



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-411-5/06/AZ/PK

Warszawa, 31 grudnia 2015 r.

DECYZJA Nr DOK-5/2015

- I.** Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. poz. 945), po przeprowadzeniu wszczętego na wniosek CTL Logistics Sp. z o.o. w Katowicach postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nadużywanie przez PKP Cargo S.A. w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia PKP Cargo S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów PKP Cargo S.A., oraz **stwierdza zaniechanie jej stosowania** z dniem 1 lipca 2007 r.
- II.** Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.), w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. poz. 945), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada** na PKP Cargo S.A. w Warszawie **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa w wysokości 14 224 272,18 zł (słownie: czternaście milionów dwieście dwadzieścia cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt dwa złote osiemnaście groszy) z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.
- III.** Na podstawie art. 90 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.), w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j.: Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) oraz w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. poz. 945), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i

Konsumentów **odmawia nadania** pkt I sentencji niniejszej decyzji **rygoru natychmiastowej wykonalności**.

- IV. Na podstawie art. 72 i art. 75 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz w związku z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. poz. 945) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **obciąża PKP Cargo S.A. w Warszawie kosztami postępowania antymonopolowego** w kwocie 82,40 zł (słownie: osiemdziesiąt dwa złote czterdzieści groszy) i zobowiązuje do ich uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

- (1) W dniu 6 lipca 2006 r. wpłynął do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK” lub „organ antymonopolowy”) wniosek CTL Logistics S.A. w Warszawie (obecnie: CTL Logistics Sp. z o.o. w Katowicach, dalej: „CTL Logistics” lub „Wnioskodawca”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko PKP Cargo S.A. w Warszawie (dalej: „PKP Cargo” lub „Spółka”) w związku z nadużywaniem przez tego przedsiębiorcę pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarów, polegającym na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, co stanowi praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej także: „Ustawa”) poprzez wprowadzenie w życie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6-10, który uprawnia PKP Cargo S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów PKP Cargo S.A. i wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji uznającej powyższą praktykę za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechania jej stosowania.
- (2) W związku z powyższym organ antymonopolowy wszczął w dniu 11 sierpnia 2006 r. postępowanie wyjaśniające, które dało podstawę do wszczęcia na wniosek CTL Logistics - postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. - postępowania antymonopolowego, w sprawie nadużywania przez PKP Cargo S.A. w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” (dalej także: „Zasady sprzedaży”), a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia PKP Cargo S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów PKP Cargo S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

- (3) W dniu 17 lipca 2008 r. wpłynął do Prezesa UOKiK wniosek CTL Logistics modyfikujący wniosek spółki z dnia 22 czerwca 2006 r. o wszczęcie postępowania antymonopolowego. W związku z powyższym postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. organ zmienił postanowienie z dnia 15 grudnia 2006 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego, nadając mu następujące brzmienie: „Działając na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanawia, na wniosek CTL Logistics S.A. z siedzibą w Warszawie, wszcząć postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej PKP Cargo S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”.
- (4) Pismem z dnia 21 sierpnia 2008 r. CTL Logistics wniósł o nadanie decyzji kończącej postępowanie w sprawie, rygoru natychmiastowej wykonalności.
- (5) Decyzją Nr DOK-3/2009 z dnia 7 lipca 2009 r., Prezes UOKiK stwierdził, że PKP Cargo naruszyło art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 Ustawy poprzez nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej PKP Cargo S.A. i nakazał zaniechania ww. praktyki opatrując decyzję w powyższym zakresie rygiorem natychmiastowej wykonalności. Jednocześnie organ antymonopolowy działając na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy nałożył na PKP Cargo karę pieniężną w wysokości 60 362 071,69 zł.
- (6) Odwołanie od ww. decyzji wniosło PKP Cargo zaskarżając ją w całości. Dnia 9 maja 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „SOKiK”) wydał wyrok oddalający odwołanie PKP Cargo (sygn. akt XVII Ama 159/09).
- (7) Apelację od powyższego wyroku sądu I instancji wniosło PKP Cargo skarżąc go w całości. Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 20 marca 2012 r., VI ACa 1038/11, oddalił apelację powoda.
- (8) Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie wywiodło PKP Cargo. Wyrokiem z dnia 3 października 2013 r., III SK 67/12, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego oraz poprzedzający go wyrok SOKiK i przekazał sprawę sądowi okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.
- (9) Rozpoznając po raz kolejny odwołanie od decyzji, SOKiK wyrokiem z dnia 17 marca 2014 r., XVII Ama 148/13, uchylił ww. decyzję. Strony nie wniosły apelacji wskutek czego wyrok SOKiK stał się prawomocny.

- (10) Pismem z 20 sierpnia 2014 r. Prezes UOKiK poinformował strony o dalszym prowadzeniu postępowania antymonopolowego. Jednocześnie Prezes UOKiK wyjaśnił, że postępowanie prowadzone będzie pod zarzutem określonym w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 15 grudnia 2006 r.
- (11) Zatem przedmiotowe postępowanie antymonopolowe prowadzone było w sprawie nadużywania przez PKP Cargo S.A. w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia PKP Cargo S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów PKP Cargo S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.
- (12) Strony postępowania zostały poinformowane o zakończeniu zbierania przez Prezesa UOKiK materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy w siedzibie Urzędu oraz przedstawienia ostatecznego stanowiska w sprawie.
- (13) Pismami z dnia 16 grudnia 2015 r. strony niniejszego postępowania przedstawiły ostateczne stanowiska w sprawie.
- (14) W związku z połączeniem w toku postępowania antymonopolowego CTL Logistics S.A. i CTL Logistics Sp. z o.o. wnioskodawca poinformował Prezesa UOKiK, że stroną niniejszego postępowania z dniem 1 września 2008 r. jest CTL Logistics Sp. z o.o. (jako spółka przejmująca), której obecna siedziba znajduje się w Katowicach.
- (15) Jednocześnie należy wskazać, że z uwagi na stwierdzony okres stosowania kwestionowanych przez Prezesa UOKiK działań PKP Cargo, ustalenia faktyczne w sprawie, w tym dotyczące stron postępowania, zakresu ich działalności oraz analizowanych zachowań dotyczą lat 2006-2007. Również z uwagi na powyższe ocena naruszenia przez PKP Cargo zakazu nadużywania pozycji dominującej (w tym ustalenia dotyczące rynku właściwego i pozycji dominującej) dokonana została na moment, w którym praktyka miała miejsce.

Prezes UOKiK ustalił, co następuje:

Strony postępowania

PKP Cargo

- (16) Spółka akcyjna PKP Cargo została założona przez PKP S.A. w dniu 29 czerwca 2001 r., co stanowiło wypełnienie art. 14 ustawy z dnia 8 września 2000 r. *o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego "Polskie Koleje Państwowe"* (Dz. U. Nr 84, poz. 948 ze zm.), zaś działalność gospodarczą rozpoczęła 1 października 2001 r.

- (17) Podstawowy zakres działalności Spółki stanowi kolejowy przewóz towarów. PKP Cargo prowadziło w latach 2006-2007 działalność na obszarze Polski, a także poza jej granicami. Oferta przewozowa PKP Cargo obejmowała:
- przewozy całopociągowe, w grupach wagonowych i w pojedynczych wagonach,
 - logistyczne przewozy relacyjne i organizację zwartych, bezpośrednich przewozów w formie logistycznego systemu obsługi,
 - systemowe przewozy europejskie (np. przewozy tranzytowe),
 - przewozy kombinowane i kompleksową obsługę wszystkich rodzajów jednostek ładunkowych: kontenerów, naczep i nadwozi wymiennych,
 - przewozy kompleksowe ACTS typu „dom-dom”,
 - kolejowe przewozy promowe na trasie Świnoujście – Ystad,
 - przewozy w specjalistycznych wagonach, m.in. o podwyższonej pojemności i ładowności,
 - przeładunek i magazynowanie towarów w granicznych rejonach przeładunkowych w Małaszewiczach i Żurawicy/ Medyce.
- (18) W tym okresie świadczenie usług przewozowych przez PKP Cargo regulowały „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”, które zostały następnie zastąpione obowiązującym od 1 lipca 2008 r. „Regulaminem sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”.

CTL Logistics Sp. z o.o.

- (19) CTL Logistics Sp. z o.o. rozpoczęła swoją działalność w dziedzinie spedycji kolejowej - głównie materiałów chemicznych - na początku lat dziewięćdziesiątych. Z chwilą liberalizacji rynku kolejowego, CTL Logistics obok działalności spedycyjnej rozpoczęła również działalność w zakresie przewozów towarów koleją. Rozwój przedsiębiorstwa zaowocował powstaniem Grupy CTL, która dysponowała własnym taborom trakcyjnym (197 lokomotyw), kilkoma tysiącami wagonów (5000), terminalami przeładunkowymi oraz agencjami celnymi. Oferta CTL Logistics obejmowała transport kolejowy towarów, spedycję, obsługę i utrzymanie taboru i infrastruktury kolejowej, usługi przeładunkowe oraz doradztwo celne.
- (20) Spółki Grupy CTL Logistics w analizowanym okresie miały swoje siedziby w Polsce oraz w Niemczech, Czechach, Rumunii i na Ukrainie. W skład grupy CTL Logistics w Polsce wchodziło ponad trzydzieści spółek, spośród których największy udział w rynku przewozowym mierzony masą przewiezionych towarów oraz wykonaną pracą przewozową miała CTL Rail Sp. z o.o. Pozostali to m.in. CTL Train Sp. z o.o., X-Train Sp. z o.o., CTL Express Sp. z o.o. oraz CTL Reggio Sp. z o.o.

Dowód:

- *Pismo CTL Logistics z dnia 22 czerwca 2006 r., k. 2 akt adm.*

Transport towarów koleją

- (21) Świadczenie usług przewozu towarów koleją odbywa się obecnie i w analizowanym okresie na zasadach określonych ustawą z dnia 28 marca 2003 r. *o transporcie*

kolejowym (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1297 ze zm.), która zgodnie z art. 1 określa m.in. zasady zarządzania, utrzymania i korzystania z infrastruktury kolejowej; zasady prowadzenia ruchu kolejowego i wykonywania przewozów kolejowych oraz zasady i instrumenty regulacji transportu kolejowego.

- (22) W myśl ww. ustawy centralnym organem administracji rządowej, właściwym w sprawach regulacji transportu kolejowego, licencjonowania transportu kolejowego, nadzoru technicznego nad eksploatacją i utrzymaniem linii i pojazdów kolejowych oraz bezpieczeństwa ruchu kolejowego jest Prezes Urzędu Transportu Kolejowego.
- (23) Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy *o transporcie kolejowym*, działalność gospodarcza polegająca na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy albo na świadczeniu usług trakcyjnych podlega licencjonowaniu, zaś udzielona decyzją Prezesa UTK licencja potwierdza zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego na terytorium Polski oraz państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym.
- (24) Licencja nie uprawnia jednak przedsiębiorcy do dostępu do infrastruktury kolejowej. Podstawowym dokumentem uprawniającym przewoźnika kolejowego do uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej jest certyfikat bezpieczeństwa. Certyfikat bezpieczeństwa potwierdza ustanowienie przez przewoźnika kolejowego systemu zarządzania bezpieczeństwem oraz zdolność spełniania przez niego wymagań bezpieczeństwa zawartych w technicznych specyfikacjach interoperacyjności i innych przepisach zarówno prawa unijnego, jak i prawa krajowego.
- (25) Z dniem 1 stycznia 2007 r. krajowy rynek przewozów towarów koleją otworzył się na zagraniczną konkurencję – przewoźnicy kolejowi posiadający licencję na wykonywanie działalności transportowej w dowolnym kraju członkowskim mogli od tego dnia dokonywać przewozów towarów na terytorium całej Unii Europejskiej, co w odniesieniu do rynku polskiego uregulowane zostało w art. 43 ust. 3 ustawy *o transporcie kolejowym*.

Zakwestionowane działania PKP Cargo

- (26) Świadczenie usług przewozowych przez PKP Cargo do dnia 30 czerwca 2008 r. regulowane było przez wielokrotnie zmieniane „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.” (dalej także: „Zasady sprzedaży”), zaś od 1 lipca 2008 r. obowiązującą w tym zakresie regulacją jest „Regulamin sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A.”.

Dowód:

- Pismo CTL Logistics z dnia 22 czerwca 2006 r., k. 2 akt adm.,
- Pismo PKP Cargo z dnia 8 września 2006 r., k. 565 akt adm.,
- Pismo PKP Cargo z dnia 28 stycznia 2009 r., k. 962 i nast. akt adm.

- (27) Składając wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego CTL Logistics zaskarżył jako naruszający art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy § 5 ust. 6-10 „Zasad sprzedaży” obowiązujący od 1 maja 2006 r. do dnia 1 lipca 2007 r. w następującej postaci:
„6. Przedsiębiorcę, który posiada ważną licencję na wykonywanie kolejowych przewozów towarowych i faktycznie wykonuje działalność w zakresie objętym licencją, określa się mianem Konkurenta PKP CARGO S.A.

7. Konkurentem PKP CARGO S.A. jest również przedsiębiorca:

- 1) który jest przedsiębiorcą dominującym (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) w stosunku do przedsiębiorcy (tj. Konkurenta PKP CARGO S.A.), o którym mowa w ust. 6,
- 2) wobec którego przedsiębiorca (tj. Konkurent PKP CARGO S.A.), o którym mowa w ust. 6 jest podmiotem dominującym w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- 3) który z przedsiębiorcą, o którym mowa w ust. 6, należy do tej samej grupy kapitałowej.

8. Konkurentem PKP CARGO S.A. w rozumieniu ust. 6 i ust. 7 nie jest przedsiębiorca, który wykonuje przewozy kolejowe wyłącznie na potrzeby własne lub spółek z grupy kapitałowej, do których należy.

9. Konkurent PKP CARGO S.A. może być jednocześnie Klientem PKP CARGO S.A. w rozumieniu niniejszych Zasad sprzedaży, w zakresie realizacji:

- 1) wszelkich przewozów - na warunkach ogólnych, z zastrzeżeniem pkt 2),
- 2) przewozów towarów (poz. NHM¹) nie przewożonych przez Konkurenta - z zastosowaniem umów specjalnych i umów wieloletnich.

10. PKP CARGO S.A. może wypowiedzieć umowę specjalną i umowę wieloletnią zawartą z Klientem, który w okresie jej obowiązywania stanie się Konkurentem PKP CARGO S.A. w rozumieniu ust. 6 i ust. 7 i podejmie przewozy towarów (poz. NHM) objętych daną umową specjalną lub wieloletnią”.

Dowód:

- Pismo CTL Logistics z 22 czerwca 2006 r., k. 1-2 akt adm.

- (28) Wyjaśnić jednocześnie należy, iż zgodnie z § 5 ust. 5 „Zasad sprzedaży” w wersji obowiązującej od dnia 1 maja 2006 r. oraz w kolejnych wersjach obowiązujących od dnia 1 lipca 2007 r. PKP Cargo oferowało realizację usług przewozowych:

- 1) na zasadach ogólnych,
- 2) z zastosowaniem umów wieloletnich,
- 3) z zastosowaniem umów specjalnych.

- (29) Usługi przewozowe na zasadach ogólnych były standardową formą świadczenia usług przez PKP Cargo. Polegały one na świadczeniu usług w oparciu o umowy przewozu, zawierane bez dodatkowych warunków w kasach towarowych. PKP Cargo w przypadku tego typu umów nie miało możliwości zaplanowania potencjału przewozowego ani też organizacji przewozu, skutkiem czego ta forma przewozu była najdroższa. Spółka stosowała przy umowach realizowanych na zasadach ogólnych stały upust od opłaty określonej w „Taryfie Towarowej PKP Cargo S.A.” w wysokości 25%.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z dnia 2 sierpnia 2006 r., k. 1284 verte -1285 akt adm.,

- Pismo PKP Cargo z dnia 31 marca 2009 r., k. 1172 akt adm.

- (30) Celem świadczenia usług przewozowych w ramach umów wieloletnich było ukształtowanie długoletnich i stabilnych stosunków biznesowych PKP Cargo z

¹ NHM (franc. *Nomenclature Harmonisee Marchandises*) – Zharmonizowany Spis Towarów służy do określenia w liście przewozowym nazwy towaru oraz numeru pozycji (kodu), do której zaliczony jest dany towar.

klientem, uwzględniających planowane przez klienta w przyszłości przewozy w określonych relacjach. Umowy te zawierane były z klientami deklarującymi na okres obowiązywania umowy (powyżej 12 miesięcy) zlecenie do przewozu we wskazanych przez siebie relacjach określonej ilościowo masy towarów. Upusty i inne warunki handlowe określone były w drodze negocjacji przy uwzględnieniu taryfy właściwej dla danego przewozu oraz kryteriów udzielania upustów w umowach wieloletnich.

- (31) Umowa wieloletnia umożliwiała PKP Cargo dokładne dostosowanie zapotrzebowania na tabor towarowy do rzeczywistych potrzeb przewozowych oraz precyzyjne zamówienie tras kolejowych w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., zaś klientom stabilność kosztów transportu w okresie obowiązywania umowy.

Dowód:

- *Pismo PKP Cargo z dnia 2 sierpnia 2006 r., k. 1286 verte -1288 akt adm.*

- (32) Usługi przewozowe realizowane w ramach umów specjalnych miały na celu zaktywizowanie i ukształtowanie stabilnych i stałych kontaktów z kontrahentami w krótszym okresie, tj. od 3 do 12 miesięcy. Umowy specjalne charakteryzowały się stosowaniem przez Spółkę upustów od „Taryfy Towarowej PKP Cargo S.A.” i taryf międzynarodowych. Upusty te przyznawane były zgodnie z „Zasadami sprzedaży usług przewozów towarowych przez PKP Cargo S.A. – tabele upustów”, zaś ustalanie ich wielkości nie miało charakteru negocjacyjnego.
- (33) Umowy specjalne zawierane były z klientami zlecającymi do przewozu określoną ilościowo masę towarów według pozycji NHM, z podziałem na kwartały kalendarzowe. W umowach tych przyznawano upusty podstawowe i dodatkowe. Upust podstawowy ustalany był od opłaty z tytułu przewoźnego (naliczanej według właściwej taryfy) dla danego przewozu z uwzględnieniem m. in.:
- 1) sumy masy rzeczywistej towaru danej pozycji NHM lub zbioru pozycji NHM przewiezionej w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, w danym rodzaju komunikacji, lub
 - 2) sumy Intermodalnych Jednostek Transportowych UTI przewiezionych w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, według danej umowy w danym rodzaju komunikacji

oraz rodzaju komunikacji, odległości i relacji przewozu, rodzaju użytego do przewozu wagonu oraz technologii przewozu.

- (34) Upust podstawowy był taki sam przez cały okres obowiązywania umowy specjalnej. Natomiast wysokość upustu dodatkowego uzależniano od wielkości zadeklarowanej masy towaru w stosunku do masy faktycznie przewiezionej w ciągu ostatnich 12 miesięcy. Upust ustalany był w wysokości od 2% do 6%.
W ramach umowy specjalnej klient zobowiązywał się do:

- zlecenia do przewozu PKP Cargo w okresie trwania umowy ilości masy towarów w rozbiciu na kwartały,
- przesyłania miesięcznych harmonogramów przewozów całopociągowych w terminie do 10 dnia kalendarzowego miesiąca poprzedzającego,

- dokonywania ewentualnej korekty harmonogramów przesyłek całopociągowych z wyprzedzeniem co najmniej 14 dniowym.

Dowód:

- *Pismo PKP Cargo z dnia 2 sierpnia 2006 r., k. 1285-1286 akt adm.*

Informacje dotyczące wielkości upustów udzielanych kontrahentom w ramach umów specjalnych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PKP Cargo (zawarte są w piśmie Spółki z 10 lutego 2009 r., k. 1147 akt adm.).

- (35) W myśl kwestionowanych przez Wnioskodawcę postanowień „Zasad sprzedaży” podmiot uznany za konkurenta PKP Cargo, mógł być klientem PKP Cargo tylko na zasadach ogólnych. Współpraca PKP Cargo i konkurenta na zasadach szczególnych, tj. w ramach umów wieloletnich lub specjalnych, mogła dotyczyć jedynie towarów nieprzewożonych przez konkurenta w ramach własnej działalności.

Dowód:

- *Pismo CTL Logistics z dnia 22 czerwca 2006 r., k. 6 akt adm.*

- (36) Informacje dotyczące liczby poszczególnych rodzajów umów zawartych na zasadach szczególnych (tj. umów specjalnych i wieloletnich) w latach 2004-2007 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PKP Cargo (zawarte są w piśmie PKP Cargo z dnia 14 stycznia 2009 r., k. 934 akt adm.).
- (37) Informacje dotyczące procentowego udziału towarów przewiezionych w ramach umów zawartych na zasadach szczególnych (tj. umów specjalnych i wieloletnich) w latach 2004-2007 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PKP Cargo (zawarte są w piśmie PKP Cargo z dnia 14 stycznia 2009 r., k. 935 akt adm.).
- (38) PKP Cargo wielokrotnie zmieniało „Zasady sprzedaży”, a wskutek zmiany wprowadzonej w życie dnia 1 lipca 2007 r. umowy specjalne zastąpione zostały przez umowy handlowe, w ramach których od tego czasu przewoźnik świadczy usługi przewozowe na zasadach szczególnych.

Dowód:

- *Pismo PKP Cargo z dnia 2 kwietnia 2008 r., k. 759 akt adm.*

Stanowisko Wnioskodawcy

- (39) Wnioskodawca podniósł, iż umowy specjalne przewidziane w „Zasadach sprzedaży”, których dotyczy wniosek z dnia 22 czerwca 2006 r. charakteryzowały się preferencyjnymi warunkami cenowymi z uwagi na wielkości zlecanych przewozów, zaś oferowane w ramach tych umów upusty miały być dostępne na równych zasadach dla wszystkich kontrahentów PKP Cargo stale z nim współpracujących. Wprowadzając jednak kwestionowane postanowienia do „Zasad sprzedaży” PKP Cargo wykluczyło możliwość współpracy w ramach umów wieloletnich i specjalnych z podmiotami uznanymi za swoich konkurentów w zakresie realizacji przewozów towarów, które konkurent sam przewozi. PKP Cargo wprowadziło przy tym do „Zasad sprzedaży” definicję konkurenta (przedsiębiorca, który posiada ważną licencję na wykonywanie kolejowych przewozów towarowych i faktycznie wykonuje

działalność w zakresie objętym licencją), przyznając sobie prawo wypowiedzenia umowy specjalnej lub wieloletniej z kontrahentem, który „w okresie jej obowiązywania stanie się konkurentem PKP Cargo i podejmie przewozy towarów (poz. NHM) objętych daną umową specjalną lub wieloletnią”.

- (40) Wnioskodawca podniósł przy tym, iż w związku z treścią § 5 ust. 7 „Zasad sprzedaży” wszystkie spółki zależne od CTL Logistics traktowane były jak konkurent.

Dowód:

- Pismo CTL Logistics z dnia 22 czerwca 2006, k. 6-7 akt adm.

- (41) CTL Logistics podkreślił, że konsekwencją powyższych postanowień „Zasad sprzedaży” był fakt, że przewoźnik uznany za konkurenta PKP Cargo mógł być jego klientem w zakresie towarów, które sam przewozi tylko na zasadach ogólnych, a zatem bez uwzględnienia upustów wynikających z umów specjalnych. Jak z tego wynika, przewoźnik kolejowy chcąc skorzystać z upustów przewidzianych w umowach specjalnych, był zmuszony do ograniczenia swojej działalności do niektórych tylko towarów.
- (42) Zdaniem CTL Logistics, zarzucana PKP Cargo praktyka naruszała interes publiczny, gdyż stosowana była wobec wszystkich podmiotów zainteresowanych współpracą z PKP Cargo w zakresie umów specjalnych, a będących jednocześnie konkurentami Spółki oraz wszystkich podmiotów prowadzących działalność w zakresie przewozów towarów kolejną. W efekcie działań dominanta ograniczony został dostęp do rynku usług przewozowych kolejną, również innym poza Wnioskodawcą przewoźnikom oraz przedsiębiorcom, którzy zamierzali dopiero wejść na rynek.

Dowód:

- Pismo CTL Logistics z dnia 22 czerwca 2006 r., k. 7-10 akt adm.

- (43) W opinii CTL Logistics rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek kolejowych przewozów towarowych, a inne rodzaje transportu (samochodowy, żegluga śródlądowa) nie mogły być uznane za pełne substytuty.
- (44) Według Wnioskodawcy za przyjęciem, że na tak rozumianym rynku PKP Cargo posiada pozycję dominującą przemawiał fakt, że spółka ta była na nim monopolistą, a ponadto może sobie pozwolić na dowolne kształtowanie stosunków umownych z kontrahentami, o czym świadczyć miała treść § 19 ust. 2 „Zasad sprzedaży” zgodnie, z którym „PKP Cargo zastrzega sobie możliwość wprowadzania zmian do zasad sprzedaży (...) lub wprowadzania nowych Zasad sprzedaży (...) w każdym czasie”.

Dowód:

- Pismo CTL Logistics z dnia 22 czerwca 2006 r., k. 10-12 akt adm.

- (45) Stosując zarzucaną praktykę PKP Cargo mogło, w opinii Wnioskodawcy, eliminować rodzącą się konkurencję na rynku przewozów kolejną arbitralnie stwierdzając, że kontrahent spółki nie może równocześnie prowadzić tego rodzaju działalności. Praktyka ta pozbawiała innych przewoźników możliwości uczestniczenia w obrocie na korzystniejszych warunkach, zabezpieczając jednocześnie Spółkę przed liberalizacją rynku przewozów towarowych i wejściem na rynek innych

przewoźników. Zachowanie rynkowe PKP Cargo działało negatywnie wobec wszystkich przedsiębiorców korzystających z możliwości zawierania umów specjalnych, a pośrednio we wszystkie podmioty zlecające przewozy towarów koleją, pozbawiając je możliwości wyboru oferty innej niż PKP Cargo.

- (46) Zadaniem Wnioskodawcy, wobec takiej praktyki PKP Cargo, realną możliwość prowadzenia działalności konkurencyjnej wobec dominującego przewoźnika miały wyłącznie podmioty, które nie korzystały w żaden sposób z jego usług oraz nie należały do grupy kapitałowej, w skład której wchodził przedsiębiorcy korzystający z usług PKP Cargo.
- (47) W opinii CTL Logistics treść „Zasad sprzedaży” stwarzała podstawę do niejednolitego i dyskryminacyjnego traktowania konkurentów z uwagi na dowolność w zakresie kształtowania ich wzajemnych stosunków (PKP Cargo mogło wypowiedzieć umowę specjalną w sytuacji, gdy kontrahent podjął przewozy towarów objęte tymi umowami).
- (48) Jednocześnie wnioskodawca przedstawił pisma Spółki, z których w jego ocenie wynika, że PKP Cargo odmawiało przedsiębiorcom konkurencyjnym zawarcia umów specjalnych i wieloletnich - pisma Spółki z dnia 24 i 26 kwietnia 2006 r. (nr CHR1-S-811-218-2006 i CHR2-1a-811-6/2005) do CTL Logistics. W pismach tych dominant odmawia zawarcia umów specjalnych na przewóz węgla kamiennego, koksu oraz nawozów sztucznych, powołując się na zakwestionowane w niniejszej decyzji postanowienia „Zasad sprzedaży”. PKP Cargo wskazuje w ww. pismach, że CTL Logistics jest w rozumieniu „Zasad sprzedaży” konkurencyjnym przewoźnikiem kolejowym, a w tej sytuacji dalsza współpraca jest możliwa jedynie na warunkach wynikających z taryfy towarowej PKP Cargo.

Dowód:

- *Pismo CTL Logistics z 22 czerwca 2006 r., k. 6-7 akt adm.,*
- *Pismo PKP Cargo z 24 kwietnia 2006 r., k. 36 akt adm.,*
- *Pismo PKP Cargo z 26 kwietnia 2006 r., k. 79 akt adm.*

- (49) Wnosząc pismem z 21 sierpnia 2008 r. o nadanie decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe rygoru natychmiastowej wykonalności, CTL Logistics podniósł, że stosując zarzucaną praktykę, PKP Cargo eliminowało z rynku przewoźników prywatnych hamując proces liberalizacji rynku przewozów koleją w Polsce. Zdaniem Wnioskodawcy kwestionowana praktyka PKP Cargo była tożsama z praktyką zakazaną decyzją Prezesa UOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r. nr DOK-50/2004 r., która również wymuszała na konkurentach dominanta powstrzymanie się od działalności konkurencyjnej w zakresie towarów objętych łączącą strony umową wieloletnią. CTL Logistics zwróciło uwagę na fakt, że wspomniana decyzja organu była opatrzona rygorem natychmiastowej wykonalności, a jej skutkiem na rynku było wzmocnienie konkurencji i będące jego wynikiem obniżenie przewoźnego, na co Wnioskodawca podał stosowne przykłady.

Dowód:

- *Pismo CTL Logistics z 21 sierpnia 2008 r., k. 836-841 akt adm.*

- (50) Po podjęciu postępowania przez Prezesa UOKiK pismem z 14 października 2014 r. Wnioskodawca podtrzymał stanowisko zawarte we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego wskazując jednocześnie, że PKP Cargo stosowało praktykę, o której mowa w postanowieniu o wszczęciu z dnia 15 grudnia 2006 r. przynajmniej do 30 czerwca 2008 r., tj. do daty wprowadzenia w życie „Regulaminu sprzedaży usług przewozów towarowych” przez Spółkę.

Dowód:

- *Pismo CTL Logistics z 14 października 2014 r., k. 2639 akt adm.*

Stanowisko PKP Cargo

- (51) Ustosunkowując się do postawionego w sprawie zarzutu PKP Cargo stwierdziło, że stawiany Spółce zarzut jest bezpodstawny, zaś wprowadzone do „Zasad sprzedaży” zmiany nie mogą być uznane za barierę do powstania bądź rozwoju konkurencji.
- (52) Odnosząc się do określenia jako rynku właściwego w sprawie krajowego rynku przewozu towarów koleją PKP Cargo podkreśliło, że jest ona błędna. Zdaniem Spółki Wnioskodawca oparł ją na orzecznictwie Prezesa UOKiK zawierającym analizy rynkowe sektora transportu towarów w latach 2002-2003, przez co nie uwzględnił zmian jakie zaszły w sektorze od tego czasu. Wnioskodawca nie przedstawił, w opinii PKP Cargo, innych argumentów uzasadniających tezę, że rynek właściwy w sprawie powinien zostać określony jak we wniosku o wszczęcie postępowania. Zdaniem PKP Cargo, wbrew twierdzeniom CTL Logistics, transport samochodowy jest substytucyjny wobec przewozów towarów koleją, co znajduje potwierdzenie w przytaczanych przez Spółkę danych statystycznych GUS dotyczących przewozu minerałów surowych i przetworzonych. W sytuacji, gdy spada wielkość przewozu towarów przez kolej, wzrasta przewóz tych materiałów przy wykorzystaniu transportu samochodowego – takie wzajemne przejmowanie ładunków między ww. gałęziami transportu świadczy o ich substytucyjności.
- (53) Teza powyższa znajduje, zdaniem PKP Cargo, potwierdzenie także w spadku średniej odległości przewozu 1 tony ładunku w 2005 r. w transporcie kolejowym (do 185 km z 205 km w 2003 r.) oraz wzroście tej wielkości w transporcie samochodowym w latach 2003 - 2006 z 153 do 165 km.

Dowód:

- *Pismo PKP Cargo z 15 stycznia 2007 r., k. 463-474 akt adm.*

- (54) Jako dodatkowy argument PKP Cargo powołuje podejście Komisji Europejskiej do zagadnień transportu – przyjęte przez Komisję założenia polityki transportowej do roku 2020 wskazują na intensywniejsze wykorzystanie przewozów kolejowych i morskich w przyszłości kosztem transportu samochodowego. Jednym z programów unijnych realizowanych w powyższym zakresie jest program REORIENT, którego celem jest sformułowanie koncepcji transeuropejskich kolejowych korytarzy transportowych, które mogłyby konkurować z transportem samochodowym, zaś partnerem programu po stronie polskiej jest grupa kapitałowa CTL.
- (55) Jednocześnie PKP Cargo zastrzegło, że nawet w przypadku uznania za prawidłową definicji rynku w wymiarze produktowym podnoszonej przez CTL Logistics,

zachodzące na rynku zmiany przemawiają za przyjęciem, że w wymiarze geograficznym rynek właściwy powinien być definiowany szerzej niż rynek krajowy. PKP Cargo podniosło, że z dniem 1 stycznia 2007 r. polski rynek kolejowy został otwarty na zagranicznych przewoźników, co oznacza zniesienie barier prawnych dla podmiotów zagranicznych – zagraniczny przewoźnik może prowadzić w Polsce działalność w zakresie przewozu towarów koleją na podstawie licencji wydanej przez właściwy organ kraju członkowskiego UE. Argument ten jest w ocenie Spółki o tyle ważny, że zagraniczni przewoźnicy posiadają dostęp do odpowiedniej infrastruktury (tabor w postaci lokomotyw i wagonów) dzięki czemu nie będą oni zmuszeni dokonywać znaczących inwestycji na rozpoczęcie działalności w Polsce.

- (56) Zdaniem PKP Cargo, nawet uznawszy, że brak barier prawnych dla wejścia zagranicznych przewoźników na polski rynek przewozów towarów koleją nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia szerszej niż krajowa definicji rynku, to wspomniane podmioty, jako potencjalni konkurenci PKP Cargo, powinny zostać uwzględnione przy określaniu siły rynkowej spółki. Stanowisko takie znajduje, w opinii PKP Cargo, potwierdzenie zarówno w krajowym jak i unijnym orzecznictwie i doktrynie. Przyjęcie powyższego założenia pozwala stwierdzić, że przewoźnik nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie, nie jest on także w stanie prowadzić niezależnej od klientów i kontrahentów polityki handlowej, co znajduje potwierdzenie w rosnącym udziale rynkowym prywatnych przewoźników oraz wygranych przez nich przetargach na obsługę przewozów, których organizatorzy zrezygnowali z usług PKP Cargo.

Dowód:

- *Pismo PKP Cargo z 15 stycznia 2007 r., k. 463-474 akt adm.*

- (57) W ocenie PKP Cargo, wprowadzone przez spółkę, a zaskarżone przez CTL Logistics zmiany „Zasad sprzedaży” były obiektywnie uzasadnione i wynikały z nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez konkurentów będących jednocześnie jej klientami. Według PKP Cargo, konkurenci Spółki przejmowali jej klientów wykorzystując informacje uzyskane z racji współpracy z PKP Cargo w ramach umów wieloletnich i specjalnych, dzięki którym byli w stanie przedstawić atrakcyjną dla klientów ofertę, skupiając się na przejęciu najbardziej opłacalnych przewozów całopociągowych. PKP Cargo podniosło, że CTL Logistics jako spedytor zawierał umowy z gestorami ładunku, tj. nabywcami usługi przewozu, a następnie zlecał przewóz tych towarów PKP Cargo, na podstawie zawartych ze Spółką umów na zasadach szczególnych. Po rozpoczęciu działalności przewozowej Wnioskodawca wykorzystywał, zdaniem PKP Cargo, swoją działalność w roli spedytora do przejmowania klientów Spółki. Znając jako spedytor informacje dotyczące procesu przewozowego dla klienta (harmonogram przesyłek, wielkość przewozu, masa towaru, cena na przewóz), Wnioskodawca nie wykonywał umów zawartych z PKP Cargo, ale posiadając ww. informacje przedstawiał klientowi konkurencyjną ofertę.

Dowód:

- *Pismo PKP Cargo z 15 stycznia 2007 r., k. 474-500 akt adm.*

- (58) Jako przykład takiego przejęcia klienta PKP Cargo podało nawiązanie przez CTL Rail Sp. z o.o. współpracy z Zakładami Azotowymi „Puławy” S.A. przez co przychody Spółki zmniejszyły się. Informacja wskazująca kwotę, o którą zmniejszyły się

przychody Spółki z tego tytułu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zawarta jest w piśmie PKP Cargo z dnia 15 stycznia 2007 r., k. 388 akt adm. Zatem zmianę zasad współpracy handlowej z konkurencyjnymi przewoźnikami PKP Cargo uzasadniało potrzebą ochrony swoich interesów naruszanych przez nieuczciwe praktyki rynkowe konkurentów. Wedle wyjaśnień Spółki *„u podstaw wprowadzenia zmian do Zasad Sprzedaży leżała (...) potrzeba ograniczenia katalogu przypadków pozwalających na zawieranie umów specjalnych i wieloletnich z konkurentami Spółki w celu uniknięcia udzielania preferencyjnych warunków umownych klientom pośredniczącym w sprzedaży usługi przewozu, a jednocześnie występującym w roli konkurenta”*.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z 15 stycznia 2007 r., k. 477-480 akt adm.

- (59) PKP Cargo uznało za „nietrafne” twierdzenia Wnioskodawcy o braku możliwości wykonywania przez innych przewoźników przewozów na rzecz klientów oraz niekonkurencyjności ich oferty bez posiadania umów specjalnych z PKP Cargo. Zdaniem Spółki zawarcie tych umów nie stanowiło koniecznego warunku dla prowadzenia przez konkurentów działalności przewozowej, co znajdowało potwierdzenie w ich rosnących udziałach rynkowych i fakcie dysponowania odpowiednią infrastrukturą kolejową (lokomotywy i wagony). Ponadto kwestionowane przez Wnioskodawcę postanowienia „Zasad sprzedaży” w żaden sposób nie ingerowały w przewozy dokonywane przez konkurencyjnych przewoźników, zaś zawarcie umowy specjalnej nie należało do warunków umożliwiających rozpoczęcie działalności w zakresie przewozów towarów kolejną.
- (60) PKP Cargo podkreśliło ponadto, że zarzut Wnioskodawcy jest bezzasadny w świetle dotychczasowego orzecznictwa, zgodnie z którym polityka rynkowa dominanta wobec konkurentów, u której legła potrzeba natury gospodarczej, technicznej lub prawnej nie stanowi nadużycia pozycji dominującej, jeżeli w działaniach zachowana zostaje zasada proporcjonalności. Przedsiębiorca dominujący ma bowiem prawo chronić własne interesy rynkowe w sytuacji, gdy są one zagrożone na skutek działań innych przedsiębiorców, w tym swoich klientów.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z 15 stycznia 2007 r., k. 491-494 akt adm.

- (61) W okolicznościach przedmiotowej sprawy kwestionowane zachowanie PKP Cargo było *„działaniem obronnym przeciwko nieuczciwym praktykom dokonywanym wobec niej przez prywatnych przewoźników, próbą obrony swojej malejącej pozycji na rynku i działaniem mającym na uwadze interes gospodarczy spółki”*. W ocenie Spółki, w żaden sposób nie utrudniała ona prowadzenia działalności przewoźnikom konkurencyjnym, oferując im dodatkowo możliwość korzystania z usług przewozowych świadczonych na zasadach ogólnych.
- (62) PKP Cargo stoi na stanowisku, że miało prawo do odmiennego traktowania konkurentów od pozostałych swoich klientów, tj. nie musiało im oferować preferencyjnych warunków cenowych w ramach umów specjalnych – nie miało bowiem obowiązku wspierania konkurentów i ułatwiania im wzmacniania siły rynkowej własnym kosztem.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z 15 stycznia 2007 r., k. 494-495 akt adm.

- (63) PKP Cargo podniosło ponadto, iż z uwagi na fakt, że zarzucane jej działanie nie narusza art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, nie doszło do zagrożenia ani naruszenia interesu publicznego. Jak wcześniej nadmieniono PKP Cargo kwestionowane postanowienia „Zasad sprzedaży” w żaden sposób nie ograniczały działalności konkurencyjnych przewoźników oraz nie tworzyły barier wejścia na rynek.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z 15 stycznia 2007 r., k. 502-504 akt adm.

- (64) W ocenie PKP Cargo, CTL Logistics składając wniosek z dnia 22 czerwca 2006 r. próbował wykorzystać przewidziane w Ustawie mechanizmy w celu ochrony indywidualnego interesu jego grupy kapitałowej.
- (65) W piśmie z 26 stycznia 2007 r., PKP Cargo raz jeszcze stwierdziło, że nie zgadza się z postawionym zarzutem nadużywania pozycji dominującej, a zarzucane jej zachowanie było działaniem obiektywnie uzasadnionym, następstwem „wymierzonej przeciwko interesom Spółki polityki rynkowej konkurencyjnych przewoźników”. PKP Cargo powtórnie opisało mechanizm przejmowania klientów przez innych przewoźników oraz na poparcie swoich argumentów przytoczyło szacunkowe wielkości strat poniesionych przez Spółkę na skutek przejmowania przez konkurentów (w tym Wnioskodawcę) jej dotychczasowych kontrahentów.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z 26 stycznia 2007 r., k. 664-670 akt adm.

- (66) Spółka kwestionuje także twierdzenie Wnioskodawcy jakoby przewóz pojedynczych wagonów mógł być realizowany tylko przez PKP Cargo z uwagi na jego potencjał, zwracając uwagę na fakt, że CTL Logistics miał w swojej ofercie świadczenie usług przesyłek towarowych wagonowych, o czym świadczą odpowiednie postanowienia w „Regulaminie Przesyłek Towarowych CTL Logistics S.A.”.
- (67) Zdaniem PKP Cargo, Wnioskodawca dążył poprzez przedmiotowe postępowanie antymonopolowe do przywrócenia możliwości zlecenia Spółce przewozów rozproszonych na preferencyjnych warunkach cenowych, co oznaczałoby dla PKP Cargo finansowanie działalności konkurentów, którą mogą oni prowadzić we własnym zakresie.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z 2 kwietnia 2008 r., k. 763 - 765 akt adm.

- (68) PKP Cargo podkreśliło ponadto, powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE², że nie naruszało jako dominant art. 8 Ustawy odmawiając

² Wyrok Trybunału z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97, *Oscar Bronner vs Mediaprint*, „Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 3: Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1990-2004” pod red. A. Jurkowskiej i T. Skoczego, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006, s. 285 i nast.

innemu przedsiębiorcy instrumentów do prowadzenia działalności gospodarczej na innym rynku, gdy nie prowadzi to do wykluczenia wszelkiej konkurencji na rynku, na którym działa kontrahent oraz, gdy ww. instrumenty nie są niezbędne do prowadzenia działalności na tym rynku, a nadto wchodzi w tym zakresie w grę inna, rzeczywista lub potencjalna, alternatywa.

- (69) Wedle PKP Cargo fakt, że żaden inny przewoźnik konkurencyjny poza CTL Logistics nie uznawał okoliczności, iż PKP Cargo nie zawierało z nimi umów na warunkach szczególnych w zakresie towarów przewożonych przez nich w ramach własnej działalności, za istotną przeszkodę w rozwoju konkurencji, świadczy o braku przesłanki interesu publicznoprawnego w niniejszej sprawie.
- (70) W opinii PKP Cargo uznanie zarzucanej Spółce w niniejszym postępowaniu praktyki za ograniczającą konkurencję spowoduje, że Spółka:
- utraci instrument niezbędny do ochrony jej interesów handlowych i będzie finansować z własnych środków działalność konkurencyjnych przewoźników,
 - będzie zmuszona ujawniać konkurencyjnym przewoźnikom warunki handlowe oferowane klientom,
 - będzie zmuszona „odkryć” całą swoją politykę cenową, w tym przedstawiać oferty na usługi przewozowe konkurentom, którzy zamierzają startować w tych samych przetargach, co spowoduje lawinowe przejmowanie jej przewozów przez konkurentów.
- (71) Zdaniem PKP Cargo decyzja uznająca skarżone przez CTL Logistics praktyki za sprzeczne z Ustawą „*oznaczała będzie w perspektywie czasu eliminację Spółki z rynku metodami administracyjnymi*”.

Dowód:

- Pismo PKP Cargo z 19 czerwca 2009 r., k. 2470-2471 akt adm.

- (72) W odpowiedzi na informację o podjęciu postępowania antymonopolowego z dnia 20 sierpnia 2014 r. Spółka podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Zakres przedmiotowy prowadzonego postępowania

- (73) Sąd Najwyższy wydając wyrok z dnia 3 października 2013 r., III SK 67/12, uznał za zasadny zarzut PKP Cargo dotyczący niedopuszczalności zmiany w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, jeżeli zmiana ta polega na rozszerzeniu zakresu przedmiotowego postępowania. Zdaniem Sądu Najwyższego przepisy Ustawy w związku z art. 126 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm., dalej jako: k.p.a.) i art. 110 k.p.a. nie upoważniały Prezesa UOKiK do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Sąd Najwyższy uznał również za zasadny zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm., dalej jako: k.p.c.), poprzez nieudzielenie ochrony prawnej PKP Cargo w sytuacji, gdy art. 131 ustawy z dnia 16

lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie upoważniał Prezesa UOKiK do stosowania przepisów materialnych Ustawy do oceny zachowania Spółki mającego miejsce po wejściu w życie ustawy z 16 lutego 2007 r.

- (74) Na skutek powyższego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, SOKiK rozpoznając po raz kolejny sprawę uchylił decyzję nr DOK-3/2009 wskazując, że „w niniejszej sprawie był związany wykładnią prawa dokonaną w postępowaniu kasacyjnym przez Sąd Najwyższy zgodnie z treścią art. 398²⁰ k.p.c.”. SOKiK podzielił zatem ocenę prawną zawartą w wyroku Sądu Najwyższego.
- (75) W związku z powyższym, Prezes UOKiK podejmując na nowo postępowanie antymonopolowe wyjaśnił stronom, że postępowanie prowadzone jest pod zarzutem określonym w pierwotnym postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, tj. w postanowieniu z dnia 15 grudnia 2006 r. Powyższe wynikało ze stanowiska sądów, zgodnie z którym niedopuszczalna była zmiana postanowienia o wszczęciu, bowiem doprowadziła ona do rozszerzenia zakresu przedmiotowego postępowania.
- (76) W związku z tym Prezes UOKiK uznał, że postępowanie antymonopolowe powinno być prowadzone w przedmiocie, którego zakres wyznaczyło postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 15 grudnia 2006 r. Tym samym postępowanie prowadzone jest w sprawie nadużywania przez PKP Cargo pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży ...”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia PKP Cargo do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi za jego konkurentów.

Przepisy mające zastosowanie w sprawie

- (77) Postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. PKP Cargo, postawiono zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt. 5 ww. ustawy.
- (78) W dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Zgodnie z art. 131 ust. 1 tej ustawy, do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Jednocześnie w toku niniejszego postępowania antymonopolowego ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* została zmieniona na podstawie ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. poz. 945). Jednakże, zgodnie z art. 3 ustawy zmieniającej do uprzednio wszczętego postępowania stosuje się przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r. W związku z powyższym, decyzja w niniejszej sprawie została wydana na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (79) W wyroku z dnia 3 października 2013 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „Kontynuując po 21 kwietnia 2007 r. postępowanie wszczęte w dniu 15 grudnia 2006 r. Prezes

Urzędu mógł stosować materialne przepisy uokik 2000 tylko w odniesieniu do zachowania powoda z okresu poprzedzającego wejście w życie uokik 2007. Po wejściu w życie uokik 2007 zachowanie powoda, które miało miejsce po 21 kwietnia 2007 r. powinno podlegać ocenie na podstawie przepisów uokik 2007”.

- (80) Jednakże Sąd Najwyższy wskazał, że zastosowanie przepisów materialnych Ustawy (art. 8 ust. 5) nie stanowi wady skutkującej uchyleniem decyzji z uwagi na fakt, że Prezes UOKiK miał kompetencję do wydania decyzji o tożsamej treści na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Jak stwierdził Sąd Najwyższy „Rozumowanie to jest adekwatne w niniejszej sprawie – nie zmieniły się bowiem przesłanki zakazu nadużywania pozycji, zaś treść praktyki przypisanej powodowi na podstawie art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik 2000 jest taka sama w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik 2007. Norma wynikająca z przepisów starych i nowych jest w konsekwencji taka sama”. Według dalszej części wyводу Sądu Najwyższego „rozumowanie to odnosi się tylko do ewentualnego »rozciągnięcia« w czasie zastosowania przepisów uokik 2000 do tego samego zachowania powoda, które miało miejsce w okresie obowiązywania uokik 2000, a następnie było kontynuowane po wejściu w życie uokik 2007”.
- (81) Mając na względzie powyższe, Prezes UOKiK dokonał oceny praktyki stwierdzonej niniejszą decyzją pod kątem naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Wskazać przy tym należy, że zakaz o którym mowa sformułowany był w sposób tożsamy w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Interes publicznoprawny

- (82) Podstawą do zastosowania przez Prezesa UOKiK przepisów Ustawy, jest ustalenie, czy w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ww. ustawy określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Wobec powyższego uznać należy, że regulacja ta należy do sfery prawa publicznego, a zatem instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony został interes publicznoprawny.
- (83) Interes publiczny w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym i w każdej sprawie powinien on być ustalony i konkretyzowany. Prezes UOKiK powinien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej³.
- (84) Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* ma zastosowanie, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku⁴. Jedynie bowiem w warunkach nieznieskształconej konkurencji

³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98.

przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw, której istotą jest współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie.

- (85) Zarazem należy podkreślić, że istnienie interesu publicznego musi być oceniane przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań przedsiębiorców na określonym rynku⁵. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym, charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Dobrem objętym ochroną przez przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza. Realizowana jednocześnie ochrona konsumentów, jako nabywców dóbr i usług oferowanych w warunkach konkurencji jest prowadzona niejako przy okazji, jakkolwiek stanowi ostateczny cel i przyczynę działań zmierzających do ochrony konkurencji.
- (86) Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub mogło wywołać na rynku niekorzystne – z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego – skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczającym jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki.
- (87) W ocenie Prezesa UOKiK praktyka zarzucana PKP Cargo w niniejszym postępowaniu wywierała wpływ na interesy szerokiego kręgu podmiotów działających na rynku przewozów towarowych koleją. Dotknięci omawianą w niniejszej decyzji zmianą „Zasad sprzedaży” zostali wszyscy konkurenci PKP Cargo – nie mogli oni bowiem nawiązać w zakresie przewożonych przez siebie towarów, współpracy ze Spółką w ramach umowy specjalnej. Tak więc opisywane działanie PKP Cargo dotyczyło w sposób bezpośredni wszystkich podmiotów prowadzących działalność w zakresie przewozu towarów koleją. Zaskarżone zmiany „Zasad sprzedaży” ograniczały dostęp do rynku usług przewozowych towarów koleją, również innym przedsiębiorcom, którzy zamierzali dopiero podjąć działalność przewozową. Działania PKP Cargo zmierzały do ograniczenia dostępu klientom do usług przewozów kolejowych towarów świadczonych przez innych przewoźników, którzy mogliby przedstawić ofertę konkurencyjną wobec Spółki.
- (88) Podsumowując należy więc stwierdzić, że zarzucana PKP Cargo praktyka dotyczyła interesów następujących podmiotów:
- przewoźników kolejowych świadczących usługi towarowego przewozu koleją,
 - podmiotów zamierzających taką działalność potencjalnie podjąć,
 - podmiotów zlecających przewozy towarowe koleją.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt: III SK 40/07.

- (89) Nie zasługuje zatem na uwzględnienie argument PKP Cargo, że CTL Logistics było jedynym podmiotem uznającym zarzucaną Spółce praktykę za ograniczającą konkurencję, a nadto czyniącym to w celu „załatwienia indywidualnych, prywatnych sporów”. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem, że PKP Cargo chcąc chronić własne interesy ekonomiczne przed określonymi działaniami dwóch konkurencyjnych przewoźników (Spółka wskazuje wyraźnie na działania tylko CTL Logistics i innego przedsiębiorcy, którego firma objęta tajemnicą przedsiębiorstwa PKP Cargo została wskazana w piśmie Spółki z 7 września 2006 r., k. 115 akt adm.) uznawanymi za nieuczciwe skonstruowała politykę handlową uderzającą w szeroki krąg podmiotów funkcjonujących na rynku właściwym i ich kontrahentów, podmiotów planujących wejście na rynek, a pośrednio także konsumentów.
- (90) Nawet gdyby przyjąć (hipotetycznie), że opisywane przez Spółkę zachowanie Wnioskodawcy miało charakter czynu nieuczciwej konkurencji, to reakcja PKP Cargo była, w ocenie Prezesa UOKiK, nieproporcjonalna jeśli chodzi o zakres jej oddziaływania i doprowadziła do naruszenia interesu publicznoprawnego. PKP Cargo powinno było zabezpieczyć swoje interesy przed nielojalnym, w swojej ocenie, zachowaniem kontrahenta w sposób nie naruszający przepisów Ustawy, podejmując odpowiednie działania w stosunku do konkretnych podmiotów, nie zaś zmieniając treść „Zasad sprzedaży” skierowanych do wszystkich rzeczywistych lub potencjalnych kontrahentów.
- (91) Wobec powyższego, z uwagi na szeroki krąg podmiotów dotkniętych (czy to faktycznie czy też potencjalnie) zarzucaną PKP Cargo praktyką stwierdzić należy, że sprawa niniejsza ma charakter publicznoprawny, a tym samym Prezes UOKiK może ją rozstrzygać w drodze postępowania antymonopolowego.

Rynek właściwy w sprawie

- (92) Działania przedsiębiorców, które mogą stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na rynku właściwym. Ustalenie rynku właściwego w danej sprawie ma zatem istotne znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów Ustawy. Przepis art. 4 pkt 8 Ustawy definiuje pojęcie rynku właściwego jako rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Natomiast towarem w rozumieniu art. 4 pkt 6 Ustawy są rzeczy, jak również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. Rynek właściwy należy wyznaczyć pod względem przedmiotowym (rynek produktowy) oraz terytorialnym (rynek geograficzny).
- (93) W przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK uznał, że rynkiem właściwym jest krajowy rynek kolejowych przewozów towarowych. Podzielił zatem argumentację przedstawioną w tym zakresie przez Wnioskodawcę. Uzasadniając powyższe należy wskazać co następuje.

A. rynek produktowy

- (94) Towary mogą być przewożone różnymi rodzajami transportu. Obok transportu kolejowego, wymienić należy tutaj transport drogowy, rurociągowy, lotniczy oraz żeglugę morską i śródlądową. Przedstawione przez Prezesa UOKiK poniżej dane z 2007 r. wskazują na masę przewożonych towarów, średnie odległości na jakich są one transportowane oraz na udział poszczególnych rodzajów przewozów w transporcie ogółem:

Tabela 1. Przewozy ładunków wg rodzajów transportu w 2007 r.

Rodzaj transportu	Tony (w tys. ton)	Tonokilometry (w mln.)	Średnia odległość przewozu 1 tony ładunku w km
Ogółem	1 532 728	267 309	-
Transport kolejowy	245 346	54 253,3	221
Transport samochodowy	1 213 246	159 527,1	131
Transport rurociągowy	52 866	23 513,2	445
Żegluga śródlądowa	9 792	1 337,9	137
Żegluga morska	11 432	28 579,6	2 500
Transport lotniczy	46	97,8	2 126

Źródło: GUS: *Transport – wyniki działalności w 2007 r.*, str. 84

- (95) Udział poszczególnych gałęzi transportu w wynikach transportu ogółem w 2007 r. przedstawia poniższa tabela:

Tabela 2. Udział poszczególnych gałęzi transportu w rynku usług przewozu ładunków

Rodzaj transportu	Tony	Udział
	(w tys. ton)	(w %)
Ogółem	1 532 728	100,00%
Transport kolejowy	245 346	16,01%
Transport samochodowy	1 213 246	79,16%
Transport rurociągowy	52 866	3,44%
Żegluga śródlądowa	9 792	0,64%
Żegluga morska	11 432	0,75%
Transport lotniczy	46	0,00%

Źródło: Obliczenia na podstawie danych GUS

- (96) Jak wynika z powyższego zestawienia przewóz towarów w Polsce był w 2007 r. prowadzony głównie w drodze transportu samochodowego i kolejowego, które razem realizowały około 95% tonażu całości przewozów ładunków.
- (97) Trendy zachodzące w sektorze transportu w dłuższym okresie obrazuje poniższa tabela przedstawiająca wielkość przewozów poszczególnymi rodzajami transportu w okresie 2000-2006.

Tabela 3. Przewozy ładunków (w tys. ton) poszczególnymi rodzajami transportu w Polsce w latach 2001-2006

Transport	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Samochodowy	996 517	931 190	911 997	956 939	1 079 761	1 113 880
Kolejowy	166 856	222 908	241 629	278 801	268 499	286 523
Rurociągowy	45 301	46 132	51 782	53 378	54 259	55 631
Żegluga morska	22 426	25 222	25 435	22 499	9 362	10 021
Żegluga śródlądowa	10 255	7 729	7 968	8 747	9 607	9 271
Transport ogółem	1 241 355	1 233 181	1 238 811	1 320 393	1 421 522	1 475 362

Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW oraz z Głównego Urzędu Statystycznego.

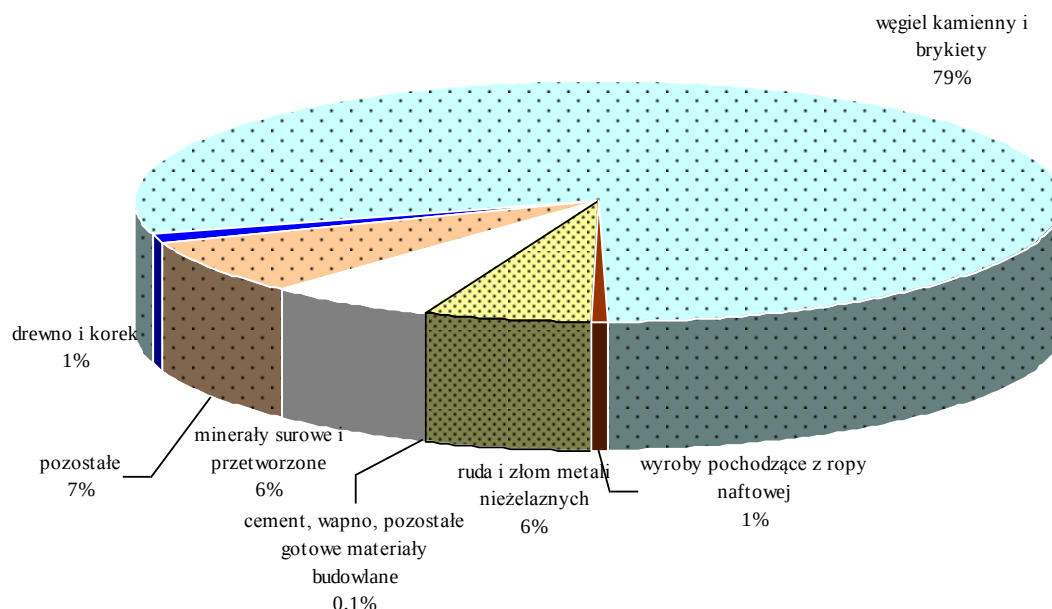
- (98) Spośród ww. rodzajów transportu, żeglugę śródlądową oraz morską, transport rurociągowy i lotniczy cechują znaczne ograniczenia infrastrukturalne, wpływające na małą dostępność tego typu usług oraz stosunkowo niewielką elastyczność przy zmianie relacji, co powoduje, że usługi transportu kolejowego nie są substytucyjne w stosunku do wymienionych innych rodzajów transportu.
- (99) 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, że ten rodzaj transportu stanowił w omawianych latach marginalną część transportu towarów ogółem w Polsce.
- (100) 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. Główne ośrodki przemysłowe znajdują się w południowej i centralnej części Polski. Podkreślenia wymaga fakt, że mimo stosunkowo niskich kosztów transportu wodnego, jego udział nie przekraczał w 2007 r. 1,4%.
- (101) Jeszcze bardziej marginalnym rodzajem transportu pozostawał transport lotniczy. Spowodowane to było przede wszystkim wysokimi kosztami stałymi oraz słabo rozbudowaną infrastrukturą lotniczą w Polsce. Jest również oczywiste, że 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.

- (102) Transport rurociągowy, podobnie jak żegluga śródlądowa, ma również ściśle ograniczony, przez swoją sieć, zasięg geograficzny. Dodatkowo należy wskazać, że za pomocą rurociągów można transportować tylko określone grupy towarów.
- (103) 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, że transport samochodowy miał w większym stopniu charakter lokalny (średnia odległość przewozu - 131 km, przy 221 km w transporcie kolejowym). Porównanie tych wskaźników z przewozem w tonokilometrach prowadzi do wniosku, że transport koleją towarów charakteryzował się również znacznie większą masą przewożonych towarów.
- (104) Koleją przewozi się w większości towary, których transport następuje w ilościach masowych (węgiel, koks, kruszywa). Jest to jedna z istotniejszych cech charakterystycznych dla transportu towarów koleją, wskazująca na brak substytucyjności poszczególnych rodzajów transportu w stosunku do transportu kolejowego.
- (105) Kwestia substytucyjności transportu kolejowego i samochodowego badana była przez Prezesa UOKiK w toku postępowania wyjaśniającego w sprawie badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei (sygn. akt DAR-401-3/07/DW), którego wynikiem jest *„Raport z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei w latach 2004-2006”* (k. 1823–1960 akt adm.).
- (106) Z relacji przewoźników kolejowych badanych w ww. postępowaniu wyjaśniającym wynika, że o wyborze przez nabywców towarów usług transportu kolejowego w głównej mierze decydowała większa, w porównaniu do samochodów, możliwość przewozu towarów masowych, takich jak: węgiel, paliwa stałe, paliwa płynne, czy gazy skroplone. Ponadto, bardzo istotna przy wyborze tego środka transportu była większa opłacalność przewozu ładunków na duże odległości w przeciwieństwie do transportu samochodowego. Ważną kwestią było także posiadanie przez nadawców i odbiorców towarów infrastruktury kolejowej w postaci m.in. bocznic kolejowych, które umożliwiają załadunek towaru u nadawcy i wyładunek u nabywcy.
- (107) Ankietowani przewoźnicy, spośród głównych cech charakteryzujących transport towarów koleją, wymienili dodatkowo następujące:
- możliwość przewozu ładunków ponadgabarytowych (o nietypowych wymiarach lub wyjątkowo ciężkich) oraz towarów niebezpiecznych,
 - wysokie bezpieczeństwo przewozu (mała wypadkowość),
 - mała wrażliwość na warunki atmosferyczne i związana z tym stosunkowo wysoka niezawodność kursowania pociągów,
 - proekologiczny charakter transportu kolejowego.

- (108) Z informacji pochodzących od nabywców usług transportowych wynika, że przewozy towarów koleją i samochodami posiadały w 2006 r. zdecydowanie odmienną strukturę. Widać to na poniższych wykresach.

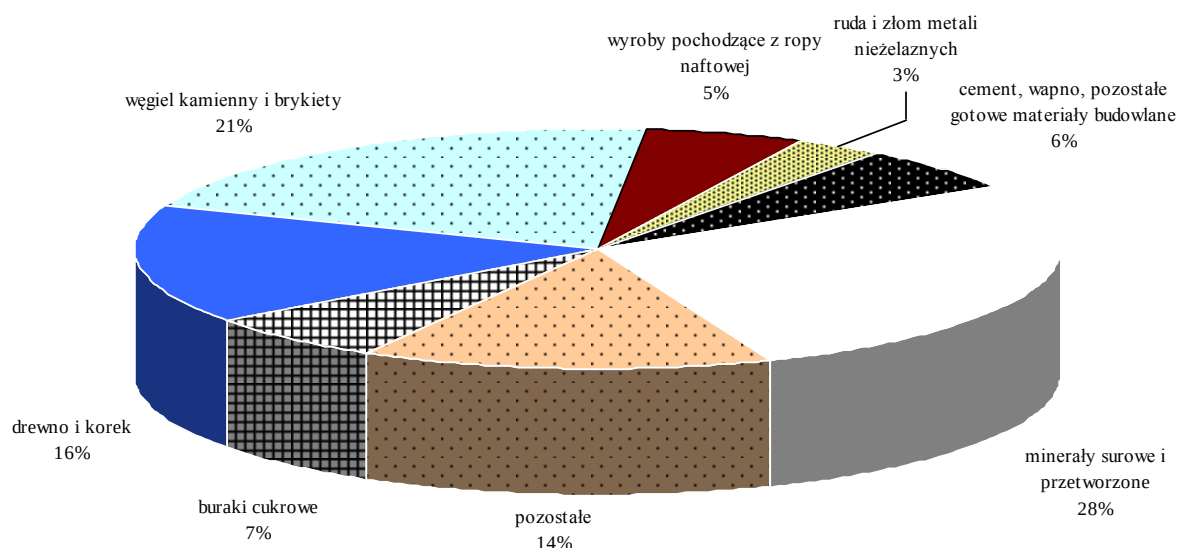
Wykres 1. Struktura procentowa przewozów towarów koleją w 2006 r.



Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

- (109) Koleją w przeważającej ilości transportowane były towary z grupy węgiel kamienny i brykiety (79%), minerały surowe i przetworzone (6%) oraz ruda i złom metali nieżelaznych (6%).
- (110) Samochodami w największych ilościach przewożono minerały surowe i przetworzone (28%), węgiel kamienny i brykiety (21%) oraz drewno i korek (16%).

Wykres 2. Struktura procentowa przewozów towarów samochodami w 2006 r.



Źródło: Opracowanie na podstawie informacji uzyskanych od przedsiębiorców objętych badaniem w postępowaniu wyjaśniającym sygn. akt DAR-401-3/07/DW

- (111) Analiza wypowiedzi przewoźników kolejowych wykazała, że prowadzenie usług transportu kolejowego i samochodowego charakteryzowało się odmiennymi barierami dostępu do rynku. Takiego zdania było aż 92% przewoźników kolejowych. Według nich różnice wynikały głównie z konieczności posiadania: 1) dostępu do infrastruktury, w przypadku kolei do infrastruktury kolejowej bocznic, 2) odpowiedniego sprzętu do załadunku i wyładunku towarów, 3) taboru kolejowego oraz 4) wykwalifikowanych pracowników z uprawnieniami kolejowymi.
- (112) Z uzyskanych w ankiecie odpowiedzi od przedsiębiorców działających na rynku transportu towarów koleją wynika, że 13% działało równolegle na rynku transportu towarów samochodami, a następne 10% rozważało rozszerzenie swoich usług na ten rynek. W tej grupie firm zróżnicowane było postrzeganie usług transportu koleją i samochodowego. Prawie połowa firm (43% respondentów), uważała, że są to usługi względem siebie komplementarne, a niespełna 15% uznawała je za względem siebie substytucyjne.
- (113) Powodami braku zainteresowania świadczeniem usług transportu samochodami (77% ankietowanych przewoźników kolejowych) w głównej mierze były wysokie koszty związane z przekwalifikowaniem całej kadry pracowniczej i pozyskaniem niezbędnego taboru. Takie opinie również świadczą, w ocenie Prezesa UOKiK, że rynki przewozu towarów koleją i samochodami nie są względem siebie substytucyjne, a co najwyżej komplementarne, z czego wynikałoby, iż należą do odrębnych rynków właściwych.
- (114) Wspomnieć w tym miejscu należy, że także nabywcy usług transportowych nie wydają się postrzegać obydwu środków transportu jako bliskich substytutów. Tylko w przypadku niektórych grup towarów wskazywali oni na koleję i samochody jako względem siebie substytucyjne. Jednak należy mieć na uwadze, że kolej i samochody

mogą faktycznie realizować transport tych samych towarów, aczkolwiek odbywa się on na inne odległości (co do zasady kolej realizuje przewozy na większe odległości) i w większości przypadków można zaobserwować skłonność odbiorców w kierunku wyboru określonego środka transportu (widać to wyraźnie na przykładzie transportu minerałów surowych i przetworzonych gdzie przewozy samochodowe stanowiły niemalże 90% na średnią odległość 29 km, a koleje realizowały pozostałe 10% średnio na odległość 197 km).

- (115) Jak z powyższego wynika, zarówno substytucyjność popytowa jak i podażowa pomiędzy transportem kolejowym i samochodowym są zbyt słabe by można było oba te rodzaje transportu uznać za jeden rynek właściwy w aspekcie produktowym. W zakresie ograniczonej substytucyjności popytowej wskazać w szczególności należy na odmienny rodzaj towarów przewożonych koleją i transportem samochodowym, większą opłacalność przewozów kolejowych na duże odległości oraz małą elastyczność w zakresie realizacji zleceń *ad hoc* przez przewoźników kolejowych. Z kolei wskazując na ograniczoną substytucyjność podażową należy mieć na uwadze wysokie koszty związane z rozpoczęciem przez przewoźników samochodowych działalności w zakresie przewozów kolejowych.
- (116) Jednocześnie w październiku 2012 r. opublikowany został „Raport z badania krajowego rynku transportu towarów (ze szczególnym uwzględnieniem transportu towarów koleją)”⁶ będący przeprowadzoną przez Prezesa UOKiK analizą sytuacji w sektorze transportu w latach 2009-2010. Jednym z zagadnień badanych w toku postępowania wyjaśniającego, w ramach którego opracowano ww. raport, był ponownie problem substytucyjności transportu kolejowego i samochodowego towarów. Zebrane informacje ponownie doprowadziły do wniosku, że analizowane rodzaje transportu towarów nie są wobec siebie substytucyjne i należą do odrębnych produktowo rynków właściwych.

B. rynek geograficzny

- (117) Określając geograficzny wymiar rynku, organ antymonopolowy uznał, że zbliżone warunki konkurencji występują na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a zatem pozycję PKP Cargo należy określić na tym właśnie rynku. Ograniczając obszar geograficzny rynku do terytorium Polski, organ antymonopolowy wziął pod uwagę poniższe informacje.
- (118) Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 96, poz. 591 ze zm.) wskazywała w art. 10 ust. 5, że „udostępnianie linii kolejowych zagranicznemu przewoźnikowi kolejowemu następuje, jeżeli tak stanowi umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną”. Na podstawie tej ustawy koncesje na wykonywanie przewozów kolejowych wydawane były przez Ministra Infrastruktury przewoźnikom kolejowym na czas określony, przy zastosowaniu ograniczeń obszarowych lub asortymentowych. Wskutek powyższego, ustawa ta sankcjonowała bariery prawne, które nie pozwalały zagranicznym przewoźnikom kolejowym prowadzić działalności na terytorium Polski. Następnie ww. ustawa została uchylona ustawą z dnia 29 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 ze zm.). Ten akt prawny zastąpił obowiązek uzyskania koncesji koniecznością zdobycia licencji, wskazując

⁶ https://uokik.gov.pl/analizy_ryнку2.php#faq1814

jednocześnie jako organ regulacyjny odpowiedzialny za wydawanie licencji, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Zgodnie z przepisem art. 43 ust. 3 ww. ustawy potwierdzeniem zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego są również licencje wydane przez właściwe władze innych państw członkowskich Unii Europejskiej.

- (119) 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, że 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.
- (120) Z dniem 1 stycznia 2007 r. rynek przewozów towarów koleją otworzył się na zagraniczną konkurencję. Oznacza to, iż przewoźnicy kolejowi posiadający licencję na wykonywanie działalności transportowej w dowolnym kraju członkowskim mogli od tego czasu dokonywać przewozów towarów na terytorium całej Unii Europejskiej.
- (121) Licencja nie uprawnia jednak, jak już wyjaśniono, przedsiębiorcy do dostępu do infrastruktury kolejowej. Podstawowym dokumentem uprawniającym przewoźnika kolejowego do uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej jest bowiem certyfikat bezpieczeństwa. Certyfikat bezpieczeństwa potwierdza ustanowienie przez przewoźnika kolejowego systemu zarządzania bezpieczeństwem oraz zdolność spełniania przez niego wymagań bezpieczeństwa zawartych w technicznych specyfikacjach interoperacyjności i innych przepisach zarówno prawa unijnego i prawa krajowego. Tym samym certyfikaty bezpieczeństwa należy uzyskać w Polsce oddzielnie⁷, co wiąże się z poważnymi opóźnieniami przy rozpoczęciu działalności na rynku. Utrudnia to istotnie możliwość bezpośredniego ponadgranicznego świadczenia usług transportowych przez przewoźników z różnych krajów. W Polsce w analizowanym okresie ani jeden certyfikat bezpieczeństwa nie został przyznany podmiotowi nie będącemu licencjonowanym w Polsce przewoźnikiem kolejowym. Tym samym żaden licencjonowany zagraniczny przewoźnik kolejowy nie mógł wykonywać na obszarze Polski usług transportu kolejowego. Wobec powyższego ograniczenia prawne związane z certyfikatami bezpieczeństwa uznać należało za istotny czynnik utrudniający wejścia zagranicznych przewoźników na rynek krajowy.

⁷ Od 2011 roku oddzielnie uzyskać należy jedynie certyfikat część B.

- (122) Jak stwierdzono w *Raporcie z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei w latach 2004 - 2006*: „*Ocenia się, iż liberalizacja rynku nie wpłynie, przynajmniej w najbliższym okresie, na zwiększenie przewozów krajowych przewoźników do Unii Europejskiej. Powodem jest brak odpowiednio przystosowanego taboru do poruszania się po terytorium innych państw członkowskich*”. Jednocześnie 55% ankietowanych przewoźników stwierdziło, iż stopień ówczesnej liberalizacji rynku nic nie zmienił, a tylko 16% uważała, że nastąpiły zmiany.
- (123) Na krajowy charakter rynku wskazują także istniejące wówczas bariery prawne w transporcie towarów koleją spoza Polski wymieniane przez przewoźników ankietowanych we wzmiarkowanym badaniu, tj.:
- nieodpowiednie uregulowania prawne w ruchu transgranicznym,
 - porozumienia transgraniczne na niektórych przejściach kolejowych dopuszczające jedynie przewozy narodowego przewoźnika (PKP Cargo),
 - brak zgody PKP Cargo na współużytkowanie terminali granicznych przez innych przewoźników,
 - brak regulacji prawnych dotyczących działalności kolejowych przewoźników prywatnych w zakresie przekazywania wagonów/towarów przez granice oraz rozliczania kosztów ich pobytu na terytoriach innych zarządców infrastruktury,
 - możliwość wjazdu na terytorium Niemiec tylko po uprzednim zawarciu umowy granicznej bądź posiadaniu homologacji w obu krajach (wywozu i wwozu towarów).
- (124) Na występowanie barier prawnych w transporcie towarów koleją skarżyło się również PKP Cargo. Spółka wskazała na problemy związane z występowaniem dwóch odmiennych systemów prawa transportowego funkcjonujących w Europie, a więc i w Polsce od ponad pół wieku:
- Umowy Międzynarodowego Przewozu Towarów Kolejami (CIM), regulujące zasady przewozów ładunków między Polską i Europą Zachodnią oraz
 - Umowy o Międzynarodowej Komunikacji Towarowej (SMGS), regulujące zasady przewozów ładunków między krajami Europy Centralnej i byłego ZSRR.
- (125) Systemy te regulowały m.in. zasady międzynarodowych przewozów ładunków koleją. W każdym z systemów nadawca i odbiorca ładunku posiadał inne prawa i zmieniała się odpowiedzialność przewoźnika za przewożony towar. W znacznym stopniu utrudniały one organizację przewozów w związku z koniecznością wymiany dokumentów przewozowych CIM na SMGS lub odwrotnie na granicy obu systemów prawnych.
- (126) Ponadto ankietowani przewoźnicy zwrócili uwagę na następujące bariery o charakterze pozaprawnym utrudniające transport koleją spoza Polski:
- wysokie koszty dostępu do infrastruktury kolejowej i pozostałe koszty wpływające na opłacalność przewozów,
 - trudności z zatrudnieniem pracowników o wymaganych kwalifikacjach kolejowych lub wysokie koszty kształcenia pracowników,

- bariery językowe,
 - niedostateczna przepustowość przejść granicznych,
 - różnica w szerokości torów w Polsce i innych krajach,
 - występowanie różnych systemów zasilania trakcji (np. w Polsce prąd stały o natężeniu 3 kV, natomiast w Niemczech prąd zmienny o natężeniu 15 kV).
- (127) Reasumując, na potrzeby niniejszej decyzji, obszar Polski należy uznać za obszar, na którym panują zbliżone warunki konkurencji w wykonywaniu kolejowych przewozów towarowych. Jednocześnie z uwagi na wskazane powyżej bariery prawne i pozaprawne, za obszar, na którym panują zbliżone warunki konkurencji nie sposób uznać obszaru innych (w tym sąsiadujących z Polską) państw europejskich.
- (128) Nadmienić także należy, że stanowisko Prezesa UOKiK odnośnie do rynku właściwego znajduje potwierdzenie zarówno w dotychczasowych decyzjach organu⁸ jak i orzecznictwie SOKiK⁹ i Sądu Apelacyjnego w Warszawie¹⁰. W żadnym z wyroków sądów obu instancji nie zostało zakwestionowane przyjęte przez organ antymonopolowy w decyzjach dotyczących praktyk PKP Cargo, określenie krajowego rynku kolejowych przewozów towarowych jako rynku właściwego w sprawie.
- (129) Mając na uwadze powyższe rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek kolejowych przewozów towarowych.

Pozycja dominująca PKP Cargo

- (130) Możliwość stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o którym mowa w art. 8 Ustawy, uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na zidentyfikowanym w sprawie rynku właściwym.
- (131) Ustalając, czy PKP Cargo miało w okresie stosowania kwestionowanej praktyki pozycję dominującą na rynku właściwym należy mieć na uwadze definicję zawartą w art. 4 pkt 9 Ustawy. Zgodnie z przywołanym przepisem, przez „pozycję dominującą” rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się przy tym, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.
- (132) Wskazać należy że PKP Cargo w okresie stosowania praktyk stwierdzonych niniejszą decyzją posiadał pozycję dominującą, pomimo stworzenia podstaw prawnych do

⁸ Decyzje Prezesa UOKiK: z dnia 17 czerwca 2004 r. Nr 50/2004, z dnia 31 grudnia 2004 r. Nr DOK-142/04; z dnia 31 grudnia 2005 r. Nr DOK-172/05, z dnia 27 lipca 2007 r. Nr DOK-94/07.

⁹ Wyroki SOKiK: z dnia 26 lutego 2007 r. w sprawach: XVII AmA 41/06 i XVII AmA 43/06, z dnia 12 lipca 2007 r., w sprawach: XVII AmA 72/05 i XVII AmA 73/05, z dnia 25 kwietnia 2008 r., sygn. akt XVII AmA 133/07, postanowienie SOKiK z dnia 30 czerwca 2005 r., sygn. akt XVII AmA 43/05.

¹⁰ Wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie: z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawach: VI ACa 1144/07 i VI ACa 1162/07, z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawach: VI ACa 1577/07 i VI ACa 529/08.

zaistnienia konkurencji. Powyższe wynikało w dużej mierze z faktu, że Spółka jest tzw. przedsiębiorcą zasiedziałym na rynku, byłym państwowym monopolistą.

- (133) W orzeczeniu w sprawie Hoffman-La Roche Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹¹ stwierdził, iż dowodem istnienia pozycji dominującej jest posiadanie przez danego przedsiębiorcę wysokiego udziału w rynku. Za inny znaczący czynnik wyznaczający istnienie pozycji dominującej Trybunał uznał stosunek udziału w rynku danego przedsiębiorcy – dominanta do udziałów jego konkurentów, zwłaszcza zajmujących kolejne pozycje pod względem udziału w danym rynku.
- (134) Przedstawione poniżej dane liczbowe obrazują potencjał rynkowy zarówno PKP Cargo jak i jego największych konkurentów.
- (135) Poniższa tabela przedstawia udziały rynkowe 7 największych przewoźników kolejowych w 2007 r. mierzone wielkością przewiezionych ładunków oraz wykonanej pracy przewozowej:

Tabela 4. Wielkość przewozów i udziały rynkowe największych przewoźników w 2007 r.

Przewoźnik	Przewozy		Udział w rynku	
	tys. ton	tys. tono-km	Wg masy ładunków	Wg pracy przewozowej
PKP Cargo S.A.	144 862,25	40 665 996,00	49,28%	75,39%
PKP LHS Sp. z o.o.	8 612,94	2 902 362,71	2,93%	5,38%
PCC Rail Rybnik S.A.	52 238,76	685 846,96	17,77%	1,27%
PCC Rail S.A.	10 656,22	1 305 225,60	3,62%	2,42%
KP KOTLARNIA S.A.	4 136,87	112 226,27	1,4%	0,2%
PTK Holding S.A. Zabrze	35 439,42	1 106 706,2	12,05%	2,05%
CTL Rail Sp. z o.o.	Informacje o wielkości przewozów oraz udziałach rynkowych w 2007 r. CTL Rail Sp. z o.o. i CTL Train Sp. z o.o. stanowią tajemnice przedsiębiorstwa ww. Spółek i zawarte są w piśmie Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z 5 grudnia 2008 r., k. 918 akt adm.			
CTL Train Sp. z o.o.				
Lotos Kolej Sp. z o.o.	4 284,31	1 644 193,72	1,45%	3,04%

Źródło: Urząd Transportu Kolejowego

- (136) Jak wynika z powyższej tabeli udział rynkowy PKP Cargo mierzony wielkością przewiezionych ładunków był zdecydowanie największy – przewyższał ponad dwuipółkrotnie udział drugiego największego pod tym względem przewoźnika nienależącego do grupy kapitałowej PKP, tj. PCC Rail Rybnik S.A. i ponad czterokrotnie trzeciego w kolejności PTK Holding S.A. Zabrze. Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że przewaga PKP Cargo nad ww. podmiotami pod względem wykonanej pracy przewozowej była jeszcze większa: rynkowy udział dominanta pod tym względem wynosił 75,39% przy znacznie mniejszych udziałach kolejnych największych pod tym względem przewoźników nienależących do grupy kapitałowej

¹¹ Wyrok z dnia 13 lutego 1979 r., w sprawie nr 85/76, *Hoffman-La Roche przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1979 r., s. 461.

PKP. Informacja dotycząca wielkości udziału rynkowego konkurenta PKP Cargo - CTL Rail Sp. z o.o. w 2007 r. - stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tej spółki i jest zawarta w piśmie Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z 5 grudnia 2008 r., k. 918 akt adm. Natomiast udział kolejnego przewoźnika mierzony wykonaną pracą przewozową - Lotos Kolej sp. z o.o. - wyniósł 3,04%. Jak wynika z powyższego przewaga konkurencyjna PKP Cargo w stosunku do konkurentów w pełni uzasadnia uznanie Spółki za podmiot dominujący na rynku właściwym. Powyższej konstatacji nie zmienia zsumowanie udziałów rynkowych należących do tej samej grupy kapitałowej PCC Rail Rybnik S.A. oraz PCC Rail S.A. czy spółek grupy CTL – ich łączny udział mierzony zarówno masą przewiezionych towarów jak i wykonaną pracą przewozową był wciąż zbyt mały by podmioty te stanowiły jakąkolwiek przeciwwagę dla PKP Cargo.

- (137) Z punktu widzenia oceny dominacji PKP Cargo sytuacja na rynku w okresie stosowania praktyki i latach go poprzedzających zmieniała się w niewielkim stopniu, co obrazują dane dotyczące lat 2004-2006.

Informacja dotycząca wielkości przewozu ładunków przez poszczególnych przewoźników kolejowych w latach 2004-2006 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zawarta jest w „Raporcie z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei”, k. 1851 akt adm., wersja jawna dla PKP Cargo k. 1975 akt adm., wersja jawna dla CTL Logistics k. 2045 akt adm.

Informacja dotycząca pracy przewozowej największych przewoźników kolejowych w latach 2004-2006 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zawarta jest w „Raporcie z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei”, k. 1851 akt adm., wersja jawna dla PKP Cargo k. 1975 akt adm., wersja jawna dla CTL Logistics k. 2045 akt adm.

Informacja dotycząca udziałów procentowych przewoźników kolejowych w rynku transportu towarów koleją w zakresie masy przewiezionych towarów w latach 2004-2006 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zawarta jest w „Raporcie z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei”, k. 1917 akt adm., wersja jawna dla PKP Cargo k. 2007-2008 akt adm., wersja jawna dla CTL Logistics k. 2077-2078 akt adm.

Informacja dotycząca udziałów procentowych przewoźników kolejowych w transporcie towarów koleją w latach 2004-2006 w zakresie wykonanej pracy przewozowej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zawarta jest w „Raporcie z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei”, k. 1917 akt adm., wersja jawna dla PKP Cargo k. 2008 akt adm., wersja jawna dla CTL Logistics k. 2078 akt adm.

- (138) Przewaga PKP Cargo nad konkurencyjnymi przewoźnikami znajdowała swe odbicie także w ilości posiadanego taboru – jak wynika z Raportu Roczno Grupy PKP za 2007 r., na dzień 31 grudnia 2007 roku Spółka dysponowała liczbą 3 524 lokomotyw oraz 81 269 wagonów towarowych różnego typu. Podczas gdy najwięksi konkurenci Spółki, nienależący do grupy PKP, posiadali znacznie mniejsze wielkości taborów. Grupa CTL w tym samym okresie dysponowała 197 lokomotywami i 5000 wagonów, natomiast informacja dotycząca liczby lokomotyw i wagonów posiadanych przez PCC

Rail S.A. w 2006 r. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i zawarta jest „Raportie z badania stanu konkurencji w sektorze transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem kolei”, k. 1854 i 1856 akt adm.

- (139) W toku postępowania PKP Cargo podniosła, iż Spółka spotyka się z ostrą konkurencją na rynku ze strony innych przewoźników i traci na ich rzecz udziały. Jednakże zaznaczyć należy, że co do zasady spadek udziałów dominanta oczywisty jest w okresie bezpośrednio po otwarciu rynku. Trend spadku udziałów PKP Cargo w krajowym rynku przewozów koleją został bowiem zatrzymany¹². Ponadto zdaniem Prezesa UOKiK w przypadku takiego przedsiębiorcy jak PKP Cargo, tj. byłego państwowego monopolisty, powolna utrata udziałów rynkowych to proces naturalny i nie jest równoznaczny z utratą pozycji dominującej na rynku. Proces taki można również obserwować na innych rynkach, na których został zniesiony monopol państwowy. W przypadku PKP Cargo spadek ten przebiegał relatywnie powoli, ponadto istniało szereg innych czynników powodujących, że jej pozycja na rynku była nadal bardzo silna. Do czynników tych zaliczyć można m.in. opisaną wyżej dużą przewagę udziału rynkowego nad konkurentami (pod względem przewiezionego ładunku, wykonanej pracy przewozowej, posiadanego taboru), prawne i pozaprawne bariery wejścia na rynek opisane w części decyzji dotyczącej rynku właściwego. Powyższej konstatacji, z uwagi na istniejącą znaczącą różnicę potencjałów pomiędzy Spółką a jej konkurentami, nie zmienia również zachodzący na rynku właściwym proces konsolidacji mniejszych przewoźników.
- (140) Prezentując w toku niniejszego postępowania swoją argumentację PKP Cargo przedstawiło zestawienie „*ważniejszych postępowań przetargowych*” na przewóz paliw stałych, w których Spółka konkurowała z prywatnymi przewoźnikami w 2008 r., z którego to wynika, że w 6 z 8 postępowań klienci wybrali oferty konkurentów¹³. Zestawienie powyższe wedle PKP Cargo świadczy o tym, że zarzucana Spółce praktyka nie wywierała wpływu na konkurencję na rynku uznanym za właściwy oraz wyklucza zasadność twierdzenia o pozycji dominującej PKP Cargo na tym rynku.
- (141) Argumenty powyższe nie zasługują w ocenie Prezesa UOKiK na uwzględnienie. Po pierwsze, nie jest jasne według jakiego klucza spółka wybrała akurat te 8 postępowań przetargowych i dlaczego są one „*ważniejsze*” niż pozostałe, w których brała udział – dlaczego akurat one mają być miarodajne dla wykazania braku wpływu zarzucanej praktyki na rynek właściwy oraz faktu nieposiadania na nim przez Spółkę pozycji dominującej. Po wtóre, Prezes UOKiK charakteryzując dokładnie sytuację na rynku właściwym, w tym opisując jego strukturę podmiotową, stwierdza, że PKP Cargo posiada pozycję dominującą nie zaś monopolistyczną. Oczywistym jest zatem, że część postępowań przetargowych na przewóz towarów koleją wygrywają konkurenci Spółki.
- (142) Także w innych pismach (np. pismo Spółki z dnia 19 czerwca 2009 r.) PKP Cargo kwestionując posiadanie pozycji dominującej na rynku właściwym, wskazuje na przypadki wyboru konkurencyjnej oferty (w tym oferty Wnioskodawcy) przez konkretnych klientów, niepowodzenie przeprowadzanej promocji cenowej oraz przedstawia listę przegranych przetargów w latach 2006-2007. Aktualny pozostaje

¹² Raport z badania krajowego rynku transportu towarów (ze szczególnym uwzględnieniem transportu towarów koleją), s. 81.

¹³ Pismo PKP Cargo z dnia 2 lutego 2009 r., k. 1122-1124 akt adm.

jednak podniesiony już przez Prezesa UOKiK argument, że rzeczą normalną jest utrata części kontrahentów przez dominanta. Zauważyć także należy za Wnioskodawcą¹⁴, że „*fluktuacja klientów na konkurencyjnym rynku jest rzeczą normalną i akceptowalną*”, zaś PKP Cargo także przejmowało klientów wcześniej obsługiwanych przez inne podmioty (w tym Zakłady Azotowe Puławy S.A., które ponownie nawiązały współpracę ze Spółką). Poza tym mimo podnoszonych w pismach PKP Cargo niepowodzeń rynkowych w odniesieniu do konkretnych klientów, udziały rynkowe Spółki pozostawały w analizowanym okresie na poziomie nieosiągalnym dla żadnego z konkurentów.

- (143) Mając na względzie powyższe w pełni zasadne jest przyjęcie, że PKP Cargo posiadało w okresie stosowania analizowanej praktyki i latach bezpośrednio poprzedzających pozycję dominującą na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych.
- (144) Na marginesie dodać należy, że Spółka posiadała pozycję dominującą na rynku właściwym także w późniejszym okresie, kiedy postępował proces liberalizacji rynku. Prezes UOKiK w decyzjach z 26 lipca 2012 nr DOK-4/2012 oraz z 31 grudnia 2012 r. nr RWR-44/2012 stwierdził, że PKP Cargo pozostawało dominantem na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych w momencie ich wydawania. Ocena Prezesa UOKiK w odniesieniu do pozycji dominującej Spółki zawarta w ww. decyzjach podzielona została przez SOKiK w wyrokach: z 3 listopada 2014 r., sygn. akt XVII AmA 24/13 (wydanym na skutek odwołania PKP Cargo od decyzji nr DOK-4/2012) oraz z 23 listopada 2015 r., XVII AmA 75/13 (wydanym na skutek odwołania PKP Cargo od decyzji nr RWR-44/2012).

Nadużywanie pozycji dominującej przez PKP Cargo

- (145) Stawiany w niniejszej sprawie PKP Cargo zarzut dotyczy naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, zgodnie z którym zakazane na mocy art. 8 ust. 1 ustawy nadużywanie pozycji dominującej może polegać w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.
- (146) Przepis ten zakazuje przedsiębiorcom posiadającym pozycję dominującą na rynku stwarzania barier dla powstania bądź rozwoju konkurencji. Ustawa nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie konkurencja. Korzystając z literalnej definicji tego hasła, jako „konkurencję” należy rozumieć współzawodnictwo niezależnie działających przedsiębiorstw¹⁵.
- (147) Zdaniem Prezesa UOKiK, PKP Cargo wprowadzając od dnia 1 maja 2006 r. do „Zasad sprzedaży” zmiany umożliwiające odmowę świadczenia usług przewozów towarowych koleją w ramach umów specjalnych swoim konkurentom naruszyło art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, tzn. stworzyło zagrożenie dla rozwoju konkurencji na rynku właściwym.
- (148) Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 listopada 2008 r., sygn. akt III SK 9/08, opisując istotę praktyki z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy stwierdził, iż „*polega na*

¹⁴ Pismo CTL Logistics z dnia 19 czerwca 2009 r., k. 2529 akt adm.

¹⁵ T. Ławicki *Wielka encyklopedia Prawa* Warszawa – Białystok 2000, s. 366, podobnie: K. Kohutek (w): K. Kohutek, M. Sieradzka *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Wolters Kluwer business, Warszawa 2008 r., s. 45.

takim prowadzeniu działalności gospodarczej, (...) które wpływa na powstanie lub funkcjonowanie konkurencji na rynku, na którym działa sam dominant lub na rynkach powiązanych. (...) Przepis ma bowiem zastosowanie przede wszystkim do takich praktyk, które utrudniają wejście na dany rynek innym przedsiębiorcom, czyniąc je droższym, a w ten sposób mniej opłacalnym i bardziej ryzykownym, poprzez określenie różnego rodzaju warunków, jakie muszą spełnić potencjalni nowi uczestnicy rynku, a także dotychczasowi, jeżeli chcieliby dalej działać na tym samym rynku co do tej pory”.

- (149) W ocenie Prezesa UOKiK celem zarzucanej Spółce praktyki było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Zgodnie z poglądami doktryny, jako cel danego zachowania rozpatrywanego przez organ ochrony konkurencji rozumieć należy nie subiektywną intencję podmiotu, ale obiektywne znaczenie i cel praktyki rozważany w gospodarczym kontekście, w którym ma ona być stosowana¹⁶. PKP Cargo wyjaśniło, że zmieniając „Zasady sprzedaży” wykluczyło możliwość współpracy z przewoźnikami konkurencyjnymi w ramach umów specjalnych, by uniknąć udzielania im preferencyjnych warunków umownych, gdyż było to w ocenie Spółki „wspieranie konkurentów i ułatwianie im wzmocnienia siły rynkowej własnym kosztem”.
- (150) Działając w sposób opisany w stawianym zarzucie PKP Cargo w znacznym stopniu utrudniło konkurentom funkcjonowanie na rynku, zmniejszyło bowiem znacznie opłacalność ich działalności i zdolność rywalizacji z dominantem. Podmioty te zostały pozbawione możliwości przewozu towarów w ramach umów specjalnych z PKP Cargo przewidujących korzystne upusty od Taryfy Towarowej. Mając zawarte z PKP Cargo umowy specjalne, przewoźnicy konkurencyjni byłiby w stanie skuteczniej konkurować z dominantem o klienta i osiągnąć lepszą pozycję na rynku właściwym. Zatem działanie PKP Cargo miało na celu ograniczenie im możliwości wzmocnienia swojej pozycji rynkowej poprzez utrzymanie dotychczasowych i zdobywanie nowych klientów. Co więcej PKP Cargo, potraktowało konkurentów w sposób odmienny (gorszy) niż innych przedsiębiorców zgłaszających się do Spółki z ofertą zawarcia specjalnej umowy przewozu.
- (151) Praktyka, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, ma przede wszystkim charakter antykonkurencyjny, bowiem dobrem chronionym w tym przypadku nie są interesy konkurentów, ale konkurencja jako taka (jako mechanizm charakteryzujący funkcjonowanie gospodarki rynkowej). Praktyka ta może jednak wywierać i zwykle wywiera negatywne skutki także dla innych uczestników rynku, pozbawionych możliwości uczestnictwa w obrocie w zakresie i na warunkach, jakie byłyby dla nich dostępne, gdyby praktyka nie była stosowana.
- (152) Wykazanie skutków praktyki dla konkurentów nie mieści się w hipotezie przepisu art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, wobec czego w celu jej udowodnienia, wymagane jest przeprowadzenie dowodu jedynie co do skutków praktyki dla konkurencji¹⁷. Zatem, w ocenie Prezesa UOKiK, w przedmiotowej sprawie nie ma decydującego znaczenia, czy kwestionowane działania PKP Cargo wywarły lub mogły wywrzeć negatywny

¹⁶ C. Bellamy, G. Child, *EU Law of competition*, London 1993, s. 91; podobnie: J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of competition*, Oxford 1999, s. 82.

¹⁷ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 114; T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork (w): T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. BECK, 2 wydanie, Warszawa 2014, s. 435.

skutek dla przewoźników konkurencyjnych zainteresowanych współpracą z PKP Cargo w ramach umów specjalnych. Wystarczające jest udowodnienie, że działania PKP Cargo wywarły lub mogły wywrzeć negatywny wpływ na konkurencję.

- (153) Należy mieć również na względzie, że przepisy Ustawy, zgodnie z jej art. 1 ust. 2 *in fine*, znajdują zastosowanie także do praktyk, które jedynie „mogą wywoływać” skutki na terytorium kraju¹⁸. Zatem obowiązkiem Prezesa UOKiK jest ocena zachowań przedsiębiorców także pod kątem skutków, jakie hipotetycznie mogą wywołać na rynku. Jak zauważył SOKiK w wyroku z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 65/03, wypowiadając się na temat Ustawy „*jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki monopolistyczne ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które, choćby tylko hipotetycznie, mogą wywołać takie skutki*”. Nadto Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt I CKN 496/01, stwierdził, że ochrona konkurencji obejmuje także istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji, stan taki jest oceniany, z punktu widzenia interesu publicznego jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny.
- (154) Wykluczając współpracę ze swoimi konkurentami w ramach umów specjalnych w zakresie towarów, które przewożą oni w ramach własnej działalności, PKP Cargo utrudniło im skuteczne konkurowanie ze swoją ofertą. Zarzucana dominantowi praktyka mogła zatem zmniejszyć krąg podmiotów świadczących usługi transportu towarów kolejną lub co najmniej zmniejszyć zakres realizowanych przez nie przewozów. Ponadto wskutek analizowanego zachowania dominanta zmaleć mógł także krąg podmiotów mogących prowadzić taką działalność w przyszłości – przedsiębiorcy rozważający wejście na rynek mogli nie zdecydować się na rozpoczęcie działalności wiedząc, że nie mogą liczyć na współpracę ze Spółką w ramach umów specjalnych, a co za tym idzie na upusty od stawek przewoźnego przewidzianych w Taryfie Towarowej PKP Cargo.
- (155) Kwestionowana praktyka PKP Cargo ograniczała również rozwój przewoźników kolejowych stanowiących część grup kapitałowych, dla których przewozy kolejowe nie stanowią kluczowej części działalności (Lotos Kolej sp. z o.o. czy Pol-Miedź Trans Sp. z o.o.). W ich przypadku straty związane z utratą możliwości zawierania umów specjalnych mogły być na tyle dotkliwe, że przewoźnicy ci mogli w ogóle zrezygnować z oferowania swoich usług podmiotom nie należącym do ich grup kapitałowych.
- (156) Zwrócić także należy uwagę na fakt, że najkrótszy okres na jaki zawierano umowy specjalne to 3 miesiące – zatem zawierając taką umowę ze swoim konkurentem na zasadach obowiązujących po dniu 1 maja 2006 r. PKP Cargo wykluczało na czas obowiązywania umowy możliwość prowadzenia przez niego w tym samym zakresie działalności konkurencyjnej. Podmioty te bowiem nie chcąc stracić upustów przyznanych w ramach podpisanej umowy mogły zdecydować, że nie będą świadczyć usług przewozowych dla towarów przewożonych na podstawie umowy z dominantem. Istniało zatem zagrożenie, że nie tylko nie będą prowadziły aktywnej polityki handlowej, wychodząc z ofertą usług przewozowych do potencjalnych klientów, ale także odmówią im przewozu towarów w sytuacji, gdy oni sami się do nich zgłoszą. Praktyka PKP Cargo blokowała więc klientom możliwość korzystania z usług

¹⁸ K. Kohutek (w): K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa ...*, s. 41.

przewoźników konkurencyjnych, co w sposób oczywisty utrudniało rozwój konkurencji na rynku przewozów kolejowych.

- (157) PKP Cargo współpracując ze swoimi kontrahentami w ramach umów specjalnych na warunkach przewidzianych w „Zasadach sprzedaży”, w skrajnych przypadkach pozostawiało w swojej gestii decyzję, który z podmiotów będzie konkurencyjny – tzn. przetrwa na rynku, a który będzie zmuszony zakończyć działalność. Ponadto, co istotne Spółka stosując zarzucaną praktykę mogła blokować wejście na rynek nowych podmiotów, nie dysponujących wystarczająco dużym taborom kolejowym, których strategia handlowa przewidywałaby, przynajmniej w początkowym okresie, świadczenie usług przewozu co najmniej częściowo w ramach umowy specjalnej z PKP Cargo. Jak wspomniano wyżej przedsiębiorca taki nie mogąc liczyć na stałą współpracę z PKP Cargo na podstawie umów specjalnych i związane z tym znaczące upusty od stawek przewidzianych w Taryfie towarowej mógł zaniechać zamiaru prowadzenia działalności gospodarczej na rynku towarowych przewozów kolejną.
- (158) Jakkolwiek podmioty chcące wykonywać działalność przewozową we własnym zakresie, mogły rzeczywiście nadal korzystać z usług przewozowych PKP Cargo na zasadach ogólnych, to jednak było to zdecydowanie mniej korzystne, niż współpraca w ramach umów specjalnych i faktycznie wykluczało możliwość podjęcia przez nie walki o klienta z PKP Cargo. Wynikało to przede wszystkim z faktu, że w ramach umów specjalnych PKP Cargo przyznawało korzystne upusty – informacja dotycząca wielkości upustów przyznawanych w ramach umów specjalnych stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa PKP Cargo i wskazana jest w piśmie Spółki z 10 lutego 2009 r., k. 1147 akt adm.
- (159) Zdaniem Prezesa UOKiK, PKP Cargo swoim działaniem nie tylko hamowało swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów, ale także różnicowało pozycję swoich kontrahentów. Praktyczną konsekwencją zaskarżonych zmian w „Zasadach sprzedaży” było to, że podmioty, które chciałyby prowadzić działalność konkurencyjną, nie mogły skorzystać w takim stopniu z oferowanych w ramach umów specjalnych przez PKP Cargo korzyści, jak te podmioty, które nie były konkurentami w rozumieniu „Zasad sprzedaży”. W ocenie organu antymonopolowego, upusty oraz inne korzyści powinny być przyznawane klientowi w oparciu o obiektywne i transparentne przesłanki. Upusty mogą być przyznawane w szczególności w oparciu o takie kryteria, jak ilość i wartość przewiezionych towarów oraz czynniki, które wpływają na koszty ponoszone przez PKP Cargo. Takich kryteriów nie spełniały natomiast upusty, otrzymywane przez kontrahentów współpracujących z PKP Cargo w ramach umów specjalnych, pod warunkiem niekonkurowania.
- (160) Kształt umów specjalnych sprawiał, że kontrahenci zlecający przewóz na tej samej trasie dokładnie takiej samej ilości takich samych towarów, wykorzystując również takie same rodzaje składów, mogli być traktowani niejednolicie. Jeżeli bowiem jeden z tych podmiotów korzystał wyłącznie z usług PKP Cargo, a drugi podmiot dodatkowo przewoził jeszcze pewną ilość towarów danego rodzaju we własnym zakresie, to pierwszy podmiot uzyskiwał większe korzyści ze strony PKP Cargo (gdyż mógł przewieźć towar na podstawie umowy specjalnej), niż podmiot drugi (który nie mógł korzystać z usług przewozowych w ramach ww. umowy), pomimo, że koszty

ponoszone przez PKP Cargo w stosunku do przewozu towarów obu tych podmiotów były identyczne.

- (161) Mamy w tym wypadku zatem do czynienia z sytuacją, gdzie podmioty w podobnej sytuacji faktycznej (występujące z taką samą lub podobną ofertą do PKP Cargo) traktowane były w sposób różny. Jeden z nich spotykał się z odmową nawiązania współpracy na podstawie umowy specjalnej, a zatem był dyskryminowany przez dominanta. Jest więc przy tym widoczny selektywny charakter działania PKP Cargo – praktyka dominanta wymierzona była jedynie w konkurentów Spółki, a więc w podmioty, które mogły przynajmniej potencjalnie ograniczyć jego siłę rynkową, przejąc część klientów, wymusić swoją działalnością na rynku właściwym spadek cen usług przewozu. Na selektywność praktyki dominanta jako na czynnik istotny przy ocenie, czy nadużycie może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku wskazuje Komisja Europejska w Komunikacie z dnia 2 lutego 2009 r. - *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące* (pkt 20). Nie sposób zatem pominąć znaczenia tego aspektu zachowania Spółki w ramach badania jego antykonkurencyjności.
- (162) PKP Cargo w efekcie ograniczyło podmiotom prowadzącym działalność konkurencyjną lub zamierzającym taką działalność w przyszłości rozpocząć, możliwość konkurowania z podmiotem dominującym. Antykonkurencyjne postanowienia „Zasad sprzedaży” wykluczały w szczególności możliwość stopniowego obejmowania pełną usługą przewozową klientów, przez przewoźników niezależnych od PKP Cargo. Przewoźnicy niezależni chcąc korzystać z usług przewozowych świadczonych przez PKP Cargo w ramach umowy specjalnej musieli zrezygnować z przewożenia objętych nią towarów we własnym zakresie. Dzięki obowiązywaniu umów specjalnych w kształcie przewidzianym w „Zasadach sprzedaży” po 1 maja 2006 r. PKP Cargo skutecznie odkładało na czas ich obowiązywania możliwość rozwoju konkurencji na rynku przewozów towarowych kolejną.
- (163) Sankcją za podjęcie działalności konkurencyjnej w trakcie obowiązywania umowy specjalnej była możliwość jej wypowiedzenia przez PKP Cargo, a co za tym idzie utrata korzystnych upustów od stawek przewidzianych w Taryfie Towarowej PKP Cargo. Przy czym w ocenie Prezesa UOKiK nie jest istotne czy i ile razy taka sytuacja miała miejsce – powyższe uregulowanie ma bowiem silne działanie prewencyjne. Może ono sprawić, że konkurencyjni przewoźnicy współpracujący z PKP Cargo na podstawie umów specjalnych, nie chcąc utracić atrakcyjnych finansowo warunków przewozu, nawet nie rozważali podjęcia działalności przewozowej w zakresie towarów objętych umową specjalną. Podmiotami, które straciły wskutek tego byli klienci, którzy mieli mniejszy wybór pomiędzy przewoźnikami.
- (164) Taktyka PKP Cargo w odniesieniu do współpracy w ramach umów specjalnych polegała więc na zaoferowaniu jego kontrahentom atrakcyjnych upustów cenowych przy jednoczesnym wykluczeniu tych podmiotów z rynku, jako konkurentów w odniesieniu do towarów przewożonych w ramach ww. umów specjalnych. PKP Cargo przyznawało kontrahentom w ramach umów specjalnych korzystne upusty w zamian za zaniechanie lub niepodejmowanie działalności konkurencyjnej w odniesieniu do

towarów objętych umową. Dominant żądał w ten sposób wyłączności na przewóz określonej grupy towarów, kontrahent nie mógł bowiem przewozić ich w ramach własnej działalności gospodarczej. Mając więc np. ofertę klienta na przewóz 25 000 ton węgla kamiennego, konkurencyjny wobec PKP Cargo przewoźnik mógł przewieźć je sam (w zakresie działalności własnego przedsiębiorstwa) lub też w ramach umowy specjalnej z dominantem uzyskując korzystne upusty od Taryfy towarowej PKP Cargo. Nie było możliwe przy kwestionowanym brzmieniu „Zasad sprzedaży” przewiezienie części ww. zamówienia (20 000 ton) przy użyciu własnych wagonów i lokomotyw, a części (5 000 ton), z uwagi na ograniczoną wielkość taboru przewoźnika, na podstawie ww. umowy z PKP Cargo. PKP Cargo nie akceptowało takiej oferty przewoźnika konkurencyjnego, mimo, że obiektywnie spełniała ona wszelkie wymagania przewidziane w „Zasadach sprzedaży” do nawiązania współpracy na podstawie umowy specjalnej. W zaistniałej sytuacji konkurencyjny przewoźnik mógł przewieźć wspomnianą „nadwyżkę” za pośrednictwem PKP Cargo jedynie na mało korzystnych zasadach ogólnych, tj. na podstawie stawek przewidzianych w Taryfie Towarowej Spółki. Z uwagi na mniejszą opłacalność takiego rozwiązania prawdopodobne było, że konkurencyjny przewoźnik przewiezie całość zamówienia w ramach umowy specjalnej z PKP Cargo, nie podejmując działalności konkurencyjnej wobec dominanta.

- (165) W ocenie Prezesa UOKiK skonstruowany w „Zasadach sprzedaży” system nie bazował na obiektywnych kryteriach ekonomicznych, ale miał na celu ograniczenie możliwości prowadzenia działalności konkurencyjnej przez innych przewoźników oraz niedopuszczenie do rynku nowych podmiotów. PKP Cargo dążyło do wyłączności w zakresie przewozów danej grupy towarów w ramach umowy specjalnej dla kontrahenta prowadzącego jednocześnie działalność konkurencyjną, poprzez uniemożliwianie mu przewozu części tych towarów w ramach własnej działalności. Jak wynika z powyższego zachowanie PKP Cargo nie było w żaden sposób konkurowaniem opartym na podstawach merytorycznych (tj. konkurowaniem jakością lub ceną towaru/usługi) - a tylko w ten sposób, zgodnie z orzecznictwem unijnym¹⁹, podmiot dominujący może dążyć do wzmocnienia swojej pozycji rynkowej. Podkreślić przy tym należy, iż Komisja Europejska w Komunikacie z dnia 9 lutego 2009 r.²⁰ podkreśliła m.in., że *„najważniejszym aspektem działań Komisji, związanych z egzekwowaniem prawa w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej, jest (...) dbanie o to, by przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą nie wykluczały z rynku swoich konkurentów w inny sposób niż w drodze konkurencji, opierającej się na atutach dostarczanych produktów lub usług”*.
- (166) PKP Cargo utrudniając prowadzenie działalności swoim konkurentom oraz utrudniając wejście na rynek nowym podmiotom uderzało także w podmioty zlecające przewóz towarów koleją, ograniczając im możliwość wyboru przewoźnika, co jest szczególnie szkodliwe na rynku do niedawna zmonopolizowanym, na którym konkurencja i tak była osłabiona w wyniku obecności podmiotu dominującego.

¹⁹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89, *BPB Industries i British Gypsum przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1993, s. II-389.

²⁰ Wytoczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące; pkt 6.

- (167) Na nawiązanie współpracy w ramach umowy specjalnej nie mógłby, zgodnie z postanowieniami „Zasad sprzedaży”, liczyć także podmiot nie prowadzący działalności konkurencyjnej wobec PKP Cargo choćby spełnił wszelkie kryteria jej nawiązania, jeżeli w skład grupy kapitałowej, do której należy wchodził przedsiębiorca uznany za konkurenta w rozumieniu „Zasad sprzedaży”. Wykluczenie możliwości przewożenia towarów objętych umową specjalną nie tylko przez kontrahenta PKP Cargo, ale też przez spółki należące do jego grupy kapitałowej, w ocenie Prezesa UOKiK, ograniczało wolność gospodarczą i możliwość niezależnego wyboru przedmiotu działalności także podmiotom trzecim niezwiązanym z PKP Cargo umową.
- (168) Przyjąć bowiem można, że w świetle zaskarżonych postanowień „Zasad sprzedaży” realna była sytuacja, w której kontrahent PKP Cargo chcąc kontynuować współpracę na korzystnych warunkach z przewoźnikiem dominującym, wywierał nacisk na spółki kapitałowo powiązane, by nie przewoziły w ramach własnej działalności gospodarczej towarów, które dla niego na podstawie umowy specjalnej przewozi PKP Cargo. Dominant postępując w ten sposób uzależniał zatem zdolność kontraktowania swego potencjalnego klienta w zakresie umów specjalnych od właściwości (tj. faktycznego przedmiotu działalności) innego niezależnego podmiotu, na który potencjalny kontrahent może nie mieć żadnego wpływu.
- (169) Zasadne jest zatem stwierdzenie, że działania PKP Cargo zmierzały w kierunku ograniczania dostępu do rynku usług przewozów towarowych kolejną. Kontrahenci, którzy podpisali umowy specjalne nie mogli sami (jako przewoźnicy) przewozić towarów nimi objętych pod rygorem wypowiedzenia umowy i utraty korzystnych upustów. Poprzez ww. mechanizm dominant w sposób pośredni decydował z usług jakiego przewoźnika mogą korzystać podmioty chcące przewieźć towar.
- (170) Zgodzić należy się nadto z Wnioskodawcą w zakresie, w jakim podnosi argument podobieństwa zarzucanej PKP Cargo w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym praktyki z praktyką stwierdzoną w prawomocnej decyzji Prezesa UOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r., Nr DOK-50/2004. W pkt I sentencji ww. decyzji organ antymonopolowy uznał, że uzależnianie przez PKP Cargo zawarcia wieloletniej umowy przewozowej od zobowiązania przedsiębiorcy – kontrahenta do powstrzymywania się od podejmowania działań konkurencyjnych (w grupach towarów objętych umową), zmierzających do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wykonywania kolejowych przewozów towarowych, stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, polegającą na nadużyciu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania, bądź rozwoju konkurencji i nakazał jej zaniechania.
- (171) Jak wynika z analizy treści sentencji niniejszej decyzji oraz decyzji z dnia 17 czerwca 2004 r. istotą obu praktyk PKP Cargo jest zakaz konkurowania jaki dominant wymusza na swoich kontrahentach, z którymi nawiązuje współpracę na zasadach szczególnych, odnoszący się do towarów przewożonych w ramach zawartej umowy. Jedyna różnica między praktyką zakazaną decyzją Nr DOK-50/2004 a stwierdzoną w niniejszej sprawie polega na tym, że zakaz konkurowania wynika z „Zasad sprzedaży” a nie z konkretnych umów, a nadto dotyczy współpracy w ramach umów specjalnych, nie zaś wieloletnich.

- (172) Słusznie podnosi CTL Logistics, że zasięg oddziaływania na rynek zakazu konkurencji umieszczonego w „Zasadach sprzedaży” PKP Cargo był szerszy niż zasięg oddziaływania takiego zakazu umieszczanego w poszczególnych umowach wieloletnich. Zakaz zawarty w „Zasadach sprzedaży” stosowany był jawnie przez co każdy potencjalny kontrahent dominanta świadom był, że podejmując działalność konkurencyjną nie uzyska od PKP Cargo atrakcyjnych upustów w ramach umów specjalnych. Kwestionowane postanowienia „Zasad sprzedaży” skutecznie odstraszały go zatem od podjęcia działalności przewozowej w zakresie towarów przewożonych w ramach umowy specjalnej z PKP Cargo lub też zmuszały go do zaprzestania takiej działalności jeśli już ją prowadził, a zdecydował się zawrzeć taką umowę z dominantem.
- (173) Nie są przekonujące, w ocenie Prezesa UOKiK, twierdzenia PKP Cargo, że kwestionowane przez Wnioskodawcę postanowienia „Zasad sprzedaży” były obiektywnie uzasadnione i były odpowiedzią na nieuczciwe praktyki handlowe konkurentów-klientów Spółki. Określenie zachowania ww. podmiotów jako „nieuczciwych praktyk handlowych” jest jedynie oceną dominanta nie potwierdzoną przez prawomocny wyrok sądu powszechnego. Polski system prawa stwarza przedsiębiorcom możliwości skutecznej obrony swoich interesów ekonomicznych przed takimi czynami na drodze sądowej (choćby zarzuty przewidziane w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 53, poz. 1503 ze zm.). Nie jest w ocenie Prezesa UOKiK, adekwatną reakcją na rzekomo nieuczciwe praktyki handlowe kontrahentów, dyskryminacyjne i sprzeczne z Ustawą wykluczenie możliwości współpracy w ramach określonych umów z konkurentami. Obrona interesów dominanta przed zachowaniem konkurentów nie może polegać na stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję. Powyższy punkt widzenia znajduje potwierdzenie w orzecznictwie unijnym – we wzmiankowanym powyżej wyroku z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że *„nie jest stosownym dla przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą na rynku podejmowanie, z własnej inicjatywy, środków mających być odwetem za praktyki handlowe uważane przez dominanta za bezprawne lub nieuczciwe”*²¹.
- (174) Niezależnie od faktu, że kwestionowane działanie Spółki było sprzeczne z prawem nie sposób przypisać mu, wbrew twierdzeniom PKP Cargo, obiektywnego uzasadnienia. W sprawie niniejszej nie stwierdzono by równorzędne traktowanie wszystkich kontrahentów doprowadzić miało do sytuacji, w której część z nich (konkurenci) znalazłaby się w wyraźnie uprzywilejowanych warunkach rynkowych w stosunku do dominanta. Z zebranego materiału dowodowego wynika, że Spółka broniąc swojej pozycji rynkowej odmawiała pewnej grupie potencjalnych kontrahentów świadczenia usług na zasadach dostępnych dla pozostałych, nie będąc w stanie wykazać, iż zachowanie to jest obiektywnie uzasadnione. Nie sposób także przyjąć, że zaskarżona przez Wnioskodawcę praktyka PKP Cargo jest jedynym możliwym sposobem ochrony jego interesów gospodarczych przed nieuczciwymi, w jego ocenie, działaniami konkurentów.

²¹ Także w orzeczeniu prejudycjalnym z 7 lutego 2013 r. w sprawie C-68/12, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky przeciwko Slovenská sporiteľňa a.s.*, Dz. Urz. UE C 114/19, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyjaśnił, że fakt prowadzenia przez przedsiębiorcę działań niezgodnych z prawem (brak licencji wymaganej ustawowo) nie usprawiedliwia praktyk ograniczających konkurencję stosowanych w odwecie przez innych przedsiębiorców.

- (175) Podkreślić w tym miejscu należy, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości podmiot dominujący na rynku ma prawo chronić swoje uzasadnione interesy handlowe i reagować na działania rynkowe konkurentów²² – musi mieć on jednak na względzie, szczególną odpowiedzialność spoczywającą na nim, by nie zakłócać swoimi działaniami skutecznej konkurencji na rynku²³. Jak w niniejszej decyzji wykazano takiego zakłócenia konkurencji na rynku właściwym dopuściło się PKP Cargo.
- (176) Jednocześnie podkreślić należy, że zarzucana PKP Cargo praktyka została bez wątplenia wprowadzona w życie. Dowodem na wprowadzenie praktyki w życie są pisma Spółki z dnia 24 i 26 kwietnia 2006 r. (nr CHR1-S-811-218-2006 i CHR2-1a-811-6/2005) do CTL Logistics S.A., w których powołując się na kwestionowane w niniejszym postępowaniu postanowienia „Zasad sprzedaży” dominant odmawia zawarcia z Wnioskodawcą umów specjalnych na przewóz węgla kamiennego, koksu oraz nawozów sztucznych. Ponadto PKP Cargo nie kwestionowało w toku przedmiotowego postępowania faktu, że zaskarżone przez CTL Logistics postanowienia „Zasad sprzedaży” zostały wprowadzone w życie.
- (177) Analizując zarzucaną Spółce praktykę należy mieć na uwadze również wywody Sądu Apelacyjnego w Warszawie zawarte w wyroku z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. VI ACa 1577/07, dotyczące prawomocnej już decyzji Prezesa UOKiK nr DOK-142/2004, w którym sąd stwierdził m.in.: *„Nie powinno mieć przy tym znaczenia dla PKP Cargo (...) z kim zawiera umowę, jeżeli przedmiotem tej umowy są takie same usługi przewozu. Okoliczność, kto jest kontrahentem PKP Cargo (odbiorca bezpośredni czy spedytor) nie powinna wpływać na warunki tej umowy. Zaliczenie usługobiorcy do konkretnej grupy podmiotów, nie ma związku z kosztami świadczenia usług przewozowych przez PKP Cargo. Z tych względów uzasadnianie możliwości różnicowania upustów w zależności od przynależności odbiorcy do poszczególnej grupy podmiotów, należy uznać za nieuzasadnione”*.
- (178) Mając na względzie powyższe przyjąć można, że skoro Sąd Apelacyjny uznał za niezasadne różnicowanie wielkości upustów przyznawanych kontrahentom w zależności od ich przynależności do poszczególnych grup podmiotów, to tym bardziej antykonkurencyjna jest odmowa przyznania określonej grupie kontrahentów upustów udzielanych w ramach umów specjalnych. Chcąc pozostać w zgodzie z przepisami Ustawy, PKP Cargo nie powinno zatem dzielić swoich klientów, na tych którzy prowadzą działalność konkurencyjną oraz tych, którzy takiej działalności nie prowadzą i wykluczać następnie możliwość współpracy na podstawie umów specjalnych z tymi pierwszymi, pozbawiając ich przez to atrakcyjnych upustów związanych z umowami specjalnymi.
- (179) Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie, wyrażonym w przywoływanym powyżej wyroku, PKP Cargo nie może rozważając podpisanie umowy przewozu kierować się w żaden sposób kryteriami podmiotowymi dotyczącymi ewentualnego kontrahenta,

²² Tak: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76, *United Brands przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1978, s. 207.

²³ Tak: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyrokach: z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1983, s. 3461 i z dnia 16 marca 2000 r. w połączonych sprawach C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports S.A., Compagnie Maritime Belge S.A. & Dafra-Lines A/S przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2000, s. I-1365.

gdyż „przewoźnik nie jest uprawniony do badania zakresu działalności swoich kontrahentów, a wkraczanie przez dominanta w tę sferę, jako warunku zawarcia umowy lub zawarcia umowy określonej treści, winno być uznane za przejaw praktyki nadużycia pozycji dominującej”²⁴. Jasnym jest zatem, że Spółka dzieląc potencjalnych kontrahentów według charakteryzujących ich właściwości podmiotowych, nie mających żadnego wpływu na koszt usługi przewozowej po stronie PKP Cargo, a następnie odmawiając części z nich nawiązania współpracy na podstawie umów specjalnych, nadużyła pozycji dominującej na rynku właściwym.

- (180) PKP Cargo w swoich pismach określiło praktykę jednakowego traktowania wszystkich swoich kontrahentów przez podmiot dominujący oraz nie dyskryminowania żadnej grupy rzeczywistych i potencjalnych klientów, jako finansowanie czy wspieranie konkurencji. Nie jest jednak zrozumiałe dla Prezesa UOKiK dlaczego przewozy towarów kolejną świadczone w ramach współpracy na podstawie umów specjalnych, za które kontrahenci płacą żadaną cenę są opłacalną działalnością gospodarczą w przypadku klientów nie będących przewoźnikami kolejowymi, zaś w przypadku klientów-przewoźników są finansowaniem konkurencji. Ujmując to bardziej obrazowo mamy tu do czynienia z sytuacją, w której przewóz jednakowej ilości towaru na tej samej trasie na podstawie umowy specjalnej jest opłacalny dla Spółki w przypadku kontrahenta A, którym jest elektrownia lub kopalnia, zaś w przypadku kontrahenta B – przewoźnika kolejowego - jest finansowaniem konkurencji, na którym PKP Cargo najwyraźniej traci.
- (181) Dodatkowo zgodnie z poglądami orzecznictwa i doktryny nadużycie pozycji dominującej jest zachowaniem o charakterze obiektywnym i ustawa zakazuje tego rodzaju praktykę bez względu na intencje przedsiębiorcy dominującego. Zatem ewentualny brak zamiaru po stronie dominanta w żaden sposób nie legalizuje zarzucanej mu praktyki – z uwagi na to, że przy ocenie zachowania dominanta w świetle art. 8 Ustawy strona subiektywna czynu nie ma znaczenia²⁵.
- (182) PKP Cargo podniosło, że na podstawie art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy zakazane są działania polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, przy czym jako „warunek niezbędny” rozumieć należy warunek, bez którego powstanie lub rozwój konkurencji nie byłby możliwy, warunek konieczny. Zdaniem Spółki prezentowane przez nią dowody i argumenty nie pozostawiają wątpliwości, że kontraktowanie przez dominanta z konkurencyjnymi przewoźnikami (oraz spedytorami z ich grup kapitałowych) w nieograniczonym zakresie nie spełnia ustawowej przesłanki niezbędności dla powstania czy rozwoju konkurencji na rynku właściwym.
- (183) Ustosunkowując się do powyższego należy w pierwszej kolejności podkreślić, że zakazem z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy objęte są nie tylko działania, które przeciwdziałają powstaniu konkurencji w ogóle, ale także takie, które przeciwdziałają rozwojowi już istniejącej konkurencji. Zatem dla wypełnienia hipotezy normy zawartej w ww. przepisie nie trzeba wykazywać, że działania dominanta uniemożliwiły powstanie jakiegokolwiek konkurencji na rynku, wystarczającym jest wykazanie, że działania te utrudniły jej rozwój. Co również istotne w sprawach dotyczących naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy można poprzestać na udowodnieniu

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt VI 1577/07.

²⁵ K. Kohutek (w): K. Kohutek, M. Sieradzka (w): *Ustawa ...*, s. 345 oraz powołane tam orzecznictwo.

groźby utrudnienia rozwoju konkurencji, czyli wykazaniu, że zachowanie dominanta może chociażby potencjalnie zahamować rozwój konkurencji. Gdyby zaś przyjąć - niewłaściwe w opinii Prezesa UOKiK - rozumowanie PKP Cargo, jedynie praktyki całkowicie uniemożliwiające konkurentom wejście na rynek lub funkcjonowanie na nim byłyby zabronione prawem konkurencji, co nie znajduje potwierdzenia ani w poglądach doktryny, ani w orzecznictwie.

- (184) W opinii Prezesa UOKiK działania PKP Cargo miały charakter bariery dla rozwoju konkurencji. Działania te nie wyeliminowały całkowicie konkurencji na rynku, ale niewątpliwie spowodowały, że rozwijała się ona wolniej i mniej efektywnie niż miałoby to miejsce w warunkach nieznieskształconej przez działania dominanta konkurencji.
- (185) Podkreślić należy, że z racji swojej pozycji rynkowej PKP Cargo, jako były monopolista, było nieuniknionym, kontrahentem zarówno dla podmiotów, które dopiero chciały wejść na rynek, oraz dla funkcjonujących już na rynku przewoźników oraz spółek z ich grup kapitałowych. Tymczasem wprowadzając do „Zasad sprzedaży” kwestionowane zmiany Spółka odmawiała im współpracy tylko dlatego, że zakwalifikowała ich jako swoich konkurentów. Działania PKP Cargo przybierały zatem postać stosowania środków niemających związku z konkurencją merytoryczną o nabywców usług.
- (186) Działania Spółki w znacznym stopniu mogły utrudnić konkurentom funkcjonowanie, ograniczając ich rozwój oraz uniemożliwiając im faktyczne konkurowanie z ofertą Spółki. Zdaniem Prezesa UOKiK praktyka ta mogła ograniczyć, przynajmniej okresowo, krąg podmiotów świadczących usługi transportu towarów koleją lub co najmniej zmniejszyć zakres realizowanych przez nie przewozów. Odnotować w tym miejscu należy, że Spółka odmawiała współpracy w ramach umów specjalnych nie tylko innym przewoźnikom, ale również spółkom powiązanym z nimi kapitałowo, oddziałując w ten sposób pośrednio również na podmioty nie związane z nią umownie. Praktyka PKP Cargo, uderzając bezpośrednio w konkurentów Spółki blokowała jednocześnie klientom – podmiotom zainteresowanym nabyciem usługi przewozu – możliwość korzystania z usług przewoźników konkurencyjnych i tym samym swobodę wyboru kontrahenta.
- (187) Zidentyfikowane działanie dominanta mogło mieć również wpływ na działania jego potencjalnych konkurentów, tj. podmiotów rozważających wejście na rynek towarowych przewozów kolejowych. Jako realną w tym zakresie należy uznać sytuację, że mogli oni nie zdecydować się na rozpoczęcie działalności wiedząc, że nie mogą liczyć na współpracę ze Spółką na warunkach, które umożliwią im faktyczne podjęcie konkurencyjnej walki rynkowej.
- (188) PKP Cargo przyznawało korzystne rabaty jedynie w zamian za zaniechanie lub niepodjęcie działalności konkurencyjnej. Tym samym konkurent musiał całkowicie zrezygnować z przewożenia jakichkolwiek ilości danego towaru, żeby otrzymać od dominanta opłacalną ofertę przewozu. Poprzez takie działanie PKP Cargo dążyło do zapewnienia sobie wyłączności w zakresie przewozów określonych grup towarów.
- (189) Zdaniem Prezesa UOKiK, PKP Cargo swoim działaniem nie tylko hamowało swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów,

ale także różnicowało pozycję swoich kontrahentów. Spółka, poprzez podjęte przez siebie działania, skutecznie odkładała na czas obowiązywania poszczególnych umów specjalnych możliwość rozwoju konkurencji na rynku przewozów towarowych kolejną. Uznać tym samym należy, że skutecznie przeciwdziałała ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla rozwoju konkurencji. Jako warunek tego rodzaju należy bowiem zidentyfikować możliwość prowadzenia działalności przez wchodzące na rynek podmioty w sposób niezakłócony przez naruszającego prawo działania dominanta.

- (190) Całokształt powyższych okoliczności, w opinii Prezesa UOKiK, jednoznacznie świadczy, że kwestionowane w niniejszym postępowaniu zachowania dominanta stanowiły barierę dla rozwoju konkurencji na rynku i tym samym były sprzeczne z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy.
- (191) Pismem z 19 czerwca 2009 r. PKP Cargo wniosło o przeprowadzenie dowodów w przedmiocie skutków zarzucanej praktyki dla odbiorców usług przewozowych Spółki oraz konsumentów, a także ewentualnych skutków praktyki na rynku spedycji. Powyższe wnioski nie zasługują jednak na uwzględnienie z uwagi na fakt, że jak powyżej wskazano wykazanie skutków praktyki dla konkurentów nie mieści się w hipotezie przepisu art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, wobec czego w celu jej udowodnienia, wymagane jest przeprowadzenie dowodu jedynie co do skutków praktyki dla konkurencji. Jak wskazują przedstawiciele doktryny *„W hipotezie komentowanego przepisu wymienione są skutki dla konkurencji, wobec czego w celu udowodnienia tej praktyki wymagane jest przeprowadzenie dowodu jedynie co do skutków praktyki dla konkurencji. W hipotezie przepisu nie są natomiast ujęte skutki dla innych chronionych ustawą interesów, w szczególności interesów innych przedsiębiorców (konkurentów lub kontrahentów) i konsumentów. W związku z tym, pomimo iż praktyka ta może wywierać i zwykle wywiera negatywne skutki dla innych uczestników rynku, pozbawionych możliwości uczestnictwa w obrocie z zakresie i na warunkach, jakie byłyby dla nich dostępne, gdyby praktyka nie była stosowana, do dowodzenia jej nie jest wymagane wykazanie wpływu na inne dobra chronione ustawą aniżeli konkurencja”*²⁶.
- (192) Zatem Prezes UOKiK oceniając ewentualne naruszenie przez Spółkę art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy nie był obowiązany do przeprowadzenia analizy skutków zarzucanej PKP Cargo praktyki dla odbiorców usług przewozowych Spółki oraz konsumentów.
- (193) Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że zarzucana PKP Cargo praktyka miała charakter antykonkurencyjny i naruszała zakaz ustanowiony w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Czas stosowania i zaniechanie zarzucanej praktyki

- (194) Jak wynika z zebranego w niniejszej sprawie materiału dowodowego PKP Cargo z dniem 1 maja 2006 r. wprowadziło w życie „Zasady sprzedaży” zawierające kwestionowane postanowienie dotyczące umów specjalnych. W związku z powyższym uznać należy, że powyższa data, tj. 1 maja 2006 r. była początkiem stosowania przez Spółkę praktyki stwierdzonej niniejszą decyzją.

²⁶ E. Modzelewska-Wąchal (w): T. Skoczny, D. Miąsik, A. Jurkowska (red.) *Ustawa ...*, s. 496.

- (195) Jednocześnie Prezes UOKiK stwierdza, że praktyka PKP Cargo ustała z dniem 1 lipca 2007 r., kiedy to weszła w życie nowa wersja „Zasad sprzedaży” w której umowy specjalne zastąpione zostały przez tzw. umowy handlowe. Zatem dzień 30 czerwca 2007 r. był ostatnim dniem, w którym spółka zawierała z kontrahentami umowy specjalne, odmawiając jednak ich zawarcia z podmiotami uznanymi za konkurentów.
- (196) Przyjąc zatem należy, że z dniem 1 lipca 2007 r. ustała praktyka Spółki zakwestionowana w niniejszej decyzji, naruszająca art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy.
- (197) Zgodnie z art. 10 ust. 1 Ustawy nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 9 (tj. decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej jej zaniechania), jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub 8 Ustawy. W myśl art. 10 ust. 2 Ustawy, w przypadku określonym w ust. 1 tego przepisu Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.
- (198) W związku z powyższym w zaistniałej sytuacji wydać należało zgodnie z art. 10 ust. 2 Ustawy decyzję o uznaniu praktyki zarzucanej PKP Cargo za ograniczającą konkurencję i stwierdzić zaniechanie jej stosowania z dniem 1 lipca 2007 r.

Kara pieniężna

- (199) Przepis art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy stanowi, że Prezes UOKiK 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 przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 8 tej ustawy.
- (200) W postępowaniu niniejszym za udowodnione należy uznać, że doszło do nadużywania przez PKP Cargo pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, polegającego na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na podstawie umów specjalnych. Spółka dopuściła się zatem naruszenia zakazu, o których mowa w art. 8 ust. 1 w zw. z 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy.
- (201) Zdaniem Prezesa UOKiK okoliczności sprawy wskazują, że celowe i uzasadnione jest nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia ww. przepisów.

Przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów

- (202) Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia przez Prezesa UOKiK, na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, administracyjnej kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 8 ustawy ma fakultatywny charakter, przy czym możliwość nałożenia na przedsiębiorcę tej kary wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w ww. przepisach ustawy było „co najmniej nieumyślne”.
- (203) Zdaniem Prezesa UOKiK w sprawie spełniona została przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

- (204) Dokonując oceny stopnia zawinienia PKP Cargo w niniejszej sprawie Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak PKP Cargo. Biorąc pod uwagę fakt, że podmiot ten działa na dużą skalę (świadczą o tym uzyskiwane przez niego przychody), jak również fakt, iż działa na rynku od wielu lat (dysponuje zatem odpowiednim doświadczeniem) powinien on przewidzieć, że podejmowane przez niego działania będą uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję. Organ antymonopolowy wziął zatem pod uwagę fakt, że duzi przedsiębiorcy, posiadacze powinni odpowiednią wiedzę prawniczą i ekonomiczną, która umożliwia łatwiejszą ocenę, czy ich zachowanie stanowi naruszenie prawa konkurencji. W sposób szczególny powyższe uwagi odnoszą się do PKP Cargo, które wielokrotnie było stroną postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK²⁷.
- (205) PKP Cargo naruszyło Ustawę w taki sposób, że przypisać mu można, w ocenie Prezesa UOKiK, działanie umyślne. Strona świadomie i z rozeznaniem skutków swego postępowania zmieniając „Zasady sprzedaży” pozbawiła swoich konkurentów możliwości współpracy w ramach umów specjalnych, a co za tym idzie związanych z nią atrakcyjnych rabatów. Celem PKP Cargo było utrudnienie funkcjonowania konkurentom na rynku przy wykorzystaniu własnej siły rynkowej. Wbrew twierdzeniom Spółki, współpraca w ramach umów specjalnych z podmiotami konkurencyjnymi nie byłaby w ocenie Prezesa UOKiK „wspieraniem konkurentów” czy „ułatwianiem im wzmacniania siły rynkowej własnym kosztem”. Odmowa nawiązania takiej współpracy z częścią potencjalnych klientów (tj. z tymi którzy prowadzą działalność konkurencyjną) przez podmiot dominujący na rynku ma, jak wykazano w niniejszej decyzji, zarówno charakter antykonkurencyjny jak i dyskryminacyjny i nie jest obiektywnie uzasadniona. Biorąc pod uwagę wykazane wyżej podobieństwo zarzucanej praktyki do praktyki stwierdzonej w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r., nr DOK-50/2004 (pkt I sentencji) oraz znaczącą wiedzę prawniczą i ekonomiczną PKP Cargo odnośnie do możliwej sprzeczności swego postępowania z regułami konkurencji należy przyjąć, że dominant co najmniej godził się z naruszeniem zakazu art. 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (206) Podniesione powyżej okoliczności wskazujące na umyślność naruszenia przez PKP Cargo reguł konkurencji świadczą o zasadności nałożenia na dominanta kary pieniężnej, mimo że, nie jest to w świetle art. 101 ust. 1 Ustawy obligatoryjne. Wobec bowiem wykazanej umyślności działania Spółki, należy uznać, że **spełnione zostało kryterium „co najmniej nieumyślnego” naruszenia** zakazu określonego w art. 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Wysokość kary pieniężnej

- (207) Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes UOKiK uwzględnił, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. W tym względzie Prezes UOKiK wziął zarazem pod uwagę art. 104 ww. ustawy, zgodnie

²⁷ Postępowania antymonopolowe przeciwko PKP Cargo zakończone decyzjami: Nr DDI 38/2002 z dnia 10 maja 2002 r., Nr DOK-50/2004 z dnia 17 czerwca 2004 r., Nr DOK - 142/04 z dnia 31 grudnia 2004 r., Nr DOK-108/2005 z dnia 20 września 2005 r., Nr DOK-172/05 z dnia 21 grudnia 2005 r.

z którym przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

- (208) Prezes UOKiK wziął również pod uwagę, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, element subiektywny w postaci umyślności naruszenia przepisów ustawy. W orzecznictwie wyraźnie bowiem stwierdzono, że niezależnie od tego, że przesłanka ta brana jest pod uwagę już na etapie podejmowania decyzji o nałożeniu kary²⁸, również wysokość nakładanej kary musi odzwierciedlać stopień zawinienia, z jakim związane jest naruszenie zakazu²⁹.
- (209) Prezes UOKiK uwzględnił również, że – zgodnie z orzecznictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego³⁰, a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości)³¹.
- (210) Dokonując oceny wagi stwierdzonego naruszenia, organ wziął w pierwszej kolejności pod uwagę, że o wadze (szkodliwości) naruszenia decydują dwie grupy okoliczności dotyczące: (a) natury naruszenia i (b) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.
- (211) W kwestii natury naruszenia Prezes UOKiK wyróżnia (i) **naruszenia bardzo poważne**, do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, (ii) **naruszenia poważne**, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, (iii) naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (**naruszenia pozostałe**), do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.
- (212) W ocenie Prezesa UOKiK zarzucaną PKP Cargo praktykę zaliczyć należy do **poważnych naruszeń** prawa konkurencji. Za powyższym przemawia fakt, że pozbawienie wszystkich przewoźników konkurencyjnych możliwości przewozu towarów w ramach umów specjalnych, w sytuacji gdy sami także przewożą dane towary oraz ograniczenie klientom wyboru przewoźnika poprzez uniemożliwienie zlecenia przewozu podmiotowi związanemu w zakresie danego towaru ww. rodzajem

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2011 r. sygn. akt III SK 45/10, niepubl.

²⁹ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVI Ama 17/05.

³⁰ Wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05.

³¹ Por. wyrok SOKiK z dnia 4 maja 2006 r., sygn. akt: XVII Ama 119/04 (za:) K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 1015.

umów z PKP Cargo istotnie ogranicza konkurencję. Podnieść przy tym należy, że działanie dominanta było w pełni przemyślane i zaplanowane – kwestionowane zapisy zostały wprowadzone do „Zasad sprzedaży” uchwałą zarządu Spółki. Zatem wykluczenie możliwości współpracy na warunkach preferencyjnych z konkurentami w zakresie przewożonych przez nich towarów stało się po dniu 1 maja 2006 r. istotnym elementem strategii rynkowej dominującego przewoźnika. Podkreślenia wymaga fakt, że, jak wyżej wykazano, dominant dopuścił się stosowania praktyki podobnej do tej, którą zakazano decyzją Prezesa UOKiK nr DOK-50/2004 przenosząc zakwestionowane ww. decyzją zapisy umów wieloletnich do „Zasad sprzedaży” i rozszerzając zakres ich stosowania także na umowy specjalne. Przyjęcie, że stwierdzona praktyka PKP Cargo stanowiła poważne naruszenie prawa konkurencji oznacza, że wysokość kwoty wyjściowej stanowiącej bazę do dalszego obliczania kar mieści się w przedziale od 0,2% do 1% przychodu.

- (213) Mając zatem na względzie samą naturę stwierdzonego naruszenia wysokość kary pieniężnej należało określić na poziomie wskazanym w poniższej tabeli:

podmiot	wymiar kary (ustalony na podstawie % przychodu)
	natura naruszenia
PKP Cargo	25 086 899,79 zł

Tab. 5. Pierwszy etap naliczania wysokości kary pieniężnej

- (214) Organ antymonopolowy określając wysokość kary nakładanej w przypadku naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wychodzi z założenia, że wymiar kary nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorcy na tym rynku, a zatem powinna ona podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes UOKiK może zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej kwotę maksymalnie o 80 %.
- (215) W ocenie Prezesa UOKiK zważyć należało zatem, że wszelkie zniekształcenia konkurencji na rynku transportu towarów mają negatywne skutki dla innych gałęzi gospodarki z uwagi na konieczność uwzględnienia w kosztach funkcjonowania przedsiębiorstw, a co za tym idzie w cenie towaru lub usługi, także kosztów transportu. Wspomnieć przy tym wypada, iż na wpływ ograniczenia konkurencji w sektorze transportu na kondycję gospodarki jako całości, wskazał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie sygn. akt XVII Ama 72/05 (*„koszty transportu oddziałują na gospodarkę zarówno w skali makro jak i mikroekonomicznej, a szczególnie w tych dziedzinach gospodarki gdzie stanowią relatywnie wysoki składnik kosztów (np. energetyka)”*). Zaznaczyć należy, że wyrok powyższy również dotyczył praktyk PKP Cargo polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarów.
- (216) Trzeba jednak w tym miejscu wziąć również pod uwagę nieznaczną masę towarów przewożonych przez PKP Cargo na podstawie umów specjalnych (dokładne dane dotyczące procentowego stosunku przewozu na podstawie umów specjalnych w stosunku do całkowitego przewozu Spółki w latach 2006 i 2007 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PKP Cargo i zawarte są na k. 934 akt adm.). Powyższe pozwala, w

ocenie Prezesa UOKiK, uznać, że wprowadzenie w życie stwierdzonej praktyki miało ograniczony wpływ na rynek właściwy.

- (217) Całokształt wskazanych wyżej okoliczności powoduje, że w opinii Prezesa UOKiK zasadne jest **zmniejszenie wysokości kary na tym etapie o 40 %** w stosunku do kary ustalonej w etapie pierwszym.

podmiot	wymiar kary		
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	Razem
PKP Cargo	25 086 899,79 zł	-40 %	15 052 139,88 zł

Tab. 6. Drugi etap naliczania wysokości kary pieniężnej

- (218) Kolejnym czynnikiem, który Prezes UOKiK uwzględnia przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej jest długotrwałość naruszenia prawa. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes UOKiK może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków. Jako długotrwałe traktowane są zwykle naruszenia trwające dłużej niż rok. Biorąc powyższe pod uwagę, dla odzwierciedlenia wpływu długotrwałości naruszenia na wysokość kar, Prezes UOKiK może zwiększyć w przypadku nadużywania pozycji dominującej na rynku kwotę bazową maksymalnie o 100%.
- (219) Jak wykazano w niniejszej decyzji przedmiotowe naruszenie prawa trwało dłużej niż 1 rok. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem, że dominant stosował zarzucaną praktykę od dnia 1 maja 2006 r. do 30 czerwca 2007 r., tj. 14 miesięcy. Z uwagi jednak na wzmiankowany powyżej ograniczony wpływ praktyki na rynek właściwy nie sposób uznać, że długotrwałość jej stosowania prowadziła do zwielokrotnienia negatywnych skutków jej stosowania. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Prezesa UOKiK, nie jest zasadne zwiększenie poziomu nakładanej kary pieniężnej z uwagi na długotrwałość praktyki.

podmiot	wymiar kary			
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
PKP Cargo	25 086 899,79	-40 %	0%	15 052 139,88

Tab. 7. Trzeci etap naliczania wysokości kary pieniężnej

- (220) Organ antymonopolowy, ustalając wysokość kary, powinien także wziąć pod uwagę okoliczności mające wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. Okoliczności łagodzące i obciążające są oceniane łącznie, indywidualnie dla każdej sprawy oraz dla każdego przedsiębiorcy. Poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Ustalona na wcześniejszym etapie wysokość kary może ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50%.

- (221) Zdaniem Prezesa UOKiK **okolicznością łagodzącą** w przedmiotowej sprawie jest zakończenie przez PKP Cargo działań wskazanych w sentencji decyzji w toku niniejszego postępowania antymonopolowego (w dniu 1 lipca 2007 r.).
- (222) Jednocześnie Prezes UOKiK uznał, zgodnie z art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, występowanie w sprawie **okoliczności obciążającej w postaci uprzedniego naruszenia przepisów ustawy**. Wyjaśnić w tym miejscu należy, że w czasie stosowania stwierdzonej praktyki prawomocna była decyzja Prezesa UOKiK z dnia 17 czerwca 2004 r. Nr DOK-50/2004, w której organ antymonopolowy zakazał stosowania przez Spółkę praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku przewozu towarów kolejną.
- (223) Dodatkowo jako okoliczność obciążającą należy wskazać opisaną powyżej **umyślność działania PKP Cargo**.
- (224) W świetle powyższego zważywszy na fakt, że w sprawie występuje jedna okoliczność łagodząca i dwie okoliczności obciążające, uzasadnione jest zdaniem organu antymonopolowego **zwiększenie wysokości kary na tym etapie o 5%**.

podmiot	wymiar kary				
	natura naruszenia	specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące / obciążające	Razem
PKP Cargo	25 086 899,79	-40 %	0%	+5%	15 804 746,87

Tab. 8. Czwarty etap naliczania wysokości kary pieniężnej

- (225) W niniejszej sprawie należało również wyjątkowo wziąć pod uwagę dodatkową okoliczność, nieprzewidzianą w „Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”³² opublikowanych przez Prezesa UOKiK, w postaci upływu czasu od daty wszczęcia postępowania antymonopolowego do wydania niniejszej decyzji. Postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie wszczęte zostało 15 grudnia 2006 r., więc decyzja wydawana jest po 9 latach od momentu jego wszczęcia. Prezes UOKiK uwzględnił, że w pewnym zakresie do spraw antymonopolowych stosuje się wymagania stawiane przez art. 6 EKPCz³³, w tym prawo do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie. W sytuacji gdy upłynęło 9 lat od momentu wszczęcia postępowania antymonopolowego zasadnym jest obniżenie kary nakładanej na stronę takiego postępowania. Należy przy tym zaznaczyć, że upływ czasu od wszczęcia postępowania do wydania niniejszej decyzji wynikał również z czasu jaki zajęło postępowanie sądowe, które w konsekwencji doprowadziło do uchylecia poprzedniej decyzji nr DOK-3/2009.
- (226) Powyższe podejście należy uznać za analogiczne do wynikającej z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasady rozsądnego terminu jako przesłanki, mogącej mieć wpływ na wysokość orzekanej kary pieniężnej. Zasada rozsądnego terminu w odniesieniu do postępowań w sprawach konkurencji stanowi ogólną regułę prawa unijnego, nad której przestrzeganiem czuwa Trybunał i która

³² https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php

³³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 34 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.

stanowi element prawa do dobrej administracji wynikającego z art. 41 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej³⁴. Jak wyjaśnił Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z lipca 2008 r. w sprawie T-276/04 *Compagnie maritime belge SA przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2000, s. I-1365, obniżanie wysokości nakładanej kary pieniężnej z uwagi na długotrwałość postępowania jest „utrwaloną i przyjętą” przez sąd praktyką i wchodzi w zakres przysługującego Komisji Europejskiej uznania (dyskrecjonalności) w zakresie ustalania kar pieniężnych³⁵. Obniżenia nałożonych na przedsiębiorców kar pieniężnych o 5% z uwagi na długotrwałość prowadzonego postępowania dokonała Komisja Europejska m.in. w decyzji z 24 czerwca 2015 r. w sprawie AT.39563 *Retail Food Packaging* podkreślając, że zasada zgodnie, z którą decyzje kończące postępowanie administracyjne w sprawach konkurencji powinny być wydawane w rozsądnym terminie musi być przestrzegana. Także w decyzji z 26 października 1999 r. w sprawie nr IV/33.884 – *FEG*, Komisja zredukowała o 100 tys. euro nakładane na przedsiębiorców kary pieniężne, z uwagi na fakt, że postępowanie w sprawie prowadzone było przez 8 lat, przez co decyzja nie została wydana w rozsądnym terminie.

- (227) W niniejszej sprawie zatem wyjątkowa okoliczność w postaci znacznego upływu czasu pomiędzy wszczęciem postępowania a wydaniem decyzji uzasadnia dodatkową redukcję nakładanej na PKP Cargo kary o 10%, tak że wymiar nakładanej kary wynosi 14 224 272,18 zł.

podmiot	wymiar kary					
	natura naruszenia	specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności łagodzące / obciążające	Dodatkowa okoliczność	Razem
PKP Cargo	25 086 899,79	-40 %	0%	+5%	-10%	14 224 272,18

Tab. 9. Piąty etap naliczania wysokości kary pieniężnej

- (228) W podsumowaniu wywodów dotyczących sposobu ustalania kary pieniężnej w niniejszej sprawie, należy podkreślić, że zdaniem Prezesa UOKiK kara w ustalonej wysokości 14 224 272,18 zł pozwoli osiągnąć cele, jakie są związane z tym rodzajem sankcji. Kara ta w szczególności jest wystarczająca dla realizacji jej funkcji prewencyjnej, w tym w zakresie prewencji generalnej. Stanowi ona wyraźny sygnał dla rynku, że nieakceptowalne są z punktu widzenia Prezesa UOKiK zachowania rynkowego dominanta, które zmierzają do ograniczenia konkurencji. Jednocześnie, fakt, iż przy ustalaniu wymiaru nałożonej na PKP Cargo kary uwzględniony został okres stosowania praktyki, w tym fakt jej zaniechania przed wydaniem niniejszego rozstrzygnięcia stanowi dla przedsiębiorców, w tym PKP Cargo sygnał, że naruszenie Ustawy musi jak najszybciej ustać. Dodatkowo, mając na względzie represyjną funkcję orzekanych przez Prezesa UOKiK kar stwierdzić należy, że nałożona kara nie jest nadmiernie surowa i stanowi niewielką część przychodów PKP Cargo i możliwej

³⁴ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji 13 stycznia 2004 r. w sprawie T-67/01, *JCB Service przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, p. 36, Zb. Orz. 2004 II-49.

³⁵ Pkt 46 powołanego wyroku.

kary maksymalnej. W tym zakresie Prezes UOKiK miał na uwadze upływ czasu jaki nastąpił od zaniechania praktyki do wydania niniejszej decyzji, co znacząco osłabiło represyjny charakter kary.

- (229) Przy ocenie zachowania strony zostały uwzględnione wszelkie znane organowi antymonopolowemu okoliczności pozwalające na określenie wymiaru kary. Dlatego też, zdaniem Prezesa UOKiK, kara pieniężna w określonej w decyzji wysokości jest odpowiednia.

Rygor natychmiastowej wykonalności

- (230) Organ antymonopolowy zdecydował się nie nadawać niniejszej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Zgodnie z art. 90 Ustawy, Prezes UOKiK może nadać decyzji powyższy rygor, jeżeli wymaga tego ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów.
- (231) Prezes UOKiK nadaje decyzji rygor natychmiastowej wykonalności, gdy z uwagi na szkodliwe dla konkurencji na rynku właściwym skutki praktyki, długotrwały brak wiążących rozstrzygnięć może doprowadzić do nieodwracalnych, niekorzystnych zmian rynkowych.
- (232) W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał opisanie w pkt I sentencji decyzji zachowanie PKP Cargo za ograniczające konkurencję (naruszające art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy) i jednocześnie stwierdził zaniechanie jego stosowania z dniem 1 lipca 2007 r.
- (233) Z uwagi zatem na zaprzestanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez Spółkę opatrywanie pkt I decyzji rygiorem natychmiastowej wykonalności byłoby bezprzedmiotowe.
- (234) Mając na względzie powyższe orzeczono jak w pkt III sentencji.

Koszty postępowania

- (235) Zgodnie z art. 72 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Natomiast w świetle art. 75 tej ustawy, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Z ustawy nie wynika, co składa się na koszty postępowania, o których mowa w jej art. 72. Wobec generalnego odesłania w sprawach nieuregulowanych do przepisów kodeksu postępowania administracyjnego (art. 80 Ustawy) należy przyjąć, iż zakres tych kosztów wyznacza art. 263 § 1 k.p.a. W jego świetle do kosztów postępowania zalicza się: (1) koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron, (2) koszty doręczania stronom pism procesowych, (3) inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy.
- (236) W pkt I sentencji niniejszej decyzji Prezes UOKiK uznał, że zachowanie PKP Cargo stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję. Na koszty Prezesa UOKiK w niniejszym postępowaniu składają się: wydatki, które są związane z prowadzoną w jego toku postępowania korespondencją. Prezes UOKiK postanowił obciążyć Spółkę

kosztami prowadzonej korespondencji po podjęciu postępowania antymonopolowego (tj. po prawomocnym uchyleniu decyzji nr DOK-3/2009 przez SOKiK) w kwocie 82,40 zł. Na powyższą kwotę składa się koszt wysyłki: 3 listów w cenie 7,40 zł, 8 listów w cenie 6,10 zł oraz 2 listów w cenie 5,70 zł.

- (237) Koszty niniejszego postępowania należy uiścić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

- (238) Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.
- (239) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w zw. z art. 3 i art. 11 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. *o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia doręczenia decyzji.
- (240) W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach postępowania na postanowienie o kosztach postępowania przysługuje stronie zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – stosownie do treści art. 78 ust. 1 i ust. 6 w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i art. 264 § 2 k.p.a. oraz art. 479²⁸ w związku z art. 479³² k.p.c. – za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie tygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

Dyrektor
Departamentu Ochrony Konkurencji
Agata Zawłocka-Turno

Otrzymują:

1. PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie
2. CTL Logistics sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach