antymonopolowego, można uznać, że działania ze strony PKP dotyczą wszystkich kontrahentów PKP - zarówno obecnych, jak i potencjalnych - a pośrednio również szerokiego grona konsumentów, jako nabywców końcowych poszczególnych towarów i usług, na których ostateczne ceny mają wpływ koszty transportu kolejowego.

Reasumując, organ antymonopolowy, uznał, iż w przedmiotowej sprawie interes publicznoprawny występuje.

Rynek właściwy (relewantny).

Przepis art. 4 pkt 8 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* definiuje pojęcie rynku właściwego, jako rynku towarów (usług), które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty (aspekt produktowy) oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (aspekt geograficzny).

W przedmiotowej sprawie organ antymonopolowy uznał, iż rynkiem właściwym jest krajowy rynek przewozów towarów kolejną. Podzielił zatem argumentację w tym zakresie przedstawioną przez wnioskodawcę. Uzasadniając powyższe należy wskazać co następuje.

a) aspekt produktowy

Towary mogą być przewożone różnymi rodzajami transportu. Obok transportu kolejowego, wymienić należy tutaj transport drogowy, rurociągowy, lotniczy oraz żeglugę morską i śródlądową. Zebrane przez Prezesa UOKiK poniższe dane wskazują na masę przewożonych towarów, średnie odległości na jakich są one transportowane oraz na udział poszczególnych rodzajów przewozów w transporcie ogółem⁴:

⁴ Opracowanie na podstawie danych Głównego Urzędu Statystycznego: Transport – wyniki działalności w 2002 r.

Tabela nr 1

Rodzaj transportu	Tony (w tys.)	Tonokilometry (w mln)	Średnia odległość przewozu 1 tony ładunku w km
Ogółem	1 304 387	248 685	
Transport kolejowy (w tym normalnotorowy)	222 908 222 883	47 756 47 755	214
Transport samochodowy, w tym zarobkowy (dane częściowo szacunkowe)	1 002 368 344 997	74 679 50 422	75
Transport rurociągowy	46 132	20 854	452
Śródlądowy transport wodny (łącznie z transportem przybrzeżnym)	7 729	1 126	146
Transport morski (statkami własnymi i dzierzawionymi)	25 222	104 190	4 131
Transport lotniczy (rozkładowy i pozarozkładowy)	28	80	2 864

W Polsce przewóz towarów jest prowadzony głównie w drodze transportu samochodowego i kolejowego, które razem realizują około 94% tonażu całości przewozów ładunków. Zgodnie z danymi publikowanymi przez Główny Urząd Statystyczny, w okresie od roku 1995 do 2002 łączny udział obu gałęzi w rynku przewozów ładunków w Polsce pozostawał zasadniczo niezmienny, wahania udziałów każdej z gałęzi wynosiły średnio 3%, co obrazuje niżej zamieszczona tabela⁵:

⁵ Opracowanie na podstawie: Główny Urząd Statystyczny: Transport – wyniki działalności w 2002 r., Str. 34

Tabela nr 1

Rodzaj transportu	Udział w % galezi transportu w wymianie towarowej w latach					
	1995	1998	1999	2000	2001	2002
Ogółem	100	100	100	100	100	100
Transport kolejowy	16,3	15,2	14,1	13,9	12,7	17,1
Transport samochodowy	78,7	79,2	80,4	80,3	81,4	76,9
Transport lotniczy	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Transport rurociągowy	2,4	3,0	3,2	3,3	3,4	3,5
Żegluga śródlądowa	0,7	0,7	0,6	0,8	0,8	0,6
Żegluga morska	1,9	1,9	1,7	1,7	1,7	1,9

Spośród ww. rodzajów transportu, żeglugę śródlądową oraz morską, transport rurociągowy i lotniczy cechują znaczne ograniczenia infrastrukturalne, wpływające na małą dostępność tego typu usług oraz stosunkowo niewielką elastyczność przy zmianie relacji, co powoduje, iż usługi transportu kolejowego nie są substytucyjne w stosunku do wymienionych innych rodzajów transportu.

Żegluga śródlądowa ograniczona jest zasięgiem i biegiem szlaków wodnych. Większość rzek w Polsce nie posiada również odpowiedniej infrastruktury do prowadzenia sprawnego transportu barkami na całej długości rzek, co sprawia, iż ten rodzaj transportu stanowi marginalną część transportu towarów ogółem w Polsce.

Podobnie ograniczone znaczenie ma żegluga morska, która może być substytutem dla innych rodzajów transportu jedynie w odniesieniu do połączeń między portami wzdłuż linii wybrzeża. Jednakże np. większość transportu towarowego surowców w Polsce odbywa się w relacjach od miejsca, gdzie dany surowiec jest wydobywany, do zakładów przetwórczych. Jak powszechnie wiadomo, główne ośrodki przemysłowe znajdują się w południowej i centralnej części Polski. Podkreślenia wymaga fakt, że mimo stosunkowo niskich kosztów transportu wodnego, jego udział nie przekracza 2,5 %.

Jeszcze bardziej marginalnym rodzajem transportu pozostaje transport lotniczy. Spowodowane to jest przede wszystkim wysokimi kosztami stałymi oraz słabo rozbudowaną infrastrukturą lotniczą w Polsce. Jest również oczywiste, iż towarów nie można przewozić bezpośrednio z punktu nadania do ostatecznego punktu odbioru wyłącznie za pomocą tego rodzaju transportu. Konieczność dostarczania przewożonego towaru na lotnisko i odbioru z lotniska za pomocą innych środków transportu, czyni transport lotniczy, szczególnie w odniesieniu do towarów masowych, skomplikowanym i bardziej kosztownym od innych możliwości przewozu towarów.

Transport rurociągowy, podobnie jak żegluga śródlądowa, ma również ściśle ograniczony, przez swoją sieć, zasięg geograficzny. Dodatkowo należy wskazać, iż za pomocą rurociągów można transportować tylko określone grupy towarów.

Porównując natomiast kolejowy i samochodowy transport towarów należy zwrócić uwagę na przedstawione w tabeli nr 1 dane dotyczące średniej odległości (w km) przewozu 1 tony ładunku, które świadczą, iż transport samochodowy ma w większym stopniu charakter lokalny (średnia odległość przewozu - 75 km, przy 214 km w transporcie kolejowym). Porównanie tych wskaźników z przewozem w tonokilometrach prowadzi do wniosku, iż transport koleją towarów charakteryzuje się również znacznie większą masą przewożonych towarów.

Koleją przewozi się w większości towary, których transport następuje w ilościach masowych (węgiel, koks, kruszywa). Jest to jedna z istotniejszych cech charakterystycznych dla transportu towarów koleją, wskazująca na brak substytucyjności poszczególnych rodzajów transportu w stosunku do transportu kolejowego.

W tym miejscu organ antymonopolowy chciałby również wskazać, iż na brak sybstitutywności pomiędzy transportem kolejowym, a transportem samochodowym wskazywało również badanie rynku kolejowego przeprowadzone w trakcie czynności dodatkowych w ramach odwołania PKP Cargo S.A. od decyzji Prezesa Urzędu Nr DOK-50/04 z dnia 17 czerwca 2004 r. Znalazło to z kolei odzwierciedlenie w innych decyzjach organu antymonopolowego dotyczących spraw związanych z przewozem towarów koleją⁶.

Uzyskane informacje w ramach ww. czynności dodatkowych wskazywały jednoznacznie na istnienie uwarunkowań świadczących o wyłącznej możliwości stosowania transportu kolejowego. Kontrahenci wskazywali na następujące przyczyny takiego stanu rzeczy:

- brak możliwości technicznych transportu innym środkiem komunikacji,
- zbyt dużą ilość oraz masę przewożonych ładunków,
- niższą cenę transportu kolejowego,
- masowy charakter przewożonych towarów,
- przystosowanie infrastruktury odbiorcy bądź nadawcy wyłącznie do transportu kolejowego,
- szybszy i tańszy załadunek / wyładunek na wagony towarowe,
- posiadanie odpowiednich wagonów do transportu towarów,
- duże odległości na jakie przewożone są towary tych przedsiębiorców,
- pewność dostaw,
- charakterystykę załadunku w portach morskich oraz rzecznych,

⁶Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04; Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2005 r. Nr DOK-172/05.

- brak ofert ze strony transportu samochodowego, które mogłyby zastąpić ofertę PKP Cargo pod względem kompleksowości oraz atrakcyjności cenowej,
- brak szybkiej możliwości całkowitej lub częściowej rezygnacji z usług transportu kolejowego nie pociągającej za sobą dużych kosztów finansowych.

Konkurenci PKP Cargo S.A., a więc licencjonowani przewoźnicy kolejowi potwierdzili z kolei, iż rozpoczęcie działalności przewozowej wiąże się ze spełnieniem szeregu wymagań, które stanowią swoiste dla tego rynku bariery wejścia. Wskazali na następujące bariery wejścia na rynek:

- uzyskanie licencji,
- uzyskanie świadectwa bezpieczeństwa,
- uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji pojazdów szynowych,
- posiadanie struktury nadzoru nad bezpieczeństwem transportu,
- zatrudnianie pracowników z odpowiednimi kwalifikacjami,
- organizacja specjalistycznych szkoleń i egzaminów dla zatrudnianych pracowników,
- uzyskanie zgody zarządców infrastruktury na przejazd,
- koszty uzyskania ww. uprawnień,
- koszty zakupu taboru, znacznie wyższe niż w przypadku taboru samochodowego,
- koszty obligatoryjnych napraw taboru,
- koszty dostępu do infrastruktury kolejowej.

Licencjonowani przewoźnicy kolejowi potwierdzili, iż szybka i niepociągająca za sobą dodatkowych kosztów zmiana przedmiotu działalności z przewozów kolejowych towarów na inny rodzaj transportu nie jest możliwa. Nie pozwalają na to posiadany przez tych przedsiębiorców tabor, kadry, uprawnienia, a także umowy handlowe z kontrahentami.

Z odpowiedzi na ankiety wysłane do producentów taboru kolejowego i samochodowego wynikało, iż ceny taboru kolejowego są znacznie wyższe niż taboru samochodowego, niezależnie czy tabor jest nowy, czy używany. Zupełnie inna jest też dostępność do taboru samochodowego. Znacznie łatwiej znaleźć i dokonać zakupu odpowiedniego taboru samochodowego. Podkreślenia wymaga też fakt stosunkowo wysokich kosztów obowiązkowej naprawy taboru kolejowego.

Pismo Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad potwierdziło istnienie całkowicie innych ograniczeń prawnych i faktycznych dotyczących poruszania się pojazdów ciężarowych na terenie Polski w porównaniu z infrastrukturą kolejową. Jednocześnie podkreślono słaby stan infrastruktury dróg krajowych oraz przepustowość utrudniającą lub uniemożliwiającą dalszy rozwój transportu samochodowego w Polsce.

Górnicza Izba Przemysłowo-Handlowa wskazała natomiast na następujące fakty wskazujące jednoznacznie na brak możliwości zastąpienia transportu kolejowego samochodowym w zakresie transportu węgla, co próbowało PKP

Cargo negować w odwołaniu:

- całkowicie inna infrastruktura wykorzystywana do załadunku węgla na wagony kolejowe i samochody ciężarowe,
- infrastruktura do załadunku na samochody ma znacznie mniejsze zdolności załadunkowe i nie jest w stanie zapewnić ciągłości ruchu kopalni,
- koszt załadunku węgla na samochody jest około 2,5 razy wyższy od kosztu załadunku na wagony towarowe,
- możliwość formowania na terenie bocznic kopalnianych składów całopociagowych (powyżej 800 ton),
- z transportu samochodowego korzystają wyłącznie małe przedsiębiorstwa nie posiadające własnej infrastruktury rozładunkowej, zużywające stosunkowo niewielkie ilości węgla oraz odbiorcy indywidualni.

Kopalnie i zakłady górnicze wskazały, iż załadunek z kopalń węgla na samochody ciężarowe stanowi jedynie około 10 % produkcji. Całkowicie inna infrastruktura służy do załadunku na samochody ciężarowe i inna na wagony towarowe, co jednocześnie warunkuje niemożność zmiany struktury załadunkowej węgla z kolejowej na samochodową. Podkreślano także znacznie gorszą wydajność urządzeń do załadunku na samochody oraz konieczność zapewnienia systematycznej wysyłki węgla z bieżącej produkcji.

Opinie niezależnych ekspertów pozwoliły wyróżnić cechy charakterystyczne transportu kolejowego towarów. Są to:

- masowy charakter przewożonych towarów – na co wskazuje dominacja przewozów o charakterze całopociagowym oraz większa ładowność wagonów towarowych (60 ton) względem ciężarówek (do 30 ton),
- wysokie bariery wejścia na rynek – co potwierdzone zostało następującymi argumentami: małą liczbą przewoźników, ograniczeniami ustawowymi, niską dostępność oraz wysokie koszty zakupu taboru,
- bezpieczeństwo przewozu – wskazuje na to dokonywanie tych przewozów drogą kolejową pomimo wysokich stawek przewozowych,
- odmienność infrastruktury technicznej do obsługi załadunku i wyładunku kolejowego i samochodowego zarówno przy transporcie węgla, żwirów, paliw ciekłych, jak i innych towarów o charakterze masowym,
- wyższe koszty jednostkowe wytwarzania usług środkami transportu samochodowego w zakresie przewożenia towarów o niskiej wartości na znaczne odległości – eksperci jednoznacznie stwierdzili, iż transport samochodowy charakteryzuje się przewozem na małych i średnich odległościach.

Powyższe argumenty wskazują na brak substytucyjności od strony podażowej, gdyż inni przewoźnicy z sektora samochodowego nie mogą w łatwy sposób zmienić profilu działalności na sektor kolejowy, inne są również bariery wejścia na poszczególne rynki. Argumenty te wskazują równocześnie, iż brak jest także substytucyjności od strony popytowej pomiędzy przewozem towarów koleją, a przewozem towarów innymi środkami transportu, w szczególności transportem samochodowym.

Należy również podkreślić, iż takie stanowisko jest zgodne nie tylko z dotychczasowym stanowiskiem organu antymonopolowego w tej kwestii⁷. Również dotychczasowe orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przemawia za takim określeniem rynku właściwego. W wyroku z dnia 26 lutego 2007 r. sygn. akt XVII Ama 41/06 Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał, iż „w orzecznictwie sądowym (wyrok SN z 7 maja 2004 r. sygn. II SK 38/04 jest prezentowany pogląd, że przy wyborze danego towaru (usługi) powinno być stosowane kryterium wymienialności funkcjonalnej. W ww. wyroku SN uznał za rynek produktowy w przewozach osób rynek usług przewozowych kolejną obejmujących przewozy pociągami ekspresowymi, Intercity, Eurocity i wagonami sypialnymi, nie włączył do tego rynku przewozów pociągami pośpiesznymi i autobusami pomimo stwierdzenia pewnej wymienialności pomiędzy przewozami pociągami pośpiesznymi i autobusowymi a przewozami kwalifikowanymi. Istnieje pewien zakres wymienialności przewozów kolejowych i samochodowych w odniesieniu do przewozów węgla, kruszyw (głównych towarów przewożonych kolejną), ale występują w marginalnych ilościach i wobec tego nie są to towary jednorodne umożliwiające zaliczenie do tego samego rynku produktowego. Komisja Europejska w orzeczeniu z dnia 19 marca 2002 r. (VTG/Warburg/Bcambles European Rail division dziennik urzędowy Nr C 106 z dnia 3 maja 2002 r.) w sprawie dotyczącej zamiaru połączenia przedsiębiorców, które działały w różnych obszarach logistyki transportu, w szczególności zajmowały się powierzaniem cystern kolejowych większym klientom działającym w przemyśle i spedytorom nie podzieliła poglądu stron, że transport kolejowy, drogowy śródlądowy i via Pipeline tworzą jeden rynek. PKP Cargo S.A. zarzucił, że Prezes UOKiK wyznaczając rynek właściwy nie uwzględnił okoliczności, że w najbliższej przyszłości konkurentami będą zachodni przewoźnicy kolejowi a zatem, że nie został uwzględniony kontekst ekonomiczny, czyli aspekt czasowy. Zarzut ten należy uznać za niezasadny albowiem nie jest oparty na faktach tylko na ewentualnych przypuszczeniach co do dalszej sytuacji przedsiębiorców świadczących przewozy. Sąd Okręgowy podzielił ustalenia Prezesa UOKiK, że rynkiem właściwym w sprawie jest rynek przewozów kolejną”.

a) aspekt geograficzny

Określając geograficzny wymiar rynku, organ antymonopolowy uznał, iż zbliżone warunki konkurencji występują na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a zatem pozycję PKP Cargo należy określić na tym właśnie rynku. Zawężając obszar geograficzny rynku do terytorium Polski, organ antymonopolowy wziął pod uwagę poniższe informacje.

⁷ Decyzja Prezesa Urzędu Nr DOK-50/04 z dnia 17 czerwca 2004 r., Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04; Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2005 r. Nr DOK-172/05.

Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 96, poz. 591 z późn. zm.) wskazywała w art. 10 ust. 5, iż „udostępnianie linii kolejowych zagranicznemu przewoźnikowi kolejowemu następuje, jeżeli tak stanowi umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną”. Na podstawie tej ustawy koncesje na wykonywanie przewozów kolejowych wydawane były przez Ministra Infrastruktury przewoźnikom kolejowym na czas określony, przy zastosowaniu ograniczeń obszarowych lub asortymentowych. Wskutek powyższego, ustawa ta sankcjonowała bariery prawne, które nie pozwalały zagranicznym przewoźnikom kolejowym prowadzić działalności na terytorium Polski. Następnie ww. ustawa została uchylona ustawą z dnia 29 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.). Ten akt prawny zastąpił obowiązek uzyskania koncesji koniecznością zdobycia licencji, wskazując jednocześnie jako organ regulacyjny odpowiedzialny za wydawanie licencji, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Art. 43 ust. 3 ww. ustawy określa, iż potwierdzeniem zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego są również licencje wydane przez właściwe władze innych państw członkowskich Unii Europejskiej. Pomimo jednak istnienia tego przepisu, którego wprowadzenie było uzasadnione koniecznością dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej, konkurencja na rynku przewozów towarowych koleją nie uległa znaczącemu wzmocnieniu. Stało się to głównie z uwagi na fakt, iż w zakresie transportu kolejowego Polska uzyskała okres przejściowy do 31 grudnia 2006 r., w odniesieniu do dyrektywy 91/440 zmienionej dyrektywą 2001/12, określających zasady dostępu dla licencjonowanych przedsiębiorstw kolejowych do sieci Transeuropejskich Kolejowych Sieci Towarowych TERFN (Trans-european Rail Freight Network) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz odnośnie zobowiązania do udostępnienia rocznej ogólnej zdolności przepustowej licencjonowanym przedsiębiorstwom kolejowym w wysokości 20%. Jednocześnie Polska zobowiązana została do przyznania międzynarodowym przedsiębiorstwom kolejowym i przedsiębiorstwom wykonującym przewozy kombinowane, nieograniczonego dostępu do polskiej sieci kolejowej w celach wykonywania przewozów międzynarodowych i tranzytu. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż z dniem akcesji Polski do Unii Europejskiej nie nastąpiła pełna liberalizacja rynku towarowych przewozów kolejowych i w znaczący sposób nie zmieniła się pozycja PKP Cargo na tym rynku.

Można dywagować czy od 1 stycznia 2007 r. rynek właściwy w przedmiotowej sprawie w aspekcie geograficznym nie powinien zostać rozszerzony, z uwagi jednak na fakt, iż rozstrzygnięcie przedmiotowej decyzji obejmuje okres do 2002 r., byłoby to zdaniem organu antymonopolowego bezprzedmiotowe.

Reasumując, na potrzeby niniejszej decyzji, obszar Polski należy uznać za obszar, na którym panują zbliżone warunki konkurencji w wykonywaniu kolejowych przewozów towarowych.

Pozycja dominująca PKP Cargo S.A.

Jak już wskazano powyżej w chwili wszczynania postępowania PKP było jedynym podmiotem świadczącym usługi w zakresie przewozu towarów kolejną na rynku krajowym i sytuacja ta nie zmieniła się w zasadzie do 2002. W okresie tym PKP bezsprzecznie posiadało zatem pozycję dominującą na tak określonym rynku.

Z informacji posiadanych przez organ antymonopolowy wynika również, iż pomimo, że w 2003 r. rozpoczęli działalność inni przewoźnicy kolejowi, udział PKP Cargo w każdym roku trwania niniejszego postępowania znacznie przekraczał 40 % próg z którym ustawa o *ochronie konkurencji i konsumentów* wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej. Z uwagi jednak na merytoryczne rozstrzygnięcie przedmiotowej decyzji, obejmujące okres do 2002 r., ustalanie pozycji dominującej PKP Cargo w roku 2003 oraz latach późniejszych byłoby bezprzedmiotowe.

Kwestia naruszenia zakazu określonego w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zdaniem organu antymonopolowego uzasadnione jest podzielenie zarzutu stawianego PKP Cargo przez CTL w sprawie różnicowania przez PKP Cargo upustów przyznawanych na przewozy węgla na dwie grupy, a mianowicie na:

1. zarzut dotyczący umów specjalnych (akwizycyjnych) oraz
2. zarzut dotyczący umów wieloletnich

Wyjaśnić należy, iż składając wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego CTL nie wyodrębnił w nim zarzutów dotyczących umów specjalnych oraz umów wieloletnich. We wniosku CTL zarzuciło generalnie PKP różnicowanie kontrahentów w zakresie przyznawania upustów. Podkreślić jednak należy, iż w chwili składania wniosku PKP świadczyło przewozy na podstawie zasad ogólnych tzn. na podstawie Taryfy Towarowej oraz na podstawie umów specjalnych, przy czym upusty przyznawane były jedynie kontrahentom korzystającym z usług przewozowych na podstawie umów specjalnych. W trakcie toczącego się postępowania w 2002 r., PKP Cargo wprowadziło również możliwość korzystania z usług przewozowych na podstawie umów wieloletnich. W ramach tych umów kontrahenci także mieli możliwość otrzymywania upustów. Zarzut dotyczący różnicowania upustów obejmuje swoim zakresem zatem zarówno kwestie związane z umowami specjalnymi jak i umowami wieloletnimi. W przypadku natomiast świadczenia usług przewozowych na podstawie zasad ogólnych (Taryfy Towarowej), jak wskazano powyżej, upusty nie były przyznawane.

W ocenie organu antymonopolowego z uwagi na różnice występujące pomiędzy ww. rodzajami umów tj. umowami specjalnymi a umowami wieloletnimi (czas obowiązywania, obowiązki i prawa kontrahentów oraz przewoźnika), podział zarzutu podnoszonego przez CTL wskazany powyżej

wydaje się uzasadniony.

Ad 1) Zarzut nadużywania pozycji dominującej przez PKP Cargo S.A. poprzez stosowanie w umowach przewozu niejednorodnych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP Cargo S.A. w wyniku przyznania niektórym podmiotom w ramach umów akwizycyjnych (specjalnych) wyższych upustów na przewóz węgla i mialu węglowego, niż te które zostały przyznane CTL w świetle art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Praktyka ograniczająca konkurencję, określona w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polega na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji. Udowodnienie stosowania praktyki określonej w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wiąże się zatem z wykazaniem – oprócz posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę ją stosującego - trzech przesłanek, a mianowicie:

- 1) umowy będące przedmiotem porównań muszą być podobne,
- 2) ma miejsce stosowanie uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów stwarzających przedsiębiorcom zróżnicowane warunki konkurowania.

W ocenie organu antymonopolowego, ww. działania PKP kwestionowane przez CTL spełniają przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Uzasadniając powyższe wskazać należy co następuje.

Na wstępie należy podkreślić, iż kryteria, w oparciu o które PKP udzielało upustów na przewozy węgla, są w znacznej mierze nieobiektywne. *Polityka sprzedaży usług przewozowych PKP z 1999 r. i 2000 r.* uzależniała przyznawanie upustów na przewóz węgla kamiennego i mialu węglowego w przewozie krajowym od spełnienia dwóch warunków tj. zagrożenia przejścia przewozów przez transport samochodowy oraz oferowania dodatkowych usług spedycyjnych. Zgodzić się należy ze stwierdzeniem wnioskodawcy, iż przesłanki przyznawania upustów określone zostały celowo przez PKP w sposób na tyle ogólny i elastyczny, że dawały możliwość temu podmiotowi podejmowania arbitralnych decyzji w tym zakresie. W ocenie organu antymonopolowego PKP uzależniając przyznawanie upustów na usługi przewozowe spedytorom od zagrożenia przejścia przewozów przez transport samochodowy oraz świadczenia przez nich usług dodatkowych powinna była wyraźnie określić w jakich sytuacjach uważa, iż może dojść do zagrożenia przejścia przewozów przez transport samochodowy oraz jakie usługi dodatkowe będą przez ten podmiot brane pod uwagę.

PKP powinna była także określić przyznawanie jakiej wysokości upusty wiążą się z ww. sytuacjami. Brak takiego określenia wiązać się może bowiem z faworyzowaniem niektórych podmiotów. W tym miejscu można przytoczyć wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 8 marca 2003 r. sygn. Akt XVII Ama 61/99 w którym Sąd ten stwierdził, iż stanowi praktykę monopolistyczną dostawcy wody różnicowanie sytuacji wspólnot mieszkaniowych, bez podania w tym względzie jednolitych i czytelnych kryteriów. Również w wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 3 czerwca 1998 r. sygn. akt XVII Ama 7/98, Sąd ten zanegował stosowanie systemu punktacji, który w jego ocenie był dowolny. Sąd ten stwierdził, iż „brak jest bowiem kryteriów od spełnienia których należy przyznanie dealerowi konkretnej ilości punktów. Pozwala to „D” na zbyt daleką uznaniowość i dowolność w kwalifikowaniu zgłaszających się do współpracy dealerów do grupy „A”, z czym wiąże się uzyskanie dodatkowych korzyści. Zdaniem Sądu, opisany system jest nieczytelny i przynajmniej potencjalnie stwarza możliwość niedopuszczenia części przedsiębiorców do grupy „A”. Tym samym utrudnia im wejście lub utrzymanie dotychczas zajmowanej pozycji na rynku”.

Dodatkowo można również wskazać na decyzję Komisji Europejskiej w sprawie *Michelin*, podtrzymaną następnie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS). Zdaniem Komisji, ustalony system rabatów musi być jasno potwierdzony dla każdego dealera, kiedy umowa sprzedaży jest prezentowana i zatwierdzana. W wyżej wymienionym orzeczeniu stwierdzono m.in., iż brak przejrzystości (transparentności) w systemie przyznawania upustów jest czynnikiem, sprawiającym, iż stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej jest bardziej prawdopodobne⁸.

Konkludując, należy zatem stwierdzić, iż już same czynniki brane pod uwagę przez PKP przy ustalaniu wysokości upustów, były w dużej mierze subiektywne. Sprawiały one bowiem, iż wysokość przyznanych przez PKP upustów, zależała od subiektywnej oceny tego podmiotu. Powodowało to w oczywisty sposób, iż udzielane przez PKP upusty, mogły nie być obiektywnie uzasadnione.

Abstrahując od powyższego należy wskazać, iż CTL przedstawiło również dowody wskazujące na różnicowanie przez PKP upustów udzielanych kontrahentom na przewozy węgla.

Z materiału zgromadzonego w sprawie wynika, iż upust w wysokości 12 % na przewozy węgla otrzymał Zespół Elektrociepłowni Łódź S.A. Jak wykazał to wnioskodawca w relacjach przewozowych do Zespołu Elektrociepłowni Łódź S.A. nie istniała jednak groźba zastąpienia transportu kolejowego transportem samochodowym. W takiej sytuacji konieczny byłby bowiem transport przez drogi położone w aglomeracji łódzkiej około 130 samochodów ciężarowych dziennie.

⁸ Richard Whish, *Competition Law. Fifth Edition* wyd. Lexis Nexis str. 700; również OJ[1981] L353/33, [1982] 1 CMLR 643, 322/81 [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282.

Zespołu Elektrociepłowni Łódź S.A. nie korzystał również z transportu samochodowego. Analogicznie przedstawiała się sytuacja w przypadku Onyks Sp. z o.o. Jak wykazał to wnioskodawca podmiot ten również nie byłby w stanie zapewnić obsługi przewozu około 20 samochodów ciężarowych dziennie (do przewiezienia 200 000 ton potrzeba dziennie średnio około 18 samochodów, a uwzględniając fakt, iż węgiel wozi się głównie sezonowo tj. w okresie jesienno – zimowym nawet 33 samochody). PKP nie przedstawiło natomiast żadnych argumentów wskazujących na zagrożenie przejęcia przewozów przez transport samochodowy w relacjach przewozowych do tych podmiotów, pomimo, że podmioty te, chcąc otrzymać upusty takie zagrożenia powinny były wykazać. Zdaniem organu antymonopolowego świadczy to o niejednolitym traktowaniu kontrahentów przez PKP.

Zgodzić się również należy z wnioskodawcą, iż o nierównym traktowaniu kontrahentów przez PKP świadczył również zapis pkt 3.5.2. lit. c *Polityki sprzedaży usług przewozów towarowych z 2000 r.* przewidujący możliwość przyznania upustów nadawcy lub odbiorcy za okres poprzedni, w którym nie był on płatnikiem przewoźnego, czyli za okres w którym należności nadawcy lub odbiorcy regulowała osoba trzecia. Oznacza to bowiem przyznanie zniżki za okres w którym nadawca lub odbiorca byli obsługiwani np. przez spedytora i korzystali z jego zniżki. Jednocześnie okresu tego nie zaliczało się do podstawy obliczenia zniżki służącej spedytorowi, co pozbawiało go niejako korzystania z praw nabytych.

Nie można zgodzić się również z argumentem PKP, iż z powodu pogłębienia się w 1999 r. trudności płatniczych PKP za energię elektryczną koniecznym stało się zawarcie umów akwizycyjnych z elektrowniami dla umożliwienia stosowania rozliczeń kompensacyjnych bez pośrednictwa innych przedsiębiorców, co podrażało koszty takich rozliczeń. W okresie tym nie było bowiem możliwości bezpośredniego zakupu energii elektrycznej (bez udziału Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. oraz spółek dystrybucyjnych) z elektrowni. Elektrownie nie mogły się zatem bezpośrednio rozliczać się z odbiorcami energii elektrycznej, w tym także i z PKP.

W dotychczasowych wypowiedziach przedstawicieli doktryny oraz orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK, dawniej Sądu Antymonopolowego), podnoszono wielokrotnie, iż podmiot o pozycji dominującej na rynku, powinien zasadniczo stosować takie same ceny, w stosunku do wszystkich swoich kontrahentów. Różnicowanie cen musi mieć uzasadnienie ekonomiczne, w szczególności wynikać z kosztów sprzedaży lub dostawy towarów (usług). Różnicowanie cen może mieć wprawdzie miejsce, jednak jego kryteria powinny być jednolite i dostępne dla wszystkich kontrahentów.⁹ A zatem różnicowanie cen może mieć miejsce wtedy, kiedy istnieją obiektywne powody uzasadniające stosowanie przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą

⁹ S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz C.H. Beck Warszawa 1996 str. 127.

różnych cen wobec różnych kontrahentów. Takim powodem nie może być natomiast w ocenie organu antymonopolowego przyznawanie upustów w zależności czy występuje się w roli nadawcy lub odbiorcy przesyłki i nie przyznawanie upustów w sytuacji kiedy występuje się w roli spedytora (pośrednika cenowego). Nie wpływa to bowiem na koszty świadczenia przez PKP usług przewozowych. Z dokumentów przedstawionych przez PKP wynika zresztą, iż np. w przypadku Onyks Sp. z o.o., pomimo że podmiot ten występował w roli odbiorcy to w rzeczywistości nie odbierał przewożonego towaru.

Należy podkreślić, iż powyższe stanowisko odnośnie cen, ma w pełni zastosowanie w odniesieniu do upustów, które wpływają przecież bezpośrednio na ostateczną wysokość ceny.

Jak widać zatem z powyższych przykładów, przyznawanie upustów przez PKP Cargo było w dużej mierze uznaniowe.

W wyroku z dnia 13 marca 2002 r. sygn. akt XVII Ama 23/01 Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż stosowanie niejednorodnych cen z tytułu najmu nie świadczy jeszcze o stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję. Różne traktowanie odbiorców może być bowiem uzasadnione (...) ponoszonymi przez przedsiębiorstwo nakładami (...). W ocenie organu antymonopolowego stosowane przez PKP zasady przyznawania upustów jak i faktycznie przyznawane upusty, nie spełniają jednakże tych kryteriów. Warunki umów specjalnych - w ramach których przyznawane były upusty - nie różnią się bowiem od siebie co do obowiązków nałożonych na kontrahentów, które mogłyby wpływać na koszty ponoszone przez PKP przy świadczeniu usług przewozowych i wpływać tym samym na wysokość przyznawanych upustów. Jak wykazano natomiast powyżej, przesłanki zagrożenia przejścia przewozów przez transport samochodowy oraz oferowania dodatkowych usług spedycyjnych oceniane były przez PKP arbitralnie.

Oczywiste jest, iż w wyniku uzyskania niższych upustów, dyskryminowane podmioty mają gorsze warunki konkurowania z podmiotami, które uzyskały upusty w wyższej wysokości. Wpływa to bowiem w bezpośredni sposób na koszty prowadzonej przez nich działalności. CTL np. nie otrzymując upustów nie będzie w stanie zaoferować swoim klientom równie korzystnych warunków, jak podmioty które uzyskały wyższe upusty lub – nawet jeżeli zaoferuje takie warunki – jego zysk będzie mniejszy (lub zwiększy się jego strata). Stawiać to zatem będzie te podmioty w gorszej pozycji rynkowej, niż podmioty, które uzyskały wyższe upusty. Podkreślić należy, iż ustalania upustów przez PKP na przewóz węgla było nieobiektywne co do zasady i nie dotyczyło wyłącznie wnioskodawcy.

W tym miejscu można wskazać na wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 3 czerwca 1998 r. sygn. akt XVII Ama 7/98 w którym Sąd ten uznał, iż udzielanie upustu cenowego tylko niektórym dealerom ma skutek antykonkurencyjny. Jest bowiem wysoce prawdopodobne, że dealerzy nie posiadający wspomnianych preferencji nie mogą skutecznie konkurować na rynku z dealerami posiadającymi

te preferencje. Sąd Antymonopolowy podkreślił, że odmienne traktowanie w podobnych umowach dwóch dealerów przez nieudzielenie jednemu z nich upustu cenowego jest przejawem nieuzasadnionego zastosowania niejednorodnych kryteriów wobec kontrahentów. Cytowany wyrok, ze względu na występowanie w przypadku przedmiotowej sprawy umów tego samego rodzaju oraz dyskryminację przy udzielaniu upustów, należy uznać za odnoszący się do przedstawionego zarzutu.

Można również wskazać na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z dnia 14 lutego 1978 r. nr 22/76, w którym uznano za praktykę ograniczającą konkurencję narzucanie narodowym dystrybutorom zróżnicowanych cen za identyczne banany, dostarczane do tych samych portów.¹⁰ Sprawa dotyczyła przedsiębiorcy *United Brands*. Podmiot ten sprzedawał banany dystrybutorom w Rotterdamie i Bremerhaven, obciążając najniższą ceną banany, które docelowo miały dotrzeć do Irlandii, natomiast najwyższą ceną banany, które miały dotrzeć do Niemiec. Różnicowanie cen nie było przy tym oparte na ponoszeniu różnych kosztów transportu. W rzeczywistości koszty transportu do Irlandii, ponoszone przez *United Brands*, były znacznie wyższe niż koszty transportu do Niemiec. W związku z tym, ceny bananów przeznaczonych do Niemiec powinny być niższe. Tym samym poprzez stosowanie zróżnicowanych cen w stosunku do kontrahentów, stwarzano tym podmiotom, niejednolite, dyskryminujące dla niektórych warunki konkurencji, pomimo, iż nie istniały ku temu uzasadnione przesłanki kosztowe.

Działaniem, stanowiącym w świetle art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, praktykę ograniczającą konkurencję, jest dyskryminacja niektórych z kontrahentów, stwarzająca tym kontrahentom zróżnicowane warunki konkurencji. Dla stwierdzenia tej praktyki konieczne jest wykazanie, iż umowy stosowane z przedsiębiorcami dyskryminowanymi i niedyskryminowanymi są podobne. W ocenie organu antymonopolowego, biorąc pod uwagę powyższe argumenty należy stwierdzić, iż taka sytuacja ma miejsce w przypadku przedmiotowego zarzutu.

Reasumując należy stwierdzić, iż działania PKP Cargo w zakresie przyznawania w ramach umów specjalnych upustów na przewóz węgla i miazgi węglowej spełniają przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Zaniechanie stosowania ww. praktyki ograniczającej konkurencję

Z informacji przedłożonych przez wnioskodawcę wynika, iż przedmiotowa praktyka miała miejsce w okresie od 1999 r. do 2002 r. CTL uznał zatem, iż począwszy od 2003 PKP Cargo zaprzestało kwestionowanych działań. Dodatkowo

¹⁰ Richard Whish, *Competition Law. Fifth Edition* wyd. Lexis Nexis str. 722; Case [27/76] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

z treści *Zasad sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A. w 2003 r.* (obowiązujących od dnia 1 stycznia 2003 r.) wynika, że w stosunku do poprzednich przepisów PKP w oparciu o które ustalane były upusty na przewozy realizowane w ramach umów specjalnych usunięte zostały kwestionowane zapisy dotyczące w szczególności:

- dopuszczenia możliwości przyznawania upustów w ramach umów specjalnych tylko w sytuacji jeżeli organizowane są dodatkowe usługi spedycyjne lub gdy istnieje zagrożenie przejścia przewozów przez transport samochodowy,
 - możliwości przyznania upustów nadawcy lub odbiorcy za okres poprzedni, w którym nie był on płatnikiem przewoźnego, czyli za okres w którym należności nadawcy lub odbiorcy regulowała osoba trzecia.
- To również wskazuje na zaprzestanie przez PKP Cargo kwestionowanych działań.

Dowody zebrane w trakcie postępowania wskazują zatem na zaprzestanie przez PKP Cargo kwestionowanych działań świadczących o stosowaniu tej praktyki.

Przepis art. 10 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, iż nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 9, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy albo związku przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub w art. 8, w szczególności z powodu trwałego zmniejszenia ich udziału w rynku. W takiej sytuacji zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i jednocześnie stwierdza zaniechanie jej stosowania.

W art. 10 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wskazano, iż ciężar udowodnienia faktu zaprzestania naruszania przez zachowanie rynkowe przedsiębiorcy (związku przedsiębiorców) zakazów zawartych w art. 5 lub w art. 8 spoczywa na tym przedsiębiorcy (związku przedsiębiorców). W przypadku niniejszej sprawy organ antymonopolowy wziął pod uwagę fakt, iż trudno było oczekiwać od PKP Cargo S.A., ażeby udowodniał okoliczność zaprzestania praktyki, skoro podmiot ten kwestionował w ogóle jej stosowanie (PKP Cargo S.A. kwestionując co do zasady uznanie działań będących przedmiotem niniejszej decyzji za praktykę ograniczającą konkurencję, nie mogło również przedstawić dowodów świadczących o zaprzestaniu tych działań). Okoliczności zaprzestania stosowania tej praktyki, wynikające z zebranego materiału dowodowego, organ antymonopolowy postanowił uwzględnić zatem z urzędu. Należy również wskazać, iż doktryna wskazuje, iż regulacja zawarta w ww. przepisie zwalnia Prezesa Urzędu z obowiązku poszukiwania dowodów wskazujących na zaistnienie faktu zaprzestania praktyki ograniczającej konkurencję, co zarazem oczywiście nie oznacza zwolnienia go z uwzględnienia w toku sprawy dowodów pozyskanych z innych źródeł¹¹.

¹¹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 129

Tym samym, wzięcie pod uwagę z urzędu dowodów zebranych w trakcie niniejszego postępowania świadczących o zaprzestaniu tych praktyk, zdaniem organu antymonopolowego uznać należy za uzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie organu antymonopolowego uzasadnione jest uznanie zaniechania przez PKP Cargo ww. praktyki z dniem 1 stycznia 2003 r.

Ad 2) Zarzut nadużywania pozycji dominującej przez PKP Cargo S.A. poprzez stosowanie w umowach przewozu niejednorodnych warunków, stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji kontrahentom PKP Cargo S.A. w wyniku przyznania niektórym podmiotom w ramach umów wieloletnich wyższych upustów na przewóz węgla i miału węglowego w świetle art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Na wstępie należy wskazać, iż postępowanie w zakresie różnicowania przez PKP Cargo S.A. upustów na przewozy węgla kamiennego w ramach umów wieloletnich było już przedmiotem badania Prezesa Urzędu. W dniu 31 grudnia 2004 r. wydana została decyzja Nr DOK-142/04 w której Prezes Urzędu po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, uznał w pkt I za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez przyznawanie przez PKP Cargo S.A. w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów i nakazuje jej zaniechania. Zarówno przedmiot zarzutów (stosowanie w ramach umów wieloletnich upustów na przewozy węgla kamiennego) będących przedmiotem pkt I ww. decyzji oraz niniejszego postępowania jak również podstawa prawna w oparciu o którą został postawiony zarzut PKP Cargo w obu postępowaniach są tożsame.

Należy również podkreślić, iż w ww. decyzji Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2004 r. jest mowa wyłącznie o przyznawaniu upustów na przewozy węgla kamiennego, nie ma natomiast mowy o miał węglowy. Ze względu jednak na fakt, iż miał węglowy jest jednym z sortymentów węgla kamiennego, zasadnym jest uznanie, iż pod pojęciem węgla kamienny mieści się także miał węglowy. Konkludując należy uznać, iż decyzja Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2004 r. obejmowała swoim zakresem przedmiotowym wszystkie sortymenty węgla kamiennego w tym miał węglowy¹².

¹² Np. w *Regulaminie Przesyłek Towarowych PKP Cargo S.A.* (http://www.pkp-cargo.pl/site/fileadmin/user_upload/przepisy_i_taryfy/przepisy/rpt/RPT.pdf) węgiel kamienny podzielony jest na następujące grupy: sortymenty grube i średnie; niesortowany oraz sortymenty drobne miałowe brykiety oraz muły.

Zgodnie z art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), zwanej dalej k.p.a., w zw. z art. 80 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Przesłanką obligatoryjnego umorzenia postępowania jest zatem bezprzedmiotowość postępowania, przy czym k.p.a. nie zawiera żadnych wskazówek dla bliższego określenia tej przesłanki. Charakter oraz treść przesłanki bezprzedmiotowości zostały jednak doprecyzowane w orzecznictwie sądowym oraz poglądach przedstawicieli doktryny prawa.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 kwietnia 2003 r. (sygn. akt: III SA 2225/01) wskazał, że przesłanka bezprzedmiotowości występuje, gdy brak jest podstaw prawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia danej sprawy w ogóle bądź nie było podstaw do jej rozpoznania w drodze postępowania administracyjnego. Zgodnie z powyższym wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego to brak przedmiotu postępowania. Tym przedmiotem jest zaś konkretna sprawa, w której organ administracji państwowej jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu.

W doktrynie jako jedną z przyczyn uniemożliwiających prowadzenie postępowania z powodu braku podstaw prawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia, a w konsekwencji prowadzących do konieczności jego umorzenia na podstawie art. 105 § 1 *Kpa*, podaje się istnienie uprzedniego rozstrzygnięcia tożsamej sprawy. Dla zaistnienia możliwości skutecznego orzekania w postępowaniu administracyjnym „*sprawa administracyjna musi mieć charakter „otwarty” w tym znaczeniu, że nie może być rozstrzygnięta orzeczeniem ostatecznym (res iudicata)*”¹³

Powyższy pogląd potwierdzony został także wielokrotnie w orzecznictwie sądów administracyjnych. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 6 sierpnia 1999 r. (sygn. akt: IV SA 1167/97) jako jedną z przyczyn uzasadniających umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. wskazał „*sytuację, gdy sprawa została już rozstrzygnięta decyzją ostateczną*”. Podobnie w wyroku z 19 czerwca 2000 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „*Dopóki orzeczenie rozstrzygające w sposób ostateczny daną sprawę funkcjonuje w obrocie prawnym, kolejne postępowanie dotyczące tej samej materii jest w oczywisty sposób bezprzedmiotowe*”¹⁴. Dla oceny prawnej *rei iudicatae* w postępowaniu administracyjnym zasadnicze znaczenie ma kwestia wzajemnego stosunku dwóch decyzji administracyjnych wydanych w tej samej sprawie.

¹³ G. Łaszczycza „*Komentarz do art. 105 kodeksu postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071)*”, [w:] G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, „*Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Tom I i IP*”, Zakamycze, 2005

¹⁴ wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 czerwca 2000 r. sygn. akt: I SA/Ka 2247/98

Art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. stanowi normatywną podstawę stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej, która dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją administracyjną. Pomimo wyrażonego w art. 79 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyłączenia możliwości zastosowania przez stronę postępowania środków prawnych wzruszenia decyzji przewidzianych w k.p.a., dotyczących wznowienia postępowania, uchylecia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji, art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a., zawierający enumeratywne wyliczenie przypadków nieważności decyzji administracyjnej, znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie w zw. z art. 80 Ustawy, co implikuje konieczność uwzględnienia jego treści w toku niniejszego postępowania. Przepis ten wiąże Prezesa Urzędu – jako organ administracji publicznej działający na podstawie i w granicach prawa – na równi z innymi przepisami proceduralnymi oraz materialnymi, a jego naruszenie będzie stanowiło podstawę do uchylecia lub zmiany decyzji przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Oznacza to w konsekwencji spoczywający na Prezesie Urzędu obowiązek niewydawania decyzji administracyjnych naruszających dyspozycję art. 156 § 1 k.p.a.

W przypadku zaistnienia *rei iudicatae* niedopuszczalne jest zatem wydanie kolejnego merytorycznego rozstrzygnięcia dotyczącego tożsamej sprawy. Postępowanie zmierzające do wydania decyzji w sprawie już zakończonej ostateczną decyzją administracyjną powinno w rezultacie zostać umorzone jako bezprzedmiotowe na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.

Analiza orzecznictwa sądów administracyjnych wskazuje, że nieważność decyzji z powodu *rei iudicatae* będzie zachodziła wtedy, gdy zaistnieje tożsamość sprawy aktualnie rozpatrywanej ze sprawą już zakończoną, a więc w przypadku występowania:

- a. tych samych podmiotów w obydwu sprawach,
- b. tego samego przedmiotu rozumianego jako interesy prawne lub obowiązki, które następnie po wydaniu decyzji stają się prawem nabytym (lub jego brakiem) lub obowiązkami prawnymi określonych podmiotów oraz
- c. tego samego stanu prawnego w nie zmienionym stanie faktycznym sprawy.¹⁵

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych powyżej przesłanek stwierdzenia tożsamości dwóch spraw, należy podkreślić, że w przypadku postępowań prowadzonych przed Prezesem Urzędu, przesłanka ta musi być oceniana z uwzględnieniem szczególnego charakteru decyzji wydawanych w sprawach antymonopolowych. Decyzje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję nie rozstrzygają bowiem głównie o prawach i obowiązkach przedsiębiorców w stosunkach pomiędzy nimi, a raczej o powinności określonego zachowania się strony postępowania, której zarzucane jest stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, względem wszystkich pozostałych uczestników rynku. Osiągnięcie celu postępowania antymonopolowego, jakim jest eliminacja niezgodnych z prawem konkurencji zachowań rynkowych, następuje niezależnie od tego czy decyzja nakazująca zaniechanie niedozwolonych praktyk została wydana

¹⁵ wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. akt: IV SA 1061/96

w postępowaniu toczącym się na wniosek uprawnionego podmiotu, czy też w postępowaniu toczącym się z urzędu.

Dla oceny działania przedsiębiorcy nie ma także znaczenia fakt, który z podmiotów uprawnionych na mocy art. 84 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* skierował do Prezesa Urzędu stosowny wniosek o wszczęcie postępowania. Decyzja merytorycznie kończąca postępowanie antymonopolowe jest bowiem zawsze wydawana w oparciu o analizę wpływu danej praktyki na interes publiczny oraz konkurencję rozumianą „*nie jako sytuacja pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki*”.¹⁶ Interes prawny poszczególnych przedsiębiorców-wnioskodawców, o którym mowa w art. 84 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, musi każdorazowo mieścić się w zakresie szeroko pojętego interesu publicznego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 tej ustawy, może ona znaleźć zastosowanie jedynie gdy ochrona interesów przedsiębiorców oraz konsumentów podejmowana jest w interesie publicznym. Oznacza to, że postępowania antymonopolowe nie mają na celu bezpośredniej ochrony partykularnego interesu wnioskodawcy. Decyzja stwierdzająca stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję wydana na wniosek któregośkolwiek podmiotu doprowadza do wyeliminowania niezgodnych z prawem zachowań wobec wszystkich uczestników obrotu gospodarczego. Nie jest w tym zakresie konieczne wydawanie odrębnych decyzji administracyjnych skierowanych do poszczególnych przedsiębiorców.

Należy także wskazać na sankcję nieważności, jaka została przewidziana w stosunku do zakazanych art. 5 *Ustawy* porozumień oraz czynności prawnych będących przejawem nadużywania pozycji dominującej. Sankcja ta odnosi skutek *erga omnes* i każdy podmiot może się na zaistniałą nieważność powoływać. Podobnie decyzja niestwierdzająca stosowania praktyk ograniczających konkurencję odnosi się do zachowania przedsiębiorcy jako takiego, a nie w stosunku do określonego wnioskodawcy i oznacza, że nie jest konieczne wydawanie przez Prezesa Urzędu kolejnych decyzji niestwierdzających stosowania praktyki w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcą, któremu praktykę tą zarzucano a pozostałymi podmiotami funkcjonującymi na rynku. Zgodnie z zasadami ogólnymi wynikającymi z przepisów procedury administracyjnej rozstrzygnięcie zawarte w decyzji o stwierdzeniu bądź niestwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję wiąże bezpośrednio jedynie jej adresatów. W postępowaniach antymonopolowych rozstrzygnięcie takie ma jednak także częściowo walor powszechny, gdyż po pierwsze prowadzi albo do zmiany, albo do potwierdzenia legalności określonego postępowania przedsiębiorcy względem całego rynku oraz – po drugie – wiąże Prezesa Urzędu co do prawnej oceny zachowania adresata tej decyzji jako strony, której zarzucane jest stosowanie antykonkurencyjnych praktyk.

W postępowaniach antymonopolowych należy zatem opowiedzieć się za przyjętą przez Naczelną Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 27 lipca 1981 r.

¹⁶ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98

(sygn. akt: SA/Po 15/81) tezą, że szczególnym przypadkiem tożsamości sprawy jest sytuacja, w której pomimo braku identyczności podmiotowej w ramach obydwu postępowań, ich tożsamość opiera się na istnieniu „*sytuacji, w której chodzi o dysponowanie tym samym dobrem*”. Dobrem tym w przypadku postępowań antymonopolowych jest interes publiczny wyrażający się w zachowaniu zrównoważonych i niezakłóconych warunków konkurencji na rynku. W konsekwencji należy uznać, że w niniejszym postępowaniu oraz w postępowaniu zakończonym decyzją z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04, brak tożsamości podmiotowej po stronie wnioskodawcy, przy uwzględnieniu identyczności strony postępowania, której zarzucana jest praktyka, nie stanowi przeszkody do stwierdzenia tożsamości obydwu spraw administracyjnych.

Odnosząc się do drugiej wskazanej powyżej przesłanki, dotyczącej identyczności interesu prawnego chronionego w toku postępowania lub identyczności obowiązków prawnych określonych podmiotów, Prezes Urzędu stwierdził, że zarówno postępowanie wszczęte z wniosku Sped-Pro S.A., jak i niniejsze postępowanie dotyczyło przyznawania przez PKP Cargo S.A. w ramach umów wieloletnich upustów na przewóz węgla kamiennego. Interesem prawnym chronionym w obydwu postępowaniach jest interes publiczny. Przesłanka tożsamości interesów prawnych lub obowiązków w przedmiotowych postępowaniach jest zatem spełniona.

Analizując ostatni aspekt tożsamości spraw administracyjnych, Prezes Urzędu uznał, że stan prawny oraz faktyczny postępowania toczącego się na wniosek Sped-Pro S.A. mieści się w stanie faktycznym i prawnym postępowania wszczętego na wniosek CTL. Wynika to z brzmienia zarzutów stawianych PKP Cargo S.A. w każdym z powyższych postępowań oraz kwalifikacji prawnej zarzucanych temu przedsiębiorcy działań. Zarzut postawiony przez CTL, dotyczący naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, mieści się bowiem w zakresie rozstrzygnięcia decyzji DOK-142/04, ponieważ sprowadza się on do kwestii przyznawania upustów na przewozy węgla kamiennego w ramach umów wieloletnich.

W konsekwencji, tożsamość stanu faktycznego oraz prawnego będącego przedmiotem obydwu postępowań, zobowiązuje Prezesa Urzędu do umorzenia tego drugiego postępowania z uwagi na obowiązujący zakaz prowadzenia dwóch postępowań w tej samej sprawie jako zakaz wynikający z przyjęcia w polskim prawie zasady *ne bis in idem*. Działania będące przedmiotem niniejszego postępowania w zakresie upustów przyznawanych w umowach wieloletnich na przewozy węgla zostały już uznane w ramach innego postępowania przed organem antymonopolowym za praktykę ograniczającą konkurencję. Ponowne orzekanie w tej sprawie naruszałoby zatem zasadę *res iudicatae* i z tego względu byłoby bezprzedmiotowe.

Stan faktyczny sprawy pozwala zatem na uznanie bezprzedmiotowości postępowania przed organem antymonopolowym. Jak wskazano powyżej Dział V ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* regulujący postępowanie przed

Prezesem UOKiK nie normuje sytuacji, gdy postępowanie staje się bezprzedmiotowe. Zgodnie jednak z art. 80 tej ustawy, w sprawach nieuregulowanych w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*, do postępowania przed Prezesem UOKiK stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego (kpa). Zastosowanie tu będzie miał art. 105 § 1 kpa, zgodnie z którym organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe. Konsekwencją uznania przez organ antymonopolowy bezprzedmiotowości postępowania jest jego obligatoryjne umorzenie.

Ustosunkowanie się do wniosku CTL o nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

W związku z tym, iż w zakresie objętym pkt I decyzji stwierdzono, zaniechanie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez PKP Cargo S.A., natomiast w zakresie objętym pkt II decyzji umorzono postępowania, wniosek CTL o nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności należy uznać za bezprzedmiotowy.

Uzasadnienie odstąpienia od nałożenia kary z tytułu naruszenia przez PKP Cargo S.A. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Stosownie do treści art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli dopuścił się on naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 8 tej ustawy. Należy podkreślić, iż przepis ten daje kompetencje organowi antymonopolowemu do nałożenia na przedsiębiorcę kary za naruszenie przepisów ustawy, nie obligując go jednak do jej nakładania. Świadczy o tym użyty przez wnioskodawcę zwrot „może nałożyć”.

W ocenie organu antymonopolowego, pomimo stwierdzenia w przedmiotowej sprawie stosowania przez PKP Cargo S.A. praktyk ograniczających konkurencję nakładanie kary na ten podmiot byłoby niecelowe.

Uzasadniając powyższe należy wskazać, iż w stosunku do części zarzutu stawianego PKP Cargo S.A. przez CTL, a dotyczącego różnicowania upustów w zakresie umów wieloletnich umorzono postępowanie z powodu rozstrzygnięcia zapadłego w decyzji Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04, w której to decyzji stwierdzono ww. działania PKP Cargo S.A. za praktykę. Wyjaśnić również należy, iż decyzją tą na PKP Cargo S.A. Prezes Urzędu nałożył karę m.in. za różnicowanie przez ten podmiot upustów w umowach wieloletnich w wysokości 20 mln zł.

W stosunku natomiast do zarzutu dotyczącego różnicowania upustów na przewozy węgla w zakresie umów specjalnych stwierdzono stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, jednocześnie stwierdzając jednak także zaniechanie jej stosowania. Podkreślić należy, iż praktyka stwierdzona w ramach niniejszej decyzji dotyczy działań PKP Cargo S.A., które zostały zaniechane blisko 5 lat temu. Należy w tym miejscu dodać, iż w doktrynie zaniechanie stosowania praktyk przez danego przedsiębiorcę traktuje się jako okoliczność wpływająca łagodząco przy wymierzaniu kary.

Wskazać także należy, iż na PKP Cargo obok kary nałożonej decyzją Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04 w wysokości 20 mln zł, nałożone zostały także w ostatnim okresie kary na podstawie decyzji Prezesa Urzędu z dnia 17 czerwca 2004 r. Nr DOK-50/04 w wysokości 40 mln zł oraz decyzji Prezesa Urzędu z dnia 22 grudnia 2005 r. Nr DOK-172/05 w wysokości 10 mln zł. Zdaniem organu antymonopolowego kary te – nałożone już po zaprzestaniu praktyki stwierdzonej w ramach niniejszej decyzji – powinny w wystarczającym stopniu wywrzeć wystarczający wpływ w zakresie prewencji w stosunku do PKP Cargo S.A. i przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez ten podmiot reguł konkurencji.

Biorąc pod uwagę wszystkie z wyżej wymienionych argumentów organ antymonopolowy postanowił nie nakładać na PKP Cargo S.A. kary za stosowanie praktyki określonej w pkt I niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.) – od niniejszej decyzji stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

Otrzymują:

1. Pan
Cezary J. Nowakowski
Pełnomocnik CTL Logistics S.A.
Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów
Nowakowski i Wspólnicy sp. j.
Al. Armii Ludowej 26
00-609 Warszawa

2. Pani

Elżbieta Wiernicka
Pełnomocnik PKP Cargo S.A.
PKP Cargo S.A.
Biuro Obsługi Prawnej
Al. Roździeńskiego 1
40-202 Katowice