



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DDI-I-053/03/207/03/KMB/RK

Warszawa, dn. 31 grudnia 2004 r.

**Decyzja
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Nr DOK - 142/04**

I. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3** ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez przyznawanie przez PKP Cargo S.A. w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów i nakazuje jej zaniechania.**

II. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **nie stwierdza** stosowania przez PKP Cargo S.A. praktyki ograniczającej konkurencję, **określonej w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3** ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez stosowanie wobec niektórych spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów.**

III. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **nie stwierdza** stosowania przez

PKP Cargo S.A. praktyki ograniczającej konkurencję **określonej w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5** ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez stosowanie wobec niektórych spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów.**

IV. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3** ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez różnicowanie przez PKP Cargo S.A. w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów i nakazuje jej zaniechania.**

V. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5** ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez różnicowanie przez PKP Cargo S.A. w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów i nakazuje jej zaniechania.**

VI. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **nie stwierdza** stosowania przez PKP Cargo S.A. praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez narzucanie przez PKP Cargo S.A. niektórym spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz różnicowania przez PKP Cargo S.A. w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów.**

VII. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania

antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **nie stwierdza stosowania przez PKP Cargo praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5** ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez uchylanie się od zawarcia umowy wieloletniej na przewóz węgla kamiennego.**

VIII. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5** ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez zastrzeganie przez PKP Cargo S.A. w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo S.A. nie będzie realizować na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji odbiorczych i wymienionych odbiorców towarów i nakazuje jej zaniechania.**

IX. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczętego na wniosek Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6** ww. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, **poprzez narzucanie przez PKP Cargo S.A. w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo S.A. nie będzie realizować na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji odbiorczych i wymienionych odbiorców towarów i nakazuje jej zaniechania.**

X. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada** na PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości 20 000 000 zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych), za naruszenie zakazu określonego w art. 8 ust. 1, w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3, 5 i 6 ww. ustawy.

XI. Na podstawie art. 90 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, odnosząc się do wniosku Sped – Pro S.A. z siedzibą w Warszawie, postanawia **nie nadawać** decyzji rygору natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny sprawy.

1. Informacja o wszczęciu oraz przebiegu postępowania antymonopolowego.

W dniu 3 marca 2003 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej również organem antymonopolowym) wpłynął wniosek „Sped - Pro” S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej Sped - Pro lub wnioskodawcą), o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej także PKP Cargo), w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, 5 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. nr 86 poz. 804 z późn. zm.). Zdaniem wnioskodawcy, PKP Cargo nadużywało pozycji dominującej na rynku kolejowych przewozów towarowych:

- przyznając, w ramach umów wieloletnich, zróżnicowane wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów,
- narzucając niektórym spośród kontrahentów obowiązek przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz ograniczania możliwości niezrealizowania przez kontrahenta przewozów poniżej i ponad określonego w harmonogramie przedziału procentowego,
- uchylając się od zawarcia umowy wieloletniej na przewóz węgla kamiennego,
- zastrzegając w treści zawieranej umowy wieloletniej, iż nie będzie realizować na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji odbiorczych i korzystających z nich odbiorców towarów.

Jednocześnie Sped - Pro wniosło o uznanie ww. działań PKP Cargo za praktykę ograniczającą konkurencję, nakazanie zaniechania ich stosowania oraz nadanie decyzji rygору natychmiastowej wykonalności.

W związku z powyższym, w dniu 30 czerwca 2003 r. Prezes UOKiK wszczął (po uprzednim uzupełnieniu wniosku przez Sped-Pro) postępowanie antymonopolowe przeciwko PKP Cargo w sprawie nadużycia przez ten podmiot pozycji dominującej na rynku kolejowych przewozów towarowych, w takim zakresie, w jakim wносиło o to Sped-Pro, tzn. polegającego na:

- a) stosowaniu w podobnych umowach z kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, poprzez przyznawanie w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów, co mogło naruszać art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- b) stosowaniu w podobnych umowach z kontrahentami niejednorodnych warunków

umów stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, poprzez narzucanie niektórym spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz ograniczania możliwości niezrealizowania przez kontrahenta przewozów poniżej i ponad określonego w harmonogramie przedziału procentowego, co mogło naruszać art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,

- c) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji, poprzez uchylanie się od zawarcia umowy wieloletniej na przewóz węgla kamiennego, co mogło naruszać art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- d) narzucaniu uciążliwych warunków umów, przynoszących PKP Cargo nieuzasadnione korzyści, poprzez zastrzeżenie w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo nie będzie realizowało na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji odbiorczych i korzystających z nich odbiorców towarów, co mogło naruszać art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Postanowieniem z dnia 9 grudnia 2003 r., na wniosek zawarty w piśmie Sped-Pro z dnia 2 grudnia 2003 r., Prezes UOKiK zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania w przedmiotowej sprawie w ten sposób, iż zarzut odnoszący się do narzucania niektórym spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz ograniczania możliwości niezrealizowania przez kontrahenta przewozów poniżej i ponad określonego w harmonogramie przedziału procentowego, rozszerzono dodatkowo o naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 oraz art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Natomiast zarzut odnoszący się do zastrzeżenia w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo nie będzie realizowało na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji odbiorczych i korzystających z nich odbiorców towarów, rozszerzono o naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. W pozostałej części postanowienie wszczynające postępowanie w przedmiotowej sprawie pozostawiono bez zmian. Postanowieniem z dnia 8 czerwca 2004 r. Prezes UOKiK, na wniosek Sped – Pro, dookreślił natomiast rynek właściwy w przedmiotowej sprawie w aspekcie geograficznym, jako krajowy rynek kolejowych przewozów towarowych.

W trakcie postępowania, organ antymonopolowy postanowił również włączyć do akt sprawy pisma otrzymane w związku z przeprowadzeniem dodatkowych czynności zmierzających do wyjaśnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 czerwca 2004 r. Nr DOK-50/2004. W ramach tych czynności, organ antymonopolowy wystosował ankiety do następujących rodzajów podmiotów:

- kontrahentów umów długoterminowych z PKP Cargo S.A.,
- innych niż PKP Cargo przewoźników kolejowych,
- producentów taboru kolejowego i samochodowego,
- wybranych kopalni i zakładów górniczych.

2. Informacje na temat stron postępowania.

PKP Cargo

PKP Cargo rozpoczęło działalność gospodarczą z dniem 1 października 2001 r. Spółka ta powstała w wyniku przekształceń dokonanych w PKP S.A. (wcześniej Przedsiębiorstwo Państwowe Polskie Koleje Państwowe). PKP S.A. prowadziła działalność zarówno w zakresie przewozów towarowych, jak i osobowych i była w ramach obu tych działalności monopolistą. Nie istniały bowiem inne podmioty – poza PKP S.A. - prowadzące działalność polegającą na przewozie towarów lub rzeczy koleją.

W procesie restrukturyzacji wyodrębnione zostały z PKP S.A. spółki prowadzące działalność:

- w zakresie przewozów pasażerskich (PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o., PKP Intercity Sp. z o.o., PKP SKM Sp. z o.o. oraz PKP WKD Sp. z o.o.),
- w zakresie kolejowych przewozów towarowych (PKP Cargo S.A.),
- w zakresie zarządzania infrastrukturą kolejową (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.),

oraz inne podmioty, których działalność nie jest bezpośrednio związana z przewozami kolejowymi oraz zarządzaniem infrastrukturą kolejową.

Podstawą działalności PKP Cargo jest kolejowy przewóz towarów. PKP Cargo posiada na terytorium Polski 19 zakładów taboru, 21 zakładów przewozów towarowych oraz 2 zakłady przewozów towarowych i przeładunku.

PKP Cargo realizuje zamówienia transportowe na terenie kraju i w przewozach międzynarodowych, w tym w:

- przewozach całopociągowych – polegających na konsolidacji ładunków i przewozie jak największych partii ładunku na każdą odległość,
- przewozach kombinowanych – polegających na kompleksowej obsłudze wszystkich jednostek ładunkowych: kontenerów, naczep i nadwozi wymiennych. Mają one charakter systemowy i logistyczny. Obejmują pełną obsługę kontrahenta na terminalach kontenerowych, przeładunek i magazynowanie towarów,
- logistycznych przewozach relacyjnych – polegających na organizacji zwartych, bezpośrednich przewozów w formie logistycznego systemu obsługi w komunikacji międzynarodowej i krajowej,
- systemowych przewozach europejskich (np. przewozy tranzytowe),
- przewozach kompleksowych ACTS typu dom-dom,
- przewozach w wagonach o podwyższonej pojemności i ładowności,
- kolejowych przewozach promowych na trasie Świnoujście - Ystad.

Zgodnie z przyznaną licencją (wcześniej koncesją), PKP Cargo może dokonywać przewozów rzeczy bez ograniczeń asortymentowych. Świadczenie usług przewozowych przez PKP Cargo regulowały w 2003 r. „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A. na 2003 rok” (zwane dalej: Zasadami

sprzedaży). Zasady te były uchwalone na podstawie uchwały Nr 495 Zarządu PKP Cargo z dnia 16 grudnia 2002 r. oraz uchwały Nr 540 Zarządu PKP Cargo S.A. z dnia 17 grudnia 2002 r. Komunikat prasowy o wprowadzeniu nowych zasad opublikowany został w „Rzeczpospolitej” oraz „Biuletynie PKP Cargo”. Zakłady Przewozów Towarowych oraz Zakłady Przewozów Towarowych i Przeładunku upoważnione zostały do przestrzegania Zasad i ich udostępniania kontrahentom.

Zasady sprzedaży przewidują trzy podstawowe modele, w oparciu o które PKP Cargo świadczy usługi przewozowe, a mianowicie:

a) na zasadach ogólnych, w oparciu o Taryfę Towarową PKP Cargo S.A. i Regulamin Przewozu Przesyłek Towarowych PKP Cargo S.A.

Zawarcie umowy odbywa się poprzez przyjęcie przez PKP Cargo przesyłki do przewozu wraz z listem przewozowym. Klient w takim przypadku nie jest zobowiązany do żadnych dodatkowych świadczeń, poza właściwym nadaniem przesyłki oraz zapłatą ceny na warunkach określonych w Zasadach sprzedaży.

b) z zastosowaniem umów specjalnych.

Umowy te mają na celu wprowadzenie przez PKP Cargo konkurencyjnych zasad świadczenia usług przewozowych, w szczególności poprzez stosowanie upustów od cen, w celu zaktywizowania i ukształtowania stabilnych i stałych kontaktów z kontrahentami. Upusty dostępne są dla wszystkich kontrahentów PKP Cargo, którzy stale współpracują z tym przedsiębiorcą. Ceny ustalane są z uwzględnieniem zleconych przez kontrahenta przewozów (ilości i rodzaju wykonanych przewozów oraz rodzaju przewożonych towarów) w ciągu ostatnich 12 miesięcy do dnia ustalenia opłaty za przewóz w umowie specjalnej.

c) z zastosowaniem umów wieloletnich.

Polegają one na ukształtowaniu wzajemnych stosunków PKP Cargo i jego kontrahentów z uwzględnieniem planowanej przez kontrahenta w przyszłości ilości przewozów oraz przewidywanych przez kontrahenta relacji, na jakich przewozy te będą realizowane. Zgodnie z § 20 Zasad sprzedaży, umowy wieloletnie zawierane są z klientami będącymi płatnikami należności przewozowych, którzy zadeklarują przewiezienie w okresach rocznych określoną ilościowo masę towarową lub ilość Intermodalnych Jednostek Transportowych (UTI) oraz wskażą relacje przewozowe. Dopuszczalne jest zawieranie umów dla danej pozycji NHM (Zharmonizowany Spis Towarów - służy do określenia w liście przewozowym nazwy towaru oraz numeru pozycji (kodu), do której jest zaliczony dany towar, obejmuje wszystkie towary przewożone przez PKP Cargo) lub zbioru pozycji NHM oraz wskazanie tylko jednego z parametrów relacji przewozowej, tj. stację nadania lub stację przeznaczenia, a przy przewozach tranzytowych graniczne stacje wejściowe lub wyjściowe. Umowa wieloletnia może być zawarta na okres nie krótszy niż 24 miesiące, a ponadto kontrahent jest zobowiązany do przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów, a mianowicie:

- zestawień roczno-kwartalnych planów przewozów na rok następny w formie zgodnej z załącznikiem do umowy,
- miesięcznych harmonogramów przewozów na miesiąc następny.

W 2003 r. spółka PKP Cargo przewiozła 155,7 mln ton ładunków. W roku 2003 spółka podpisała 70 umów długoterminowych ze swoimi klientami. Zakontraktowane w tych umowach przewozy wynoszą 260 mln ton, a przychody z nich przekroczyć mają poziom 6 mld zł. PKP Cargo docelowo zakłada, że plan kontraktacji przewozów towarowych obejmie co najmniej 60% wożonych przez PKP Cargo towarów, w tym 75% towarów masowych. PKP Cargo rozwija świadczenie usług w ramach umów wieloletnich, ponieważ są one korzystne dla tego podmiotu, gdyż pozwalają zaplanować spółce PKP Cargo organizację przewozów oraz związane z tym przychody i nakłady inwestycyjne¹.

Wśród strategicznych celów na najbliższe lata PKP Cargo wymienia:

- zbudowanie kompleksowego systemu obsługi klientów, gwarantującego utrzymanie dominującej pozycji w krajowym transporcie kolejowym i przygotowanie spółki do liberalizacji rynku przewozów kolejowych;
- zrealizowanie programu rozwoju (pozyskanie środków finansowych na inwestycje), zapewniającego wzrost wartości rynkowej spółki;
- wypracowanie koncepcji i zrealizowanie programu prywatyzacji PKP Cargo, jako narodowego przewoźnika kolejowego.

Sped-Pro S.A.

Sped – Pro jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie spedycji. Przy wykonywaniu swojej działalności podmiot ten korzysta z usług przewozowych PKP Cargo. Sped-Pro opiera działalność na tym, iż oferuje swoim kontrahentom relatywnie tańsze przewozy, niż przewozy oferowane bezpośrednio przez PKP Cargo. Może tego dokonać dzięki uzyskiwaniu od PKP Cargo upustów o wielkości znacznie wyższej (w wyniku dysponowania łącznymi przewozami swoich kontrahentów), niż te, jakie otrzymaliby jego poszczególni kontrahenci. Średniomiesięczne obroty tej spółki wyniosły w 2002 r. około 2 mln zł, a łączna wielkość przewozów to 0,58 mln ton.

II. Podstawy prawne rozpatrzenia sprawy przez UOKiK.

1. Działania PKP Cargo w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹ Gazeta Prawna: „PKP Cargo na plusie” – artykuł z 5 stycznia 2004 r.

Działania PKP Cargo w zakresie stawianych przez Sped-Pro zarzutów mogą, zdaniem wnioskodawcy, naruszać zakaz określony w art. 8 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wypełniając przesłanki art. 8 ust. 2 pkt 3, art. 8 ust. 2 pkt 5 oraz art. 8 ust. 2 pkt 6 tej ustawy.

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

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

B) Praktyka ograniczająca konkurencję, określona w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polega na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji. Przepis ten zakazuje przedsiębiorcom posiadającym pozycję dominującą stwarzania barier dla powstania, bądź rozwoju konkurencji. W związku z powyższym, przesłanki jakie muszą zostać udowodnione w przypadku tej praktyki, oprócz posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę ją stosującego, są następujące:

- 1) przedsiębiorca, którego zachowania są kwestionowane, posiada pozycję dominującą na rynku,
- 2) działanie (lub zaniechanie) przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, stwarza zagrożenie dla powstania, bądź rozwoju konkurencji.

C) Praktyka ograniczająca konkurencję, określona w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polega na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści. Udowodnienie stosowania praktyki określonej w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wiąże się zatem z wykazaniem – oprócz posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę ją stosującego - trzech przesłanek, a mianowicie:

- 1) podmiot ten narzuca swojemu kontrahentowi warunki umów,
- 2) narzucone przez tego przedsiębiorcę warunki umowy mają charakter uciążliwy,
- 3) postanowienia umowne przynoszą temu przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści.

W przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu określonego w art. 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na podstawie art. 9 ww. ustawy, wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, nakazując jednocześnie zaniechanie jej stosowania. Jeżeli organ

antymonopolowy nie stwierdzi natomiast naruszenia zakazów określonych w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zobowiązany jest do wydania, stosownie do art. 11 ust. 1 tej ustawy, decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

2. *Uzasadnienie pozycji dominującej PKP Cargo.*

W związku z tym, iż wszystkie z zarzuczanych PKP Cargo praktyk dotyczą nadużywania pozycji dominującej, należało przede wszystkim ustalić, czy istotnie ww. przedsiębiorca taką pozycję posiada.

Przez pozycję dominującą – zgodnie z treścią art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – 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 posiada pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40 %.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się zawsze na rynku, przy czym nie chodzi tu o rynek rozumiany ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), ale o rynek istotny w danej sprawie, tzw. rynek właściwy (relewantny). Na początku należy zatem przede wszystkim określić rynek właściwy dla oceny niniejszej sprawy. Art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje pojęcie rynku właściwego, jako rynku towarów (usług), które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty 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.

2.1. *Środki transportu towarów w Polsce.*

Towary mogą być przewożone różnymi rodzajami transportu. Obok transportu kolejowego, wymienić należy tutaj transport drogowy, rurociągowy, lotniczy oraz żeglugę morską i śródlądową. Zebrane przez Prezesa UOKiK poniższe dane wskazują na masę przewożonych towarów, średnie odległości na jakich są one transportowane oraz na udział poszczególnych rodzajów przewozów w transporcie ogółem²:

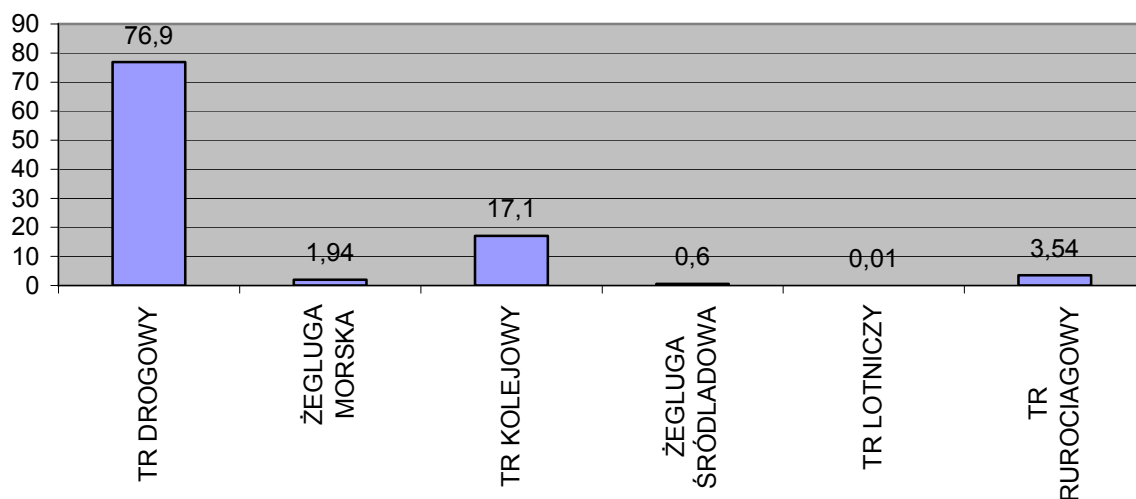
Tabela nr 1

Rodzaj transportu	Tony (w tys.)	Tonokilometry (w mln)	Średnia odległość przewozu 1 tony ładunku w km
Ogółem	1 304 387	248 685	

² Opracowanie na podstawie danych Głównego Urzędu Statystycznego: Transport – wyniki działalności w 2002 r.

Transport kolejowy (w tym normalnotorowy)	222 908 222 883	47 756 47 755	214
Transport samochodowy, w tym zarobkowy (dane częściowo szacunkowe)	1 002 368 344 997	74 679 50 422	75
Transport rurociągowy	46 132	20 854	452
Śródlądowy transport wodny (łącznie z transportem przybrzeżnym)	7 729	1 126	146
Transport morski (statkami własnymi i dzierżawionymi)	25 222	104 190	4 131
Transport lotniczy (rozkładowy i pozarozkładowy)	28	80	2 864

% UDZIAŁ POSZCZEGÓLNYCH GAŁĘZI TRANSPORTU W RYNKU USŁUG PRZEWOZU ŁADUNKÓW W POLSCE



W Polsce przewóz towarów jest prowadzony głównie w drodze transportu samochodowego i kolejowego, które razem realizują około 94% tonażu całości przewozów ładunków. Zgodnie z danymi publikowanymi przez Główny Urząd Statystyczny, w okresie od roku 1995 do 2002 łączny udział obu gałęzi w rynku przewozów ładunków w Polsce pozostawał zasadniczo niezmienny, wahania udziałów każdej z gałęzi wynosiły średnio 3%, co obrazuje niżej zamieszczona tabela³:

³ Opracowanie na podstawie: Główny Urząd Statystyczny: Transport – wyniki działalności w 2002 r., Str. 34

Tabela nr 2

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

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

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

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

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

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

Porównując natomiast kolejowy i samochodowy transport towarów należy zwrócić uwagę na przedstawione w tabeli nr 1 dane dotyczące średniej odległości (w

km) przewozu 1 tony ładunku, które świadczą, iż transport samochodowy ma w większym stopniu charakter lokalny (średnia odległość przewozu - 75 km, przy 214 km w transporcie kolejowym). Porównanie tych wskaźników z przewozem w tonokilometrach prowadzi do wniosku, iż transport kolejną towarów charakteryzuje się również znacznie większą masą przewożonych towarów.

Transport samochodowy wyspecjalizował się w szczególności w przewozie na krótkich odległościach innego rodzaju ładunków, niż transport kolejowy. Samochodami przewozi się w większości produkty codziennego użytku, produkty przemysłowe przetworzone, produkty spożywcze, podczas gdy transport kolejowy wykorzystywany jest w przeważającym stopniu do przewozu surowców o charakterze masowym.

Podstawową cechą określonego rynku właściwego jest wielkość przewożonego ładunku. Według danych Urzędu Transportu Kolejowego (zawartych w znajdującej się w aktach sprawy opinii TOR-u), w 2003 roku przewozy ładunków kolejną wyniosły 241 478 tysięcy ton. Praca przewozowa mierzona w tonokilometrach wyniosła 49 704,4 mln tonokilometrów. Przewozy według grup ładunków i ich struktura przedstawiała się następująco:

L.P.		(TYS. TON)	% UDZIAŁ
	Razem (tys. ton)	241.478,00	100,0
	W tym:		
1	węgiel	130.410,00	54,0
2	rudny	14.063,00	5,8
3	surowce i materiały budowlane	25.931,80	10,7
4	ropa i przetwory naftowe	11.172,00	4,6
5	metale i przetwory naftowe	14.596,20	6,0
6	nawozy i inne art. chemiczne	14.421,70	6,0
7	plody i przetwory rolne	2.772,20	1,1
8	drewno i wyroby z drewna	3.920,50	1,6
9	Pozostałe ładunki	24.190,50	10.0

Jak wskazują dane zawarte w powyższym zestawieniu, kolejną przewozi się w większości towary, których transport następuje w ilościach masowych. Jest to jedna z istotniejszych cech charakterystycznych dla transportu towarów kolejną, wskazująca na brak substytucyjności poszczególnych rodzajów transportu w stosunku do transportu kolejowego.

2.2. Argumenty dotyczące braku substytucyjności kolejowych przewozów towarowych, względem innych środków transportu towarów.

Mając na uwadze wyżej wskazane możliwości transportu towarów w Polsce oraz charakterystykę ich wykorzystania, należy dokonać analizy czynników, które

sprawiają, iż dane rodzaje transportu należy traktować jako odrębne rynki właściwe. Wydzieleniu takich odrębnych rynków nie stoi na przeszkodzie fakt, iż pewne rodzaje towarów mogą być, w określonych okolicznościach, przewożone różnymi rodzajami transportu, sprawiającymi wrażenie usług substytucyjnych. Z faktu bowiem, że np. indywidualny odbiorca może odebrać z kopalni węgiel wielkości 5 ton, ładowany mechanicznym podnośnikiem z hałdy znajdującej się obok zakładu, nie można wywodzić generalnego stwierdzenia, iż taki rodzaj odbioru i transportu byłby substytucyjny, w sytuacji zakontraktowania wielkości kilkudziesięciu, kilkuset, czy kilku milionów ton tego surowca. Wyjątków, dotyczących substytucyjności w ograniczonym zakresie, w szczególnych sytuacjach, nie można interpretować rozszerzająco i traktować ich jako reguły.

W tym tonie wypowiedział się Sąd I Instancji w sprawie Deutsche Bahn⁴, prezentując stanowisko na temat możliwości i sposobu wydzielenia określenia rynku właściwego w sprawie:

„ ... muszą być możliwe do rozróżnienia w danej sprawie usługa lub produkt, w oparciu o szczególne cechy charakterystyczne, które odróżniają je od innych usług lub innych produktów, sprawiając, że są one tylko do małego stopnia zastępowalne tymi alternatywnymi produktami lub usługami i poddane konkurencji z ich strony... W tym kontekście, stopień zastępowalności pomiędzy produktami musi być oceniany w kategoriach ich obiektywnych cech charakterystycznych, jak również struktury popytu i podaży na rynku oraz warunków konkurencji... ”.

Stosownie więc do powyższego, definicja rynku właściwego wymaga analizy:

- substytucyjności popytu,
- substytucyjności podaży, i do pewnego stopnia
- potencjalnej konkurencji⁵.

a) analiza substytucyjności popytu

Prezes Urzędu, w celu uzyskania najbardziej obiektywnych danych dotyczących kwestii prawidłowego określenia rynku właściwego dla sprawy, zwrócił się ze stosownymi ankietaми do przedsiębiorców działających w obszarze kolejowych przewozów towarowych oraz do podmiotów korzystających z tego typu usług. Poniżej zostały omówione uwarunkowania wskazane przez ww. przedsiębiorców, podzielone pod względem charakteru podawanych argumentów, wskazujące na brak popytowej substytucyjności kolejowych przewozów towarowych, względem innych środków transportu towarów.

Posiadana infrastruktura

Kontrahenci umów wieloletnich na przewóz towarów koleją to przede wszystkim duże zakłady przemysłowe różnych branż. Zazwyczaj organizują one

⁴ Deutsche Bahn, CFI Oct. 21, 1997, 1997 ECR II-1689, para. 54, a także “European Competition Law: A Practitioner’s Guide, Second Edition”, Lennart Ritter, W. Dawid Braun, Francis Rawlinson, Kluwer Law 2000, s. 24 i n.

⁵ Tak stwierdzono np. w sprawach: L’Oreal, ECJ Dec. 11, 1980, 1980 ECR 3775, para. 25, UK Agricultural Tractor Registration Exchange – Fiatagri, CFI Oct. 27, 1994, 1994 ECR II-905, para. 51.

dostawy towarów z wykorzystaniem transportu szlakiem kolejowym prosto od dostawcy surowca do bram własnego zakładu, bądź odpowiednich bocznic kolejowych, posiadając przy tym odpowiednią infrastrukturę techniczną do obsługi załadunku, bądź wyładunku dużej ilości towarów wprost z wagonów kolejowych.

Jednym z istotniejszych czynników branych zatem pod uwagę przez przedsiębiorców przy korzystaniu z transportu kolejowego, jest posiadana przez nich infrastruktura rozładunkowa, która pozwala zdecydowanie szybciej odebrać duże ilości towarów. Potwierdzają to następujące podmioty: [tajemnica przedsiębiorstwa]. Również Górnicza Izba Przemysłowo – Handlowa wskazała, iż niemożliwe jest wykorzystanie istniejących w kopalniach urządzeń załadowniczych i rozładowniczych do obsługi innych, niż transport kolejowy, środków transportu. Podmiot ten wskazał także, iż z transportu kolejowego korzystają generalnie tylko te podmioty, które nie posiadają infrastruktury do rozładunku wagonów kolejowych (np. małe elektrociepłownie).

Wskazane podmioty działają w różnych branżach polskiej gospodarki, dlatego też należy uznać, iż niezależnie od rodzaju transportowanych towarów, problemy natury infrastrukturalnej zawsze się będą pojawiać, w przypadku korzystania z rodzajów transportu innych, niż transport kolejowy. Cechą wspólną tych przedsiębiorców jest zlecenie do transportu przewoźnikom kolejowym masowych ilości towarów. Odbiór masowych ilości towarów możliwy jest natomiast tylko z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury kolejowej.

Odległość przewozu oraz masa przewożonych towarów

Biorąc pod uwagę takie cechy transportu samochodowego, jak: wysoka dostępność dla klientów, duża elastyczność i szybkość przewozu oraz terminowość i punktualność wykonywania usług, można by przyjąć, iż właśnie ten rodzaj transportu jest na tyle uniwersalny, iż wszyscy przedsiębiorcy powinni opierać swoją działalność właśnie na nim. Mając na uwadze powyższe, należy jednakże wskazać wymienione niżej cechy transportu kolejowego, które powodują, iż kontrahenci realizują przewozy towarów transportem kolejowym zamiast samochodowym.

Właściwości ekonomiczne i techniczne transportu kolejowego predestynują transport kolejowy do przemieszczania na średnie i duże odległości, dużych ilości ładunków o niskiej wartości i dużym tonażu. Jest to cecha transportu kolejowego, z uwagi chociażby na ładowność wagonów przekraczającą 60 ton, z których można formować pociągi o masie netto ponad 2000 ton. Cecha odległości, na jakie przesyłany jest towar za pomocą kolei, jest nierozzerwalnie powiązana z masowością tego rodzaju transportu. Przedsiębiorcy wprost deklarują, iż od pewnej odległości jedynym opłacalnym środkiem transportu jest transport kolejowy. I tak [tajemnica przedsiębiorstwa] wskazują, że samochody wykorzystywane są jedynie do transportu na rynku lokalnym. Powyżej 150 kilometrów transport kruszywa (kamień rozdrobniony) odbywa się wyłącznie transportem kolejowym. Przedsiębiorca ten podkreśla, iż koszt transportu w odniesieniu do przewożonego przez niego materiału jest wysoki. Zależność tą popierają również [tajemnica przedsiębiorstwa], które wskazują, że transport kamienia rozdrobnionego oraz wapna w bryłach koleją jest

najtańszy przy spełnieniu założenia, iż odbywa się on na dłuższe odległości i dotyczy większych ilości tych surowców. Podobnie wypowiada się [tajemnica przedsiębiorstwa]. Zdaniem tego podmiotu, transport samochodowy kamienia rozdrobnionego, żwiru i makadamu spowodowałby zaangażowanie ogromnej ilości samochodów, a ponadto na odległości powyżej 100 kilometrów transport kolejowy jest po prostu tańszy. Z kolei [tajemnica przedsiębiorstwa] przesyłają żwir, grysy oraz mieszanki łamane koleją na odległości większe od 250 kilometrów, podnosząc jednocześnie, iż transport kolejowy jest korzystniejszy, gdy większa masa ma dotrzeć w krótszym czasie do odbiorcy. Potwierdza to również [tajemnica przedsiębiorstwa], który wskazuje, iż transport samochodowy stosuje wtedy, gdy węgiel przewożony jest na małe odległości. Na duże odległości transport węgla koleją jest najtańszy. Przedsiębiorca ten w ogóle nie rozważa możliwości rezygnacji z usług transportu kolejowego, przede wszystkim z uwagi na duże odległości przewozowe. Podobnie wypowiada się [tajemnica przedsiębiorstwa], który wskazuje, iż przewóz koleją węgla kamiennego, oleju opałowego oraz kamienia wapiennego jest najtańszy przy wysyłkach całopociągowych na średnie odległości powyżej 400 kilometrów. Przedsiębiorca ten odrzucił trzy oferty samochodowe na przewóz miazgi węglowej, gdyż były one nieatrakcyjne cenowo z powodu dużej odległości kopalń od zakładu. Samochody przy przewozie wapna palonego w bryłach stosuje [tajemnica przedsiębiorstwa], gdyż ten środek komunikacji jest bardziej opłacalny na krótszych odległościach. [tajemnica przedsiębiorstwa] deklaruje, iż przewozy paliw, benzyn, olejów, olejów smarowych, asfaltów, bitumów, oleju opałowego ciężkiego, gazów oraz innych towarów niebezpiecznych na odległości powyżej 200 kilometrów są uzasadnione ekonomicznie, kiedy realizuje się je transportem kolejowym.

Dodatkowo należy wskazać, iż koszty transportu znacznej ilości towarów samochodami są wysokie, nie tylko w przypadku ww. przewozów na duże odległości, ale także na krótszych trasach. Nie ma natomiast takiej zależności w przypadku transportu kolejowego. Co więcej, należy podkreślić, iż im bardziej wzrasta masa przewożonego towaru, tym dystans, na który opłaca się go przewozić koleją, zmniejsza się. Potwierdzeniem tej tezy jest np. rozwój tzw. Kolei Piaskowych na Górnym Śląsku. Udział tego podmiotu w krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, biorąc pod uwagę masę przewożonych towarów, w roku 2003 przekroczył 20 %. Biorąc jednak pod uwagę pracę przewozową (ilość tonokilometrów), udział tego przedsiębiorcy nie przekracza nawet 1 %. Wynika to z faktu, iż podmiot ten przewozi towary na krótkich trasach. Towary przewożone przez Koleje Piaskowe są jednak na skalę masową, stąd ich transport koleją jest opłacalny nawet na małych odległościach.

Dane przedstawione powyżej pochodzą z badań prowadzonych przez Urząd Transportu Kolejowego (zawartych w opinii TOR-u). Obrazuje je poniższa tabela:

[tajemnica przedsiębiorstwa]

Stan dróg i zależność od warunków atmosferycznych i pór roku

Istotne znaczenie przy wyborze transportu kolejowego zamiast transportu samochodowego mają również kwestie związane ze stanem infrastruktury polskich dróg. Brak rozbudowanej sieci dróg szybkiego ruchu o dużej przepustowości sprawia, iż niemożliwe jest równie sprawne, jak w przypadku transportu kolejowego, świadczenie usług transportem samochodowym przewozu towarów w znacznych ilościach, w tym szczególnie surowców wykorzystywanych do produkcji na skalę przemysłową. Zorganizowanie takiego masowego transportu pod względem logistycznym napotykałoby duże trudności, ponieważ wymagałoby to zaangażowania znaczącej ilości pojazdów samochodowych, które musiałyby zapewniać regularną dostawę tysięcy ton towarów, pochodzących np. z branży wydobywczej, bądź chemicznej.

Jak wskazuje [tajemnica przedsiębiorstwa], przy zadeklarowanych masach węgla i mialu węglowego, niemożliwe jest zrealizowanie przewozu wyłącznie za pomocą transportu samochodowego. Wiązałoby się to z prawdopodobieństwem całkowitego zablokowania drogi dojazdowej do [tajemnica przedsiębiorstwa]. Pod względem masowości przewożonych towarów, z transportem kolejowym łatwiej rywalizować może wodny transport śródlądowy. Jak już wcześniej jednak wspomniano, z uwagi na duży stopień sezonowości oraz małą elastyczność tras, transport ten może stanowić jedynie uzupełnienie dla transportu kolejowego. Potwierdzają to wystąpienia przedsiębiorców usytuowanych nad Odrą. Pomimo wykorzystywania tej rzeki, podpisują oni umowy z PKP Cargo, gdyż transport rzeczny nie stanowi dostatecznej alternatywy dla kolei. Przedsiębiorcy skarżą się na słabą żeglowność Odry i sezonowość tego transportu, uzależnioną od poziomu wody oraz zjawisk atmosferycznych. Poza tym transport śródlądowy znacznie wydłuża czas oczekiwania na towar.

Brak przewoźników gwarantujących dostateczną ilość środków transportowych

Kontrahenci PKP Cargo zlecają temu przewoźnikowi do przewozu rocznie wielkości rzędu kilkuset tysięcy ton, a czasem i kilku milionów ton (maksymalna ilość [tajemnica przedsiębiorstwa] milionów ton węgla kamiennego). Przedsiębiorcy podkreślają, iż niemożliwy byłby transport tak wielkiej ilości towarów samochodami ciężarowymi. W przypadku [tajemnica przedsiębiorstwa], byłoby to [tajemnica przedsiębiorstwa] samochodów dziennie w okresie grzewczym. [tajemnica przedsiębiorstwa] podaje liczbę około [tajemnica przedsiębiorstwa] samochodów w ciągu doby. Z kolei [tajemnica przedsiębiorstwa] samochodów na dobę. [tajemnica przedsiębiorstwa] podkreśla, iż ładowność jednego pociągu odpowiada ładowności 50 samochodów ciężarowych. Nawet stosunkowo niewielkie Elektrociepłownie, jak [tajemnica przedsiębiorstwa] i [tajemnica przedsiębiorstwa], musiałyby przyjąć odpowiednio [tajemnica przedsiębiorstwa] i [tajemnica przedsiębiorstwa] samochodów dziennie.

Przedsiębiorcy podkreślają, iż przy tak dużych ilościach ładunków oddawanych do transportu, brakuje ofert innych przedsiębiorców. Wskazuje na to [tajemnica przedsiębiorstwa], która rocznie zleca przewóz powyżej [tajemnica przedsiębiorstwa] mln ton towarów. Potwierdza to także [tajemnica przedsiębiorstwa], który stwierdza, iż oferta PKP Cargo była jedyną o kompleksowym charakterze dla tak dużych ilości przewozowych węgla do [tajemnica przedsiębiorstwa]. [tajemnica przedsiębiorstwa] korzysta z ofert transportu samochodowego jedynie sporadycznie, gdyż jak twierdzi ten przedsiębiorca, nie zapewniają one rytmiczności dostaw, właśnie z uwagi na masowość dostaw w okresie największej sprzedaży cementu.

Ankietowani przedsiębiorcy wskazują, iż na rynku polskim praktycznie brakuje przewoźnika, który zagwarantowałby dostateczną ilość samochodowych środków transportowych. Przedsiębiorcy musieliby korzystać z kilku firm transportowych, co wpłynęłoby w sposób bezpośredni na zwiększenie kosztów i jednocześnie zmniejszenie pewności zachowania ciągłości produkcji, a także przyczyniłoby się do zakłócenia odpowiedniej organizacji pracy, przy załadunku i rozładunku.

Przy transporcie tak dużych ilości towarów, transport kolejowy jest również najwygodniejszy. Zastąpienie go innym rodzajem transportu, a w szczególności samochodowym, byłoby dla większości podmiotów niemożliwe lub łączyłoby się z wieloma utrudnieniami, które dodatkowo wiązałyby się z poniesieniem znacznych kosztów, np. na modernizację infrastruktury dojazdowej, czy odbiorczej.

Lokalizacja przedsiębiorców, zazwyczaj w centrum dużych miast (protesty lokalnych społeczności)

Większość dużych przedsiębiorców zlokalizowanych jest w dużych miastach, bądź aglomeracjach miejskich. Twierdzą oni, iż zwiększenie liczby poruszających się po drogach samochodów ciężarowych, spowodowałoby protesty lokalnych społeczności. Dla przykładu wystarczy wskazać sytuację [tajemnica przedsiębiorstwa]. Przedsiębiorca ten posiada [tajemnica przedsiębiorstwa]. Wszystkie te zakłady umiejscowione są w sąsiedztwie budynków mieszkalnych. Z podobnymi problemami boryka się [tajemnica przedsiębiorstwa], której lokalizacja w centrum miasta uniemożliwia transport, innym niż kolej, środkiem komunikacji. Również Górnicza Izba Przemysłowo – Handlowa wskazuje, iż zastąpienie transportu kolejowego transportem samochodowym, z uwagi na uciążliwość dla społeczności lokalnych oraz znaczne pogorszenie stanu dróg, spowodowałoby lawinowe wydawanie zakazów poruszania się ciężarówek przez władze lokalne.

Dodatkowe koszty kontroli jakościowej każdego samochodu i konieczność zachowania ciągłości produkcji

Przedsiębiorcy zauważają również, iż towar przewożony koleją jest bezpieczny pod względem niezawodności dostarczenia ilościowego i jakościowego. Surowiec ładowany na wagony towarowe charakteryzuje się jednolitą jakością w całym składzie pociągu. W związku z tym, kontrola jakości przy wjeździe do zakładu jest mniej kłopotliwa i tańsza. Jak wcześniej wskazano, [tajemnica przedsiębiorstwa] podkreśla,

iz ładowność jednego pociągu odpowiada ładowności 50 samochodów ciężarowych. Z oczywistych względów, badając ilość i jakość towaru przy transporcie samochodowym, należy dwukrotnie zważyć każdy samochód przed i po rozładunku, aby sprawdzić, czy ilość towaru istotnie odpowiada wielkościom zamówionym. Podobnie należy postąpić z oceną jakości towaru znajdującego się w każdym samochodzie. Na ile istotne są to kwestie świadczą także głosy innych przedsiębiorców. [tajemnica przedsiębiorstwa] stwierdza wprost, iż dostawa kolejowa jest jednolita jakościowo i nie powoduje wielokrotnego oddawania próbek miálu węglowego do analizy laboratoryjnej. Dostawy kolejowe w związku z powyższym nie wymagają zatrudnienia tak dużej liczby pracowników przy odbiorze towaru. W podobnym tonie wypowiada się [tajemnica przedsiębiorstwa]. Ponadto, na co również wskazuje [tajemnica przedsiębiorstwa], transport samochodowy nie zachowuje rytmiczności dostaw, co powoduje, iż dla zachowania ciągłości produkcji, wyładunek towarów z samochodów musiałby odbywać się przez całą dobę. Taka konieczność nie zachodzi przy transporcie kolejowym.

Bezpieczeństwo przewożonych produktów

Kolejną cechą transportu kolejowego, która w znaczący sposób odróżnia ten rodzaj transportu od innych środków, jest bezpieczeństwo przewożonych produktów. Bezpieczniejszą formą przewozu ładunków jest tylko transport lotniczy. Jednak z uwagi na swoje cechy (możliwość przewiezienia niewielkiej, w stosunku do transportu kolejowego, ilości towarów; wysoka cena usług, brak bezpośredniości dostaw; dostępności oraz kompleksowości usług) jest on wykorzystywany bardzo incydentalnie, a jak pokazała ankieta, wśród badanych przedsiębiorców ten rodzaj transportu w ogóle się nie pojawił. Dlatego też w ocenie organu antymonopolowego, można przyjąć, iż najbezpieczniejszą formą transportu towarowego wykorzystywaną powszechnie, jest transport kolejowy.

W roku 2003 koleją przewieziono 15 908 tysięcy ton ładunków niebezpiecznych. Duża część to produkty ropopochodne i chemiczne, łatwopalne lub silnie trujące, wyjątkowo niebezpieczne w przewozie. Przedsiębiorcy przy przewozie tych produktów często wybierają transport kolejowy. Co więcej, zdarza się nieraz, iż transport samochodowy takich produktów mógłby okazać się tańszy, jednak z uwagi na większe prawdopodobieństwo wypadku na drodze i związanych z tym kosztów, przedsiębiorcy starają się przewozić swoje produkty koleją. Ponadto, wiele ładunków niebezpiecznych, w szczególności chemikaliów, obliuguje do punktualnego przewozu, gdyż nie przekazane w porę do dalszego przerobu, ulegają degradacji. Terminowość dostaw gwarantuje kolej, w odróżnieniu od transportu samochodowego, uzależnionego od warunków drogowych.

Względy ekologiczne

Coraz większe znaczenie przedsiębiorcy zwracają również na ochronę środowiska. Tendencję tą potwierdzają np. informacje umieszczone na stronie internetowej Elektrociepłowni Warszawskich S.A.⁶, gdzie dużo miejsca poświęcone

⁶ <http://www.ewsa.com.pl>

jest ochronie ziemi, wody, powietrza przed zanieczyszczeniami, a także ochronie przed hałasem. Wybór transportu samochodowego przyczyniłby się do wzrostu zanieczyszczeń powietrza i jednocześnie zwiększyłby się poziom hałasu w okolicach zakładów. Pogodzenie działań proekologicznych oraz dostarczanie surowca drogą kołową, jest w praktyce niemożliwe. Potwierdza to również [tajemnica przedsiębiorstwa], który wskazuje, że transport kolejowy jest bardziej przewidywalny, niezależny od warunków atmosferycznych i pór roku, ekologiczny, mniej uciążliwy dla otoczenia firmy oraz lokalnej i krajowej infrastruktury drogowej.

Podsumowując powołane powyżej argumenty należy także powołać stanowisko [tajemnica przedsiębiorstwa], którzy to przedsiębiorcy generalnie potwierdzają słuszność wskazanych wyżej cech transportu kolejowego.

Zgodnie z powyższym, organ antymonopolowy uznał, iż inne środki transportu służące do przewozu towarów, nie są substytucyjne od strony popytowej względem transportu towarów koleją. Przedsiębiorcy wybierają właśnie ten rodzaj transportu z powodu wskazanych powyżej charakteryzujących go cech.

b) analiza substytucyjności podaży

Organ antymonopolowy uznał także, iż w przedmiotowej sprawie nie mniej ważne od kwestii oceny substytucyjności popytu, jest przeanalizowanie substytucyjności podaży. W orzecznictwie wskazuje się, iż analiza tego drugiego czynnika pozwala prawidłowo określić rynek właściwy w sprawach, kiedy charakter produktu nie daje wystarczających podstaw do podjęcia prawidłowej decyzji w tym zakresie. Zdarza się bowiem, iż pomimo że odbiorcy różnych towarów mogą postrzegać je jako bliskie odpowiedniki, w rzeczywistości charakter ich produkcji uzasadnia wyodrębnienie węższych rynków właściwych. Przykładem dotyczącym przedmiotowego problemu, jest chociażby sprawa Continental Can⁷.

W orzeczeniu kończącym to postępowanie Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż aby można było wyróżnić odrębny rynek, produkty muszą zostać zindywidualizowane nie tylko przez zwykły fakt, iż są one używane do pakowania pewnych dóbr, ale także przez szczególną charakterystykę ich produkcji. W związku z tym, kwestia pozycji dominującej, w tym przypadku na rynku lekkich metalowych pojemników na mięso i ryby, nie może być rozstrzygnięta tak długo, jak długo nie zostało udowodnione, że konkurenci z innych sektorów rynku lekkich pojemników metalowych, nie są w stanie wejść na ten rynek, poprzez prostą adaptację, z wystarczającą siłą, aby stworzyć poważną przeciwwagę.

ETS uznał za główne kryteria określenia istnienia, bądź braku substytucyjności podaży, cechy charakterystyczne technologii produkcji, np. fakt, czy przedsiębiorcy wytwarzający inne produkty mogą szybko przestawić się na produkcję dobra wytwarzanego na rynku właściwym, czy też możliwość, że technologia produkcji danych towarów jest tak specyficzna, że wejście na dany rynek wymagałoby znaczących inwestycji.

Znalezienie w danej sprawie substytucyjności podaży, często prowadzi do rozszerzenia rynków właściwych. Natomiast nieudowodnienie istnienia

⁷ Continental Can, ECJ Feb. 21, 1973, 1973 ECR 215, para 33.

substytucyjności pomiędzy różnymi towarami, zmusza do wyznaczenia nie jednego, ale kilku węższych rynków właściwych.

Zdaniem organu antymonopolowego, analiza strony podaźowej ma szczególne znaczenie przy ocenie rynku specyficznych produktów – tzn. usług, jakiego przykładem są np. usługi transportowe. Bardzo podobny charakter usług, tzn. zlecenie do przewozu danej partii towaru i możliwość jej wykonania zarówno przez przewoźnika kolejowego, jak i samochodowego, nie muszą oznaczać, że obie usługi są świadczone w ramach jednego rynku właściwego.

Zakładając hipotetyczną sytuację, że np. przewoźnicy samochodowi i kolejowi działają na tym samym rynku właściwym, należałoby przyjąć, iż dysponują oni, zgodnie z definicją z art. 4 pkt 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* definiującym pojęcie rynku właściwego, zbliżonymi warunkami konkurencji, uzasadnionymi m.in. rodzajem i właściwościami oferowanych usług. Skoro zatem są to zbliżone warunki konkurencji w ramach jednego rynku, to należałoby założyć, iż nieskomplikowana powinna okazać się np. zmiana profilu działalności z samochodowej na kolejową. Równie łatwe powinny także okazać się zarówno wejście, jak i zejście z jednego segmentu na drugi segment tego samego rynku.

Aby zweryfikować prawdziwość ww. założeń, organ antymonopolowy zwrócił się do wszystkich licencjonowanych przewoźników kolejowych z zapytaniami, dotyczącymi m.in. administracyjnych barier wejścia na rynek kolejowych przewozów towarowych oraz warunków konkurencji na tym rynku.

Wymagania związane z kosztami podjęcia działalności transportowej

Barierę utrudniającą podjęcie działalności gospodarczej w zakresie transportu kolejowego stanowią koszty podjęcia tej działalności, przede wszystkim koszty taboru. Koszty zakupu lokomotyw i wagonów towarowych, bądź ich dzierżawy są nieporównywalnie wyższe, niż zakupu floty samochodowej. Koszty nabycia lokomotyw i najczęściej używanych wagonów towarowych (węglarek) są następujące:

- lokomotywa spalinowa nowa – od 8 mln zł,
- lokomotywa elektryczna nowa – od 15 mln zł,
- lokomotywa spalinowa używana – od 0,5 – 1,5 mln zł,
- lokomotywa elektryczna używana – od 1,5 mln zł,
- wagon węglarka zwykła nowa – od 180 tys. zł,
- wagon węglarka zwykła używana – od 70 tys. zł.

Koszty dodatkowe, to:

- modernizacja lokomotywy – około 60 000 zł.,
- badanie typu pojazdu dla każdej lokomotywy - około 10 000 zł.,
- opracowanie dokumentacji eksploatacji i utrzymania pojazdu – około 6 000 zł dla jednego typu pojazdu.

Dla porównania można wskazać, iż średnie ceny samochodowych ciągników siodłowych wahają się natomiast w granicach 55 – 80 tys. EUR, tj. około 250 – 360 tys. zł, co oznacza, iż ceny te są znacznie niższe od podanych wyżej cen lokomotyw.

Dane te dają podstawy do twierdzenia, iż znacząco inne są koszty podjęcia działalności w zakresie przewozu towarów koleją i transportem samochodowym.

Wymagania związane z dostępem do sieci kolejowej

Przewoźnik kolejowy jest zobligowany do spełnienia wymagań w stosunku do zarządcy infrastruktury kolejowej, a więc PKP PLK S.A. Dodać należy, iż w przypadku transportu samochodowego, dostęp do dróg posiada każdy przedsiębiorca z uwagi na ich publiczny charakter.

Wymagania PKP PLK w stosunku do podmiotów podejmujących kolejową działalność przewozową, są następujące:

- złożenie wniosku o przyznanie trasy i podpisanie umowy na korzystanie z infrastruktury kolejowej,
- przedstawienie dokumentu o sprawdzeniu urządzeń Radio-Stop na lokomotywie (konieczne wcześniejsze podpisanie umowy z Telekomunikacją Kolejową na odpłatny dostęp do systemu radiołączności pociągowej TK Telekom),
- zamówienie rozkładu jazdy (rozkład jazdy znacznie łatwiej zamówić przewoźnikowi realizującemu dużą ilość przewozów – indywidualny rozkład jazdy wiąże się z wyższymi kosztami),
- opłaty za korzystanie z linii kolejowych (cennik zapewnia zniżki podmiotom realizującym dużą ilość przewozów),
- zwiększone opłaty za przejazdy nadzwyczajne (opłata ta jest wyższa o 75 % przy przewozie towarów szczególnie niebezpiecznych a o 10 % przy przewozie towarów niebezpiecznych),
- opłaty o charakterze dodatkowym (za tory postojowe, tory do przeformowania składu pociągu, tory z których będzie zabierany skład pociągu do klienta na bocznice),
- usługa udostępnienia infrastruktury nie jest pełna i nie gwarantuje przewoźnikowi tankowania paliwa do lokomotyw na trasie przejazdu oraz korzystania z lokomotywowni na trasie przejazdu (stacje paliw oraz sieć lokomotywowni zarządzane są przez PKP Cargo).

Wymagania związane z ograniczeniami w ruchu działalności transportowej

Należy również wskazać, iż transport samochodowy napotyka zupełnie inne ograniczenia w ruchu, niż transport kolejowy. Podstawą ograniczeń jest w tym przypadku rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 sierpnia 2003 r. w *sprawie okresowych ograniczeń oraz zakazu ruchu niektórych rodzajów pojazdów na drogach* (Dz. U. Nr 161, poz. 1565). W pierwszym rzędzie należy wskazać, iż ograniczenia w stosunku do transportu samochodowego związane są z warunkami atmosferycznymi i troską o stan dróg. Dlatego też w przypadku wystąpieniach na drogach uplastycznienia nawierzchni bitumicznych, wywołanego wysokimi temperaturami, wprowadza się na tych drogach ograniczenia ruchu pojazdów i zespołów pojazdów o dopuszczalnej

masie całkowitej przekraczającej 12 ton, z wyłączeniem autobusów, poprzez zakaz ich ruchu na obszarze całego kraju lub jego części w godzinach od 11⁰⁰ do 22⁰⁰. Informacje o powyższych ograniczeniach Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad podaje do publicznej wiadomości.

Ponadto, zakaz ruchu pojazdów wymienionych powyżej obowiązuje również w od godziny 7⁰⁰ do 22⁰⁰ w następujące dni ustawowo wolne od pracy: 1 stycznia – Nowy Rok, pierwszy oraz drugi Dzień Wielkiej Nocy, 1 maja – święto państwowe, 3 maja – Święto Narodowe Trzeciego Maja, pierwszy dzień Zielonych Świątek, dzień Bożego Ciała, 15 sierpnia – Wniebowzięcie Najświętszej Maryi Panny, 1 listopada – Wszystkich Świętych, 11 listopada – Narodowe Święto Niepodległości, 25 i 26 grudnia – pierwszy oraz drugi dzień Bożego Narodzenia. W sumie jest to 12 dni w roku. Dodatkowo zakaz ruchu pojazdów obowiązuje w godzinach od 18⁰⁰ do 22⁰⁰ w dni poprzedzające wskazane wyżej daty, oprócz Nowego Roku i Świąt Bożego Narodzenia.

Odpowiednie zakazy ruchu dla pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 12 ton obowiązują w okresie od pierwszego piątku od zakończenia roku szkolnego do dnia 31 sierpnia:

- od godziny 18⁰⁰ do godziny 22⁰⁰ w piątek,
- od godziny 7⁰⁰ do godziny 14⁰⁰ w sobotę,
- od godziny 7⁰⁰ do godziny 22⁰⁰ w niedzielę.

Wymagania natury administracyjno-prawnej dotyczące prowadzenia działalności transportowej

Jak wykazały odpowiedzi uzyskane od ankietowanych przedsiębiorców oraz informacje posiadane przez UOKiK, w dziedzinie transportu kolejowego istnieją przepisy, które nie mają swoich odpowiedników w przypadku transportu samochodowego. Jako przykład takich uregulowań można wymienić chociażby następujące przepisy:

- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. *w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego* (Dz. U. Nr 103, poz. 1090).

Ten akt prawny przewiduje m.in.: tryb wydawania przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Przewoźnik kolejowy dołącza do wniosku wyniki badań typu pojazdu kolejowego, przeprowadzonych przez upoważnioną jednostkę. Rozporządzenie wymienia 7 takich jednostek w kraju. Zakres badań określają załączniki do Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 20 lipca 2000 r. *w sprawie zakresu badań koniecznych do uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz świadectwa dopuszczenia do eksploatacji każdego typu pojazdu szynowego* (Dz. U. Nr 69, poz. 813). Do wniosku należy również załączyć warunki techniczne wykonania i odbioru, dokumentację techniczno-ruchową, opisy techniczne i rysunki,

opinie techniczne wydane przez innych zarządców infrastruktury, przewoźników kolejowych lub użytkowników bocznic kolejowych w przypadku typów pojazdów już eksploatowanych. Prezes Urzędu Transportu Kolejowego może wystąpić także o opinie ekspertów dotyczące dokumentacji technicznej, sprawozdań oraz wyników przeprowadzonych badań. Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydaje się na czas nieokreślony, bądź na czas określony, kiedy to konieczne są próby eksploatacyjne. Prezesowi UTK przysługuje prawo cofnięcia świadectwa w przypadku stwierdzenia zagrożenia bezpieczeństwa ruchu kolejowego, bezpiecznej eksploatacji pojazdów kolejowych, ochrony przeciwpożarowej oraz ochrony środowiska.

- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie warunków dostępu i korzystania z infrastruktury kolejowej (Dz. U. Nr 83, poz. 768).

Rozporządzenie, wydane na podstawie art. 35 ustawy o transporcie kolejowym, ustala warunki przyznania przewoźnikowi kolejowemu prawa dostępu do infrastruktury kolejowej. Przewoźnik kolejowy dołącza do wniosku składanego zarządcy infrastruktury, potwierdzenie spełnienia określonych wymagań poprzez: poświadczoną kopię ważnej licencji, poświadczoną kopię ważnego świadectwa bezpieczeństwa, oświadczenie przewoźnika, że prowadzenie pociągów będzie powierzane maszynistom posiadającym określone uprawnienia, inne dokumenty określone przez zarządcę w regulaminie przydzielania tras pociągów przez przewoźników. Zarządca infrastruktury na podstawie złożonych wniosków opracowuje rozkład jazdy pociągów. Za udostępnienie infrastruktury zarządca pobiera opłatę.

Podmiot podejmujący kolejową działalność przewozową winien uzyskać od Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego następujące dokumenty:

- licencję przewozową,
- świadectwo przewozowe,
- dopuszczenie typu lokomotywy (wymagane nawet, gdy inni przewoźnicy uzyskali już wcześniej dopuszczenie danego typu),
- obowiązkowe badanie zgodności z Polskimi Normami każdej lokomotywy tego samego typu sprowadzanej z zagranicy, przed dopuszczeniem typu przez UTK (przewoźnicy często sprowadzają używane lokomotywy z zagranicy, gdyż na rynku polskim brakuje lokomotyw),
- o zabudowie wymaganych przez UTK urządzeń bezpieczeństwa ruchu na lokomotywie,
- zatwierdzające wykonanie wymaganej dokumentacji eksploatacyjnej systemu utrzymania lokomotyw i wagonów.

Wymagania natury ekonomicznej związane z wejściem na rynek

Poza wskazanymi barierami wejścia na rynek natury administracyjnej, należy również wymienić bariery natury ekonomicznej, na co składają się wszelkie opłaty związane z wykonywaniem transportu kolejowego. Należą do nich:

- opłata za uzyskanie dokumentów administracyjnych (licencja na prowadzenie działalności, opłaty za wydanie świadectw dopuszczenia typu wagonów i lokomotyw),
- opłaty za wykonywanie badań pojazdów kolejowych przy zatwierdzaniu typów,
- opłata roczna za dozór techniczny,
- opłata za dostęp do infrastruktury kolejowej (w tym opłaty za energię trakcyjną oraz usługi dodatkowe, takie jak użytkowanie radiołączności kolejowej),
- opłata za włączenie wagonów w park kolejowego przedsiębiorstwa kolejowego,
- opłaty taryfowe za usługi transportu.

Podsumowując powołane wyżej informacje należy stwierdzić, iż kolejowy transport towarów nie jest substytucyjny zarówno pod kątem popytowym, jak i podażowym względem innych środków transportu, w szczególności transportu samochodowego.

Odnosnie kwestii popytowej, obiektywną argumentację przemawiającą za ww. stwierdzeniem dostarczają wypowiedzi przedsiębiorców, których działalność związana jest z ww. rynkiem.

Co do kwestii podażowej, równie obiektywnych danych dostarczają obowiązujące akty prawne, czy też powołane wypowiedzi uczestników rynku, wskazujące na wyraźne różnice natury głównie ekonomicznej i administracyjnej. W odróżnieniu od możliwych teoretycznych wywodów uzasadniających istnienie jednego rynku właściwego, na którym działają przewoźnicy samochodowi i kolejni, praktyka wygląda zupełnie inaczej. Przewoźnicy ci świadczą usługi w oparciu o zupełnie inny sprzęt, infrastrukturę i przepisy administracyjne. Niezgodne z prawem antymonopolowym działania przewoźnika kolejowego, nie spotykają się zatem z adekwatną reakcją rynkową ze strony przewoźników samochodowych. W przypadku np. podniesienia cen usług przez przewoźnika kolejowego o pozycji dominującej na rynku przewozów kolejowych, przewoźnicy samochodowi nie będą mogli zareagować konkurencyjną ofertą w ramach ich działalności – ze względu na opisane wyżej ograniczenia natury popytowej. Nie będą także w praktyce mogli, nie dysponując odpowiednimi pozwoleniami administracyjnymi, a przede wszystkim odpowiednim sprzętem, rozpocząć świadczenia usług w dziedzinie przewozów kolejowych. W efekcie, odbiorcy usług transportu kolejowego będą zmuszeni zaakceptować działania ww. przewoźnika kolejowego.

c) analiza potencjalnej konkurencji

Analiza substytucyjności podaży pociąga za sobą także ocenę, czy dostarczyciele produktów lub usług, są w stanie przestawić się na produkcję dóbr wytwarzanych na rynku właściwym i rozpocząć handlowanie nimi, w krótkim czasie, bez angażowania dodatkowych kosztów, czy podejmowania dodatkowego ryzyka. Kiedy te warunki byłyby spełnione, dodatkowa produkcja rozpoczęta na rynku miałaby dyscyplinujący wpływ na zachowania konkurencyjne przedsiębiorców działających na tym rynku.

Decydującym kryterium oceny danej sytuacji, jest to dotyczące możliwości natychmiastowości zmian produkcji, czy dostarczania usług na inny rynek. Możliwość potencjalnych producentów dóbr lub usług do zmiany produkcji w krótkim czasie, będzie skutkowałą rozszerzeniem danego rynku właściwego, poprzez włączenie do niego produktów lub usług oferowanych przez potencjalnych producentów, tym samym zmniejszając udziały rynkowe przedsiębiorców uczestniczących w tak określonym rynku. Jeżeli natomiast producenci potrzebują długiego czasu do zmiany produkcji, prowadzi to do określenia węższych rynków właściwych z wyższymi udziałami przedsiębiorców na nich działających oraz wyłączenia tych potencjalnych konkurentów z rynku właściwego⁸.

Takie stanowisko zaprezentował Europejski Trybunał Sprawiedliwości np. w sprawie Tetra Pak, gdzie wskazał, iż czynniki takie jak dodatkowe koszty, jakie należy ponieść zmieniając system pakowania towarów na inny system, czynniki będące rezultatem różnic pomiędzy systemami dystrybucji, potrzeba inwestycji w złożoną technologię do produkcji maszyn do pakowania mleka UHT w kartonach i trudności napotymane przez wytwórców systemów nie aseptycznych przy wchodzeniu na rynek systemów aseptycznych, uzasadniają wystarczający brak zamienności pomiędzy rozpatrywanymi produktami, oceniany nawet w średnim i długim okresie czasu⁹.

Należy podkreślić, iż przedstawione uwagi odnośnie analizy potencjalnej konkurencji w ocenie sprawy antymonopolowej, odnoszą się w pełni do przedmiotowego postępowania. Opisane wyżej cechy charakterystyczne transportu kolejowego, dotyczące przede wszystkim:

- aspektu infrastrukturalnego - świadczenie usług na sieci kolejowej,
- aspektu technicznego - potrzeba posiadania specjalistycznego taboru – lokomotywy, wagony itp.,
- aspektu ekonomicznego - konieczność zaangażowania znaczących środków finansowych w rozpoczęcie działalności w dziedzinie przewozów kolejowych – w szczególności na zakup bardzo drogiego taboru,
- aspektu administracyjnego – konieczność spełnienia wymogów wielu aktów prawnych regulujących rynek kolejowy,

sprawiają, iż rozpoczęcie działalności w dziedzinie transportu kolejowego przez potencjalnych konkurentów PKP Cargo, jest kosztowne i czasochłonne.

Przykładowo, przedsiębiorcy świadczący obecnie usługi transportu samochodami ciężarowymi, nie mają możliwości w łatwy i szybki sposób rozpocząć działalność przewozów kolejowych. Oprócz spełnienia wszelkich wymogów formalno-prawnych, musieliby przede wszystkim zakupić tabor, którego koszt jest znaczący. Jak wskazano powyżej, koszt wagonu jest rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych, a lokomotywy, kilku milionów złotych. Dodatkowo, nabycie taboru kolejowego nie jest łatwe. Z informacji posiadanych przez Urząd wynika np., iż:

⁸ "European Competition Law: A Practitioner's Guide, Second Edition", Lennart Ritter, W. Dawid Braun, Francis Rawlinson, Kluwer Law 2000, s. 24 i n.

⁹ Tetra Pak, ECJ Nov. 14, 1996, 1996 ECR 5951, para. 19.

- w Polsce istnieje niska podaż na lokomotywy, w związku z tym sprowadzane są one najczęściej z zagranicy. Przykładowo przedsiębiorcy nabywają tabor w Niemczech, Bułgarii, Rosji, Rumunii, na Ukrainie, czy nawet w Maroku,
- procedura dostosowywania taboru sprowadzonego z zagranicy do wymogów technicznych obowiązujących w Polsce jest czasochłonna i pociągająca za sobą konieczność spełnienia szeregu wymagań.

W praktyce więc, usługi przewozów kolejowych i samochodowych pozostają odrębnymi rynkami, rządzącymi się innymi warunkami faktycznymi prowadzenia działalności oraz innymi realiami finansowymi.

Potwierdzeniem postawionej tezy jest fakt, iż PKP Cargo nie traktuje transportu samochodowego jako konkurencji, o czym świadczy to, iż zakaz konkurencji, jaki pojawiał się w umowach długoterminowych zawieranych przez ten podmiot, dotyczył jedynie innych przewoźników kolejowych. Transport samochodowy w rzeczywistości nie konkuruje bowiem z transportem kolejowym, a więc i z PKP Cargo, gdyż charakteryzuje się całkowicie innymi właściwościami. Jedynymi podmiotami zdolnymi konkurować z PKP Cargo są inni przewoźnicy kolejowi.

2.3. Określenie rynku właściwego w sprawie

Z uwagi na ww. argumenty, organ antymonopolowy uznał, iż w przedmiotowej sprawie rynkiem właściwym pod względem produktowym jest **rynek kolejowych przewozów towarowych**. W ocenie organu antymonopolowego, innych rodzajów transportu, w tym transportu samochodowego, transportu rurociągowego, żeglugi śródlądowej, żeglugi morskiej oraz transportu lotniczego - ze względu na specyfikę transportu kolejowego - nie można uznać za jego pełne substytuty zarówno od strony popytowej jak i podażowej.

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

Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. *o transporcie kolejowym* (Dz. U. Nr 96, poz. 591 z późn. zm.) wskazywała w art. 10 ust. 5, iż „*udostępnianie linii kolejowych zagranicznemu przewoźnikowi kolejowemu następuje, jeżeli tak stanowi umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną*”. Na podstawie tej ustawy koncesje na wykonywanie przewozów kolejowych wydawane były przez Ministra Infrastruktury przewoźnikom kolejowym na czas określony, przy zastosowaniu ograniczeń obszarowych lub asortymentowych. Wskutek powyższego, ustawa ta sankcjonowała bariery prawne, które nie pozwalały zagranicznym przewoźnikom kolejowym prowadzić działalności na terytorium Polski. W chwili obecnej ww. ustawa została uchylona ustawą z dnia 29 marca 2003 r. *o transporcie kolejowym* (Dz. U. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.). Ten akt prawny zastąpił obowiązek uzyskania koncesji

koniecznością zdobycia licencji, wskazując jednocześnie jako organ regulacyjny odpowiedzialny za wydawanie licencji, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Art. 43 ust. 3 ww. ustawy określa, iż potwierdzeniem zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego są również licencje wydane przez właściwe władze innych państw członkowskich Unii Europejskiej. Pomimo jednak istnienia tego przepisu, którego wprowadzenie było uzasadnione koniecznością dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej, konkurencja na rynku przewozów towarowych koleją nie uległa znaczącemu wzmocnieniu. Stało się to głównie z uwagi na fakt, iż w zakresie transportu kolejowego Polska uzyskała okres przejściowy do 31 grudnia 2006 r., w odniesieniu do dyrektywy 91/440 zmienionej dyrektywą 2001/12, określających zasady dostępu dla licencjonowanych przedsiębiorstw kolejowych do sieci Transeuropejskich Kolejowych Sieci Towarowych TERFN (Trans-european Rail Freight Network) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz odnośnie zobowiązania do udostępnienia rocznej ogólnej zdolności przepustowej licencjonowanym przedsiębiorstwom kolejowym w wysokości 20%. Jednocześnie Polska zobowiązana została do przyznania międzynarodowym przedsiębiorstwom kolejowym i przedsiębiorstwom wykonującym przewozy kombinowane, nieograniczonego dostępu do polskiej sieci kolejowej w celach wykonywania przewozów międzynarodowych i tranzytu.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż z dniem akcesji Polski do Unii Europejskiej nie nastąpiła pełna liberalizacja rynku towarowych przewozów kolejowych i w znaczący sposób nie zmieniła się pozycja PKP Cargo na tym rynku.

Reasumując, obszar Polski jest zatem obszarem, na którym panują zbliżone warunki konkurencji w wykonywaniu kolejowych przewozów towarowych.

2.4. Uzasadnienie pozycji dominującej PKP Cargo na rynku właściwym.

Do niedawna PKP Cargo (dawniej PKP S.A. oraz PKP Przedsiębiorstwo Państwowe) zajmowało na tak określonym rynku pozycję monopolistyczną – określaną w doktrynie jako kwalifikowaną postać pozycji dominującej - tzn. było jedynym podmiotem świadczącym tego rodzaju usługi. W chwili obecnej, pomimo stworzenia podstaw prawnych do zaistnienia konkurencji, PKP Cargo nadal zajmuje pozycję faktycznego monopolisty. PKP Cargo potwierdza ten fakt, stwierdzając np. że jednym ze strategicznych celów tej spółki jest zbudowanie kompleksowego systemu obsługi klientów, gwarantującego utrzymanie dominującej pozycji w krajowym transporcie kolejowym¹⁰. Sam fakt przynależności PKP Cargo do grupy kapitałowej PKP zajmującej się w sposób kompleksowy transportem kolejowym, usługami okołoprzewozowymi, jak i zarządzaniem infrastrukturą kolejową (poprzez Polskie Linie Kolejowe PKP S.A.) powoduje, iż podmiot ten posiada znaczącą przewagę ekonomiczną, logistyczną, organizacyjną oraz techniczną nad innymi przedsiębiorcami świadczącymi kolejowe usługi przewozu towarów.

Najważniejsze rzeczowe zasoby na koniec 2002 r. to: ok. 90 tys. wagonów towarowych handlowych (w tym specjalistyczne – ok. 17%); lokomotywy towarowe i manewrowe: ok. 1250 elektrycznych i 1450 spalinowych,

¹⁰ Informacja udostępniona na stronie internetowej PKP Cargo S.A.

lokomotywy pasażerskie: ok. 500 elektrycznych i 430 spalinowych; własne zaplecze do bieżącego utrzymania taboru (naprawy okresowe i modernizacje zlecane na zewnątrz do Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego); większość infrastruktury handlowej – towarowej (ok. 1300 stacji towarowych i ładowni, w tym 3 duże terminale przewozów kombinowanych). PKP Cargo zatrudniało na koniec 2002r.: ok. 51 tys. pracowników. Zgodnie z danymi publikowanymi w Roczniku Statystycznym Głównego Urzędu Statystycznego, średni dobowy czynny tabor kolejowy w zakresie wagonów towarowych (łącznie z zagranicznymi na sieci PKP), wyniósł w roku 2002 – 69780 sztuk. Z kolei z danych publikowanych w Raporcie Rocznym PKP Cargo za rok 2002 wynika, iż PKP Cargo dysponowało na dzień 31 grudnia 2002 r. 90 195 sztukami wagonów towarowych¹¹, czyli znacznie więcej niż średni dobowy czynny tabor.

W chwili obecnej PKP Cargo nie jest jedynym podmiotem realizującym kolejowe przewozy towarowe. W oparciu o dane opublikowane na stronie internetowej Urzędu Transportu Kolejowego można stwierdzić, iż istnieją 44 podmioty posiadające licencje na prowadzenie działalności gospodarczej, polegającej na wykonywaniu kolejowych przewozów rzeczy, osób lub zarządzania liniami kolejowymi. Po wprowadzeniu w życie systemu licencjonowania, przedsiębiorcy otrzymali możliwość funkcjonowania na terytorium całej Polski, bez ograniczeń asortymentowych. Z uwagi na stosunkowo krótki okres jaki upłynął od liberalizacji rynku kolejowego (wcześniej koncesje na przewóz towarów dla podmiotów innych niż PKP Cargo były ograniczone terytorialnie oraz dotyczyły przewozów ściśle określonych towarów) oraz konieczność spełnienia wielu norm wynikających z przepisów wykonawczych, udział tych przedsiębiorców w tym segmencie rynku nie jest znaczący. Podmioty rozpoczynające obecnie prowadzenie działalności na rynku kolejowych przewozów kolejowych, nie stanowią także dla PKP Cargo realnej konkurencji, ze względu na fakt, iż posiadają znikomy tabor przewozowy.

Istnienie umów wieloletnich stworzyło kolejną zależność między PKP Cargo, a jego konkurentami. PKP Cargo zawierając umowy wieloletnie z najważniejszymi kontrahentami i wprowadzając jednocześnie zakaz korzystania z usług podmiotów konkurencyjnych, związała tych kontrahentów na dłuższy okres i wykluczyła możliwość korzystania przez tych kontrahentów z usług innych podmiotów.

W związku z tym, podmioty prowadzące działalność w zakresie przewozów towarowych kolejną, częściowo realizują te usługi własnymi środkami, a częściowo korzystają z usług PKP Cargo.

Abstrahując od powyższych argumentów należy wskazać, iż udział PKP Cargo na krajowym rynku przewozów towarowych kolejną wynosi, biorąc pod uwagę przewożoną masę, ok. 65 %. Pod względem pracy przewozowej, a zatem bardziej obiektywnego czynnika, który uwzględnia zarówno przewożoną masę, jak i odległość na jaką masa ta została przewieziona, udział ten kształtuje się na znacznie większym poziomie i wynosi 91 %. Osiągnięcie przez PKP Cargo takiego udziału, znacznie przekraczającego 40 %, zgodnie z art. 4 ust. 9 ustawy *o ochronie konkurencji i*

¹¹ Raport Roczny PKP Cargo S.A. 2002 r., str. 22.

konsumentów, wprowadza domniemanie, iż spółka ta posiada pozycję dominującą. Zgodnie z ogólnymi zasadami postępowania dowodowego, ciężar obalenia domniemania w takim przypadku ciąży na podmiocie, którego udział w rynku przekracza 40 %. W związku z tym, iż domniemanie to nie zostało przez PKP Cargo obalone w trakcie prowadzonego postępowania, należy przyjąć, iż spółka ta posiada pozycję dominującą na tak określonym rynku.

3. *Naruszenie interesu publicznoprawnego poprzez działanie PKP Cargo.*

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

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podkreślał, iż ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* chroni interes publiczny, co wynika z treści art. 1 ust. 1 powołanej ustawy: „*Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów*”. Powyższa regulacja znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Zdaniem Sądu, pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze stałym i jednolitym. W każdej sprawie powinien on być ustalony i konkretyzowany, co do swych wymagań. Organ administracji publicznej - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - powinien w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji być rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej. „Publiczny” znaczy dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie ustalenie przez wyżej wymieniony organ administracji, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego nie zaś jednostki, czy też grupy. Działaniami antykonkurencyjnymi są jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki (rynku). Celem ustawy o ochronie konkurencji nie jest ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy.¹²

Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wypowiada się na temat art. 1 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Stosownie do treści tego artykułu, ww. ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom naruszającym

¹² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 października 2002 r. XVII Ama 133/2001.

zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywołać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje zatem zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony był interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Ustawa chroni zatem konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać zaś jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy (konsumenta), lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Ingerencja organów działających na podstawie ustawy antymonopolowej uzasadniona jest tylko wówczas, gdy służy ochronie tak pojętej konkurencji. Celem ustawy nie jest więc ochrona indywidualnego przedsiębiorcy, gdyż indywidualne prawa podmiotowe uczestników obrotu gospodarczego podlegają ochronie w trybie dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym, bądź przed sądem administracyjnym.¹³

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

Uzasadniając naruszenie przez PKP Cargo interesu publicznoprawnego, należy odnieść się do zarzucanych temu przedsiębiorcy działań. Zarzuty postawione PKP Cargo przez Sped – Pro można podzielić na dwie grupy:

Pierwsza grupa dotyczy warunków bezpośrednio wynikających z umów wieloletnich. Są to zarzuty odnoszące się do wysokości upustów i warunków umów związanych z przedstawianiem harmonogramów przewozów. W przypadku powyższych zarzutów, w ocenie organu antymonopolowego zasadne jest twierdzenie, iż naruszony został również interes publicznoprawny. Powyższe warunki (wysokość upustów, przedstawianie harmonogramów) występują bowiem we wszystkich umowach wieloletnich zawieranych przez PKP Cargo ze swoimi kontrahentami. Różnicowanie tych warunków w stosunku do poszczególnych kontrahentów, bez

¹³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 lutego 2003 r. XVII 38/02.

uzasadnionych powodów, bez wątpienia narusza konkurencję, a w efekcie narusza również interes publiczny. W zawieraniu w podobnych umowach różnych warunków kontraktowych, należy bowiem dopatrzeć się powszechności. Z tych względów, zdaniem organu antymonopolowego, można uznać, że działania ze strony PKP Cargo dotyczą wszystkich kontrahentów PKP Cargo - zarówno obecnych, jak i potencjalnych - a pośrednio również szerokiego grona konsumentów, jako nabywców końcowych poszczególnych towarów i usług, na których ostateczne ceny mają wpływ koszty transportu kolejowego.

W stosunku do drugiej grupy zarzutów, należy stwierdzić, iż zarówno odmowa zawarcia umowy, jak i odmowa świadczenia usług przewozowych, jest czynnością faktyczną dokonaną wobec jednego podmiotu. W świetle jednakże powołanego powyżej najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego, należy uznać, iż również w przypadku tych zarzutów mogło dojść do naruszenia interesu publicznego. Po pierwsze, działania PKP Cargo dotyczą nie tylko interesów Sped – Pro, ale również pośrednio interesów jego kontrahentów. Sped – Pro, mając średniomiesięczne obroty w 2002 r. około 2 mln zł, było znaczącym podmiotem świadczącym swe usługi dla wielu odbiorców. Pośrednio zatem, skutki działań PKP Cargo dotkną tych odbiorców. Po drugie, w wyniku działań PKP Cargo, naruszona została konkurencja na rynku, na którym działa Sped - Pro, wskutek ograniczenia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez ten podmiot. Należy przy tym podkreślić, iż to odbiorcy usług przewozowych powinni sami decydować o tym, z usług jakich podmiotów chcą korzystać – tj. bezpośrednio z usług PKP Cargo, czy też za pośrednictwem spółek takich Sped – Pro. Działania PKP Cargo uniemożliwiają im ten wybór, zmuszając do podpisywania umów z tym właśnie podmiotem.

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

III. Przebieg oraz wyniki postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa UOKiK.

1. Argumenty Sped-Pro przemawiające za stosowaniem przez PKP Cargo praktyk ograniczających konkurencję.

Zarzuty dotyczące przebiegu negocjacji z PKP Cargo:

- PKP Cargo powstało na bazie PKP, przedsiębiorcy o pozycji monopolistycznej. PKP Cargo zajmuje na rynku usług przewozów towarów kolejną silnie dominującą pozycję. Nie zmieniły tego stanu rzeczy w istotnym stopniu wydawane koncesje na przewozy towarów kolejną. Kwestionowane działania PKP Cargo mają na celu przedłużenie posiadania przez ten podmiot pozycji dominującej, poprzez stworzenie mechanizmów ekonomicznych i organizacyjnych, wiążących z jednej strony kontrahentów PKP na dłuższe okresy, z drugiej zaś strony – utrudniających konkurowanie innym podmiotom;

- Sped Pro jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie świadczenia usług spedycyjnych. Barię w dalszym zwiększaniu obrotów i pozyskiwaniu klientów przez Sped – Pro jest wysokość upustów przyznanych przez PKP Cargo, ograniczająca możliwość skutecznego negocjowania z nowymi klientami. Sped – Pro wystąpiło więc o przyznanie jej upustu w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa], uzasadniając to tym, iż inni przedsiębiorcy zlecający PKP Cargo przewozy towarów masowych o porównywalnej masie i obrotach, korzystają z większych upustów;
- PKP Cargo nie zgodziło się na udzielenie upustu w takiej wysokości. Poinformowało jedynie o możliwości zawierania wieloletnich umów przewozowych, którą wykorzystywała już część przedsiębiorców. Sped - Pro wystąpiło zatem do PKP Cargo z ofertą zawarcia umowy wieloletniej na okres [tajemnica przedsiębiorstwa]. Od dostarczenia tych dokumentów PKP Cargo uzależniało bowiem zawarcie umowy wieloletniej.
- zawarcie wieloletniej umowy przewozowej z PKP CARGO S.A. ma dla Sped – Pro duże znaczenie, bowiem niektórzy z przedsiębiorców, zwłaszcza z branży energetycznej, uzależniają zawarcie umów spedycji od posiadania przez niego stałej, długoterminowej umowy z przewoźnikiem, która gwarantuje ciągłość przewozów,
- [tajemnica przedsiębiorstwa] Podmiot ten oświadczył jednak, iż zawarcie przez niego wieloletniej umowy np. z [tajemnica przedsiębiorstwa] nie wyklucza zawarcia z Wnioskodawcą umowy, której przedmiotem byłby przewóz węgla - na jego zlecenie - do tej [tajemnica przedsiębiorstwa], jeżeli warunki obydwóch umów byłyby takie same. W przedłożonym projekcie PKP Cargo nie wprowadziło także ograniczeń, jeżeli chodzi o [tajemnica przedsiębiorstwa];
- przedłożenie przez PKP Cargo projektu wieloletniej umowy nie doprowadziło jednak do szybkiego, zakończenia negocjacji i podpisania umowy. [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- Sped – Pro otrzymało kolejny projekt umowy wieloletniej z dodatkowym zastrzeżeniem, że PKP Cargo [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa]

Argumenty odnoszące się do poszczególnych praktyk ograniczających konkurencję, zarzucanych PKP Cargo:

1) przyznawanie w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów:

- PKP Cargo nie przedstawiło konkretnych zasad ustalania upustów dla kontrahentów, które świadczyłyby o istnieniu niedyskryminacyjnych, jednolitych i przejrzystych kryteriów w tym zakresie. Podane przez PKP Cargo kryteria są na tyle ogólne, że pozwalają tej spółce na całkowicie dowolne ustalanie upustów dla poszczególnych kontrahentów, w oderwaniu do jakiegokolwiek uzasadnienia ekonomicznego. Spółka ta, posiadając na rynku pozycję dominującą, powinna posiadać jasny system upustów. W szczególności powinna udostępniać stosowane kryteria wszystkim kontrahentom tak, aby wiedzieli oni, jakie konkretne wymogi,

uzasadnione obiektywnie, musieliby spełnić, aby skorzystać z określonych opustów. Brak przejrzystości powoduje, iż przedsiębiorcy nie mają racjonalnych przesłanek do planowania swojej działalności, z drugiej zaś strony umożliwia PKP Cargo oddziaływanie na rynek usług spedycyjnych, poprzez manipulowanie konkurencyjnością poszczególnych jego uczestników.

- nie można uznać za akceptowalne różnicowanie upustów w zależności od podmiotu, z którym umowa jest zawierana. Zachowania rynkowe przejawiające się stosowaniem zróżnicowanych upustów [tajemnica przedsiębiorstwa] świadczą o braku uzasadnienia ekonomicznego dla stosowanej polityki cenowej. Upusty udzielane przez PKP Cargo odnoszą się bowiem do umów podobnych ze swej istoty, różnice polegają jedynie na wielkości ogólnej masy towarów zadeklarowanej do przewozów. Przedstawione przez PKP Cargo kryteria, służące ustalaniu upustów, jeżeli nie są podstawą ich ustalania na zbliżonym poziomie dla usług świadczonych w podobnych warunkach, nie mogą być uznane za kryteria obiektywne. Warunki cenowe oferowane przez PKP Cargo są bez uzasadnienia znacząco zróżnicowane, co świadczy o dowolności w działaniach PKP Cargo.

- przyznawanie przez PKP Cargo upustów o różnej wysokości na przewóz węgla powoduje, iż zapis art. 4 a pkt 1 ust. 3 ustawy *o zamówieniach publicznych* (przepis ten stanowi, iż do stosowania przepisów ustawy obowiązane są również podmioty nie wymienione w art. 4 tej ustawy, jeżeli udzielane przez nie zamówienie jest bezpośrednio związane z prowadzoną przez te podmioty działalnością polegającą na tworzeniu stałych sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, transportem, lub dystrybucją wody pitnej, energii elektrycznej, gazu albo energii cieplnej do takich sieci lub kierowaniem takimi sieciami) jest fikcją, bowiem cena węgla energetycznego w Polsce jest stała i jedynym znaczącym elementem różnicującym oferty dostaw, jest cena transportu.

- ze względu na posiadaną pozycję, PKP Cargo nie może dowolnie kształtować treści umów z kontrahentami, jeżeli wywiera to negatywny wpływ na stan konkurencji na rynku, na którym posiada pozycję, bądź na rynkach powiązanych. Margines swobody dominanta jest ograniczony zwłaszcza wówczas, gdy istnieje zagrożenie eliminowania konkurentów. Odstępstwa od jednolitego traktowania klientów dopuszczalne są wówczas, gdy istnieje uzasadnienie, zwłaszcza ekonomiczne (kosztowe), dla stosowania zróżnicowanych upustów.

2) narzucanie niektórym spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz ograniczania możliwości niezrealizowania przez kontrahenta przewozów poniżej i ponad określonego w harmonogramie przedziału procentowego:

- zdaniem Sped – Pro, obowiązek przedkładania harmonogramów, aczkolwiek zrozumiały, stwarza kontrahentom poważne trudności. Długofalowe planowanie (w grudniu konieczność tworzenia planów przewozowych na rok następny, z rozbiciem na kwartały oraz do 20 dnia każdego miesiąca na miesiąc następny), jest wyjątkowo trudne do zrealizowania. Istnieje bowiem wiele czynników, od których zależy realizacja przewozu, a na które kontrahent nie ma wpływu. Podmiot, który ma obowiązek tworzyć takie harmonogramy, jest w dużo gorszej sytuacji niż ten, który

takiego obowiązku nie ma. Wszystkie podmioty, dla których potrzeba przewozowa powstaje krótko przed terminem, będą korzystać z usług przedsiębiorcy, który harmonogramów nie musi sporządzać. Podobnie zareagują inni przedsiębiorcy. Jeżeli będą mogli skorzystać z usług podmiotów, które takich planów wymagają oraz podmiotów, które takich planów nie wymagają, wybiorą tych drugich;

- brak jest uzasadnienia w domaganiu się przez PKP Cargo wiążących harmonogramów, przygotowywanych nawet z kilkuletnim wyprzedzeniem,

- nieuzasadnione i stwarzające zróżnicowane warunki konkurencji jest nadanie w umowach z różnymi kontrahentami, różnej mocy wiążącej dla tych warunków. W niektórych umowach, pomimo wprowadzenia do nich harmonogramów przewozów, PKP Cargo nie przewidziało żadnych konsekwencji z tytułu ich niedotrzymania, bądź wprowadziła sankcje finansowe o zróżnicowanej dolegliwości.

- w stosunku do niektórych podmiotów, PKP Cargo ustaliło korzystniejsze, niż zaproponowane Sped-Pro, terminy składania harmonogramów – z rozbiciem na dekady. Również opóźnienie w złożeniu harmonogramów skutkuje obniżeniem upustu [tajemnica przedsiębiorstwa]. Niektóre podmioty nie mają zapisu o obniżeniu upustu, w przypadku niewykonania zadeklarowanej masy [tajemnica przedsiębiorstwa]. Pokazuje to całkowitą dowolność i uznaniowość w ustalaniu przez PKP Cargo kluczowych warunków umów,

- wprowadzenie do umów wieloletnich harmonogramów na okresy kilkuletnie, w powiązaniu z konsekwencjami finansowymi ich niedotrzymania, ogranicza możliwość rozwoju oraz powstania konkurencji na rynku przewozów towarów kolejną, na skutek niemożliwości dywersyfikowania zamówień przez kontrahentów PKP Cargo, związanych umowami wieloletnimi, wówczas gdy inni przewoźnicy zaczną oferować usługi przewozowe. Spółka ta uzyska zatem dodatkowe korzyści, jakich nie mogłaby oczekiwać w warunkach konkurencyjnych. W perspektywie powstania konkurencji na rynku, istnieje szansa na skorzystanie, w okresie obowiązywania umów wieloletnich, z korzystniejszych ofert konkurentów. Z uwagi na wiążące harmonogramy, będzie to niemożliwe.

- egzekwowanie przez PKP Cargo szczegółowych harmonogramów przewozów oddziałuje na dwa rynki: rynek spedycji (stwarza zobowiązania niemożliwe do wypełnienia przez spedytatorów działających na rynku konkurencyjnym oraz uniemożliwia spedytorom zabieganie o nowych kontrahentów i nowe zlecenia) oraz rynek przewozów (uniemożliwia poszukiwanie przez podmioty korzystające z usług PKP Cargo, na zasadach umów wieloletnich, innych ofert przedsiębiorców wchodzących na ten rynek),

- wielkości ogółem rocznych przewozów w Polsce towarów masowych, nie mogą znacząco się różnić, bowiem zapotrzebowanie gospodarki np. na węgiel (a więc i na jego przewóz), jest stosunkowo stabilne. Różnice mogą wynikać głównie z uwarunkowań klimatycznych. PKP Cargo jest zatem przygotowane do świadczenia tego typu usług przewozowych. Ewentualne zmiany dotyczą jedynie podmiotów korzystających z tych usług, a więc zawierających umowy z PKP Cargo.

3) uchylanie się od zawarcia umowy wieloletniej na przewóz węgla kamiennego:

- brak tej umowy jest równoznaczny z nieudzieleniem Sped – Pro przez PKP

Cargo upustów porównywalnych z uzyskiwanymi przez innych kontrahentów tej spółki. Przy dużym zróżnicowaniu upustów, nie jest możliwe opracowanie i przedkładanie przez Sped - Pro racjonalnych ofert potencjalnym odbiorcom;

- oferta kierowana przez Sped - Pro do odbiorców finalnych staje się zdecydowanie niekonkurencyjna w stosunku do ofert tych podmiotów, które takimi umowami dysponują lub ofert PKP Cargo. Ponadto, dla dużych odbiorców finalnych, jak np. elektrociepłowni, istotnym czynnikiem jest stabilność warunków kontraktowych w dłuższym horyzoncie czasowym. Nie mając zawartej umowy wieloletniej, Sped - Pro nie może skutecznie konkurować z tymi przedsiębiorcami, którzy taką umowę posiadają, lub z PKP Cargo. Zwlekając z zawarciem umowy wieloletniej, PKP Cargo w niedopuszczalny sposób oddziałuje na stan konkurencji na rynku usług spedycyjnych.

4) narzucanie w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo nie będzie realizować na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji odbiorczych i korzystających z nich odbiorców towarów:

- PKP Cargo, jako podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku, zobligowane jest do świadczenia usług przewozowych na zasadach niedyskryminacyjnych. Podmiot ten nie może oddziaływać na umowy zawierane przez jego kontrahentów z podmiotami trzecimi, ani ich kontrolować. Podmioty korzystające z usług przewozowych mają prawo wyboru usługodawców. Nie powinno dla nich stanowić ograniczenia w tym zakresie zawarcie przez PKP Cargo do obsługi określonej linii kolejowej, na zasadzie wyłączności, umowy z jednym tylko spedytorem. PKP Cargo wyłącza bowiem w ten sposób konkurencję. PKP Cargo w przypadku zawarcia ze Sped - Pro umowy o realizację przewozów do określonych stacji przeznaczenia i w przypadku niewywiązywania się przez Sped - Pro z zobowiązań umownych, dysponowałoby w stosunku do Sped - Pro stosownymi środkami o charakterze cywilnoprawnym,

- PKP Cargo próbuje przejąć rolę regulatora rynku, do czego nie jest uprawnione. Działanie takie w oczywisty sposób godzi w konkurencję.

2. Stanowisko PKP Cargo odnośnie przedstawionych przez Sped-Pro zarzutów.

Argumenty odnośnie zarzutów dotyczących przebiegu negocjacji z PKP Cargo:

- PKP Cargo działa na rynku usług przewozowych koleją i wykonuje przewozy koleją oraz wszystkie inne czynności związane z tym procesem. Wnioskodawca działa natomiast na tzw. pseudo rynku spedycyjnym. Jego działalność ogranicza się bowiem do pośrednictwa cenowego pomiędzy PKP Cargo, a gestorem ładunku (nadawcą lub odbiorcą), co kwalifikuje tę działalność wyłącznie jako działalność finansową,

- do 17 lipca 2002 r., tj. do dnia przyjęcia zmian do *Zasad sprzedaży usług przewozów towarowych* przez PKP Cargo, Zasady te nie regulowały świadczenia usług przewozowych z zastosowaniem umów wieloletnich. Usługi przewozowe świadczone były przy wykorzystaniu umów przewozu, zawieranych na zasadach ogólnych, w oparciu o Taryfę Towarową PKP Cargo S.A., Taryfę Międzynarodową,

Regulamin Przewozu Przesyłek Towarowych PKP Cargo S.A. oraz z zastosowaniem umów specjalnych,

- jedynymi umowami zawartymi na okres dłuższy niż 1 rok były umowy zawarte z bezpośrednimi odbiorcami węgla, jednak w związku z ujednoczeniem wzorów umów, z podmiotami tymi zawarte zostały umowy specjalne, do których przeniesiono warunki handlowe ustalone w umowach z 1999 r., a które miały obowiązywać przez okres 3 lat tj. do końca 2001 r. Umowy te były przedłużane następnie aneksami do 31 grudnia 2002 r. W stosunku do pozostałych klientów warunki były takie same,

- PKP Cargo zakwestionowało posiadanie pozycji dominującej na rynku usług spedycyjnych. Spółka ta podniosła w szczególności, iż nie posiada wpływu na zarządzanie takimi spółkami [tajemnica przedsiębiorstwa],

- wielkość przyznanego Sped – Pro upustu na przewóz węgla w 2002 r., w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa], odpowiadała kryterium wielkości dokonanych w roku poprzednim przewozów. Oprócz tego, wnioskodawca otrzymał upust sezonowy, a więc łączny upust dla tego klienta wyniósł [tajemnica przedsiębiorstwa]. Wielkości te zgodne były z zasadami, według których przy przewozach węgla kamiennego powyżej [tajemnica przedsiębiorstwa], upust podstawowy wynosił [tajemnica przedsiębiorstwa], a upust dodatkowy w sezonie letnim [tajemnica przedsiębiorstwa]. W rozpatrywanym okresie na rynku przewozów węgla kamiennego inni kontrahenci PKP Cargo S.A., którzy opłacali przewozy w znacznie wyższym zakresie niż Sped – Pro, również nie otrzymali większych upustów. Wyższe upusty miały jedynie elektrownie i elektrociepłownie, z którymi wiązały PKP Cargo umowy zawarte na bazie umów z 1999 r.,

- Sped – Pro, po otrzymaniu oferty negocjacyjnej w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] upustu od Taryfy Towarowej PKP Cargo, odstąpiło od dalszych negocjacji,

- Sped – Pro, jak i niektórzy inni spedytorzy, ogranicza swoją działalność jedynie do pośrednictwa cenowego, nie pełniąc natomiast na rzecz swoich klientów żadnych innych czynności spedycyjnych, tj. nadawania przesyłki do przewozu, odbierania przesyłki, zapewnienia obsługi logistycznej. Rola Sped-Pro polega na pośrednictwie cenowym pomiędzy przewoźnikami (PKP Cargo), a przedsiębiorcami. Działalność Sped-Pro sprowadza się więc do oferowania klientom, na podstawie umów podpisanych z PKP Cargo, niższych cen, niż oferowane bezpośrednio przez przewoźnika. Działalność spedytorów ogranicza się zatem do przechwytywania części upustów i nie wykonywania innych czynności spedycyjnych. W związku z tym, klienci finalni często wybierają ofertę PKP Cargo, a nie takich spedytorów. [tajemnica przedsiębiorstwa],

- PKP Cargo nie przeciągło negocjacji ze Sped – PRO, w celu przejęcia klientów tej spółki. Spółka ta prowadziła negocjacje z tymi firmami znacznie wcześniej. Z niektórymi podmiotami rozmowy toczyły się od 2001 roku. PKP Cargo dysponuje również danymi, co do podmiotów na rzecz których dokonuje przewozu, jak i przewożonych przesyłek. Niesłuszny jest więc zarzut, iż PKP Cargo przeciągało negocjacje w celu rozpoznania kontrahentów wnioskodawcy i przejęcia jego kontraktów. Źródłem informacji dla PKP Cargo są listy przewozowe, nie zaś informacje podane przez wnioskodawcę,

- Sped – Pro zawarło umowę specjalną, na podstawie której może opłacać

należności przewozowe w dowolnej relacji przewozowej (umowa ta dotyczy węgla kamiennego). PKP Cargo wyrażało wolę zawarcia umowy wieloletniej, jednakże w relacjach, co do których nie była jeszcze związane prowadzonymi negocjacjami. Podmiot ten nie mógł bowiem rozpocząć równoległych negocjacji na temat zakontraktowania tej samej masy przewozów węgla kamiennego, która była już przedmiotem rozpoczętych wcześniej rozmów,

- zdaniem PKP Cargo, rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie nie jest rynek przewozów koleją. Wnioskodawca jest bowiem pośrednikiem cenowym, a oferowane przez niego przewozy, świadczone są w rzeczywistości przez PKP Cargo. W ocenie PKP Cargo, przyjmując stanowisko Sped-Pro, dochodziłoby do sytuacji, w której PKP Cargo nie miałoby możliwości zawarcia umowy bezpośrednio z przedsiębiorcą posiadającym gestię transportową, będąc zmuszonym do działania za pośrednictwem quasispedytora, który dodatkowo wymuszałby mu przyznawanie nierealnych upustów. Wnioskodawca nie jest konkurencją dla spedytorów działających na rynku przewozów towarów koleją, oferowane przez nich usługi nie są bowiem usługami w zakresie spedycji. Podmiot ten nie jest również konkurencją dla PKP Cargo S.A., nie posiada bowiem potencjału przewozowego i nie realizuje przewozów. Oferuje on usługi, które polegają wyłącznie na udzielaniu upustów od cen określonych w Taryfie Towarowej PKP Cargo,

- PKP Cargo nie dyskryminuje i nie faworyzuje żadnej grupy przedsiębiorców, a warunki handlowe ustalane są w trakcie negocjacji, przy całkowitym poszanowaniu zasady swobody umów oraz dobrych zwyczajów kupieckich.

- brak jest w przedmiotowej sprawie naruszenia interesu publicznego, gdyż działania PKP Cargo nie mają charakteru powszechnego i dotyczą sfery interesów tylko jednego przedsiębiorcy,

- inne rodzaje transportu, w tym zwłaszcza rynek przewozów samochodowych, są substytutem rynku przewozów towarów koleją. Na rynku przewozów koleją konkurują ze sobą wszystkie rodzaje transportu, których zdaniem jest przemieszczenie ładunków. Na rynku przewozów towarów rozróżnić można takie rodzaje transportu jak: samochodowy, kolejowy, wodny (śródlądowy i przybrzeżny), rurociągowy, morski i lotniczy. Największy udział w przewozie ładunków ma transport samochodowy (76,85 %). Transport kolejowy ma udział na poziomie 17,09 %. Udział ten nie daje podstaw do zarzucania PKP Cargo S.A. nadużywania pozycji dominującej.

Argumenty odnoszące się do zarzutów dotyczących poszczególnych praktyk ograniczających konkurencję:

1) przyznawanie w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów:

- wysokość upustów podlega negocjacji, przy zachowaniu szeregu kryteriów. Kryteria, na podstawie których PKP Cargo oblicza konkretne upusty, są powszechnie znane. Wobec tego, nieuzasadnione jest twierdzenie, iż PKP Cargo nie wprowadziło jasnych, klarownych i powszechnie znanych zasad przyznawania upustów. Przy

obliczaniu wysokości upustów, zawsze są brane pod uwagę te kryteria;

- świadczenie usług przez PKP Cargo odbywa się często w całkowicie odmiennych sytuacjach ekonomicznych i w stosunku do różnych podmiotów (spedytor, quasi-spedytor, kopalnia). W związku z tym, wobec różnych podmiotów inne jest uzasadnienie uzgodnionych warunków umów. Każda umowa niesie ze sobą różne skutki ekonomiczne dla stron, jak również odmienne ryzyko związane z prawdopodobieństwem jej niewykonania. Dlatego też nie można rozpatrywać poziomu cen wyłącznie w oparciu o tożsamość przedmiotu usług, lecz należy brać pod uwagę wszystkie warunki umowne oraz podmiot, z którym taka umowa jest zawierana. Nie można mówić o dyskryminacji, czy podobnym charakterze cen w przypadku, gdy możliwości gospodarcze, sytuacja ekonomiczna poszczególnych kontrahentów oraz pewność wykonania zobowiązania, jest diametralnie różna. Jednak kryteria udzielania upustów są tożsame w stosunku do każdego z kontrahentów PKP Cargo. PKP Cargo nie różnicuje zatem warunków umów wieloletnich, ze względu na podmiot, lecz sytuację w której się on znajduje, przede wszystkim ze względu na jego wiarygodność kontraktową i gospodarczą. Sytuacja ekonomiczna oraz faktyczna każdego z kontrahentów jest inna i z tego powodu zróżnicowana jest wysokość upustów;

- przedstawione przez Sped – Pro dane do umowy wieloletniej, w szczególności dotyczące ilości stacji przeznaczenia (wykaz prawie wszystkich stacji na sieci PKP) uniemożliwiają obniżenie kosztów przewozu towarów objętych umową. Wynika to z faktu, iż przewozy węgla miałyby odbywać się w [tajemnica przedsiębiorstwa] relacjach przewozowych, co przy średniorocznej, deklarowanej masie do przewozu w latach 2004 – 2007 r. w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] ton daje średnio [tajemnica przedsiębiorstwa] tony do przewozu w każdej relacji, czyli dużo poniżej normatywnej ładowności wagonu do przewozu węgla (która wynosi od 55 do 58 ton).

2) narzucanie niektórym spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz ograniczania możliwości niezrealizowania przez kontrahenta przewozów poniżej i ponad określonego w harmonogramie przedziału procentowego:

- obowiązek przedstawienia harmonogramów planowanych przewozów (zestawień kwartalnych i miesięcznych planów przewozów) dotyczy wszystkich klientów PKP Cargo, z którymi zawierane są umowy wieloletnie. Ten element umowy ma charakter materialnotechniczny i zapewnia prawidłową relację umowy wieloletniej. Zawieranie niekiedy w umowach wieloletnich procentowe odstępstwa od wielkości ujętych w harmonogramie przewozów, ustalane są wyłącznie w drodze negocjacji stron, z uwzględnieniem interesów zarówno klienta, jak i przewoźnika. W przypadku każdej z umów wieloletnich, różne mogą być warunki umowne dotyczące np. konsekwencji nieprzedstawienia, bądź nieprzestrzegania harmonogramu przewozów. Brak jest tutaj sztywnej reguły. Powszechność zasad przedstawiania harmonogramów oraz negocjowany zakres odstępstw od niego, eliminuje zarzut stosowania niejednorodnych warunków umów;

- postanowienia określające procentową dopuszczalność przekroczenia deklarowanych mas towarów zabezpieczają interesy PKP Cargo w sytuacji, gdy kontrahent nie wykona zobowiązań wynikających z umowy. Zapewnienie wykonania

umowy wieloletniej pociąga konieczność dokonania szeregu czynności technicznych i jest procesem złożonym. Jednym z głównych elementów tego procesu jest rezerwacja taboru kolejowego oraz torów na wskazanych w umowie relacjach przewozowych. Czynności te wiążą się z wysokimi kosztami. W momencie, gdy kontrahent nie wykonuje zobowiązań umownych i nie zleca deklarowanej wcześniej masy towarów, PKP Cargo ponosi straty powodowane koniecznością opłacenia zamówionych, a nie wykorzystanych środków transportu.

- wiążące harmonogramy przewozów nie są ustalane z kilkuletnim wyprzedzeniem. Harmonogramy przewozów sporządzane są na okresy miesięczne, natomiast na okresy roczne, a nie kilkuletnie, przygotowywane są zestawienia roczno-kwartalne;

- stosowanie harmonogramów spowodowane jest koniecznością dokonywania rezerwacji linii w PLK S.A. i związanych z tym zobowiązań PKP Cargo S.A. oraz racjonalnego zarządzania parkami wagonów i lokomotyw.

3) uchylanie się od zawarcia umowy wieloletniej na przewóz węgla kamiennego:

- PKP Cargo wyrażało wolę zawarcia umowy wieloletniej, jednakże w relacjach, co do których nie było jeszcze związane prowadzonymi negocjacjami. Spółka ta nie mogła bowiem rozpocząć równoległych negocjacji na temat zakontraktowania tej samej masy przewozów węgla kamiennego, która była już przedmiotem rozpoczętych wcześniej rozmów.

- nieprzystąpienie przez Sped – Pro do negocjacji może być spowodowane faktem, iż [tajemnica przedsiębiorstwa]

4) narzucanie w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo nie będzie realizować na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji odbiorczych i korzystających z nich odbiorców towarów:

- w przypadku podmiotów nie posiadających gestii transportowej (możliwości decydowania o wyborze środka transportu określonej przesyłki), prawdopodobieństwo niewykonania umowy jest większe, niż w przypadku podmiotów, które taką gestią posiadają. Okoliczność ta stanowi kryterium przy ustalaniu wiarygodności kontrahenta tj. czy zakontraktowane przewozy rzeczywiście zostaną zlecone. Dany towar w określonej relacji może być przewieziony tylko raz. W sytuacji, gdy dany nadawca lub odbiorca jest już kontrahentem PKP Cargo, co do całości zleczanych przez siebie przewozów, oczywiste jest, iż klient, który deklaruje w celu przygotowania umowy wieloletniej do przewozu w tej samej relacji tą samą masę towarów, jest mało wiarygodny. Każdy z kontrahentów PKP Cargo, który deklarowałby przewozy, co do których nie ma gestii transportowej, a które to przewozy realizowane byłyby przez inne podmioty, uznany by został za mało wiarygodny. W przypadku niewywiązywania się przez kontrahenta z umowy, oznaczałoby to zablokowanie potencjału przewozowego koniecznego do wykonywania innych umów. Szkoda powstała w związku z niewykonaniem umowy nie mogłaby natomiast być zrekompensowana (w przypadku quasispedytorów, głównie ze względu na brak realnego majątku takiego przedsiębiorcy). Wykonanie umowy wieloletniej przez PKP Cargo pociąga za sobą

natomiast konieczność dokonania szeregu czynności technicznych (m.in. rezerwacji taboru kolejowego oraz torów na wskazanych w umowie relacjach przewozowych.) Czynności te wiążą się z wysokimi kosztami. W momencie niewykonania zobowiązań umownych i nie zlecenia deklarowanej wcześniej masy towarów, PKP Cargo ponosi straty spowodowane koniecznością opłacenia zmówionych, a nie wykorzystanych środków służących przy przewozach,

- brak jest w działaniu PKP Cargo uciążliwości, bowiem mało prawdopodobne jest, aby kontrahenci posiadający gestię transportową i mający zawarte z PKP Cargo umowy, zawarli takie umowy z pośrednikiem cenowym. Brak jest również korzyści, bowiem nie zmienia się wielkość uzyskanych przez PKP Cargo upustów, ani wolumen przewozów.

IV. Stanowisko Prezesa UOKiK odnośnie podniesionych zarzutów.

1. Kryterium oceny materiału dowodowego przyjęte w przedmiotowej sprawie.

Analizując informacje zebrane w prowadzonym postępowaniu, Prezes UOKiK miał na uwadze brzmienie odpowiednich przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, dotychczasowe orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wcześniej Sądu Antymonopolowego) oraz Sądu Najwyższego, wydane na gruncie ww. ustawy, a także głosy przedstawicieli doktryny.

Jednocześnie Prezes UOKiK uznał, iż dla właściwej oceny podniesionych zarzutów, uzasadnione jest także odesłanie do orzecznictwa zapadłego na gruncie prawa wspólnotowego. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, iż w chwili obecnej polskie prawo antymonopolowe jest w pełni zharmonizowane z prawem antymonopolowym Unii Europejskiej. Działania przedsiębiorców podobne do kwestionowanych były oceniane także na gruncie art. 81-82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)¹⁴. Orzecznictwa powstałego na tym gruncie nie można co prawda zastosować w niniejszej sprawie wprost, z uwagi na fakt, iż nie ma ona wymiaru wspólnotowego i nie jest w związku z tym analizowana pod kątem naruszenia ww. artykułów TWE. Jednakże należy podkreślić, iż jedyną różnicą w charakterze oceny spraw o wymiarze wspólnotowym i spraw rozpatrywanych na gruncie prawa polskiego, jest tylko zasięg terytorialny ich obowiązywania. Stanowisko Komisji Europejskiej oraz organów sądowych Unii Europejskiej (Sądu I Instancji i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości) odnośnie zakazanych warunków umownych, pozostają w pełni aktualne w ocenie przedmiotowej sprawy.

2. Warunki umów dotyczące przyznawania upustów oraz warunki związane z dostarczaniem harmonogramów przewozów, zawarte przez PKP Cargo w umowach wieloletnich znajdujących się w materiale dowodowym zebrany w trakcie prowadzonego postępowania antymonopolowego.

¹⁴ Traktat Rzymski z dnia 25 marca 1957 r. ustanawiającego Wspólnotę Europejską; OJ C 325 z 24 grudnia 2002 r.

2.1. Kryteria przyznawania upustów i wysokość upustów udzielona przez PKP Cargo w ramach umów wieloletnich.

Przy zawieraniu umów wieloletnich PKP Cargo udziela upustów od stawek podstawowych, którymi są stawki opłat wynikające z Taryfy Towarowej PKP Cargo (zazwyczaj PKP Cargo rokrocznie zmienia Taryfę Towarową. W latach 2002, 2003 oraz 2004 r. obowiązywały różne Taryfy Towarowe PKP Cargo). Kryteria ustalania upustów, jak wynika z pisma PKP Cargo z dnia 1 października 2003 r., w przypadku umów wieloletnich, zależą od rodzaju przewożonego towaru. Dla węgla kamiennego za takie kryteria PKP Cargo uznaje:

- szacunkową odległość przewozu ze stacji kopalnianych oraz zakładów przerobczych do zakładu klienta,
- roczną masę deklarowaną do przewozu w ramach umowy wieloletniej,
- czas trwania umowy,
- organizację przewozów (przesyłki całopociągowe i wagonowe),
- podatność klienta na przewozy realizowane przez transport samochodowy,
- podatność klienta na przewozy realizowane przez żeglugę śródlądową,
- zagrożenie zmiany kierunku dostaw paliw stałych z kierunku krajowego na import,
- posiadanie gestii transportowej z możliwością oferowania zakładu odbiorcy łącznej ceny towaru i usługi przewozowej,
- wykorzystanie do przewozów niepracujących serii wagonów.

Dla węgla kamiennego koksującego oraz koksu, kryteriami ustalania upustów są natomiast:

- szacunkowa odległość przewozu ze stacji kopalnianych oraz zakładów przerobczych do zakładu klienta,
- roczna masa deklarowana do przewozu w ramach umowy wieloletniej,
- czas trwania umowy,
- organizacja przewozów (przesyłki całopociągowe i wagonowe),
- podatność klienta na przewozy realizowane przez transport samochodowy.

Z „Zasad sprzedaży PKP Cargo na 2003 r.” wynika natomiast, iż przy zawieraniu umów wieloletnich ceny i inne warunki handlowe dla przewozów towarów w poszczególnych relacjach będą określane w drodze negocjacji, przy uwzględnieniu następujących czynników:

- wielkości masy towaru (pozycji NHM) lub ilości Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI, którą klient zleca do przewozu w przyjętych okresach rozliczeniowych, w określonych przez klienta relacjach,
- możliwości przekazania przez klienta do przewozu przez PKP Cargo ładunków z innych środków transportu,
- wdrożenie wspólnie z klientem organizacji zmniejszającej koszty przewozów,
- powierzenie PKP cargo kompleksowej obsługi przewozów,

- innych, wynikających z uwarunkowań rynkowych.

Poniżej przedstawiono upusty od Taryfy Towarowej PKP Cargo, jakie otrzymały wybrane podmioty na przewóz węgla kamiennego:

[tajemnica przedsiębiorstwa]

Jak wynika z powyższego, udzielanie upustów przez PKP Cargo nie jest powiązane z przewożoną przez kontrahentów masą towarową. Uzasadniając powyższe należy w szczególności wskazać, iż np. [tajemnica przedsiębiorstwa] otrzymała upust w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] %, przy przewozach rzędu [tajemnica przedsiębiorstwa] ton, [tajemnica przedsiębiorstwa] otrzymała upust w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] %, przy przewozach wielkości [tajemnica przedsiębiorstwa] ton, natomiast [tajemnica przedsiębiorstwa] otrzymały upust w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] % przy przewozach wielkości [tajemnica przedsiębiorstwa] ton.

2.2. Warunki związane z dostarczaniem harmonogramów przewozów, zawarte przez PKP Cargo w umowach wieloletnich.

Jak już wspomniano, z podpisywanych przez PKP Cargo umów wieloletnich wynika, iż spółka ta w celu sprawnej organizacji przewozów żąda od swoich kontrahentów:

- dostarczania zestawień roczno – kwartalnego planu przewozów na rok następny, w formie określonej załącznikiem do umowy wieloletniej,
- dostarczania miesięcznych harmonogramów przewozów na miesiąc następny, w formie określonej załącznikiem do umowy wieloletniej.

Poniżej przedstawiono warunki obowiązujące w umowach z wybranymi kontrahentami PKP Cargo, związane z koniecznością przedstawiania harmonogramów przewozów:

[tajemnica przedsiębiorstwa]

Jak wynika z powyższego, warunki umów związane z dostarczaniem harmonogramów przewozów, zawarte przez PKP Cargo w umowach wieloletnich są zróżnicowane w stosunku do różnych podmiotów. Niektóre umowy przewidują konieczność zrealizowania [tajemnica przedsiębiorstwa] % zadeklarowanych przewozów, niektóre natomiast nie. Również nie wszystkie umowy dopuszczają możliwość zmiany masy towarów deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach. Różne są także terminy dostarczania rocznego zestawienia planu przewozów na rok następny oraz miesięcznych harmonogramów przewozów na miesiąc następny.

3. *Analiza i ocena poszczególnych zarzutów dokonana przez Prezesa UOKiK.*

1) **przyznawanie w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów (pkt I sentencji decyzji)**

Działania PKP Cargo w świetle art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiącego, iż nadużywaniem pozycji dominującej jest stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji.

W ocenie organu antymonopolowego, ww. działania PKP Cargo spełniają przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Uzasadniając powyższe należy wskazać przede wszystkim, iż już same kryteria, w oparciu o które PKP Cargo udziela upusty na przewozy węgla, są w znacznej części nieobiektywne. W szczególności dotyczy to takich zapisów jak:

- podatność klienta na przewozy realizowane przez transport samochodowy,
- podatność klienta na przewozy realizowane przez żeglugę śródlądową,
- zagrożenie zmiany kierunku dostaw paliw stałych z kierunku krajowego na import.

Innym czynnikiem branym pod uwagę przez PKP Cargo przy udzielaniu upustów, jest czas trwania umowy. Stosowanie tego kryterium może być jednak również nieobiektywne, bowiem nie istnieją żadne zasady odzwierciedlające, w jakim stopniu czas obowiązywania umowy wpływa na wysokość upustu. Poza tym, stosowanie takiego kryterium nie jest uzasadnione kosztami ponoszonymi przez PKP Cargo.

Czynnikiem, na który powołuje się PKP Cargo przy ustalaniu wysokości upustów, jest również organizacja przewozów (przesyłki całopociągowe, przesyłki wagonowe). W tym miejscu należy wskazać, iż różnice w cenach, wynikające z podziału na przesyłki całopociągowe i wagonowe, uwzględnione są w taryfie Towarowej PKP Cargo. W związku z tym, już na podstawie tego dokumentu, podmiot na którego rzecz realizowane są przewozy w przesyłkach całopociągowych, uzyska niższe ceny, niż podmiot korzystający z innego rodzaju przewozów. W tej sytuacji, ponowne wykorzystywanie tego czynnika do ustalania upustów, może być nieobiektywne, ponieważ przed realizacją przewozów, nie można stwierdzić, w jaki sposób nastąpią realizacja przewozów (w jakim stopniu zostaną wykorzystane przewozy całopociągowe, a w jakim stopniu inne sposoby przewożenia towarów).

Pomimo zatem, iż kryteria ustalania upustów są jednolite dla wszystkich podmiotów, co podniosło PKP Cargo, to jednak brak jest przejrzystych reguł, zapewniających sytuację, w której poszczególne kryteria uwzględniane byłyby w

takim samym stopniu dla wszystkich kontrahentów PKP Cargo. Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 8 marca 2003 r. sygn. Akt XVII Ama 61/99 jednoznacznie wypowiedział się natomiast, iż stanowi praktykę monopolistyczną dostawcy wody różnicowanie sytuacji wspólnot mieszkaniowych, bez podania w tym względzie jednolitych i czytelnych kryteriów. Również w wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 3 czerwca 1998 r. sygn. akt XVII Ama 7/98, Sąd ten zanegował stosowanie systemu punktacji, który w jego ocenie był dowolny. Sąd ten stwierdził, iż „brak jest bowiem kryteriów od spełnienia których należy przyznanie dealerowi konkretnej ilości punktów. Pozwala to „D” na zbyt daleką uznaniowość i dowolność w kwalifikowaniu zgłaszających się do współpracy dealerów do grupy „A”, z czym wiąże się uzyskanie dodatkowych korzyści. Zdaniem Sądu, opisany system jest nieczytelny i przynajmniej potencjalnie stwarza możliwość niedopuszczenia części przedsiębiorców do grupy „A”. Tym samym utrudnia im wejście lub utrzymanie dotychczas zajmowanej pozycji na rynku”.

W tym miejscu można również wskazać na decyzję Komisji Europejskiej w sprawie *Michelin*, podtrzymaną następnie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS). Zdaniem Komisji, ustalony system rabatów musi być jasno potwierdzony dla każdego dealera, kiedy umowa sprzedaży jest prezentowana i zatwierdzana. W wyżej wymienionym orzeczeniu stwierdzono m.in., iż brak przejrzystości (transparentności) w systemie przyznawania upustów jest czynnikiem, sprawiającym, iż stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej jest bardziej prawdopodobne¹⁵.

Konkludując, należy zatem stwierdzić, iż już same czynniki brane pod uwagę przez PKP Cargo przy ustalaniu wysokości upustów, są w dużej mierze subiektywne. Sprawiają one, iż wysokość przyznanych przez PKP Cargo upustów, zależy od subiektywnej oceny tego podmiotu. Powoduje to z kolei, że podmioty korzystające z identycznej wartości usług przewozowych PKP Cargo (biorąc pod uwagę ilość towarów zleconych do przewozu i odległość, na jaką jest dokonywany przewóz), mogą otrzymać upusty w różnej wysokości.

Podzielić należy zatem pogląd wnioskodawcy, iż PKP Cargo nie posiada jasnych, transparentnych reguł, które dawałyby jego kontrahentom pewność, iż w sytuacji skorzystania z usług przewozowych o określonej wartości, przysługuje również upust w ściśle określonej wysokości. Z drugiej strony, jak przyznaje PKP Cargo, ostateczna wysokość upustów i tak ustalana jest w trakcie negocjacji. Powoduje to w oczywisty sposób, iż udzielane przez PKP Cargo upusty, mogą nie być obiektywnie uzasadnione wartością zrealizowanych przewozów. To z kolei rodzi przypadki, w których kontrahenci PKP Cargo, korzystający z usług przewozowych towarów o zbliżonej wartości, otrzymują upusty w różnej wysokości, nie odzwierciedlające ponoszonych przez przewoźnika nakładów.

W dotychczasowych wypowiedziach przedstawicieli doktryny oraz orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK, dawniej Sądu Antymonopolowego), również podnoszono wielokrotnie, iż podmiot o pozycji

¹⁵ Richard Whish, *Competition Law. Fifth Edition* wyd. Lexis Nexis str. 700; również OJ[1981] L353/33, [1982] 1 CMLR 643, 322/81 [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282.

dominującej na rynku, powinien zasadniczo stosować takie same ceny, w stosunku do wszystkich swoich kontrahentów. Różnicowanie cen musi mieć uzasadnienie ekonomiczne, w szczególności wynikać z kosztów sprzedaży lub dostawy towarów (usług). Różnicowanie cen może mieć wprawdzie miejsce, jednak jego kryteria powinny być jednolite i dostępne dla wszystkich kontrahentów.¹⁶ A zatem różnicowanie cen może mieć miejsce wtedy, kiedy istnieją obiektywne powody uzasadniające stosowanie przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą różnych cen wobec różnych kontrahentów.

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

Jak wynika z informacji przekazanych przez Sped – Pro, PKP Cargo w piśmie z dnia 27 grudnia 2002 r. zaoferowało Sped – Pro upusty w ramach umowy wieloletniej na węgiel kamienny, w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa]. Poinformowało jednocześnie, iż mogą zostać udzielone dodatkowe upusty, na podstawie następujących kryteriów tj.:

- rezygnacja odbiorcy usług z korzystania z innych przewoźników kolejowych,
- przejęcie przewozów realizowanych transportem samochodowym,
- powierzenie PKP Cargo S.A. kompleksowej obsługi przewozów - powierzenie obsługi bocznic,
- okres obowiązywania umowy,
- wdrożenie wspólnie z klientem organizacji zmniejszającej koszty przewozów - organizacja przewozów wyłącznie w przesyłkach całopociągowych.

Deklarowane przez Sped – Pro wielkości przewozu, w oparciu o które udzielone zostały upusty w 2003 r., to [tajemnica przedsiębiorstwa]. W propozycji umowy przedstawionej Sped – Pro, pismem z dnia 27 lutego 2003 r., PKP Cargo zaoferowało upust na przewozy węgla kamiennego w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa], przy deklarowanej wielkości przewozu [tajemnica przedsiębiorstwa].

Przyznane przez PKP Cargo upusty innym podmiotom przedstawia poniższa tabela.

[tajemnica przedsiębiorstwa]

Jak widać z powyższego zestawienia, przyznawanie upustów przez PKP Cargo jest w dużej mierze uznaniowe. Podmioty o porównywalnych wielkościach przewozów, otrzymały upusty w znacznie różniących się wysokościach, lub też podmioty o zróżnicowanej wielkości przewożonej masy towarowej, otrzymały upusty na zbliżonym poziomie. W umowach brak jest również odniesienia do obiektywnie weryfikowalnych danych, które uzasadniałyby różnicowanie wysokości upustów. Takim obiektywnym czynnikiem mogłaby być wielkość obrotu, obliczona na podstawie masy towarów i odległości na jaką masa ta miałaby być przewieziona. Brak odniesienia do ww. czynnika sprawia, iż upusty nie są przyznawane proporcjonalnie

¹⁶ S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz C.H. Beck Warszawa 1996 str. 127.

do zrealizowanych przez te podmioty obrotów.

Nie można w tym miejscu również zgodzić się z twierdzeniem prezentowanym przez PKP Cargo, iż wysokość upustów powinna zależeć w polityce handlowej prowadzonej przez PKP Cargo, od rodzaju podmiotu, z jakim zawierana jest umowa wieloletnia (spedytor, elektrownia). W ocenie organu antymonopolowego, takiego stanowiska nie można uznać za uzasadnione. Podkreślenia wymaga fakt, iż przedmiotem wszystkich umów zawieranych przez PKP Cargo jest świadczenie usług przewozowych. Przedmiot ten jest taki sam, bez względu na to, czy usługi te świadczone są spedytorowi, czy elektrowni lub elektrociepłowni. Równie dobrze, PKP Cargo mogłoby bowiem różnicować także ceny za usługi przewozowe w Taryfie Towarowej, w zależności od grupy podmiotów. Oczywiście, byłoby to działanie nieracjonalne, bowiem dla przewoźnika nie powinno mieć znaczenia, dla jakiego rodzaju podmiotu świadczy on swoje usługi przewozowe. Zaliczenia usługobiorcy do konkretnej grupy podmiotów, nie ma bowiem związku z kosztami świadczenia tych usług. Z tych powodów, uzasadnianie możliwości różnicowania upustów w zależności od przynależności odbiorcy do poszczególnej grupy podmiotów, należy uznać za nieuzasadnione.

Nie są zasadne powołane wcześniej argumenty PKP Cargo, uzasadniające zróżnicowane traktowanie Sped-Pro i niektórych innych spedytorów, z uwagi m.in. na fakt, iż podmioty te ograniczają swoją działalność jedynie do pośrednictwa cenowego, nie pełniąc na rzecz swoich klientów żadnych innych czynności spedycyjnych. Kwestia ta pozostaje bez żadnego związku z problemem traktowania ww. podmiotów przez PKP Cargo. Fakt, iż klienci Sped-Pro i podobnych mu podmiotów, korzystają z ich usług, świadczy o zapotrzebowaniu na tego typu działalność. Gdyby klienci chcieli, oprócz uzyskanych usług, otrzymać jeszcze dodatkowe świadczenia, nie oferowane im w podpisanych kontraktach, na pewno zmieniliby swoich kontrahentów. Ale tylko oni mają prawo do podjęcia takiego kroku, natomiast nikt inny nie może za nich decydować o wyborze ich kontrahentów, również PKP Cargo.

Nie jest także uzasadnieniem praktykowanego przez PKP Cargo różnicowania klientów, powoływanie się na ryzyko ekonomiczne związane z prawdopodobieństwem niewykonania umowy. PKP Cargo ma prawo do stosowania, czy też wymagania od kontrahentów, dozwolonych prawem środków zabezpieczających używanych w obrocie handlowym, jak np. gwarancje bankowe, ubezpieczenie działalności itp., jednakże na jednolitych zasadach wobec wszystkich swoich kontrahentów. Stosowanie zabezpieczeń skonstruowanych o takie kryteria uwzględniałoby z jednej strony ryzyko ekonomiczne PKP Cargo, jednocześnie gwarantując równe traktowanie jego kontrahentów. PKP Cargo nie może jednak zastępować tych obiektywnych instrumentów niczym nieweryfikowalną i subiektywną oceną wiarygodności gospodarczej przedsiębiorców. Ze stanowiska przedstawionego przez PKP Cargo można wnioskować, iż podmiot ten oferuje lepsze warunki umów przedsiębiorcom o stabilnej pozycji rynkowej, a dyskryminuje nowych, czy też słabych ekonomicznie, co potwierdza tylko słuszność postawionego zarzutu o stosowaniu praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej, poprzez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji.

Uznanie za słuszne kwestionowania przez PKP Cargo prawa Sped-Pro i

podobnych mu podmiotów do korzystania z ofert upustów cenowych na prawach równych z innymi kontrahentami, poddałoby w wątpliwość sens istnienia wielu funkcjonujących w obrocie gospodarczym umów. Faktem powszechnie znanym jest to, że w wielu dziedzinach gospodarki na arenie krajowej, jak i międzynarodowej, istnieją pośrednicy, w postaci spółek prawa handlowego, czy też osób fizycznych, którzy zajmują się realizacją kontraktów, czerpiąc zyski m.in. ze względu na otrzymanie korzystniejszych upustów, czy też wykorzystując efekt skali na skutek zebrania dużego portfela zamówień, umożliwiając im negocjacje cenowe. Jeżeli PKP Cargo stworzyło system umożliwiający uzyskanie większych upustów za zlecenie większej ilości towarów (teoretycznie, bo praktyka wykazuje w tym zakresie nieprawidłowości, co wykazano w decyzji), to nie powinno kwestionować faktu wykorzystywania tej możliwości przez przedsiębiorców. I nie chodzi tu tylko o spedytatorów, czy jak ich nazywa PKP Cargo – quasispedytatorów. Taka sama sytuacja mogłaby powstać, gdyby np. dotychczasowi odbiorcy usług – kopalnie, czy elektrownie, powołały jeden podmiot w celu negocjacji kontraktu z PKP Cargo, żądając proporcjonalnie większych upustów z racji zaoferowanych większych mas towaru do przewozu. W takiej sytuacji powołany podmiot również byłby tylko i wyłącznie pośrednikiem finansowym, nie świadczącym żadnych innych usług na rzecz swoich klientów. Wykupując jednak taką samą usługę, jak reszta kontrahentów PKP Cargo, musiałby być on traktowany na tych samych zasadach, jak oni.

W wyroku z dnia 13 marca 2002 r. sygn. akt XVII Ama 23/01 Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż stosowanie niejednorodnych cen z tytułu najmu nie świadczy jeszcze o stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję. Różne traktowanie odbiorców może być bowiem uzasadnione (...) ponoszonymi przez przedsiębiorstwo nakładami (...). W ocenie organu antymonopolowego stosowane przez PKP Cargo różnicowanie upustów, nie spełnia jednakże tych kryteriów. Umowy wieloletnie - w ramach których przyznawane są upusty - zawierają generalnie standardowe postanowienia i nie różnią się w istotny sposób od siebie, w szczególności nie ma istotnego zróżnicowania w obowiązkach, jakie muszą wypełnić poszczególne podmioty w stosunku do PKP Cargo (bez względu na to czy jest to spedytator, elektrownia czy elektrociepłownia) oraz, co zostało już wcześniej podkreślone, przedmiotem wszystkich umów jest świadczenie usług przewozowych. A zatem, zdaniem organu antymonopolowego, brak jest racjonalnych przesłanek do różnicowania wysokości upustów z tego tytułu. A przynajmniej takie przesłanki nie zostały przedstawione przez PKP Cargo w trakcie prowadzonego postępowania.

Dodatkowo należy także wskazać, iż z zebranych przez Urząd materiałów wynika również, iż obniżanie upustów w sytuacji niewywiązywania się z określonych warunków umów wieloletnich, jest niejednorodne. Obniżanie upustów wpływa natomiast w oczywisty sposób na ostateczną wysokość upustów.

[tajemnica przedsiębiorstwa], w przypadku niewywiązywania się z warunków umownych związanych z przedstawianiem harmonogramów, ma upust obniżony o [tajemnica przedsiębiorstwa] % w stosunku do otrzymanego, natomiast np. [tajemnica przedsiębiorstwa] ma upust obniżony do [tajemnica przedsiębiorstwa]. Ponadto, PKP

Cargo różnicuje także wysokość udzielanych upustów w przypadku niewywiązywania się z przewozu deklarowanej masy towarów, w przypadku naruszenia postanowień umownych dotyczących zakazu wykonywania działalności konkurencyjnej oraz w sytuacji korzystania z usług innych przewoźników.

Jak już wspomniano, z przedstawionych powyżej danych wynika, iż wysokość udzielonych poszczególnym podmiotom upustów, pomimo porównywalnych wielkości przewozu, była różna. Odnosi się to zarówno do podmiotów prowadzących działalność w zakresie spedycji, jak i bezpośrednich odbiorców usług przewozowych PKP Cargo [tajemnica przedsiębiorstwa]. Oczywiście jest, iż w wyniku uzyskania niższych upustów, dyskryminowani spedytorzy mają gorsze warunki konkurencyjne z podmiotami, które uzyskały upusty w wyższej wysokości. Nie będą bowiem w stanie zaoferować swoim klientom równie korzystnych warunków, jak podmioty, które uzyskały wyższe upusty lub – nawet jeżeli zaoferują takie warunki – ich zysk będzie mniejszy. Stawia to zatem te podmioty w gorszej pozycji rynkowej, niż podmioty, które uzyskały wyższe upusty.

Należy również podkreślić nie mniej ważny aspekt działania PKP Cargo, wpływający na warunki konkurencyjne na rynku wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej. W przypadku bowiem różnicowania, na skutek udzielania w różnej wysokości upustów poszczególnym elektrowniom i elektrociepłowniom, dochodzi do zróżnicowania ostatecznej ceny węgla (której składową jest m.in. cena transportu). To z kolei wpływa na zróżnicowanie kosztów produkcji energii elektrycznej oraz ciepłej i w efekcie na konkurencyjność poszczególnych elektrowni i elektrociepłowni.

Podkreślić należy, iż kryteria ustalania upustów przyznawanych przez PKP Cargo na przewóz węgla kamiennego są nieobiektywne co do zasady i nie dotyczą wyłącznie wnioskodawcy. W efekcie, żaden podmiot podpisujący umowę z PKP Cargo, nawet dysponując informacjami na temat wielkości przewozów, nie ma pewności, w jakiej wysokości otrzyma upust. W ocenie organu antymonopolowego, kryteria ustalania upustów przez PKP Cargo można byłoby uznać za transparentne w przypadku, gdyby podmiot chcący skorzystać z usług przewozowych tej spółki, mógł sprawdzić, że po skorzystaniu z usług PKP Cargo o określonej wartości lub/oraz spełnieniu określonych przesłanek, otrzyma równocześnie upust w ściśle określonej wysokości.

W świetle przedstawionych wyżej informacji dotyczących różnicowania przez PKP Cargo upustów dla swoich kontrahentów, należy podkreślić, iż ceny pobierane przez PKP Cargo za świadczenie usług przewozowych wynikają z Taryfy Towarowej PKP Cargo. Należy zatem domniemywać, iż Taryfa ta w dostatecznym stopniu uwzględnia zróżnicowanie kosztów związanych z poszczególnymi rodzajami przewozów. Uzasadnione jest zatem domniemanie, iż upusty powinny zależeć od wartości zrealizowanych przewozów (obrotów), obliczonych na podstawie cen zawartych w taryfie. Jeżeli natomiast, na poziom kosztów związanych ze świadczeniem usług przewozowych, wpływają również inne czynniki, niż tylko te obecnie zawarte w Taryfie, również te dodatkowe czynniki powinny tam się znaleźć.

Tak jednak nie jest, co umożliwia PKP Cargo określenie pozycji kontraktowej odbiorców swoich usług, na podstawie nieobiektywnych i nieweryfikowalnych przez kontrahentów czynników.

Działaniem, stanowiącym w świetle art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, praktykę ograniczającą konkurencję, jest dyskryminacja niektórych z kontrahentów, stwarzająca tym kontrahentom zróżnicowane warunki konkurencji. Dla stwierdzenia tej praktyki konieczne jest wykazanie, iż umowy stosowane z przedsiębiorcami dyskryminowanymi i niedyskryminowanymi są podobne. W ocenie organu antymonopolowego, taka sytuacja ma miejsce w przypadku przedmiotowego zarzutu. Umowy zawarte przez PKP Cargo z poszczególnymi kontrahentami należy uznać za podobne, bowiem wszystkie dotyczą usług przewozowych świadczonych przez PKP Cargo w zakresie węgla kamiennego. Warunki tych umów, które mogłyby mieć wpływ na koszty przewozów, są również standardowe. Jak wykazano powyżej, istnieje także znaczne różnicowanie podmiotów w zakresie przyznawanych upustów, co sprawia, że podmioty dyskryminowane mają utrudnione warunki konkurencji. Dotyczy to zarówno spedytorów, jak i przedsiębiorców prowadzących działalność w innym zakresie, korzystających z usług PKP Cargo. Spedytorzy, którzy otrzymali niższe upusty, nie będą bowiem mogli zaoferować równie atrakcyjnych warunków swoim kontrahentom, jak te podmioty, które takie upusty otrzymały. W przypadku natomiast elektrowni, czy elektrociepłowni, ostateczna cena węgla kamiennego ma odzwierciedlenie w kosztach produkcji energii elektrycznej i ciepłej. Będzie zatem wpływać na konkurencyjność poszczególnych producentów energii elektrycznej i ciepłej.

W tym miejscu można wskazać na wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 3 czerwca 1998 r. sygn. akt XVII Ama 7/98 w którym Sąd ten uznał, iż udzielanie upustu cenowego tylko niektórym dealerom ma skutek antykonkurencyjny. Jest bowiem wysoce prawdopodobne, że dealerzy nie posiadający wspomnianych preferencji nie mogą skutecznie konkurować na rynku z dealerami posiadającymi te preferencje. Sąd Antymonopolowy podkreślił, że odmienne traktowanie w podobnych umowach dwóch dealerów przez nieudzielenie jednemu z nich upustu cenowego jest przejawem nieuzasadnionego zastosowania niejednorodnych kryteriów wobec kontrahentów.

Cytowany wyrok, ze względu na występowanie w przypadku przedmiotowej sprawy umów tego samego rodzaju oraz dyskryminację przy udzielaniu upustów (w tym przypadku upustów o różnej wysokości), należy uznać za odnoszący się do przedstawionego zarzutu.

Można również wskazać na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z dnia 14 lutego 1978 r. nr 22/76, w którym uznano za praktykę ograniczającą konkurencję narzucanie narodowym dystrybutorom zróżnicowanych cen za identyczne banany, dostarczane do tych samych portów.¹⁷ Sprawa dotyczyła przedsiębiorcy *United Brands*. Podmiot ten sprzedawał banany dystrybutorom w Rotterdamie i Bremerhaven, obciążając najniższą ceną banany, które docelowo miały dotrzeć do Irlandii, natomiast najwyższą ceną banany, które miały dotrzeć do Niemiec.

¹⁷ Richard Whish, *Competition Law. Fifth Edition* wyd. Lexis Nexis str. 722; Case [27/76] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

Różnicowanie cen nie było przy tym oparte na ponoszeniu różnych kosztów transportu. W rzeczywistości koszty transportu do Irlandii, ponoszone przez *United Brands*, były znacznie wyższe niż koszty transportu do Niemiec. W związku z tym, ceny bananów przeznaczonych do Niemiec powinny być niższe. Tym samym poprzez stosowanie zróżnicowanych cen w stosunku do kontrahentów, stwarzano tym podmiotom, niejednolite, dyskryminujące dla niektórych warunki konkurencji, pomimo, iż nie istniały ku temu uzasadnione przesłanki kosztowe.

Wyrok ten, z uwagi na zbieżności występujące pomiędzy upustami i cenami oraz fakt, że przedmiotem wszystkich umów w przedmiotowej sprawie są usługi przewozowe węgla kamiennego (o identycznym charakterze), można uznać za obejmujący również przedstawiony zarzut.

Pogląd zbieżny ze stanowiskiem organu antymonopolowego w analizowanej sprawie, odnośnie antykonkurencyjnego charakteru nierównomiernych upustów cenowych, zaprezentowała także Komisja Europejska w decyzji wydanej w sprawie *Virgin/British Airways*. Uznała tam za praktykę ograniczającą konkurencję przyznawanie przez *British Airways* pośrednikom - w ramach sprzedaży biletów - różnych prowizji, pomimo sprzedaży przez nich biletów w takiej samej ilości¹⁸.

Reasumując należy stwierdzić, iż działania PKP Cargo w tym zakresie spełniają przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

2) narzucanie niektórym spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów (pkt 2 i 3 sentencji decyzji).

Działania PKP Cargo w świetle art. 8 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiących, iż nadużywaniem pozycji dominującej są: stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji oraz przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji.

Z informacji zebranych przez Urząd w trakcie postępowania wynika, iż obowiązek przedstawiania harmonogramów wymagany jest przez PKP Cargo w stosunku do wszystkich podmiotów, z którymi spółka ta zawarła umowy wieloletnie. Obowiązek przedstawienia harmonogramów przewozów zawierają bowiem wszystkie umowy wieloletnie zawarte przez ten podmiot ze swoimi kontrahentami. Zdaniem organu antymonopolowego niesłuszny jest zatem zarzut wnioskodawcy, iż PKP Cargo narzuca obowiązek sporządzania harmonogramów jedynie w stosunku do niektórych podmiotów.

¹⁸ Richard Whish, *Competition Law. Fifth Edition* wyd. Lexis Nexis str. 206; OJ [2000] 430/1; [2000] CMLR 999.

3) różnicowanie w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów (pkt 4 i 5 sentencji decyzji)

Działania PKP Cargo w świetle art. 8 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiących, iż nadużywaniem pozycji dominującej są: stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji oraz przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji.

Z kopii umów będących w posiadaniu Urzędu wynika, iż występują istotne różnice pomiędzy warunkami poszczególnych umów, co do możliwości zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów, zawartych przez PKP Cargo z różnymi kontrahentami. W ocenie organu antymonopolowego, takie działania PKP Cargo spełniają zarówno przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 3, jak i art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zróżnicowanie warunków umownych związanych z ograniczaniem możliwości zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów występuje odnośnie możliwości dokonania zmian masy towarów przewożonych w poszczególnych kwartałach w stosunku do masy deklarowanej do przewozu w tych kwartałach. I tak np. umowa z [tajemnica przedsiębiorstwa] dopuszcza możliwość zmiany masy towarów deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach, bez żadnych ograniczeń. Umowa zawarta z [tajemnica przedsiębiorstwa] nie zawiera postanowień odnoszących się do zmiany w realizacji harmonogramów. Umowa zawarta z [tajemnica przedsiębiorstwa] zawiera już natomiast ograniczenia co do możliwości zmiany masy deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach, przy czym wielkość zmiany nie może być większa niż [tajemnica przedsiębiorstwa] % zmiany zadeklarowanej poprzednio. W umowach natomiast PKP Cargo ze [tajemnica przedsiębiorstwa], ograniczenie to wynosi już [tajemnica przedsiębiorstwa] %. Jak widać z powyższych przykładów, poszczególne podmioty traktowane są niejednakowo przez PKP Cargo. Brak jest również jasnych kryteriów, na podstawie których dochodzi do różnicowania przez PKP Cargo ww. podmiotów w zakresie możliwości dokonania zmian masy towarów przewożonych w poszczególnych kwartałach.

Umowy zawierane przez PKP Cargo nie zawierają co prawda wyraźnych sankcji w przypadku naruszenia ww. warunku. Jednak w sytuacji niewywiązania się przez podmioty będące stronami umów z warunków związanych z możliwością zmiany masy deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach, PKP Cargo może dochodzić swoich praw z tytułu niewykonania umowy na podstawie ogólnych przepisów kodeksu cywilnego.

Istotne dla stwierdzenia omawianego zarzutu jest również to, iż PKP Cargo

różnicuje warunki umowne dotyczące niewywiązywania się z przez kontrahenta z odbioru usług przewozowych o wartości poniżej masy deklарowanej w zestawieniu rocznym. Zazwyczaj umowa przewiduje, iż w przypadku nie wywiązania się z odbioru [tajemnica przedsiębiorstwa] % masy deklарowanej, przyznane przedsiębiorcy upusty zostaną obniżone. Część umów nie zawiera jednak takiego warunku (umowa z [tajemnica przedsiębiorstwa]). W przypadku natomiast, kiedy taki warunek jest zawarty, PKP Cargo, w zależności od podmiotu, różnicuje wysokość o jaką ma zostać obniżony upust, w sytuacji nie spełnienia tego warunku. Przy czym brak jest jednolitych i przejrzystych kryteriów w oparciu o które PKP Cargo różnicuje poszczególne podmioty w tym zakresie.

Takie działania z oczywistych względów spełniają, w ocenie organu antymonopolowego, zarówno przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 3 (stosowanie w podobnych umowach z kontrahentami niejednolitych warunków umów stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji), jak i art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* (przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji).

Uzasadniając powyższe należy wskazać, iż ww. zobowiązania umowne prowadzą do powstania niejednolitych warunków konkurencji. Podmioty nie mające ograniczeń co do możliwości dokonania zmian masy towarów przewożonych w poszczególnych kwartałach w stosunku do masy deklарowanej do przewozu oraz wywiązywania się z przewozów o masie równej co najmniej 90 % masy deklарowanej, są w korzystniejszej sytuacji niż podmioty, na które takie ograniczenia zostały nałożone. Takie stanowisko organu antymonopolowego wydaje się podzielać także Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wskazać w tym miejscu można np. na wyrok SOKiK z dnia 6 grudnia 1993 r. XVII Amr 35/93, w którym Sąd ten stwierdził, iż organizator sieci sprzedaży ma prawo stawiać wysokie wymagania jej uczestnikom, ale pod warunkiem stosowania w tym względzie jednolitych i równoprawnych kryteriów. Sąd ten uznał, iż podmiot posiadający pozycję dominującą, organizujący w ramach *franchisingu* sieć sprzedaży hurtowej i detalicznej swych wyrobów, niedostępną jednakże na równych prawach dla wszystkich podmiotów gospodarczych, dopuszcza się praktyki monopolistycznej z art. 5 ust. 1 pkt 3 (wg poprzedniej ustawy antymonopolowej praktyka polegająca na sprzedaży towarów powodującej uprzywilejowanie niektórych podmiotów).

Z tych powodów należy również uznać, iż kwestionowane warunki przeciwdziałają powstaniu i rozwojowi konkurencji na rynku usług spedycyjnych. Nie jest to co prawda rynek, na którym PKP Cargo posiada pozycję dominującą, tj. krajowy rynek przewozów towarowych koleją, ale jest to rynek z nim powiązany. Praktyka z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, może natomiast wywoływać skutki zarówno na rynku zdominowanym przez przedsiębiorcę ją stosującego, jak i na innych rynkach, na których może on wpływać ze względu na posiadaną pozycję na rynku zdominowanym.

Potwierdzenie tego stanowiska można znaleźć m.in. w sprawie *Virgin/British Airways* rozpatrywanej przez Komisję Europejską. *British Airways* posiadała pozycję

dominującą na rynku usług zaopatrywania biur podróży. Nadużycie tej pozycji miało natomiast miejsce na rynku powiązanim z tym rynkiem, tj. na rynku transportu lotniczego¹⁹.

Taka sytuacja ma miejsce w przypadku przedmiotowego zarzutu. [tajemnica przedsiębiorstwa] Sprawia to, że podmioty te będą zainteresowane korzystaniem z usług spedytorów, którzy takich warunków nie mają [tajemnica przedsiębiorstwa], albo bezpośrednio z usług PKP Cargo. W takiej sytuacji nie będą one bowiem zmuszone do wywiązywania się z tego warunku. Zdaniem organu antymonopolowego, brak jest natomiast racjonalnych przesłanek, dla których PKP Cargo miałyby różnicować w tym zakresie poszczególne grupy odbiorców. O ile bowiem ukaranie kontrahenta w przypadku niewywiązywania się z warunku umownego może wydawać się uzasadnione, to całkowicie nieuzasadnione i antykonkurencyjne jest różnicowanie w tym zakresie poszczególnych podmiotów (brak sankcji w stosunku do poszczególnych podmiotów lub stosowanie zróżnicowanych sankcji). Podobnie jest w przypadku ograniczania możliwości dokonania zmian masy towarów przewożonych w poszczególnych kwartałach w stosunku do masy deklarowanej do przewozu. W tym przypadku zróżnicowane warunki stosowane są zarówno wobec spedytorów ([tajemnica przedsiębiorstwa]) jak i elektrowni czy elektrociepłowni ([tajemnica przedsiębiorstwa]).

Spedytorów można również w pewnym sensie uznać za konkurencję dla PKP Cargo. Podmioty zajmujące się spedycją korzystają z usług przewozowych PKP Cargo. Pośrednicząc pomiędzy bezpośrednimi odbiorcami usług przewozowych PKP Cargo, a samym PKP Cargo, odbierają jednak temu podmiotowi część zysków, jaką niewątpliwie uzyskałby, świadcząc takie usługi bezpośrednio.

W ocenie Urzędu niejasne i niejednolite mogą być również kryteria związane z wymogiem przedstawiania harmonogramów co do obniżania upustów w przypadku nieprzedstawienia w terminie zarówno roczno - kwartalnych planów przewozów, jak i harmonogramów miesięcznych. W przypadku niektórych umów, upusty obniżone zostają w takich sytuacjach o [tajemnica przedsiębiorstwa]% (umowa z [tajemnica przedsiębiorstwa]), natomiast w niektórych przypadkach upust zostaje obniżony do stawek podstawowych, wynikających z Taryfy Towarowej PKP Cargo. Szerzej omówione to zostało w uzasadnieniu do pkt I sentencji decyzji. Również terminy, w których należy przedstawić harmonogramy, są niejednolite. W przypadku harmonogramów roczno – kwartalnych, taką datą zazwyczaj jest [tajemnica przedsiębiorstwa]. Z umów zebranych przez Urząd wynika jednakże, iż termin ten może zostać przedłużony nawet do [tajemnica przedsiębiorstwa]. W przypadku harmonogramów miesięcznych, jako termin ich przedstawiania zazwyczaj podawany jest [tajemnica przedsiębiorstwa]. W niektórych przypadkach termin ten określony jest na [tajemnica przedsiębiorstwa] lub też do [tajemnica przedsiębiorstwa]. Kwestie te jednak nie mieszczą się w zarzucie postawionym PKP Cargo i w związku z tym nie

¹⁹ Richard Whish, *Competition Law. Fifth Edition* wyd. Lexis Nexis str. 202; OJ [2000] 430/1; [2000] CMLR 999.

mogą być przedmiotem rozpatrzenia przez organ antymonopolowy w ramach tego postępowania.

- 4) narzucanie niektórym spośród kontrahentów obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz różnicowanie przez PKP Cargo S.A. w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów (pkt VI sentencji decyzji).**

Działania PKP Cargo w świetle art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiącego, iż nadużywaniem pozycji dominującej jest narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści.

W ocenie organu antymonopolowego, postawiony PKP Cargo zarzut w zakresie narzucania niektórym spośród kontrahentom obowiązku przedstawienia harmonogramu planowanych przewozów oraz różnicowanie przez PKP Cargo S.A. w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów, nie spełniają przesłanek określonych w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Uzasadniając powyższe należy wskazać, co następuje.

Nie negując faktu, iż PKP Cargo posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, a zatem ma możliwość, aby narzucić swoim kontrahentom określone warunki umów, należy stwierdzić, iż Sped – Pro nie przedstawiło organowi antymonopolowemu dowodów świadczących o tym, iż powyższe warunki umowne zostały tej spółce narzucone. Z dokumentów przedstawiających przebieg negocjacji PKP Cargo ze Sped – Pro wynika, iż spółka ta kwestionowała przede wszystkim wysokość przyznanych upustów oraz ograniczanie jej możliwości korzystania z usług przewozowych do poszczególnych stacji i odbiorców.

Abstrahując jednakże od braku dowodów narzucania warunków umownych przez PKP Cargo, należy równocześnie stwierdzić, iż nie można w tej sytuacji dopatrzeć się, aby powyższe warunki przynosiły PKP Cargo również nieuzasadnione korzyści (o ile warunki te byłyby jednakowe dla wszystkich podmiotów).

Sped-Pro w swoich pismach podnosiło również, iż nie neguje konieczności sporządzania i przedstawiania harmonogramów przewozów. Zdaniem tego podmiotu, inne warunki wiążące się z niewywiązaniem się z tego obowiązku powodują jednak, iż nie można zrezygnować w dowolnym terminie z usług PKP Cargo. W efekcie, podmioty korzystające z usług PKP Cargo nie będą mogły zmniejszyć swoich przewozów u PKP Cargo i przejść do innego przewoźnika. A zatem korzyścią, jaką

PKP Cargo uzyskuje w wyniku stosowania powyższych warunków, jest ograniczenie konkurencji.

Zdaniem organu antymonopolowego, nie można przychylić się do tej opinii. Wymóg sporządzania harmonogramów przez PKP Cargo uzasadniony jest planowaniem taboru oraz sprawniejszym zarządzaniem przewozów przez ten podmiot. Sped-Pro nie neguje tego faktu. Wskazać natomiast należy, iż gdyby nie istniały żadne sankcje w przypadku niewywiązywania się przez kontrahentów PKP Cargo z tego obowiązku, oczywiście byłoby, że przynajmniej niektóre podmioty nie stosowałyby się do tych zapisów. Ich istnienie – bez jednoczesnego zagrożenia sankcją - nie miałyby w takiej sytuacji żadnego uzasadnienia.

Konkludując można stwierdzić, iż jeżeli sam wymóg sporządzania harmonogramów uznaje się za racjonalny, to nie można również negować faktu, iż PKP Cargo stara się, pod groźbą określonych sankcji, wyegzekwować realizację ww. warunku.

Należy także dodać, iż w stosunku do ww. zarzutu, trudno dopatrzeć się również elementu uciążliwości. Można przypuszczać, iż każdy racjonalnie działający przewoźnik miałby prawo wymagać przedstawiania mu przez kontrahentów harmonogramów planowanych przejazdów, ze względu na rezerwację konkretnych linii oraz planowanie i zapewnienie odpowiedniego taboru. W przeciwnym przypadku, wykonywanie przez niego działalności gospodarczej byłoby bowiem utrudnione.

5) uchylenie się od zawarcia umowy wieloletniej na przewóz węgla kamiennego (pkt VII sentencji decyzji).

Działania PKP Cargo w świetle art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiącego, iż nadużywaniem pozycji dominującej jest przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji.

W przypadku powyższego zarzutu, nie można w ocenie organu antymonopolowego, stwierdzić aby działania PKP Cargo wypełniały przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadniając powyższe należy wskazać, iż w [tajemnica przedsiębiorstwa].

Jak wynika z powyższego, w trakcie trwających negocjacji, PKP Cargo przedstawiło Sped –Pro [tajemnica przedsiębiorstwa].

W ocenie organu antymonopolowego, nie można jednakże mówić w takim przypadku, iż PKP Cargo uchylało się od podpisania umowy wieloletniej. Faktem jest, iż PKP Cargo zaoferowało Sped – Pro możliwość podpisania umowy wieloletniej. Sped – Pro taką umowę mogło zatem zawrzeć. Podmiot ten nie uczynił tego, ponieważ w jego ocenie warunki przedstawione przez PKP Cargo były nie do zaakceptowania. Zdaniem organu antymonopolowego, nie można jednakże traktować niekorzystnych

warunków umów, które w ocenie Sped -Pro przedstawione zostały jej przez PKP Cargo, jako jednoznaczne z uchylaniem się przez PKP Cargo od zawarcia umowy.

Sped – Pro podnosiło również, iż PKP Cargo celowo zwlekało z podpisaniem umowy w celu rozpoznania i przejęcia kontrahentów Sped – Pro. PKP Cargo przedstawiło jednakże informacje, iż wcześniej prowadziło negocjacje z kontrahentami Sped – Pro oraz – będąc przewoźnikiem - dysponowało informacjami dotyczącymi kontrahentów Sped – Pro. Trudno zatem w takiej sytuacji uznać, iż PKP Cargo przeciągało negocjacje w celu rozpoznania i przejęcia kontrahentów Sped – Pro.

Należy również zauważyć, iż warunki kwestionowane przez Sped – Pro w przedstawianych mu przez PKP Cargo projektach umów, zostały określone przez organ antymonopolowy, w trakcie niniejszego postępowania, jako inne zarzuty, a wobec nich powołano stosowną argumentację. Przedmiotowy zarzut Sped – Pro dotyczy natomiast uchylania się od zawarcia umowy, a więc odnosi się do braku ze strony PKP Cargo chęci do zawarcia umowy. Tego natomiast zachowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie można PKP Cargo udowodnić.

6) zastrzeżenie w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo nie będzie realizować na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji i wymienionych odbiorców towarów (pkt VIII sentencji decyzji).

Działania PKP Cargo w świetle art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiącego, iż nadużywaniem pozycji dominującej jest przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji.

W ocenie organu antymonopolowego, powyższe działania PKP Cargo spełniają przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadniając powyższe należy wskazać, iż na przedsiębiorcach posiadających pozycję dominującą ciąży obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji na rynkach, na których ci przedsiębiorcy mogą negatywnie oddziaływać na strukturę rynku. Ograniczanie możliwości korzystania z usług przewozowych, z oczywistych powodów negatywnie wpływa na stan konkurencji **na rynku spedycyjnym**. Wyeliminowanie działających na tym rynku przedsiębiorców, zmniejsza liczbę podmiotów świadczących takie usługi, przez co naruszona jest konkurencja. Eliminowanie podmiotów świadczących usługi spedycyjne, ogranicza również możliwości wyboru kontrahenta przez odbiorców tych usług.

Należy jednocześnie wskazać, iż brak jest, w ocenie organu antymonopolowego, racjonalnych przyczyn, dla których PKP Cargo miałyby ograniczać wnioskodawcy przewozy do niektórych stacji i odbiorców. Spółka ta, w piśmie z dnia 30 września 2002 r., sama stwierdziła, iż np. ewentualne zawarcie umowy z [tajemnica przedsiębiorstwa], nie wyklucza zawarcia umowy ze Sped - Pro. Zawarcie wieloletniej umowy przewozowej ze Sped – Pro, zdaniem PKP Cargo,

mogło nastąpić równoległe z podpisaniem umowy pomiędzy PKP Cargo i [tajemnica przedsiębiorstwa].

W ocenie organu antymonopolowego, podpisanie umowy wieloletniej na świadczenie usług przewozowych, z więcej niż jednym podmiotem, nie oznaczało, iż PKP Cargo zmuszone byłoby do przewożenia znacznie większych mas towarów. Masa przewożonych towarów nie wzrosłaby w takiej sytuacji, ponieważ uzależniona jest ona od stopnia składanych przez klientów zamówień, a nie ilości zawartych umów wieloletnich na przewóz towarów. Podawanie przez PKP Cargo, jako powód wyłączenia stacji i określonych podmiotów, spod zakresu stosowania umowy wieloletniej, okoliczności zakontraktowania przez PKP Cargo przewozów węgla do tych stacji, nie ma zatem racjonalnego uzasadnienia.

Za nieprzekonywujące w tym zakresie należy uznać również wyjaśnienia PKP Cargo, iż spółka ta dysponowała informacjami, z których wynikało, że stacje przeznaczenia i odbiorcy, co do których Sped – Pro chciało zawrzeć umowę, obsługiwani są już przez inne podmioty (w tym m.in. przez PKP Cargo) i z tego powodu zdawała sobie sprawę z faktu, że Sped – Pro nie mogłoby wywiązać się ze swoich zobowiązań wobec przewoźnika. PKP Cargo musiałoby natomiast zarezerwować linie kolejowe i zabezpieczyć tabor w celu skutecznego wykonania umowy.

PKP Cargo w swoich wyjaśnieniach nie wzięło pod uwagę faktu, iż umowy podlegają wypowiedzeniu. Nie ma żadnej pewności, iż po podpisaniu umowy z PKP Cargo, Sped-Pro, dzięki uzyskanym upustom, mogłoby zaoferować tak korzystne warunki, iż odbiorcy byłiby skłonni zrezygnować z dotychczasowych kontraktów. Rynkowe relacje handlowe regulujące tego typu zobowiązania, zostały w tym przypadku zastąpione niedozwoloną ingerencją PKP Cargo.

Dodatkowo należy podkreślić, iż zdaniem organu antymonopolowego, nawet założywszy, że PKP Cargo było przekonane, że Sped - Pro nie wywiąże się ze swoich zobowiązań, to i tak nie musiało zabezpieczać dodatkowego taboru na te trasy i rezerwować linii kolejowych. Skoro bowiem inny podmiot miał już zawartą umowę na przewóz towarów do danej stacji, to siłą rzeczy dla niego już była zabezpieczona ww. infrastruktura. Odbiorca na danej stacji dokonuje wyboru spośród oferentów, ale nabywa tylko jeden raz ilość towarów przez niego zamówioną. Jeśliby ten odbiorca wybrał jednego z oferentów, wykonany zostałby, z użyciem infrastruktury PKP Cargo, jeden kontrakt, natomiast nie byłoby już konieczności realizacji innego kontraktu. PKP Cargo nie poniosłoby w takiej sytuacji żadnych dodatkowych kosztów, gdyż i tak świadczyłoby usługę dla jednego z kontrahentów. W przypadku natomiast niewywiązania się przez Sped – Pro z umowy, PKP Cargo służyłoby stosowne odszkodowania, których spółka ta mogłaby dochodzić na drodze cywilnoprawnej.

Reasumując, PKP Cargo nie powinno było zatem odmawiać świadczenia usług przewozowych na ww. trasach.

Należy przy tym podkreślić, iż organ antymonopolowy nie kwestionuje prawa PKP Cargo do zawierania umów wprost z odbiorcami usług przewozowych, bez pośrednictwa innych podmiotów (spedytorów), co podnosiła ta spółka. PKP Cargo nie może jednakże ograniczać możliwość prowadzenia działalności tym pośrednikom. W tym miejscu należy wskazać, iż Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w art. 22

gwarantuje swobodę działalności gospodarczej bez względu na formę własności. Ograniczenie tej swobody może nastąpić jedynie w ustawie. Natomiast zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz. U. Nr 173 poz. 1807), podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.

Za działanie ograniczające prowadzenie działalności gospodarczej, należy natomiast uznać odmowę świadczenia usług przewozowych na rzecz kontrahenta. To odbiorca powinien zdecydować, czy będzie korzystał bezpośrednio z usług PKP Cargo, czy też z usług przewozowych tego podmiotu, ale przy udziale pośredników. Istnienie takich pośredników stanowi również dowód na to, iż ich działalność przynosi korzyści podmiotom dla których świadczą swoje usługi – ich oferta jest korzystniejsza w stosunku do PKP Cargo - w innym bowiem przypadku, pośrednicy nie byłoby w stanie w ogóle zdobyć żadnych klientów.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Antymonopolowego z dnia 16 grudnia 1992 sygn. Akt XVII Amr 26/92, w razie dyskryminującej odmowy sprzedaży lub zbytu przez podmiot o pozycji dominującej, przy braku alternatywnych źródeł zaopatrzenia lub zbytu, jest nadużyciem pozycji dominującej nie tylko, gdy na rynku nie ma jakichkolwiek ofert w tym względzie, ale także, gdy z punktu widzenia osoby poszkodowanej, istniejące na rynku inne oferty byłyby mniej korzystne. Dyskryminacja niektórych podmiotów stwarza natomiast różne warunki konkurencji, a zatem przeciwdziała ukształtowaniu się konkurencji. Taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie, bowiem Sped - Pro może skorzystać z usług PKP Cargo na przewozy do tych stacji (podmiotów), w ramach innych rodzajów umów. W rzeczywistości jednak upusty przy korzystaniu z umowy wieloletniej są korzystniejsze, więc Sped – Pro, nabywając usługi przewozowe w ramach innych umów, nie mogłoby zaoferować swoim klientom równie atrakcyjnych warunków przewozu. Również dłuższy (a zatem korzystniejszy) jest termin opłacania faktur w umowach wieloletnich, w stosunku do pozostałych rodzajów umów (21 dni w stosunku do 14 dni w przypadku umów specjalnych). Inne podmioty, które zawrą taką umowę, będą mogły natomiast zaoferować takie warunki.

Dodatkowo należy wskazać, iż Sped – Pro stanowi konkurencję dla PKP Cargo pomimo, pomimo, iż spółki tej nie można uznać za konkurenta *sensu stricte*. Sped - Pro pośrednicząc bowiem pomiędzy bezpośrednimi odbiorcami usług przewozowych, a PKP Cargo, odbiera temu podmiotowi część zysków, jaką niewątpliwie PKP Cargo uzyskałoby, świadcząc takie usługi bezpośrednio.

W dotychczasowym orzecznictwie Komisji Europejskiej, odmowa dostaw motywowana zamiarem wyeliminowania aktualnej lub potencjalnej konkurencji, została zakazana w wielu decyzjach. Komisja wymaga w takich przypadkach istnienia obiektywnego usprawiedliwienia dla odmowy dostaw (np. kontrahent zalega z zapłatą), by nie stwierdzić nadużycia pozycji dominującej²⁰.

²⁰ Richard Whish, *Competition Law. Fifth Edition* wyd. Lexis Nexis str 204.

7) zastrzeżenie w treści zawieranej z kontrahentem umowy wieloletniej, iż PKP Cargo nie będzie realizować na jego rzecz przewozów do wymienionych stacji i wymienionych odbiorców towarów (pkt IX sentencji decyzji).

Działania PKP Cargo w świetle art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiącego, iż nadużywaniem pozycji dominującej jest narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści.

W ocenie organu antymonopolowego, analizowane działania PKP Cargo, spełniają również przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Bezspornym jest w przedmiotowej sprawie fakt, iż PKP Cargo posiadając pozycję dominującą na rynku towarowych przewozów kolejowych, jest w stanie narzucać uciążliwe warunki umów. W sytuacji braku realnej możliwości skorzystania z usług innego podmiotu, kontrahent jest bowiem zdany na konieczność podpisania umowy na warunkach przedstawionych przez PKP Cargo, mając jako alternatywę jedynie powstrzymanie się od podpisania umowy, co byłoby równoznaczne z niemożnością skorzystania z usług PKP Cargo w ramach umowy wieloletniej. W tym drugim przypadku, przy braku alternatywnej możliwości skorzystania z usług innego podmiotu, kontrahent nie ma możliwości zawarcia takiej umowy w ogóle.

W przedmiotowej sprawie umowa wieloletnia oraz kwestionowane warunki tej umowy, były przedmiotem negocjacji obu stron. Negocjacje te jednak nie doprowadziły do podpisania umowy (odnośnie przewozów węgla kamiennego). [tajemnica przedsiębiorstwa]

Dla udowodnienia powyższej praktyki, nie jest jednakże konieczne zawarcie umowy, wystarczy sama próba jej narzucenia, zawierająca warunki uciążliwe dla jednej strony i przynoszące drugiej stronie nieuzasadnione korzyści²¹. Dlatego, pomimo nie zawarcia ostatecznie przez PKP Cargo oraz Sped – Pro umowy, można w tej sytuacji mówić o narzucaniu przez PKP Cargo warunków umów. W hipotetycznej bowiem sytuacji, nieposiadania przez PKP Cargo pozycji dominującej na rynku przewozów towarowych, podmiot ten nie byłby w stanie narzucić kwestionowanych warunków.

Bez wątplenia wyłączenie pewnych stacji (podmiotów), w stosunku do których ograniczono kontrahentowi korzystanie z umowy wieloletniej, jest dla tego podmiotu również uciążliwe. Jak już wskazano powyżej, teoretycznie może on skorzystać z usług PKP Cargo na przewozy do tych stacji (podmiotów), w ramach innych rodzajów umów. W rzeczywistości jednak upusty przy korzystaniu z umowy wieloletniej są korzystniejsze, więc podmiot ten, działając w ramach innych umów, nie mógłby zaoferować swoim klientom atrakcyjnych warunków przewozu. Również dłuższy (a

²¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 czerwca 1999 r sygn. XVII Ama 26/99.

zatem korzystniejszy) jest termin opłacania faktur w umowach wieloletnich, w stosunku do pozostałych rodzajów umów (21 dni w stosunku do 14 dni w przypadku umów specjalnych). Inne podmioty, które zawrą taką umowę, będą mogły natomiast zaoferować takie warunki. A zatem w wyniku tych działań, kontrahent, któremu PKP Cargo odmówiło korzystania z usług przewozowych, może z jednej strony stracić swoich dotychczasowych klientów, z drugiej zaś strony traci realne szanse na pozyskanie nowych klientów. Ponadto, niektórzy klienci tego kontrahenta zainteresowani są podpisaniem umowy jedynie z takim podmiotem, który ma podpisaną umowę wieloletnią na świadczenie usług przewozowych. Gwarantuje im to bowiem ciągłość i bezpieczeństwo dostaw.

Należy wskazać, iż PKP Cargo osiągnęło również, w wyniku przedmiotowych działań, nieuzasadnione korzyści. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie, nieuzasadnione korzyści muszą być odpowiednikiem uciążliwych warunków umów narzuconych kontrahentowi. Korzyści te powinny być osiągnięte kosztem kontrahenta i pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy²². Korzyść, jaką w przypadku przedmiotowych działań odniosło PKP Cargo, polegała na tym, iż na określonych trasach przewozu podmiot ten pozbył się jednego z pośredników, co pozwoliło mu z kolei przejąć klientów tego pośrednika. Korzyść ta odpowiada zatem narzuconym przez PKP Cargo uciążliwym warunkom umowy. Podkreślić jednak należy, iż dotyczy to wyłącznie części stacji i odbiorców (8 z ogólnej liczby 24 podmiotów). Pozostałe podmioty obsługiwane są przez przedsiębiorców, w których grupa PKP posiada udziały, są to jednak udziały mniejszościowe (Chem Trans Logistic Północ, Chem Trans Logistic Południe, Trade Trans) oraz przez spółkę Energokrak – podmiot nie powiązany kapitałowo z grupą PKP S.A.

Reasumując, powyższy zarzut spełnia wszystkie konieczne przesłanki określone w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, do stwierdzenia, iż w wyniku odmowy świadczenia usług przewozowych do określonych stacji (podmiotów), PKP Cargo narzuciła uciążliwe warunki, które przyniosły jej nieuzasadnione korzyści.

V. Wymiar kary nałożonej przez Prezesa UOKiK na PKP Cargo z tytułu stosowania ww. praktyk ograniczających konkurencję.

Artykuł 101 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, iż Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli dopuścił się on naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 6 i 7 lub naruszenia zakazu określonego w art. 8.

²² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 stycznia 1991 r. XV Amr 2/90.

W ciągu 2003 r., PKP Cargo S.A. przewiozła 155,7 mln ton towarów. Przychody ogółem za ten okres wyniosły 5 989 282 500 zł. 10 % tej sumy stanowi 598 928 250 zł.

Organ antymonopolowy zdecydował się nałożyć na PKP Cargo karę w wysokości 20 000 000 zł (dwudziestu milionów złotych). Stanowi to 3,3 % maksymalnej wysokości kary, jaka mogła zostać nałożona na PKP Cargo S.A.

Decydując się na wymierzenie kary pieniężnej, organ antymonopolowy wziął w szczególności pod uwagę:

- ilość stwierdzonych naruszeń ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- fakt, iż stosowane przez PKP Cargo praktyki stwarzają przedsiębiorcom zróżnicowane warunki konkurencji, w szczególności uznaniowe przyznawanie upustów przez PKP Cargo, nieuzależnione od masy przewiezionych towarów i obrotów oraz różnicowanie w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów,
- fakt, iż stosowane przez PKP Cargo praktyki przeciwdziałają ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji w szczególności poprzez różnicowanie przez PKP Cargo S.A. w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów oraz zastrzeżenie w treści zawieranej umowy wieloletniej, przez PKP Cargo, iż podmiot ten nie będzie realizować przewozów do wymienionych stacji i odbiorców towarów,
- korzyści uzyskane przez ten podmiot w wyniku stosowania praktyk – poprzez zastrzeżenie w treści zawieranej umowy wieloletniej, przez PKP Cargo, iż nie będzie realizować przewozów do wymienionych stacji i odbiorców towarów, podmiot ten pozbył się swojego konkurenta. Korzyść uzyskana przez PKP Cargo polegała na tym, iż na określonych trasach przewozu podmiot ten wyeliminował jednego z pośredników, co pozwoliło mu z kolei przejąć klientów tego pośrednika. Również w wyniku stosowania niejednorodnych warunków w umowach, w szczególności pomiędzy spedytorami, a odbiorcami bezpośrednimi swoich usług, PKP Cargo stwarzało gorsze warunki konkurowania spedytorom. Korzyścią w takim wypadku było również eliminowanie z rynku spedytorów (konkurentów PKP Cargo),
- uciążliwość warunków stosowanych w umowach wieloletnich przez PKP Cargo - ograniczenie kontrahentowi korzystania w ramach umowy wieloletniej z wymienionych stacji i odbiorców towarów,
- fakt, iż PKP Cargo, pomimo wszczęcia i prowadzenia przez ponad rok postępowania antymonopolowego, nie wycofało się ze stosowania żadnej z powyższych praktyk ograniczających konkurencję,
- sytuację ekonomiczną tego podmiotu – wypracowany zysk netto za 2003 rok wyniósł 160,2 mln zł²³,
- fakt, iż działania PKP Cargo objęte niniejszą decyzją, traktowane są w doktrynie prawa antymonopolowego jako poważne naruszenia (przypadki nadużycia pozycji

²³ <http://www.pkp-cargo.pl/html/aktualnosci.htm>

dominującej - odmowy dostawy, różnego traktowania przedsiębiorstw wchodzących w kontakty handlowe z dominantem - dyskryminacja, ograniczania dostępu do rynku konkurentom, itp.)²⁴

- fakt, iż jest to druga decyzja wydana przez organ antymonopolowy w 2004 r., w której stwierdzono stosowanie przez PKP Cargo stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.

Określając wysokość kary, organ antymonopolowy wziął także pod uwagę fakt, iż kara ta musi spełnić dwie podstawowe funkcje:

- represyjną oraz
- prewencyjną.

Organ antymonopolowy nakładając na PKP Cargo karę, uznał, iż nałożenie kary w wysokości niższej niż 20 mln zł nie spełniłoby obu z ww. funkcji, w szczególności biorąc pod uwagę skalę działalności tego przedsiębiorcy i uzyskane przychody. Nie byłaby to kara wystarczająco dolegliwa dla PKP Cargo oraz mogłaby nie powstrzymać w przyszłości tego przedsiębiorcy przed stosowaniem podobnych lub innego rodzaju praktyk ograniczających konkurencję.

VI. Ustosunkowanie się do wniosku strony o nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Stosownie do art. 90 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nadać rygor natychmiastowej wykonalności decyzji w całości lub w części, jeżeli wymaga tego ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, możliwość nadania decyzji klauzuli natychmiastowej wykonalności jest związana ze spełnieniem jednej z poniższych przesłanek:

- wymaga tego ochrona konkurencji,
- wymaga tego ważny interes konsumentów.

Należy jednocześnie wskazać, iż użycie przez ustawodawcę zwrotu „może nałożyć” świadczy o tym, iż nawet w sytuacji spełnienia co najmniej jednej z powyższych przesłanek, nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji przez Prezesa UOKiK nie jest obligatoryjne.

W doktrynie przeważają opinie, iż wykonanie decyzji przed jej uprawomocnieniem się winno być traktowane jako wyjątek, może ono bowiem wywoływać nieodwracalne, bądź trudno odwracalne skutki dla przedsiębiorcy będącego adresatem decyzji. Należy zatem ścieśniająco interpretować przesłanki

²⁴ Patrz np. Wytyczne Komisji Europejskiej w dziedzinie nakładania kar - Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, O.J. C 9, 14.01.1998.

Proponowana przez Komisję Europejską wysokość kar pieniężnych w tego typu sprawach wynosi od 1 mln do 20 mln euro

uzasadniające nadanie klauzuli natychmiastowej wykonalności²⁵. Równocześnie należy wskazać, iż dotychczas nie zostało ugruntowane orzecznictwo Sądu Antymonopolowego oraz Sądu Najwyższego w sprawie nadania decyzjom Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rygoru natychmiastowej wykonalności.

W ocenie organu antymonopolowego, w przedmiotowej sprawie - pomimo uznania niektórych działań PKP Cargo za praktyki ograniczające konkurencję - brak jest jednoznacznych przesłanek przemawiających za nadaniem decyzji w tej części rygoru natychmiastowej wykonalności. W szczególności, takich argumentów nie przedstawiło Sped – Pro, wnosząc o nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak na wstępie.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

Piotr Mück
Dyrektor Departamentu
Ochrony Konkurencji

²⁵ E. Modzelewska – Wąchal, „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz” Warszawa 2002 str. 302.