

# **DELEGATURA**

## **UOKiK w KATOWICACH**

Katowice, dnia 25.04.2008r.

RKT-411-09/07/MF

### **DECYZJA Nr RKT-09/2008**

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm. Dz.U. z 2007r. Nr 99, poz. 660 i Nr 171, poz. 1206) oraz § 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 postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Stalexport Autostrada Małopolska S.A. z siedzibą w Mysłowicach

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- I.** na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się** za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 w/w ustawy, praktykę Stalexport Autostrada Małopolska S.A. polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 Katowice-Kraków poprzez narzucanie nieuczciwych cen za przejazd płatnym odcinkiem autostrady w wysokości określonej w Cenniku opłat w czasie remontu tego odcinka autostrady powodującego znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów i **nakazuje się zaniechanie jej stosowania**,
- II.** na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się** na Stalexport Autostrada Małopolska S.A. **karę pieniężną** w wysokości 1 300 000 PLN (słownie złotych: jeden milion trzysta tysięcy), płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 w/w ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji,
- III.** na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 80 tej ustawy, uwzględniając wynik postępowania antymonopolowego opisanego w pkt I sentencji niniejszej decyzji **postanawia się** obciążyć Stalexport Autostrada Małopolska S.A. kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego i zobowiązać w/w przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 49 PLN (słownie złotych: czterdzieści dziewięć) tytułem zwrotu kosztów postępowania w w/w sprawie.

### **Uzasadnienie**

W imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej również Organem Antymonopolowym) przeprowadzone zostało postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy mogło mieć miejsce nadużywanie przez Stalexport Autostrada Małopolska S.A. z siedzibą w Mysłowicach (zwana dalej również Spółką) pozycji dominującej na płatnym odcinku autostrady A-4 Katowice-Kraków polegające na narzucaniu nieuczciwych cen poprzez pobieranie pełnych opłat za przejazd płatnym odcinkiem

autostrady w czasie remontu tego odcinka drogi publicznej powodującego utrudnienia w ruchu pojazdów, co może stanowić naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zwana dalej również ustawą antymonopolową).

Podstawą do wszczęcia postępowania wyjaśniającego były otrzymane od konsumentów informacje o niewłaściwych działaniach Spółki - koncesjonariusza płatnego odcinka autostrady A-4 Katowice-Kraków. Wynikało z nich, że kierowcy samochodów osobowych wnoszą opłatę 6,50 PLN przy wjeździe oraz 6,50 PLN przy wyjeździe z autostrady. Tak więc całkowity koszt przejazdu płatnym odcinkiem autostrady o długości 61 kilometrów wynosi 13 PLN. W związku z prowadzeniem licznych robót drogowych przejazd płatnym odcinkiem autostrady okazuje się znacznie utrudniony i wydłużony. Zdaniem skarżących Spółka, w okresie wykonywanego w szerokim zakresie remontu drogi narzuca konsumentom nieuczciwe ceny za przejazd płatnym odcinkiem autostrady w sytuacji, gdy jakość tej drogi i warunki wynikające z prowadzonego remontu dalekie są od standardów autostrady.

Ponieważ jak ustalono w toku postępowania wyjaśniającego Spółka pomimo prowadzenia prac remontowych na autostradzie powodujących znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów nie obniżyła wysokości opłat pobieranych za przejazd tym odcinkiem autostrady, w dniu 09.10.2007r. Postanowieniem Nr 1 zostało wszczęte z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Stalexport Autostrada Małopolska S.A. z siedzibą w Mysłowicach pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A 4 Katowice-Kraków poprzez narzucanie nieuczciwych cen za przejazd płatnym odcinkiem autostrady w wysokości określonej w Cenniku opłat w czasie remontu tego odcinka autostrady powodującego znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (karta nr 1).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania (karty nr-3-5) Spółka stwierdziła, że pobieranie przez nią opłat za przejazd autostradą jest jej podstawowym obowiązkiem jako koncesjonariusza odcinka płatnej autostrady, który wynika z przepisów ustawy z dnia 27 października 1994r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (tekst jedn. Dz.U. z 2004r. Nr 256, poz. 2571 z późn. zm.), a także z postanowień Koncesji i Umowy Koncesyjnej zawartej ze Skarbem Państwa. Prowadzenie robót budowlanych zmierzających do dostosowania istniejącej autostrady do wymogów autostrady płatnej oraz roboty remontowe stanowiące stały element jej utrzymania w okresie koncesyjnym jest także jednym z podstawowych obowiązków określonych w Umowie Koncesyjnej oraz w przepisach ustawy z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2007r. Nr 19, poz. 115 z późn. zm.), które określają zakres czynności wykonywanych przez zarządcę drogi publicznej do których należą m.in. koncesjonariusze autostrad płatnych. Zakres rzeczowy i terminy prowadzenia robót remontowych i budowlanych nie wynikają z samodzielnej decyzji Spółki, lecz są następstwem ustaleń dokonanych z Ministrem właściwym ds. transportu, które znalazły odzwierciedlenie w Umowie Koncesyjnej. Oczekiwany i prognozowany zakres tych robót został określony już na etapie postępowania przetargowego o udzielenie koncesji na budowę i eksploatację autostrady płatnej A-4 Katowice – Kraków, które było prowadzone w latach 1995-1997.

Celem prowadzonych robót budowlanych na autostradzie jest zapewnienie lepszego komfortu jazdy i zwiększenie bezpieczeństwa użytkowników; naturalnym i logicznym następstwem prowadzenia robót są czasowe utrudnienia w ruchu na drodze.

Wysokość opłat za przejazd autostradą płatną wynika z postanowień Umowy Koncesyjnej, które są zgodne z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 29 kwietnia

2004r. w sprawie opłat za przejazd autostradą (Dz.U. Nr 102, poz. 1075). Wśród obowiązujących przepisów prawnych, jak i w Umowie Koncesyjnej brak jest jakichkolwiek podstaw obligujących koncesjonariusza do obniżenia opłat za przejazd autostradą w czasie prowadzonych remontów. Przeciwnie, Spółka jest zwolniona z obowiązku zapewnienia nieprzerwanego i nieograniczonego dostępu do autostrady płatnej w czasie prowadzenia robót budowlanych i utrzymaniowych (artykuł 10.4 Umowy Koncesyjnej).

Nie bez znaczenia dla oceny sprawy ma charakter prawny opłaty uiszczanej za przejazd autostradą. W opinii Spółki, która została potwierdzona wyrokiem Sądu Rejonowego w Krakowie – Krowodrzy opłata za przejazd autostradą nie jest świadczeniem o charakterze umownym, lecz stanowi opłatę za korzystanie z drogi publicznej, do której pobierania uprawniony jest, na podstawie decyzji Skarbu Państwa podmiot posiadający koncesję. Taki status opłaty powoduje, że nie może ona zostać uznana za cenę w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, tj. za kwotę pieniężną będącą ekwiwalentem świadczonej usługi lub nabywanego towaru. Tym samym trudno mówić o dopuszczeniu się przez Spółkę nadużywania pozycji dominującej poprzez narzucanie nieuczciwych cen, skoro opłata nie ma statusu ceny.

W opinii Spółki brak jest podstaw uzasadniających zarzut nadużywania przez nią pozycji dominującej, ponieważ żaden użytkownik drogi nie jest przymuszany do skorzystania z przejazdu autostradą płatną. Trzeba zaznaczyć, że na odcinku Katowice – Kraków istnieją co najmniej dwie drogi równoległe, tj. droga krajowa nr 79 oraz droga krajowa nr 94. W szczególności droga krajowa nr 94 jest drogą o przybliżonej długości i zbliżonym standardzie, a jej znaczną część stanowi droga dwujezdniowa z dwoma pasami ruchu w przeciwnym kierunku. Nadto, droga ta była poddana w ostatnich latach gruntownemu remontowi (m.in. wymiana nawierzchni), który zwiększył komfort poruszania się pojazdów. Użytkownicy dróg dojazdowych do autostrady płatnej mają możliwość skorzystania z alternatywnej trasy przejazdu, m.in. poprzez ustawione w widocznych miejscach i powtarzające się tablice informujące o prowadzonych remontach. Ponadto Spółka prowadziła i nadal prowadzi przy użyciu wszystkich dostępnych mediów (radio, telewizja, prasa, internet, informacje bezpośrednie dla kierowców w postaci tablic drogowych) intensywną kampanię informującą kierowców o utrudnieniach w ruchu. To wszystko powoduje, że użytkownik drogi może w swobodny sposób skorzystać z innej trasy podróży.

Spółka stwierdziła, że nie zgadza się z przyjętą przez Organ Antymonopolowy tezą o istnieniu podejrzenia nadużywania przez nią pozycji dominującej z racji wadliwie przyjętej interpretacji pojęcia rynku właściwego. W jej opinii rynkiem właściwym nie jest wyłącznie rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu płatnym odcinkiem autostrady, lecz cały korytarz komunikacyjny na trasie Katowice – Kraków dostępny dla różnych środków transportu.

Spółka przedstawiła również swoje stanowisko w sprawie w piśmie z dnia 28.01.2008r. (karty nr 522-536). Podtrzymała w nim m.in. swoje twierdzenie, że w jej ocenie opłata za przejazd autostradą nie jest ceną w rozumieniu przepisów ustawy antymonopolowej. Stąd też opłata za przejazd autostradą ze względu na swój charakter nie powinna podlegać ocenie na podstawie przepisów tej ustawy. Spółka stwierdziła również, że nawet gdyby przyjąć, iż opłata za przejazd autostradą winna być traktowana jako opłata za usługę, to nieobniżenie jej w okresie prac remontowych nie powinno być uznane za przejaw praktyki polegającej na pobieraniu cen nieuczciwych.

### **W toku postępowania Organ Antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny.**

Stalexport Autostrada Małopolska S.A. została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000026895. Przedmiot jej działalności obejmuje budowę dróg kołowych i szynowych oraz pozostałą działalność wspomagającą transport lądowy (karty nr 11-14).

W dniu 15.03.1997r. została udzielona Stalexport S.A. koncesja na odcinek autostrady A-4 Katowice – Kraków. Decyzją Ministra Infrastruktury z dnia 28.07.2004r. prawa i obowiązki wynikające z Koncesji i Umowy Koncesyjnej zostały przeniesione ze Stalexport S.A. na Stalexport Autostrada Małopolska S.A. (karta nr 23).

W dniu 21.03.2005r. Spółka zawarła z Ministrem Infrastruktury Aneks nr 5 do Umowy Koncesyjnej na budowę przez przystosowanie autostrady A 4 na odcinku: Katowice (węzeł Murckowska, km 340,2) – Kraków (węzeł Balice, km 401,1) o długości 60,9 km, do wymogów Płatnej Autostrady oraz eksploatację autostrady na tym odcinku. Artykuł 2 w/w aneksu otrzymał następującą treść: „*Minister i Koncesjonariusz wprowadzają zmiany w Umowie i uzgadniają nowy, ujednoczony tekst Umowy który jest załączony do niniejszego Aneksu 5*”. Stąd też od 21.03.2005r. strony obowiązują Umowa Koncesyjna w brzmieniu określonym Aneksem nr 5 (karty nr 43-431).

Zgodnie z artykułem 2.1 przedmiotem Umowy Koncesyjnej jest określenie wzajemnych praw i obowiązków stron, związanych z realizacją przedsięwzięcia polegającego na budowie płatnej autostrady poprzez przystosowanie autostrady A-4 na odcinku: Katowice (węzeł Murckowska, km 340,2) – Kraków (węzeł Balice, km 401,1) do wymogów płatnej autostrady (Etap I) i jej eksploatacji, jak również prowadzenie i zakończenie pozostałych robót budowlanych określonych w Załączniku nr 9. Umowa Koncesyjna została zawarta na czas określony równy okresowi obowiązywania Koncesji, tj. od 15.03.1997r. do 15.03.2027r. (karty nr 49-50).

Art. 10 .1 i 2 w/w Umowy stanowi, że po zakończeniu robót budowlanych Etapu 1 z dniem 1.02.2000r. koncesjonariusz zobowiązany będzie do rozpoczęcia eksploatacji i utrzymania płatnej autostrady. Równocześnie koncesjonariusz jest uprawniony do rozpoczęcia poboru opłat za przejazd płatną autostradą od dnia 3.04.2000r. do dnia wygaśnięcia lub cofnięcia Koncesji (karta nr 58).

W ramach eksploatacji koncesjonariusz jest zobowiązany zapewnić nieprzerwany dostęp do płatnej autostrady i jej przejezdność z wyjątkiem określonych sytuacji, wśród których wskazano, że ograniczenie dostępu może nastąpić, gdy będzie to niezbędne w wyniku prowadzenia robót budowlanych. Koncesjonariusz jest jednak zobowiązany do dołożenia starań, aby zminimalizować okres zamknięcia płatnej autostrady dla ruchu (artykuł 10.4).

Zgodnie z art. 9.10 Umowy Koncesyjnej „*Koncesjonariusz zobowiązany jest do dołożenia wszelkich starań w celu zapewnienia nieprzerwanego dostępu do Istniejącej Autostrady podczas trwania Robót Budowlanych, w związku z czym Roboty Budowlane powinny być wykonywane bez powodowania istotnych zakłóceń w ruchu na Istniejącej Autostradzie.*” (karta nr 57).

Art. 12 .1 Umowy Koncesyjnej przewiduje prawo koncesjonariusza do ustalania oraz zmiany stawek za przejazd płatną autostradą zgodnie z postanowieniami załącznika nr 6 i przepisami w sprawie szczegółowych zasad ustalania i pobierania opłat za przejazdy autostradami płatnymi (karta nr 62). Załącznik nr 6 określa maksymalne stawki opłat pobieranych przez Spółkę za przejazd autostradą A-4 na odcinku objętym Koncesją. Ustalono, że od dnia 1.01.2006r. opłaty za przejazd pobierane na każdym punkcie poboru opłat wynoszą 6,50 PLN dla kategorii pojazdu 1 i 24,50 PLN dla kategorii pojazdów 2, 3, 4 i 5. W przedmiotowym załączniku określono również mechanizm ustalania maksymalnego wzrostu stawek opłat za przejazd po 1.01.2006r. (karty nr 109 – 115)

W załączniku nr 9 określono wykaz robót budowlanych, które winny zostać wykonane przez Spółkę w poszczególnych etapach. Roboty budowlane Etapu I zostały zasadniczo zakończone na początku 2000r. Wskazano roboty budowlane w trakcie realizacji, które wcześniej były

przewidziane w etapie IIa. Ustalono, że roboty budowlane Etapu IIa zostaną rozpoczęte w marcu 2006r. i ukończone do końca października 2009r. Po zakończeniu tych robót przewidziano dalsze prace określone jako Etap IIb (karty nr 133 – 137).

Do Umowy Koncesyjnej załączony został również „Raport Techniczny dla Robót Etapu II” (karty nr 151 – 431). W pkt 6.2.5 Raportu stwierdzono, że „Model organizacji ruchu opracowany przez JacobsGIBB pokazał, że maksymalna ogólna długość odcinków ruchu dwukierunkowego na każdej z jezdni nie powinna być większa niż 8 km, pomiędzy placami poboru opłat.” Zgodnie z pkt 6.3 Raportu „Kolejność wykonywania prac remontowych na poszczególnych obiektach mostowych, która jest przedstawiona w poglądowym harmonogramie prowadzenia robót budowlanych dla Etapu 2A (...) uwzględniającym ograniczenia wynikające z organizacji ruchu i konieczności ograniczenia długości odcinków wyłączonych z ruchu do 8 km. została ustalona na podstawie ostatnich przeglądów obiektów mostowych (...)” (karty nr 195 i 197).

Pkt 12.3.6 Raportu stanowi, że „Zgodnie z wymaganiami GDDKiA utrudnienia w ruchu na autostradzie powinny być ograniczone do minimum a roboty powinny zostać ukończone w najkrótszym możliwym czasie. (...) Dla osiągnięcia tego celu wykonawca będzie musiał prowadzić roboty w ciągłym systemie dwuzmianowym, 6 dni w tygodniu. Od czasu do czasu może okazać się konieczne prowadzenie robót nocą lub w niedzielę, a prace remontowe na obiektach mostowych będą musiały być realizowane również w okresie zimowym.” (karta nr 265).

W pkt 14.4.1 Raportu stwierdzono, że „Oczywistą rzeczą był zawsze fakt, że roboty budowlane dla remontów obiektów mostowych będą musiały być etapowane w celu utrzymania zakłóceń w ruchu na autostradzie na minimalnym poziomie. Analizy prowadzone dla Raportu technicznego z 2001r. wykazały, że łączna długość odcinka ruchu dwukierunkowego pomiędzy placami poboru opłat nie przekraczająca 8 km może być akceptowana przez kierowców.” (karta nr 275).

Ponadto pkt 14.5.8 w/w Raportu otrzymała następująca treść: „Instrukcje dla oferentów będą zwracały uwagę na konieczność prowadzenia robót bez przekraczania łącznej długości odcinka ruchu dwukierunkowego wynoszącej 8 km pomiędzy placami poboru opłat (...). Instrukcje dalej określają warunek, aby ilość oddzielnych odcinków ruchu dwukierunkowego w ogólnej długości 8 km była jak najmniejsza.” (karta nr 278).

W Raporcie zawarty został również *Dyrektywny harmonogram robót Etapu 2a*, w którym wskazano, jakie prace winny zostać wykonane na autostradzie oraz określono daty rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych prac. Aneks J do Raportu zawiera dodatkowe harmonogramy rozszerzające Ogólny Harmonogram Robót Mostowych i Wymiany Nawierzchni.

W poniższych tabelach w oparciu o informacje przedstawione przez Spółkę w toku postępowania wyjaśniającego wskazano poszczególne odcinki autostrady tj. jezdnie lub pasy ruchu wyłączone z ruchu z powodu prac utrzymaniowych lub robót budowlanych w poszczególnych miesiącach 2007r. (karty nr 466-488).

Kierunek Katowice - Kraków

Miesiące 2007r.	Odcinek jezdni wyłączonej z ruchu (ruch dwukierunkowy na jezdni)		Odcinek pasa ruchu wyłączony z ruchu		Zamknięte jezdnie (ruch dwukierunkowy na autostradzie). Łączna długość w metrach.	Zamknięte pasy ruchu. Łączna długość w metrach.
	Lokalizacja (od km do km)	Długość w metrach	Lokalizacja (od km do km)	Długość w metrach		
Styczeń	Od 375+950 do 376+250	350	-	-	350	-
Luty	Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	350 535	Od 387+450 do 387+700	250	885	250
Marzec	Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	350 535	Od 387+450 do 387+700	250	885	250
Kwiecień	Od 392+150 do 396+350 Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	4 200 350 535	Od 384 +050 do 384 +450 Od 380+050 do 382+200 Od 362+100 do 362+600 Od 340+550 do 341+700 Od 387+450 do 387+700	400 2150 500 1150 250	5085	4450
Maj	Od 392+150 do 396+350 Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	4 200 350 535	Od 384 +050 do 384 +450 Od 380+050 do 382+200 Od 366+150 do 366+550 Od 362+100 do 362+600 Od 340+150 do 341+700 Od 353+150 do 353+350 Od 387+450 do 387+700	400 2150 400 500 1550 200 250	5085	5450
Czerwiec	Od 392+150 do 396+350 Od 341+800 do 345+250 Od 345+250 do 347+650 Od 380+350 do 381+780 Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	4200 3450 2400 1430 350 535	Od 384 +050 do 384 +450 382+634 Od 340+150 do 340+700 Od 366+150 do 366+550 Od 362+100 do 362+600 Od 340+150 do 341+700 Od 353+150 do 353+350 Od 387+450 do 387+700	400 400 550 400 500 1550 200 250	12 365	4250
Lipiec	Od 380+350 do 384+350 Od 341+800 do 345+250	4000 (od 4.07) 3450	393+272 368+850	400 (od 10.07) 400 (od 12.07)	13 110	1400

	Od 345+250 do 347+650 Od 388+450 do 390+400 Od 353+150 do 354+450 Od 397+950 do 398 +485	2400 1950 (od 6.07) 1300 (od 20.07) 535 (do 17.07)	358+150  Od 353+150 do 353+350	400 (od 26.07) 200		
Sierpień	Od 341+800 do 345+250 Od 345+250 do 347+650 Od 380+350 do 381+780 Od 388+450 do 390+400 Od 362+250 do 366+450 Od 353+150 do 354+450 Od 380+350 do 384+350 Od 380+350 do 384+350	3450 2400 1430 1950 4200 (od 20.08) 1300 4000 (do 17.08) 4000 (od 28.08)	368+850  Od 340+150 do 340+700 393+272	400 (do 17.08) 550 400	18730	1350
Wrzesień	Od 341+800 do 345+250 Od 345+250 do 347+650 Od 388+450 do 390+400 Od 362+250 do 366+450 Od 353+150 do 354+450 Od 380+350 do 384+350	3450 (od 4.09) 2400 (do 27.09) 1950 (do 10.09) 4200 (do 29.09) 1300 4000 (do 21.09)	393+272 Od 353+150 do 353+350	400 200	17300	600

Kierunek Kraków – Katowice

Miesiące 2007r.	Odcinek jezdnii wyłączonej z ruchu (ruch dwukierunkowy na jezdni)		Odcinek pas wyłączony z ruchu		Zamknięte jezdnie (ruch dwukierunkowy na autostradzie). Łączna długość w metrach.	Zamknięte pasy ruchu. Łączna długość w metrach.
	Lokalizacja (od km do km)	Długość w metrach	Lokalizacja (od km do km)	Długość w metrach		
Styczeń	Od 375+950 do 376+250	350	-	-	350	-
Luty	Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	350 535	Od 387+450 do 387+700	250	885	250
Marzec	Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	350 535	Od 387+450 do 387+700	250	885	250
Kwiecień	Od 392+150 do 396+350 Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	4200 350 535	Od 384+050 do 384+450 Od 380+250 do 382+600 Od 362+650 do 362+150 Od 340+200 do 341+800 Od 387+450 do 387+700	400 2350 500 1600 250	5085	5100
Maj	Od 392+150 do 396+350 Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	4200 350 535	Od 384+050 do 384+450 Od 380+250 do 382+600 Od 366+750 do 366+350 Od 362+650 do 362+150 Od 340+200 do 341+800 Od 353+400 do 353+200 Od 387+450 do 387+700	400 2350 400 500 1600 200 250	5085	5700
Czerwiec	Od 392+150 do 396+350 Od 341+800 do 345+250 Od 345+250 do 347+650 Od 380+350 do 381+780 Od 375+950 do 376+250 Od 397+950 do 398 +485	4200 3450 2400 1430 350 535	Od 384+050 do 384+450 382+634  Od 366+750 do 366+350 Od 362+650 do 362+150 Od 340+200 do 341+800 Od 353+400 do 353+200 Od 387+450 do 387+700	400 400 (od 25.06. do 30.06.) 400 500 1600 200 250	12365	3750
Lipiec	Od 380+350 do 384+350 Od 341+800 do 345+250	4000 3450	393+272  368+850	400 (od 10.07) 400 (od 12.07)	13110	1400



	Od 345+250 do 347+650 Od 388+450 do 390+400 Od 353+150 do 354+450 Od 397+950 do 398 +485	2400 1950 1300 (od 20.07) 535 (do 17.07)	358+150  Od 353+400 do 353+200	400 (od 26.07) 200		
Sierpień	Od 341+800 do 345+250 Od 345+250 do 347+650 Od 380+350 do 384+350 Od 388+450 do 390+400 Od 362+250 do 366+450 Od 353+150 do 354+450 Od 380+350 do 384+350	3450 2400 4000 (do 17.08) 1950 4200 (od 20.08) 1300 4000 (od 28.08)	368+850  393+272 Od 353+400 do 353+200	400 (do 17.08) 400 200	18 730	1000
Wrzesień	Od 341+800 do 345+250 Od 345+250 do 347+650 Od 388+450 do 390+400 Od 362+250 do 366+450 Od 353+150 do 354+450 Od 380+350 do 384+350	3450 2400 (do 27.09) 1950 (do 10.09) 4200 1300 4000	393+272	400	17300	400

Na odcinkach autostrady wyłączonych z ruchu wprowadzono ograniczenia prędkości do 70 km/h lub 90 km/h. Spółka przedstawiła informacje na temat teoretycznego czasu przejazdu autostradą samochodu średniej klasy z maksymalnie dopuszczalną prędkością.

W czasie, gdy nie zostały na autostradzie wprowadzane jakiegokolwiek ograniczenia prędkości związane z zamknięciem jezdni lub pasów ruchu teoretyczny czas przejazdu samochodem z prędkością 130 km/h wynosi 28 minut i 6 sekund (60, 9 km \* 60 minut: 130 km = 28 minut 6 sekund).

W związku z prowadzonymi robotami budowlanymi na autostradzie w 2007r. i wprowadzonymi ograniczeniami prędkości teoretyczny czas przejazdu z maksymalnie dopuszczalną prędkością uległ wydłużeniu i zgodnie z wyliczeniami przedstawionymi przez Spółkę w poszczególnych miesiącach kształtował się następująco (karty nr 466-488):

- styczeń: 28 minut 20 sekund,
- luty: 28 minut 50 sekund,
- marzec: 28 minut 50 sekund,
- kwiecień: od 29 minut 45 sekund do 31 minut 35 sekund,
- maj: od 31 minut 35 sekund do 32 minut 15 sekund,
- czerwiec: od 31 minut 45 sekund do 33 minut 55 sekund,
- lipiec: od 30 minut 35 sekund do 33 minut 45 sekund,
- sierpień: od 33 minut 35 sekund do 34 minut 25 sekund,
- wrzesień: od 31 minut 10 sekund do 33 minut 25 sekund.

Spółka przedstawiła również informacje o natężeniu ruchu na autostradzie w poszczególnych miesiącach w latach 2005 – 2007 (karta nr 491):

Miesiąc	Średniodzienne natężenie ruchu w miesiącu na płatnym odcinku autostrady A-4 Katowice - Kraków		
	2005r	2006r.	2007r.
Styczeń	17 531	22 024	25 467
Luty	19 072	23 151	28 007
Marzec	19 506	23 754	27 726
Kwiecień	20 931	25 911	28 329
Maj	21 534	25 868	28 242
Czerwiec	22 766	27 697	29 634
Lipiec	25 053	30 037	32 121
Sierpień	25 790	31 230	31 706
Wrzesień	25 746	30 263	28 097
Październik	25 299	29 358	-
Listopad	24 146	26 290	-
Grudzień	22 917	25 676	-

Wysokość opłat za przejazd płatnym odcinkiem autostrady A-4 kształtuje się następująco:

a) Stawka 1 – 6,50 PLN

– pojazdy kategorii 1 (motocykle, pojazdy samochodowe o dwóch osiach).

b) Stawka 2 – 12,50 PLN<sup>1</sup>

- pojazdy kategorii 2 (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),

- pojazdy kategorii 3 (pojazdy samochodowe o trzech osiach oraz pojazdy samochodowe o dwóch osiach, z których co najmniej jedna wyposażona jest w koła bliźniacze z przyczepami).

c) Stawka 2 - 24,50 PLN

- pojazdy kategorii 4 (pojazdy samochodowe o więcej niż trzech osiach oraz pojazdy samochodowe o trzech osiach z przyczepami i pojazdy samochodowe o więcej niż trzech osiach z przyczepami),

- pojazdy kategorii 5 (pojazdy nie mieszczące się w kategoriach od 1 do 4 i pojazdy, których wymiary, nacisk na oś lub ciężar przekraczają normy określone w przepisach o ruchu drogowym).

Powyższe opłaty pobierane są na każdym placu poboru opłat tj. w Mysłowicach – Brzęczkowicach i w Balicach, i stanowią połowę opłaty za przejazd całym odcinkiem autostrady A-4 Katowice – Kraków.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27.10.1994r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu drogowym zwolnione z opłat za przejazd autostradą są pojazdy, za które została uiszczona opłata za przejazd po drogach krajowych.

Spółka stosuje następujące bonifikaty za przejazd autostradą (karta nr 25):

a) przy zakupie od 1 do 3 bloczków stawki 1, cena 1 bloczka wynosi 309 PLN,

b) przy zakupie co najmniej 4 bloczków stawki 1, cena 1 bloczka wynosi 293 PLN.

<sup>1</sup> Stawka po uwzględnieniu rabatu uzgodnionego z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad i obowiązująca od 1 września 2005r.

1 bloczek dla stawki 1 zawiera 50 biletów.

Bilety stawki 2, które są ważne wyłącznie dla pojazdów kategorii 2 i 3, sprzedawane są z bonifikatą uzgodnioną z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad. 1 bloczek zawiera 25 biletów i jego cena wynosi 312,50 PLN.

Począwszy od 2004r. Spółka organizuje akcje „Godziny promocyjne”. Jak wyjaśniła Spółka jej ideę oparto na działaniach marketingowych innych firm, które stosują tzw. „Happy Hours” tzn. w wyznaczonych godzinach klienci uzyskują określony bonus, który ma ich zachęcić do dalszych zakupów, bądź mają okazję do wypróbowania danego produktu lub usługi. W ramach w/w promocji kierowcy pojazdów osobowych (stawka 1) wnoszą opłatę tylko na bramkach wjazdowych, natomiast na bramce wyjazdowej w określonych godzinach są zwolnieni z wniesienia opłaty. Spółka wskazała, że akcja „Godziny promocyjne” jest skierowana do tych kierowców, którzy na co dzień nie korzystają z autostrady A-4 Katowice – Kraków i ma stanowić dla nich zachętę, by w czasie wyjazdów weekendowych przejechali na próbę tą właśnie trasą. Jej celem jest pozyskanie nowych użytkowników autostrady.

W 2006r. powyższa promocja była organizowana w 3 soboty w godzinach od 8 do 10 i od 18 do 20. W 2007r. zorganizowano ją w 5 sobót w godzinach od 7 do 10 i od 18 do 21.

Spółka wskazała, że środki na organizację akcji promocyjnych uwzględniane są w jej budżecie marketingowym zatwierdzanym corocznie przez akcjonariusza. Informacja o planowanych działaniach marketingowych na kolejny rok przekazywana jest także Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Niższe wpływy w wybranych dniach i godzinach rekompensowane są przez wzrost natężenia ruchu będący rezultatem zastosowanej promocji (karty nr 464-465).

Z informacji przekazanych przez Spółkę wynika, że w okresie od 1.01.2006r. do 31.12.2006r. otrzymała ona od użytkowników 8 skarg na utrudnienia w ruchu na płatnym odcinku autostrady A-4, w tym 2 dotyczyły utrudnienia w ruchu spowodowane wypadkiem drogowym w dniu 29.06, 2006r., 1 dotyczyła złego stanu oznakowania poziomego, a w pozostałych 5 przypadkach użytkownicy skarżyli się na utrudnienia w ruchu spowodowane pracami remontowymi. Natomiast w okresie 1.01.2007r. do 31.05.2007r. do Spółki wpłynęły 22 skargi na utrudnienia w ruchu spowodowane remontami, w tym w 10 przypadkach skarżący wnieśli o zwrot poniesionych opłat za przejazd (karta nr 35).

Jak wyjaśniła Spółka w toku postępowania wyjaśniającego w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi na autostradzie nie dokonywała zwrotu opłat za przejazd (w całości lub części) na rzecz użytkowników. Uzasadniła to faktem, że aktualnie obowiązujące przepisy oraz treść Umowy koncesyjnej nie stwarzają podstaw do dokonania takiego zwrotu. W jej ocenie obecny stan prawny wskazuje, że nawet w okresie trwania remontu, płatny odcinek autostrady spełnia jej kryteria, ponieważ jest drogą dwujezdniową, oznaczoną odpowiednimi znakami, na której nie dopuszcza się ruchu poprzecznego, przeznaczona tylko do ruchu pojazdów samochodowych, które na równej, poziomej jezdni mogą rozwinać prędkość co najmniej 40 km/h, w tym również w razie ciągnięcia przyczep (karta nr 35).

(...)

## **Organ Antymonopolowy zważył co następuje.**

Dla uznania, że sprawa ma charakter antymonopolowy niezbędne jest ustalenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Pozwala to przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego.

Pojęcie interesu publicznego nie zostało zdefiniowane w ustawie, niemniej było ono wielokrotnie przedmiotem interpretacji Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zdaniem Sądu, wyrażonym w wyroku z dnia 12.06.2002r. (sygn. akt XVII Ama 47/01), pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany, a Organ Antymonopolowy w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji winien być rzecznikiem tego interesu. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, odnoszący się do ogółu, a nie do jednostki czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów winno być uprzednie udowodnienie przez Organ Antymonopolowy, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego. W ten sam sposób Sąd wypowiedział się w wyrokach z dnia: 25.06.2001r. sygn. akt XVII Ama 84/00, 28.05.2001r. sygn. akt XVII Ama 82/00, 27.06.2001r. sygn. akt XVII Ama 92/00, 12.11.2001r. sygn. akt XVII Ama 105/00 oraz 04.07.2001r. sygn. akt XVII Ama 108/00. W świetle powyższego orzecznictwa, Organ Antymonopolowy może wszcząć i prowadzić postępowanie antymonopolowe wyłącznie wówczas, gdy zachodzi podejrzenie, iż nastąpiło naruszenie interesu publicznego, a zatem, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku lub też wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku.

Wymienione w art. 1 cele ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały określone jako równorzędne co sprawia, że praktyki ograniczające konkurencję obejmują nie tylko te, które godzą w konkurencję, ale również te, które – podejmowane przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą – nie godząc wprost w konkurencję, naruszają interesy innych uczestników rynku. Praktyki ograniczające konkurencję można więc podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji i interesy konkurencyjne innych przedsiębiorców, oraz praktyki eksploatacyjne, których efektem lub celem jest naruszenie przede wszystkim innych niż konkurencyjne interesów innych uczestników rynku.

W niniejszej sprawie ingerencja Organu Antymonopolowego jest uzasadniona, albowiem służy ochronie tak pojętej konkurencji i interesów konsumentów. W przedmiotowej sprawie skutkami nadużycia przez Spółkę pozycji dominującej na rynku dotknięci zostali wszyscy użytkownicy płatnego odcinka autostrady A-4, korzystający z niej w czasie prowadzenia prac remontowych w bardzo szerokim zakresie. Praktyka Spółki może też godzić w każdego potencjalnego użytkownika, który zamierzałby skorzystać z w/w odcinka autostrady.

Tak więc, w świetle powyższych wywodów, w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z możliwością naruszenia interesu publicznoprawnego przez Spółkę, co uzasadnia ocenę jej zachowania na rynku w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

I Organ Antymonopolowy zarzucił Spółce nadużywanie pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A 4 Katowice-Kraków poprzez narzucanie nieuczciwych cen za przejazd płatnym odcinkiem autostrady w wysokości określonej w Cenniku opłat w czasie remontu tego odcinka autostrady powodującego znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Praktyki ograniczające konkurencję stosowane przez przedsiębiorców ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania Spółki w kontekście przesłanek wynikających z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy konieczne jest określenie granic rynku właściwego, albowiem od tego zależy stwierdzenie, czy zajmuje ona na tym rynku pozycję dominującą i co z tym się wiąże, czy można jej przypisać stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Rynek właściwy w danej sprawie wyznaczają zatem dwa skorelowane ze sobą pojęcia: rynku właściwego produktowo i rynku właściwego geograficznie.

W art. 4 pkt 7 zawarta jest legalna definicja towaru przez który *rozumie się rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane*. W przedmiotowej sprawie Spółka oferuje użytkownikom możliwość przejazdu odcinkiem autostrady A-4 Katowice-Kraków, na którego eksploatację posiada Koncesję. Świadczy więc usługę, za którą pobiera określone wynagrodzenie.

Rynek w ujęciu produktowym odnosi się do wszystkich towarów jednego rodzaju, które poprzez szczególne właściwości, zwłaszcza zaś przeznaczenie, funkcje użytkowe i cenę odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek pod względem przedmiotowym (asortymentowym) tworzą zatem wszystkie towary, które łącznie służą zaspokojeniu tych samych potrzeb, mają zbliżone właściwości fizyczne, mają podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Rynkiem właściwym terytorialnie jest natomiast obszar geograficzny, na którym panują dla przedsiębiorcy lub przedsiębiorców zbliżone warunki konkurencji na ustalonym rynku produktowym. Zasięg rynku geograficznego uzależniony jest w szczególności od takich czynników, jak: bariery wejścia na rynek zarówno o charakterze prawnym (cła, koncesje, monopol prawny itp.), jak i ekonomicznym (w szczególności koszty transportu), cechy towaru uniemożliwiające lub utrudniające transport na znaczne odległości, preferencje nabywców.

W przedmiotowej sprawie rynkiem w ujęciu produktowym jest rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 Katowice-Kraków.

Ustawa z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych w art. 1 stanowi, że drogą publiczną jest droga zaliczana na podstawie niniejszej ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych. Zgodnie z zapisem art. 3 drogi publiczne ze względu na ich dostępność dzielą się na: drogi ogólnodostępne oraz na drogi

o ograniczonej dostępności, w tym autostrady i drogi ekspresowe. Zapis art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych definiuje określenie drogi przez którą należy rozumieć budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno – użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Definicję legalną drogi ekspresowej zawiera art. 4 pkt 10 ustawy o drogach publicznych i jest to droga przeznaczona wyłącznie dla ruchu pojazdów samochodowych: wyposażona w jedną lub dwie jezdnie, posiadającą wielopoziomowe skrzyżowania z przecinającymi ją innymi drogami transportu lądowego i wodnego, z dopuszczeniem wyjątkowo jednopoziomowych skrzyżowań z drogami publicznymi, wyposażona w urządzenia obsługi podróżnych, pojazdów i przesyłek, przeznaczone wyłącznie dla użytkowników drogi. Natomiast zgodnie z art. 4 pkt 11 w/w ustawy przez autostradę należy rozumieć drogę 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.

Powyższe przepisy wskazują, że ani drogi ogólnodostępnej, ani drogi ekspresowej nie można uznać za substytut autostrady. Możliwość przejazdu odcinkiem autostrady nie posiada substytutów w postaci możliwości przejazdu innymi odcinkami dróg publicznych. Przedmiotowy odcinek autostrady umożliwia dojazd z Katowic do Krakowa samochodem osobowym średniej klasy, w normalnych warunkach drogowych, w ciągu 35 minut. Dojazd innymi istniejącymi drogami publicznymi z Katowic do Krakowa w zbliżonym do 35 minut czasie, w normalnych warunkach drogowych, samochodem osobowym średniej klasy, jest niemożliwy. Inne, poza autostradą, drogi publiczne znajdujące się pomiędzy Katowicami a Krakowem są najczęściej dwukierunkowe, o różnej nawierzchni, usytuowane w obszarze zabudowanym. Na drogach tych istnieją skrzyżowania z innymi drogami, a także istnieje możliwość kolizyjnego włączania się innych pojazdów do ruchu z powodu braku wydzielonych pasów włączających. Z dróg tych mogą korzystać również rowerzyści, pojazdy rolnicze itp. Istotną okolicznością jest, że przejazd autostradą jest odpłatny. Mamy zatem w tej sytuacji do czynienia ze stosunkiem kupno – sprzedaż, a w przypadku pozostałych dróg publicznych taka sytuacja nie zachodzi. Okoliczne drogi nie stanowią jej substytutów, ponieważ, kierowcy pomimo obowiązku uiszczania opłat za przejazd nadal z niej korzystają, również w sytuacji prowadzenia prac remontowych i wprowadzanych w związku z tym ograniczeń w ruchu. Innymi słowy pomimo, iż cena za przejazd autostradą wynosi 13 PLN, a przejazd innymi drogami publicznymi jest nieodpłatny, to użytkownicy i tak wybierają przejazd autostradą, a nie pozostałymi drogami.

Z płatnego odcinka autostrady A-4 korzystają kierowcy, którzy wnosząc stosowną opłatę, w założeniu pragną komfortowo, szybko i bezpiecznie pokonać odległość z Katowic do Krakowa lub odwrotnie. Cechy innych dróg publicznych nie są porównywalne do płatnego odcinka autostrady A-4. Tak więc, w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że przedmiotowy odcinek autostrady nie ma substytutów.

Rynkiem w ujęciu geograficznym jest odcinek płatnej autostrady A-4 Katowice-Kraków na który to odcinek Spółka otrzymała Koncesję oraz podpisała Umowę Koncesyjną.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest treść wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20.09.2006r. (sygn. akt VIA Ca 97/06) w, którym stwierdzono m.in., że *„Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 4 pkt 8 Ustawy antymonopolowej przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości,*

w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane są na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Zgodnie zaś z art. 4 pkt 6 w/w Ustawy pod pojęciem towaru należy rozumieć także usługi. W świetle powyższych definicji nie można ani 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 Karkowa do Katowic, przez co cechy innych dróg publicznych nie są porównywalne do płatnego odcinka autostrady A 4. Na preferencje konsumentów co do wyboru drogi dojazdowej znaczenie będzie miał również obowiązek uiszczenia opłaty za przejazd. 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 rozstrzygająca dla wyboru przejazdu autostradą będzie możliwość odbycia podróży, co prawda za opłatą, ale szybko i w bardziej komfortowych warunkach (...)”. Przedmiotowe stanowisko w pełni zostało utrzymane przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25.04.2007r. (sygn. akt III SK 3/07).

W związku z powyższym rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 Katowice-Kraków.

By stwierdzić, czy na tak wyznaczonym rynku ma miejsce stosowanie zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję należy określić, czy Spółka posiada na tym rynku pozycję dominującą. Stosownie do zapisu art. 4 pkt 9 ustawy antymonopolowej 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 przekracza 40 %. Przepis ten stwarza domniemanie prawne w rozumieniu art. 234 K.p.c. posiadania pozycji dominującej, jeżeli procentowy udział w rynku przekracza 40 %. W związku z tym, iż Spółka jest koncesjonariuszem płatnego odcinka autostrady A-4 Katowice – Kraków zajmuje ona pozycję dominującą na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu tym odcinkiem autostrady.

Do stwierdzenia stosowania przez Spółkę zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję, obok wykazania, iż posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, konieczne jest udowodnienie spełnienia przesłanek wynikających z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do których należą:

- bezpośrednie narzucanie cen oraz
- nieuczciwy charakter narzuconych cen.

Zgodnie z zapisem art. 4 pkt 8 ustawy antymonopolowej ilekroć mowa o cenach rozumie się przez to ceny, jak również opłaty o charakterze cen, marże handlowe, prowizje i narzuty do cen. Tak więc, ceną w rozumieniu ustawy jest każda wielkość, wyrażona w pieniądzu, będąca równowartością świadczenia rzeczowego, a elementem istotnym jest jej ekwiwalentność. W niniejszej sprawie świadczeniem rzeczowym jest możliwość przejazdu płatnym odcinkiem

autostrady A-4 na odcinku Katowice-Kraków, a ceną jest opłata uiszczana przy wjeździe i wyjeździe.

Wbrew stanowisku Spółki zawartemu w odpowiedzi na zarzuty zawarte w postanowieniu o wszczęciu postępowania opłaty za przejazd autostradą mają charakter cen w rozumieniu ustawy antymonopolowej. Zgodnie z art. 37a ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym za przejazd autostradą są pobierane opłaty. Opłaty za przejazd autostradą pobiera spółka, która zawarła umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, na zasadach określonych w ustawie. Spółka nie pobiera opłat za przejazd autostradą od pojazdów samochodowych, za które została uiszczona opłata za przejazd po drogach krajowych, pobierana na podstawie art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2088 z późn. zm.), w okresie ważności tej opłaty. W w/w przypadku, spółce przysługuje, zwrot środków finansowych z Funduszu. Art. 37b w/w ustawy przewiduje, że opłaty za przejazd autostradą pobrane przez spółkę stanowią jej przychód. W przypadku, w którym opłaty za przejazd autostradą stanowią przychód spółki, umowa o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady określi warunki i zakres podziału zysku pomiędzy spółką a Funduszem. Zgodnie z art. 37d ust. 1 wysokość opłat za przejazd autostradą, ustala umowa o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, z uwzględnieniem przepisów wydanych na podstawie ust. 2.

Zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie opłat za przejazd autostradą wysokość opłat ustalana jest z uwzględnieniem ilości przejechanych kilometrów, nacisku na oś lub ciężaru pojazdu oraz kategorii pojazdu. Opłaty mogą być ustalane jako zryczałtowane opłaty za przejazd dla danej kategorii pojazdu. Opłaty mogą być ustalane jako opłaty abonamentowe. W przypadku opłat jednorazowych możliwe jest stosowanie bonifikaty. § 5 w/w rozporządzenia przewiduje, że opłaty mogą być zmienione przez koncesjonariusza po ich uzgodnieniu z Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, z uwzględnieniem warunków określonych w umowie koncesyjnej. O zamiarze zmiany opłat koncesjonariusz zawiadamia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, co najmniej 2 miesiące przed planowaną zmianą.

Jak wskazano to we wcześniejszej części niniejszej decyzji art. 12.1 Umowy Koncesyjnej przewiduje prawo koncesjonariusza do ustalania oraz zmiany stawek za przejazd płatną autostradą zgodnie z postanowieniami załącznika nr 6 i przepisami w sprawie szczegółowych zasad ustalania i pobierania opłat za przejazdy autostradami płatnymi. Załącznik nr 6 określa maksymalne stawki opłat pobieranych przez Spółkę za przejazd autostradą A-4 na odcinku objętym Koncesją. W przedmiotowym załączniku określono również mechanizm ustalania maksymalnego wzrostu stawek opłat za przejazd po 1.01.2006r. W załączniku Nr 7 do Umowy Koncesyjnej przedstawiono skrócony plan finansowania, w którym bardzo szczegółowo określono podział dochodów pomiędzy koncesjonariuszem i Skarbem Państwa. W szczególności przewidziano możliwość wypłaty dywidendy z zysków osiągniętych przez Spółkę na rzecz jej udziałowców w związku z eksploatacją przez nią płatnego odcinka autostrady A-4. Zwrócić należy również uwagę na fakt, iż Spółka od 2004r. organizuje akcje „Godziny promocyjne” których idee, jak wyjaśniła, oparto na działaniach marketingowych innych firm, które stosują tzw. „Happy Hours” tzn. w wyznaczonych godzinach klienci uzyskują określony bonus, który ma ich zachęcić do dalszych zakupów, bądź mają okazję do wypróbowania danego produktu lub usługi.

Wszystkie wyżej wskazane okoliczności prowadzą do wniosku, że opłaty uiszczane przez użytkowników autostrady nie mają charakteru daniny publicznej, ale w rozumieniu ustawy



antymonopolowej stanowią opłaty o charakterze cen. Opłaty te stanowią w całości przychód Spółki, która jedynie zgodnie z Umową Koncesyjną zobowiązana jest dzielić się zyskami z działalności ze Skarbem Państwa. Ponadto Spółka w granicach określonych przepisami prawa i Umową Koncesyjną ustala wysokość opłat, a także decyduje, kiedy i w jaki sposób mogą one zostać obniżone o czym świadczą organizowane przez nią akcje promocyjne. Tym samym opłaty pobierane przez Spółkę za przejazd autostradą są cenami w rozumieniu ustawy antymonopolowej.

Jeżeli chodzi o narzucanie ceny działanie to cechuje się jednostronnością i przymusem towarzyszącym jego wykonywaniu. Cena narzucana jest dzięki zajmowaniu przez danego przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku i wykorzystywaniu jej w związku z posiadaną siłą rynkową. W niniejszej sprawie Spółka dysponuje potencjałem niezbędnym do narzucenia swoim kontrahentom cen za świadczone usługi. Dysponowanie siłą rynkową umożliwiającą narzucanie warunków umów nie przesądza, że z takim narzuceniem mamy do czynienia w każdym z przypadków. W niniejszej sprawie o wysokości opłat za przejazd autostradą decyduje Spółka zgodnie z postanowieniami przepisów prawa i umowy koncesyjnej, a użytkownicy autostrady nie mają żadnego wpływu na ustalenie tej wysokości. Z informacji przedstawionych przez Spółkę wynika również, że nie dokonywała ona zwrotu opłat za przejazd autostradą w całości lub w części w sytuacji, gdy użytkownicy występowali z takimi roszczeniami przede wszystkim w związku z utrudnieniami ruchu spowodowanymi remontami.

W tym stanie rzeczy w pełni uzasadnione jest stwierdzenie, iż Spółka narzuca ceny za przejazd płatnym odcinkiem autostrady A-4.

Jeśli chodzi o drugą z w/w przesłanek, to ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza żadnych jednoznacznych kryteriów jakościowych, pozwalających na dokonywanie oceny, czy dane warunki są uczciwe czy nieuczciwe. W odniesieniu do warunków cenowych w umowach pojęcie warunku nieuczciwego wymienionego w omawianym przepisie przybliżyć mają ceny nadmiernie wygórowane i rażąco niskie, art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mówi bowiem o narzucaniu cen nieuczciwych w tym cen nadmiernie wygórowanych lub rażąco niskich, jednakże i te określenia nie są precyzyjne. W tym stanie rzeczy ocena, czy dane warunki są nieuczciwe należy do orzecznictwa. Analizując ten przepis z całą pewnością można stwierdzić, iż pojęcie „ceny nieuczciwej” jest pojęciem szerszym i obejmuje również inne ceny, poza ceną nadmiernie wygórowaną lub rażąco niską. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia również orzecznictwo. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 maja 2004r. sygn. akt III SK 50/04 wyraził 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 antymonopolowej).

W warunkach konkurencji przedsiębiorcy rywalizują ze sobą o to, by w drodze oferowania lepszych cen lub warunków sfinalizować transakcje z partnerami rynkowymi. Im więcej jest konkurentów na rynku, tym mniej jest możliwości, by dany przedsiębiorca jednostronnie dyktował swoje warunki niezależnie od zachowań konkurentów i kontrahentów. Mechanizmy rynkowe działają efektywniej, gdy na rynku istnieje więcej podmiotów gospodarczych. Zawsze jednak konkurencja na rynku działa w kierunku obniżenia stopy zysku.

Przejazd płatnym odcinkiem autostrady odbywa się poprzez uiszczenie opłaty, a użytkownicy w tym konsumenci otrzymują potwierdzenie jej uiszczenia. Tym samym Spółka zawiera z nimi umowy na przejazd płatnym odcinkiem autostrady i są to umowy wzajemne.

Ekwiwalentem opłaty wniesionej przez użytkowników winna być możliwość przejazdu autostradą, którą jak wskazano we wcześniejszej części decyzji jest 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.

Każdy przedsiębiorca – profesjonalista, w tym Spółka, zobowiązany jest do należytej staranności w dziedzinie lojalności kontraktowej. Spółka zobowiązana jest do przestrzegania obowiązującego porządku prawnego, przestrzegania obowiązujących ustaw, a Umowa Koncesyjna nie zwalnia jej z takiej odpowiedzialności. Należy zwrócić uwagę, że przy umowach, zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu zasady ustalane przez profesjonalistę jest oczywiste, że zawsze jest on zainteresowany w jak najkorzystniejszym dla siebie ukształtowaniu regulacji masowo zawieranych umów. W przedmiotowej sprawie Spółka za sprzedany towar, czyli możliwość przejazdu autostradą pobiera opłaty z góry. Użytkownik nawet po zapoznaniu się z informacją, że niektóre odcinki autostrady są remontowane, uiszcza stosowną opłatę i wjeżdża na płatny odcinek autostrady w przekonaniu, że skorzysta z drogi o standardzie autostrady płatnej. Art. 354 § 1 K.c. stanowi, że *Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.* W przedmiotowej sprawie treść zobowiązania to umożliwienie konsumentom przejazdu drogą o standardzie autostrady po uprzednim uiszczeniu ekwiwalentnej opłaty. W związku z tym, że autostrada, na eksploatację której koncesję posiada Spółka, nie spełnia w całości standardu dla drogi tej klasy, nieuczciwym jest pobieranie pełnej opłaty za przejazd.

W cywilnoprawnych stosunkach istotne znaczenie ma zasada ekwiwalentności świadczeń zawarta w art. 487 § 2 K.c. stanowiącym, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Cechę umów wzajemnych stanowi to, że każda ze stron według treści umowy jest zobowiązana do świadczenia wobec drugiej, uznanego za odpowiednik (równoważnik – ekwiwalent) tego co sama otrzymuje. W umowach wzajemnych istnieje zatem równowaga, inaczej mówiąc ekwiwalentność świadczeń. Biorąc pod uwagę zakres prac remontowych prowadzonych na autostradzie i wynikających stąd utrudnień w ruchu nie można uznać, że świadczenie Spółki odpowiada świadczeniu użytkowników drogi. Wysokość opłaty za przejazd autostradą została ustalona przy założeniu, że będzie ona odpowiadała wszystkim wymogom przewidzianym dla autostrady, a tym samym, że przejazd nią będzie szybki, bezpieczny i komfortowy. Natomiast w poszczególnych miesiącach 2007r. ilość utrudnień w ruchu spowodowanych pracami remontowymi w zdecydowanym stopniu spowodowała wydłużenie czasu przejazdu, ograniczenie jego bezpieczeństwa i komfortu.

Jak wskazano to w tabelach zamieszczonych we wcześniejszej części decyzji ruch dwukierunkowy na autostradzie w związku z wyłączeniem jednej z jezdni w poszczególnych miesiącach 2007r. odbywał się na odcinkach o następujących długościach w metrach: styczeń – 350, luty – 885, marzec – 885, kwiecień - 5085, maj – 5085, czerwiec – 12 365, lipiec 13 110, sierpień – 18 730 i wrzesień 17 300. Biorąc pod uwagę, że długość odcinka objętego Koncesją wynosi 60 900 metrów, to w szczytowym momencie utrudnień, czyli w sierpniu, na blisko 31 % odcinka autostrady występował ruch dwukierunkowy na jednej jezdni. Biorąc pod uwagę definicję autostrady, której jednym z parametrów jest wyposażenie przynajmniej

w dwie trwale rozdzielone jednokierunkowe jezdnie, warunek przedmiotowy nie został zachowany na prawie 1/3 długości przedmiotowego odcinka autostrady.

Wskazać również należy, że oprócz zamkniętych odcinków jezdni w tym samym czasie zamykane były również poszczególne pasy ruchu zarówno na jezdni z Katowic do Krakowa, jak i z Krakowa – do Katowic. Łączna długość zamkniętych pasów ruchu w okresie od lutego do września na jezdni do Krakowa wynosiła od 250 metrów (luty 2007r.) do 5450 metrów (maj 2007r.), a na jezdni do Katowic od 250 metrów (luty 2007r.) do 5700 metrów (maj 2007r.). Powyższe utrudnienia spowodowały więc zdecydowane pogorszenie warunków bezpieczeństwa przejazdu płatnym odcinkiem autostrady A-4 i zwiększyły ryzyko wypadku. W szczególności dotyczy to odcinków na których odbywał się ruch dwukierunkowy na jednej jezdni, gdzie zdecydowanie wzrosło ryzyko zderzenia czołowego pojazdów.

Teoretyczny czas przejazdu autostradą z maksymalnie dopuszczalną prędkością również uległ zdecydowanemu wydłużeniu. Jak wskazała Spółka w okresie, gdy brak było jakichkolwiek utrudnień teoretyczny czas przejazdu płatnym odcinkiem autostrady wynosi 28 minut i 6 sekund. Natomiast w sierpniu 2007r. uległ on wydłużeniu do 34 minut i 25 sekund. Tym samym wydłużył się on o ponad 22%.

Zaznaczyć jednak w tym miejscu należy, że w związku z przedmiotowymi utrudnieniami faktyczny czas przejazdu uległ jeszcze większemu wydłużeniu. Wynika to nie tylko z łącznej długości odcinków na których wyłączono z użytkowania jezdnie lub poszczególne pasy ruchu, ale również z ilości tych odcinków. Liczba tych odcinków w przypadku przejazdu z Katowic do Krakowa w poszczególnych miesiącach 2007r. wynosiła od 1 w styczniu do 14 w czerwcu. Natomiast na trasie Kraków – Katowice kształtowała się następująco: od 1 w styczniu do 13 w czerwcu. Tak znaczna ilość odcinków wyłączonych z ruchu powoduje konieczność stałego zwalniania i zmieniania bądź pasa ruchu, bądź jezdni.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na postanowienia zawarte w Raporcie technicznym stanowiącym załącznik do Umowy Koncesyjnej. W kilku punktach tego Raportu zawarte jest wskazanie *na konieczność prowadzenia robót bez przekraczania łącznej długości odcinka ruchu dwukierunkowego wynoszącej 8 km pomiędzy placami poboru opłat*. Ponadto zawarty został *warunek, aby ilość oddzielnych odcinków ruchu dwukierunkowego w ogólnej długości 8 km była jak najmniejsza*. Praktyka Spółki jest jednak odmienna nawet od przedmiotowych wskazań, ponieważ od czerwca do września 2007r. łączna długość odcinków, na których obowiązywał ruch dwukierunkowy przekraczała 8 km. W czerwcu wynosiła ona 12 365 metrów, w lipcu 13 110 metrów, w sierpniu 18 730 metrów, a we wrześniu 17 300 metrów. Również Spółka nie zastosowała się do warunku, aby ilość odcinków ruchu dwukierunkowego w ogólnej długości 8 km była jak najmniejsza, ponieważ ilość tych odcinków wynosiła w 2007r.: w kwietniu – 4, w maju 3, w czerwcu – 6, w lipcu 5, w sierpniu 7, a we wrześniu 5.

W w/w Raporcie w oparciu o przeprowadzone dla 2001r. analizy stwierdzono również, że łączna długość odcinka ruchu dwukierunkowego pomiędzy placami poboru opłat nie przekraczająca 8 km może być akceptowana przez kierowców. W tym miejscu podnieść trzeba, że ruch pojazdów na autostradzie od 2001r. uległ zdecydowanemu zwiększeniu. Jak wynika z informacji zawartych na stronie internetowej Spółki ([www.autostrada-a4.pl](http://www.autostrada-a4.pl)) średnie natężenie ruchu na dobę na autostradzie w 2004r. wyniosło 20,1 tys. pojazdów w 2005r. - 22,5 tys. pojazdów, a w 2006r. - 26,6 tys. pojazdów. Również dane z tabeli na str. 9 niniejszej decyzji wskazują na dalszy wzrost ruchu pojazdów na autostradzie w poszczególnych miesiącach 2007r. w odniesieniu do tych samych miesięcy roku poprzedniego. Wzrost liczby pojazdów korzystających z autostrady wyniósł od 1,5 % w sierpniu 2007r. do 21 % w lutym 2007r. jedynie we wrześniu nastąpił nieznaczny spadek. Z kolei w porównaniu

z analogicznymi miesiącami 2005r. natężenie ruchu w 2007r. wzrosło od 9 % we wrześniu do 47% w lutym.

Powyższe dane wskazują, że przy takim zwiększeniu natężenia ruchu na autostradzie prowadzenie prac remontowych przez Spółkę w rozmiarach opisanych we wcześniejszej części niniejszej decyzji uniemożliwia zachowanie płynności w ruchu. Zaznaczenia wymaga fakt, że największa ilość odcinków autostrady wyłączonych z ruchu miała miejsce w okresie letnim, wówczas, gdy natężenie ruchu jest największe.

Jak wskazano we wcześniejszej części niniejszej decyzji, zgodnie z postanowieniami Umowy Koncesyjnej, Spółka jest zobowiązana zapewnić nieprzerwany dostęp do płatnej autostrady i jej przejezdność z wyjątkiem określonych sytuacji. Ograniczenie dostępu może nastąpić m.in., gdy będzie to niezbędne w wyniku prowadzenia robót budowlanych. W takiej sytuacji Spółka jest jednak zobowiązana do dołożenia starań, aby zminimalizować okres zamknięcia płatnej autostrady dla ruchu. Ponadto Spółka jest *zobowiązana do dołożenia wszelkich starań w celu zapewnienia nieprzerwanego dostępu do Istniejącej Autostrady podczas trwania Robót Budowlanych, w związku z czym Roboty Budowlane powinny być wykonywane bez powodowania istotnych zakłóceń w ruchu na Istniejącej Autostradzie.*

Biorąc pod uwagę wcześniej opisane okoliczności, tj. łączną długość odcinków, na których odbywa się ruch dwukierunkowy, łączną długość zamkniętych pasów ruchu, ilość poszczególnych odcinków ruchu dwukierunkowego, a także wzrost natężenia ruchu pojazdów, należy stwierdzić, że prowadzone przez Spółkę prace remontowe powodują istotne zakłócenia w ruchu na autostradzie, w sposób odbiegający od treści Umowy Koncesyjnej.

Zauważyć należy, że zgodnie z postanowieniami Umowy Koncesyjnej Spółka zobowiązana została do prowadzenia robót budowlanych na swój koszt i ryzyko. W załączniku nr 9 do Umowy określono wykaz robót budowlanych, które winny zostać wykonane przez Spółkę w poszczególnych etapach. Roboty te z kolei winny być prowadzone zgodnie z treścią Umowy oraz z Raportem Niezależnego Inżyniera stanowiącym załącznik nr 10 do Umowy, w taki sposób, aby nie powodowały istotnych zakłóceń w ruchu na autostradzie. Tym samym Spółka ma bezpośredni obowiązek zaplanowania prowadzonych prac remontowych w taki sposób, aby stanowiły one, jak najmniejszą uciążliwość dla użytkowników autostrady. Znamionym jest, że największe utrudnienia w ruchu na autostradzie występują w okresie letnim, czyli wówczas, gdy natężenie ruchu jest największe. Natomiast w okresie zimowym prowadzenie prac remontowych zostaje prawie całkowicie wstrzymane, bez względu na warunki meteorologiczne. Stąd też Spółka powinna z wyprzedzeniem przewidzieć, jakie skutki dla użytkowników autostrady wywołają prowadzone przez nią prace remontowe.

Z powyższego wynika, że w przedmiotowej sprawie została naruszona zasada ekwiwalentności świadczeń stron umowy, ponieważ świadczenie Spółki czyli możliwość przejazdu autostradą nie odpowiada świadczeniu uiszczanemu przez użytkowników autostrady.

Nie można zgodzić się również ze stanowiskiem Spółki, że wśród obowiązujących przepisów prawnych, jak i w Umowie Koncesyjnej brak jest jakichkolwiek podstaw obligujących koncesjonariusza do obniżenia opłat za przejazd autostradą w czasie prowadzonych remontów. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zarówno obowiązujące przepisy, jak i Umowa Koncesyjna w żaden sposób nie ograniczają Spółce możliwości obniżenia wysokości opłaty za przejazd autostradą. Skoro Spółka dokonuje obniżenia wysokości opłat o połowę w czasie prowadzenia akcji promocyjnych, to jej twierdzenie o braku możliwości obniżenia opłat za przejazd jest niewiarygodne. Po drugie w stosunkach umownych

zawieranych przez Spółkę z użytkownikami autostrady zastosowanie znajdują przepisy prawa cywilnego, w szczególności wskazany wcześniej art. 487 § 2 K.c. stanowiący, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Ze sprawozdania finansowego dostarczonego przez Spółkę wynika, że w 2005r. osiągnęła ona przy przychodach w wysokości 101 241 558,84 PLN zysk brutto w wysokości 59 085 489,94 PLN, a zysk netto 46 922 562,04 PLN. W 2006r. było to odpowiednio 140 436 800,19 PLN przychodów, 57 805 379,19 PLN zysku brutto i 46 345 235,29 PLN zysku netto. Z kolei w 2007r. Spółka osiągnęła szacunkowy przychód w wysokości 138 878 017, 48 PLN. Powyższe dane obrazują, że działalność Spółki jest wysoce zyskowna. Przeczy to jej twierdzeniu, że w sytuacji obniżenia opłat za przejazd autostradą w okresie prowadzenia na niej w bardzo szerokim zakresie prac remontowych nie będzie miała środków finansowych na dalsze prowadzenie tych prac.

W tym miejscu należy również odnieść się do twierdzenia Spółki, zgodnie z którym użytkownicy dróg dojazdowych do autostrady płatnej mają możliwość skorzystania z alternatywnej trasy przejazdu w związku z ustawionymi tablicami informującymi o prowadzonych remontach oraz do wypowiedzi Spółki o prowadzeniu przez nią przy użyciu wszystkich dostępnych mediów intensywnej kampanii informującej kierowców o utrudnieniach w ruchu. Miałyby to wywołać ten skutek, że użytkownik drogi może w swobodny sposób skorzystać z innej trasy podróży.

Zdaniem Organu Antymonopolowego przedmiotowe działania Spółki nie mają znaczenia, dla oceny jej zachowania w świetle postawionego zarzutu. Brak bowiem podstaw do wiązania informowania potencjalnych użytkowników autostrady o prowadzonych pracach remontowych z ekwiwalentnością świadczeń stron umowy w czasie remontu przedmiotowego odcinka autostrady powodującego znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów. Świadczenie Spółki nie odpowiada świadczeniu użytkowników autostrady, a tym samym naruszona została ekwiwalentność świadczeń stron umowy i to niezależnie od tego, jakie informacje o prowadzonych pracach remontowych posiadał użytkownik autostrady. Ponadto, jak udowodniono wcześniej pozostałe drogi publiczne z Katowic do Krakowa nie mogą zostać uznane za substytut autostrady A-4.

Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwalające na stwierdzenie, iż Spółka stosowała zarzucaną jej praktykę ograniczającą konkurencję.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt I sentencji.

**II.** Zgodnie z treścią art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli przedsiębiorca dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9, Organ Antymonopolowy może nałożyć w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

W punkcie I sentencji niniejszej decyzji uznano za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej praktykę Spółki polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 Katowice-Kraków poprzez narzucanie nieuczciwych cen za przejazd płatnym odcinkiem autostrady w wysokości określonej w Cenniku opłat w czasie remontu tego odcinka autostrady powodującego znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów.

W 2007r. Spółka osiągnęła szacunkowy przychód w wysokości 138 878 017,48 PLN (karta nr 518). 10% tej kwoty to 13 887 801, 74 PLN. Kwota 13 887 801, 74 PLN może zatem stanowić maksymalną wysokość kary nałożonej na Spółkę na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 w/w ustawy.

Kryteria brane pod uwagę przy ustalaniu kary pieniężnej na podstawie art. 106 ustawy antymonopolowej ustalone zostały w art. 111 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem przy ustalaniu kary należy brać pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Wysokość nałożonej kary powinna spełniać funkcję prewencyjną, tj. zapobiegać w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy antymonopolowej, a także represyjną, tzn. stanowić reperkusję za jej naruszenie. W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Organ Antymonopolowy wziął pod uwagę, iż stosowana przez Spółkę praktyka ograniczająca konkurencję miała charakter eksploatacyjny, polegający na wykorzystaniu posiadanej silnej pozycji rynkowej kosztem słabszych uczestników rynku, w efekcie czego zagrożony jest interes publicznoprawny. Niedozwolone działania stosowane przez przedsiębiorcę wymierzone zostały zasadniczo we wszystkich kontrahentów, którzy zamierzali lub faktycznie korzystali z przejazdu płatnym odcinkiem autostrady A-4 Katowice – Kraków. Skutkami przedmiotowej praktyki zostali dotknięci przede wszystkim najślabi uczestnicy rynku – konsumenci, mający najmniejsze możliwości obrony swych praw naruszanych działaniem dominanta. Działania Spółki były ukierunkowane na osiągnięcie kosztem użytkowników autostrady wymiernych korzyści finansowych wynikających z faktu naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Podkreślić należy, że w każdym przypadku, gdy użytkownicy autostrady skarżyli się na utrudnienia w ruchu spowodowane pracami remontowymi, Spółka uznawała ich skargi za bezzasadne i nie dokonywała zwrotu opłat za przejazd (w całości lub części) na rzecz użytkowników.

Ponadto przy wymiarze kary wzięto pod uwagę, iż praktyka Spółki nie została zaprzestana w toku niniejszego postępowania antymonopolowego. Jako okoliczność łagodzącą uwzględniono, iż Spółka w przeszłości nie naruszyła przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Określając wymiar kary Organ Antymonopolowy miał również na uwadze, że praktyka stosowana przez Spółkę ma ograniczony terytorialnie zasięg oddziaływania i skutkuje wyłącznie w stosunku do osób i podmiotów korzystających z przejazdu na odcinku z Katowic do Krakowa i odwrotnie.

Zauważyć należy, że kary pieniężne stosowane są w sytuacjach, gdy zachowanie przedsiębiorcy nie tylko jest bezprawne, ale można także sprawcy przypisać winę w znaczeniu subiektywnym. Analizując kwestię winy Spółki należy stwierdzić, iż jako profesjonalista powinna zdawać sobie sprawę, iż podejmowanymi decyzjami nie może naruszać przepisów ustawy antymonopolowej.

Ponadto Spółka zgodnie z treścią Umowy Koncesyjnej była w pełni świadoma, że prowadzenie prac remontowych w zakresie wskazanym we wcześniejszej części niniejszej decyzji powoduje istotne zakłócenia w ruchu na autostradzie. Spółka mająca bezpośredni obowiązek zaplanowania prowadzonych prac remontowych w taki sposób, aby stanowiły one, jak najmniejszą uciążliwość dla użytkowników autostrady nie dochowała należytej staranności w jego wypełnieniu. Zwrócić należy również uwagę, że otrzymując skargi użytkowników autostrady na utrudnienia w ruchu spowodowane pracami remontowymi, Spółka nie podjęła żadnych działań, aby te utrudnienia ograniczyć, bądź też podjąć inne

działania w celu zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron. Tym samym jej działania należy ocenić jako umyślne.

Biorąc wszystkie wskazane wyżej okoliczności pod uwagę ustalono wysokość kary na kwotę 1 300 000 PLN (słownie złotych: jeden milion trzysta tysięcy), co stanowi około 9,36 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej. W ocenie Organu Antymonopolowego wymierzona kara w wysokości 1 300 000 PLN jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz współmierna do możliwości finansowych Spółki, w szczególności biorąc pod uwagę wysokość zysku netto osiągniętego w latach 2005 i 2006.

Jednocześnie należy dodać, że miarkując wymiar kary wzięto przede wszystkim pod uwagę wysokość przychodów, które osiągnęła Spółka z wpływów z opłat pobieranych od użytkowników płatnego odcinka autostrady A-4. Jak wskazała Spółka w piśmie z dnia 28.01.2008r., przychody te w 2007r. wyniosły (...) PLN (karta nr 518). Wymierzona kara pieniężna w wysokości 1 300 000 PLN stanowi około (...) % w/w przychodów i jeżeli 10% tych przychodów przyjąć jako karę maksymalną to wymierzona kara stanowi około (...) % tej kwoty.

Zdaniem Organu Antymonopolowego kara pieniężna nałożona w powyższej wysokości pełni funkcję represyjną za naruszenie przepisów tej ustawy, gdyż podkreśla naganność zachowania Spółki, która dopuściła się stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Jednocześnie nałożona kara pełni funkcję prewencyjną, gdyż zapobiega stosowaniu w przyszłości sprzecznych z interesem publicznym praktyk ograniczających konkurencję. Niniejsza kara powinna stanowić zatem przestrożę dla przedsiębiorcy na przyszłość, ale poza jej wymiarem indywidualnym trzeba podkreślić jej wymiar ogólny, funkcję odstraszącą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

Wobec powyższego orzeczono jak w pkt II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

**III.** Stosownie do art. 77 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów w/w ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Organ Antymonopolowy rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

Na podstawie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania prowadzonego przeciwko Spółce Organ Antymonopolowy w punkcie I uznał zarzut naruszenia przez nią art. 9 ust. 2 pkt 1 tej ustawy za uzasadniony i nakazał jej zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Kosztami niniejszego postępowania są dla Organu Antymonopolowego wydatki w wysokości 49 PLN związane z korespondencją ze skarżonym przedsiębiorcą. W związku z tym postanowiono obciążyć Spółkę kosztami postępowania w wysokości 49 PLN (słownie złotych: czterdzieści dziewięć).

Wobec powyższego postanowiono jak w punkcie III sentencji decyzji.

Koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Na postanowienie o kosztach zawarte w punkcie III niniejszej decyzji, na podstawie art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>28</sup> § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania cywilnego przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>28</sup> § 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 Katowicach.