

URZĄD
OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KRAKOWIE

31-011 Kraków, Pl. Szczepański 5
Tel. (0-12) 421-75-79, 421-74-98, Fax (0-12) 422-78-20
E-mail: krakow@uokik.gov.pl

L.dz.: RKR-531-04/02/WJ/LP-47/02

Kraków, dn. 7 listopada 2002 r.

DECYZJA Nr RKR - 27/2002

Stosownie do treści art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 122, poz. 1319, z późn. zm.) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego na wniosek Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Jaworznie z siedzibą przy ul. Krakowskiej 9,

w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

I. na podstawie art. 10 ust. 1 i 2, w związku z art. 5 ust. 1 pkt 7 wymienionej na wstępie ustawy:

1. uznaje się za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na uzgodnieniu, przez przystępujące do przetargu na wykonywanie zbiorowych przewozów na trasie nr 300 z Chrzanowa do Katowic:

- Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Chrzanowie z siedzibą przy ul. Balińskiej 49 i
- Przedsiębiorstwo Państwowej Komunikacji Samochodowej w Rybniku z siedzibą przy ul. Jankowickiej 7,

warunków ofert, w zakresie dysponowania jednym i tym samym zapleczem technicznym w Chrzanowie, co jest równoznaczne z zawarciem porozumienia w tym zakresie.

2. stwierdza się zaniechanie przez ww. przewoźników praktyki określonej w pkt 1 z chwilą rozwiązania wiążącej ich umowy dzierżawy zaplecza technicznego w Chrzanowie.

II. na podstawie art. 9, w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 wymienionej na wstępie ustawy:

1. uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję działania:

- Związku Komunalnego „Komunikacja Międzygminna” w Chrzanowie z siedzibą przy ul. Balińskiej 49,
- Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Chrzanowie z siedzibą przy ul. Balińskiej 49,

polegające na rozstrzygnięciu przez ww. Związek Komunalny na korzyść PKS Sp. z o.o. w Chrzanowie przetargu nieograniczonego na przewozy zbiorowe na trasie nr 300 z Chrzanowa do Katowic w oparciu o oferty, które zostały uprzednio uzgodnione przez przewoźników przystępujących do przetargu, w zakresie dysponowania jednym i tym samym zapleczem technicznym w Chrzanowie, co jest

równoznaczne z zawarciem porozumienia ograniczającego dostęp do lokalnego rynku przewozowego przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem.

2. nakazuje się wymienionym wyżej: Związkowi oraz PKS Sp. z o.o. w Chrzanowie, zaniechanie praktyki określonej w pkt II.1.

III. na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 1 powołanej na wstępie ustawy, nakłada się na:

- Związek Komunalny „Komunikacja Międzygminna” w Chrzanowie oraz
- Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Chrzanowie i
- Przedsiębiorstwo Państwowej Komunikacji Samochodowej w Rybniku

kary pieniężne - płatne do budżetu państwa - w wysokości po 5.000 zł (pięć tysięcy złotych).

UZASADNIENIE

Do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie wpłynął w dniu 10 kwietnia 2002 r. wniosek Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Jaworznie, (zwanego dalej „Wnioskodawcą”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na zмовie oferentów - Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Chrzanowie (zwanego dalej PKS w Chrzanowie) i Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej i Spedycji S.A. w Oświęcimiu (zwanego dalej PKSiS w Oświęcimiu) oraz zamawiającego - Związku Komunalnego „Komunikacja Międzygminna” w Chrzanowie (zwanego dalej Związkiem) - przy przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego na zbiorowy przewóz osób na trasie Chrzanów – Katowice.

Organ antymonopolowy wszczął postępowanie wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia, czy w opisanym przez Wnioskodawcę przypadku, zostały naruszone przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą o ochronie (...)”.

W trakcie tego postępowania Wnioskodawca sprostował swój wniosek informując, że stroną ewentualnego porozumienia nie jest PKSiS w Oświęcimiu, lecz Przedsiębiorstwo Państwowej Komunikacji Samochodowej w Rybniku (zwane dalej PPKS w Rybniku). Również organ antymonopolowy w toku postępowania wyjaśniającego ustalił, że PKSiS w Oświęcimiu do przetargu będącego przedmiotem wniosku nie przystąpiło, natomiast jednym z oferentów było istotnie PPKS w Rybniku.

Uwzględniając wyniki postępowania wyjaśniającego, organ antymonopolowy - w dniu 7 czerwca 2002r. - wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem stosowania przez PKS w Chrzanowie, PPKS w Rybniku oraz Związek praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy.

W toku postępowania organ antymonopolowy ustalił, następujący stan faktyczny sprawy:

W dniu 19 października 2001r. Związek zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 179 ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na wykonywanie, przez okres 36 miesięcy (3 lat), usług przewozowych autobusami komunikacji miejskiej na linii nr 300 pomiędzy Chrzanowem a Katowicami. Specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wykupiły cztery firmy, a oferty złożyły tylko dwie, tj. PKS Chrzanowie i Duhabex sp. jawna

w Chrzanowie. Ponieważ oferta złożona przez Duhabex nie spełniała warunków dopuszczających oferenta do przetargu (firma nie posiadała autobusów wyprodukowanych nie później niż w 1999 r.) – została odrzucona. W związku z tym, iż do zamawiającego wpłynęły mniej niż dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, przetarg został unieważniony na podstawie art. 27b ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. nr 76, poz. 334 ze zm.).

W dniu 10 stycznia 2002r., Związek ogłosił kolejne postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Tym razem SIWZ na wykonywanie usług przewozowych na linii nr 300 wykupiło czterech przedsiębiorców, jednak ostatecznie do zamawiającego wpłynęły dwie oferty: PKS w Chrzanowie i PPKS w Rybniku.

Pozostali dwaj przewoźnicy: PKM Sp. z o.o. w Jaworznie (Wnioskodawca) oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej S.A. w Bytomiu nie spełnili warunku określonego w SIWZ, jakim było posiadanie lub dzierżawienie przez oferenta zaplecza technicznego położonego na terenie działania Związku.

Wnioskodawca uznał, iż powyższy warunek, a także dwa inne ustalone przez zamawiającego są sprzeczne z treścią art. 17 ust. 2 ustawy „o zamówieniach publicznych” i wniósł protest do zamawiającego. Protest został odrzucony, a Wnioskodawca złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zespół Arbitrów przy UZP oddalił protest w całości uznając m.in., że warunki dopuszczające oferentów do udziału w przetargu, zawarte w SIWZ, nie należą do wygórowanych i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Zdaniem Zespołu warunki te - z uwagi na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa przewozów pasażerskich oraz ciągłości i płynności komunikacji drogowej – są integralnie powiązane z przedmiotem zamówienia i nie ograniczają możliwości udziału w postępowaniu jakichkolwiek oferentów, chcących je spełnić. Jak twierdzi Wnioskodawca skarga na powyższe orzeczenie została odrzucona przez Sąd Okręgowy w Warszawie z przyczyn formalnych.

Ostatecznie przetarg został rozstrzygnięty przez Związek w dniu 26 lutego 2002 r. na korzyść PKS w Chrzanowie, z którym w dniu 4 marca 2002 r. zawarto umowę o wykonywanie usług przewozu osób na linii nr 300, na okres 3 lat.

We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego Wnioskodawca podał, iż w celu jednoczesnego spełnienia przez obu oferentów ustalonego w SIWZ warunku dotyczącego zaplecza technicznego, a zatem w celu uniknięcia ewentualnego unieważnienia przetargu, PKS w Chrzanowie wydzierżawiło PPKS w Rybniku część swojego zaplecza technicznego w Chrzanowie.

W toku postępowania organ antymonopolowy otrzymał kopię umowy nr 17/2001 z dnia 28 grudnia 2001 r., na podstawie której PKS w Chrzanowie wydzierżawiło PPKS w Rybniku - na okres od 1.01. do 31.12.2002 r. - halę obsługowo naprawczą z kanałem oraz plac postojowy przeznaczony do garażowania 3 autobusów. Obiekty te zlokalizowane są na terenie zajezdni PKS w Chrzanowie.

W opinii Wnioskodawcy umowa ta jest fikcyjna, zawarta została wyłącznie na potrzeby przystąpienia do przetargu, a zatem spełnia przesłanki porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji. Związek z kolei, zamiast oferty stron tego porozumienia - jako uzgodnione - odrzucić, przetarg rozstrzygnął, co może świadczyć o przystąpieniu Związku do tego porozumienia.

Wnioskodawca uważa, iż w powyższy sposób wszyscy trzej uczestnicy porozumienia zrealizowali swój cel, jakim było rozstrzygnięcie przetargu na korzyść PKS w Chrzanowie, które dotychczas również obsługiwało linię nr 300 z Chrzanowa do Katowic.

Ustosunkowując się do tych zarzutów, PKS w Chrzanowie oraz PPKS w Rybniku oświadczyły, że nie uczestniczyły i nie uczestniczą w żadnym porozumieniu mającym na celu ograniczenie lub naruszenie konkurencji na lokalnym rynku przewozów autobusowych.

PPKS w Rybniku stwierdziło, iż wzięło udział w postępowaniu o zamówienie publiczne na wykonywanie usług przewozowych na linii nr 300 z Chrzanowa do Katowic wyłącznie w celu komercyjnym, aby zapewnić sobie - na okres 3 lat - stałe dochody z realizacji tego zamówienia.

Z kolei PKS Sp. z o.o. w Chrzanowie wyjaśniło, że dzierżawi swoje zaplecze różnym podmiotom i na różne cele, w tym również przewoźnikom wykonującym komunikację pasażerską na zlecenie Związku, a także przedsiębiorcom biorącym udział w przetargach (nawet w sytuacji, gdy samo w nich uczestniczy). Podkreślało także, iż zaplecze jest w znacznej części niewykorzystane, a wpływy z dzierżawy stanowią istotne źródło finansowania kosztów jego eksploatacji.

Z informacji udzielonych przez ww. przewoźników wynika również, iż PPKS w Rybniku - po rozstrzygnięciu przetargu - wycofało się z przejęcia zaplecza będącego przedmiotem dzierżawy, a umowa w tej sprawie została przez strony rozwiązana na podstawie porozumienia ustnego. Ponadto ani PKS w Chrzanowie nie wystawiło żadnych faktur z tytułu dzierżawy, ani PPKS w Rybniku nie uiszcilo należności z tego wynikających.

Zdaniem Związku, w postępowaniu przetargowym ocenie podlega przede wszystkim zgodność ofert z ustawą „o zamówieniach publicznych” i SIWZ. Zarówno PKS w Chrzanowie - jako właściciel autobusowego zaplecza technicznego położonego na terenie działania Związku, jak i PPKS w Rybniku – dysponujące tym zapleczem na podstawie umowy dzierżawy, spełniały zawarte w SIWZ wymogi. Związek natomiast nie może ingerować w działalność przedsiębiorców, a tym bardziej oceniać legalność, czy zasadność zawieranych przez nich umów. Związek oświadczył także, że nigdy nie zawierał z PKS w Chrzanowie i PPKS w Rybniku porozumień, których celem lub skutkiem byłoby wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku, w szczególności zaś przez rozstrzygnięcie przetargu w oparciu o oferty, które zostały wcześniej uzgodnione przez przewoźników przystępujących do przetargu.

Zarówno Związek, jak i PKS Sp. z o.o. w Chrzanowie i PPKS w Rybniku wyrazili także zdziwienie, że Wnioskodawca - sąsiadując z powiatem chrzanowskim i znając go doskonale - nie potrafił lub nie chciał spełnić warunku SIWZ wymagającego posiadania na tym terenie zaplecza technicznego. Zaplecze takie było skłonne wydzierżawić Wnioskodawcy samo PKS w Chrzanowie, a także inni przewoźnicy.

W toku postępowania - na podstawie danych liczbowych przedstawionych przez PKS w Chrzanowie (pismo z dnia 15.10.2002 r.), Związek (pisma z dnia 18.09. i 14.10.2002 r.) oraz Wnioskodawcę (pismo z dnia 02.10.2002 r.) organ antymonopolowy ustalił, że na trasie, której dotyczył przetarg, tj. pomiędzy Chrzanowem a Katowicami, przewozy docelowe wykonują jedynie PKS w Chrzanowie i PKM w Jaworznie. Na tej trasie przewozów nie wykonywało i nie wykonuje PPKS w Rybniku (wyjaśnienia z dnia 11.07.2002 r.).

Udział przewoźników na trasie z Chrzanowa do Katowic – liczony średnią tygodniową liczbą wykonanych połączeń – przedstawiał się następująco:

- w roku 2000 – PKS w Chrzanowie – 10,1 % (średnio 54 połączenia w tygodniu) i PKM w Jaworznie 89,9 % (średnio 480 połączeń),
- w roku 2001 – PKS w Chrzanowie – 16,3 % (90 połączeń); PKM w Jaworznie - 83,7 % (461 połączeń).

Wszystkie połączenia w liczbie 90 wykonane były przez PKS w Chrzanowie w 2001 r. na zlecenie Związku. Na zlecenie Związku nie było natomiast wykonywane żadne z 461 połączeń PKM w Jaworznie.

Zdaniem PKS w Chrzanowie (pismo z dnia 24.07.2002 r.) we wszystkich przewozach wykonywanych na terenie gmin zrzeszonych w Związku (Chrzanów, Libiąż, Trzebinia), uczestniczy ogółem ok. 60 przewoźników. Przewoźnicy ci wykonali ogółem, średnio w ciągu jednego tygodnia 10.100 połączeń w 2000 r. oraz 10.500 połączeń w roku 2001. (pismo PKS w Chrzanowie z dnia 23.09.2002 r.). Udział PKS w Chrzanowie w tych połączeniach wyniósł odpowiednio - 9,5 % w 2000 r. (956 połączeń) oraz 8,4 % w 2001 r. (878 połączeń). W przewozach na tym terenie nie uczestniczył PPKS w Rybniku (pismo z dnia 16.09.2002 r.)

Z informacji udzielonych przez Związek (pisma z dnia 29.07. oraz 18.09.2002 r.) wynika, iż na obszarze zrzeszonych w nim gmin, na jego zlecenie, w 2001 r. przewozy wykonywało 11 przewoźników (w tym PKS Chrzanów). Łącznie wykonali oni 4.964 połączenia średnio w ciągu jednego tygodnia roku 2001. Stanowi to ok. 47 % ogólnej liczby 10.500 połączeń, jakie – wg informacji PKS w Chrzanowie – wykonali w 2001 r. wszyscy przewoźnicy na terenie gmin zrzeszonych w Związku.

Mając na uwadze powyższe ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Porozumieniami, w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. a i b ustawy o ochronie (...) są zarówno umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami albo niektóre postanowienia tych umów, jak i dokonane w jakiegokolwiek formie uzgodnienia pomiędzy dwoma lub więcej przedsiębiorcami.

W ocenie Wnioskodawcy - w okolicznościach faktycznych sprawy - zawarcie przez PKS w Chrzanowie i PPKS w Rybniku umowy dzierżawy zaplecza oraz zawarcie przez Związek i PKS w Chrzanowie - po rozstrzygnięciu przetargu - umowy w sprawie przewozów osób na linii nr 300, stanowiło naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie (...).

Przepis ten zakazuje zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających na:

- ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (pkt 6),
- uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności dotyczących zakresu prac lub ceny (pkt 7).

Stosownie do art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie (...), spod zakazu, o którym mowa w cyt. art. 5 ust. 1 wyłączone są:

- porozumienia zawierane między konkurentami (porozumienia poziome), których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5 %,
- porozumienia zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (porozumienia pionowe), których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 %.

Z kolei rynkiem właściwym - do którego odnosi się treść art. 5 ust. 1 ustawy - jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje

konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 8 ustawy).

Cytowane wyżej przepisy nakładają na organ antymonopolowy obowiązek ustalenia rynku właściwego w niniejszej sprawie, następnie dokonania oceny, czy w jej warunkach faktycznych działania Uczestników podlegają wyłączeniu spod zakazu na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy i w końcu – jeżeli nie podlegają wyłączeniu - czy działania Uczestników stanowią zagrożenie dla konkurencji na ustalonym wcześniej rynku właściwym.

Właściwość przedmiotową (produktową) analizowanego rynku wyznacza rodzaj działalności prowadzonej przez przewoźników, a zatem są to przewozy zbiorowe. Działalność ta jest również przedmiotem zainteresowania Związku.

Związek Komunalny „Komunikacja Międzygminna” w Chrzanowie utworzony został w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych w zakresie lokalnego transportu zbiorowego na terenie gmin: Chrzanowa, Libiąża i Trzebini. Stosownie do treści art. 64 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 ze zm.) prawa i obowiązki gmin uczestniczących w związku międzygminnym, związane z wykonywaniem zadań przekazanych związkowi, przechodzą na związek z dniem ogłoszenia jego statutu. W świetle powyższego Związek Komunalny „Komunikacja Międzygminna” w Chrzanowie, przejął ogół praw i obowiązków – zrzeczonych w nim gmin w zakresie realizacji ich zadań własnych polegających na zapewnieniu lokalnego transportu zbiorowego. Jako taki, Związek jest zatem przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie (...), ponieważ posiada osobowość prawną i organizuje usługi o charakterze użyteczności publicznej.

Organizując na terenie swojego działania usługi w zakresie przewozu osób, Związek zorganizował postępowania przetargowe na obsługę trasy nr 300 z Chrzanowa do Katowic.

Zdaniem organu antymonopolowego trasa ta wyznacza geograficzne granice rynku właściwego, który w tym stanie rzeczy należy ostatecznie zdefiniować jako lokalny rynek przewozów zbiorowych realizowanych na trasie z Chrzanowa do Katowic. Rynek ten odpowiada definicji rynku właściwego zawartej w art. 4 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu (...), ponieważ ze względu na właściwości świadczonej usługi, substytutem przewozów na trasie z Chrzanowa do Katowic nie są – z punktu widzenia potencjalnych pasażerów – przewozy wykonywane na innej trasie.

Uczestnicy postępowania antymonopolowego reprezentują przeciwne strony rynku właściwego. Związek – jako zlecający przewozy - jest zbiorowym nabywcą usług przewozowych, a zatem reprezentuje stronę popytową rynku, PKS w Chrzanowie i PPKS w Rybniku – jako świadczący usługę przewozu – reprezentują stronę podażową.

Powołane w opisie stanu faktycznego liczby stanowią podstawę do ustalenia kilku wskaźników dotyczących wyżej określonego rynku właściwego. Wynika z nich, że udział PKS w Chrzanowie w przewozach realizowanych na rynku właściwym wyniósł 10,1 % w roku 2000 i 16,3 % w roku 2001. W przewozach na tym rynku nie uczestniczyła w tym czasie PKM w Jaworznie.

Uwzględniając, iż PKS w Chrzanowie wszystkie przewozy na trasie z Chrzanowa do Katowic - stanowiące 16,3 % ich ogólnej liczby - wykonywał w 2001 r. na zlecenie Związku, należy przyjąć, iż udział Związku jako zamawiającego, tj. po popytowej stronie rynku właściwego, wynosi również 16,3 %.

W świetle powyższych ustaleń działania Uczestników postępowania antymonopolowego nie podlegają wyłączeniu spod zakazu określonego w art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie (...) na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy.

Wyłączeniu temu nie podlega porozumienie poziome polegające – zdaniem organu antymonopolowego - na zgłoszeniu przez PKS w Chrzanowie i PPKS w Rybniku - a zatem konkurentów przystępujących do tego samego przetargu - ofert, którym ważność zapewniła zawarta uprzednio pomiędzy przewoźnikami umowa w sprawie dzierżawy zaplecza. Umowę tę zawarto w dniu 28.12.2001 r. Łączny udział stron tej umowy a zarazem uczestników porozumienia poziomego w rynku właściwym w roku 2000 (poprzedzającym jej zawarcie) wyniósł 10,3 %, a zatem przekroczył pułap 5 %, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) (zerowy udział PPKS w Rybniku + 10,3 % udział PKS w Chrzanowie).

Wyłączeniu spod zakazu ze względu na wielkość udziału w rynku właściwym nie podlega także porozumienie poziome polegające - o ocenie organu antymonopolowego - na rozstrzygnięciu przetargu przez Związek w oparciu o oferty, które zostały uprzednio uzgodnione w opisany wyżej sposób i zawarciu w dniu 4.03.2002 r. pomiędzy Związkiem a PKS w Chrzanowie umowy w sprawie obsługi linii nr 300 z Chrzanowa do Katowic. Porozumienie to, zawarte pomiędzy przeciwnymi stronami tego samego rynku produktowego, nie podlega wyłączeniu spod zakazu na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ łączny udział stron porozumienia w rynku właściwym w roku 2001 (poprzedzającym jego zawarcie) wyniósł 16,3 %, a zatem przekroczył pułap 10 %. Udział ten (16,3 %) to wyłącznie udział Związku po popytowej stronie rynku właściwego, gdyż w przypadku porozumień zawieranych przez przedsiębiorców, pomiędzy którymi dochodzi do bezpośrednich transakcji w ramach tego samego produktu, sumowanie wartości lub ilości tego produktu (raz po stronie popytowej i drugi raz po stronie podażowej) powodowałoby, iż wielkość ta liczona byłaby dwukrotnie.

Powyższe dwa porozumienia nie podlegałyby wyłączeniu spod zakazu na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ochronie (...) także wówczas, gdyby rynek właściwy w sprawie został terytorialnie rozszerzony do obszaru 3 gmin zrzeszonych w Związku. Udział PKS w Chrzanowie w przewozach na tym obszarze w 2000 r. wyniósł bowiem 9,5 %, natomiast udział Związku - jako reprezentującego popytową stronę tego rynku - w 2001 r. przekroczył 40 %.

Pomimo, iż przedmiotem sprawy są dwa porozumienia (poziome - przewoźników i pionowe - Związku i PKS w Chrzanowie), jednak nie są to porozumienia od siebie niezależne.

Oceniając w pierwszej kolejności zachowania uczestników porozumienia poziomego, tj. przewoźników należy stwierdzić, że skoro umowa dzierżawy zaplecza technicznego:

- została zawarta w dniu 28.12.2001 r., tj. po unieważnieniu pierwszego przetargu na wykonywanie przewozów na linii nr 300 (3.12.2001r.), a przed ogłoszeniem przez Związek drugiego przetargu w tej sprawie (10.01.2002r.),
- została zawarta pomiędzy konkurentami ubiegającymi się o to samo zamówienie publiczne,
- została rozwiązana po rozstrzygnięciu przetargu na korzyść PKS w Chrzanowie i do czasu rozwiązania umowy przewoźnik ten nie obciążał PPKS w Rybniku należnościami z tytułu czynszu dzierżawy, a wydzierżawiający z tego zaplecza faktycznie nie korzystał,

to jedynym celem stron tej umowy było - w ocenie organu antymonopolowego - stworzenie sobie nawzajem możliwości złożenia, w ogłoszonym przez Związek przetargu, ofert spełniających wymogi SIWZ.

W ocenie organu antymonopolowego zachowanie takie spełnia przesłanki z art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie (...), w świetle którego zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert. Mając na uwadze powyższe okoliczności trudno nie dostrzec, iż strony umowy uzgodniły pomiędzy sobą warunek składanych przez siebie ofert w zakresie dysponowania jednym i tym samym zapleczem technicznym.

Gdyby tak nie było, to PKS w Chrzanowie - w celu wyeliminowania konkurenta z walki o zamówienie publiczne – odmówiłoby PPKS w Rybniku dzierżawy zaplecza, co zmusiłoby tego ostatniego – o ile jego celem było faktycznie zdobycie tego zamówienia – do podjęcia próby wydzierżawienia jednego z pozostałych dostępnych zapleczy na terenie Chrzanowa, o których zresztą przewoźnicy ci wspominają.

Uzgodnienie ofert pomiędzy przewoźnikami w niedozwolony sposób wpłynęło na rezultat przetargu. Dzięki temu PKS w Chrzanowie umożliwiło PPKS-owi w Rybniku sam udział w przetargu, otrzymując w zamian pewność, iż drugi przetarg nie zostanie – podobnie jak pierwszy - unieważniony z tego powodu, że jedyną ofertą spełniającą wymogi SIWZ będzie jego własna oferta.

Przechodząc do oceny zachowań uczestników porozumienia pionowego należy zważyć, iż oferta PPKS w Rybniku, do której dołączono zawartą w opisanych wcześniej okolicznościach umowę dzierżawy została przez zamawiającego przyjęta i Związek ostatecznie rozstrzygnął przetarg na korzyść PKS w Chrzanowie.

Związek rozstrzygnął przetarg pomimo wiedzy, że zgłoszone do niego oferty zostały przez przewoźników uzgodnione. Każda z tych ofert była przez Związek analizowana pod kątem zgodności z SIWZ, w tym również dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym. Pomimo tej analizy, która niewątpliwie musiała doprowadzić do wniosku, iż obaj przewoźnicy porozumieli się w tym zakresie pomiędzy sobą, Związek nie odrzucił żadnej z ofert. Co więcej, przyjmując ofertę PPKS w Rybniku, Związek nie zauważył, iż dołączona do niej umowa dzierżawy zaplecza została zawarta jedynie na okres 1 roku (od 1.01. do 31.12.2002r.), gdy tymczasem – jak wynika z SIWZ – zamówienie na wykonywanie przewozów na trasie z Chrzanowa do Katowic dotyczyło okresu 3 lat. Oferta PPKS w Rybniku w istocie nie zapewniała temu przewoźnikowi możliwości korzystania z zaplecza przez cały okres trwania zamówienia i ostatecznie oferent ten nie mógł zapewnić ciągłości, bezawaryjności, punktualności i pewności przewozu osób przez cały 3-letni okres, co przecież - zdaniem Związku - legło u podstaw postawienia takiego wymogu oferentom.

Rozstrzygnięcie przez Związek w tych okolicznościach przetargu na korzyść PKS w Chrzanowie mieści się w ogólnej dyspozycji art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie (...), w szczególności wypełnia przesłanki pkt 6 i stanowi porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na ograniczaniu dostępu do rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Skutkiem porozumienia Związku, jako zamawiającego i PKS w Chrzanowie, jako przystępującego do przetargu jest doprowadzenie do sytuacji, w której z lokalnego rynku przewozów w niebagatelnej ich części realizowanych na zlecenie Związku, wyeliminowano wszystkich potencjalnych oferentów, którzy - w tym akurat wypadku - nie posiadali wprawdzie zaplecza technicznego i tym samym nie mogli spełnić wymogów SIWZ, lecz nie

zdecydowali się przecież na naruszenie obowiązującego prawa i zawarcie porozumienia (zmowy przetargowej) w tym zakresie.

Zachowania takie zagrażają konkurencji na lokalnym rynku usług przewozowych obecnie, jak i stanowią potencjalne zagrożenie dla konkurencji w przyszłości. Akceptacja takiego stanu rzeczy i niestwierdzenie przez organ antymonopolowy, iż - w tym wypadku - są to działania ograniczające konkurencję, mogłaby spowodować, iż wśród przewoźników funkcjonujących na tym rynku jak i w Związku utrzymałoby się przekonanie, iż porozumienia takie są dopuszczalne i stanowią legalny środek do osiągnięcia swoich celów gospodarczych i rynkowych.

Koordinacja zachowań uczestników porozumień pozwoliła na wyeliminowanie niepewności tych podmiotów, co do przebiegu procesów rynkowych i zachowań innych uczestników rynku, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji.

Dzięki porozumieniu Związku i PKS w Chrzanowie, zapoczątkowanemu znową przetargową oferentów, PKS w Chrzanowie ostatecznie wygrało przetarg i otrzymało 3-letnie zamówienie komunalne a Związek rozstrzygnął przetarg.

Działania organu antymonopolowego w niniejszej sprawie nie są ukierunkowane na ochronę indywidualnych interesów Wnioskodawcy. Stosownie do treści art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie (...), instrumenty w tej ustawie przewidziane winny być uruchamiane w przypadku zagrożenia publicznego interesu uczestników rynku.

W przedmiotowej sprawie uczestnicy obu porozumień naruszyli konkurencję na rynku właściwym. Związek natomiast - ze względu na swoje uprawnienia i niebagatelną pozycję zamawiającego - gdyby kontynuował swoje zachowania, stanowiłby potencjalne zagrożenie dla tego rynku w przyszłości. W przeciwieństwie do innych przedsiębiorców działających na rynkach konkurencyjnych, którzy rynek zdobywają powoli, Związek swoją pozycję zleceniodawcy na lokalnym rynku usług przewozowych może wzmocnić w każdej chwili, w przypadku, gdy takie potrzeby i możliwości po stronie zrzeszonych w nim gmin zaistnieją. O faktycznej sile rynkowej Związku, jako zamawiającego usługi przewozowe, świadczy zresztą ponad 40 % jego udział w szerszym - niż jedna trasa - rynku geograficznym obejmującym wszystkie 3 zrzeszone w nim gminy.

W tym stanie rzeczy - uwzględniając, iż działania uczestników postępowania nie podlegają wyłączeniu spod zakazu na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie (...) - organ antymonopolowy wydał decyzję w kształcie określonym w jej sentencji.

Orzekając jak w pkt I sentencji, organ antymonopolowy uznał równocześnie, iż decyzja - aby uwzględniała stan faktyczny w dacie jej wydania - nie może nakazywać zaniechania porozumienia poziomego pomiędzy przewoźnikami w sytuacji, gdy było to działanie jednorazowe i umowa dzierżawy zaplecza została już przez strony rozwiązana a korzyści z niej wynikające, stały się udziałem stron porozumienia, o którym mowa w pkt II sentencji.

Mając na uwadze, iż ustawa o ochronie (...) zawiera regulacje bezwzględnie obowiązujące wszystkich przedsiębiorców, organ antymonopolowy postanowił skorzystać z uprawnień przewidzianych w art. 101 ust. 2 pkt 1 tej ustawy. W świetle tego przepisu, Prezes UOKiK może - w drodze decyzji - nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną płatną do budżetu państwa, jeżeli dopuścił się on m.in. naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 6 i 7. Kara pieniężna w tym przypadku może wynosić równowartość od 1.000 do 5.000.000 euro, jednak nie więcej niż 10 % przychodu osiągniętego przez ukaranego przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Organ antymonopolowy postanowił nałożyć na wszystkich uczestników obu porozumień, tj. Związek, PKS Sp. z o.o. w Chrzanowie i PPKS w Rybniku kary pieniężne w wysokości po 5.000 zł (pięć tysięcy złotych).

Kwota kar (5.000 zł) stanowi równowartość 1.419,70 euro i ustalona została zgodnie z zasadą określoną w art. 115 ustawy o ochronie (...), a zatem według kursu: 1 euro = 3,5219 zł – ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w tabeli kursów nr 252/A/NBP/2001 z dnia 31 grudnia 2001 r.

Wymierzając kary organ antymonopolowy uwzględnił, iż winny one - w przypadku uczestników porozumień - spełniać w pierwszej kolejności funkcję prewencyjną. Kary winny zapobiegać w przeszłości takim samym lub podobnym działaniom uczestników lokalnego rynku.

Ustalając wysokość kary na niskim poziomie organ antymonopolowy uwzględnił kondycję ekonomiczną przewoźników uczestniczących w porozumieniu oraz fakt, iż Związek dysponuje jedynie środkami publicznymi zrzeszonych w nim gmin.

Mając powyższe na uwadze organ antymonopolowy orzekł, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie (...), w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego, za pośrednictwem Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

Karę pieniężną – stosownie do art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie (...) – należy wpłacić, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie:

NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Krakowie
Barbara du Vall

Otrzymują:

1. Związek Komunalny „Komunikacja Międzygminna” w Chrzanowie
ul. Balińska 49 32-500 Chrzanów
2. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. w Chrzanowie
ul. Balińska 49 32-500 Chrzanów
3. Przedsiębiorstwo Państwowej Komunikacji Samochodowej w Rybniku
ul. Jankowicka 7 44-200 Rybnik
4. Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Jaworznie
ul. Krakowska 9 43-600 Jaworzno
5. RKR – a/a