

Wyrok z dnia 14 stycznia 2009 r.

III SK 26/08

Porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie tylko wtedy, gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, ale także, gdy z przedmiotu poczynionych uzgodnień wynika, że nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji.

Przewodniczący SSN Kazimierz Jaśkowski, Sędziowie SN: Zbigniew Myszkowski, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 stycznia 2009 r. sprawy z powództwa Henryka S. i Stanisława P. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem zainteresowanego Leszka S. o ochronę konkurencji, na skutek skarg kasacyjnych powodów od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 marca 2008 r. [...]

1. o d d a l i ł skargi kasacyjne,
2. zasądził od każdego z powodów na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty po 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e

Decyzją z dnia 4 sierpnia 2005 r. [...] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) uznał na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804, ze zm., dalej jako „ustawa”) za praktykę ograniczającą konkurencję na rynku lokalnym usług żegluga pasażerskiej na rzece Wisła w rejonie miasta K.D. porozumienie polegające na uzgodnieniu przez Henryka S. (prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Żegluga Pasażerska w K.D.), Stanisława P. (prowadzącego działalność gospodarczą w K.D.) oraz Edwarda W. (prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.T. -

Pole Namiotowe w K.D.) sposobu licytowania w trakcie przetargu ustnego na dzierżawę stanowisk cumowniczych zlokalizowanych przy wale wiślanym w K.D., przeprowadzonego w dniu 15 września 2004 r. przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w L. i stwierdził zaniechanie stosowania tej praktyki oraz na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy nałożył na Henryka S. karę pieniężną w wysokości 35 000 zł (słownie: trzydzieści pięć tysięcy złotych), zaś na Stanisława P. karę pieniężną w wysokości 3 000 zł (słownie: trzy tysiące złotych).

Henryk S. i Stanisław P. (dalej jako powodowie) zaskarżyli powyższą decyzję w całości, zarzucając w odwołaniach naruszenie art. 4 pkt 8, art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 w związku z art. 4 pkt 4, art. 43 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 i 2, art. 101 ust. 1 w związku z art. 104 ustawy oraz art. 231 i 233 k.p.c. w związku z art. 81 ustawy, a także art. 7 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy i wnieśli o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości. Prezes Urzędu w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wyrokiem z dnia 15 listopada 2006 r. [...] Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powodów. Sąd Okręgowy przyjął, że rynkiem właściwym w sprawie nie jest rynek stanowisk cumowniczych, ponieważ nie występują one w obrocie jako towar, lecz są jedynie wykorzystywane do świadczenia usług, a ponadto wszystkie stanowiska objęte postępowaniem przetargowym, miały służyć wyłącznie świadczeniu usług przewozów pasażerskich statkami żeglugi rzecznej. Nie można było zatem definiować rynku właściwego jako rynku stanowisk cumowniczych przy nabrzeżu Wisły w K.D., niezależnie od przeznaczenia tych stanowisk. Ponadto, Sąd Okręgowy uznał, że naruszenie przez powodów przepisów ustawy zostało wyprowadzone w niekwestionowanych przez nich faktów.

Sąd Okręgowy wywiódł zawarcie porozumienia z okoliczności zawarcia umów dzierżawy (Henryk S. posiadał 8 statków pasażerskich, przetarg obejmował dzierżawę 7 stanowisk cumowniczych, regulamin przetargu przewidywał, że każdy z uczestników może wylicytować maksymalnie 3 stanowiska cumownicze, umowy dzierżawy statków Henryka S. zostały zawarte po ogłoszeniu przetargu, Henryk S. udostępnił pozostałym uczestnikom umowy przetargowej cztery statki, a więc tyle, ile było niezbędne do tego, by możliwe było wylicytowanie wszystkich oferowanych stanowisk cumowniczych), warunków ekonomicznych umów dzierżawy jednostek pływających (wysokość czynszu ustalono na 100 zł miesięcznie za każdą jednostkę pływającą), dotychczasowej struktury rynku usług przewozów pasażerskich statkami żeglugi rzecznej (na rynku tym działał stale Henryk S.), opłacalności dotychczasowej działal-

ności (Henryk S. wykorzystywał do świadczenia usług jedynie trzy z posiadanych ośmiu jednostek pływających), braku racjonalnego uzasadnienia dla udostępnienia posiadanych statków innym przedsiębiorcom, celem umożliwienia im wzięcia udziału w przetargu, w sytuacji gdy ich ewentualne wejście na rynek po wygraniu przetargu, prowadziłoby do spadku przychodów dotychczasowego uczestnika rynku; braku możliwości samodzielnego wygrania przetargu na wszystkie stanowiska cumownicze; przebiegu postępowania przetargowego (Henryk S. wygrał przetarg na dzierżawę stanowisk nr 3, 4 i 5, Stanisław P. - nr 1, 2, 6, a Edward W. - nr 7, przy czym żaden z tych przedsiębiorców nie uczestniczył w licytacji innych stanowisk cumowniczych, niż te, które wylicytował); wysokości wylicytowanych czynszów (Edward W., posiadając tylko jeden statek, wylicytował czynsz dwukrotnie wyższy od Henryka S.). Uwzględniając powyższe okoliczności Sąd Okręgowy orzekł, że celem porozumienia było ograniczenie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom.

Powodowie zaskarżyli powyższy wyrok apelacjami.

Wyrokiem z dnia 18 marca 2008 r. [...] Sąd Apelacyjny oddalił apelacje powodów Henryka S. oraz Stanisława P. od wyroku Sądu Okręgowego. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy Sąd Apelacyjny orzekł, że nie jest on zasadny, zaś określenie rynku właściwego jako rynku usługi żeglugi rzecznej pasażerskiej na Wiśle w rejonie miasta K. jest prawidłowe. Stanowiska cumownicze nie są przedmiotem bezpośredniej sprzedaży związanych z nimi usług, zatem nie tworzą rynku w ujęciu ekonomicznym. Wszystkie stanowiska cumownicze służą wyłącznie świadczeniu usług przewozów pasażerskich statkami żeglugi rzecznej. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 w związku z art. 4 pkt 4 ustawy Sąd Apelacyjny orzekł, że pojęcie porozumienia obejmuje wszystkie formy skoordynowanych działań przedsiębiorców. Wbrew zarzutom podnoszonym w apelacjach, celem porozumień było wyeliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Wydzierżawienie statków stanowiących własność Henryka S. poprzedzało porozumienie, które miało doprowadzić do wygrania przetargu na wszystkie stanowiska cumownicze przez niekonkurujących ze sobą przedsiębiorców eksploatujących statki należące do Henryka S. Sąd Apelacyjny nie podzielił także zarzutów dotyczących ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy.

Powodowie zaskarżyli w całości wyrok Sądu Apelacyjnego skargami kasacyjnymi, które zostały oparte na obu podstawach art. 398³ § 1 k.p.c. i zawierały takie same zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego i procesowego, to jest: 1)

art. 4 pkt 8, poprzez nieprawidłowe wyznaczenie rynku właściwego; 2) art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7, poprzez przyjęcie, że doszło do zawarcia porozumienia z art. 5 ust. 1 pkt 6 oraz uzgodnienia warunków przetargu w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 7, ewentualnie błędnej kwalifikacji zachowań powodów jako działania celowego w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy a nie działania nieświadomego powodującego naruszenie konkurencji; 3) art. 101 ust. 1 w związku z art. 104, poprzez nieuwzględnienie stopnia świadomości powoda w zakresie naruszenia oraz braku naruszenia interesu publicznego oraz nieustalenia charakteru i rozmiaru udziału w zakazanym porozumieniu poszczególnych jego uczestników; 4) art. 231 oraz 233 k.p.c., przez ustalenie uczestnictwa skarżącego na podstawie domniemań faktycznych opartych na nieprawdziwych lub nieznanających potwierdzenia w materiale dowodowym faktach; 5) art. 224, 227 oraz 328 § 2, poprzez nierozpoznanie zarzutu apelacyjnego dotyczącego stopnia świadomości i winy skarżącego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skargi kasacyjne powodów nie mają uzasadnionych podstaw. W świetle dotychczasowego orzecznictwa, które Sąd Najwyższy w niniejszym składzie w pełni podziela, udowodnienie stosowania praktyk monopolistycznych w postępowaniu sądowym przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c. (wyroki Sądu Antymonopolowego z 29 września 1995 r., XVII Amr 15/95, Wokanda 1996 nr 8, poz. 57 i z 12 marca 2001 r., XVII Ama 38/00, wyrok Sądu Najwyższego z 24 kwietnia 1996 r., I CR 49/96, OSNC 1996 nr 9, poz. 124). Domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów, czyli jest w istocie wnioskowaniem, rozumowaniem sądu orzekającego, którego konstrukcja w odniesieniu do poszczególnych powiązanych ze sobą faktów na zasadach opisanych w art. 231 k.p.c., powinna być przedstawiona w uzasadnieniu wyroku w sposób pozwalający skontrolować prawidłowość ustalenia faktów i wynikających z nich wniosków.

Jednakże zarzut niewłaściwego zastosowania przez sąd domniemania faktycznego jest niedopuszczalny jako uzasadnienie podstaw skargi kasacyjnej, ponie-

waż ograniczenie wynikające z art. 398³ § 3 k.p.c. obejmuje ustalenia wszystkich faktów, a więc także i uznanych przez Sąd za ustalone na podstawie domniemań faktycznych na podstawie art. 231 k.p.c. (wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 2007 r., II CSK 356/07, niepublikowany).

Z kolei zarzut dotyczący naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może stanowić przedmiotu rozważań Sądu Najwyższego ze względu na jego uzasadnienie. Przepis art. 398³ § 3 k.p.c. stanowi wyraźnie, że podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów. Skarga kasacyjna jest bowiem nadzwyczajnym środkiem odwoławczym służącym od prawomocnego orzeczenia sądu drugiej instancji, w ramach którego Sąd Najwyższy kontroluje wyłącznie stosowanie prawa a nie ustalenia faktyczne. Dlatego co do zasady sformułowanie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest skazane na niepowodzenie, zwłaszcza wtedy, gdy zarzut ten odnosi się wprost do oceny dowodów dokonanej przez Sąd drugiej instancji. Co prawda nie każdy zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. unika kontroli Sądu Najwyższego, gdyż przepis art. 398³ § 3 k.p.c., jako przepis szczególny, wprowadzający wyjątek od ogólnej zasady zaskarżalności kasacyjnej naruszenia przepisów postępowania, zasady zawartej w art. 398³ § 1 k.p.c., powinien być wykładany ściśle (wyrok Sądu Najwyższego z 16 marca 2008 r., III CSK 17/06, niepublikowany), jako dotyczący oceny ustaleń dokonanych przez Sąd drugiej instancji (wniosków wynikających z oceny poszczególnych dowodów lub ich syntezy w postaci „ustalenia faktów”), a nie dokonywania samych ustaleń (reguł budowy podstawy faktycznej) potrzebnych dla zastosowania przepisu prawa materialnego (wyrok Sądu Najwyższego z 1 lutego 2006 r., V CSK 86/05, niepublikowany), jednakże w niniejszej sprawie zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. sprowadza się do podważenia oceny ustaleń faktycznych, które stanowiły podstawę domniemań faktycznych, na których oparto zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego, a nie samych ustaleń niezbędnych dla zastosowania określonej normy prawa materialnego, której naruszenie podlega ocenie Sądu Najwyższego - działającego jako sąd prawa - w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej (wyrok Sądu Najwyższego z 16 marca 2008 r., III CSK 17/06, niepublikowany).

Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 224, art. 227 oraz art. 328 § 2 k.p.c. Zarzut naruszenia art. 224 oraz art. 227 nie został bowiem rozwinięty i wyjaśniony w uzasadnieniu podstaw skargi kasacyjnej. Natomiast zarzut obrazy art. 328 § 2 k.p.c. wymaga wykazania, że kwestionowane uzasadnienie wyroku Sądu drugiej

instancji nie zawiera wszystkich elementów, które przepis ten określa, przez co nie-
możliwa jest kontrola kasacyjna takiego orzeczenia, oraz wskazania wpływu zarzu-
canych wadliwości na wynik sprawy. Tymczasem zarzut ten, w postaci sformułowa-
nej w petitum obu skarg, nie dotyczy materii będącej przedmiotem jego regulacji, nie
podnosi bowiem wadliwości w zakresie uzasadnienia wyroku, lecz odnosi je do
ustaleń faktycznych.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy, poprzez wyzna-
czenie rynku właściwego w odmienny sposób, niż w wyroku SOKiK z 16 listopada
2005 r., XVII Ama 97/04 (Dz.Urz.UOKiK 2006 nr 1, poz. 16). Postępowanie rozstrzy-
gnięte tym wyrokiem dotyczyło bowiem praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji
dominującej poprzez nieuzasadnioną odmowę udostępnienia schodów i polerów ce-
ramicznych. Natomiast niniejsza sprawa dotyczy zawarcia porozumienia ogranicza-
jącego konkurencję przez przedsiębiorców świadczących usługi żeglugi rzecznej pa-
sażerskiej. Zarzucana powodom praktyka nie ogranicza konkurencji na rynku udo-
stępiania urządzeń obsługi żeglugi rzecznej, lecz może ograniczać taką konkuren-
cję na rynku, na którym działają powodowie, a za taki rynek prawidłowo uznano ry-
nek usług żeglugi rzecznej pasażerskiej na rzece Wiśle w rejonie miasta K.D. Po-
nadto w uzasadnieniu wyroku Sądu drugiej instancji wskazano, że przedmiotem
przetargu były stanowiska cumownicze przeznaczone dla wykonywania usługi żeglu-
gi rzecznej pasażerskiej, zatem zwycięzca lub zwycięzcy przetargu nie mogli świad-
czyć innych usług, niż usługi rzecznych przewozów pasażerskich. W tych okoliczno-
ściach nieuwzględnienie przez Sąd Apelacyjny przy wyznaczeniu rynku właściwego
innego rodzaju usług, jakie mogą być świadczone z wykorzystaniem urządzeń cu-
mowniczych, nie narusza art. 4 pkt 8 ustawy.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy po-
przez 1) brak wystarczających ustaleń faktycznych w zakresie okoliczności i treści
rzekomego porozumienia oraz zastosowanie wyłącznie domniemań faktycznych w
oparciu o błędne przesłanki; 2) brak możliwości zawarcia porozumienia ograniczają-
cego konkurencję między niektórymi uczestnikami przetargu ustnego, gdy wyników
takiego przetargu strony porozumienia nie są w stanie ustalić ani przewidzieć; 3)
brak związku między rzekomo zawartym porozumieniem a dążeniem do eliminacji
konkurencji na rynku śródlądowych przewozów rzecznych w okolicach K. Uzasad-
nienie powyższego zarzutu jest częściowo niedopuszczalne, ponieważ zmierza do
podważenia ustaleń faktycznych i oceny dowodów dokonanych przez Sądy orzeka-

jące w niniejszej sprawie. Tymczasem zarzut naruszenia prawa materialnego nie może być uzasadniany uchybieniami o charakterze procesowym. Ponadto wadliwa okazała się argumentacja powodów, zgodnie z którą naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy polega na zakwalifikowaniu ich działalności jako celowego ograniczenia konkurencji, a nie „działania nieświadomego powodującego skutek naruszenia konkurencji”. Świadomość naruszenia zakazów wynikających z ustawy nie ma znaczenia z punktu widzenia kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję. Jej wykazanie nie jest konieczne do stwierdzenia bezprawności zachowania przedsiębiorcy naruszającego dyspozycję art. 5 ust. 1 ustawy. Porozumienie - takie jak w stanie faktycznym niniejszej sprawy - ma na celu ograniczenie konkurencji, nie tylko wtedy gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji (wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2004 r., III SK 44/04, OSNP 2005 nr 9, poz. 136), ale gdy z przedmiotu poczynionych przez jego strony uzgodnień wynika, że nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Decyduje o tym sprzeczność materii uzgodnień przedsiębiorców z celami ustawy, zaś ocena, czy celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji obejmuje analizę treści (przedmiotu) porozumienia oraz kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do uzgodnień między przedsiębiorcami.

Nieuzasadniony jest także zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy poprzez zastosowanie tych przepisów w sytuacji, gdy powodowie nie mogli przewidzieć wyników przetargu. Praktyka ograniczająca konkurencję z art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy określana jest mianem zмовы przetargowej. Polega na „uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny”. Praktyką ograniczającą konkurencję jest zatem samo uzgodnienie warunków ofert, jakie mają zostać złożone do przetargu. Zakazane jest więc uzgadnianie ofert przed ich złożeniem. Nieistotne jest, czy stronom porozumienia uda się wpłynąć na wynik przetargu. Przedmiotem niedozwolonego uzgodnienia mogą być zarówno warunki składanych ofert, jak i krąg oferentów (zarówno poprzez zobowiązanie się do niewzięcia udziału w przetargu, jak i zobowiązanie się do złożenia fikcyjnej oferty mającej uwiarygodnić ofertę innego uczestnika porozumienia). Co do zasady każdy z oferentów powinien samodzielnie określić warunki własnej oferty, uwzględniając ryzyko związane z udziałem innym przedsiębiorców w przetargu. Ryzyko to zmusza do odpowiedniej kalkulacji cen i opracowywania niecenowych warunków oferty, tak by została uznana za najkorzystniejszą przez organizatora przetargu. Uzgodnienie warunków udziału w przetargu,

niezależnie od tego, czy dotyczy cen czy innych warunków oferty, zakłóca efektywność tego systemu i niweczy cel, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, polegający na wyborze najkorzystniejszych „ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji” (wyrok SOKiK z 17 kwietnia 2008 r., XVII AmA 117/05, niepublikowany). Zmowy przetargowe co do zasady mogą eliminować konkurencję cenową, wpływać na strukturę konkurencji na danym rynku, blokować możliwość wejścia na rynek nowych podmiotów. Dlatego w braku szczególnych okoliczności wynikających z kontekstu, w jakim doszło do uzgodnienia warunków udziału w przetargu, należy uznać, że ich celem jest ograniczenie konkurencji. W tych okolicznościach, wbrew zarzutom powodów, nie było potrzeby „w braku pewności co do celowego działania uczestników porozumienia naruszającego konkurencję” zbadania, czy na rynku właściwym doszło do wywołania antykonkurencyjnych skutków, ponieważ z ustaleń faktycznych poczynionych w niniejszej sprawie oraz opartych na nich domniemaniach faktycznych wynikało, że doszło do uzgodnienia zasad udziału w postępowaniu przetargowym.

Bezzasadne jest również podważanie kwalifikacji zachowania powodów dokonanej przez Sąd Apelacyjny jako praktyki ograniczającej konkurencję z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy (poprzez stwierdzenie, że „Sąd I instancji prawidłowo określił cel zakazanego porozumienia. Celem tym było wyeliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem”), za pomocą argumentu, zgodnie z którym, „aby uznać, że doszło do eliminacji konkurencji na rynku właściwym koordynacja zachowań antykonkurencyjnych powinna być udziałem wszystkich uczestników albo na tyle znaczącej jego części, że konkurencja ze strony pozostałych nie ma istotnego znaczenia. Natomiast z protokołu przetargu z dnia 15 września 2004 r. wynika, że w przetargu wzięło udział kilka osób trzecich - konkurentów w stosunku do powodów. W tej kwestii rozumowanie sądu II instancji zawiera błąd logiczny i stoi w sprzeczności z prawem”. Porozumieniem ograniczającym konkurencję w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy jest porozumienie, które ma na celu lub wywołuje skutek w postaci ograniczenia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom lub eliminuje z rynku przedsiębiorców nie będących uczestnikami porozumienia. Stwierdzenie naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy wymaga wykazania porozumienia się przedsiębiorców co do określonego działania na rynku właściwym, które to działanie ma na celu lub powoduje utrudnienie funkcjonowania innych przedsiębiorców na dotkniętym rynku właściwym, bądź uniemożliwia działalność na takim rynku nowym lub dotychczasowym uczestnikom,

nieuczestniczącym w porozumieniu (zob. wyrok SOKiK z 26 lutego 2007 r., XVII AmA 43/07, niepublikowany). Ograniczenie dostępu do rynku w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy należy rozumieć jako utrudnianie, a więc stwarzanie barier dla wejścia na ten rynek nowych uczestników lub rozwoju (ekspansji) podmiotów już na nim działających. Utrudnianie polega na tym, że wskutek dokonanych przez uczestników porozumienia uzgodnień działalność na rynku dotkniętym porozumieniem staje się droższa, a przez to ekonomicznie trudniejsza dla przedsiębiorców nie objętych porozumieniem. Natomiast o eliminacji konkurencji można mówić wówczas, gdy celem lub skutkiem porozumienia jest pozbawienie przedsiębiorców nie objętych tym porozumieniem możliwości wejścia na dany rynek lub doprowadzenie do opuszczenia przez nich rynku. Mając na względzie znaczenie, jakie w stanie faktycznym niniejszej sprawy ma dysponowanie prawem do korzystania ze stanowiska cumowniczego dla świadczenia usług przewozów pasażerskich statkami żeglugi rzecznej (co zostało przedstawione w uzasadnieniach wyroków Sądów obu instancji), nie można zaakceptować argumentacji powodów, że ich zachowanie nie wyczerpywało znamion praktyki ograniczającej konkurencję z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 101 w związku z art. 104 ustawy, poprzez nieustalenie przez sądy stopnia świadomości naruszenia przepisów ustawy, gdyż z ustaleń faktycznych wynika, że doszło do zмовы przetargowej, co wskazuje na dążenie do ograniczenia konkurencji. Jak wskazano powyżej, zмова przetargowa - w tym zмова przybierająca taką postać, jak w niniejszej sprawie - należy do kategorii porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji, przy czym cel ten oceniany jest w oderwaniu od zamiaru stron porozumienia.

Nie można również zgodzić się co do zarzutu naruszenia art. 101 i 104 ustawy, poprzez nieustalenie roli poszczególnych uczestników porozumienia, skoro z ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie wynika, iż przed zawarciem zмовы jedynym uczestnikiem rynku był Henryk S., a ponadto przedsiębiorca ten wydzierżawił należące do niego statki pozostałym uczestnikom porozumienia, gdyż w przeciwnym razie nie spełniliby istotnych warunków przetargu, przy czym warunki dzierżawy odbiegały od stosowanych przez tego przedsiębiorcę w odniesieniu do dzierżawców inaczej wykorzystywanego sprzętu (statku-restauracji i przystani). W uzasadnieniu wyroku nie wskazano co prawda, że Henryk S. był inicjatorem zмовы, ale z okoliczności faktycznych i dokonanych na ich podstawie domniemań wynika, iż porozumienie zostało zawarte w celu ochrony jego pozycji rynkowej.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 101 i 104 ustawy, poprzez nie uwzględnienie znikomego stopnia naruszenia interesu publicznego, co ma wynikać zdaniem powodów z faktu unieważnienia przetargu, braku wpływu zachowania powoda na rezultaty przetargu ustnego; możliwości alternatywnego świadczenia usług żeglugi śródlądowej oraz nieodniesienia korzyści majątkowych z zawarcia porozumienia. Praktyki ograniczające konkurencję przybierające postać zmów przetargowych uznawane są powszechnie za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, o czym pośrednio świadczy treść art. 6 ust. 2 ustawy, który wyłącza zastosowanie instytucji porozumień bagatelnych do praktyk z art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy. Ponadto, z niekwestionowanych przez powodów ustaleń wynika, że każdy z nich wygrał przetarg obejmujący dzierżawę tego stanowiska cumowniczego, w którym wziął udział. Dlatego przedstawione powyżej argumenty - powołane w skargach kasacyjnych powodów - nie mają wpływu na prawidłowość zastosowania art. 101 i 104 ustawy w niniejszej sprawie.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

=====