



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)344 65 87, (071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR-411-10/10/WS

Wrocław, 24 marca 2011 r.

DECYZJA nr RWR 4 /2011

Na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu przeciwko Zielonogórskim Zakładom Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,

-w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów :

umarza się postępowanie wszczęte w sprawie nadużywania pozycji dominującej na lokalnych rynkach usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, w następstwie utrudniania Jerzemu Jaroszowi i Bogusławowi Sztopelowi prowadzącym działalność gospodarczą w postaci Przedsiębiorstwa Arka s.c., wykonywania usług kopania grobów, w wyniku żądania od nich okazania aktualnej dokumentacji technicznej koparek, dopuszczającej je do pracy, co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję z art. 9 ust. 2 pkt 5 ww ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadnienie

1. Polska Izba Przedsiębiorców Branży Pogrzebowej pismem z dnia 20 kwietnia 2010 r. (data wpływu: 26 kwietnia 2010 r.) zawiadomiła Prezesa Urzędu, zwanego dalej również „organem antymonopolowym”, o możliwości naruszenia przez Zielonogórskie Zakłady Usług Miejskich Sp. z o.o. w Zielonej Górze, zwane dalej również „Spółką” lub ZZUM” (administratora cmentarzy komunalnych w Zielonej Górze), art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zwanej dalej również „ustawą o ochronie (...)”. W załączeniu do ww pisma przekazano informację sporządzoną przez Jerzego Jarosza i Bogusława Sztopela – współników Przedsiębiorstwa Arka s.c. wraz z szeregiem załączników, w której zarzucono ZZUM naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym m.in. utrudnianie w korzystaniu z własnego sprzętu Arki s.c. poprzez bezpodstawne żądanie dokumentacji technicznej sprzętu, który ma wjechać na cmentarz.

W wyniku przeprowadzonego pod sygn. akt RWR 400- 25/10/WS w następstwie ww Zawiadomienia postępowania wyjaśniającego uprawdopodobniono m.in., iż Spółka wymagała od współników Arki s.c. dokumentów, potwierdzających aktualne uprawnienia

sprzętu mechanicznego, w tym zwłaszcza dokumentów dopuszczających urządzenia do pracy. Chodzi zwłaszcza o okazanie zaświadczeń o dopuszczeniu sprzętu mechanicznego do prac ziemnych (koparka) do użytkowania. Spółka w toku postępowania wyjaśniającego fakt ten potwierdziła stwierdzając m.in. w piśmie z dnia 20 sierpnia 2010 r. (k. 153 akt postępowania wyjaśniającego RWR 400 – 25/10/WS), iż „Wymóg posiadania aktualnych dopuszczeń do pracy nie jest utrudnieniem lecz spełnieniem obowiązku, jaki ciąży na administrującym terenem cmentarza, gdzie wykonywane są prace w obrębie eksploatowanego obiektu.” Jednocześnie Spółka poinformowała, iż wystąpi do Urzędu Dozoru Technicznego w Zielonej Górze o opinię w sprawie oceny jej stanowiska. W kolejnym piśmie z dnia 30 września 2010 r. Spółka zapowiedziała, iż na skutek stanowiska Urzędu Dozoru Technicznego w Zielonej Górze, iż koparki nie podlegają dozorowi technicznemu, „odstąpi od żądania dopuszczeń urządzeń do pracy przez UDT” (pismo Spółki k. 235 akt postępowania wyjaśniającego RWR 400 – 25/10/WS). Przedstawione w Zawiadomieniu informacje mogły wskazywać na objęcie ww praktykami Spółki dwu cmentarzy komunalnych położonych przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze.

1.1. Mając na uwadze powyższe zarzuty, organ antymonopolowy postanowieniem nr 239/10 z dnia 30 listopada 2010 r. wszczął z urzędu przeciwko Spółce postępowanie antymonopolowe pod zarzutami nadużywania pozycji dominującej na lokalnych rynkach usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w następstwie utrudniania Jerzemu Jaroszowi i Bogusławowi Sztopelowi prowadzącym działalność gospodarczą w postaci Przedsiębiorstwa Arka s.c., wykonywania usług kopania grobów, w wyniku żądania od nich okazania aktualnej dokumentacji technicznej koparek, dopuszczającej je do pracy, co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...).

1.2. W odpowiedzi na stawiane zarzuty Spółka pismem z dnia 20 grudnia 2010 r. (zał. nr 15 do pisma k. 90 – 92 akt głównych) stwierdziła, iż przypadek odmowy dopuszczenia koparki do prac z powodu braku dokumentacji technicznej wystąpił tylko raz w dniu 23 grudnia 2009 r. Wątpliwości Spółki wzbudził fakt, iż wysięg łyżki koparki był krótszy niż 2,70m, co ograniczało głębokość wykopu (głębiej w ocenie Spółki należałoby kopać ręcznie), brak łap stabilizacyjnych uniemożliwiających przewrócenie się w przypadku pracy na głębokości poniżej 1 metra. Zdaniem Spółki był to wypadek jednorazowy i to Arka w okresie późniejszym sama odstąpiła od używania koparki. Ponadto Spółka wskazała, iż Arka w dniu 8 grudnia 2010 r. wystąpiła o zgodę na użycie koparki do prac ziemnych w dniach 10 i 11 grudnia i takie zezwolenie otrzymała. Pomimo otrzymania zezwolenia „nie było nawet próby wykorzystania koparki do prac ziemnych i groby wykonali pracownicy Arki ręcznie” (k. 91). Spółka oświadczyła ponadto, iż przypadek z grudnia 2009 r. „był jedynym, jaki miał miejsce w okresie funkcjonowania ZZUM. Inne firmy pogrzebowe nigdy nie podejmowały prób użycia koparki do wykopania wykopu i według naszej wiedzy nie posiadają na stanie sprzętu do tego typu prac”. Spółka ponadto podkreśliła, iż po zdarzeniu z 23 grudnia 2009 Arka (ani żaden inny przedsiębiorca pogrzebowy) nie wystąpiła o zgodę na użycie koparki. Spółka podniosła następnie, iż każdy przedsiębiorca może do wykonania prac wykorzystywać własne koparki lub korzystać z jej usług. W przypadku wykorzystywania własnej koparki jej praca jest nadzorowana przez inspektora nadzoru budowlanego, który w przypadku stwierdzenia uchybień zagrażających pracującym, lub zagrażającym uszkodzeniu innych grobów ma obowiązek powiadomienia Zarządu Spółki i stosownych instytucji nadzorujących warunki pracy ludzi i pracy sprzętu.

1.3. Celem weryfikacji twierdzeń Spółki odnośnie informacji, iż Arka nie zwracała się w 2010 r. (poza grudniem) o udzielenie zgody na wjazd koparki na cmentarze komunalne w Zielonej Górze, organ antymonopolowy wystąpił do tych przedsiębiorców z żądaniem ustosunkowania się do ww twierdzeń. Pismem z dnia 1 lutego 2011 r. przedsiębiorcy ci potwierdzili, iż nie zwracali się wprawdzie w formie pisemnej o zgodę na wjazd koparki, jednak jeden ze współników miał zostać ustnie poinformowany przez pracownicę biura administratora cmentarzy, iż „dopóki nie dostarczy wymaganych przez ZZUM Sp. z o.o. w Zielonej Górze dokumentów, nie może wjechać na cmentarz ani pracować przy pomocy własnej koparki” (pismo k. 135 akt głównych). Wspólnicy Arki nie potrafili jednak wskazać, pomimo wezwania organu antymonopolowego, jakichkolwiek bliższych danych ww pracownicy biura.

Ustosunkowując się do przedmiotowego pisma współników spółki Arka ZZUM pismem z dnia 1 marca 2011 r. (k. 142 akt głównych) kategorycznie zaprzeczyły, aby poza incydem z grudnia 2009 r. zakazywały ww przedsiębiorcom świadczenia usług kopania grobów przy pomocy ich koparki. Zaprzeczyły również, aby jakkolwiek pracownik Spółki informował w formie ustnej współników Arki o uzależnieniu zgody na wjazd koparki od przedłożenia jej dokumentacji technicznej, dopuszczającej koparkę do pracy. Było to niemożliwe, gdyż tego rodzaju decyzje podejmuje Kierownik Zakładu Pogrzebowego w uzgodnieniu z członkiem Zarządu Spółki.

Dowód - załącznik 15 do pisma Spółki z dnia 20 grudnia 2010 r. k. 90 92 akt głównych;

2. Przeprowadzone przez organ antymonopolowy postępowanie dowodowe pozwoliło na ustalenie następującego stanu faktycznego:

2.1. ZZUM jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego, Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000085630, przez Sąd Rejonowy w Zielonej Górze, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego. Jedynym udziałowcem Spółki jest Gmina Miasta Zielona Góra. Poprzednikiem prawnym Spółki był Miejski Zakład Pogrzebowy Sp. z o.o. w Zielonej Górze.

Dowód – odpis KRS k.163 – 171 akt postępowania wyjaśniającego RWR 400 – 25/10/WS;

Przedmiotem działalności Spółki jest :

- a) poligrafia i reprodukcja zapisanych nośników informacji,
- b) zbieranie odpadów,
- c) przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów,
- d) działalność wydawnicza,
- e) działalność usługowa związana z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni,
- f) pozaszkolne formy edukacji,
- g) działalność twórcza związana z kulturą i rozrywką,
- h) działalność rozrywkowa i rekreacyjna,
- i) pogrzeby i działalność pokrewna,
- j) pozostała działalność usługowa,
- k) inne.

Dowód – akt założycielski Spółki k. 172 – 50 i odpis KRS k.163 – 171 akt postępowania wyjaśniającego RWR 400 – 25/10/WS;

Spółka realizuje swoją działalność za pomocą dwóch jednostek organizacyjnych :

a) Miejskiego Zakładu Pogrzebowego, który zajmuje się zarządzaniem cmentarzami komunalnymi w Zielonej Górze oraz wykonuje działalność pogrzebową na terenie miasta Zielona Góra;

b) Palmiarni, która prowadzi działalność kulturalno – rozrywkową, w tym gastronomiczną.

Dowód – pismo Spółki z dnia 20 grudnia 2010 r. k. 35 – 36 akt głównych;

2.2. Na terenie Zielonej Góry znajdują się cztery cmentarze komunalne :

- a) przy ul. Wrocławskiej – cmentarz nowy (Wrocławska II) o powierzchni 5 868 m²,
- b) przy ul. Wrocławskiej – cmentarz stary (Wrocławska I) o powierzchni 230 328 m²,
- c) przy ul. Kąpielowej o powierzchni 32 276 m²,
- d) przy ul. Chynowskiej o powierzchni 7 138 m².

Na terenie Zielonej Góry nie ma cmentarzy wyznaniowych.

Spółka jest użytkownikiem i zarządcą wszystkich cmentarzy komunalnych na podstawie :

- Uchwały Nr 588/2000 Zarządu Miasta Zielona Góra z dnia 3 sierpnia 2000 r. w sprawie ustanowienia użytkowania cmentarzy komunalnych na rzecz Miejskiego Zakładu Pogrzebowego sp. z o.o. w Zielonej Górze, Uchwały Rady Miasta Zielona Góra z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie wyrażenia zgody na obciążenie nieruchomości prawem użytkowania oraz Zarządzenia nr 138/07 Prezydenta Miasta Zielona Góra w sprawie obciążenia nieruchomości przy ul. Wrocławskiej prawem użytkowania

- oraz zawartych w ich konsekwencji w formie aktów notarialnych umów o ustanowienie użytkowania z dnia 29 grudnia 2000 r. (dotyczących starego cmentarza przy ul. Wrocławskiej, cmentarza przy ul. Kąpielowej oraz przy ul. Chynowskiej) i z dnia 1 marca 2007 r. (dotyczącej nowego cmentarza przy ul. Wrocławskiej).

Jak wynika z powyższych dokumentów Spółka zobowiązana jest m.in. do :

- prowadzenia wszystkich czynności określonych w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych,
- ustalania i pobierania opłat cmentarnych.

Dowód – ustalenia na k. 11 akt postępowania wyjaśniającego RWR 400 – 25/10/WS, Uchwała k.49 i zestawienie cmentarzy k. 50 akt głównych;

2.3. Na terenie Zielonej Góry usługi pogrzebowe wykonują przedsiębiorcy działający pod następującymi nazwami :

a) Zielonogórskie Zakłady Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,

b) Jerzy Jarosz i Bogusław Sztopel prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Pogrzebowe „Arka” Przedsiębiorstwo „Arka” s.c. z siedzibą w Zielonej Górze,

c) Maria i Jarosław Fiedorowicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Pogrzebowe Pro Memoria s.c. z siedzibą w Zielonej Górze,

d) Jarosław Mądry prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Organizacji Pogrzebów Ad Patres, z siedzibą w Zielonej Górze,

e) B.G.I.Z Brzezińscy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Organizacji Pogrzebów „Reguies” z siedzibą w Zielonej Górze,

f) „A.N. Kamińscy” Usługi Pogrzebowe w Zielonej Górze,

g) Andrzej Rzepecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Pogrzebowe i Cmentarne Andrzej Rzepecki z siedzibą w Świdnicy.

Dowód – załącznik do pisma Spółki k. 89 akt głównych;

2.4. Na cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze aktualnie obowiązuje od dnia 27 października 2009 r. Regulamin Porządkowy Cmentarzy Komunalnych w Zielonej Górze, wprowadzony Uchwałą nr 1 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki z dnia 27 października 2009 r. w sprawie zatwierdzenia Regulaminu Porządkowego Cmentarzy Komunalnych w Zielonej Górze. Zgodnie z jego pkt 7, zabrania się na terenie cmentarzy jazdy: na rowerach, motocyklach, pojazdach mechanicznych oraz przy użyciu sprzętu sportowo – rekreacyjnego, za wyjątkiem pojazdów z wykupionym prawem wjazdu, uprzywilejowanych i administracji cmentarzy. Za prawo wjazdu na cmentarze pobierana jest opłata wg obowiązującego cennika (pkt 9 Regulaminu).

Zgodnie z pkt 12. Regulaminu, przedsiębiorcy prowadzący zakłady pogrzebowe dokonujące pochówków na cmentarzach, zobowiązani są do:

- uregulowania wszelkich związanych z tym formalności i wniesienia stosownych opłat z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem. Godzinę pogrzebu ustala Punkt Obsługi Klienta przy ul. Masarskiej 13, miejsce pod grób wyznacza Punkt Obsługi Klienta lub Administracja cmentarzy,

- wykonywania usług pogrzebowych przy pomocy pracowników wyszczególnionych w liście zgłoszonej Administracji Cmentarzy przy pierwszej czynności pogrzebowej.

Dowód – protokół NZW k. 180 – 182 i Regulamin Porządkowy Cmentarza Komunalnego k. 184 – 186 akt postępowania wyjaśniającego RWR 400 – 25/10/WS;

2.5. Zgodnie z § 5 „Regulaminu Świadczenia Usług przez Zielonogórskie Zakłady Usług Miejskich Sp. z o.o. w Zielonej Górze w zakresie utrzymywania Cmentarzy Komunalnych”, stanowiących załącznik nr 1 do Uchwały Nr 4 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki z dnia 27 października 2009 r. w sprawie zatwierdzenia Regulaminu Świadczenia Usług przez „Zielonogórskie Zakłady Usług Miejskich” Sp. z o.o. w Zielonej Górze w zakresie utrzymania Cmentarzy Komunalnych:

1. Warunkiem wykonania usług pogrzebowych na cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze przez przedsiębiorców pogrzebowych, jest podpisanie umowy z Administratorem Cmentarzy o świadczenie usług pogrzebowych. Wzór umowy o świadczenie usług pogrzebowych stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego Regulaminu.

2. Szczegółowe zasady świadczenia usług pogrzebowych przez przedsiębiorców pogrzebowych określa Instrukcja stanowiąca Załącznik nr 2 do niniejszego Regulaminu. Przedmiotowa Instrukcja stanowić będzie również załącznik do każdej umowy o świadczenie usług pogrzebowych zawieranej pomiędzy przedsiębiorcą pogrzebowym a Administratorem Cmentarza.

Warunkiem dopuszczenia przedsiębiorcy do wykonania ceremonii pogrzebowej jest zatem podpisanie ze Spółką Umowy na świadczenie usług pogrzebowych. Umowa podpisywana jest najpóźniej 24 godziny przed planowanym terminem pochówku (§ 2 ust. 1 Umowy). Zgodnie z § 1 Umowy, jej przedmiotem jest określenie warunków jednorazowego świadczenia usług pogrzebowych na terenie cmentarza komunalnych w Zielonej Górze. Wykonanie usługi odbywa się na podstawie pisemnego zgłoszenia złożonego przez przedsiębiorcę do Spółki nie później niż 24 godziny przed datą pochówku. Zgłoszenie powinno zawierać :

- przewidywaną datę i godzinę pochówku,
- informację, czy pochówek ma być świecki, czy katolicki (ewentualnie innego wyznania),
- rodzaj grobu, ewentualnie miejsce dochówku,
- informacje o cmentarzu, na którym ma być wykonywana usługa (§ 2 ust. 2).

§ 15 Umowy zawiera szczegółowe wskazanie, jakiego pochówku Umowa dotyczy (z podaniem imienia, nazwiska, daty i miejsca pochówku). Zgodnie z § 16 Umowa zostaje zawarta na czas wykonania ceremonii pogrzebowej, z możliwością jej zerwania w przypadku niewypełnienia warunków w niej zawartych.

Załącznikiem do umowy jest Instrukcja „dot. świadczenia usług pogrzebowych przez przedsiębiorców pogrzebowych”.

Dowód - Regulaminu Świadczenia Usług k. 80 - 81, Instrukcja k. 76 – 78, 85 – 86, umowa k. 72-75,

2.6. W 2009 r. wspólnicy spółki cywilnej Arka wielokrotnie uzyskiwali zgodę na wjazd na teren cmentarza własną koparką („minikoparką”) w celu wykonania usługi kopania grobu.

W dniu 31 grudnia 2009 r. przed godz. 8, pracownicy spółki cywilnej Arka chcieli wjechać na teren nowego cmentarza przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze „minikoparką” w celu wykopania grobu na pogrzeb, który miał odbyć się o godz. 10. Wcześniej wspólnicy spółki Arka podpisali stosowną umowę na świadczenie usług pogrzebowych, dotyczącą ww pochówku. Pracownicy ZZUM Sp. z o.o. odmówili wpuszczenia koparki na teren cmentarza. Ostatecznie wspólnicy s.c. Arka musieli podzlecić wykopanie grobu Spółce, jako zarządcy cmentarza, która wykonała usługę własną koparką.

Tego samego dnia wspólnicy Arki zwrócili się faksem do Zarządcy z żądaniem wskazania podstawy prawnej zakazu wjazdu koparki. Pismem z dnia 31 grudnia 2009 r. Spółka odpowiedziała, iż warunkiem wjazdu koparki na teren cmentarza jest, jak to wskazano w piśmie z dnia 28 grudnia 2009 r., okazanie dokumentacji dopuszczającej koparkę do pracy. W piśmie, podpisanym przez Prezesa Spółki ponowiono żądanie dostarczenia „stosownych dokumentów uprawniających do wykonywania prac”. Wspólnicy spółki cywilnej Arka pismem z dnia 28 stycznia 2010 r. odrzucili ww żądanie stwierdzając, iż pozbawione jest ono podstaw prawnych.

Dowód – Zapytanie k. 18, pismo Spółki k. 19, pismo Arka k. 20 akt głównych, notatka służbowa k. 90, 91 akt postępowania wyjaśniającego nr RWR 400 – 25/10/WS;

Inni przedsiębiorcy pogrzebowi nie dysponowali własną koparką i w zw. z tym nie zwracali się o zgodę na wykopanie przy ich pomocy grobów.

Dowód – załącznik nr 15 do pisma Spółki k. 90-92 akt głównych;

2.7. W roku 2010 wspólnicy spółki cywilnej Arka nie występowali o zgodę na wjazd własnej koparki na teren cmentarzy komunalnych w Zielonej Górze celem kopania grobów. Dopiero po powzięciu informacji o wszczęciu niniejszego postępowania antymonopolowego (tj. postępowania prowadzonego pod sygn. akt RWR 239/10) wystąpili oni faksem z 8 grudnia 2010 r. do Spółki o zgodę na wjazd posiadaną przez nich „minikoparką” celem wykopania grobu w zw. z pochówkiem zm. Marcina Bechart. Wobec braku odpowiedzi, w związku z bliskim terminem pochówku, wniosek został ponowiony w dniu 9 grudnia 2010 r. W dniu 10 grudnia (dzień pogrzebu) uzyskali oni pisemną zgodę Spółki, jednak na tyle późno, iż usługę wykopania grobu pracownicy musieli wykonać ręcznie (Spółka nie zdążyła sprowadzić koparki na czas).

Dowód – wnioski k. 22, 23, odpowiedź Spółki k. 24 i 93 akt głównych;

Wspólnicy spółki cywilnej Arka wystąpili również o zgodę na pochówek zm. Ryszarda Lutowskiego. Wobec braku odpowiedzi, w związku z bliskim terminem pochówku, wniosek został ponowiony w dniu 9 grudnia 2010 r. Pismem z dnia 9 grudnia Spółka zgody takiej udzieliła (pochówek miał odbyć się w dniu 11 grudnia), jednak Arka nie skorzystała przy kopaniu grobu z własnej koparki. Arka również po uzyskaniu ww. zgód nie występowała o zgodę na użycie własnej koparki do kopania grobów (dane na dzień 1 marca 2011 r.).

Dowód – wniosek k. 96, odpowiedź Spółki k. 95, pismo Spółki k. 142 akt głównych;

2.8. Pismem z dnia 18 sierpnia 2010 r. Spółka zwróciła się do Urzędu Dozoru Technicznego Oddział w Zielonej Górze z pytaniem, czy może ona „jako zarządca cmentarzy miejskich żądać od firm pogrzebowych okazania zaświadczeń o dopuszczeniu sprzętu mechanicznego do prac ziemnych. Czy inspektor zatrudniony przez ZZUM Sp. z o.o. nadzorujący wykop grobu (sprawdza jego poprawność wykonania, głębokość, szerokość oraz zgodność jego wykonania z warunkami BHP) może żądać o firm i pracowników pracujących na tym sprzęcie stosownych uprawnień i dokumentów dopuszczających sprzęt do użytkowania”. Pismem z dnia 25 sierpnia 2010 r. ww. Urząd poinformował Spółkę, iż nie jest w stanie dokładnie określić, czy urządzenia ww. podlegają pod dozór techniczny, wskazując, iż generalnie urządzenia do prac ziemnych takie jak koparki nie figurują w wykazie urządzeń określonym w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 16 lipca 2002 r. w sprawie rodzajów urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (Dz. U. Nr 120, poz. 1021).

Dowód – pismo Spółki k. 97, pismo UDT k. 98 akt głównych oraz k. 243 akt postępowania wyjaśniającego nr RWR 400 – 25/10/WS;

2.9. Celem wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, organ antymonopolowy zwrócił się do przedsiębiorców pogrzebowych wykonujących usługi na terenie Zielonej Góry m.in. z zapytaniem :

„czy Spółka Zielonogórskie Zakłady Usług Miejskich Sp. z o.o. żądała od przedsiębiorców pogrzebowych świadczących usługi pogrzebowe na cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze okazania aktualnej dokumentacji technicznej koparek, dopuszczającej je do pracy, jako warunku zezwolenia na usługę kopania grobów”.

W wyniku przeprowadzonego badania organ antymonopolowy uzyskał następujące stanowiska przedsiębiorców :

a) B.G.I.Z Brzeziński Biuro Organizacji Pogrzebów „Reguies” stwierdzili iż nic im na temat takiego zakazu nie wiadomo, gdyż nie korzystają z koparki ani podobnego sprzętu.

Dowód - pismo Reguies k.103 akt głównych;

b) Usługi Pogrzebowe A. N. Kamiński stwierdzili, iż jako firma nie posiada koparki, stąd zakaz nie jest im znany.

Dowód – pismo przedsiębiorców k. 117 akt głównych;

c) Jarosław Mądry Zakład Organizacji Pogrzebów „Ad Patres” stwierdził iż nie potrafi udzielić odpowiedzi na pytanie, gdyż sytuacja w nim opisana nie jest mu znana.

Dowód – pismo „Ad Patres” k. 130 akt głównych;

2.10. Udział poszczególnych przedsiębiorców pogrzebowych w ogólnej ilości pochówków wykonanych na cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze był następujący :

Tab. 1 Wykaz pochówków wykonanych przez poszczególnych przedsiębiorców pogrzebowych na cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze ogółem.

Lp	Nazwa przedsiębiorcy	2008		2009		2010 (do 30.11.)	
		Ilość pochówków	%	Ilość pochówków	%	Ilość pochówków	%
1.	ZZUM	687	64,5	687	62,3	587	58,0
2.	REQUIES	119	11,2	120	10,9	103	10,2
3.	AD PATRES	129	12,1	146	13,2	113	11,2
4.	PRO MEMORIA	42	3,9	39	3,5	36	3,6
5.	ARKA	88	8,3	110	10,0	93	9,2
6.	KAMIŃSCY	0	0,0	0	0,0	62	6,1
7.	RZEPECKI	0	0,0	0	0,0	18	1,8
Suma		1040	100	118	100		100

(Opracowanie własne na podstawie danych zawartych w piśmie Spółki k 87 akt głównych;

Z przedstawionego wyżej zestawienia wynika, iż zdecydowanie najwyższy udział w rynku usług pogrzebowych na cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze posiada Spółka (58 %), chociaż widoczna jest tendencja malejąca (udział Spółki wynoszący 64,5 % w 2008 r. zmalał do 62,3 % w 2009 r. i 58,0 % w 2010 r.). Pozostały udział w rynku za 2010 r. , tj. 42,0 % rozkłada się na sześciu przedsiębiorców konkurencyjnych wobec Spółki. Udziały w rynku ZZUM, REQUIES, AD PATRES, ARKA w 2010 r. nieznacznie spadły w stosunku do roku 2009, jednakże można to tłumaczyć wejściem na rynek nowych podmiotów, (tj. „A.N. Kamiński” Usługi Pogrzebowe w Zielonej Górze oraz Andrzej Rzepecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Pogrzebowe i Cmentarne Andrzej Rzepecki z siedzibą w Świdnicy), które przejęły 8% udziałów w rynku.

Na cmentarzach przy ul Wrocławskiej wykonano w 2010 r. 93 % wszystkich pochówków, zaś na cmentarzach pozostałych – ok. 7%. Powyższe obrazuje tabela nr 2.

Tab. 2 Wykaz pochówków wykonanych przez poszczególnych przedsiębiorców pogrzebowych na cmentarzach „Wrocławska 1” i „Wrocławska 2” w Zielonej Górze w 2010r

Lp	Cmentarz/ Nazwa przedsiębiorcy	Wrocławska 1		Wrocławska 2		Suma (Wrocławska 1 + Wrocławska 2)	
		Ilość pochówków	%	Ilość pochówków	%	Ilość pochówków	%
1.	ZZUM	326	60,6	213	53,9	529	57,3
2.	REQUIES	62	11,5	33	8,4	95	10,3
3.	AD PATRES	58	10,8	50	12,7	108	11,7
4.	PRO MEMORIA	15	2,8	19	4,8	34	3,7
5.	ARKA	37	6,9	45	11,4	82	8,9
6.	KAMIŃSCY	29	5,4	29	7,3	58	6,3
7.	RZEPECKI	11	2	6	1,5	17	1,8
Suma		528	100	395	100	923	100

(Opracowanie własne na podstawie danych zawartych w piśmie Spółki k 88 akt głównych);

Z przedstawionego wyżej zestawienia wynika, iż zdecydowanie najwyższy udział w rynku usług pogrzebowych na cmentarzach komunalnych Wrocławska 1 i Wrocławska 2 w Zielonej Górze posiada Spółka (odpowiednio 60,6% oraz 53,9%). Łączny udział Spółki w rynku usług pogrzebowych na obu cmentarzach jest również najwyższy i wynosi 57,3%. Z kolei udziały Arki w obu rynkach sytuują ją na czwartej pozycji co do wielkości i wynoszą odpowiednio 6,9% oraz 11,4% , zaś łączny udział w obu rynkach - 8,9%.

2.11. W latach 2008 – 2009 organ antymonopolowy prowadził przeciwko Spółce postępowanie antymonopolowe na skutek zawiadomienia Polskiej Izby Przedsiębiorców Branży Pogrzebowej. W dniu 10 września 2009 r. wydał decyzję nr RWR 24/2009, w której na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie (...) uznał za uprawdopodobnione stosowanie przez nią szeregu praktyk naruszających ustawę o ochronie (...) i zobowiązał Spółkę do wykonania szeregu zaproponowanych przez nią zobowiązań w terminie czterech tygodni od daty uprawomocnienia się decyzji. W ww decyzji organ antymonopolowy uznał następujące działania Spółki za mogące naruszać ustawę o ochronie :

- przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w następstwie zakazywania przedsiębiorcom pogrzebowym samodzielnego wykonywania pełnego ceremoniału pogrzebowego, polegającego na zakazie dokonywania asysty pogrzebowej przy użyciu własnego karawanu pogrzebowego i wymuszaniu odpłatnego korzystania z pojazdów elektrycznych zarządcy cmentarzy; organ antymonopolowy zobowiązał Spółkę do uchylecia ww zakazu poprzez opracowanie i wprowadzenie w życie nowego Regulaminu Porządkowego Cmentarzy Komunalnych w Zielonej Górze, dopuszczającego do ruchu po wewnętrznych drogach utwardzonych Cmentarzy Komunalnych pojazdów spalinowych przedsiębiorców pogrzebowych;

- przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w następstwie obciążania konkurencyjnych przedsiębiorców pogrzebowych opłatami cmentarnymi w postaci opłaty za nadzór nad wykonywaniem usług pogrzebowych w kwocie 400 zł oraz za każdorazowy wjazd na cmentarz w kwocie 85 zł i równocześnie nie obciążanie ww opłatami własnej działalności; organ antymonopolowy zobowiązał Spółkę do uchylecia ww zakazu poprzez opracowanie i wprowadzenie w życie nowego Cennika Usług Pogrzebowych, z odrębnie wyspecyfikowaną opłatą za nadzór nad wykonywaniem usług pogrzebowych w takiej samej wysokości, w jakiej Spółka obciąża konkurencyjnych przedsiębiorców pogrzebowych oraz odrębnie wyspecyfikowaną opłatą za każdorazowy wjazd na cmentarz w takiej samej wysokości, w jakiej Spółka obciąża konkurencyjnych przedsiębiorców pogrzebowych;

- narzucanie przedsiębiorcom pogrzebowym w umowach na świadczenie usług pogrzebowych zapisu, utrudniającego im świadczenie usług pogrzebowych, zobowiązującego tych przedsiębiorców do podawania z 24 godzinnym wyprzedzeniem nazwisk pracowników, którzy będą wykonywać konkretne usługi pogrzebowe; organ antymonopolowy zobowiązał Spółkę do uchylecia ww zakazu poprzez opracowanie i wprowadzenie w życie nowego Regulaminu Porządkowego Cmentarzy Komunalnych w Zielonej Górze oraz nowej umowy na świadczenie usług pogrzebowych, zawierających jedynie ogólny wymóg przedstawienia przez przedsiębiorcę pogrzebowego przed pierwszym wykonaniem usługi pogrzebowej listy pracowników, przy pomocy której będzie usługi te wykonywać na Cmentarzu Komunalnym;

- podział rynku według kryteriów podmiotowych, w następstwie obciążania konkurencyjnych przedsiębiorców pogrzebowych opłatami cmentarnymi w postaci opłaty za nadzór nad wykonywaniem usług pogrzebowych w kwocie 400 zł oraz za każdorazowy wjazd na cmentarz w kwocie 85 zł i równocześnie nie obciążanie ww opłatami własnej działalności; organ antymonopolowy zobowiązał Spółkę do uchylecia ww zakazu poprzez opracowanie i wprowadzenie w życie nowego Cennika Usług Pogrzebowych, z odrębnie wyspecyfikowaną opłatą za nadzór nad wykonywaniem usług pogrzebowych w takiej samej wysokości, w jakiej Spółka obciąża konkurencyjnych przedsiębiorców pogrzebowych;

(ustalenia na podstawie decyzji nr RWR 24/2009).

W dacie upływu terminu wykonania decyzji organ antymonopolowy uznał, iż decyzja została wykonana przez Spółkę.

Dowód – decyzja nr RWR 24/2009 k. 8 – 22 akt postępowania wyjaśniającego RWR 400 – 25/10/WS;

3. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, organ ochrony konkurencji i konsumentów zważył, co następuje :

3.1. Określenie zarzutów.

Zielonogórskim Zakładom Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze postawiony został zarzut nadużywania pozycji dominującej na lokalnych rynkach usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze, poprzez: przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w następstwie w następstwie utrudniania Jerzemu Jaroszowi i Bogusławowi Sztopelowi prowadzącym działalność gospodarczą w postaci Przedsiębiorstwa Arka s.c.,

wykonywania usług kopania grobów, w wyniku żądania od nich okazania aktualnej dokumentacji technicznej koparek, dopuszczającej je do pracy, co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję z **art. 9 ust. 2 pkt 5** ustawy o ochronie (...).

3.2. Naruszenie interesu publicznoprawnego

Rozważenia w pierwszej kolejności wymaga kwestia, czy w sprawie niniejszej naruszony został interes publiczny. Zgodnie bowiem z opisanym w art. 1 ust. 1 celem ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Przesłanka „interesu publicznego” została powiązana przez ustawodawcę z funkcją „ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Ustalenie istnienia interesu publicznego stanowi przesłankę zastosowania co do zasady przepisów ustawy o ochronie (...) do konkretnego stanu faktycznego. Takie rozumienie znaczenia omawianej przesłanki potwierdza m.in. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4.07.2001 (sygn. akt XVII Ama 108/00), zgodnie z którym: *“interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.* Początkowo orzecznictwo i doktryna nie ukształtowały jednolitego rozumienia tej przesłanki. **Można mówić o ukształtowaniu się dwóch przeciwstawnych linii orzecznictwa w kwestii rozumienia naruszenia interesu publicznego jako przesłanki ingerencji antymonopolowej.**

Pierwsza z nich reprezentuje pogląd, zgodnie z którym nie każde naruszenie przepisów ustawy pozwala na uruchomienie zawartych w niej instrumentów, lecz jedynie takie naruszenie, które dotyka „szerszego kręgu uczestników rynku”. Przedmiotowa linia orzecznicza zakłada wyłączenie możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (d. Sądu Antymonopolowego). W wyroku z dnia 28.05.2001 (sygn. akt XVII Ama 82/00) tenże Sąd stwierdził, że *”postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych”*. Podobne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29.05.2001 r. (sygn. I CKN 1217/98) stwierdzając, iż *“ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służyć interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych (...)”*.

Druga, konkurencyjna wobec opisanej wyżej, linia orzecznicza utożsamia interes publiczny „z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku niekorzystnych skutków” (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, pod red. prof. Tadeusza Skoczego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 49), przy czym w ramach przesłanki polegającej na „wywołaniu niekorzystnych skutków na rynku” wymienić należy zwłaszcza naruszenie interesów konsumentów.

Reprezentatywny dla tej linii jest pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004 r. (sygn. III SK 2/04) sprowadzający się do tezy, iż naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego *„jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą*

wywołać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Wyrokiem kasacyjnym III SK 40/07 SN potwierdził ww linię orzeczniczą, określając konkurencję jako „mechanizm (proces) sterujący zachowaniami uczestników rynków”. Sąd Najwyższy stwierdził, iż „ustawa chroni konkurencję, jako mechanizm regulujący sposób funkcjonowania gospodarki. Czyni to w interesie publicznym”. Zatem „pojęcie interesu publicznego należy interpretować przez pryzmat aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego”, nie zaś „w sposób wąski i mechaniczny”. „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni bowiem istnienie mechanizmu konkurencji, jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny” (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, pod red. prof. Tadeusza Skoczego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 50). Jakościowe (a nie ilościowe) rozumienie „interesu publicznego” reprezentuje wiele innych wyroków (np. SOKiK z 16 listopada 2005 r. sygn. XVII Ama 97/04; SOKiK z 4 maja 2006 r. sygn. XVII Ama 119/04; SA w Warszawie z 29 czerwca 2007 r. sygn. VI ACa 1222/06).

Przedstawiony drugi z poglądów orzecznictwa należy uznać za obecnie dominujący, w tym również w orzecznictwie Prezesa UOKiK.

W niniejszej sprawie postępowanie dotyczy zarzutu utrudniania Jerzemu Jaroszowi i Bogusławowi Sztopelowi prowadzącym działalność gospodarczą w postaci Przedsiębiorstwa Arka s.c., wykonywania usług kopania grobów na dwóch cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze.

A zatem powyższe działanie może naruszać interesy nie tylko konkretnych uczestników tego rynku tj. przedsiębiorców Jerzego Jarosza i Bogusława Sztopela, ale również potencjalnych odbiorców ich usług (konsumentów), którzy w efekcie mogą otrzymać ofertę uboższą, aniżeli w przypadku udostępnienia rynku dla ww przedsiębiorców bez żadnych ograniczeń. W efekcie ochrona mechanizmu konkurencji w niniejszej sprawie nie jest celem samym w sobie, ale warunkowana jest ultymatywnym (pośrednim) celem ochrony antymonopolowej, jakim jest zapewnienie najwyższego możliwego poziomu dobrobytu (zaspokajania interesów) konsumentów (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, pod red. prof. Tadeusza Skoczego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 52).

Niniejsze postępowanie antymonopolowe niewątpliwie toczy się w interesie publicznym a nie w indywidualnym interesie jednego przedsiębiorcy. Ograniczenie efektywnej ekonomicznie możliwości świadczenia usług kopania grobów przy pomocy własnego sprzętu ciężkiego (koparka) dla niektórych konkurentów, co do zasady, może potencjalnie uderzać zarówno w konkurencję, eliminując ją lub znacznie ograniczając, jak również uderzać w interesy konsumentów, tj. odbiorców usług pogrzebowych. W interesie publicznym leży bowiem to, aby konkurencja na rynku była efektywna. Dlatego **Prezes Urzędu przeciwdziałając ograniczaniu, eliminowaniu bądź zniekształcaniu konkurencji, podejmując interwencję w niniejszej sprawie, wypełnia cel art. 1 ust. 1 ustawy.**

3.3. Rynek właściwy

Wyznaczenie rynku właściwego dla oceny skutków działań potencjalnie antykonkurencyjnych, konieczne jest z trzech powodów :

- dlatego, że antykonkurencyjne **działania** przedsiębiorców nie odbywają się na rynku w ogóle, ale zawsze dokonują się na rynkach konkretnych;
- dlatego, że także **skutki** tych działań występują zawsze na rynkach konkretnych;
- wreszcie dlatego, że ustalenie rynku właściwego w danej sprawie niezbędne jest dla ustalenia faktycznej **siły rynkowej** konkretnego przedsiębiorcy (lub przedsiębiorców), którzy

stosują praktyki ograniczające konkurencję (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, pod red. prof. Tadeusza Skoczego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 208).

Art. 4 pkt 9 ww. ustawy rynek właściwy definiuje jako rynek towarów, które ze względu na swe przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj oraz właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Rynek właściwy jest pojęciem węższym od pojęcia rynku w znaczeniu ekonomicznym – rozumianego jako miejsce zetknięcia się popytu i podaży, gdyż nie dotyczą go ograniczenia wynikające z ww art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie (...). Przedmiotowe ograniczenia związane są z substytucyjnością towarów oraz z granicami terytorialnymi rynku (Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, wyd. Lex, Warszawa 2008, s. 183 – 184). Kierując się tymi kryteriami, zgodnie z ukształtowanymi poglądami doktryny i orzecznictwem, rynek właściwy wyznacza rynek w ujęciu produktowym (towar) i rynek w ujęciu geograficznym (terytorium).

Rynek w ujęciu produktowym obejmuje te wszystkie usługi, które są uznawane przez konsumentów za wzajemnie wymienne lub substytucyjne ze względu na ich właściwości, ceny i przeznaczenie. Rynek właściwy w ujęciu produktowym wyznaczony jest według stosowania wąskich kryteriów segmentacji takiego rynku (wyrok Sądu Antymonopolowego : z 4 października 1993 r., sygn. XVII Amr 29/93; z 26 października 1994 r., sygn. XVII Amr 24/94). Kryteria te muszą wynikać z obiektywnych parametrów towarów, mających zasadniczy wpływ na ich zakup przez nabywców. W każdej sprawie są nimi przede wszystkim przeznaczenie i parametry użytkowe. Cechy te pozwalają nabywcom łatwo identyfikować towary, odróżniać od siebie i ewentualnie traktować jako bliskie substytuty. Podkreślenia wymaga, iż towarem w ujęciu ustawy o ochronie (...) są również usługi (art. 4 pkt 7 ustawy).

Określenie rynku właściwego w sprawie wymaga jednak wcześniejszego odniesienia się do rodzaju usług związanych z chowaniem zmarłych.

Usługi związane z chowaniem zmarłych dzielą się co do zasady na :

a) Usługi cmentarne związane z utrzymaniem cmentarza komunalnego i zarządzania nim; czynności zarządcy cmentarza wynikają z przepisów ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. *o cmentarzach i chowaniu zmarłych* (tekst jednolity Dz. U. 2000 r. Nr 23 poz. 295 ze zm.) oraz aktów wykonawczych do ustawy, w szczególności zaś rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 1 sierpnia 2001 r. *w sprawie sposobu prowadzenia ewidencji grobów* (Dz. U. Nr 90, poz. 1013 ze zm.), rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. *w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi* (Dz. U. Nr 153, poz. 1783 ze zm.); obejmują takie działania jak utrzymanie i wyposażenie cmentarza w urządzenia cmentarne, utrzymanie cmentarza jako terenu zielonego, utrzymanie na nim ładu i porządku, urządzenie cmentarza według planu zagospodarowania, nadzór nad korzystaniem z cmentarza, w tym zakładanie grobów, pochówkiem i ekshumacją. Rynek usług cmentarnych co do zasady nie jest rynkiem konkurencyjnym;

b) Usługi pogrzebowe związane z chowaniem zmarłych; składają się na nie m.in. przygotowanie zwłok do pochówku, przygotowanie miejsca pochówku, wykopanie grobu, transport i pochówek zwłok z asystą pogrzebową, uformowania grobu, ekshumacja zwłok i

szczątków ludzkich, usługa spopielenia zwłok, murowanie komór grobowych; rynek usług pogrzebowych jest w pełni rynkiem konkurencyjnym.

Powyższy podział znajduje swoje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie organów antymonopolowych administracyjnych i sądowych (vide : wyrok Sądu Antymonopolowego z 14.06.1995 r., sygn. akt XVII Amr 11/95; wyrok Sądu Antymonopolowego z 14.07.1999 r. sygn. akt XVII Ama 28/99; wyrok Sądu Antymonopolowego z 25.09.2000 r. sygn. akt XVII Ama 76/99; wyrok Sądu Antymonopolowego z 28.01.2002 r. sygn. akt XVII Ama 28/01 i in.).

Zatem w zakresie usług związanych z chowaniem zmarłych, wyodrębnia się dwa rynki produktowe : rynek usług cmentarnych i rynek usług pogrzebowych. Wypada stwierdzić, iż usługi te są „towarem” w rozumieniu ustawy o ochronie (...), zgodnie bowiem z art. 4 pkt 7 tejże ustawy przez „towary” rozumie się również usługi.

W rozpatrywanej sprawie właścicielem wszystkich cmentarzy komunalnych w Zielonej Górze, w tym obu cmentarzy przy ul. Wrocławskiej, jest Gmina Miejska Zielona Góra, która na mocy kolejnych uchwał oraz zawartych w ich wykonaniu umów, przekazała użytkowanie nieruchomości na których położone są cmentarze oraz w konsekwencji zarząd i administrację nad nimi Spółce. Zarządca cmentarzy prowadzi zatem działalność gospodarczą na dwóch współzależnych rynkach :

- na rynku usług cmentarnych, na który składają się czynności w zakresie utrzymania i administrowania cmentarzami; jak wskazano wyżej jest to rynek co do zasady niekonkurencyjny;
- na rynku usług pogrzebowych, który powinien być co do zasady rynkiem w pełni konkurencyjnym.

Niniejsza sprawa dotyczy działalności Spółki w zakresie czynności administrowania ww. cmentarzami komunalnymi. Na mocy kolejnych Uchwał i zarządzeń organów Gminy (tj. Uchwały Nr 588/2000 Zarządu Miasta Zielona Góra z dnia 3 sierpnia 2000 r., Uchwały Rady Miasta Zielona Góra z dnia 30 stycznia 2007 r. oraz Zarządzenia nr 138/07 Prezydenta Miasta Zielona Góra, Spółka ma zarówno prawo jak i obowiązek sprawować zarząd cmentarzami komunalnymi. Ponieważ wydawanie zezwoleń na wjazd na cmentarze, w tym wjazd koparkami oraz stosowane zakazy i nakazy (żądanie od przedsiębiorców pogrzebowych okazania aktualnej dokumentacji technicznej koparek, dopuszczającej je do pracy), dotyczą kwestii utrzymania cmentarzy oraz ich infrastruktury a także czynności o charakterze porządkowym, a więc usług zaliczanych do kategorii usług cmentarnych, za **rynek produktowy w niniejszej sprawie należało uznać rynek usług cmentarnych.**

Powyższa konkluzja dotyczy również usług należących do ceremoniału pogrzebowego (uzależnienie wykopania grobu przy użyciu własnej koparki od okazania ww aktualnej dokumentacji technicznej koparek) , albowiem możliwość oddziaływania na ten wąski segment rynku usług pogrzebowych, jakim jest subrynek kopania grobów, wynika wyłącznie z faktu zarządzania cmentarzami komunalnymi, a więc z funkcjonowania Spółki na rynku usług cmentarnych. Wypada wskazać, iż orzecznictwo sądowe również aprobejuje ustalenie w sprawie antymonopolowej rynku usług cmentarnych, jako rynku właściwego w ujęciu przedmiotowym, w sytuacji, gdy zarządca (administrator) cmentarza komunalnego zakazuje wykonywania niektórych usług należących do rynku usług pogrzebowych (vide : wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25 września 2000 r., sygn. akt XVII Ama 76/99; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 20 kwietnia 2005 r. sygn. akt XVII Ama 17/04).

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Stosownie do ustalonego orzecznictwa antymonopolowego, zarówno rynek usług pogrzebowych, jak i rynek usług cmentarnych w wymiarze geograficznym mają charakter lokalny i są ograniczone do terenu określonego cmentarza. W wyroku z dnia 21 stycznia 1998 r. Sąd Antymonopolowy (obecnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów) stwierdził, iż „pod względem terytorialnym rynek usług cmentarnych należy zaliczyć do rynku lokalnego. Przynajmniej zasadniczo usługi cmentarne zaspokajają potrzeby społeczności lokalnej” (wyrok z dnia 21 stycznia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 51/97). W cytowanym wyroku Sąd stwierdził 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. Zatem za lokalny rynek usług cmentarnych należy zasadniczo uznać obszar danego cmentarza. Przedsiębiorca pełniący tam na zasadzie wyłączności, funkcję administratora, jako niespotykający się z konkurencją innego przedsiębiorcy, posiada pozycję monopolistyczną” (por. również wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 kwietnia 2001 r., sygn. akt XVII Ama 49/00).

Z uwagi na to, iż zawarte w Zawiadomieniu informacje mogły wskazywać na objęcie ww praktykami Spółki dwu cmentarzy komunalnych położonych przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze, na których zarząd sprawuje Spółka – należało uznać, iż w sprawie występują dwa lokalne rynki właściwe, tj. za rynek w ujęciu geograficznym uznać należy poszczególne ww cmentarze komunalne położone w Zielonej Górze (rynek geograficzny).

A zatem rynkiem właściwym w niniejszej sprawie są poszczególne lokalne rynki usług cmentarnych na dwu cmentarzach komunalnych przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze.

3.4. Pozycja rynkowa Spółki

Zgodnie z normą art. 9 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie (...) zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku. Zatem istotne znaczenie w sprawie ma określenie, czy podmiot, przeciwko któremu prowadzone jest postępowanie antymonopolowe, posiada taką pozycję na rynku. Definicję legalną pojęcia „*pozycja dominująca*” zawiera art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie (...). Zgodnie z powołanym przepisem pod tym pojęciem rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Uczestnik na rynku usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych w Zielonej Górze posiada pozycję dominującą, gdyż posiada na nim monopol prawny i nie spotyka się z konkurencją.

Jak wskazano powyżej Spółka zarządza cmentarzami komunalnymi oraz prowadzi jednocześnie działalność gospodarczą na rynku usług pogrzebowych.

Na mocy przepisów prawnych, a w szczególności art. 2 ust 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. ustawy o cmentarzach (jednolity tekst Dz. U. 2000 r. Nr 23 poz. 295 ze zm.), art. 7 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (jt. Dz.U. z 2001 r., Nr 142,

poz. 1591 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o samorządzie gminnym”, oraz 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.), zwanej dalej „ustawą o podziale kompetencji”, utrzymanie i zarządzanie cmentarzami komunalnymi zaliczone zostało do zadań własnych Gminy. W związku z tym usługi cmentarne należą do obowiązków ustawowo określonego zarządcy cmentarza (Gminy), który posiada na tym rynku pozycję monopolistyczną wynikającą z wyżej przytoczonych przepisów prawnych (monopol prawny). Z nałożonych na nią zadań Gmina może wywiązać się bezpośrednio lub w formie zleconej, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, gdzie na mocy uchwał i zarządzeń organów Gminy oraz zawartych w ich konsekwencji umów o ustanowienie użytkowania z dnia 29 grudnia 2000 r. (dotyczących starego cmentarza przy ul. Wrocławskiej, cmentarza przy ul. Kapielowej oraz przy ul. Chynowskiej) i z dnia 1 marca 2007 r. (dotyczącej nowego cmentarza przy ul. Wrocławskiej) zawartych pomiędzy Gminą a Spółką, zarząd i eksploatacja Cmentarzy Komunalnych w Zielonej Górze przekazane zostały Spółce. Weszła ona tym samym w obowiązki Gminy w zakresie zarządzania Cmentarzami, zajmując jednocześnie pozycję monopolistyczną na rynku usług cmentarnych na każdym z cmentarzy komunalnych, wynikającą z przepisów ww. ustaw o cmentarzach, o samorządzie gminnym i o podziale kompetencji. Rynek ten nie jest otwarty dla konkurencji, ponieważ w świetle wskazanych powyżej aktów prawnych Gmina, a więc również wykonująca w jej imieniu zarząd na Cmentarzach Komunalnym Spółka, ma tzw. monopol prawny. Ponadto również z ekonomicznego punktu widzenia konkurencja na tym rynku byłaby nieefektywna.

W związku z powyższym Prezes Urzędu stwierdził, iż na tak zakreślonych rynkach właściwych (lokalnych rynkach usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze) Spółka posiada pozycję dominującą.

Podkreślić należy, iż współzależność obu powyżej opisanych rynków powoduje, iż podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku usług cmentarnych, na administrowanych przez siebie cmentarzach komunalnych, może przenieść swoją władzę rynkową (ekonomiczną) i wywierać zasadniczy wpływ na funkcjonowanie drugiego z rynków - rynku usług pogrzebowych. Może bowiem określać warunki funkcjonowania i prowadzenia działalności gospodarczej innych przedsiębiorców pogrzebowych na tym rynku, ponieważ w dużej części są one wykonywane na zdominowanym przez niego cmentarzu.

3.5. Status przedsiębiorcy

Przedmiotem postępowania są praktyki dotyczące nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę (art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie...). Definicja legalna pojęcia „przedsiębiorca” zawarta jest w art. 4 ustawy o ochronie (...). Zgodnie z art. 4 pkt. 1 powołanego artykułu, ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Jak wynika z odpisu KRS uczestnika, jest on przedsiębiorcą wedle przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. - O swobodzie działalności gospodarczej (j. t. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.), a zatem uznać go należy również za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie (...).

3.6. Przesłanki zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...).

3.6.1. Uwagi ogólne.

W niniejszym postępowaniu postawiono Spółce zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...). Istota praktyki ograniczającej konkurencję, sprowadza się do nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Ogólny zakaz wyrażony w ust. 1 art. 9 precyzuje m.in. jego ust. 2 pkt 5 wskazując przykładową możliwość naruszenia tego przepisu, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Aby zatem uznać praktykę z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) za ograniczającą konkurencję, przedsiębiorca musi spełnić dwie przesłanki :

- a) posiadać pozycję dominującą na rynku,
- b) przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Jak wykazano wyżej w pkt. 3.4. Spółka posiada pozycję dominującą na lokalnych rynkach usług cmentarnych, na terenie cmentarzy komunalnych w Zielonej Górze. **Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek niezbędnych do stwierdzenia praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...).**

3.6.2. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji

Do stwierdzenia praktyki zakazanej art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) konieczne jest spełnienie drugiej przesłanki - nadużywanie pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Opisana w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) praktyka może wywołać skutki antykonkurencyjne zarówno na rynku zmonopolizowanym przez danego przedsiębiorcę, jak również na innych rynkach funkcjonalnie i organizacyjnie połączonych ze sobą, na które może on wpływać ze względu na posiadaną pozycję na rynku pierwszym. Praktyka wymieniona w art. 9 ust.2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) polegać może zarówno na działaniu lub zaniechaniu. Oba rodzaje zachowań w równym stopniu, w zależności od okoliczności mogą wywierać negatywny wpływ na konkurencję.

Analizując omawianą przesłankę praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...) należy przede wszystkim podkreślić, iż rynek usług pogrzebowych – w przeciwieństwie do rynku usług cmentarnych - powinien być co do zasady w pełni konkurencyjny. Powyższy pogląd należy uznać już za w pełni utrwalony w orzecznictwie (vide : wyroki Sądu Antymonopolowego i Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wymienione w pkt. 3.3. niniejszej Decyzji). W sprawie niniejszej zebrany materiał dowodowy nie daje podstaw do uznania, iż działania Spółki wywołały lub mogły wywołać negatywne skutki dla konkurencji.

Omawiając przedmiotową przesłankę należy w pierwszej kolejności rozważyć, czy co do zasady koparki mają obowiązek posiadać dokumentację techniczną, dopuszczającą je do pracy. Zasady dopuszczenia do pracy urządzeń technicznych określa ustawa z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym (Dz. U. Nr 122, poz. 1321 ze zm.). Zgodnie z art. 2 ustawy, dozorem technicznym są określone ustawą działania zmierzające do zapewnienia

bezpiecznego funkcjonowania urządzeń technicznych. Dozór techniczny jest wykonywany przez jednostki dozoru technicznego. Przepis art. 4 ustawy stanowi, iż ilekroć w ustawie jest mowa o:

1) urządzeniach technicznych - należy przez to rozumieć urządzenia, które mogą stwarzać zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego oraz mienia i środowiska wskutek:

- a) rozprężenia cieczy lub gazów znajdujących się pod ciśnieniem różnym od atmosferycznego,
- b) wyzwolenia energii potencjalnej lub kinetycznej przy przemieszczaniu ludzi lub ładunków w ograniczonym zasięgu,
- c) rozprzestrzeniania się materiałów niebezpiecznych podczas ich magazynowania lub transportu,

Jednostkami dozoru technicznego są Urząd Dozoru Technicznego oraz specjalistyczne jednostki dozoru technicznego. Urządzenia techniczne, które objęte są dozorem technicznym, mogą być eksploatowane tylko na podstawie decyzji zezwalającej na ich eksploatację, obsługiwane i konserwowane przez osoby posiadające odpowiednie zaświadczenie kwalifikacyjne (wnioski z art. 14 i 22 ustawy o dozorze technicznym).

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy, dozorowi technicznemu podlegają urządzenia techniczne w toku ich projektowania, wytwarzania, w tym wytwarzania materiałów i elementów, naprawy i modernizacji, obrotu oraz eksploatacji. Wykaz tych urządzeń zawarty został w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 16 lipca 2002 r. w sprawie rodzajów urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (Dz. U. Nr 120, poz. 1021). Rozporządzenie nie zawiera w wykazie urządzeń podlegających ww dozorowi technicznemu żadnych urządzeń do prac ziemnych, w szczególności takich, jak koparki. Powyższa okoliczność potwierdzona została powołanym w pkt. 2.8 niniejszej decyzji pismem Urzędu Dozoru Technicznego Oddział w Zielonej Górze z dnia 25 sierpnia 2010 r. A zatem przyjąć należy, iż koparki nie muszą posiadać decyzji zezwalającej na ich eksploatację, obsługiwane i konserwowane, wobec czego żądanie okazania tego dokumentu jako warunku dopuszczenia koparki do pracy przy kopaniu grobu było bezpodstawne, zaś postawiony warunek niemożliwy do spełnienia przez współników spółki Arka.

Tym niemniej jednak należy wskazać, iż przy ocenie, czy doszło do naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie należy mieć na uwadze m.in. systematyczność zachowania i czasokres trwania zachowań dominanta (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, pod red. prof. Tadeusza Skoczego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 683). Nie budzi wątpliwości ustalenie, iż Spółka jedynie raz uzależniła współnikom spółki Arka możliwość wjazdu na cmentarze celem wykopania grobu (w grudniu 2009 r.). Sytuacja ta miała charakter incydentalny i nie została ponowiona już w późniejszym okresie czasu. Co więcej, sami współnicy Arki nie występowali już później, poza wystąpieniami z grudnia 2010 r., o wydanie zezwoleń na wjazd koparki na teren któregośkolwiek z cmentarzy przy ul. Wrocławskiej, ani zresztą żadnego innego cmentarza komunalnego w Zielonej Górze.

Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego nie potwierdziła, aby jeden ze współników Arki miał zostać poinformowany przez pracownicę biura administratora cmentarzy o konieczności przedłożenia dokumentacji technicznej koparki dopuszczającej ją do pracy, jako warunku uzyskania zgody na wjazd. Zarzutu tego nie udało się zweryfikować w toku postępowania. Wspólnicy Arki nie potrafili wskazać, pomimo wezwania organu antymonopolowego, jakichkolwiek bliższych danych pracownika Spółki, mającego rzekomo udzielić ww informacji, zaś Spółka kategorycznie faktowi temu zaprzeczyła. Wskazać wypada również, iż jedyne złożone po incydencie z grudnia 2009 r. wnioski Spółka rozpatrzyła pozytywnie (wnioski z grudnia 2010 r.), co dodatkowo podważa twierdzenie

wspólników Arki odnośnie rzekomego ustnego informowania ich o utrzymywaniu przez Spółkę wymogu przedłożenia stosownej dokumentacji technicznej.

Tak więc w świetle powyższego nie można stwierdzić, aby działania Spółki spowodowały odczuwalne na rynku skutki w zakresie wykonywania czynności związanych z pochówkiem osób zmarłych.

Omawiane incydentalne zachowanie Spółki w żaden sposób nie miało wpływu na ukształtowanie się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku usług pogrzebowych, nie pogorszyło warunków uczestnictwa w rynku wspólników spółki Arka, o czym pośrednio świadczy chociażby okoliczność, iż Arka do chwili obecnej nie składa wniosków o umożliwienie wjazdu koparki celem wykopania grobu, wykonując usługi pogrzebowe w pełnym zakresie (kopiąc groby ręcznie lub podzlecając usługę Spółce).

Jak już wskazano wyżej, wymóg przedłożenia dokumentacji technicznej koparki, dopuszczającej ją do pracy, miał charakter jednorazowy. Brak jest podstaw do twierdzenia, iż spowodował on w dłuższej perspektywie pogorszenie warunków konkurencji, zniekształcenie jej stanu, utrudnienie funkcjonowania na rynku czy też uczynienie działalności Arki nieopłacalną, nie spowodował też utrwalenia własnej pozycji dominanta rynkowego (tj. Spółki, która systematycznie traci udział w rynku). Wreszcie jednorazowe żądanie przedłożenia ww dokumentacji technicznej nie wymusił na wspólnikach Arki udziału w rynku na zasadach mniej korzystnych, niż by to miało miejsce w warunkach nieskrępowanej konkurencji (gdyż przedsiębiorcy ci mogli składać wnioski o dopuszczenie koparki do pracy w terminie późniejszym, z czego skorzystali jedynie dwukrotnie na 82 pochówki wykonane w 2010 r. na cmentarzach przy ul. Wrocławskiej w Zielonej Górze).

W konsekwencji należało uznać brak spełnienia drugiej przesłanki tj. przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a w konsekwencji nie spełnienie przesłanek art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w petitum.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu.

Otrzymuje :

Zielonogórskie Zakłady
Usług Miejskich
Sp. z o.o.
ul. Boh. Westerplatte 23
65-034 Zielona Góra

Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury we Wrocławiu
Zbigniew Jurczyk