



Sygn. akt III SK 3/07

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2007 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Jerzy Kwaśniewski (sprawozdawca)

SSN Andrzej Wróbel

w sprawie z odwołania:

1. S. – T. Autostrada Spółki Akcyjnej w M.

2. L. K.

3. R. K.

4. A. P.,

5. T. L.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem R. M.

o ochronę konkurencji,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Spółecznych i Spraw Publicznych w dniu 25 kwietnia 2007 r.,

skargi kasacyjnej odwołującego się S. – T. Autostrada Spółki Akcyjnej w M. od

wyroku Sądu Apelacyjnego w W.

z dnia 20 września 2006 r., sygn. akt [...],

- 1) oddala skargę kasacyjną ,
- 2) zasądza od S. – T. Autostrada Spółki Akcyjnej w M. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 270 (dwieście siedemdziesiąt złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego).

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 23 stycznia 2003 r., nr [...] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za praktyki ograniczające konkurencję zawarcie przez: S. – T. Autostrada S. A. w M., L. K. – Pomoc Drogowa Auto Naprawa Złomowanie Samochodów, R. K. Ratownictwo Drogowe R. „TIR” Przedsiębiorstwo Usługowo –Handlowe, A. P. i T. K. Pomoc Drogowa SOS oraz zainteresowanego R. M. Auto – Złom i Wypożyczalnia Samochodów; porozumienia polegającego na:

- a) ustalaniu cen za korzystanie z usług pomocy drogowej, co stanowi naruszenie art. 5 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.);
- b) podziału rynku usług pomocy drogowej na płatnym odcinku autostrady A-4, co stanowi naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 3 powołanej wyżej ustawy;
- c) ograniczaniu dostępu do rynku właściwego przedsiębiorcom nie objętym porozumieniem, co stanowi naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 powołanej wyżej ustawy.

Prezes UOKiK w związku ze stosowaniem powyższych praktyk ograniczających konkurencję nałożył na powyższe podmioty kary pieniężne, a ponadto obciążył je kosztami postępowania.

Powyższa decyzja Prezesa UOKiK została oparta na następujących ustaleniach: S.-T. Autostrada S.A. od 28 marca 2000 r. trzykrotnie zawierała umowy o usługi pomocy drogowej z wybranymi w drodze konkursu podmiotami. Umowy te były zawierane na czas określony. W dniu 4 grudnia 2000 r. S.-T.

Autostrada S.A. spotkała się z przedstawicielami Policji uzgadniając m.in., że do wszelkich zdarzeń na autostradzie będą wzywane tylko autoryzowane przez operatora autostrady (powoda) pomoce drogowe, a dysponentem tych pomocy będzie operator. Porozumienie, zawierało ponadto zapis, że autoryzowane przez operatora pomoce wystąpią do właściwych Komend Powiatowych Policji z ofertą na przewóz i parkowanie pojazdów wymagających zabezpieczenia dla celów procesowych, a cena usług na zlecenie Policji będzie taka sama jak w przypadku działania firm z którymi KPP ma obecnie podpisane umowy. Ewentualna różnica poziomów cen będzie wyrównywana bezpośrednio dla firm autoryzowanych przez operatora autostrady. Ponadto wszelkie zdarzenia na autostradzie miały być zgłaszane przez Policję do Centrum Zarządzania Autostradą, które miało wzywać te firmy pomocy drogowych, z którymi Operator ma podpisane umowy. Ustalenia te weszły w życie z dniem 1 stycznia 2001 r. W dniu 1 czerwca 2001 r. na czas określony do dnia 31 czerwca 2004 r. S. – T. Autostrada S. A. zawarł kolejne, trzecie umowy o świadczenie usług pomocy drogowej z: L. K. – Pomoc Drogowa Auto Naprawa Złomowanie Samochodów, R. K. – Ratownictwo Drogowe R.-HOL „TIR” Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe, A. P. i T. L. Pomoc Drogowa SOS. Zgodnie z ustaleniami zawartymi we wskazanych wyżej umowach podzielono płatny odcinek autostrady A-4 i określono jakie odcinki mogli obsługiwać poszczególni wykonawcy. Autostradę podzielono na 3 odcinki i pierwszy odcinek od strony Katowic obsługuje firma R. M., środkowy firma L. K., trzeci Pomoc Drogowa SOS, zaś na usługi pojazdy ciężkie wyłączności na obsługę całego odcinka autostrady udzielono dwóm firmom P. K. W § 3 zawartych umów ustalono zasadę wyłączności, według której tylko określony wykonawca może obsługiwać określony odcinek autostrady, zaś inne firmy pomocy drogowej mogą obsługiwać rynek właściwy w szczególnych sytuacjach (tj. karambole). Załącznik nr 2 do wskazanych umów stanowił uzgodniony przez wykonawców i operatora cennik usług wybranych firm pomocy drogowych świadczących usługi na autostradzie płatnej A-4 Katowice – Kraków, który był jednakowy dla wszystkich wykonawców. Określono w nim ryczałt za usługi.

Według Prezesa UOKiK na skutek zawartego porozumienia został naruszony interes publicznoprawny. Skutkami bowiem zabronionego porozumienia

dotknięci są wszyscy użytkownicy drogi publicznej płatnego odcinka autostrady A-4 oraz inni prowadzący usługi pomocy drogowych. Wszelkie formy skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców, wywołujące negatywne skutki rynkowe w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji objęte są zakazami wynikającymi z art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ze względu na sposób wybrania przez operatora czterech wykonawców, zapisy przedmiotowych umów zawierających klauzulę wyłączności i ustalanie cen za ten zakres usług, Prezes UOKiK uznał, że było to świadome współdziałanie uczestników porozumienia naruszające zakazy określone w powołanym wyżej przepisie.

Prezes UOKiK uznał, że rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest odcinek płatnej autostrady A-4 Katowice – Kraków w ujęciu geograficznym, a w ujęciu asortymentowym rynek usług pomocy drogowej świadczonych na odcinku tej autostrady. Ponieważ z płatnego odcinka autostrady korzystają kierowcy – konsumenci, wnoszący stosowną opłatę, komfortowo i szybko pokonują odległość z Krakowa do Katowic, cechy innych dróg publicznych nie są porównywalne do płatnego odcinka Autostrady A-4. Drogi ogólnodostępnej ani drogi ekspresowej nie można zatem uznać za substytut autostrady. Mając na uwadze, że na rynku właściwym nie ma substytutu, należało ograniczyć pojęcie rynku właściwego do płatnego odcinka autostrady A-4.

Na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazu, o którym mowa w art. 5 nie stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnym szczeblu obrotu, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 %. Udział zaś uczestników porozumienia przekracza wartości określone w tym przepisie, gdyż operator jako organizator usług na płatnym odcinku autostrady A-4 ma 100% udział na rynku właściwym, zaś wybrani przez niego wykonawcy, na objętych porozumieniem odcinkach też mają 100% udziały. Operator i wykonawcy nie są konkurentami na rynku właściwym, gdyż działają na różnych szczeblach obrotu.

Ponadto Prezes UOKiK stwierdził, że w przepisach prawa o ruchu drogowym brak jest upoważnienia do określenia wyłączności na obsługę

określonych odcinków autostrady oraz do ustalania cen za przedmiotowy zakres usług. Działanie uczestników porozumienia polegające na uzgodnieniu ceny usług pomocy drogowej oraz zawarciu w umowach klauzuli wyłączności doprowadziło do eliminacji konkurencji zarówno pomiędzy wykonawcami – uczestnikami porozumienia i innymi przedsiębiorcami świadczącymi usługi pomocy drogowej, jak również jest niekorzystne dla użytkowników autostrady – konsumentów. Nie mają oni bowiem możliwości wyboru wykonawcy i zobowiązani są do zapłacenia ustalonego w drodze porozumienia ryczałtu za usługi pomocy drogowej. Skutkiem zawarcia porozumienia było zatem ograniczenie i naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Zawarte pomiędzy operatorem a wykonawcami umowy z klauzulą wyłączności doprowadziły do podmiotowego, czasowego i terytorialnego podziału rynku. Operator określając podmioty, które będą działać na rynku właściwym, nie przeprowadził przetargu, zatem wybrał kontrahentów bez zachowania reguł konkurencji.

Nakładając karę pieniężną, Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że działanie ukaranych nakierowane było na osiągnięcie celu sprzecznego z ustawą. Stwierdził, że wysokość kary jest umiarkowana, proporcjonalna do dochodów osiągniętych przez poszczególnych uczestników porozumienia i uwzględnił ustawowe granice wymiaru kary.

Od powyższej decyzji odwołali się wszyscy ukarani przedsiębiorcy, za wyjątkiem R. M., domagając się zmiany zaskarżonej decyzji przez orzeczenie, że zawarte porozumienia nie stanowią praktyk ograniczających konkurencję.

Wyrokiem z dnia 24 marca 2004 r. Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołania. Sąd pierwszej instancji za bezsporne uznał okoliczności zawarcia przez powodów porozumienia; zamieszczenia w umowach zawartych, przez operatora z wykonawcami klauzuli wyłączności, a także iż na operatorze ciążył wynikający z koncesji obowiązek zapewnienia zorganizowania świadczenia usług pomocy drogowej, zwłaszcza w kontekście art. 31 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908 ze zm.). Według Sądu pierwszej instancji ze względu na to, że autostrada A-4 jest autostradą płatną to obowiązki koncesyjne, koncesjonariusz obowiązany jest finansować ze środków własnych,

pochodzących m.in. z pobieranych opłat za przejazd. Obowiązkiem operatora było wobec tego utrzymywanie w gotowości do świadczenia usług własnych pojazdów lub też zlecenie tego typu usług innym podmiotom. Dla oceny działania operatora w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma, zdaniem Sądu znaczenia fakt, czy zawarcie takich umów poprzedził przetarg czy też nie i czy miał on charakter ograniczony, czy nie. Brak jest podstaw do przyjęcia, że z przyczyn technicznych lub organizacyjnych nie jest możliwe świadczenie usług pomocy drogowej na poszczególnych odcinkach autostrady przez nieograniczoną liczbę przedsiębiorców, wobec tego przetarg nie stanowi wyłącznej formy konkurencji na rynku. Okoliczność zaś, że taka forma wynikała z treści koncesji nie ma dla powyższej oceny żadnego znaczenia, gdyż nadzór nad wykonywaniem obowiązków koncesyjnych należy do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, co wynika z art. 60 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych. Z uwagi na to, że zgodnie z treścią umów zawartych przez operatora z wykonawcami, operator nie pobiera żadnych opłat od przedsiębiorców świadczących usługi drogowe, ani nie płaci na ich rzecz żadnych opłat za pozostawanie w gotowości do świadczenia usług 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, to klauzula wyłączności stanowiła w konsekwencji przerzucenie kosztów na konsumentów usług pomocy drogowej. S.– T. Autostrada S. A. przyznając wyłączność grupie przedsiębiorców świadczących usługi pomocy drogowej umożliwił im pobieranie wyższych stawek za świadczone usługi, kompensując im nieopłacone przez siebie pozostawanie w stanie gotowości. W ten sposób ceny oferowane, a ustalone przez wykonawców z operatorem były nieraz dwukrotnie wyższe od oferowanych przez konkurentów. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, zgodnie z art. 31 ust. 2 pkt 5 ustawy - Prawo o ruchu drogowym, holować może każdy pojazd przeznaczony do tego celu. Wobec tego faktyczny wybór kontrahenta w relacji cena – jakość należy do konsumenta. Z uwagi na powyższe wątpliwe jest, aby konsument mając do wyboru usługę świadczoną po cenie oferowanej przez wykonawców i cenę dwukrotnie niższą, wybrał ofertę wykonawców, nawet jeżeli oferowali oni znacznie lepszą jakość. Oferowanie takiego poziomu cen było natomiast możliwe wyłącznie w warunkach ograniczenia konkurencji. W rezultacie zawarte umowy prowadziły do ograniczenia, a docelowo do wyeliminowania

konkurencji w zakresie świadczenia usług pomocy drogowej na autostradzie A-4 przez ustalenie cen, podział rynku pomiędzy wykonawców, wyeliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Wykonawcy akceptowali taki stan rzeczy, mając świadomość, że umowy te umożliwiają im uzyskanie wyższych cen, a ponadto faktyczny monopol na wydzielonej części rynku.

Ponadto Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z treścią art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc konieczne, aby wystąpił zamierzony skutek. Wobec tego nie ma znaczenia, że po zawarciu przedmiotowych umów również przedsiębiorcy nieobjęci porozumieniem świadczyli swoje usługi. W konsekwencji Sąd pierwszej instancji uznał za zbędne wyjaśnienie okoliczności wykonywania holowań przez te podmioty.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji Prezes UOKiK niewłaściwie określił rynek właściwy, przyjmując że usługi pomocy drogowej świadczone na autostradzie różniły się właściwością, ceną lub jakością od usług pomocy drogowej świadczonej na innych drogach. Według Sądu rynek ograniczony jest wyłącznie czasem dojazdu do niesprawnego samochodu, który nie powinien przekraczać 20 – 30 minut. Wobec tego Sąd pierwszej instancji przyjął, że rynek właściwy obejmuje również okoliczne drogi krajowe. Takie wyznaczenie rynku właściwego nie zmienia jednak istoty rozstrzygnięcia z uwagi na to, że skarżący nie wykazali, aby ich łączny udział w tak określonym rynku właściwym nie przekraczał 10%, a ponadto wykonawcy świadczący swoje usługi na autostradzie A-4 mieli realną możliwość równoczesnego oferowania ich na jeszcze trzech porównywalnych co do długości trasach krajowych.

Od powyższego wyroku kasację wniósł powód S. – T. Autostrada S. A. wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu. Skarżący zarzucił wówczas naruszenie prawa materialnego przez:

- a) niezastosowanie art. 61 i art. 62 ust. 1 pkt 7 lit. b i c oraz pkt 8 i pkt 8b ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych

oraz Krajowym Funduszu Drogowym w kontekście oceny działań powoda realizowanych w wykonaniu umowy koncesyjnej przez przyjęcie, że z punktu widzenia naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma znaczenia okoliczność przeprowadzenia przez powoda przetargu (konkursu ofert), pomimo tego że był to jeden z obowiązków wynikających z podpisanej umowy koncesyjnej;

- b) niewłaściwe zastosowanie art. 5 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przyjęcie, że zawarte przez powoda umowy na usługi pomocy drogowej z wyłonionymi w drodze konkursu ofert przedsiębiorcami prowadziły do ograniczenia konkurencji w zakresie świadczenia usług pomocy drogowej na autostradzie A -4 przez:
- c) niewłaściwe zastosowanie art. 31 ust. 2 pkt 5 ustawy - Prawo o ruchu drogowym oraz niezastosowanie § 7 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 25 września 2001 r. w sprawie ogólnych kierunków współpracy koncesjonariusza z administracją drogową, Policją, pogotowiem ratunkowym oraz jednostkami systemu ratowniczo – gaśniczego (Dz. U. Nr 118, poz. 1251) w związku z art. 62 a ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2001 r. Nr 110, poz.1192 ze zm.) przez przyjęcie, że zawarte przez powoda umowy na usługi drogowe z przedsiębiorcami wyłonionymi w drodze konkursu ofert oraz protokół uzgodnień z Policją z dnia 4 grudnia 2000 r. wyłączyły możliwość korzystania przez użytkowników autostrady A-4 z usług przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Ponadto skarżący zarzucił naruszenie przepisów postępowania przez niedopuszczenie zawnioskowanych przez powoda dowodów na okoliczność udziału w rynku właściwym na poziomie określonym w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przyjęcie, że są one zbędne dla oceny naruszenia przez powoda art. 5 ustawy.

Postanowieniem z dnia 14 grudnia 2005 r. Sąd Najwyższy, ze względu na nowelizację przepisów kodeksu postępowania cywilnego regulujących postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji przekazał powyższą kasację powoda do rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu jako apelację. Apelacje powodów L. K., R. K. oraz A. P. i T. L. zostały prawomocnie odrzucone.

Wyrokiem z dnia 20 września 2006 r. Sąd Apelacyjny – Sąd Cywilny w W. na podstawie art. 385 k. p. c. oddalił apelację powoda. Sąd drugiej instancji podzielił ustalenia faktyczne oraz podstawę prawną zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego. Zdaniem Sądu drugiej instancji treść przepisów wskazanych przez skarżącego oraz treść i kształt rozwiązań przyjętych w umowie koncesyjnej nie może prowadzić do wniosku, że koncesjonariusz był uprawniony do realizowania ustawowych i przyjętych zobowiązań z naruszeniem zasad konkurencji. Ustawa o autostradach płatnych stanowi, że umowa koncesyjna powinna określać zobowiązania koncesjonariusza do zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników oraz zasady zagospodarowania miejsc obsługi podróżnych i pojazdów, z uwzględnieniem konkurencji. Ustawa ta nie określa natomiast postępowania regulacyjnego, z pozostawieniem oceny, czy koncesjonariusz zachowuje reguły konkurencji, procedurom przewidzianym w ustawie antymonopolowej. Dla oceny działania powoda z punktu widzenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma znaczenia, czy zawarcie przez operatora autostrady umów z przedsiębiorcami świadczącymi usługi pomocy drogowej poprzedził przetarg. Brak jest bowiem podstaw do przyjęcia, że nie jest możliwe z przyczyn organizacyjnych bądź technicznych świadczenie usług pomocy drogowej na poszczególnych odcinkach przez nieokreśloną liczbę przedsiębiorców. Przetarg nie stanowi wyłącznej formy konkurowania na rynku. Powołane przez skarżącego przepisy określają jedynie, że umowa koncesyjna powinna zawierać zobowiązanie koncesjonariusza do zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników i zachowania nieprzerwanej dostępności do autostrady i jej przejezdności. Strony umowy koncesyjnej powinny zaś wybrać taki sposób realizacji powyższych obowiązków, który będzie zgodny z zasadami konkurencji.

Sąd drugiej instancji zaznaczył, że zadaniem postępowania w sprawie było ustalenie, czy działanie powoda podjęte w celu realizacji obowiązków ustawowych

nie naruszało zasad konkurencji, a nie czy jest zgodne z umową koncesyjną podpisaną przez powoda. Konieczność realizacji postanowień umowy koncesyjnej nie może być bowiem uznana za usprawiedliwienie działań ograniczających konkurencję w sytuacji, gdy działania takie objęte są zakazem ustawowym, a z przepisów ustawy o autostradach nie wynika wprost żadne ograniczenie zasad konkurencji. Według Sądu drugiej instancji z uwagi na specyficzny charakter autostrady jako drogi publicznej, obowiązkiem powoda było nie tyle zorganizowanie świadczenia usług na autostradzie, ale zapewnienie przez zawarcie stosownych umów - aby na żądanie użytkowników pomoc ta świadczona była 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu. Ponieważ chodzi o autostradę płatną, to koncesjonariusz powinien swoje obowiązki finansować ze środków własnych, pochodzących z opłat pobieranych za przejazd. Usługa całodobowej gotowości do świadczenia usług i pełnej dyspozycyjności winna być opłacana przez koncesjonariusza na rzecz zleceniobiorców, w ramach zawartych umów. Klauzula wyłączności stanowiła natomiast konsekwencję przerwania na użytkowników – konsumentów kosztów tej usługi. Powód bowiem usankcjonował pobieranie przez wykonawców stawek nawet dwukrotnie wyższych niż ceny rynkowe, kompensując im nieopłacane przez siebie pozostawanie w gotowości.

Sąd drugiej instancji uznał również za bezzasadny podnoszony w apelacji zarzut niewłaściwego zastosowania przez Sąd pierwszej instancji art. 5 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stosownie bowiem do art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest zatem konieczne stwierdzenie, czy zamierzony skutek wystąpił, czy też nie. Dla uznania działań przedsiębiorstw za sprzeczne z ustawą antymonopolową wystarczy również stwierdzenie, że ograniczyły one swoją swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego porozumienia. Taka sytuacja miała miejsce w rozpatrywanej sprawie. Powód bowiem przez klauzulę wyłączności zobowiązał się wobec poszczególnych przedsiębiorców do wzywania na określone odcinki autostrady A-4 tylko tego przedsiębiorcę, któremu zgodnie z zawartym porozumieniem przysługiwała wyłączność w zakresie świadczenia usług pomocy

drogowej na tym właśnie odcinku. Ponadto, jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, powód starał się egzekwować takie postanowienia o czym świadczą uzgodnienia zawarte z Policją w tym przedmiocie w dniu 4 grudnia 2000 r. Celem spornego porozumienia było zatem nie tylko ograniczenie a nawet wyeliminowanie przedsiębiorców nie objętych porozumieniem, lecz także wyłączenie konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami – stronami porozumienia na obszarze całego rynku właściwego.

Zdaniem Sądu drugiej instancji stosownie do art. 31 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia – Prawo o ruchu drogowym holować na autostradzie może każdy pojazd przeznaczony do holowania. Wobec tego wybór przedsiębiorcy świadczącego usługi pomocy drogowej powinien należeć do użytkownika autostrady – konsumenta. Pomimo tego, że usługi świadczone przez poszczególnych przedsiębiorców mogą różnić się jakością, a w konsekwencji ceną, to jednak wybór kontrahenta w relacji cena – jakość w świetle ustawy Prawo o ruchu drogowym należy do konsumenta. W sytuacji, gdy uczestnicy porozumienia świadczyli usługi w cenie dwukrotnie wyższej od cen oferowanych przez przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, wątpliwe było wybranie przez użytkownika drogi oferty znacznie mniej korzystnej. Utrzymanie takiego poziomu cen było możliwe wyłącznie w warunkach ograniczających konkurencję. Twierdzenia skarżącego, że podpisanie protokołu uzgodnień z Policją stanowiło realizację obowiązku ustawowego są, zdaniem Sądu drugiej instancji bezzasadne. Zgodnie bowiem z treścią § 7 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 25 września 2001 r. w sprawie ogólnych kierunków współpracy (...) „koncesjonariusz może zawierać z podmiotami o których mowa w ust. 1 pkt 1 (w tym z Policją) porozumienia o współpracy”. Przepisy cytowanego rozporządzenia wyraźnie wskazują, że koncesjonariusz może, a nie musi, czy powinien zawrzeć stosowne porozumienia. Ponadto przepis ten, umożliwiając koncesjonariuszowi zawarcie określonego porozumienia, nie zwalnia go w żaden sposób z obowiązku przestrzegania zasad konkurencji. Według Sądu drugiej instancji ani Sąd I instancji ani też pozwany Prezes UOKiK nie kwestionowali prawa powoda do zawarcia stosownego porozumienia z organami Policji, kwestionowali natomiast zapisy w nim zawarte, które w sposób oczywisty miały na celu wyeliminowanie konkurencji z

rynku właściwego.

Skarżący nieskutecznie podnosił, że zawarte z operatorem Autostrady umowy oraz protokół uzgodnień z Policją nie wyłączyły możliwość korzystania przez użytkowników drogi z usług przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Dla oceny bowiem danego działania pod kątem konkurencyjności wystarczające jest ustalenie, że uczestnicy porozumienia mieli na celu ograniczenie konkurencji i dlatego podzielili pomiędzy sobą rynek właściwy, ustalili ceny i dążyli do tego, aby konsumenci byli zmuszeni korzystać wyłącznie z ich usług. To, czy konsumenci rzeczywiście mieli wyłączoną możliwość wyboru przedsiębiorcy świadczącego usługi pomocy drogowej, może jedynie wpływać na ocenę stopnia naganności działania uczestników porozumienia i wysokość wymierzonej im kary, nie ma natomiast znaczenia dla uznania działania za naruszającego zakaz wyrażony w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd drugiej instancji uznał, że Sąd pierwszej instancji błędnie określił rynek właściwy w rozpoznawanej sprawie i stwierdził, że to Prezes UOKiK prawidłowo określił rynek właściwy ograniczając go do rynku usług pomocy drogowej świadczonych na płatnym odcinku autostrady A-4. Na podstawie bowiem art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane są na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Zgodnie zaś z art. 4 pkt 6 powołanej ustawy pod pojęciem towaru należy rozumieć także usługi. Według Sądu drugiej instancji w świetle powyższych definicji nie można ani drogi ogólnodostępnej, ani drogi ekspresowej uznać za substytut autostrady. Przedmiotowy odcinek autostrady umożliwia bowiem przejazd z Krakowa do Katowic autem osobowym klasy średniej, w normalnych warunkach drogowych w ciągu 35 minut, co byłoby niemożliwe na innych istniejących drogach publicznych z Krakowa do Katowic, gdyż są one zazwyczaj dwukierunkowe, o różnej nawierzchni, usytuowane w obszarze zabudowanym. Z płatnego odcinka autostrady korzystają kierowcy – konsumenci, którzy wnosząc stosowną opłatę,

komfortowo i szybko pokonują odległość z Krakowa do Katowic, przez co cechy innych dróg publicznych nie są porównywalne do płatnego odcinka autostrady A-4. Na preferencje konsumentów co do wyboru drogi dojazdowej znaczenie będzie miał również obowiązek uiszczenia opłaty za przejazd. Dla kierowców preferujących minimalizację kosztów przejazdu, obowiązek uiszczenia opłaty za korzystanie z autostrady będzie decydował o tym, że droga ta nie będzie substytutem dla innych dróg publicznych. Dla pewnej zaś grupy użytkowników tej drogi rozstrzygającą będzie możliwość odbycia podróży, co prawda za opłatą, ale szybko i w bardziej komfortowych warunkach. Również warunki świadczenia pomocy drogowej i sposób jej zorganizowania na płatnej autostradzie różnią się od warunków na pozostałych drogach, gdyż generalnie zarządca drogi publicznej nie jest zobowiązany do zapewnienia drożności przejazdu na danej drodze przez zorganizowanie systemu bezpieczeństwa ruchu, nie jest informowany przez użytkowników tej drogi o zaistniałej awarii pojazdu, zaś o wyborze pomocy drogowej decyduje kierowca pojazdu.

Zdaniem Sądu drugiej instancji na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia przez Sąd pierwszej instancji przepisów postępowania przez niedopuszczenie zawnioskowanych przez powoda dowodów na okoliczność udziału w rynku właściwym na poziomie określonym w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Według Sądu udział uczestników przedmiotowego porozumienia przekracza dopuszczalne przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów 10%, gdyż operator jako organizator usług na płatnym odcinku autostrady A-4 ma 100% udziałów na rynku właściwym, a wybrani przez niego wykonawcy mają także 100% udziały na poszczególnych, utworzonych w drodze porozumienia odcinkach, stanowiących ustalone i określone odcinki autostrady. Nie spotykają się oni na tym rynku z konkurencją. Wybrane zaś przez operatora do obsługi pojazdów ciężkich dwie firmy, również zgodnie z zawartą w umowach klauzulą wyłączności, nie spotykają się z konkurencją na tak określonym rynku właściwym. Sąd drugiej instancji mając na uwadze, że zakazem wyrażonym w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów objęte jest samo porozumienie, którego celem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, a osiągnięcie takiego skutku nie jest już jednak

konieczne – za zbędne uznał dopuszczenie dowodu na okoliczność, że także przedsiębiorcy nieobjęci porozumieniem świadczyli usługi pomocy drogowej.

W skardze kasacyjnej od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego skarżąca strona powodowa wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w W., przy rozstrzygnięciu o kosztach postępowania kasacyjnego, ewentualnie w przypadku uznania podstawy skargi kasacyjnej opartej na naruszeniu przepisów postępowania za nieuzasadnioną (art. 398¹⁶ k. p. c.) o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w W. w całości i orzeczenie co do istoty sprawy zgodnie z żądaniem odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w W. z dnia 23 stycznia 2003 r., przy rozstrzygnięciu o kosztach postępowania według norm przepisanych prawem. Skarga kasacyjna jest oparta na dwóch podstawach. W ramach podstawy dotyczącej naruszenia przepisów prawa materialnego skarżący zarzucił:

1. niewłaściwe zastosowanie art. 5 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez przyjęcie, że zawarte przez powoda umowy na usługi pomocy drogowej z wyłonionymi w drodze konkursu ofert przedsiębiorcami prowadziły do ograniczenia (a docelowo do wyeliminowania) konkurencji w zakresie świadczenia usług pomocy drogowej na autostradzie A-4 przez:

- a) ustalenie cen za korzystanie z usług pomocy drogowej, co miałyby stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy;
- b) podział rynku usług, co miałyby stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 3 powołanej ustawy;
- c) eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, co miałyby stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 powołanej ustawy.

2. niewłaściwe zastosowanie art. 6 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do stanu faktycznego sprawy przez arbitralne przyjęcie, (w tym wskutek naruszenia przepisów postępowania przedstawionego w skardze), że „Udział uczestników przedmiotowego porozumienia przekracza

istotnie dopuszczalne przez Ustawę 10% [...]”;

3. niewłaściwe zastosowanie art. 61 i art. 62 ust. 1 pkt 7 lit. b i c oraz art. 62 ust. 1 pkt 8 i pkt 8 b ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2001 r. Nr 110, poz.1192 ze zm.) w związku z art.13 a ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2000 r. Nr 71, poz. 838 ze zm.) do stanu faktycznego sprawy, a w szczególności w kontekście oceny działań powoda realizowanych w wykonaniu umowy koncesyjnej, w tym przez przyjęcie, że z punktu widzenia naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma znaczenia okoliczność przeprowadzenia przez powoda przetargu (konkursu ofert) pomimo tego, że był to jeden z obowiązków wynikających z podpisanej przez spółkę S. S. A. – koncesjonariusza autostrady płatnej A-4 Katowice – Kraków, będącej zleceniodawcą powoda, umowy koncesyjnej z dnia 19 września 1997 r., której obowiązek zawarcia oraz treść determinowane były powołanymi przepisami;

4. niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 31 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2003 r. Nr 58, poz. 515 ze zm.) w związku z § 7 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 25 września 2001 r. w sprawie ogólnych kierunków współpracy koncesjonariusza z administracją drogową, Policją, pogotowiem ratunkowym oraz jednostkami systemu ratowniczo – gaśniczego (Dz. U. Nr 118, poz. 1251), w związku z art. 62 a ustawy o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym oraz art. 65 § 2 k. c. przez przyjęcie, że zawarte przez powoda umowy na usługi drogowe zawarte z przedsiębiorcami wyłonionymi w drodze konkursu ofert oraz protokół uzgodnień z Policją z dnia 4 grudnia 2000 r. „w sposób oczywisty miały na celu wyeliminowanie konkurencji z rynku właściwego” przy całkowitym pominięciu w ramach interpretacji treści umów okoliczności towarzyszących ich zawarciu oraz zgodnego zamiaru stron oraz faktu, że zawarte zostały one w granicach ustawowego upoważnienia i zarazem zobowiązania w zakresie obciążającego powoda obowiązku zachowania nieprzerwanej dostępności do autostrady i jej przejezdności oraz zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników.

W ramach podstawy dotyczącej naruszenia przepisów prawa procesowego skarżący zarzucił mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów

postępowania: art. 232 i art. 233 § 1 k. p. c. w związku z art. 227 k. p. c. oraz w związku z art. 5 i art. 6 ust.1 ustawy dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów polegające na niedopuszczeniu zawnioskowanym przez stronę powodową dowodów na okoliczność wykazania, że udziały posiadane przez strony podpisanych umów na rynku właściwym nie przekroczyły w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie umów poziomu określonego w art. 6 ust. 1 powołanej ustawy, co skutkowałoby wyłączeniem zastosowania art. 5 tej ustawy, przez przyjęcie przez Sąd, że dowody te są zbędne dla oceny naruszenia przez powoda art. 5 powołanej ustawy.

Według skarżącego w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne w postaci konieczności ustalenia relacji wzajemnej dwóch ustaw, jako równorzędnych aktów prawnych, których regulacje (w zakresie nałożonych obowiązków oraz zakazów) determinują ocenę działań powoda w rozstrzyganej sprawie - ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W ocenie skarżącego wykonywanie przez niego obowiązków określonych w ustawie o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym, w zakresie obowiązku należytego wykonywania umowy koncesyjnej, której elementy treściowe determinowane są ustawowo – (art. 62 ust. 1 pkt 7 lit. b i c w związku z art. 61 wskazanej ustawy) z punktu widzenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wadliwie zostały zakwalifikowane jako działania naruszające zasady konkurencji.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Prezes UOKiK wniósł o wydanie orzeczenia o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, a w przypadku jej przyjęcia o oddalenie skargi kasacyjnej oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych prawem. Pozwany podtrzymał argumenty zawarte w zaskarżonej decyzji z dnia 23 stycznia 2003 r. podkreślając jednocześnie, że sam powód do odwołania od decyzji dołączył dane ze statystyki, z których wynika, że w 2002 r. na autostradzie doszło do 1556 wypadków i kolizji, a interwencji zrealizowanych przez przedsiębiorców, z którymi powód zawarł przedmiotowe umowy było 769. Prezes UOKiK nie kwestionował tych danych, gdyż uznał je za

wiarygodne. Stanowiły więc one okoliczność niesporną pomiędzy stronami. Wobec powyższego na ustalonym rynku właściwym nie mógł mieć zastosowania art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż udział w rynku powoda i pozostałych stron porozumienia wyniósł ok. 49 % na całym rynku wypadków i kolizji, które miały miejsce na autostradzie.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Główne zagadnienie prawne, które wynika z podstaw rozpatrywanej skargi kasacyjnej dotyczy relacji między – z jednej strony wskazanymi w skardze przepisami o autostradach płatnych i ruchu drogowym oraz wynikającymi z nich obowiązkami operatora autostrady a z drugiej strony ze wskazanymi w skardze przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zagadnienie to zostało rozważone przez Sądy obu instancji, których jednakowe stanowisko znalazło szerokie wyjaśnienie w uzasadnieniu zaskarżonego skargą wyroku. Sądy uważają, że każde z wchodzących w rachubę reżimów prawnych ma swój odrębny przedmiot regulacji, a wynikające z nich obowiązki adresatów norm prawnych nie pozostają w kolizji. Nie zachodzi potrzeba rozwiązywania problemów kolizyjnych należy natomiast wyjaśnić i ustalić czy objęte zaskarżoną decyzją Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zachowania (czynności prawne i faktyczne) operatora autostrady chociaż dotyczące bezpieczeństwa i specjalnej drożności autostrady pozostają w zgodzie z przepisami o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rozważając podstawy skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy zważył, że bezzasadne jest podstawowe założenie na którym oparte zostały szczegółowe zarzuty skargi polegające na stwierdzeniu jakoby szczególne obowiązki operatora autostrady wyłączały go z reżimu ograniczeń określonych przepisami o ochronie konkurencji i konsumentów. Stanowisko zaskarżonego wyroku, które zostało szczegółowo przedstawione w sprawozdawczej części niniejszego uzasadnienia, ma oparcie w przepisach, które bezpośrednio dotyczą przedstawionej kwestii.

W zakresie przepisów dotyczących autostrad i w związku z powoływaniem się przez skarżącego na umowę o eksploatację autostrady należy zwrócić uwagę na

art. 63 pkt 9 ustawy z 1994 r. o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym, w którym określenie zobowiązań spółki, między innymi w zakresie zachowania nieprzerwanej dostępności do autostrady i jej przejezdności oraz zapewnienie bezpieczeństwa użytkowników, poprzedza zastrzeżenie aby te umowne zobowiązania pozostały w zgodzie z obowiązującymi przepisami. Należy przy tym dodać, że wskazane w skardze przepisy dotyczące obowiązków spółki zobowiązanej z tytułu umowy o eksploatację autostrady mają – na co zwrócił słusznie uwagę Sąd Apelacyjny – charakter klauzul wyznaczających zadania (cele) wynikające ze zobowiązania w zakresie eksploatacji autostrady. Przepisy tej kategorii nie określają sposobów (środków) realizacji zobowiązania i z tego względu nie mogą być traktowane tak jakby stanowiły upoważniającą podstawę do wyłączenia się z reguł obowiązujących w porządku prawnym, w tym dotyczących zachowywania zasad konkurencji i ochrony konsumentów.

Powyższe spostrzeżenie na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - ma wyraźną podstawę w art. 1 ust. 2 tej ustawy, który w odniesieniu do przepisów ustawy regulującej między innymi zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów (por. art. 1 ust. 2), stanowi, że przepisów tej ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw.

W zakresie rozpatrywanych podstaw skargi kasacyjnej, którymi Sąd Najwyższy jest związany (por. art. 398¹³ § 1 k.p.c.) nie ma zarzutu naruszenia powyższych przepisów decydujących o rozstrzygnięciu pytania, które – pomimo to – skarga kasacyjna formułuje co do stosowania do operatora autostrady ograniczeń wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Już tylko z tego powodu, wbrew wnoszącemu skargę, należy przyjąć zgodnie z podstawą zaskarżonego wyroku, że w poddanym analizie fragmencie porządku prawnego nie ma podstaw do wyłączenia przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie ma bowiem w rozpatrywanym przedmiocie „ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw”.

Skarga kasacyjna nie przedstawiła przekonującego uzasadnienia zarzutu jakoby wskazane w niej przepisy zostały niewłaściwie zastosowane.

Przede wszystkim rozważając przedstawione w skardze argumenty dotyczące poszczególnych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należało mieć na uwadze – co skarżący zdaje się ignorować – że przy zastosowaniu tych przepisów nie można odrywać się od ustaleń faktycznych stanowiących podstawę zaskarżonego orzeczenia (por. art. 398¹³ § 2 k.p.c.) oraz, że stosownie do omówionej powyżej zasady zastosowania przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów – punktem wyjścia do zastosowania instytucji określonych w ustawie w zakresie zakazu praktyk ograniczających konkurencję jest kwalifikacja ustaleń faktycznych według tych przepisów (art. 5 i art. 6) z uwzględnieniem zawartych w ustawie definicji między innymi rynku właściwego (art. 43 pkt 8) pozycji dominującej przedsiębiorcy (art. 4 pkt 9) oraz konkurentów (art. 4 pkt 10). Rozpoznając sprawę Sądy obu instancji właściwie określiły istotne kwestie – czy zawarte przez operatora autostrady z określonymi przedsiębiorcami porozumienie będące przedmiotem sprawy i związane z tym porozumieniem czynności, mogą być usprawiedliwione (uznane za zasadne) ze względu na szczególne właściwości autostrady i szczególną odpowiedzialność operatora autostrady. Nie budzi zastrzeżeń przedstawione w uzasadnieniu wyroku rozwiązanie postawionej kwestii. Wbrew zarzutom skargi kasacyjnej stanowisko wyroku uwzględnia fakty dotyczące umowy koncesyjnej, szczególnych wymagań dotyczących bezpieczeństwa ruchu na autostradzie i zapewnienia jej szczególnej sprawności (całodobowej, pełnej „drożności”). Wszystkie te fakty zostały ocenione w świetle wskazanych w skardze przepisów, które – o czym była już mowa wyżej – nie dopuszczają ograniczeń konkurencji.

Podzielając stanowisko Sądu Apelacyjnego przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – ze względu na argumentację skargi – należy zwrócić uwagę na ustalenie iż rynek właściwy w zakresie przedmiotowych usług pomocy drogowej dotyczył płatnego odcinka autostrady A-4, oraz, że wynikające na tym rynku obowiązki operatora autostrady mogły być wykonywane z zachowaniem reguł konkurencji. Kontrowersyjny problem został rozpatrzony w dwóch aspektach.. Pierwszy dotyczy zwyczajnych (rutynowych) sytuacji świadczenia usług pomocy drogowej. Nie ma podstaw – jak to ustaliły Sądy w dwuinstancyjnym postępowaniu do uznania, że na przedmiotowym rynku nie działa zwykły

mechanizm usług pomocy drogowej. W tym aspekcie rynek autostrady w swej istotnej właściwości podobny jest do typowego ruchu drogi publicznej, wyposażonego w odpowiednią infrastrukturę pomocy drogowej. Jest także drugi aspekt autostrady jako szczególnej drogi publicznej o szczególnych właściwościach za których sprawne działanie ponosi odpowiedzialność operator autostrady pobierając za to stosowny ekwiwalent w formie opłat za przejazd. Odnosiło się to do zapewnienia sprawnej usługi przez całą dobę z koniecznością dyspozycyjnej gotowości odpowiedniej struktury technicznej.

Na tym tle zasadniczą niewłaściwością zakwestionowanych umów zawartych przez operatora autostrady z wybranymi przedsiębiorcami było - najogólniej biorąc - bezpodstawne pominięcie pierwszego ze wskazanych wyżej aspektów rynku i naruszenie drugiego z nich przez niedopuszczalny podział rynku pomiędzy wybranymi przedsiębiorcami i ustalenie ceny w sposób, który koszty wykonywania obowiązków operatora bezpodstawnie przeniósł na użytkowników autostrady.

Zarzut procesowej podstawy skargi kasacyjnej jest w pierwszym rzędzie wadliwie przedstawiony przez ogólnikowe stwierdzenie niedopuszczenia zawnioskowanych przez powoda dowodów na wskazane w skardze okoliczności. Brak sprecyzowania o jakie wnioski dowodowe chodzi, kiedy i w jakiej sytuacji procesowej zostały zgłoszone uniemożliwia ustalenie zakresu tego zarzutu i rozważenia jego zasadności pod kątem zgodności kwestionowanych decyzji Sądu ze wskazanymi w skardze przepisami prawa procesowego. Sąd Najwyższy związany zakresem podstaw procesowych (por. art. 398¹³ § 1 k.p.c.) nie może wszak prowadzić poszukiwania nie wskazanych dostatecznie precyzyjnie i przez to niemożliwych do jednoznacznego ustalenia czynności procesowych do których odnosi się skarga. W konsekwencji takiej wady skargi nie jest możliwe ustalenie wpływu jaki mógł wyniknąć z nieuwzględnienia wniosków dowodowych dla rozstrzygnięcia sprawy (por. niezbędny warunek podstawy procesowej skargi określony w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.). Nie jest wystarczające ograniczenie się przez skarżącego do opisu celu wniosków dowodowych także ze względu na określone w art. 381 k.p.c. warunki dopuszczenia dowodu przez Sąd drugiej instancji, którego naruszenia w skardze nie zgłoszono.

Ze względu na konieczność wykazania w skardze kasacyjnej znaczenia wskazanego naruszenia prawa procesowego dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.) należy także stwierdzić, że nie jest przekonywujące twierdzenie skarżącego stanowiące główny argument postawionego zarzutu jakoby niedopuszczenie zawnioskowanych przez powoda dowodów, jak to wskazano wyżej, bez niezbędnej konkretyzacji – skutkowało niewyjaśnienie sytuacji faktycznej potrzebnej dla zastosowania art. 6 ust. 1 i art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wbrew takiemu założeniu wnoszącego skargę zaskarżony wyrok opiera się na podstawie faktycznej odpowiedniej do ustalenia, że poddane w sprawie ocenie porozumienie podlegało zakazowi porozumień, których celem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (art. 5), bo nie zachodziły określone w art. 6 ustawy wypadki wyłączenia zakazu, o którym mowa w art. 5. Według tego ostatniego przepisu zakazu, o którym mowa w art. 5 nie stosuje się do porozumień między konkurentami, których łączy udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5% (ust. 1) albo 10% jeżeli chodzi o porozumienia między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (ust. 2). Zgodzić się należy z oceną Sądu Apelacyjnego, że ustalenia co do rynku właściwego (określone odcinki autostrady A-4) i co do szczególnej pozycji na tym rynku operatora autostrady „przynoszącego” do przedmiotowego porozumienia własne szczególne uprawnienia w stosunku do użytkowników autostrady i w tym znaczeniu, reprezentującego ze swej strony 100%, tych poddanych porozumieniu szczególnych właściwości rynku, przesądza o tym, że nie mogło być umowy o wyłączeniu zakazu porozumień ograniczających konkurencję – wyłączeniu określonemu w art. 6. Jedna ze stron porozumienia monopolizowała bowiem przedmiotowy rynek właściwy będący rynkiem usług pomocy drogowej na autostradzie zorganizowanym przez operatora autostrady w zakresie jego szczególnej odpowiedzialności i wyposażonego w związku z tym w szczególne uprawnienia. W takim znaczeniu rynku właściwego nie nasuwa zastrzeżeń ocena Sądu Apelacyjnego, że na tym rynku przedmiotowe porozumienie zajmowało jego cały zakres, skoro operator autostrady zapewniał w tym porozumieniu jego uczestnikom wyłączność – każdemu z nich – n a

określonym odcinku autostrady.

Sąd Najwyższy rozważając zarzuty materialnoprawnej podstawy skargi kasacyjnej uznał je za bezzasadne. Do uwag wyżej przedstawionych wskazujących na bezpodstawne założenie, że do ustalonego rynku właściwego nie miał zastosowania zakaz praktyk ograniczających konkurencję oraz na niedopuszczalne pomijanie ustalonych w zaskarżonym wyroku okoliczności faktycznych należy dodać ocenę wynikających ze skargi kasacyjnej kwestii szczegółowych.

Nie ma racji skarżący dopatrując się w stanowisku zaskarżonego wyroku niekonsekwencji pomiędzy z jednej strony dostrzeżeniem szczególnych warunków świadczenia pomocy drogowej i sposobu jej zorganizowania na płatnej autostradzie, a z drugiej strony zakwestionowaniem przedmiotowych umów. Umowy te bowiem nie były naturalnym a nawet jak twierdzi skarżący koniecznym sposobem wykorzystania obowiązków operatora autostrady wynikających z umowy kasacyjnej. Rozstrzygające w tym przedmiocie, także w odniesieniu do kwestii przetargu, ma ustalenie, że operator autostrady nie ograniczył się do zabezpieczenia szczególnych obowiązków w zakresie zapewnienia płynności ruchu i zabezpieczenia przejezdności drogi, ale objął przedmiotowymi umowami - z naruszeniem zakazów określonych w art. 5 ust. 1, 3 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – warunki świadczenia usług pomocy drogowej w każdej sytuacji, także typowej dla drogi publicznej nie będącej autostradą z pominięciem innych przedsiębiorstw i z podziałem rynku między przedsiębiorcami objętymi umowami.

W tych konkretnych okolicznościach faktycznych nie budzi zastrzeżeń pogląd Sądu Apelacyjnego, że nawet dokonanie doboru przedsiębiorców w drodze przetargu nie usunęło stwierdzonych naruszeń zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Sam bowiem przetarg nie stanowiłby usprawiedliwionej formy konkurowania na tym rynku albo inaczej mówiąc dobór przedsiębiorców w drodze przetargu nie usprawiedliwiał zakwestionowanego porozumienia się operatora autostrady z dobranymi przedsiębiorcami, porozumienia którego istotnymi elementami było wykorzystanie zobowiązania użytkowników drogi do zawiadomienia operatora o sytuacji uzasadniającej pomoc drogową a następnie

wezwania tylko określonego przedsiębiorcy z zapewnieniem mu wynagrodzenia przewyższającego znacznie cenę usług tego rodzaju.

Nie ma racji skarżący w swym twierdzeniu, że nie było żadnych instrumentów prawnych, jak również faktycznych, które zapewniałyby takie znaczenie klauzuli wyłączności zawartej w § 3 zawartych umów jak to ustalił Sąd. W tym zakresie w pełni przekonująca logiczną konsekwencją jest przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku analiza treści umów na tle regulaminowych obowiązków użytkowników drogi, a także faktu zastosowania tych umów także w kontekście działań policji drogowej, z którą operator drogi zawarł odpowiednie porozumienie. Natomiast nieprzekonywujący jest argument skarżącego wyprowadzony z zawartego w umowach zastrzeżenia braku odpowiedzialności operatora autostrady za naruszenie klauzuli wyłączności jakoby zastrzeżenie to, wskazywało na zachowanie reguł konkurencji. Ograniczenie odpowiedzialności operatora autostrady wobec kontrahentów porozumień dotyczy wszak wypadku gdy dojdzie do naruszenia przyznanego przedsiębiorcy prawa wyłączności z przyczyn niezależnych od operatora (nie objętych obowiązkami wynikającymi z porozumienia).

Wobec bezzasadności podstaw skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy orzekł zgodnie z art. 398¹⁴ k.p.c.