



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KRAKOWIE**

L.dz.RKR-410-7/04/KCH- 22/05

Kraków, dn. 28 czerwca 2005 r.

DECYZJA Nr RKR-44/2005

Stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. z 2002 r. Nr 18, poz. 172 z późn. zm.), po przeprowadzeniu - z urzędu - postępowania antymonopolowego

w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- I.** Na podstawie art. 10 ust. 1 i ust. 2, w związku z art. 9 powołanej wyżej ustawy, **uznaje się praktyki** Gminy Miejskiej Gorlice oraz p. Urszuli Ślimak, przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Pogrzebowy „Orkus” przy ul. Karwacjanów 3 w Gorlicach, polegające na uzgodnieniu w dniu 19.08.2003 r. w „Regulaminie cmentarza komunalnego w Gorlicach”, stanowiącym załącznik nr 3 do aneksu Nr 1/2003 do umowy Nr IZ.3420/1/2002 z dnia 11.01.2002 r., iż Zarządca tego cmentarza, tj. p. Urszula Ślimak będzie wykonywał na cmentarzu - z wyłączeniem innych przedsiębiorców - takie usługi, jak: wykopanie grobu ziemnego wraz z zasypaniem, wykonanie części grobu murowanego (piwniczki) wraz z zasklepieniem po pogrzebie oraz otwarcie i zabezpieczenie (po złożeniu ciała) grobowca w przypadku dochowania ciała do istniejącego grobowca, **za porozumienie ograniczające konkurencję** na lokalnym rynku usług pogrzebowych na terenie Gorlic polegające na:

- stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
- ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem

i naruszające zakazy, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 i 6 ww. ustawy.

oraz stwierdza się zaniechanie ww. praktyk z dniem 1 września 2004 r.

- II.** na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy nakłada się na nw. przedsiębiorców kary pieniężne:
- na Gminę Miejską Gorlice – w wysokości 6.000 zł (słownie: sześć tysięcy zł),
 - na Urszulę Ślimak prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Pogrzebowy „Orkus” przy ul. Karwacjanów 3 w Gorlicach – w wysokości 3.282 zł (słownie: trzy tysiące dwieście osiemdziesiąt dwa zł),

płatne do budżetu państwa.

Uzasadnienie

W dniu 13 września 2004r. do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Krakowie wpłynęło pismo Powiatowego Rzecznika Konsumentów w Gorlicach zawierające informacje na temat ewentualnego naruszenia przez Gminę Miejską w Gorlicach przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - zwanej dalej „ustawą o ochronie (...)”.

Analiza dokumentów przedłożonych przez Rzecznika, w tym jego korespondencji z Urzędem Miejskim w Gorlicach, dała podstawę do wszczęcia w dniu 22 września 2004 r., postanowieniem nr RKR-340/2004, postępowania wyjaśniającego mającego na celu wstępne ustalenie, czy działania administratora cmentarza komunalnego w Gorlicach, polegające na wykonywaniu – na zasadach wyłączności – grobów ziemnych i murowanych na administrowanym cmentarzu, uzasadniają wszczęcie postępowania antymonopolowego.

Następnie - uwzględniając ustalenia postępowania wyjaśniającego - w dniu 8 listopada 2004 r., postanowieniem nr RKR-476/2004, zostało wszczęte z urzędu postępowanie antymonopolowe, pod zarzutem zawarcia przez Gminę Miejską Gorlice i p. Urszulę Ślimak, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Pogrzebowy „ORKUS” z siedzibą w Gorlicach, porozumienia ograniczającego konkurencję i dostęp do lokalnego rynku usług pogrzebowych na terenie Gorlic przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem, poprzez uzgodnienie, iż administrator cmentarza będzie wykonywał na jego terenie – z wyłączeniem innych przedsiębiorców - usługi polegające na: wykopaniu grobu ziemnego wraz z zasypaniem, wykonaniu części grobu murowanego (piwniczki) wraz z zasklepieniem po pogrzebie oraz otwarciu i zabezpieczeniu (po złożeniu ciała) grobowca w przypadku dochowania ciała do istniejącego grobowca - co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy o ochronie (...).

Wszczęto także odrębne postępowanie antymonopolowe pod zarzutem naruszenia przez p. Urszulę Ślimak art. 8 ww. ustawy, poprzez nadużycie pozycji dominującej na lokalnym rynku usług cmentarnych.

W toku postępowania antymonopolowego z art. 5 ustawy o ochronie (...) oraz poprzedzającego je postępowania wyjaśniającego ustalono, co następuje:

Na terenie Gorlic funkcjonują: cmentarz komunalny oraz cmentarz parafialny.

W wyniku nieograniczonego przetargu, na mocy umowy z dnia 11.01.2002 r., Nr IZ.3420/1/2002 (karta 10-13) zarządcą cmentarza komunalnego w Gorlicach została p. Urszula Ślimak działająca pod firmą Zakład Pogrzebowy „Orkus”, z siedzibą w Gorlicach przy ul. Karwacjanów 3, wpisana do ewidencji działalności gospodarczej Miasta Gorlice pod numerem 2037/93.

Powyższa umowa stanowi, że do obowiązków p. Urszuli Ślimak (zwanej dalej także Zarządcą) należy m. innymi:

- utrzymanie cmentarza wraz z budynkami do niego przynależnymi w należyтым stanie technicznym i sanitarnym,
- wykonywanie drobnych remontów i konserwacji powierzonego mienia,
- prowadzenie ksiąg cmentarnych i innych dokumentacji,
- pobieranie opłat za korzystanie z urządzeń i obiektów cmentarnych przez firmy wykonujące usługi pogrzebowe i kamieniarskie (...),
- opracowanie i wywieszenie regulaminu cmentarza zatwierdzonego przez Zarząd Miasta Gorlice.

W dniu 19.08.2003 r. aneksem nr 1/2003 do ww. umowy z dnia 11.01.2002 r. ustalono treść „Regulaminu cmentarza komunalnego w Gorlicach” (załącznik nr 3 do aneksu). Regulamin w pkt I.2.a. stanowi (k. 27), że do obowiązków Zarządcy należy m. innymi (cyt.): „*wykonywanie, z wyłączeniem innych przedsiębiorców, usług cmentarnych (zgodnie z cennikiem), tj.:*

- *wykopanie grobu ziemnego wraz z zasypaniem,*
- *wykonanie części grobu murowanego (piwniczki) wraz z zasklepieniem po pogrzebie (...)*
- *otwarcie i zabezpieczenie (po złożeniu ciała) grobowca w przypadku dochowania ciała do istniejącego grobowca”.*

Zgodnie z Regulaminem pozostali przedsiębiorcy mogą wykonywać usługi niezastrzeżone dla Zarządcy cmentarza. W szczególności mogą wykonywać (cyt. z pkt IV.3. Regulaminu):

- *usługi pogrzebowe, polegające na obsłudze ceremonii pogrzebowej, obejmującej m.in. wjazd na teren cmentarza karawanem, pochowanie ciała do nowego grobu ziemnego lub murowanego, dochowanie ciała do istniejącego grobowca (bez otwarcia i zabezpieczenia grobowca po pogrzebie),*
- *usługi kamieniarsko – lastrykarskie, polegające na wykonywaniu nagrobków na istniejących grobach ziemnych, a także wykonywaniu części grobów murowanych powyżej sklepienia nad piwniczką.*

W dniu 1.09.2004 r. aneksem Nr 1/2004 do umowy NR IŻ.3420/1/2002 z dnia 11.01.2002 r. zmieniono treść „Regulaminu cmentarza komunalnego w Gorlicach”, w ten sposób, że usunięto z niego cytowany wyżej zapis pkt I.2.a). Działania te podjęto w związku z interwencją Powiatowego Rzecznika Konsumentów w Gorlicach, który na skutek skargi konsumentki wystąpił w dniu 3 sierpnia 2004 r. do Urzędu Miejskiego w Gorlicach w sprawie umożliwienia wykonania na terenie cmentarza komunalnego, piwnicy murowanej przez podmiot inny, aniżeli zarządca tego cmentarza.

Odnosząc się do postawionego przez organ antymonopolowy zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy o ochronie (...):

- p. Urszula Ślimak wyjaśniła (pismo z dnia 29 marca 2005 r.), że usługi wykonuje tylko na wyłączne zlecenie rodziny zmarłego oraz, że nigdy nikomu nie odmówiła zgody na chowanie zwłok przez inną firmę. Zdaniem p. Urszuli Ślimak (cyt.) „*Na każdym cmentarzu komunalnym musi być zarządca trzymający pieczę nad prawidłowym jego funkcjonowaniem.*” (k 75).
- Gmina Gorlice, w piśmie z dnia 18 listopada 2004 r. (k. 43-44) wyjaśniła, że powierzenie Zarządcy takich obowiązków jak wykonywanie grobów ziemnych i położonej w gruncie części grobów murowanych (tzw. piwniczki) dawało możliwość zapewnienia bieżącego dokonywania pochówku ciał osób zmarłych”.

W piśmie tym Gmina podniosła również, iż zaniechała praktyki ograniczającej konkurencję przed dniem wszczęcia postępowania antymonopolowego. Wniosła również o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej, na podstawie art. 103 a ustawy o ochronie (...), stwierdzając, iż spełniła wszystkie przewidziane w tym przepisie warunki. Wniosek ten Gmina ponowiła w piśmie z dnia 22 lutego 2005 r. (k. 51) podnosząc, iż współpracowała z Prezesem Urzędu i przedkładała wszystkie wymagane dokumenty

i wyjaśnienia. Nadto zdaniem Gminy porozumienie nie wywołało negatywnych skutków, gdyż nie ma osób, któreby - w jego wyniku - poniosły szkodę.

Postanowieniem nr RKR-79/2005 z dnia 4 marca 2005 r. zaliczono w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu, dowody uzyskane przez Prezesa Urzędu w postępowaniach:

- wyjaśniającym o sygnaturze RKR-400-52/04/KCH poprzedzającym niniejsze postępowanie antymonopolowe – zaliczono pismo Urzędu Miejskiego w Gorlicach z dnia 30.09.2004 r. wraz z załącznikami, w tym cytowaną wyżej umowę wraz z aneksami (k 1-37).
- antymonopolowym o sygnaturze RKR-411-17/04/KCH, wszczętym pod zarzutem naruszenia przez p. Urszulę Ślimak art. 8 ustawy o ochronie (...), tj. nadużycia pozycji dominującej na lokalnym rynku administrowania cmentarzem komunalnym w Gorlicach – zaliczono pięć odpowiedzi udzielonych w ramach ankiety przeprowadzonej wśród przedsiębiorców będących uczestnikami lokalnego rynku usług pogrzebowych (k. 54-68).

Ankietowani przedsiębiorcy, posiadający w swojej ofercie m.in. usługi polegające na: wykopaniu grobu ziemnego wraz z zasypaniem, wykonaniu części grobu murowanego (piwniczki) wraz z zasklepieniem po pogrzebie, otwarciu i zabezpieczeniu (po złożeniu ciała) grobowca w przypadku dochowania ciała do istniejącego grobowca, poinformowali organ antymonopolowy, że do dnia 1 września 2004 r., tj. do dnia wejścia w życie nowego, zmienionego regulaminu pozbawieni byli możliwości wykonywania na cmentarzu komunalnym w Gorlicach ww. robót. Z ankiet wynika, iż niedopuszczając konkurentów do wykonywania tych robót, Zarządca cmentarza powoływał się na wyłączność gwarantowaną mu umową z Gminą Gorlice.

Postanowieniem nr RKR-93/2005 z dnia 15 marca 2005r., ograniczono stronom postępowania antymonopolowego prawo wglądu do materiału dowodowego, w zakresie danych osobowych oraz nazw ankietowanych przedsiębiorców.

Po zapoznaniu się z aktami sprawy w części nieobjętej powyższym postanowieniem, Zarządca oświadczył (pismo z dnia 22 czerwca 2005 r.), że informacje ankietowanych przedsiębiorców nie są prawdziwe.

Oceniając przedstawiony stan faktyczny organ antymonopolowy ustalił i zważył, co następuje:

Uczestnicy porozumienia.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Przez porozumienie - stosownie do art. 4 pkt 4 lit. a) ustawy - rozumie się: „*umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów*”.

W przedmiotowej sprawie formalne przesłanki zdefiniowanego wyżej porozumienia spełnia cytowana w opisie stanu faktycznego umowa z dnia 11.01.2002 r., Nr IZ.3420/1/2002 - wraz z wszystkimi do niej aneksami i załącznikami - na mocy której Burmistrz Gminy Gorlice - działając na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym

(Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) - przekazał administrowanie cmentarzem komunalnym w Gorlicach przedsiębiorcy - p. Urszuli Ślimak, a pani Urszula Ślimak obowiązki te przejęła na uzgodnionych zasadach.

Uczestnikami tego porozumienia, a zarazem stronami ww. umowy są przedsiębiorcy, w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie (...), wobec czego ustawa ma zastosowanie do podejmowanych przez nich działań.

- Pani Urszula Ślimak jest przedsiębiorcą działającym pod firmą Zakład Pogrzebowy „Orkus”, wpisanym do ewidencji działalności gospodarczej Miasta Gorlice, a zatem przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178 ze zm.). W jej przypadku zastosowanie znajduje definicja przedsiębiorcy zawarta w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie (...),
- Gmina Gorlice jest właścicielem cmentarza komunalnego, a zarazem osobą prawną organizującą usługi o charakterze użyteczności publicznej. Stosownie do art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 2000 r., Nr 23, poz. 295 z późn. zm.) oraz art. 7 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, a także art. 1 pkt 3 lit. c ustawy z dnia 17 maja 1990 r. o podziale zadań i kompetencji określonych w ustawach szczególnych pomiędzy organy gminy a organy administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. z 1990r. Nr 34, poz. 198 z późn. zm.), utrzymanie i zarządzanie cmentarzami komunalnymi należy do zadań własnych gminy. W przypadku Gminy Gorlice - która organizuje usługi o charakterze użyteczności publicznej - zastosowanie znajduje przepis art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie (...), który takie osoby prawne również zalicza do przedsiębiorców.

Rynek właściwy, na który porozumienie wywiera wpływ.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 tej ustawy, rynkiem właściwym „*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*”.

W niniejszej sprawie p. Urszula Ślimak jest uczestnikiem dwóch rynków spełniających cytowane wyżej przesłanki rynku właściwego. Są to:

- lokalny rynek usług cmentarnych związanych z utrzymaniem cmentarza i zarządzania cmentarzem komunalnym w Gorlicach oraz
- lokalny rynek usług pogrzebowych realizowanych na terenie Gorlic.

Usługi cmentarne realizowane są w celu zapewnienia społeczności lokalnej możliwości korzystania z cmentarza i jego urządzeń w związku z pochówkiem zmarłych i obejmują m. innymi:

- prowadzenie ksiąg cmentarnych i kartotek zmarłych,
- utrzymanie cmentarza i wyposażenie go w niezbędne urządzenia np. dom pogrzebowy i sanitariaty,
- utrzymanie ładu i porządku na cmentarzu,
- nadzór nad korzystaniem z cmentarza, w tym nad pochówkiem, ekshumacją, zakładaniem grobów zgodnie z przepisami prawa.

W przedmiotowej sprawie ww. usługi cmentarne - przed zawarciem ocenianej umowy - świadczyła Gmina Gorlice. Z chwilą zawarcia tej umowy uczestnikiem rynku usług

cmentarnych stała się p. Urszula Ślimak. Zarząd cmentarzem komunalnym - niezależnie przez kogo sprawowany - jest działalnością wykonywaną w warunkach monopolu. Utrwalone orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (poprzednio Sąd Antymonopolowy) potwierdza, że terytorialny zasięg rynku usług cmentarnych ograniczony jest to do terenu określonego cmentarza. W wyroku z dnia 21 stycznia 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 51/97) Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż „*pod względem terytorialnym rynek usług cmentarnych należy zaliczyć do rynku lokalnego. Przynajmniej zasadniczo usługi cmentarne zaspokajają potrzeby społeczności lokalnej*”. W wyroku tym, a także w wyroku z dnia 23 kwietnia 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 49/00) Sąd uznał również, iż „*w świetle doświadczenia życiowego o wyborze cmentarza, jako miejsca pochówku, w niewielkim stopniu decydują elementy konkurencji pomiędzy administratorami poszczególnych cmentarzy. Wybór cmentarza jest w zasadniczej mierze determinowany szczególnymi względami – wolą osoby zmarłej, wyznaniowym charakterem cmentarza, istnieniem grobów osób bliskich, prestiżem cmentarza itp. Powyższe względy prowadzą do wniosku, że w sytuacji istnienia w gminie (mieście) dwóch lub więcej cmentarzy, są one w niewielkim stopniu substytutywne z punktu widzenia osób zlecających pogrzeb. Zatem za lokalny rynek usług cmentarnych należy zasadniczo uznać obszar danego cmentarza. Przedsiębiorca pełniący tam na zasadzie wyłączności, funkcję administratora cmentarza, jako niespotykający się z konkurencją innego przedsiębiorcy, posiada pozycję monopolistyczną*”

W odróżnieniu od rynku usług cmentarnych, lokalny **rynek usług pogrzebowych**, którego p. Urszula Ślimak jest również uczestnikiem - jest rynkiem potencjalnie konkurencyjnym. Nie istnieją bowiem prawne, ani jakiegokolwiek inne powody, dla których usługi pogrzebowe nie mogłyby być realizowane w warunkach walki konkurencyjnej. Usługi te polegają bowiem m. innymi na:

- przygotowaniu zwłok do pogrzebu,
- organizacji pogrzebu,
- wykopaniu lub wymurowaniu grobu, złożeniu do niego trumny ze zwłokami, a następnie jego zasypaniu lub zamurowaniu,
- zabezpieczeniu (po złożeniu ciała) grobowca w przypadku dochowania ciała do istniejącego grobowca,
- wykonaniu nagrobka.

Są to usługi komercyjne świadczone odpłatnie na rzecz indywidualnych zleceniodawców, tj. klientów zakładów pogrzebowych oraz zakładów lastrykarsko-kamieniarskich.

Rynek usług pogrzebowych posiada istotne znaczenie gospodarcze i - w przeciwieństwie do rynku usług cmentarnych - dostęp do niego powinni mieć, na równych prawach, wszyscy jego uczestnicy, tak aby zapewnić konsumentom możliwość swobodnego wyboru usługodawcy.

Uwzględniając powyższe - w rozpatrywanej sprawie - rynkiem właściwym, na który działania p. Urszuli Ślimak i Gminy Gorlice wywierają wpływ, jest wyżej opisany lokalny rynek usług pogrzebowych na terenie Miasta Gorlice.

Ocena zachowań uczestników porozumienia pod kątem naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy o ochronie (...)

W świetle art. 5 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy, *zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:*

- stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji (pkt 4),
- ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (pkt 6).

Porozumienia, o których mowa wyżej - stosownie do art. 6 ust. 1, w związku z ust. 2 ustawy o ochronie (...) - podlegają wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 5, gdy są zawierane między konkurentami (porozumienia poziome), których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5 % oraz gdy są zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (porozumienia pionowe), których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 %.

Zdaniem organu antymonopolowego, oceniane porozumienie pomiędzy p. Urszulą Ślimak i Gminą Gorlice wyłączeniu spod zakazu - na podstawie art. 6 ustawy - nie podlega.

Porozumienie to nie jest porozumieniem poziomym, ponieważ jego uczestnicy pomiędzy sobą nie konkurowali i nie konkurują. Zostało ono zawarte przez dwóch przedsiębiorców, z których:

- jeden - Gmina Gorlice, była i jest właścicielem cmentarza komunalnego i z tego tytułu, a także na mocy powołanych wcześniej przepisów ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych i ustawy o samorządzie gminnym, cmentarzem tym zarządzała, a następnie zarząd ten powierzyła osobie trzeciej,
- drugi - p. Urszula Ślimak, przed zawarciem umowy z Gminą była wyłącznie przedsiębiorcą pogrzebowym działającym na konkurencyjnym lokalnym rynku tych usług, natomiast z chwilą zawarcia umowy, uzyskała status Zarządcy cmentarza komunalnego, a następnie - po uzgodnieniu z Gminą treści Regulaminu cmentarza komunalnego - nabyła wyłączne prawo do wykonywania na jego terenie szeregu robót, o które wcześniej zmuszona była konkurować z innymi przedsiębiorcami pogrzebowymi.

Gdyby natomiast przyjąć, że p. Urszula Ślimak i Gmina Gorlice działają na różnych szczeblach obrotu, to przedmiotem tego obrotu - przed zawarciem umowy - były: ze strony p. Urszuli Ślimak usługi pogrzebowe i ze strony Gminy usługi cmentarne, a zatem „towary” należące do dwóch - wprawdzie ściśle powiązanych ze sobą, to jednak różnych - rynków produktowych. Suma łącznego udziału w rynku ww. przedsiębiorców w roku poprzedzającym zawarcie porozumienia, to 100 % udział Gminy w rynku usług cmentarnych i posiadany wówczas przez p. Urszulę Ślimak udział w rynku usług pogrzebowych

Z powyższych względów - w ocenie organu antymonopolowego - przedmiotowe porozumienie stanowi szczególny rodzaj porozumienia pionowego, do którego reguła „*de minimis*” przewidziana w art. 6 ustawy o ochronie (...) się nie odnosi, a zatem należy ocenić je z punktu widzenia wpływu na konkurencję na lokalnym rynku usług pogrzebowych i uznać za zakazane, jeżeli wypełnienia szczegółowe przesłanki z art. 5 ust. 1 pkt 4 i 6.

Art. 5 ust. 1 pkt 4.

Porozumienie polegające na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji (**art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy**) to narzucanie, w uzgodniony przez uczestników

porozumienia sposób, takich warunków umów, które osobom trzecim, tj. przedsiębiorcom będącym stronami tych umów, działającym na tym samym rynku właściwym, uniemożliwiają konkutowanie na równoprawnych warunkach.

Wprawdzie takie porozumienia zawierane są zazwyczaj pomiędzy konkurentami, jednak - w ocenie organu antymonopolowego - ww. przesłanki zostały spełnione również w niniejszej sprawie, której przedmiotem jest szczególnego rodzaju porozumienie pionowe.

Umową NR IŻ.3420/1/2002 z dnia 11.01.2002 r. Gmina Gorlice powierzyła p. Urszuli Ślimak funkcję zarządcy cmentarza komunalnego. Następnie z Zarządcą tym, ustalając wspólnie treść Regulaminu cmentarza, zawarła porozumienie, na mocy którego p. Urszula Ślimak, jako przedsiębiorca pogrzebowy, uzyskała wyłączność na wykonywanie na tym cmentarzu niektórych robót należących do tego rynku.

Ustalając wspólnie, jakie czynności należące do rynku usług pogrzebowych będzie wykonywała p. Urszula Ślimak, strony porozumienia ustaliły jednocześnie jakich robót nie będą mogli tam realizować pozostali przedsiębiorcy pogrzebowi.

W rezultacie, w wyniku porozumienia ograniczającego konkurencję, obaj jego uczestnicy stosowali niejednolite warunki umów z osobami trzecimi, gdyż:

- p. Urszula Ślimak - jako Zarządca cmentarza komunalnego - stosowała niejednolite warunki umów z przedsiębiorcami działającymi na lokalnym rynku usług pogrzebowych (osobami trzecimi), do grona których sama należała i należy, ponieważ sama - jako przedsiębiorca pogrzebowy wykonywała na cmentarzu roboty należące do tego rynku, a innym przedsiębiorcom pogrzebowym zgody na ich wykonanie odmawiała,
- Gmina Gorlice - jako właściciel cmentarza komunalnego i osoba prawna, do której zadań należy organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej, w ramach tego organizowania stosowała niejednolite warunki umów z przedsiębiorcami działającymi na lokalnym rynku usług pogrzebowych (osobami trzecimi), ponieważ jednemu z nich, tj. p. Urszuli Ślimak, umożliwiła wykonywanie, na będącym własnością Gminy cmentarzu, części robót należących do rynku usług pogrzebowych, a pozostałym przedsiębiorcom pogrzebowym odmawiała.

Skutkiem tego uczestnicy lokalnego rynku usług pogrzebowych działali w zróżnicowanych - wskutek zawarcia porozumienia - warunkach.

Część z uczestników tego rynku, w tym wypadku p. Urszula Ślimak, jako przedsiębiorca pogrzebowy, mogła świadczyć te usługi kompleksowo, tj. wykonywać takie czynności jak:

- wykopanie grobu ziemnego wraz z zasypaniem,
- wykonanie części grobu murowanego (piwniczki) wraz z zasklepieniem po pogrzebie,
- otwarcie i zabezpieczenie (po złożeniu ciała) grobowca w przypadku dochowania ciała do istniejącego grobowca,

pozostali zaś mogli jedynie wykonywać:

- obsługę ceremonii pogrzebowej, obejmującej m.in. wjazd na teren cmentarza karawanem, pochowanie ciała do nowego grobu ziemnego lub murowanego,
- dochowanie ciała do istniejącego grobowca (bez otwarcia i zabezpieczenia grobowca po pogrzebie), oraz
- usługi kamieniarsko-lastrykarskie, polegające na wykonywaniu nagrobków na istniejących grobach ziemnych, a także wykonywaniu części grobów murowanych powyżej sklepienia nad piwniczką.

W tym stanie rzeczy przedsiębiorcy dotknięci porozumieniem nie mogli zaoferować swoim klientom pełnego pakietu usług pogrzebowych, tylko pewien ich zakres z wyłączeniem istotnego elementu, jakim jest wykonanie grobu ziemnego lub piwnicy murowanej. W takich warunkach oczywiste jest, że osoba poszukująca wykonawcy wybierze przedsiębiorcę, który usługę pochówku wykona kompleksowo.

Art. 5 ust. 1 pkt 6.

Porozumienie polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy), to uzgodnione przez jego uczestników, uniemożliwianie lub utrudnianie dostępu do rynku właściwego niektórym lub wszystkim pozostałym przedsiębiorcom na nim działającym.

W niniejszej sprawie rynkiem właściwym, do którego dostęp - w wyniku zawartego porozumienia - został ograniczony, jest lokalny rynek usług pogrzebowych.

Porozumienie to, w postaci uzgodnionej treści Regulaminu cmentarza przewidywało bowiem, iż żaden - poza p. Urszulą Ślimak - przedsiębiorca działający na lokalnym rynku usług pogrzebowych nie będzie miał dostępu do istotnej części robót wykonywanych na cmentarzu.

Takie zachowanie stron postępowania antymonopolowego doprowadziło do wyeliminowania z rynku usług zastrzeżonych dla p. Urszuli Ślimak, pozostałych przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, a zatem wypełnia przesłanki z art. 5 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie (...).

W toku postępowania Gmina Gorlice stała na stanowisku, iż zagwarantowanie wyłączności w zakresie takich robót jak: wykonywanie grobów ziemnych i położonej w gruncie części grobów murowanych (tzw. piwniczki), zapewniało bieżące dokonywanie pochówku ciał osób zmarłych. Podobnych argumentów użyła p. Urszula Ślimak. Wg niej na każdym cmentarzu komunalnym musi być zarządca trzymający pieczę nad prawidłowym jego funkcjonowaniem.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że wprawdzie przepis art. 2 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych zapewnia wyłączność na wykonywanie wszystkich czynności z zakresu zarządu i utrzymania cmentarza celem prawidłowego jego funkcjonowania, to jednak uprawnienia te nie mogą być nadużywane i przenoszone na rynek usług pogrzebowych, które zarządzaniem cmentarzem nie są, choć od zachowań zarządcy - jak widać na przykładzie niniejszej sprawy - są bardzo uzależnione.

Ustawa o ochronie (...) jako zasadniczy cel stawia przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów. Instrumenty w niej przewidziane powinny być wykorzystywane do działań podejmowanych w interesie publicznym (art. 1 ust. 1 i 2 ustawy). Zapewnienie rozwoju i ochrony konkurencji na rynku uważa się za cel nadrzędny, dzięki któremu zrealizowane mogą zostać pozostałe cele. Znalazło to również odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego, zgodnie z którym: „*wolne od zewnętrznych wpływów oddziaływanie na siebie konkurentów funkcjonujących na rynku zapewnia postęp techniczny i ekonomiczny, przejawiający się m.in. obniżką cen, poprawą jakości produkcji i usług oraz efektywnym przepływem kapitałów*” (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 5 września 1991r., sygn. akt: XVII Amr 7/91).

Zdaniem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 24 lipca 2003 r. - sygn. akt I CKN 496/01), „*rozpatrując zarzut naruszenia ustawy o ochronie (...) nie można poprzestać na zbadaniu*

sytuacji pokrzywdzenia ewentualnych kontrahentów przedsiębiorcy dominującego na rynku. Potrzebne jest spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania dominanta odbijają się na interesach ogółu”.

W niniejszej sprawie ingerencja organu antymonopolowego podyktowana jest powyższymi względami i ma na celu ochronę interesu publicznego.

Organ antymonopolowy nie podziela zatem stanowiska Gminy, jakoby w wyniku porozumienia nikt ni ucierpiał. Porozumienie faktycznie zostało wprowadzone w życie i miało antykonkurencyjny skutek. Świadczą o tym oświadczenia ankietowanych przedsiębiorców pogrzebowych, powołane w opisie stanu faktycznego, w świetle których uniemożliwiono im równoprawnego konkurowania na lokalnym rynku.

Ponadto, skutkami stwierdzonych praktyk dotknięty został szeroki, nieograniczony krąg osób. Działania uczestników porozumienia przeciwdziałając rozwojowi konkurencji, a wręcz ją eliminując, naruszyły bowiem interesy konsumentów (w rozumieniu art. 4 pkt 11 ustawy o ochronie (...)), którymi są rodziny osób zmarłych, zlecające wykonanie usługi pogrzebowej. W okresie obowiązywania porozumienia nie mieli oni możliwości wyboru wykonawcy i aby uzyskać usługę kompleksową musieli ją zlecić p. Urszuli Śliwie na ustalonych przez nią - a nie w wyniku gry rynkowej - warunkach.

W dniu 1 września 2004 r. p. Urszula Ślimak i Gmina Gorlice zaniechały zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, czego dowodem jest dostarczony organowi antymonopolowemu, obowiązujący od tej daty, „Regulamin cmentarza komunalnego w Gorlicach”, który nie zawiera już zapisów przyznających Zarządcy wyłączność na wykonywanie na cmentarzu części usług pogrzebowych.

Fakt, iż zapisy poprzedniego Regulaminu istotnie przestały obowiązywać, potwierdzili przedsiębiorcy pogrzebowi ankietowani w ramach odrębnego postępowania antymonopolowego prowadzonego przeciwko p. Urszuli Ślimak z art. 8 ustawy o ochronie (...), których wyjaśnienia zostały zaliczone w poczet dowodów niniejszego postępowania.

Stosownie do art. 10 ustawy o ochronie (...), w przypadku, gdy zachowanie rynkowe przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub w art. 8, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą jej zaniechanie.

Uwzględniając zatem, że działania Gminy Miejskiej Gorlice oraz p. Urszuli Ślimak prowadzącej Zakład Pogrzebowy „Orkus” w Gorlicach, polegające na uzgodnieniu w dniu 19.08.2003 r. treści „Regulaminu cmentarza komunalnego w Gorlicach”, na mocy którego p. Urszula Ślimak uzyskała wyłączność na wykonywanie na tym cmentarzu szeregu usług pogrzebowych, wypełniają przesłanki z art. 5 ust. 1 pkt. 4 i 6 ustawy o ochronie (...) oraz, że z dniem 1 września 2004 r., ww. przedsiębiorcy zaniechali stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję, orzeczono jak w pkt I sentencji.

Stosownie do art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli

przedsiębiorca, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7.

W niniejszej sprawie organ antymonopolowy postanowił skorzystać z tych uprawnień i nałożył na uczestników porozumienia kary pieniężne w następujących wysokościach:

- na Gminę Miejską Gorlice - karę pieniężną w wysokości 6.000 zł (słownie: sześć tysięcy zł), odpowiadającą 10 % przychodu osiągniętego w roku 2004 z tytułu realizowania zadania własnego polegającego na utrzymaniu cmentarza komunalnego, co stanowi 0,013 % przychodu osiągniętego przez Gminę w roku rozliczeniowym 2004;
- na Urszulę Ślimak działającą pod firmą Zakład Pogrzebowy „Orkus” - karę pieniężną w wysokości 3.282 zł (słownie: trzy tysiące dwieście osiemdziesiąt dwa zł), stanowiącą 1% przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w roku 2004.

Organ antymonopolowy, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję uznał, że orzeczone kary powinny spełniać, w niniejszym wypadku, zarówno funkcję represyjną - z uwagi na stwierdzone naruszenie przepisów ustawy o ochronie (...), jak i prewencyjną - aby w przyszłości nie dochodziło do podobnych zachowań.

Miarkując wysokość kary organ antymonopolowy miał na względzie fakt, że winna być orzekana na poziomie wystarczającym do osiągnięcia zakładanego celu jej nałożenia, a także proporcjonalna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie (...).

Kierując się tą zasadą organ antymonopolowy uwzględnił, iż w roku 2004, tj. w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary:

- Gmina Gorlice osiągnęła przychód w wysokości 47.178.155 zł, natomiast dochody uzyskane w związku z realizowaniem zadań własnych, polegających na utrzymaniu cmentarza komunalnego wyniosły 60.086 zł.
- p. Urszula Ślimak, działająca pod firmą Zakład Pogrzebowy „Orkus” osiągnęła przychód w wysokości 328.181,67 zł,

Kwota przychodów Gminy uzyskanych w związku z utrzymaniem cmentarza komunalnego wynika m. innymi z postanowień umowy NR IŻ.3420/1/2002 z dnia 11.01.2002 r., do której aneks wprowadzał w życie oceniany w niniejszej decyzji Regulamin cmentarza. W świetle par. 11, w związku z par. 2 pkt 2 c) tej umowy oraz załącznika nr 4, na rachunek Gminy - oprócz opłat za miejsca pod grób trafia 10 % dochodów Zarządcy (p. U. Slimak) z wpływów ze świadczenia usług przechowywania zwłok w domu pogrzebowym i chłodni oraz 10 % wartości pobieranych przez Zarządcę opłat za korzystanie z urządzeń i obiektów cmentarnych przez inne podmioty.

Mając na uwadze powyższe istotne zróżnicowanie przychodów Uczestników porozumienia z działalności będącej z tym porozumieniem związanej, a nadto uwzględniając, że Gmina winna szczególnie dbać o interesy jej mieszkańców, organ antymonopolowy uznał, iż nałożenie na oba ww. podmioty kary w równej proporcji w odniesieniu do tych przychodów, naruszyłoby przyjęte jw. kryteria. I tak:

- nakładając na obu uczestników karę w wysokości 1 % przychodów, jak to uczyniono w przypadku p. Urszuli Ślimak - co dało kwotę 3.282 zł - kara nałożona na Gminę wyniosłaby 600 zł, co nie stanowiłoby dla Gminy żadnej dolegliwości,
- nakładając na obu uczestników karę w wysokości odpowiadającej 10 % przychodów, jak to uczyniono w przypadku Gminy - co dało kwotę 6.000 zł - kara nałożona na Zarządcę

wyniosłaby 32.818 zł, co stanowiłoby dla p. Urszulę Ślimak dolegliwość nieproporcjonalnie dużą w odniesieniu do kary nałożonej na Gminę.

Należy także podkreślić, iż kara nałożona na Gminę nie stanowi jej maksymalnego wymiaru przewidzianego w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...), gdyż w tym wypadku organ antymonopolowy - jak wspomniano - posłużył się pomocniczo wysokością przychodu uzyskanego wyłącznie z wykonywania zadania polegającego na utrzymaniu cmentarza.

Uczestnicy postępowania dopuścili się naruszenia przepisów ustawy o ochronie (...) po raz pierwszy, a stwierdzona praktyka ograniczająca konkurencję została przez nich zaniechana jeszcze przed wszczęciem postępowania wyjaśniającego, w wyniku interwencji Powiatowego Rzecznika Konsumentów.

Okoliczność zaniechania praktyki nie stała na przeszkodzie wszczęciu postępowania antymonopolowego, gdyż tego - stosownie do art. 93 ustawy o ochronie (...) - nie wszczyna się dopiero po upływie roku od końca roku, w którym zaniechano praktyki. Fakt zaniechania praktyki miał natomiast wpływ na wysokość kar. Uwzględniając szczególnie niebezpieczny dla rynku rodzaj praktyki, jakim jest porozumienie ograniczające konkurencję, orzeczone kary - w swej wartości nominalnej - nie są wysokie.

Organ antymonopolowy nie uwzględnił wniosku Gminy Gorlice i nie odstąpił od nałożenia na nią kary pieniężnej w trybie art. 103a ustawy o ochronie (...). Przepis ten stanowi, że Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia kary na przedsiębiorcę biorącego udział w porozumieniu, jeżeli spełni on łącznie cztery warunki, w tym dwa następujące:

- jako pierwszy z uczestników porozumienia dostarczy Prezesowi Urzędu informację o istnieniu zakazanego porozumienia, wystarczającą do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub z własnej inicjatywy przedstawi dowód umożliwiający wydanie decyzji (...), jeżeli Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie informacji i dowodów wystarczających do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub wydania decyzji,
- nie był inicjatorem porozumienia i nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.

W niniejszej sprawie żaden z ww. warunków nie został spełniony pomimo, że Gmina w toku postępowania, faktycznie udzielała wszystkich żądanych przez organ antymonopolowy informacji. Należy mieć jednak na uwadze, iż:

- Gmina dostarczyła organowi antymonopolowemu informacji o stosowaniu i zaniechaniu praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, jednak nie z własnej inicjatywy lecz na wezwanie Prezesa Urzędu,
- nastąpiło to w czasie, gdy Prezes Urzędu posiadał już - przekazane przez Powiatowego Rzecznika Konsumentów - informacje niezbędne do wszczęcia postępowania antymonopolowego,
- Gminy nie można nie uznać za inicjatora porozumienia, skoro to ona jest właścicielem cmentarza komunalnego i to ona oddała go w zarząd p. Urszuli Ślimak na określonych w porozumieniu zasadach.

Z powyższych względów organ antymonopolowy nie znalazł podstaw do zastosowania art. 103 a ustawy o ochronie(...) i na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 orzekł, jak w punkcie II sentencji decyzji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie (...), w związku z art. 479²⁸ § 2 kpc - od niniejszej decyzji służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -Delegatura w Krakowie, 31 – 011 Kraków, Plac Szczepański 5, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

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

Dyrektor Delegatury w Krakowie

Barbara du Vall

Otrzymują :

1. Gmina Miejska Gorlice
Urząd Miejski
Rynek 2
38-300 Gorlice
2. Pani Urszula Ślimak
Zakład Pogrzebowy „ORKUS”
ul. Karwacjanów 3
38-300 Gorlice
3. a/a RKR