

Lublin, dnia 27 grudnia 2000 r.

RLU – 56S-15/369/2000/MW

### **Decyzja RLU – 22/2000**

Na podstawie

Art. 104 k.p.a. i art. 8 w związku z art.4 ust. 4 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 1999 r. Nr 52 poz. 547. ), po rozpatrzeniu sprawy wszczętej na wniosek Edyty P. – przedsiębiorcy świadczącego usługi pogrzebowe ul. Cicha 6 we W. przeciwko Firmie F.” Al. Piłsudskiego 64/IX we W. i Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Al. Piłsudskiego 64 we W.

stwierdza się zawarcie porozumienia ograniczającego dostęp do rynku usług objętych specyfikacją przetargową przedsiębiorców nie objętych porozumieniem i zakazuje stosowania w/w praktyki monopolistycznej w przyszłości .

### **Uzasadnienie**

Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie wpłynął wniosek Edyty P. – przedsiębiorcy z W. świadczącego usługi pogrzebowe o wszczęcie postępowania administracyjnego przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej we W. i Firmie F. z W .

Wnioskodawca podniósł , że od 01.01. 2000 r. na terenie SPZOZ we W. działa s.c. F. składająca się z byłych pracowników szpitala , którzy założyli ją mając na celu zawarcie umowy na obsługę techniczną i gospodarczą SP ZOZ we W.. W tym celu zostało zawarte porozumienie , mające cechy porozumienia monopolistycznego pomiędzy firmą F. a SP ZOZ we W. , mające na celu uzgodnienie wyników przetargu , a więc wyeliminowanie z rynku usług przedsiębiorców nie objętych porozumieniem .

Umowa spółki cywilnej została zawarta przez współwłaścicieli firmy F. dnia 07.10.1999 r., natomiast z dnia 08.09.1999 r. pochodzi imienna uchwała nr 95/99 Zarządu Powiatu we W. w sprawie najmu pomieszczeń SPZOZ na potrzeby F. w organizacji , w której to uznaje się za celowe wynajęcie pomieszczeń dla w/w spółki , która jeszcze nie istnieje.

W ten sposób jeszcze przed ogłoszeniem przetargu na obsługę techniczną ZOZ we W. , wynik przetargu został przesadzony , a tym samym przedsiębiorcy

mający zamiar stanąć do przetargu , pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie podjęła czynności wyjaśniające w sprawie , a następnie uwzględniając poczynione w tym trybie ustalenia, działając na podstawie art. 17 ust. 1 i 4 ustawy o przeciwdziałaniu /.../ , w związku z § 2 pkt. 4 oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 stycznia 1999 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ( Dz. U. Nr 7 poz. 55) i art. 479<sup>28</sup> k.p.c. – wszczął w dniu 27 .06. 2000 r. postępowanie administracyjne przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej we W. oraz F. s.c. we W. w przedmiocie stwierdzenia stosowania praktyki monopolistycznej , polegającej na zawarciu porozumienia moniopolistycznego , zwanego znową przetargową , co może stanowić naruszenie art. 4 ust. 4 w/w ustawy.

W odpowiedzi na wszczęcie postępowania Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej we W. – zwany dalej ZP ZOZ we W. wyjaśnił , że zarzuty wnioskodawcy dotyczące zawarcia znowy przetargowej są bezzasadne . W dniu 29.09.1999 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zgodnie z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych został ogłoszony przetarg na obsługę techniczną i gospodarczą SP ZOZ we w W. . Ogłoszenie o w/w przetargu zostało również wywieszane na tablicy ogłoszeń zamawiającego .Do przetargu na równych warunkach mogli przystąpić oferenci spełniający warunki zawarte w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie przetargowe było prowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami . Jako ,że przedmiot zamówienia był specyficzny , kryteria doboru oferty miały szczególny charakter , nie mniej zaznaczyć należy , że cenie w kryteriach doboru nadano znaczenie 45% , doświadczeniu i przygotowaniu fachowemu oferenta 25 % , a tylko 30 % specyfice zamówienia . W efekcie przeprowadzonego postępowania przetargowego z trzech złożonych ofert została wybrana przez komisję przetargową oferta F. s.c. – przede wszystkim ze względu na najniższą cenę . Z wybranym oferentem została zawarta umowa na obsługę techniczną SP ZOZ we W. , w tym również na usługi prosektorium , które całkowicie nie są związane z usługami pogrzebowymi , o które chodzi wnioskodawcy .

SP ZOZ wyjaśnił ponadto , że F. s.c. nie występowała i nie prowadziła wcześniej żadnych pertraktacji z SP ZOZ dotyczących wynajmu pomieszczeń. Wiadomym jest SP ZOZ we W. , że F. s.c, wystąpiła w trakcie organizacji do Starostwa Powiatowego , które jest organem założycielskim i właścicielem nieruchomości o wyrażenie zgody na wynajem pomieszczeń z przeznaczeniem na cele biurowe i magazynowo – warsztatowe , na co uzyskała zgodę , jednak do

podpisania umowy nie doszło . Powyższe nie miało wpływu ani związku z ogłoszeniem przetargowym na obsługę techniczno – gospodarczą .

Mając na uwadze powyższe , zarzucanie procedurze postępowania publicznego przeprowadzonej wg. uczestników zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych bliżej nieokreślone porozumienie , które by miało być zawarte pomiędzy zamawiającym a oferentem i , które miałyby ograniczać dostęp do rynku jest bezpodstawne .

Również F. s.c. zaprzeczyła , że zawarła porozumienie ze SPZOZ we W. , celem którego było wyeliminowanie z rynku przedsiębiorców nie objętych tym porozumieniem lub też ograniczenie konkurencji . Wyjaśniła przy tym , że istotnie wspólnicy s.c. F. Krzysztof Ch. , Krzysztof M. i Wiesław K. to byli pracownicy SP ZOZ we W. , którzy utracili tam pracę w związku z restrukturyzacją zakładu polegającą na całkowitej likwidacji działu technicznego i częściowej działu administracyjno – gospodarczego . W/w byli pracownicy zawiązali spółkę i przystąpili do ogłoszonego w dniu 29.09. 1999 r. przetargu nieograniczonego na obsługę techniczną i gospodarczą szpitala. Po przeprowadzeniu procedury zamówienia publicznego wybrana została oferta F. s.c. W konsekwencji F. zawarł z SP ZOZ we W. umowę na wykonywanie usług objętych zamówieniem publicznym , a także dwie umowy najmu – dzierżawy na pomieszczenia , w których umieszczono siedzibę spółki .

W opinii F. s.c. każde zamówienie ze względu na swą istotę zamawianych usług czy towarów ogranicza możliwość przystąpienia do przetargu. Tak było i w tym przypadku . Tylko przedsiębiorcy , którzy legitymują się możliwością świadczenia usług objętych zamówieniem mogli złożyć skutecznie swoje oferty . Dodać przy tym należy , że świadczone przez F. s.c. usługi pogrzebowe nie wchodziły w zakres zamówienia publicznego SP ZOZ we W., które to usługi przedsiębiorca zaczął świadczyć po 1.01. 2000 r.

F. s.c. przyznała , że na etapie organizacji wystąpiła do Zarządu Powiatu Włodawskiego o zgodę na wynajęcie pomieszczeń będących w użytkowaniu SP ZOZ we W.. Działanie to podyktowane było koniecznością wskazania siedziby organizowanej spółki. Pomimo zgody Zarządu , do podpisania umowy nie doszło .

Jednocześnie F. s.c. wniosła o załączenie do akt sprawy swoich wyjaśnień złożonych do sprawy RLU – 56S-4/138/2000/MW.

Organ antymonopolowy ustalił i zważył , również na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu RLU –56S-4/138 2000 MW w sprawie z wniosku Edyty P. w stwierdzenie stosowania praktyk monopolistycznych przez F. s.c. z W. , co następuje :

Na skutek przemian restrukturyzacyjnych z Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej we W. w 1999 r. wyłączono z jego działalności pion techniczny oraz część pionu administracyjno – gospodarczego.

Wg wyjaśnień Dyrektor SP ZOZ we W. złożonych do protokołu w sprawie RLU- 56S – 4/138/2000/MW byli pracownicy w/w pionów , pełniący do dnia 31.12.1999 r. funkcje: Wiesław K.- elektryka konserwatora, Krzysztof M. kierownika działu technicznego i Krzysztof Ch.- elektryka postanowili w zorganizowanej formie prawnej podjąć działalność gospodarczą na własną rękę w celu przejęcia tej działalności, przy czym mieli zatrudnić część zwolnionych pracowników zatrudnionych dotychczas w tych działach .

W tym celu - Wiesław K. , Krzysztof M. i Krzysztof Ch. –założyli spółkę cywilną F. prowadzącą działalność gospodarczą w oparciu o umowę spółki z dnia 07.10. 1999 r. na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 07.10. 1999 r. W obydwu dokumentach jako siedzibę spółki wskazano Al. Piłsudskiego 64/IX we W.. Spółka zgłosiła prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie : produkcja ( konserwacja sprzętu medycznego , chirurgicznego i przyrządów ortopedycznych ; handel stały i obwoźny , hurtowy i detaliczny artykułami przemysłowymi i spożywczymi . Eksport i import usług i towarów niekoncesjonowanych. Wydobywanie i wzbogacanie torfu. Produkcja , usługi i sprzedaż w zakresie stolarstwa, budownictwa , usługi w zakresie instalacji budowlanych , wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą ; usługi transportowe; wynajem nieruchomości ; sprzątanie budynków i placów ; usługi pogrzebowe .

Pismem z dnia 07.09.1999 r. F. spółka z o.o. w organizacji zwróciła się do Starostwa Powiatowego we W. o wydzierżawienie pomieszczeń w budynku prosektorium na terenie Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej we W. na potrzeby siedziby spółki z zaznaczeniem , że w pomieszczeniach piwnicznych spółka zamierza umieścić podręczne zakłady naprawcze dla potrzeb służby zdrowia.

W odpowiedzi Zarząd Powiatu we W. w dniu 8 .09.1999 r podjął uchwałę nr 95/99 w której uznał za celowe wynajęcie pomieszczeń na potrzeby spółki z o.o. F. w organizacji .

Do podpisania stosownej umowy jednak nie doszło .

W dniu 29.09.1999 r. SP ZOZ we W. ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych przetarg nieograniczony na obsługę techniczną i gospodarczą szpitala. Załącznik nr 1 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia określał przedmiot zamówienia , a mianowicie :

1. Utrzymanie ruchu 24h/dobę / obsługa agregatu prądotwórczego, ujęcia wody, akumulatorowni , dostarczanie tlenu medycznego na oddziały , roboty elektryczne, udrażnianie cieków wodnych , likwidacja przecieków , obsługa

kotłowni węglowej celem dostarczenia pary technologicznej do pralni i kuchni, obsługa hydroforni i wymiennikowni c.o. i c.w.u., naprawa i konserwacja sprzętu medycznego , naprawy ślusarskie , stolarskie i szklarskie.

2. Roboty ślusarskie , stolarskie , szklarskie , elektryczne, instalacji wod-kan. oraz ogólnie - budowlane.
3. Remonty i prace zlecone do 3.000 Eur
4. Sprzątanie terenu.
5. Sprzątanie pomieszczeń biurowych.
6. Usługi prosektorium – kompleksowa obsługa działalności prosektorium , na podstawie oddzielnej umowy dzierżawy.

Oferty złożyły trzy firmy , PHU s.c. FIBUD z Orchówka , F.W.H. U. „Hańspol” z Hańska oraz F. s.c. z W. , która jako siedzibę firmy podała Al. Piłsudskiego 64/IX. Po przeprowadzeniu postępowania przetargowego , komisja przetargowa wybrała F. s.c.

W konsekwencji w dniu 31.12.1999 r. została podpisana umowa pomiędzy Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej we W. a firmą F. s. c. dotycząca obsługi technicznej i gospodarczej SP ZOZ, oraz w tym samym dniu umowa najmu i dzierżawy pomieszczeń na prowadzenie działalności administracyjno – magazynowej oraz umowa najmu – dzierżawy prosektorium .

F. s.c w dzierżawionym budynku prosektorium od 1 stycznia 2000 r. zaczęła prowadzić również zakład pogrzebowy , świadcząc usługi pogrzebowe oraz sprzedaż trumien i utensyliów pogrzebowych .

Z danych przedstawionych przez F. s.c. wynika, że udział sprzedaży usług pogrzebowych w stosunku do całej sprzedaży spółki wynosi ok. 40 % .

Art. 53 ust.2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej stanowi , że „zbycie , wydzierżawienie lub wynajęcie majątku trwałego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej albo wniesienie tego majątku do spółek lub fundacji jest nieważne bez zgody organu , który utworzył ten zakład .

SP ZOZ we W. przed zawarciem w/w umowy nie uzyskał zgody swojego organu założycielskiego tj. Starostwa Powiatowego we W. na dzierżawę i najem pomieszczeń . Zgoda w/w w formie Uchwały Nr 164/2000 została wydana 7 marca 2000 r.

Art. 4 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu /.../ stanowi , że praktykami monopolistycznymi są porozumienia, polegające w szczególności na

ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nie objętych porozumieniem .

Szczególnym rodzajem zakazanego w/w ustawą porozumienia jest zмова przetargowa , mająca na celu i skutkująca ograniczeniem dostępu do rynku lub eliminacją z rynku przedsiębiorców nie objętych porozumieniem .

W okolicznościach niniejszej sprawy porozumienie takie , zdaniem organu antymonopolowego zawarł Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej we W. oraz F. s.c. we W. .

Zdaniem organu antymonopolowego okoliczność zawarcia przedmiotowego porozumienia została udowodniona. Dowodem na powyższe jest okoliczność zwrócenia się przez F. w organizacji do Zarządu Powiatu W. o uzyskanie zgody na wynajem pomieszczeń prosektorium oraz fakt uzyskania takiej zgody jeszcze przed ogłoszeniem przetargu , okoliczność podawania we wszelkich dokumentach przez F. s.c. adresu swojej siedziby - adresu prosektorium – pomimo niezawarcia umowy na wynajem tych pomieszczeń , a więc również przed ogłoszeniem wyników przetargu. Powyższe okoliczności , przesądzają o uznaniu , że uzgodnienie dotyczące wyniku przetargu doszło do skutku .

Niewątpliwie , tak SP ZOZ we W. jak i F. s.c. z racji prowadzonej działalności gospodarczej posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 2 ustawy o przeciwdziałaniu , odnosi się więc do nich zakaz zawierania porozumień określonych w art. 4 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu /.../.

Zawarte porozumienia ma charakter porozumienia pionowego. Porozumienie to, nazwane zmovą przetargową dotyczyło uzgodnienia przez w/w przedsiębiorców wyników przetargu przeprowadzonego w trybie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych ( Dz. U. z 1998 r Nr 119 poz.773 , ze zm.) . Porozumienie miało na celu zagwarantowanie przedsiębiorcom - Krzysztofowi M. , Krzysztofowi Ch. oraz Wiesławowi K. – w trakcie zawierania tego porozumienia pracownikom SP ZOZ we W., że SPZOZ we W. zleci im , niezależnie od oceny innych ofert , obsługę techniczną i gospodarczą szpitala.

Założeniem tego porozumienie jest w istocie pozbawienie przedsiębiorców - konkurentów równych szans w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Zawarte porozumienie ma więc w założeniu (cel) i osiąga skutek w postaci nawet nie istotnego ograniczenia konkurencji lecz jej całkowitej eliminacji na etapie postępowania przetargowego . Zakaz zawierania takich porozumień zawarty w ustawie o przeciwdziałaniu koreluje z art. 16 ustawy o zamówieniach publicznych , gdzie zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji .

Nie jest prawdziwa argumentacja uczestników , że wnioskodawczyni bezzasadnie zarzuca procedurze zamówienia publicznego przeprowadzonego

przez SP ZOZ we W. zawarcie porozumienia monopolistycznego , skoro wg uczestnika każde zamówienie ze względu na swoją istotę zamawianych usług czy towarów ogranicza możliwość przystąpienia do przetargu , jak również fakt , że skutkiem każdego przetargu jest ograniczenie konkurencji wskutek wybrania oferty tylko jednego oferenta.

Uzyskana przez przedsiębiorcę stawającego do przetargu w trybie ustawy o zamówieniach publicznych – w wyniku wygrania tego przetargu wyłączność na zawarcie umowy , jak również ograniczenie kręgu oferentów stawających do przetargu ze względu na specyfikę zamówienia – sama w sobie nie jest praktyką monopolistyczną . Ocena legalności przez organ antymonopolowy nie dotyczy procedury przeprowadzonego przetargu lecz uzgodnionych działań zamawiającego i oferenta , mających postać porozumienia , które godzą w zasadę wolnego dostępu do rynku . Zastosowanie tej zasady w przedmiotowej sprawie oznacza, że wobec każdego przedsiębiorcy starającego się o uzyskanie zamówienia publicznego powinny być stosowane jednakowe kryteria doboru oraz obiektywizm w ich ocenie, co oznacza równość szans w dostępie do rynku i sprawia , że konkurencja jest uczciwa. Wszelkie ograniczenia mogą wynikać tylko i wyłącznie z istoty oferty – co dotyka w takim samym stopniu wszystkich oferentów .

W odniesieniu do zakazanych prawem porozumień , orzecznictwo antymonopolowe wykazuje tendencję do stosowania reguły rozsądku. Reguła ta pozwala wyłączyć spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję gospodarczo praktycznie nieistotne zakłócenia konkurencji. W przypadku , gdy porozumienie służy wejściu na rynek nowego przedsiębiorcy – tak jak w okolicznościach niniejszej sprawy , kwestię odczuwalności lub braku odczuwalności tych zakłóceń uczynić należy na podstawie jakościowej oceny pozytywnych skutków porozumienia. Otóż , w prowadzonym postępowaniu organ antymonopolowy uwzględnił okoliczność , że zawarte porozumienie – aczkolwiek zakazane przepisami prawa, chociażby częściowo zapobiegło negatywnym skutkom restrukturyzacji SP ZOZ w wyniku którego wielu pracowników utraciło pracę. Jest to jedyny pozytywny skutek , który nie może rzutować na ocenę legalności przez organ antymonopolowy zawartego porozumienia i przeważać negatywnych jego skutków dla rynku , w szczególności mając na uwadze wagę tej formy organizowania działalności gospodarczej finansowanej środkami publicznymi.

Wnioskodawcą w przedmiotowej sprawie jest Edyta Pawlik – Kowalska , prowadząca we W. Zakład Pogrzebowy .Zgodnie z art. 21 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu /.../ uprawnionym do żądania wszczęcia postępowania są przedsiębiorcy , których interes został lub może być naruszony przez praktykę monopolistyczną .

W ocenie urzędu , praktyka monopolistyczna , polegająca na zawarciu porozumienia zwanego znową przetargową , godzi w interesy wszystkich

przedsiębiorców działających na rynku włodawskim , których zakres prowadzonej działalności chociażby w części pokrywa się z przedmiotem oferty. Nie ma istotnego znaczenia dla sprawy , że wnioskodawca nie stawał do przetargu , nie można bowiem wykluczyć , że wielu przedsiębiorców – potencjalnych oferentów zrezygnowało ze stawania do przetargu , wiedząc ( o co w niewielkiej W. nietrudno ) , że wynik przetargu jest przesądzony .

Podkreślany przez wnioskodawczynię we wniosku aspekt monopolizacji rynku usług prosektoryjnych na skutek wydzierżawienia przez F. s.c. budynku prosektorium oraz bezpośrednio z tym związane, ewidentne umacnianie pozycji F. na rynku usług pogrzebowych kosztem konkurencji pozostaje wprawdzie w związku przyczynowo – skutkowym ze stwierdzoną praktyką monopolistyczną , lecz jak wyjaśniono wyżej nie jest prawem zakazana. Natomiast , jeżeli przejawia się w zakazanych prawem antymonopolowym działaniach, jak twierdzi wnioskodawca , które polegają na nadużywaniu pozycji monopolistycznej lub dominującej na rynku są to zagadnienia wtórne wobec stwierdzonej zмовы przetargowej i mogą być przedmiotem odrębnego postępowania .

Mając powyższe na względzie , Urząd orzekł jak w sentencji.

Od decyzji niniejszej przysługuje stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego w terminie dwutygodniowym od daty doręczenia decyzji za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Lublinie .

Otrzymuje :

1. Edyta P.  
Ul. Cicha 6  
.
2. Samodzielny Publiczny  
Zakład Opieki Zdrowotnej  
Al. Piłsudskiego 64  
.
3. F.s.c.  
Al. Piłsudskiego 64/IX  
.

Z upoważnienia Prezesa UOKIK  
Dyrektor Delegatury w L.  
Krzysztof Daszyński