



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, 20 czerwca 2008 r.

RPZ 411/3/08/DW

DECYZJA Nr RPZ 18 /2008

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2000, Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007, Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 134, poz. 939), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

umarza się postępowanie antymonopolowe wszczęte w związku z podejrzeniem stosowania przez Autostradę Wielkopolską S.A. z siedzibą w Poznaniu praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużyciu pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A2 Nowy Tomyśl – Konin, polegającego na narzucaniu nieuczciwych cen poprzez pobieranie pełnych opłat za przejazd odcinkiem autostrady, w wysokości określonej w Cenniku opłat, w czasie remontu odcinka autostrady A2 Września - Konin, powodującego istotne utrudnienia w ruchu pojazdów.

Uzasadnienie

W związku z otrzymaniem skargi konsumenta Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 12 listopada 2007 r. wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie działań Autostrada Eksploatacja S.A. w Poznaniu, polegających na pobieraniu opłat za przejazd autostradą A2 w trakcie prowadzonych remontów, celem wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie.

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego ustalono, iż Autostrada Eksploatacja S.A. w Poznaniu świadczy jedynie usługi eksploatacji i utrzymania autostrady A2 na rzecz Autostrada Wielkopolska S.A. w Poznaniu, która jest stroną umowy koncesyjnej zawartej z Rządem Rzeczypospolitej Polskiej. Jednocześnie ustalono, że w okresie od 1 czerwca do 20 listopada 2007 r. na odcinku autostrady A2 Września – Konin wykonywane były prace polegające na wzmocnieniu nawierzchni. We wskazanym okresie występowały

wyłaczenia jednej jezdni (ruch odbywał się dwukierunkowo na przeciwległej jezdni) oraz ograniczenia prędkości.

Na podstawie ustaleń postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu uznał, iż są podstawy do wszczęcia postępowania antymonopolowego i postawienia zarzutu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Postanowieniem z dnia 1 lutego 2008 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko Spółce Akcyjnej Autostrada Wielkopolska w Poznaniu (dalej „Spółka”), w związku z podejrzeniem nadużycia przez Spółkę pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A2 Nowy Tomyśl-Konin, polegającego na narzucaniu nieuczciwych cen poprzez pobieranie pełnych opłat za przejazd odcinkiem autostrady, w wysokości określonej w Cenniku opłat, w czasie remontu odcinka autostrady A2 Września – Konin, powodującego istotne utrudnienia w ruchu pojazdów, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem z dnia 1 lutego 2008 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym całość materiałów postępowania wyjaśniającego o sygn. akt RPZ – 400/37/07/DW prowadzonego w sprawie działań Autostrada Eksploatacja S.A. w Poznaniu polegających na pobieraniu opłat za przejazd autostradą A2 w trakcie prowadzonych remontów.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Spółka pismem z dnia 21 lutego 2008 r. ustosunkowała się do postawionego zarzutu i przedstawiła swoje stanowisko w sprawie.

Spółka w pierwszej kolejności podniosła, że nie prowadzi działalności gospodarczej, lecz wykonuje funkcje publiczne, które zostały jej przekazane przez organy Państwa. W związku z powyższym pobierana przez Spółkę opłata nie ma charakteru ceny, lecz daniny publicznej. Dlatego nie mają do niej zastosowania przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a jej działalności nie można rozpatrywać w kategorii „klasycznej” działalności gospodarczej.

Spółka zakwestionowała także określenie rynku właściwego. W ocenie Spółki, właściwy rynek produktowy powinien zostać określony jako „rynek zapewnienia przewozu lub przejazdu na trasie Nowy Tomyśl – Konin”. Spółka twierdzi, że nie posiada pozycji dominującej na wyżej wskazanym rynku, ponieważ nie ma możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez możliwość działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Zwiększenie opłat za przejazd autostradą spowodowałoby bowiem skorzystanie przez konsumentów z alternatywnych rodzajów transportu (kolej, przejazd innymi drogami). Spółka powołuje się na decyzje Komisji Europejskiej, zgodnie z którymi rynek właściwy może być zdefiniowany jako obejmujący zarządzanie całą infrastrukturą transportową, która mogłaby być uznana za możliwą do zastąpienia z punktu widzenia użytkownika, przykładowo drogi inne niż autostrady, linie kolejowe oraz w ograniczonym zakresie transport lotniczy.

W przypadku uznania, że Spółka jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy oraz posiada pozycję dominującą na rynku właściwym Spółka podniosła, że opłaty za przejazd autostradą nie mają charakteru cywilnoprawnego, nie wynikają bowiem z zawartej ze Spółką umowy, lecz z ustawy i stanowią odpowiednik opłaty winietowej. Zdaniem Spółki, opłaty te mają charakter daniny publicznej, uiszczanej na rzecz Państwa jako ostatecznego beneficjenta, a Spółka pełni jedynie funkcję poborcy opłat.

Jako ostatni argument Spółka podniosła, że stosowana przez nią wysokość opłaty za przejazd odcinkiem autostrady A2 Września-Konin jest „rozsądna i pozostaje w proporcji do jakości oferowanej usługi”. Stosowana obecnie opłata dla samochodów osobowych (11zł) ustalona została bowiem na poziomie promocyjnym, tj. przewidzianym w modelu

finansowym w okresie do zakończenia budowy wszystkich 3 Sekcji Odcinka Nowy Tomyśl – Konin do 2004 r.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Autostrada Wielkopolska S.A. w Poznaniu jest wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 000001970. Zgodnie z powyższym wpisem, przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest m.in. budowa dróg kołowych i szynowych, wykonywanie robót ogólnobudowlanych w zakresie obiektów mostowych, wynajem nieruchomości na własny rachunek, hotele i motele, obsługa i naprawa pojazdów mechanicznych, sprzedaż detaliczna paliw, sprzedaż detaliczna (*karta 12-15 akt postępowania antymonopolowego*).

Spółka podpisała w dniu 12 września 1997 r. umowę koncesyjną z Rządem Rzeczypospolitej Polskiej na budowę i eksploatację autostrady płatnej A2 na odcinkach Świecko – Poznań, Poznań – Konin (*karta 200 – 346 akt postępowania antymonopolowego*).

Cały odcinek wielkopolskiej autostrady A2 z Konina do Nowego Tomyśla (149 km) z wydzielaniem obwodnicy Poznaniu (13,3 km) podzielony został na następujące sekcje:

- 1) Sekcja I – Konin – Września (47,66 km) – oddana do użytku 22.12.2002 r. jako część autostrady płatnej,
- 2) Sekcja II – Września – Poznań Krzesiny (37,5 km) – oddana do użytku 27.11.2003 r. jako odcinek autostrady płatnej,
- 3) Obwodnica Poznania – Poznań Krzesiny – Poznań Komorniki (13,3 km) – inwestycja Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej „GDDKiA”), oddana do użytku 12.09.2003 r. jako odcinek autostrady bezpłatnej,
- 4) Sekcja III – Poznań Komorniki – Nowy Tomyśl (50,4 km) – oddana do użytku 27.10.2004 r. jako odcinek autostrady płatnej.

Zgodnie z art. 2.3 umowy koncesyjnej z dnia 12 września 1997 r. zawartej pomiędzy Ministrem Transportu i Gospodarki Morskiej Rzeczypospolitej Polskiej a Spółką „*Przedmiotem Umowy Koncesyjnej jest określenie sposobu wykonania Decyzji o Udzieleniu Koncesji, a w szczególności budowa, finansowanie i eksploatacja przez Koncesjonariusza części Autostrady A2 zgodnie z Decyzją o Udzieleniu Koncesji oraz przyznanie Koncesjonariuszowi – w zamian za wykonanie Umowy Koncesyjnej – prawa do pobierania opłat za przejazd Obiektami Autostrady Płatnej.*” Na podstawie art. 12 ust. 1 umowy „*Koncesjonariusz będzie prowadził eksploatację tych Obiektów Autostrady Płatnej w sposób ciągły i nieprzerwany, 24 godziny na dobę i 7 dni w tygodniu [...] w trakcie robót utrzymaniowych, poszczególne pasy ruchu mogą zostać tymczasowo zamknięte w związku z koniecznością prowadzenia napraw.*

Jak stanowi natomiast art. 12 ust 6 umowy koncesyjnej
[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika do decyzji]

(karta 318, 319, 332-333 akt postępowania antymonopolowego)

Zgodnie z załącznikiem E do umowy koncesyjnej budowa autostrady będzie dokonywana w następujących etapach:

1. Września – Konin,

2. Krzesiny – Września,
3. Nowy Tomyśl – Komorniki,
4. Urządzenia Eksploatacyjne Obwodnicy Poznania,
5. a) Zwiększenie liczby pasów ruchu na Placach Poboru Opłat,
b) Docelowa konstrukcja nawierzchni,
c) Roboty przy realizacji węzła „Buk” wyłączone z Fazy III,
d) Budowa nowych węzłów „Głuchowo” i „Kleszczowo”,
6. Świecko – Nowy Tomyśl
7. a) Ulepszenia różne,
b) Rozbudowa węzła Modła do pełnego węzła (zapewnienie wszystkich relacji skrzyżnych) oraz budowa Obiektów Autostrady Płatnej pomiędzy km 256+800 a km 257+560,
8. Budowa trzeciego pasa ruchu.

Położenie Docelowej Konstrukcji Nawierzchni winno się rozpocząć w ciągu [tajemnica przedsiębiorstwa - pkt 2 załącznika do decyzji] (karta 288 i 289 akt postępowania antymonopolowego)

Na obecnie wybudowanej przez Spółkę autostradzie A2 Nowy Tomyśl – Konin wskaźnik 6 mln. osi obliczeniowych został przekroczony w 2007 r. na odcinku Września – Konin, dlatego Spółka zgodnie z umową koncesyjną rozpoczęła prace polegające na wybudowaniu docelowej konstrukcji nawierzchni (pogrubienie warstwy asfaltu).

Spółka pobiera od użytkowników opłaty za przejazd autostradą za każdy odcinek na następujących Placach Poboru Opłat:

- 1) Konin – Września (Plac Poboru Opłat w Łądku),
- 2) Września – Poznań (Plac Poboru Opłat w Nagradowicach),
- 3) Poznań - Nowy Tomyśl (Plac Poboru Opłat w Gołuskach).

Opłaty za przejazd są zróżnicowane i dla poszczególnych kategorii pojazdów wynoszą:

- 11 zł od pojazdów I kategorii (motocykle i pojazdy samochodowe o dwóch osiach),
- 27 zł od pojazdów II kategorii (pojazdy samochodowe o dwóch osiach, z których co najmniej jedna wyposażona jest w koła bliźniacze oraz motocykle i pojazdy samochodowe o dwóch osiach z przyczepami),
- 41 zł od pojazdów III kategorii (pojazdy samochodowe o trzech osiach oraz pojazdy samochodowe o dwóch osiach, z których co najmniej jedna wyposażona jest w koła bliźniacze z przyczepami),
- 63 zł od pojazdów IV kategorii (pojazdy samochodowe o więcej niż trzech osiach oraz pojazdy samochodowe o trzech osiach z przyczepami),
- 110 zł od pojazdów V kategorii (pojazdy nienormatywne).

(karta 75 akt postępowania wyjaśniającego)

Spółka stosuje system rabatowy przyjęty uchwałą Zarządu z dnia 12 stycznia 2004 r. w sprawie uchwalenia tekstu „Regulaminu sprzedaży Produktów Rabatowych oraz wydawania i używania Kart Rabatowych”. Zgodnie z obecnie obowiązującą treścią ww. uchwały stosowane są następujące rabaty:

Kategoria	Liczba Przejazdów	Cena Jednostkowa	Rabat	Wartość w PLN	Cena Sprzedaży
Termin ważności 6 miesięcy					

I	100	11	20%	1100	880
I	50	11	10%	550	495
Termin ważności 1 miesiąc					
I	50	11	30%	550	385

(karta 24 – 31 akt postępowania antymonopolowego)

W okresie od dnia 1 czerwca do 20 listopada 2007 r. na odcinku autostrady A2 Września – Konin o długości ok. 48 km wykonywane były prace polegające na wzmocnieniu nawierzchni. W związku z przewidzianą w umowie koncesyjnej dwuetapową realizacją ostatecznej konstrukcji nawierzchni, po przekroczeniu na odcinku autostrady A2 Września – Konin 6 mln przejeżdżonej osi obliczeniowych istniejąca 15 cm warstwa asfaltu została pogrubiona o kolejne 10 cm.

Na podstawie zebranych w toku postępowania wyjaśniającego informacji sporządzono zestawienie występujących utrudnień w wybranych losowo dniach z okresu, kiedy prowadzone były remonty.

Wykaz utrudnień w ruchu – wyłączenie jednej jezdni w wybrane dni (ruch odbywał się dwukierunkowo po przeciwnej jezdni)

Dzień	Odcinki utrudnień	Odcinek utrudnień w km	Razem
05 czerwca 2007	224,9-228,3	3,4	3,4
20 czerwca 2007	224,9-228,3 220,9-224,9	3,4 4	7,4
03 lipca 2007	216,9-220,9 236,2-238,2 213,3-216,9 232,3-236,2	4 2 3,6 3,9	13,5
18 lipca 2007	213,3-216,9 209,4-213,3 244,2-248,1 232,3-236,2	3,6 3,9 3,9 3,9	15,3
10 sierpnia 2007	248,1-252 209,4-213 213-216	3,9 3,6 3	10,5
26 sierpnia 2007	238,9-240,1 252-257,6 216,9-220,9 220,9-224,9 240,1-244,2	1,2 5,6 4 4 4,1	18,9
07 września 2007	220,9-224,9 252-257,6 224,9-228,3	4 5,6 3,4	22,3

	238,9-240,2	1,3	
	240,1-244,2	4,1	
	248,1-252	3,9	
21 września 2007	252-257,6	5,6	22,3
	224,9-228,3	3,4	
	238,9-240,2	1,3	
	228,3-232,3	4	
	240,1-244,2	4,1	
	248,1-252	3,9	
9 października 2007	228,3-232,3	4	17,8
	232,3-236,3	4	
	236,2-238,2	2	
	244,2-248,1	3,9	
	248,1-252	3,9	

Wykaz utrudnień w ruchu – wyłączone pasy szybkiego ruchu w wybrane dni (ruch odbywał się po pasach wolnych)

Dzień	Długość jednorazowo wyłączonego odcinka	Razem
28 sierpnia 2007	2 km	2 km
07 września 2007	4 km	4 km
21 września 2007	4 km	4 km
09 października 2007	2 km 2 km	4 km
25 października 2007	3 km 3 km 3 km	9 km
11 listopada 2007	1,73 km 3 km 3 km 3 km	10,73 km
15 listopada 2007	3 km 3 km 3 km	9 km

(karta 33 - 34 akt postępowania wyjaśniającego)

W trakcie prowadzonych prac remontowych Autostrada Eksploatacja S.A. w Poznaniu pobierała w imieniu Spółki opłaty za przejazd odcinkiem Września-Konin w normalnej wysokości określonej w cenniku opłat.

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni interes publiczny, co wynika z treści art. 1 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem: „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym, dlatego Prezes Urzędu wydając decyzję powinien w każdym przypadku ustalić, czy przesłanka ta została spełniona.

Sąd Najwyższy wielokrotnie konfrontował interes publiczno-prawny z interesem indywidualnym. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego „w odniesieniu do przedsiębiorców ustawa chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym, zbiorowym, a nie indywidualnym czy nawet grupowym w rozumieniu sumy indywidualnych interesów konsumentów. Działaniami antykonkurencyjnymi, bądź antykonsumenckimi są więc jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku. Nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy czy konsumenta, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie. Ingerencja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uzasadniona byłaby tylko wówczas, gdyby służyła ochronie tak pojętej konkurencji lub interesów konsumentów. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest więc ochrona prywatno – prawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta” (uzasadnienia wyroku z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie I CKN 1217/98, OSNC 2002 r., z. 1, poz. 13; zob. wyrok z dnia 28 stycznia 2002 r., I CKN 112/99, OSNC 2002 r., z. 11, poz. 144).

Zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów naruszenie interesu publicznego następuje między innymi w drodze stosowania praktyk ograniczających konkurencję, które można podzielić na praktyki antykonkurencyjne oraz praktyki eksploatacyjne. Praktyki antykonkurencyjne mają bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji oraz interesy innych przedsiębiorców, natomiast celem bądź skutkiem tych drugich, jest naruszenie przede wszystkim innych niż konkurencyjne interesów pozostałych uczestników rynku.¹ Dla stwierdzenia naruszenia interesu publicznoprawnego wystarcza dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, bowiem już sam fakt nadużycia posiadanej na danym rynku pozycji dominującej narusza interes publiczny.²

W niniejszej sprawie Spółce zarzucono nadużywanie pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A2 Nowy Tomyśl – Konin, poprzez pobieranie opłat za przejazd odcinkiem autostrady A2 w pełnej wysokości, pomimo prowadzonych remontów, co mogło stanowić przykład ww. praktyki eksploatacyjnej, polegającej na uzyskiwaniu korzyści kosztem słabszych uczestników rynku, jakimi są użytkownicy autostrady.

W związku z powyższym Prezes Urzędu stwierdził, że przesłanka podjęcia działań w interesie publicznym została spełniona.

¹ K. Kohutek, Komentarz do ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.03.86.804), LEX/EI 2005

² E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Komentarz, wyd. Twiger, Warszawa 2002, s. 15

Wobec argumentacji Spółki zawartej w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego w pierwszej kolejności rozważenia wymaga status Spółki jako przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przedsiębiorcą jest m.in. przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej³ przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Zgodnie z art. 14 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej działalność gospodarczą przedsiębiorca podejmuje po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym albo do Ewidencji Działalności Gospodarczej.

Jak wynika z odpisu aktualnego z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 03 stycznia 2008 r. Spółka jest wpisana do rejestru przedsiębiorców pod nr 000001970. Przedmiotem działalności Spółki zgodnie z wpisem do rejestru jest m.in. budowa dróg kołowych, rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych, wykonywanie robót ogólnobudowlanych, zarządzanie nieruchomościami niemieszkalnymi, obsługa i naprawa pojazdów mechanicznych, sprzedaż detaliczna paliw. Zgodnie jednak z art. 2 ust. 1 umowy koncesyjnej Koncesjonariusz został utworzony wyłącznie w celu budowy i eksploatacji obiektów autostrady płatnej oraz obiektów dodatkowych i zobowiązał się nie prowadzić jakiejkolwiek innej działalności gospodarczej.

W związku z powyższym należy uznać, że Spółka jest osobą prawną prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą (pojęcia tego używa sama umowa koncesyjna), dlatego należy ją uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a w konsekwencji w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie ma podstaw by traktować Spółkę jako jeden z organów władzy publicznej, które nie prowadzą działalności gospodarczej, lecz wykonują funkcje publiczne. Spółka jest podmiotem prawa prywatnego i prowadzi działalność w oparciu o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego.

Partnerstwo publiczno-prywatne funkcjonuje w Polsce m.in. na podstawie wieloletnich umów cywilno prawnych. Obecnie regulowane jest ono w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym⁴. Zważyć należy, że drogi krajowe, w tym autostrady zgodnie z art. 2a w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o drogach publicznych⁵, stanowią własność Skarbu Państwa. Zadania w zakresie budowy i eksploatacji autostrad i dróg ekspresowych mogą być na podstawie art. 13a w/w ustawy realizowane:

- 1) na zasadach ogólnych określonych w ustawie,
- 2) na zasadach określonych w przepisach o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym,
- 3) na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym,
- 4) na zasadach określonych w ustawie o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia.

Odcinek autostrady A2 powstał i jest eksploatowany na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Partnerstwo publiczno-prywatne to oparta na umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służąca realizacji zadania publicznego (art. 1 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym). Spółka pełni funkcję zarządcy autostrady płatnej na warunkach określonych w umowie koncesyjnej.

³ ustawa z dnia 02 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. 2007, Nr 155, poz. 1095 ze zm.)

⁴ ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. 2005, Nr 169, poz. 1420)

⁵ ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jedn. 2007, Nr 19, poz. 115 ze zm.)

W zakresie nieuregulowanym zgodnie z art. 22 ww. ustawy do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Partnerstwo publiczno-prywatne oparte jest, jak sama nazwa sugeruje, na współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi i nie można traktować wszystkich podmiotów uczestniczących w realizacji zadań publicznych jako organów państwa. Jak słusznie zauważono w doktrynie, „*Spółka otrzymuje do realizacji określone zadania, które jednak w dalszym ciągu pozostają zadaniami o charakterze publicznym. Zmienia się tylko podmiot je wykonujący, a odpowiedzialność za ich realizację zgodnie z interesem publicznym spoczywa dalej na administracji publicznej*”⁶.

Odrzucić należy także twierdzenia Spółki, że prowadzona przez nią działalność, nie jest działalnością gospodarczą, ponieważ warunki jej wykonywania zostały ukształtowane przez Państwo. Spółka podniosła, że jej działalność została ograniczona przez Państwo, ponieważ Spółka:

- 1) ma obowiązek świadczenia usługi na rzecz podmiotu korzystającego,
- 2) ma obowiązek utrzymania autostrady o określonym standardzie i jakości, niezależnie od rzeczywistych możliwości i potrzeb Spółki,
- 3) nie ma możliwości czasowego zawieszenia świadczenia usług lub ograniczenia ich zakresu,
- 4) nie może swobodnie określać wysokości opłat, ze względu na określenie ich wysokości w przepisach prawa, umowie koncesyjnej oraz ograniczenia wynikające z długoterminowych kredytów i pożyczek bankowych.

Szczegółowe uregulowanie w przepisach prawa zasad prowadzenia działalności gospodarczej, w tym nałożenie obowiązku świadczenia usługi oraz kontrolowanie przez Państwo poziomu cen nie powoduje, że działalność przedsiębiorcy przestaje być działalnością gospodarczą. Podobne ograniczenia dotyczą także innych rodzajów działalności, których gospodarczy charakter nie budzi wątpliwości. Przykładowo ograniczenia działalności analogiczne do działalności Spółki przewiduje m.in. Prawo lotnicze.⁷ Zgodnie z art. 66 ust. 2 ww. ustawy, zarządzający lotniskiem użytku publicznego może tylko wyjątkowo odmówić przyjęcia statku powietrznego, wyłącznie ze względu na ważne okoliczności związane z funkcjonowaniem lotniska, uniemożliwiające bezpieczne jego lądowanie. Ponadto zarządzający lotniskiem może pobierać opłaty za wykonywanie usług związanych z obsługą operacji startu, lądowania, postoju statków powietrznych, obsługą pasażerów i ładunków, statków powietrznych i ich załóg oraz za inne usługi związane z działalnością lotniska (opłaty lotniskowe – art. 75 ww. ustawy).

Charakter opłat lotniskowych jest zbliżony do opłat za przejazd autostradą. Nie są one ustalane przez przedsiębiorcę w pełni samodzielnie, albowiem podlegają zatwierdzeniu przez właściwy organ administracji publicznej. Zarządzający lotniskiem użytku publicznego przedstawia bowiem, z kwartalnym wyprzedzeniem, Prezesowi Urzędu Lotnictwa Cywilnego, opracowany po zasięgnięciu opinii przedstawicieli, projekt opłat lotniskowych. Opłaty te po zatwierdzeniu przez Prezesa podlegają ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Urzędu Lotnictwa Cywilnego (art. 77 ust. 1 i 2 ww. ustawy).

Reasumując Spółki nie można traktować jako organu administracji publicznej. Wykonuje ona jedynie pewne zadania z jej zakresu, ale pozostają one nadal zadaniami administracji publicznej, która bierze za nie odpowiedzialność. Ograniczenia w wykonywaniu działalności gospodarczej nie są podstawą do przyjęcia, że Spółka nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tam jednak, gdzie Państwo

⁶ W. Szydło, Umowa o budowę i eksploatację autostrady. Zagadnienia prawne, Studia Prawnicze 2006, Nr 1, str. 107

⁷ ustawa z dnia 03 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (tekst jedn. Dz.U. 2006, Nr 100, poz. 696 ze zm.)

bezpośrednio kształtuje warunki prowadzenia działalności gospodarczej, inny organ administracji nie może tych warunków kwestionować.

Oceny zachowania Spółki należy dokonać po określeniu rynku właściwego, na którym mogło dojść do nadużycia pozycji dominującej przez Spółkę.

Przez rynek właściwy należy rozumieć, zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

W niniejszej sprawie rynek właściwy określono jako rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A2 Nowy Tomyśl-Konin. Spółce zarzucono, że działając na ww. rynku w czasie remontu odcinka autostrady A2 Września – Konin, który powodował utrudnienia w ruchu, pobierała opłaty w pełnej wysokości za przejazd tym odcinkiem autostrady, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu decyzje wydane przez Komisję Europejską, na które powołuje się Spółka nie stanowią podstawy do przyjęcia ujęcia rynku właściwego zgodnie ze stanowiskiem Spółki. Wprawdzie zdaniem Komisji, przy określaniu rynku właściwego mogą wchodzić w grę inne środki transportu (konkurencja intermodalna), jednak to, czy jeden lub więcej z alternatywnych środków transportu powinno zostać uwzględnionych należy oceniać przy zastosowaniu metody „*miejsce wyjazdu/miejsce przeznaczenia*”. Nie można wnioskować generalnie, że każdy alternatywny środek transportu należy do tego samego rynku.⁸ Podkreślenia wymaga jednak fakt, że powoływane przez Spółkę orzeczenia Komisji Europejskiej dotyczą spraw koncentracji i rynek jest w nich niekiedy określany w sposób uwzględniający szerszą gamę czynników.

Autostrada, zgodnie z art. 4 pkt 11 ustawy o drogach publicznych⁹, jest to droga przeznaczona wyłącznie do ruchu pojazdów samochodowych, wyposażona przynajmniej w dwie trwale rozdzielone jednokierunkowe jezdnie, posiadająca wielopoziomowe skrzyżowania ze wszystkimi przecinającymi ją drogami transportu lądowego i wodnego oraz wyposażona w urządzenia obsługi podróżnych, pojazdów i przesyłek, przeznaczone wyłącznie dla użytkowników autostrady.

Drogi alternatywne nie stanowią substytutu autostrady, albowiem kierowcy pomimo obowiązku uiszczania opłat i spotykanych niekiedy utrudnień (prac remontowych) decydują się na przejazd autostradą, a nie bezpłatną drogą alternatywną. W założeniu kierowcy wnosząc stosowaną opłatę zamierzają komfortowo, bezpiecznie i szybko pokonać dany odcinek trasy korzystając właśnie z autostrady, a nie drogi alternatywnej.

O tym, że dróg alternatywnych nie można traktować jako substytutów autostrady świadczą także postanowienia umowy koncesyjnej.

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika do decyzji]

(karta 261-262 akt postępowania antymonopolowego)

⁸ sprawa nr COMP/M.4087 – Eiffage Mcquarie/APRR pkt 19 (Dziennik Urzędowy UE z dnia 19 stycznia 2006 r. C 14/20)

⁹ ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2007 r., Nr 19, poz. 115 ze zm.)

Również orzecznictwo uznaje, że autostrada stanowi wyodrębniony geograficznie rynek właściwy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie: „Nie można drogi ogólnodostępnej, ani drogi ekspresowej uznać za substytut autostrady. Przedmiotowy odcinek autostrady umożliwia bowiem przejazd z Krakowa do Katowic autem osobowym klasy średniej, w normalnych warunkach drogowych w ciągu 35 minut, co byłoby niemożliwe na innych istniejących drogach publicznych z Krakowa do Katowic, gdyż są one zazwyczaj dwukierunkowe, o różnej nawierzchni, usytuowane w obszarze zabudowanym. Z płatnego odcinka autostrady korzystają kierowcy – konsumenci, którzy wnosząc stosowną opłatę, komfortowo i szybko pokonują odległość z Krakowa do Katowic, przez co cechy innych dróg publicznych nie są porównywalne do płatnego odcinka autostrady A-4. [...] Dla klientów powoda kierujących się kryterium kosztów przejazdu, obowiązek uiszczenia opłaty za korzystanie z autostrady będzie decydował o tym, że droga ta nie będzie substytutem dla innych dróg publicznych na przedmiotowym obszarze. Dla pewnej zaś grupy klientów powoda rozstrzygającą dla wyboru przejazdu autostradą będzie możliwość odbycia podróży, co prawda za opłatą, ale szybko i w bardziej komfortowych warunkach.”¹⁰

Konkludując, decyzje Komisji, w szczególności decyzja w sprawie nr COMP/M.4249 – Abertis Autostrade, nie są wystarczającą podstawą do przyjęcia szerokiego, proponowanego przez Spółkę rozumienia rynku właściwego. Właściwy rynek winien zatem zostać określony jako rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A2 Nowy Tomyśl – Konin.

Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

Na rynku właściwym – rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A2 Nowy Tomyśl – Konin Spółka posiada bez wątpienia pozycję dominującą z uwagi na fakt, że jest Koncesjonariuszem płatnego odcinka autostrady.

Spółce postawiono zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez narzucanie nieuczciwych cen za przejazd autostradą w trakcie prowadzonych prac remontowych. Analizę przesłanek zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów winno poprzedzić stwierdzenie, iż opłata za przejazd autostradą jest ceną w rozumieniu art. 4 pkt 8 ww. ustawy. Charakter opłat jest bowiem również kwestionowany przez Spółkę. Zgodnie z ww. przepisem przez cenę rozumieć należy ceny jak również opłaty o charakterze cen, marże handlowe, prowizje i narzuty do cen. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach¹¹ przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Jak z powyższego wynika kategoria „cena” w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i

¹⁰ uzasadnienie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 września 2006 r. sygn. akt VI ACA 97/2006

¹¹ ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. 2001 r., Nr 97, poz. 1050 ze zm.)

konsumentów ma szerszy zakres znaczeniowy niż „cena” określona w powołanej definicji ustawy o cenach.¹²

W ocenie Prezesa Urzędu opłaty za przejazd autostradą są kategorią odmienną od tzw. opłat winietowych, przede wszystkim z uwagi na odmienne źródło regulacji. Brak jest uzasadnienia do przyjęcia, że obie te opłaty mają charakter publiczny.

Opłaty za przejazd po drogach publicznych pojazdów nienormatywnych (tzw. opłaty winietowe) są uregulowane w ustawie o drogach publicznych¹³. Zgodnie z art. 13 tej ustawy korzystający z dróg publicznych są obowiązani do ponoszenia opłat za:

- 1) parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania,
- 2) przejazdy po drogach publicznych pojazdów nienormatywnych.

Korzystający mogą być obowiązani do ponoszenia opłat za:

- 1) przejazdy przez obiekty mostowe i tunele zlokalizowane w ciągu dróg publicznych,
- 2) przeprawy promowe na drogach publicznych.

Opłaty za przejazdy po drogach publicznych pojazdów nienormatywnych, zgodnie z art. 40d ust. 2 i 3 ustawy o drogach publicznych przedawniają się po upływie 5 lat od końca roku kalendarzowego, w którym powinny zostać uiszczone oraz podlegają przymusowemu ściągnięciu w trybie określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Opłaty za przejazd autostradą płatną są natomiast odmienną kategorią, nieuregulowaną w ustawie o drogach publicznych, lecz w ustawie o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym.¹⁴

Opłaty winietowe mają zatem zdecydowanie odmienny charakter od opłat za przejazd autostradą płatną, które mają charakter cywilnoprawny i nie mogą być ściągane w trybie określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, a obowiązek ich uiszczenia przedawnia się na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym.

O cywilnoprawnym charakterze opłat za przejazd autostradą świadczy także regulamin autostrady A2.¹⁵ Zgodnie z art. XXI pkt 5 regulaminu „w sprawach nie uregulowanych Regulaminem zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego i inne powszechnie obowiązujące przepisy prawa.”

Spółka osiągnęła następujące wyniki finansowe, a także przekazała opłaty za dzierżawę gruntów do Skarbu Państwa:

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika do decyzji]
(karta 714-715 akt postępowania antymonopolowego)

Podporządkowane płatności koncesyjne są obliczane zgodnie z następującą formułą:

[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika do decyzji]
(karta 264-265 akt postępowania wyjaśniającego)

W związku z powyższą strukturą podziału zysku, którego jedynie część [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika do decyzji] przekazywana jest Państwu, w ocenie Prezesa Urzędu nie ma podstaw do uznania, że Spółka jest jedynie poborcą opłat. Zgodnie bowiem z

¹² K. Kohutek, Komentarz do ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.03.86.804), LEX/EI 2005

¹³ ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2007, Nr 19, poz. 115 ze zm.)

¹⁴ ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (tekst jedn. Dz.U. 2004, Nr 256, poz. 2571 ze zm.)

¹⁵ http://www.autostrada-a2.pl/pl/bezpieczenstwo/regulamin_a2/

art. 37b ust. 1 ustawy o autostradach płatnych „opłaty za przejazd autostradą pobrane przez spółkę stanowią jej przychód.” Spółka przekazuje część opłat do Skarbu Państwa poprzez tzw. niepodporządkowane oraz podporządkowane płatności koncesyjne, które zostały określone w załączniku S do umowy koncesyjnej.

Narzucanie ceny to działanie, które cechuje się jednostronnością i przymusem towarzyszącym jego wykonaniu. Przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na rynku właściwym, dysponuje siłą rynkową umożliwiającą narzucanie cen słabszym uczestnikom rynku. Żądanie przez przedsiębiorcę zbyt wysokich cen za produkt w warunkach wolnej konkurencji z reguły skutkować będzie utratą klientów, którzy będą korzystać z tańszej oferty konkurenta. Skorzystanie nabywców z substytutowych towarów konkurenta jest jednak ograniczone na rynku, na którym dany przedsiębiorca dysponuje pozycją dominującą (a tym bardziej monopolistyczną). W takim przypadku mechanizmy skutecznej konkurencji są zredukowane. Stosowanie cen nieuczciwych, w tym cen nadmiernie wygórowanych stanowi typowy przykład praktyki wykorzystującej swego rodzaju ekonomiczne "uzależnienie" nabywców od oferty dominanta (praktyka eksploatacyjna).

W niniejszej sprawie o wysokości opłat za przejazd autostradą decyduje Spółka zgodnie z postanowieniami przepisów prawa oraz umowy koncesyjnej, a użytkownicy autostrady nie mają żadnego wpływu na ustalenie jej wysokości. Konsumenci uiszczają opłatę przed wjazdem na autostradę, jednocześnie akceptując postanowienia regulaminu autostrady A2, zgodnie z którym „Użytkownik jest zobowiązany uiścić opłatę niezależnie od warunków atmosferycznych i drogowych występujących na Autostradzie. Opłata pobierana jest w pełnej wysokości również w okresie prowadzonych remontów i prac utrzymaniowych”(art. III pkt 1 regulaminu). W związku z powyższym uzasadnione jest stwierdzenie, że Spółka narzuca ceny za przejazd płatnym odcinkiem autostrady A2.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza żadnych kryteriów, na podstawie których można określić, czy cena ma charakter nieuczciwy. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 1 można jedynie stwierdzić, że charakter cen nieuczciwych mają z pewnością ceny nadmiernie wygórowane albo rażąco niskie. Niemniej jednak cena nadmiernie wygórowana lub rażąco niska nie wyczerpuje pojęcia ceny nieuczciwej, które ma szerszy charakter.

Zarówno polskie, jak i wspólnotowe orzecznictwo przyjmuje, że jako cenę nieuczciwą należy traktować cenę pozostającą bez uzasadnionego związku z ekonomiczną wartością świadczenia¹⁶. Sąd Najwyższy wyraził na przykład pogląd, że naruszenie zasady ekwiwalentności oznacza złamanie zakazu z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy (art. 9 ust. 2 pkt 1 obecnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).¹⁷ Cena nadmiernie wygórowana (nieuczciwa) była utożsamiana także z ceną sprzeczną z dobrymi obyczajami kupieckimi rozumianymi jako normy postępowania zakazujące nadużywania w stosunku do słabszego uczestnika obrotu posiadanej przewagi kontraktowej. Dobry obyczaj nakazuje oparcie kalkulacji ceny na przejrzystych kryteriach, w ten sposób, by nie doszło do arbitralnego narzucenia rażąco wygórowanych i nieekwiwalentnych cen za oferowane świadczenie.¹⁸

¹⁶ zob. sprawę C 242/95, *GT - Link A/S przeciwko De danske statsbaner*, Zb. Orz. 1997, s. 4453; oraz wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 10 marca 1999 r., XVII Ama 86/98, LEX nr 5592

¹⁷ Por.: wyrok Sądu Najwyższego z 25.05.2004 r., sygn. akt III SK 50/04

¹⁸ K. Kohutek, Komentarz do ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.03.86.804), LEX/EI 2005; wyrok sądu ochrony konkurencji i konsumentów z dnia 22 stycznia 2003 r., XVII Ama 12/02, Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 2, poz. 262

Jak wskazano wyżej opłata za przejazd autostradą ma charakter cywilnoprawny i wynika z zawartej z użytkownikiem umowy. Umowa ta ma charakter umowy dwustronnie zobowiązującej, odpłatnej i wzajemnej. Zgodnie z art. 354 ust. 1 Kodeksu cywilnego¹⁹ dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

W doktrynie zauważono, iż: „Kryterium celu społeczno-gospodarczego odwołuje się do obiektywnych funkcji i celów konkretnego zobowiązania, zważywszy np. na określony rodzaj działalności gospodarczej, typowe oczekiwania stron związane z danym typem stosunków, charakter profesjonalny lub też nie podmiotów zobowiązanych”.²⁰ Zgodnie natomiast z art. 355 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, dłużnik obowiązany jest do zachowania należytej staranności (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju). Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Ekwiwalentem opłaty uiszczonej przez konsumenta jest możliwość przejazdu autostradą, która zgodnie z art. 4 pkt 11 ustawy o drogach publicznych powinna być drogą przeznaczoną wyłącznie do ruchu pojazdów samochodowych, wyposażoną przynajmniej w dwie trwale rozdzielone, jednokierunkowe jezdnie, posiadającą wielopoziomowe skrzyżowania ze wszystkimi przecinającymi ją drogami transportu lądowego i wodnego oraz wyposażoną w urządzenia obsługi podróżnych, pojazdów i przesyłek, przeznaczone wyłącznie dla użytkowników autostrady.

Spółka pobiera opłatę za przejazd z góry, a użytkownik nawet po zapoznaniu się z informacją, że niektóre odcinki są remontowane, uiszcza stosowną opłatę w przekonaniu, że pomimo pewnych utrudnień skorzysta z drogi o standardzie autostrady płatnej.

Umową wzajemną zgodnie z art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego jest umowa, w której obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Według powszechnie przyjmowanego poglądu, o ekwiwalentności świadczeń rozstrzyga subiektywna ocena stron, a nie rzeczywista obiektywna wartość świadczeń.²¹ Zachowanie zasady ekwiwalentności świadczeń jest w niniejszej sprawie kluczowe dla oceny, czy Spółka nadużyła pozycji dominującej poprzez stosowanie nieuczciwych cen za oferowany „towar”.

W pierwszej kolejności jednak Prezes Urzędu rozważył, czy Spółka miała możliwość swobodnego kształtowania wysokości opłaty za przejazd autostradą w trakcie prowadzonego remontu, ze względu na podnoszone ograniczenia ustawowe oraz zawarte w umowie koncesyjnej.

Zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie opłat za przejazd autostradą²² opłaty mogą być zmienione przez koncesjonariusza po ich uzgodnieniu z Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, z uwzględnieniem warunków określonych w umowie koncesyjnej. Zgodnie z § 3 Opłaty mogą być ustalane jako opłaty abonamentowe. W przypadku opłat jednorazowych możliwe jest stosowanie bonifikaty.

Jak podała Spółka, zgodnie z umową koncesyjna po uwzględnieniu obowiązującej stawki VAT opłaty brutto dla poszczególnych kategorii byłyby następujące:

¹⁹ ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.)

²⁰ M. Safjan [w:] red. K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-449¹¹, Warszawa 2005, s. 844

²¹ W. Popiołek [w] red. K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450-1088, Warszawa 2005, s. 844

²² Rozporządzenie z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie opłat za przejazd autostradą (Dz.U. 2004, Nr 102, poz. 1075)

Waloryzowane początkowe stawki opłat brutto	Kategoria 1	Kategoria 2	Kategoria 3	Kategoria 4
PPO Łądek (Września - Konin)	19.00	28.00	43.00	66.00
PPO Nagradowice (Krzesiny - Września)	16.00	24.00	37.00	57.00
PPO Gołuski (Nowy Tomyśl - Komorniki)	15.00	23.00	36.00	55.00

Natomiast maksymalne stawki opłat za przejazd autostradą zgodnie z załącznikiem P do umowy koncesyjnej mogłyby wynosić na dzień 30.06.2005 r.:

Maksymalne stawki opłat brutto na dzień 30.06.2005	Kategoria 1	Kategoria 2	Kategoria 3	Kategoria 4
PPO Łądek (Września - Konin)	38.00	57.00	85.00	133.00
PPO Nagradowice (Krzesiny - Września)	32.00	49.00	73.00	114.00
PPO Gołuski (Nowy Tomyśl - Komorniki)	31.00	47.00	71.00	110.00

Od rozpoczęcia eksploatacji odcinka autostrady A2 Września – Konin jako autostrady płatnej, tj. od 20 grudnia 2002 r. Koncesjonariusz tylko raz wprowadził zmianę stawek opłat dla pojazdów kategorii I. Zmiana ta nastąpiła w związku ze zmianą stawki VAT, po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej. Wprowadzona korekta opłat z 10 do 11 zł nie zrekompensowała Spółce w pełni podwyżki podatku i jak podaje Koncesjonariusz de facto stanowiła obniżenie stawek z punktu widzenia Spółki.

Maksymalna wysokość opłat za przejazd na autostradach, które nie zostały objęte umową o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, nie może przekraczać stawek określonych w obwieszczeniu Ministra Infrastruktury.²³ Pomimo faktu, że maksymalne stawki za przejazd autostradą A2 zostały określone w umowie koncesyjnej na stosunkowo wysokim poziomie, stosowana przez Spółkę wysokość opłat nie odbiega znacząco od stawki stosowanej na autostradach nieobjętych partnerstwem publiczno-prywatnym.

Uwzględniając ww. ograniczenia dotyczące kształtowania wysokości opłat Prezes Urzędu uznał, że w przypadku prowadzonych prac remontowych spółka miała możliwość czasowego obniżenia opłaty za przejazd, ponieważ zgodnie z załącznikiem P Spółka może wprowadzać system rabatowy, z czego wielokrotnie korzystała.

Z tych powodów zatem decydujące w sprawie jest rozważenie, czy prowadzone na odcinku autostrady A2 Września – Konin remonty, ich zakres i czas trwania doprowadziły do takich utrudnień w korzystaniu z autostrady, że została w sposób istotny zachwiana zasada ekwiwalentności świadczeń, a w konsekwencji pobierana w czasie remontów opłata w pełnej wysokości powinna być uznana za cenę nieuczciwą.

Prezes Urzędu uznał, że zakres i sposób prowadzenia remontu na autostradzie A2 w 2007 r. nie doprowadził do istotnego naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń, a pobierana w tym czasie opłata za przejazd nie może zostać uznana za nieuczciwą. Przemawiają za tym następujące argumenty.

Spółka w 2007 r. przeprowadziła remont wskazanego odcinka autostrady, do czego była zobowiązana na podstawie zawartej z Rządem Rzeczypospolitej Polskiej umowy koncesyjnej.

²³ zgodnie z załącznikiem do obwieszczenia Ministra Infrastruktury z dnia 5 grudnia 2007 r. w sprawie wysokości maksymalnych stawek opłat za przejazd 1 km autostrady na rok 2008 (Dz.U. 2007, Nr 94, poz. 1032) maksymalna stawka za przejazd autostradą 1 km dla kategorii I nie może w roku 2008 przekroczyć 0,24 zł

Dla odcinka autostrady A2 Września – Konin warunek osiągnięcia tzw. 6 mln osi obliczeniowych (skorzystanie z autostrady przez określoną liczbę pojazdów) został spełniony w 2007 r., w związku z czym Koncesjonariusz przystąpił do realizacji inwestycji. Zgodnie z harmonogramem prace miały być wykonywane w okresie od 1 czerwca 2007 r. do 21 grudnia 2007 r. Ponieważ wykonawca wprowadził trzyzmienną organizację pracy (z wyłączeniem robót bitumicznych) prace remontowe prowadzono przez siedem dni w tygodniu, dzięki czemu czas trwania prac uległ znacznemu skróceniu i prace zostały zakończone w dniu 20 listopada 2007 r., przy czym prace nawierzchniowe powodujące zmianę organizacji ruchu i ograniczające prędkość podróży zostały ukończone jeszcze wcześniej.
(karta 38, 72, 73 akt postępowania wyjaśniającego)

Prace remontowe zostały zatem przeprowadzone sprawnie i szybko w stosunku do maksymalnego czasu ich trwania określonego w załączniku E do umowy koncesyjnej. Jak wskazano wyżej prace polegające na budowie docelowej konstrukcji nawierzchni powinny zostać rozpoczęte w ciągu [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika do decyzji] od przekroczenia 6 mln tzw. osi obliczeniowych, tymczasem zostały one zakończone w ciągu niecałych 6 miesięcy.

Zgodnie z art. 12 pkt 1 umowy koncesyjnej „*Obiekty Autostrady Płatnej mogą zostać tymczasowo zamknięte w trakcie robót utrzymaniowych, poszczególne pasy ruchu mogą zostać tymczasowo zamknięte w związku z koniecznością prowadzenia napraw.*” Jednocześnie umowa nie zawiera ograniczeń co do zakresu robót, które mogą być prowadzone w danym okresie. Przy prowadzeniu remontu wskazanego odcinka autostrady Spółka zatem nie naruszyła obowiązujących przepisów prawa oraz zapisów umowy koncesyjnej.

Informacje o prowadzonych pracach remontowych na odcinku autostrady A2 Września-Konin były podawane za pomocą prasy lokalnej oraz dzienników ogólnopolskich i radia (ok. 50 razy tygodniowo). Spółka wydrukowała także ulotkę informacyjną w nakładzie 100 000 egzemplarzy w 3 językach, która była rozdawana kierowcom na Placach Poboru Opłat w Gołuskach, Nagradowicach oraz Łądku. Przed rozpoczęciem prac na wszystkich wjazdach na odcinek autostrady Września-Konin, przed węzłem Września oraz Modła zostały umieszczone tablice informujące o utrudnieniach w związku z prowadzonymi pracami. Na wiaduktach przed wjazdami umieszczono także banery informujące o prowadzonych pracach
(karta 36-37, 22-31 akt postępowania wyjaśniającego).

W związku z powyższym uznać należy, że konsumenci posiadali informacje o prowadzonych remontach. Rozstrzygając kwestię zachowania zasady ekwiwalentności świadczeń pomiędzy stronami umowy o przejazd autostradą, nie można zatem pominąć, że kierowcy zdecydowali się zaakceptować pewne niedogodności wynikające z prowadzonych prac polegających na wzmocnieniu nawierzchni.

Maksymalne utrudnienia w ruchu występowały w okresie od 16 sierpnia 2007 r. do 1 października 2007 r., zatem w stosunkowo niedługim okresie niecałych dwóch miesięcy. W tym okresie łączna długość remontowanego odcinka wynosiła 22 km, w tym występowały:

- dwa wyłączenia jednej jezdni na odcinku o długości po 8 km każdy,
- wyłączenie jednej jezdni na odcinku o długości 4 km,
- wyłączenie pasów szybkiego ruchu na odcinku o długości 2 km.

(karta 38 i 60, 61 akt postępowania wyjaśniającego)

W związku z prowadzonymi od dnia 1 czerwca do 20 listopada 2007 r. pracami na odcinku autostrady A2 Września – Konin zostały wprowadzone następujące ograniczenia prędkości:

- do 50 km/h na odcinkach o długości 650 m,
- do 60 km/h na odcinkach o długości do 2 km, a od 16 października 2007 r. na

odcinkach o długości do 3 km,
- do 80 km/h na odcinkach o długości do 7 km 350 m.
(karta 61 akt postępowania wyjaśniającego)

W stosunku do całego odcinka autostrady A2, który obejmuje ok. 150 km, jak wskazano wyżej w losowo wybrane dni wyłączenia jednej jezdni dotyczyły kilku, bądź kilkunastu kilometrów. Jedynie co do tych stosunkowo krótkich odcinków autostrady można by twierdzić, że nie spełniały one wymogu dwóch trwale rozdzielonych, jednokierunkowych jezdni. Ponieważ sytuacja ta dotyczyła od 3,4 do 22,3 km (ok. 2,3 – 15% całej autostrady A2) Prezes Urzędu uznał, że utrudnienia te nie były na tyle znaczące by uznać, że została naruszona zasada ekwiwalentności świadczeń, a Spółka nadużyła pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A2 Nowy Tomyśl-Konin.

W związku z prowadzonymi pracami teoretyczny czas przejazdu w/w odcinkiem autostrady, w okresie najintensywniej prowadzonych prac remontowych wynosił:

- 30 minut (plus ok. 30 sekund na obsługę klienta) dla samochodów osobowych,
- 37 minut i 35 sekund (plus ok. 30 sekund na obsługę klienta) dla samochodów ciężarowych.

(k. 59-60 akt postępowania wyjaśniającego)

Teoretyczny czas przejazdu odcinkiem autostrady Września – Konin dla samochodów osobowych zwiększył się zatem, w okresie najintensywniej prowadzonych prac o ok. 8 minut. W stosunku do całego odcinka autostrady (ok. 150 km) remonty nie wpłynęły zatem znacząco na wydłużenie czasu podróży. Przy założeniu, że kierowca porusza się z maksymalną prędkością 130 km/h, na przebycie całego odcinka autostrady A2 potrzeba ok. 70 minut. Podkreślić należy, że w okresie prowadzonych remontów (1 czerwca – 20 listopada 2007 r.) ww. wydłużenie teoretycznego czasu przejazdu dotyczy okresu niecałych dwóch miesięcy, kiedy remontowany był najdłuższy 22 km odcinek. W pozostałym okresie teoretyczny czas przejazdu zwiększył się jedynie nieznacznie.

W ocenie Prezesa Urzędu autostrada powinna zapewniać nie tylko szybki, ale także bezpieczny i komfortowy przejazd wskazanym odcinkiem. Pomimo prowadzonych remontów ruch na autostradzie odbywał się w przeważającej części na rozdzielonych jezdniach, autostrada była ogrodzona (co ogranicza ryzyko wtargnięcia zwierząt), nie było na niej ruchu pieszych, pojazdów wolnobieżnych, rowerzystów. Autostrada była także wyposażona w punkty obsługi podróżnych.

Podkreślenia wymaga fakt, że w roku 2007 użytkownicy autostrady złożyli 126 skarg, z czego jedynie 49 dotyczyło niedogodności wynikających z prowadzonych prac oraz pobierania opłat w trakcie prowadzonych remontów. W czasie trwania remontu (od 1 czerwca do 20 listopada 2007 r.) na Punkcie Poboru Opłat Łądek uiszczono opłatę za 3.363.185 pojazdów, z których 1.795.000 stanowiły pojazdy kategorii I. Wyraźne niezadowolenie z faktu prowadzonych prac remontowych wyraziło zatem ok. 0.003% kierowców. (k. 354 akt postępowania antymonopolowego)

W ocenie Prezesa Urzędu nie ma zatem wystarczających podstaw do uznania, że w związku z prowadzonymi pracami remontowymi, które były prowadzone stosunkowo sprawnie i szybko, zgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami umowy koncesyjnej, autostrada przestała spełniać swoją funkcję i nie można jej traktować jako autostrady w rozumieniu przepisów ustawy o drogach publicznych.

Nie została więc naruszona zasada ekwiwalentności świadczeń, będąca podstawą oceny, czy dopuszczono się stosowania praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów. Zasada ta nie została bowiem naruszona w stopniu, który umożliwiłby potwierdzenie stosowania przez Spółkę zarzucanej praktyki. Pamiętać należy, że pojęcie ceny nieuczciwej jest pojęciem nieostrym, dlatego podstawą uznania, że Spółka stosowała praktykę eksploatacyjną może być tylko niebudzące wątpliwości stwierdzenie, że w sprawie doszło do wyraźnego naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń.

Art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów posługuje się zwrotami niejednoznacznymi, zabraniając stosowania „nieuczciwych cen”. Wprawdzie ustawa wskazuje zarazem, że pod pojęciem ceny nieuczciwej należy rozumieć cenę „nadmiernie wygórowaną” oraz „rażąco niską”, jednakże również te sformułowania są niedookreślone.²⁴ Cena nadmiernie wygórowana, czy rażąco niska nie wyczerpuje w pełni pojęcia ceny nieuczciwej w tych wszystkich przypadkach, w których mamy do czynienia z naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń stron umowy wzajemnej. Naruszenie takie ze względu na niedookreśloność używanych pojęć powinno być wyraźne, wręcz dostrzegalne *prima facie*. Cena powinna być ekwiwalentem określonego świadczenia i pozostawać z nim w związku. Dopiero wyraźne naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń oznacza złamanie zakazu określonego w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.²⁵

Zgodnie z art. 105 Kodeksu postępowania administracyjnego²⁶ gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki ograniczającej konkurencję i nakazuje zaniechania jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub art. 81 lub 82 Traktatu WE. Ze względu fakt, iż zarzut nadużycia przez Spółkę pozycji dominującej nie potwierdził się w toku przeprowadzonego postępowania antymonopolowego niemożliwe było wydanie decyzji na podstawie art. 10 ww. ustawy, dlatego postępowanie jako bezprzedmiotowe winno zostać umorzone.

W ocenie Prezesa Urzędu brak podstaw do stwierdzenia, że w sprawie została niewątpliwie naruszona zasada ekwiwalentności świadczeń, dlatego postępowanie w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez Autostrada Wielkopolska S.A. w Poznaniu zostało umorzone.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

²⁴ K. Kohutek, Komentarz do ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.03.86.804), LEX/EI 2005

²⁵ S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1999 r., s. 213; por. wyrok Sadu Antymonopolowego z 27 marca 1996 r., sygn. akt XVII Amr 71/95, Wok. 1997, Nr 6; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2004 r., sygn. akt III SK 50/04

²⁶ ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.)

Otrzymują:

1. *Autostrada Wielkopolska*
2. *a/a*