



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

RKR-411-22/04/MS-28/06

Kraków, dn. 24 stycznia 2006r.

DECYZJA Nr RKR – 4/2006

- I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2, stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172, z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu,

w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się działania Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” z siedzibą w Olkuszu za praktyki ograniczające konkurencję na lokalnym rynku komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków Związku, tj. Bolesławia, Bukowna, Kluczy oraz Olkusza i naruszające zakaz z art. 8 ust. 2 pkt 3 i 5 w/w ustawy, polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków tego Związku, poprzez:

1. stosowanie niejednorodnych warunków przetargów na obsługę 18 linii autobusowych komunikacji miejskiej, stwarzających oferentom zróżnicowane warunki konkurencji, w następstwie ustalenia w dwóch przetargach - ogłoszonych w dniach: 20.09.2004r. oraz 27.09.2004r. - różnych kryteriów dotyczących wieku autobusów, od spełnienia których uzależnione było dopuszczenie przedsiębiorców do udziału w przetargach.
2. przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji na lokalnym rynku komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków Związku, w następstwie:
 - a) ustalenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dwóch przetargów na obsługę 18 linii autobusowych komunikacji miejskiej warunku, na podstawie którego nie byli dopuszczeni do udziału w tych przetargach przedsiębiorcy dysponujący autobusami o pojemności większej niż 115 miejsc,
 - b) ustalenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przetargu z dnia 20.09.2004r. na obsługę 8 linii autobusowych komunikacji miejskiej warunku, na podstawie którego nie byli dopuszczeni do udziału w nim przedsiębiorcy dysponujący autobusami wyprodukowanymi przed 1998r.,
 - c) ustalenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przetargu z dnia 27.09.2004r. na obsługę 10 linii autobusowych komunikacji miejskiej warunku, na podstawie którego nie byli dopuszczeni do udziału w nim przedsiębiorcy dysponujący autobusami wyprodukowanymi przed 1994 lub wyprodukowanymi przed 1987r. i niezmodernizowanymi w latach 2000 – 2004.

i stwierdza się zaniechanie stosowania przez Związek w/w praktyk z dniem 13.01.2005r.

- II. Na podstawie art. 11 ust. 1, stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172, z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu,

w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nie stwierdza się stosowania przez Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” z siedzibą w Olkuszu praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 w/w ustawy, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków Związku, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów obsługi linii autobusowych komunikacji miejskiej, przynoszących Związkowi nieuzasadnione korzyści, tj:

1. ustalenie, że waloryzacja wynagrodzenia za te usługi nie może przewyższać kwartalnego wskaźnika wzrostu cen dóbr i usług konsumpcyjnych ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,
 2. uniemożliwienie rozliczenia, po zakończeniu umowy, biletów pobranych od Związku, a niesprzedanych po dniu 30.12.2007r.
- III. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1, stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080) oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172, z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu,

w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” z siedzibą w Olkuszu karę pieniężną w wysokości 13.356 zł (słownie: trzynaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt sześć), płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Krakowie – zwanego dalej „organem antymonopolowym” wpłynął w dniu 5.11.2004. – uzupełniony

pismem z dnia 1.12.2004r. – wniosek Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Olkuszu przy ul. Kopalnianej 2 (zwanego dalej „Wnioskodawcą” lub „PKM”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Związkowi Komunalnemu Gmin „Komunikacja Międzygminna” z siedzibą w Olkuszu przy al. 1000-lecia 2c (zwanemu dalej „Związkiem”) pod zarzutem stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Wnioskodawca zarzucił Związkowi - jako organizatorowi lokalnej komunikacji miejskiej na jego terenie – ograniczanie i przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji na lokalnym rynku usług przewozowych w sposób określony w art. 8 ust. 2 pkt 3, 5 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005r. Nr 244 poz. 2080) – zwanej dalej „ustawą o ochronie (...)”. Jego zdaniem, Związek dopuścił się w trakcie prowadzonych przetargów - ogłoszonych w dniach: 20.09.2004r. oraz 27.09.2004r. - na obsługę 18 linii autobusowych komunikacji miejskiej stosowania praktyk ograniczających konkurencję, które polegały na:

1. ustaleniu niejednorodnych warunków tych przetargów, poprzez ustalenie w dwóch przetargach różnych kryteriów dotyczących wieku autobusów,
2. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji na lokalnym rynku komunikacji miejskiej poprzez ustalenie w Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia tych przetargów warunków, na podstawie których:
 - nie są dopuszczeni do udziału w tych przetargach przedsiębiorcy dysponujący autobusami o pojemności większej niż 115 miejsc,
 - nie są dopuszczeni do udziału w jednym z przetargów przedsiębiorcy dysponujący autobusami wyprodukowanymi przed 1998r.,
 - nie są dopuszczeni do udziału w drugim z przetargów przedsiębiorcy dysponujący autobusami wyprodukowanymi przed 1994 lub wyprodukowanymi przed 1987r. i niezmodernizowanymi w latach 2000 – 2004.
3. narzucaniu uciążliwych warunków umów obsługi linii autobusowych komunikacji miejskiej, poprzez:
 - ustalenie zaniżonej waloryzacji wynagrodzenia za te usługi,
 - uniemożliwienie rozliczenia, po zakończeniu umowy, biletów pobranych od Związku, a niesprzedanych po dniu 30.12.2007r.

W związku z tym, po uzupełnieniu wniosku przez PKM, organ antymonopolowy – postanowieniem nr RKR-558/2004 - wszczął w dniu 24.12.2004r. postępowanie antymonopolowe w powyższym zakresie pod zarzutem naruszenia przez Związek powołanych wyżej przepisów ustawy o ochronie (...).

Odpowiadając na podniesione zarzuty, Związek – pismami z dnia 6.12.2004. oraz z dnia 12.01.2005r. - wniósł o umorzenie postępowania antymonopolowego jako bezprzedmiotowego, względnie o nie stwierdzenie stosowania przez niego zarzuczanych praktyk ograniczających konkurencję. W szczególności Związek podniósł, że postępowania przetargowe - których przedmiotem był wybór przewoźników obsługujących linie komunikacji miejskiej - zostały unieważnione przez uprawniony do tego organ, tj. Zespół Arbitrów powołany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do rozpatrzenia odwołań od protestów wniesionych w trakcie przedmiotowych przetargów.

Wnioskując o oddalenie zarzutów, stwierdził równocześnie, że został utworzony przez 4 gminy powiatu olkuskiego, do których zadań własnych należy organizacja transportu

lokalnego. Przewozy regularne na terenie Związku wykonywane są zarówno przez przewoźników obsługujących linie komunikacji miejskiej, jak i przewoźników indywidualnych, działających na zasadach ogólnych. Dotychczas linie komunikacji miejskiej obsługiwało PKM, który początkowo było spółką komunalną, a umowy – których przedmiotem były usługi przewozowe – zawierane były w trybie bezprzetargowym. W 2003r. gminy wchodzące w skład Związku zbyły swoje udziały w PKM, co spowodowało, że kolejne umowy na obsługę linii komunikacji miejskiej muszą być zawierane w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 poz. 177 z późn. zm.). Przystępując do organizacji przetargów Związek kierował się koniecznością odnowy taboru, jednak z uwagi na ograniczone środki finansowe podzielił zamówienie na dwie części, ustalając dla nich zróżnicowane kryteria wieku autobusów.

Odnosząc się natomiast do zarzutu narzucenia sposobu waloryzacji wynagrodzenia za świadczone usługi przewozowe, Związek podniósł, iż waloryzacja wynagrodzenia w umowach zawieranych na podstawie procedur przetargowych nie została uregulowana w obowiązujących przepisach. Dopuszczenie natomiast przez Związek możliwości waloryzacji wynagrodzenia przewoźników jest wyłącznie jego dobrą wolą. Stawiany natomiast przez PKM zarzut dowodzi – zdaniem Uczestnika – że Wnioskodawca nie potrafi skalkulować ceny w trakcie składania oferty.

Ustosunkowując się do ostatniego z zarzutów, tj. nierozliczenia po wygaśnięciu umowy biletów autobusowych biletów pobranych od Związku, a niesprzedanych po dniu 30.12.2007r., Związek stwierdził, iż PKM błędnie interpretuje treść projektów umów w zakresie rozliczania sprzedanych biletów, bowiem rozliczenie niewykorzystanych biletów powinno nastąpić na podstawie faktur korygujących.

W toku przeprowadzonego postępowania organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” został utworzony przez cztery gminy położone na obszarze powiatu olkuskiego w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych z zakresu lokalnego transportu zbiorowego, reprezentowania i obrony wspólnych interesów gmin w tym zakresie. Podstawą jego utworzenia były uchwały Rad Gmin będących jego członkami, tj.: Bolesławia, Bukowna, Kluczy oraz Olkusza. (dowód: k. 157 - 168). Podstawowym zadaniem Związku jest organizacja lokalnego transportu zbiorowego, polegająca na utworzeniu na terenie w/w gmin 25 autobusowych linii komunikacji miejskiej oraz zawieranie umów z przewoźnikami, których przedmiotem jest obsługa tych linii.

Przez pojęcie komunikacja miejska rozumie się – zgodnie z art. 4 pkt 7 lit. a ustawy z dnia 6 września 2001r. o transporcie drogowym (Dz. U. Nr 125 poz. 1371 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o transporcie (...)” - przewóz regularny wykonywany w ramach lokalnego transportu zbiorowego w granicach administracyjnych miasta albo miasta i gminy, względnie miast albo miast i gmin sąsiadujących, jeżeli zawarty one porozumienie lub utworzyły związek międzygminny w sprawie wspólnej realizacji komunikacji na swoim obszarze.

Spośród 25 linii komunikacji miejskiej na obszarze Związku, 18 było obsługiwanych przez Wnioskodawcę, z którym Związek zawierał umowy z trybie bezprzetargowym,

wyłącznie na podstawie zgody udzielonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W okresie 1.09.1998r. – 31.12.2004r. zostały zawarte na czas określony 3 kolejne umowy, na podstawie których PKM obsługiwało w/w linie komunikacji miejskiej. Były to:

- I umowa zawarta na podstawie zgody Prezesa UZP wyrażonej w decyzji nr ZT/6186/98, która obowiązywała w okresie od 1.09.1998 do 31.12.1999r.,
- II umowa zawarta na podstawie zgody Prezesa UZP wyrażonej w decyzji nr ZT/13579/99 z dnia 15.12.1999r., która obowiązywała w okresie od 1.01.2000r. do 31.2002r.,
- III umowa zawarta na podstawie zgody Prezesa UZP wyrażonej w decyzji nr ZT/13484/02 z dnia 16.9.2002r., która obowiązywała w okresie od 1.01.2003r. do 31.12.2004r.

W/w umowy były zawierane bez zachowania procedur przetargowych, ponieważ PKM było spółką komunalną, której większościami udziałowcami były gminy – członkowie Związku. Okoliczność ta stanowiła podstawę wyboru głównego przewoźnika obsługującego większość linii autobusowych komunikacji miejskiej na terenie Związku oraz udzielenie przez Prezesa UZP zgody na zawieranie umów w trybie bezprzetargowym (dowód: k.120). Zmiana struktury własnościowej nastąpiła w 2003r. kiedy to gminy zbyły większość posiadanych w spółce udziałów prywatnemu inwestorowi, zachowując sobie łącznie 11,3% udziałów (dowód: k. 501 - 503).

Pozostałe 7 linii było i jest obsługiwanych przez 2 przewoźników wybranych w trybie przetargowym na podstawie obowiązujących przepisów w zakresie zamówień publicznych, tj. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Olkuszu S.A. – obsługujące 1 linię oraz METEOR Jarosław Rechul, Przemysław Pieczara Sp. jawna w Jaworznie – obsługującą 6 linii. Ponadto na obszarze gmin wchodzących w skład Związku działa 30 prywatnych przewoźników wykonujących przewozy regularne (dowód: k. 120 - 124). Przewozy te nie są zlecane przez samorząd terytorialny, lecz są wykonywane przez przewoźników w ramach prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, na podstawie posiadanych licencji i zezwoleń.

Wygaśnięcie z dniem 31.12.2004r. umowy na obsługę 18 linii komunikacji miejskiej spowodowało, iż Związek pod koniec 2004r. przystąpił do organizowania postępowania przetargowego, mającego doprowadzić do wyboru przewoźnika, któremu Związek powierzyłby obsługę tych linii autobusowych. Pismem z dnia 2.08.2004r. (znak: BR.6431/39/2004 – k. 47) Burmistrz Miasta i Gminy w Olkuszu, występując w imieniu Związku, zwrócił się do PKM o przedstawienie wykazu taboru autobusowego, znajdującego się w jego dyspozycji. Żądanie dotyczyło dostarczenia informacji, obejmujących rok produkcji autobusów, pojemność (liczby miejsc dla pasażerów) oraz rok naprawy głównej. Swoje żądanie Burmistrz uzasadnił przygotowaniem do przeprowadzenia przetargu na obsługę linii autobusowych, a dostarczone przez Wnioskodawcę dane miały służyć do „takiego określenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby zagwarantować zachowanie uczciwej konkurencji”. PKM dostarczyło Burmistrzowi żądane zestawienie pismem z dnia 3.08.2004r. (znak: L.dz. 743/PKM/2004 – k. 48). W dniach 20.09.2004r. oraz 27.09.2004r. Związek ogłosił dwa przetargi nieograniczone na obsługę 18 linii autobusowych komunikacji miejskiej przez okres 3 lat.

Przedmiotem pierwszego z przetargów – stosownie do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) - była obsługa 8 linii autobusowych, tj. linii nr: 450, 453, 454, 470, 471, 473, 476 i 477. Związek ustalił, iż uczestnikami przetargu mogą

być wyłącznie oferenci, którzy spełnią warunki udziału określone w SIWZ. W Specyfikacji ustalono m.in. następujące warunki (dowód: K. 49–51):

- oferenci musieli dysponować autobusami miejskimi, typu „B” i „C” o pojemności odpowiednio od 90 do 115 miejsc oraz od 70 do 115 miejsc (pkt 6 ust. 1 lit. c SIWZ),
- autobusy te musiały posiadać badania techniczne aktualne na dzień złożenia oferty oraz spełniać warunki techniczne określone w par. 17 – 21 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003r. Nr 32 poz. 262),
- autobusy nie mogły być starsze niż z 1998r.

Stosownie do treści pkt 13. SIWZ oferenci byli obowiązani do składania ofert do dnia 3.11.2004r. Otwarcie ofert i ich ocena miała nastąpić w tym samym dniu. Jedyńm kryterium decydującym o wyborze oferenta była cena, albowiem zwycięzcą przetargu mógł zostać wyłącznie przewoźnik, który zaoferował najniższą cenę za wykonywanie usług, będących przedmiotem przetargu (dowód: k. 56-57).

Przedmiotem drugiego z przetargów była obsługa pozostałych 10 linii autobusowych, tj. linii nr: 451, 452, 455, 456, 457, 462, 463, 465, 474 i 475. Podobnie jak w pierwszym przetargu Związek określił warunki dopuszczenia oferentów do udziału w przetargu w zakresie rodzaju posiadanych autobusów oraz warunków technicznych, jakie musiały spełniać. W odmienny sposób Związek określił jednak wiek autobusów, jakimi muszą dysponować oferenci. Ustalił mianowicie, że autobusy te nie mogą być „starsze niż z roku 1994”. Dodatkowo dopuścił możliwość uczestniczenia w przetargu oferentów, dysponujących autobusami starszymi, tj. wyprodukowanymi w latach 1987 – 1993, pod warunkiem wykonania w nich, w latach 2000 – 2004 naprawy głównej, obejmującej remont generalny silnika, układu jezdnego i nośnego oraz karoserii. Stosownie do treści SIWZ (pkt. 6 ust. 1 lit. c) fakt przeprowadzenia naprawy głównej miał być potwierdzony stosownym dokumentem - fakturą lub oświadczeniem – zawierającym wyszczególnienie rzeczowego zakresu remontu (dowód: k. 76-78).

Ponadto zmiany w SIZW drugiego przetargu w stosunku do warunków pierwszego przetargu dotyczyły również terminu do składania i otwarcia ofert oraz kryteriów oceny złożonych ofert. Związek ustalił bowiem, iż oferty w tym przetargu mają być składane do dnia 10.11.2004r., a ich otwarcie i ocena miała nastąpić w tym samym dniu. W przypadku oceny ofert o wyborze najkorzystniejszej oferty miały decydować: cena usługi oraz wiek autobusów (dowód: k. 83-85)

Do SIZW, w obydwóch przetargach, Związek dołączył w formie załączników takie same projekty oświadczeń i umów, w tym projekt umowy na świadczenie usług przewozu osób i bagażu na wskazanych liniach, tj. na obsługę linii autobusowych określonych w poszczególnych SIWZ. Z treści projektów wynika, że umowy miały zostać zawarte na okres 3 lat, tzn. od dnia 1.01.2005r. do 31.12.2007r. (par. 9 ust.1 umowy), a przewoźnicy, którzy wygrali przetargi, mieli uzyskać wszelkie zezwolenie konieczne do wykonywania przewozów w ramach komunikacji miejskiej, tak aby w dniu 1.01.2005r. mogli rozpocząć obsługę linii autobusowych (dowód: k. 65-70, 92-97)

W par. 4 projektu umowy na świadczenie usług przewozu osób i bagażu Związek ustalił zasady wynagradzania przewoźników za świadczone usługi przewozowe. I tak, wynagrodzenie miało być ustalane na podstawie stawek za 1 km przewozu pasażerów na poszczególnych liniach z uwzględnieniem rodzajów posiadanych przez przewoźnika

autobusów. Wynagrodzenie to mogło być podwyższone w drodze negocjacji pomiędzy przewoźnikami a Związkiem po upływie każdego kwartału realizacji umowy. Stosownie do par. 4 ust. 2 umowy wynagrodzenie mogło ulec waloryzacji maksymalnie do wielkości kwartalnego wskaźnika wzrostu cen dóbr i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Wynegocjowana podwyżka miała obowiązywać od miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiła publikacja wskaźnika przez GUS. (dowód: k. 67, 94)

W tym samym par. 4 projektu umowy Związek ustalił również zasady pobierania i rozliczania dostarczanych przez siebie biletów, które miały być sprzedawane przez kierowców zatrudnionych przez przewoźników. Bilety te miały być rozliczane w formie bezgotówkowej na podstawie faktur wystawionych w dniu pobrania biletów, a termin płatności za dany miesiąc miał kończyć się w ostatnim dniu tego miesiąca (ust. 8 lit a). W par. 4 ust. 8 lit c umowy Związek wprowadził warunek, że zwrot niewykorzystanych biletów po zakończeniu umowy może nastąpić wyłącznie przed terminem płatności za miesiąc grudzień 2007r. Stosownie do treści par. 4 ust. 6 umowy, rozliczenie za świadczenie usług za dany miesiąc powinno nastąpić do końca tego miesiąca. W przypadku rozliczeń za grudzień zapłata za prognozowaną wielkość świadczonych usług powinna nastąpić 30 grudnia, a ostateczne rozliczenie powinno nastąpić na podstawie faktury korygującej, uwzględniającej rzeczywiste wykonanie usług. (dowód: k. 67, 94).

Ze sporządzonego na żądanie Burmistrza Miasta i Gminy w Olkuszach wykazu taboru autobusowego wynika, że PKM nie dysponowało ani jednym autobusem spełniającym warunki pierwszego z przetargów, tj. wszystkie autobusy były wyprodukowane przed 1998r. PKM nie spełniało również warunków drugiego z przetargów, bowiem tylko 15 autobusów - z 29 posiadanych przez niego - zostało wyprodukowanych w latach 1987 - 1993 i przeszło naprawę główną w latach 2000 - 2004 (dowód: k. 48).

Prawidłowość obydwu przetargów oraz ich zgodność z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych została zakwestionowana przez Wnioskodawcę oraz jednego z przewoźników uczestniczących w przetargach - tj. wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych - w drodze postępowania odwoławczego na gruncie przepisów tej ustawy. Wnieśli oni bowiem protesty na warunki przetargów zawarte w SIWZ, co doprowadziło do ich unieważnienia na mocy wyroków Zespołu Arbitrów z dnia 8.11.2004r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1865/04) oraz z dnia 10.11.2004r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-190/04) (dowód: k. 137 - 143 oraz k.146 - 150). W związku z powyższym Związek w dniu 25.11.2004r. wystąpił do Prezesa UZP pismem z (znak: ZKG"KM"/428/04) o wyrażenie zgody na zawarcie z Wnioskodawcą umowy w trybie wyboru zamówienia z wolnej ręki na okres 1.01. - 31.03.2005r., tj. na okres, w którym Związek miał przeprowadzić ponownie procedury przetargowe i wybrać przewoźników do obsługi linii komunikacji miejskiej. Po uzyskaniu w dniu 17.12.2004r. zgody Prezesa UZP, Związek zawarł z Wnioskodawcą umowę na okres 3 miesięcy, której przedmiotem była obsługa 18 linii komunikacji miejskiej.

Jednocześnie Związek, w dniu 13.01.2005r., ogłosił przetarg nieograniczony na obsługę wszystkich 18 linii autobusowych komunikacji miejskiej położonych na obszarze gmin - członków Związku. W SIWZ ogłoszonego przetargu Związek ustalił, iż mogą w nim uczestniczyć oferenci, spełniający m.in. następujące warunki:

- powinni dysponować wystarczającą liczbą autobusów typu „B” i „C”,

- autobusy te powinny spełniać wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2003r. Nr 58 poz. 515 z późn. zm.) oraz rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy.
- ponadto autobusy powinny posiadać drzwi otwierane automatycznie ze stanowiska kierowcy, dziesięciocyfrowe kasowniki elektroniczne w ilości odpowiadającej co najmniej liczbie drzwi oraz łączność telefoniczną z stanowiskiem dyspozytorskim (dowód: k. 331 – 332, 353 – 354)

Załącznikiem do SIWZ nowego przetargu był projekt umowy na obsługę 18 linii autobusowej komunikacji miejskiej, w którym Związek ustalił także nowe zasady wykonywania przewozów przez przewoźnika oraz rozliczeń za świadczone usługi. Zgodnie z nimi wynagrodzenie zostało ustalone na podstawie stawek za 1 wozokilometr, określonych odrębnie dla autobusów o różnej liczbie miejsc. Ustalone w ten sposób wynagrodzenie nie podlega waloryzacji, ani nie może ulec zmianie w drodze negocjacji pomiędzy wybranym przewoźnikiem a Związkiem. Rozliczanie wynagrodzenia ma następować co miesiąc, na podstawie faktur wystawianych przez przewoźnika, z tym, że faktura za grudzień każdego roku będzie obejmować dwie pierwsze dekady, a całkowite rozliczenie za ten miesiąc nastąpi dopiero na podstawie faktury korygującej, uwzględniającej rzeczywiście wykonane usługi.

Związek ustalił również zasady pobierania i rozliczania dostarczanych przez siebie biletów, które miały być sprzedawane przez kierowców zatrudnionych przez przewoźników. Bilety te miały być rozliczane w formie bezgotówkowej na podstawie faktur wystawionych w dniu pobrania biletów, a zwrot niewykorzystanych biletów po zakończeniu umowy ma nastąpić wyłącznie przed terminem płatności przewidzianym dla wynagrodzenia za miesiąc grudzień 2007r. (dowód: k. 531 - 532).

W postępowaniu przetargowym wzięło udział 7 przewoźników, w tym także Wnioskodawca, który zwyciężył w przetargu, co skutkowało zawarciem w dniu 24.03.2005r. umowy na okres 3 lat pomiędzy nim a Związkiem. Umowa ta weszła w życie w dniu 1.04.2005r. i jest realizowana do dnia wydania przedmiotowej decyzji. O przeprowadzeniu nowego przetargu i jego rozstrzygnięciu Związek poinformował organ antymonopolowy pismem z dnia 5.08.2005r., znak: ZGK”KM”/273/05 (dowód” k. 331-475).

Organ antymonopolowy przeprowadził badanie ankietowe, obejmujące dziewięciu innych przedsiębiorców, którzy wykupili SIWZ przetargów ogłoszonych przez Związek w dniach 20.09.2004r. oraz 27.09.2004r. Przedmiotem tego badania było ustalenie, czy przedsiębiorcy, którzy wykupili SIWZ dysponowali w tym momencie taborom autobusowym spełniającym warunki Specyfikacji. Ponadto zostali oni zobowiązani do określenia – jeżeli nie dysponowali wymaganym taborom autobusowym - czasu, jaki był ich zdaniem konieczny do zakupu autobusów spełniających warunki SIWZ lub pozyskania ich w inny sposób.

Spośród ankietowanych odpowiedzi udzieliło 8 przedsiębiorców, z których tylko trzech, tj.: Multitech Sp. z o.o. z Krakowa, Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej w Bytomiu S.A., Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Krakowie S.A. posiadało tabor autobusowy odpowiadający warunkom przetargu albo miało zapewnioną możliwość pozyskania takiego taboru. Jeden przedsiębiorca – Meteor Sp. jawna dysponował natomiast autobusami, których wiek spełniał kryterium tylko jednego z przetargów. Pozostali czterej przedsiębiorcy, tj. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Olkuszu S.A.,

TRANSGÓR MYSŁOWICE S.A., ELJOT s.c., DPJ Artur Półtorak - podobnie jak Wnioskodawca - ani nie posiadali w chwili pobrania SIWZ taboru autobusowego spełniającego warunki któregokolwiek z powyższych przetargów, ani nie posiadali możliwości pozyskania takiego taboru w terminie pomiędzy rozstrzygnięciem przetargów a wyznaczoną przez Związek datą rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych.

Po ustaleniu stanu faktycznego, organ antymonopolowy zważył, co następuje:

I. Interes publiczny

Warunkiem koniecznym do wydania decyzji w sprawie nadużywania pozycji dominującej i zastosowania instrumentów prawnych zawartych w ustawie o ochronie (...) jest wykazanie, iż w niniejszym stanie faktycznym nastąpiło naruszenie interesu publicznego. Zgodnie bowiem z treścią art. 1 ust. 1, celem ustawy jest podejmowana w interesie publicznym ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów. Takie określenie jej celu pozwala przyjąć, iż ustawa ma charakter publiczny, służy ochronie interesu ogólnospołecznego i jednocześnie wyłącza możliwość podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. W konsekwencji nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilnoprawnych kwalifikuje sprawę do postępowania w trybie ustawy o ochronie (...). Decydować będzie o tym zawsze naruszenie przez przedsiębiorcę - w następstwie stosowania praktyk ograniczających konkurencję - interesu publicznoprawnego, a więc, gdy skutkami jego działań sprzecznych z tą ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku, wymagające ingerencji ze strony organu antymonopolowego. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który stwierdził, że „postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych” (tak: wyrok z dnia 28.05.2001r. sygn. akt XVII Ama 82/00) oraz określił pojęcie interesu publicznego jako „dotyczącego ogółu a nie tylko określonej grupy, czy tym bardziej interesu indywidualnego podmiotu” (tak: wyroki z dnia 30.05.2001r. sygn. akt XVII Ama 80/00 i z dnia 6.06.2001r. sygn. akt XVII Ama 78/00). Podobne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29.05.2001r. (sygn. I CKN 1217/98) stwierdził, że „ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest słuzenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych (...)”.

W niniejszej sprawie przedmiotem postępowania są ustalone przez Związek warunki uczestniczenia w przetargach na obsługę linii autobusowych komunikacji miejskiej, stwarzające oferentom zróżnicowane warunki konkurencji, w następstwie ustalenia w dwóch przetargach – których przedmiot jest ten sam - różnych kryteriów dotyczących wieku autobusów. Skutki powyższych działań Związku dotyczyły wszystkich przewoźników, dysponujących autobusami przeznaczonymi dla komunikacji miejskiej, którzy mogli uczestniczyć w procedurze przetargowej, tj. bliżej nieoznaczonego kręgu podmiotów – potencjalnych kontrahentów Związku, będących wobec siebie konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie (...). A zatem należy uznać, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w interesie publicznym, a do prowadzonej sprawy mają zastosowanie przepisy tej ustawy.

II. Strony jako przedsiębiorcy

Zgodnie z treścią art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie (...) pod pojęciem „przedsiębiorca” - rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 19 listopada 1999r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), a także m.in. osobę prawną organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej.

Wnioskodawca jest spółką prawa handlowego, a więc ex definitione jest przedsiębiorcą.

Zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnej w zakresie transportu zbiorowego wypełnia powołaną wyżej definicję, a zatem w konsekwencji należy przyjąć, iż gmina – jako osoba prawna - posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o ochronie (...), gdyż organizuje usługi o charakterze użyteczności publicznej w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.). Zarówno orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (poprzednio: Sądu Antymonopolowego), jak i doktryna zgodnie uznają, że do działalności publicznej gminy w zakresie zaspokajania potrzeb wspólnoty, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym - o ile wywołuje skutki praktyk monopolistycznych - ustawa antymonopolowa ma zastosowanie (tak: St. Gronowski „Ustawa antymonopolowa. Komentarz” CH BECK 1996 s. 37 i nast. oraz E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz” Twigger 2002, str. 34 i nast.).

Gminy na podstawie art. 64 ust. 1 ustawy o samorządzie (...) oraz art. 4 ust. 7 lit. a powołanej wcześniej ustawy o transporcie (...) mogą tworzyć związki międzygminne w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych - których zakres przekracza możliwości organizacyjne i finansowe pojedynczej gminy – w tym polegających na organizacji komunikacji miejskiej. W takim przypadku, zgodnie z art. 64 ust. 4 ustawy o samorządzie(...), prawa i obowiązki gmin uczestniczących w związku międzygminnym, związane z wykonywaniem zadań przekazanych związkowi, przechodzą na związek z dniem ogłoszenia statutu związku, co oznacza, iż może być on stroną umów zawieranych z przewoźnikami, których przedmiotem jest obsługa linii autobusowej komunikacji miejskiej. Nadto związek komunalny posiada osobowość prawną oraz wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. A zatem - w świetle powyższego - związek międzygminny jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie (...). Oznacza to, iż przepisy tej ustawy odnoszą się do Związku wprost.

III. Rynek właściwy i pozycja rynkowa Związku.

Stosownie do art. 4 pkt 8 w/w ustawy, rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości (...) 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 występują powiązane ze sobą dwa rynki właściwe spełniające powyższe przesłanki. Pierwszym z nich jest rynek, na którym konkurencja, w wyniku działań

Związku, została zagrożona, drugim - rynek, na którym Związek swojej pozycji nadużył, zagrażając tej konkurencji.

Z uwagi na podane w opisie stanu faktycznego uwarunkowania prawne i faktyczne, pierwszym rynkiem właściwym, tj. tym, na którym konkurencja została zagrożona, jest lokalny rynek komunikacji miejskiej realizowanej na obszarze gmin należących do Związku, tj.: Bolesławia, Bukowna, Kluczy i Olkusza.

Jak wspomniano, stosownie do art. 4 pkt 7 lit. a ustawy o transporcie (...), komunikacja miejska jest rodzajem przewozów regularnych, tj. - zgodnie z art. 4 pkt 7 w/w ustawy - publicznego przewozu osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, realizowanego na zasadach określonych w tej ustawie i prawie Przewozowym. Stosownie do art. 18b ust. 1 ustawy o transporcie (...) przewozy regularne, w tym komunikacja miejska, są wykonywane wg następujących zasad:

- do przewozu używane są wyłącznie autobusy odpowiadające wymaganym ze względu na rodzaj przewozu warunkom technicznym,
- rozkład jazdy jest podawany do publicznej wiadomości przez ogłoszenia na wszystkich wymienionych w rozkładzie jazdy przystankach lub dworcach autobusowych,
- wsiadanie i wysiadanie pasażerów odbywa się tylko na przystankach określonych w rozkładzie jazdy,
- należność za przejazd jest pobierana zgodnie z cennikiem opłat podanym do publicznej wiadomości, z uwzględnieniem obowiązujących ulg ustawowych i umownych, a pasażer otrzymuje potwierdzenie wniesienia opłaty w postaci biletu,
- przejazdy są realizowane na podstawie postanowień regulaminu, który jest dostępny dla pasażerów do wglądu,
- są wykonywane zgodnie z warunkami przewozu osób określonymi w zezwoleniu wydanym przez właściwy organ.

Elementem, który wyróżnia - posiadające powyższe cechy - przewozy regularne, od komunikacji miejskiej, a zarazem elementem, który pozwala na wyodrębnienie rynku właściwego zarówno pod względem produktowym (przedmiotu rynku, realizowanej usługi), jak i geograficznym jest fakt, iż komunikacja miejska - stosownie do jej ustawowej definicji - wykonywana jest:

- wyłącznie w ramach lokalnego transportu zbiorowego, a zatem
- wyłącznie w granicach administracyjnych miasta albo miasta i gminy, względnie miast albo miast i gmin sąsiadujących, jeżeli zawarły one porozumienie lub utworzyły związek międzygminny w sprawie wspólnej realizacji komunikacji na swoim obszarze.

W przedmiotowym stanie faktycznym, uwzględniając dodatkowo - wykazaną w dalszej części uzasadnienia - decydującą rolę Związku w kształtowaniu komunikacji miejskiej, ten rodzaj komunikacji wyróżniają jeszcze inne, następujące cechy:

- przebieg tras (linii) przewozów oraz rozkłady jazdy zostały ustalone przez Związek,
- wsiadanie i wysiadanie pasażerów odbywa się wyłącznie na wskazanych przez Związek przystankach i placu postojowym,
- przejazdy odbywają się na podstawie biletów sprzedawanych przez Związek, a wpływy z nich stanowią przychód Związku; przewoźnicy są tylko pośrednikami w sprzedaży biletów,
- cena biletów jest ustalana wyłącznie przez Związek i jest wiążąca dla przewoźników,

- przewoźnicy otrzymują od Związku wynagrodzenie umowne, którego podstawą jest stała cena przewozu pasażerów za jeden kilometr, co oznacza, iż ich przychody są niezależne – jak w przypadku pozostałych przewoźników - od liczby przewożonych pasażerów lub sprzedawanych biletów,
- kontrahentem przewoźników obsługujących linie komunikacji miejskiej jest Związek, a przedmiot umów obejmuje świadczenie usług przewozowych na rzecz osób trzecich – tj. pasażerów.

Opisana powyżej specyfika komunikacji miejskiej - a zwłaszcza okoliczność, że przewoźnicy obsługujący linie komunikacji miejskiej mogą działać, w przeciwieństwie do innych przewoźników regularnych, niezależnie od liczby przewożonych pasażerów lub wysokości cen za świadczone przewozy - powoduje, że stanowi ona w pełni wyodrębniony i autonomiczny rynek produktowy. Uczestnikami tego rynku są przewoźnicy, którzy obsługują lub mogą obsługiwać linie komunikacji miejskiej, świadcząc usługi na rzecz pasażerów. Konkurencja pomiędzy tymi przewoźnikami odbywa się jednak nie na etapie obsługi linii komunikacji miejskiej (jak ma to miejsce w przypadku innych przewoźników regularnych), gdyż standard obsługi na danej linii komunikacji miejskiej i należność za przewozy zostały ustalone przez Związek, lecz na etapie przetargów organizowanych przez Związek, których przedmiotem jest właśnie obsługa określonych linii. Powyższe uwarunkowania powodują, iż konkurencja na lokalnym rynku komunikacji miejskiej nie jest kształtowana przez ostatecznych nabywców usług przewozowych, tj. pasażerów (jak ma to miejsce w przypadku innych przewozów regularnych), lecz Związek, który poprzez swoje decyzje zapewnia przewoźnikom dostęp do tego rynku lub tego dostępu pozbawia.

Powracając zatem do roli i pozycji Związku na wyżej zdefiniowanym lokalnym rynku komunikacji miejskiej realizowanej na obszarze gmin: Bolesławia, Bukowna, Kluczy i Olkusa stwierdzić należy, iż ustawodawca - wyodrębniając komunikację miejską z innych rodzajów przewozów regularnych oraz nadając jej wspomniane wcześniej cechy - jednocześnie powierzył gminom zadania z nią związane. Skoro bowiem - stosownie do art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy o samorządzie (...) - zadaniem własnym gmin jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, zaś komunikacja miejska, to tenże lokalny transport zbiorowy, tyle że wykonywany w granicach danej gminy (art. 4 pkt 7 lit. a ustawy o transporcie), to do zadań tej gminy należy zapewnienie komunikacji miejskiej.

Powyższe zadania gminy realizują poprzez stworzenie systemu komunikacji miejskiej, tj. np. utworzenie zakładu budżetowego lub spółki komunalnej, które bezpośrednio będą wykonywały te czynności, czy też - jak w niniejszej sprawie uczynił to Związek - powierzenie przewozów w ramach komunikacji miejskiej niezależnym od gminy przedsiębiorcom. Działania te zdefiniować należy jako organizowanie komunikacji miejskiej na uzależnionym od przypadku terenie. W ocenie organu antymonopolowego organizowanie komunikacji miejskiej na obszarze gminy lub gmin należących do związku międzygminnego, również stanowi przedmiot dostatecznie wyodrębnionego rynku właściwego zdefiniowanego w art. 4 ust. 8 ustawy o ochronie (...).

Odwołując się do tej definicji stwierdzić bowiem należy, iż organizowanie takiej komunikacji na określonym terenie jest pewnego rodzaju publicznym obowiązkiem organizatora, od którego, z jednej strony, organizator ten nie może się uwolnić, z drugiej zaś, bez realizacji którego, komunikacja miejska nie mogłaby na danym terenie funkcjonować. Organizowanie komunikacji miejskiej nie posiada zatem swoich odpowiedników

(zamienników, substytutów) i jest ściśle związane terytorialnie z zasięgiem rynku samej komunikacji miejskiej. Organizator - pomimo, że sam usług przewozowych nie świadczy, jest jednak jedynym podmiotem, który na kształt lokalnego rynku komunikacji miejskiej ma wpływ z mocy samego prawa.

W niniejszej sprawie gminy: Bolesław, Bukowno, Klucze i Olkusz, skorzystały z możliwości przewidzianych w art. 64 ust. 1 ustawy o samorządzie (...) oraz w art. 4 ust. 7 lit. a ustawy o transporcie (...) i zawarły Związek „Komunikacja Międzygminna”, który przejął ich prawa i obowiązki związane z wykonywaniem powyższych działań organizowania komunikacji miejskiej, w tym prawo do zawierania umów z potencjalnymi kontrahentami. Czynności te, tj. organizowanie komunikacji miejskiej, w tym zawieranie umów z przewoźnikami, Związek realizuje na zasadzie wyłączności, wynikającej z powołanych wyżej ustawowych kompetencji gmin na niego scedowanych. Związek działa zatem w warunkach monopolu, który jest kwalifikowaną formą pozycji dominującej.

Zgodnie z treścią art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie (...) przez pozycję dominującą należy rozumieć 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 %.

W niniejszej sprawie Związek - realizując ustawowe zadania organizacji komunikacji miejskiej na terenie gmin Bolesław, Bukowno, Klucze i Olkusz - działa niezależnie od:

- konkurentów, których - jako monopolista ustawowy - nie posiada,
- kontrahentów, tj. przewoźników, z którymi zawiera umowy poprzedzone przetargami przeprowadzanymi na określonych przez siebie zasadach oraz
- konsumentów, w imieniu których działa, zaspokajając zbiorowe potrzeby mieszkańców.

Reasumując rozważania na temat rynku właściwego, stwierdzić należy, iż rynkiem spełniającym przesłanki z art. 4 ust. 8 ustawy o ochronie (...), na którym Związek posiada pozycję dominującą, o której mowa w art. 4 ust 9 tej ustawy, jest lokalny rynek organizowania komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków Związku, tj.: Bolesławia, Bukowna, Kluczy i Olkusza.

IV. Nadużywanie pozycji dominującej

Skoro Związek jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a) powołanej ustawy o ochronie (...), który na wyróżnionym wyżej rynku właściwym organizowania komunikacji miejskiej posiada pozycję dominującą, to jego działania - a zwłaszcza sposób korzystania w przysługujących mu uprawnień ustawowych - podlegają ocenie organu antymonopolowego pod kątem zgodności z przepisami tej ustawy.

Wybór przewoźników wykonujących przewozy w ramach komunikacji miejskiej powinien zostać dokonany przez Związek w trybie określonym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1). Stosownie do tego przepisu – zawierającego jedną z fundamentalnych zasad procedury zamówień publicznych – każdy zamawiający, w tym Związek, jest zobowiązany do ustalania, równych i jednakowych dla wszystkich, warunków

dopuszczenia przedsiębiorców do udziału w postępowaniu przetargowym oraz warunków SIWZ, nie dyskryminujących niektórych przedsiębiorców. W związku z powyższym zachodzi konieczność ustalenia i rozważenia, jaki wpływ na konkurencję na lokalnym rynku komunikacji miejskiej wywierał Związek i posiadane przez niego uprawnienia w zakresie organizowania przetargów, a w szczególności - czy jego działania prowadziły lub mogły prowadzić do ograniczenia konkurencji na tym rynku.

Jedną z form ograniczania konkurencji - zakazanych przepisami wymienionej powyżej ustawy o ochronie (...) - jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym (art. 8 ust. 1) poprzez:

- stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji (art. 8 ust. 2 pkt 3) lub
- podejmowanie działań przeciwdziałających ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 8 ust. 2 pkt 5),
- narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 8 ust. 2 pkt 6).

Antykonkurencyjnego charakteru działań Związku dowodzi całokształt zaistniałych w sprawie okoliczności, a w szczególności czynności zmierzających do ustalenia wieku pojazdów, jakimi dysponował Wnioskodawca oraz ustalenia w dwóch przetargach różnych kryteriów dotyczących wieku autobusów.

V. Naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 3

Przepis ten wprowadza zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji. Ma on zastosowanie w sytuacjach, gdy kontrahentami dominanta rynkowego są lub mogą być przedsiębiorcy wchodzący w relacje konkurencyjne na rynku i którzy – w wyniku niejednorodnych warunków stworzonych przez tego dominanta - nie mogą konkurować w porównywalnych warunkach.

Dla stwierdzenia tej praktyki konieczne jest kumulatywne spełnienie trzech następujących przesłanek:

- umowy będące przedmiotem porównań powinny być podobne, a zatem dotyczyć tej samej materii,
- umowy zawierane przez dominanta z poszczególnymi kontrahentami lub konkurentami muszą zawierać postanowienia różniące się od siebie w sposób powodujący dyskryminację niektórych z nich,
- dyskryminowanie to skutkuje zróżnicowaniem warunków konkurowania na tym samym rynku właściwym, na którym działają przedsiębiorcy dotknięci tą praktyką.

Analizując zachowania Związku pod kątem wymienionych wyżej przesłanek należy na wstępie przyjąć, iż podlegają one ocenie na gruncie z art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...) pomimo, że w wyniku ocenianych przetargów, Związek żadnych umów z przewoźnikami nie zawarł. Specyfika działalności gospodarczej prowadzonej na podstawie umów zawieranych w wyniku przetargów powoduje, iż konkurowanie ogranicza się w takich wypadkach do przedstawienia ofert. Z chwilą rozstrzygnięcia przetargu, przedsiębiorcy,

którzy pomiędzy sobą konkurowali składając - co do zasady - korzystniejsze od innych oferty, konkurować przestają. Wyboru oferty dokonuje podmiot ogłaszający przetarg i przedsiębiorcy przez niego odrzuceni przestają konkurować z przedsiębiorcą wybranym. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie SOKIK, w świetle którego pojęcie „umowa” w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...) należy interpretować szeroko, uznając, iż obejmuje ono swym znaczeniem także etap poprzedzający zawarcie umowy, szczególnie w sytuacji, kiedy krąg podmiotów, z którymi mają zostać zawarte umowy w drodze przetargu wyłaniany jest wg nie jednoznacznych kryteriów” (tak: wyrok z dnia 12.09.2002r. sygn. akt XVII Ama 101/01).

Wobec powyższego, w niniejszej sprawie, niezależnie od tego, czy umowy zawarte zostałyby w wyniku 2 przetargów będących przedmiotem oceny i ostatecznie unieważnionych, czy też jednego przetargu ostatecznie przez Związek rozstrzygniętego, ocenie z punktu widzenia art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...) podlegają lub podlegałyby nie te umowy, lecz sam przetarg, a dokładnie jego warunki określające dostęp do lokalnego rynku komunikacji miejskiej. Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, iż zachowania Związku wypełniają wszystkie trzy przesłanki, o których mowa w w/w przepisie.

Po pierwsze - bezsporne jest, iż przedmiot obydwóch przetargów był ten sam i dotyczył tej samej materii, tj. obsługi linii autobusowych komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków Związku. Przetargi te zostały zorganizowane na skutek podzielenia przez Związek jednego przedmiotu zamówienia na 2 części, obejmujące odpowiednio 8 i 10 linii autobusowych komunikacji miejskiej. Po ich unieważnieniu Związek przeprowadził już tylko jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę wszystkich 18 linii komunikacji miejskiej. Wobec powyższego spełniona została pierwsza z powołanych przesłanek, gdyż przedmiot dwóch ocenianych przetargów jest ten sam.

Po drugie - bezsporna jest również okoliczność zamieszczenia przez Związek w SIWZ obydwóch przetargów różnych postanowień w zakresie wymagań odnośnie do wieku taboru autobusowego, jakimi powinni dysponować potencjalni wykonawcy. Oznacza to, iż druga przesłanka została także spełniona.

Po trzecie - analizując ostatnią z przesłanek stwierdzić należy, iż wprowadzenie przez Związek do dwóch przetargów, których przedmiot jest ten sam - tj. obsługa linii autobusowych komunikacji miejskiej – różnych wymagań odnośnie do wieku autobusów powodowało, że potencjalni wykonawcy ubiegający się o takie samo zamówienie, musieli spełniać zróżnicowane warunki uczestniczenia w tych postępowaniach. Konsekwencją powyższego było to, iż w obydwóch przetargach – gdyby nie zostały one unieważnione - nie mogliby uczestniczyć wszyscy przewoźnicy zainteresowani udziałem w przetargach, ponieważ posiadany przez nich tabor autobusowy albo wykluczałby ich w ogóle z obydwóch przetargów, albo uprawniałby jedynie do udziału w jednym przetargu, w którym warunki SIWZ zezwalały na posiadanie starszych, zmodernizowanych autobusów. Inni natomiast – z racji dysponowania nowszym taborem – mogliby uczestniczyć bez ograniczeń w obydwóch przetargach. Skutkiem tego, ta grupa przewoźników (wykonawców) byłaby uprzywilejowana – już na mocy samych warunków SIWZ ustalonych przez Związek - w stosunku do innych przewoźników, których dysponowali jedynie starszym taborem.

Takie różnicowanie w SIWZ przez Związek warunków uczestnictwa w przetargach – zdaniem organu antymonopolowego – nie znajduje ani uzasadnienia prawnego, ani ekonomicznego i stanowi działanie ograniczające konkurencję. W wyniku tego działania

Związku sytuacja prawna potencjalnych oferentów została zróżnicowana, na jedynym z możliwych - przy tej specyfice - etapie konkurowania. Oznacza to, iż spełniona została ostatnia z przesłanek koniecznych do udowodnienia, że działania Związku stanowią praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...).

Należy także dodać, iż powyższe działania Związku nie znajdowało jakiegokolwiek uzasadnienia w obowiązujących przepisach Prawa zamówień publicznych, a nawet przeciwnie – naruszało zasadę równego traktowania oferentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z treścią art. 32 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zamawiający – tj. w przedmiotowej sprawie Związek - nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów tej ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

Powyższy przepis ma przeciwdziałać omijaniu stosowania procedur ustawy. Zamawiający nie tylko nie może dzielić zamówienia na części, ale także zaniżać wartości zamówienia, gdyby miało to służyć udzieleniu zamówienia z pominięciem przepisów ustawy bądź w celu zastosowania w miejsce procedur przetargowych procedur mniej konkurencyjnych. Przepis ten nie zabrania natomiast podziału zamówienia, jeżeli jest to uzasadnione względami gospodarczymi bądź organizacyjnymi. Dopuszczalne jest dokonywanie podziału zamówienia na części w taki sposób, że w stosunku do każdej części zamówienia będą miały zastosowanie przepisy ustawy, a podział nie będzie miał wpływu na wybór trybu, w jakim musiałyby być udzielone zamówienie, gdyby zamawiający nie dokonał jego podziału (E. Norek „Komentarz do art. 32 Prawa Zamówień Publicznych” nb 5-6 Lex Polonica Maxima).

Nadto – zdaniem organu antymonopolowego - ewentualny podział zamówienia nie może prowadzić do ograniczenia konkurencji wśród potencjalnych uczestników przetargów (wykonawców - w rozumieniu art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych), a zwłaszcza do ograniczenia im możliwości uczestniczenia w którymkolwiek z postępowań, którego przedmiotem jest część zamówienia lub różnicowania warunków uczestnictwa w takich postępowaniach.

VI. Naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5

Zdaniem organu antymonopolowego, drugi z zarzutów podniesionych przez Wnioskodawcę – tj. przeciwdziałanie przez Związek rozwojowi konkurencji na lokalnym rynku komunikacji miejskiej - znajduje uzasadnienie w zebranych materiale dowodowym. Podkreślenia wymaga, iż obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji ciąży nie tylko na organach państwa, ale również przedsiębiorcach na rynku, których pozycja rynkowa pozwala im na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników (tak: E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz” TWIGGER 2002, str. 113).

Związek – mimo, iż powyższy obowiązek odnosi się także do niego – ustalił w SIWZ obydwóch przetargów warunki techniczne w zakresie wieku i pojemności - jakie powinny spełniać autobusy należące do przewoźników, uprawniające ich do ubiegania się o zamówienie – które ograniczały w rzeczywistości niektórym przewoźnikom możliwość uczestniczenia w przetargach, a nawet wręcz ich jej pozbawiały. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż akty prawne obowiązujące w zakresie transportu drogowego oraz ruchu drogowego nie zawierają jakichkolwiek przepisów, które uprawniałyby Związek do ustalania,

wykraczających ponad regulacje ustawowe, warunków technicznych autobusów, przy pomocy których przewoźnicy – wybrani w trybie postępowań przetargowych - mieliby świadczyć usługi przewozów w ramach komunikacji miejskiej. A contrario byłoby dopuszczalne przyjęcie tezy, iż Związek mógłby wprowadzić takie dodatkowe warunki, jednakże nie mogłyby one powodować ograniczenia konkurencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 5 ust. 3 pkt 5 ustawy o transporcie (...) jednym z wymogów uzyskania przez przewoźnika licencji na wykonywanie transportu drogowego jest posiadanie tytułu prawnego do dysponowania pojazdami samochodowymi spełniającymi wymagania techniczne określone przepisami prawa o ruchu drogowym, którymi transport drogowy ma być wykonywany. Przepisy powołanej wyżej ustawy Prawo o ruchu drogowym i aktów wykonawczych do tej ustawy nakładają na wszystkich przewoźników, wykonujących przewozy regularne – do których zalicza się także komunikację miejską – obowiązek posiadania pojazdów spełniających wymagania techniczne określone w przepisach wykonawczych (art. 66 i następane Prawa o ruchu (...)), a także przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 Nr 32 poz. 262 z późn. zm.) oraz dokonywania okresowej kontroli stanu autobusów o łącznej liczbie miejsc powyżej 15 co najmniej raz na pięć lat oraz dokonywania obowiązkowych badań technicznych pojazdów co sześć miesięcy (art. 81 ust. 6 Prawa o ruchu (...)).

Zbliżone obowiązki nakłada na przewoźników wykonujących przewozy w ramach komunikacji miejskiej także ustawa z dnia 15 listopada 1984r. Prawo przewozowe (Dz. U. z 2000r. Nr 50 poz. 601 z późn. zm.). Art. 3 ust. 2 tej ustawy zobowiązuje bowiem przewoźników do używania środków transportowych odpowiednich do danego przewozu, podczas gdy art. 14 ust. 1 obliguje do zapewnienia podróżnym odpowiednich warunków bezpieczeństwa i higieny oraz wygody i należytej obsługi.

Z treści powyższych przepisów wynikają następujące wnioski.

- 1) do wykonywania przewozów w ramach komunikacji miejskiej dopuszczone są wyłącznie autobusy spełniające wymagania techniczne określone w przepisach o ruchu drogowym.
- 2) do ruchu drogowego, a zatem do wykonywania przewozów są dopuszczone wyłącznie autobusy, których stan techniczny został potwierdzony obligatoryjnymi badaniami. W przypadku autobusów o liczbie miejsc powyżej 15 obligatoryjne badania techniczne są przeprowadzane przed upływem roku od dnia pierwszej rejestracji pojazdu, a następne badania - co 6 miesięcy.
- 3) brak jest przepisów, które ograniczałyby wiek autobusów wykorzystywanych do przewozu pasażerów w ramach komunikacji miejskiej, albowiem jedynym warunkiem dopuszczenia ich do eksploatacji i przewozu pasażerów jest należyty stan techniczny autobusów, zgodny z obowiązującymi przepisami, a potwierdzony wynikami obligatoryjnych badań technicznych.

W tym stanie faktycznym i prawnym należy uznać, iż działania Związku – polegające na wprowadzeniu do SIWZ postanowień dotyczących wieku autobusów, jakimi powinni dysponować potencjalni wykonawcy - nie znajdowały podstaw prawnych. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że zapisy SIWZ w tym zakresie - w przypadku obydwóch przetargów - nie posiadały obiektywnego charakteru, albowiem naruszały zasadę równego traktowania wykonawców, wprowadzając do specyfikacji każdego z przetargów warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu przetargowym, które mogli spełnić jedynie

niektórzy przewoźnicy, dysponujący nowym taborom autobusowym. Inni przewoźnicy natomiast, zamierzający ewentualnie uczestniczyć w przetargach, którzy nie dysponowali takimi autobusami zostali już a priori pozbawieni możliwości uczestniczenia, bądź w jednym z przetargów – jak METEOR Sp. jawna, bądź w obydwóch przetargach – jak Wnioskodawca oraz czterech innych przewoźników. Ograniczenie przedsiębiorcom możliwości udziału w przetargach oraz w konsekwencji zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego, które nie wynika ani z obowiązujących przepisów, ani z obiektywnych i równych wobec wszystkich wykonawców warunków postępowania, jest zdaniem organu antymonopolowego działaniem antykonkurencyjnym, prowadzącym do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym. Z uwagi na specyfikę zamówień publicznych oraz lokalnego rynku komunikacji miejskiej - powodujących, że obsługa linii komunikacji miejskiej może być zlecona jedynie zwycięzcy lub zwycięzcom przetargów - stwierdzić należy, iż przewoźnicy mogą konkurować ze sobą jedynie na etapie postępowania przetargowego, składając konkurencyjne względem siebie oferty. Pozbawienie ich zatem – już na wstępie postępowań - możliwości uczestniczenia w przetargach, eliminuje ich całkowicie z walki konkurencyjnej z innymi, dopuszczonymi do udziału w przetargach, przewoźnikami, a w konsekwencji może negatywnie wpływać na rozwój konkurencji, prowadząc do jej ograniczenia, ze szkodą dla rynku i konsumentów.

Ograniczającym konkurencję działaniem, było także zamieszczenie przez Związek w SIWZ obydwóch przetargów postanowień, na mocy których do postępowań przetargowych nie mogli zostać dopuszczeni przewoźnicy dysponujący autobusami o pojemności większej niż 115 miejsc. Immanentną cechą komunikacji miejskiej jest nierównomierne zapelnienie pojazdów: większe w godzinach szczytu i mniejsze poza tymi godzinami, skutkiem którego może być konieczność jednorazowego przewozu dużej liczby pasażerów. Z tego względu celowe jest wykorzystywanie w komunikacji miejskiej autobusów, posiadających możliwość zabrania jednorazowo dużej liczby pasażerów. W okresie przed ogłoszeniem przedmiotowych przetargów większość linii autobusowych była obsługiwana przez Wnioskodawcę – będącego do 2003r. spółką komunalną - który do przewozów na terenie Związku wykorzystywał posiadany tabor autobusowy, w tym autobusy o pojemności od 108 do 157 miejsc. Wprowadzenie zatem do SIWZ zapisów, w świetle których do przetargów dopuszczeni byliby wyłącznie przewoźnicy dysponujący autobusami o pojemności nie większej niż 115 miejsc powoduje, iż z udziału w tych postępowaniach wyłączony został już a priori Wnioskodawca oraz wszyscy inni potencjalni uczestnicy, dysponujący autobusami o liczbie miejsc większej niż określona w SIWZ. Nie dysponując autobusami o wymaganej liczbie miejsc nie spełnialiby oni warunków specyfikacji, a w konsekwencji złożone przez nich oferty podlegałyby odrzuceniu, jako niezgodne z ustalonymi warunkami przetargów. Skutkiem powyższego działania Związku było ograniczenie - jeszcze przed terminem do składania ofert - liczby potencjalnych uczestników obydwóch postępowań przetargowych poprzez pozbawienie niektórych z nich możliwości uczestniczenia w przetargach, a tym samym ograniczenie konkurencji wśród przewoźników mogących wykonywać przewozy w ramach komunikacji miejskiej.

Za nie zasługujące na uznanie organ antymonopolowy uznał wyjaśnienia Związku w przedmiocie konieczności ograniczenia pojemności autobusów do 115 miejsc (dowód: k. 125). Jego twierdzenia o występujących potrzebach przewozowych, kosztach przewozu, a zwłaszcza o utrudnieniach w ruchu drogowym spowodowane wielkością zatok postojowych lub ich brakiem albo utrudnieniami w zawracaniu na pętach końcowych są niewiarygodne, albowiem Wnioskodawca wykonywał dotychczas przewozy w tych właśnie warunkach drogowych i przy wykorzystaniu autobusów o pojemności przekraczającej 115 miejsc. Skoro

więc obsługa linii autobusowych była realizowana przy pomocy takiego taboru autobusowego, to brak było racjonalnych podstaw do wprowadzania do SIWZ przedmiotowych przetargów postanowień ograniczających pojemność autobusów. Takie ograniczenie nie znajduje również uzasadnienia ekonomicznego, ponieważ całe ryzyko związane z ewentualnymi nadmiernymi kosztami eksploatacji takich autobusów ponosiłby zwycięzca przetargów. Związek natomiast – z uwagi na sposób ustalania wynagrodzenia oraz tryb wyboru przewoźnika, gdzie cena stanowiła główne kryterium wyboru oferty – byłby związany złożoną ofertą i w konsekwencji zobowiązany do zapłaty określonego w przetargu wynagrodzenia, bez względu na faktyczne koszty, jakie ponosiłby przewoźnik i rodzaj wykorzystywanego przez niego taboru.

Dodatkowym argumentem świadczącym o trafności zarzutu jest okoliczność, iż Związek ogłaszając – po unieważnieniu przedmiotowych przetargów – nowy przetarg, odstąpił od zamieszczenia w jego SIWZ postanowień ograniczających pojemność autobusów, którymi powinny dysponować przewoźnicy.

Również niewiarygodne – w świetle powołanych przepisów w zakresie ruchu drogowego - są wyjaśnienia Związku odnoszące się wieku autobusów, jako gwarancji zapewnienia bezpieczeństwa obsługi pasażerów i zmniejszenia usterkowości pojazdów. Podnieść bowiem należy, iż wszystkie autobusy – bez względu na ich wiek – podlegają tym samym przepisom oraz muszą spełniać te same warunki techniczne, a ponadto podlegają obowiązkowym badaniom technicznym.

Na dążenie Związku do ograniczenia konkurencji poprzez niedopuszczenie do udziału w przedmiotowych przetargach niektórych potencjalnych przewoźników, a zwłaszcza Wnioskodawcy, wskazuje całokształt zgromadzonego materiału dowodowego, który jednoznacznie dowodzi, że wprowadzone do SIWZ tych przetargów kryteria dotyczące wieku autobusów i ich pojemności miały na celu wyeliminowanie z kręgu potencjalnych wykonawców tych przewoźników, w tym Wnioskodawcy. Zamiar taki potwierdza również fakt pisemnego wystąpienia przez Burmistrza Miasta i Gminy w Olkuszu do Wnioskodawcy z żądaniem przedstawienia wykazu taboru autobusowego, znajdującego się w jego dyspozycji z podaniem roku produkcji autobusów, ich pojemności oraz rok naprawy głównej oraz uzasadnienie tego wystąpienia, z którego wynika, iż celem Burmistrza było uzyskanie danych do „takiego określenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby zagwarantować zachowanie uczciwej konkurencji” (dowód: k. 47). Postanowienia SIWZ - w zakresie warunków jakie powinny spełniać autobusy potencjalnych uczestników - zostały jednak tak sformułowane, iż pozbawiły Wnioskodawcę, a także czterech innych przewoźników, możliwości uczestniczenia w którymkolwiek z ogłoszonych przetargów, ponieważ nie dysponowali oni taborem autobusowym, który spełniałby warunki przetargu w zakresie wieku i pojemności.

Zdaniem organu antymonopolowego, dowody zgromadzone w toku postępowania antymonopolowego potwierdzają zasadność zarzutów Wnioskodawcy i stanowią dostateczną podstawę do stwierdzenia, że Związek działał w sposób sprzeczny z treścią art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...).

Bez znaczenia pozostaje natomiast okoliczność, czy w dniu wydania niniejszej decyzji zaistniały skutki działań Związku w postaci ograniczenia konkurencji na lokalnym rynku komunikacji miejskiej czy nie. Jak bowiem stwierdził Sąd Antymonopolowy (obecnie SOKIK) w wyroku z dnia 23.03.1993r. XVII Amr 58/93 („Wokanda” 1994 nr 8), „bezprawne

jest już samo podjęcie działań zmierzających do ograniczenia konkurencji w sposób sprzeczny z ustawą. Skutek taki może wystąpić lub nie (...). Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do sytuacji trudnej do zaakceptowania. Należałoby wówczas przyjąć, że jak długo nie nastąpiło rzeczywiste ograniczenie konkurencji, legalne są działania prowadzące do tego celu, choćby podejmowane środkami zakazanymi przez prawo”.

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

VII. Naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 6

Zebrany materiał dowodowy nie potwierdził natomiast zarzutu nadużywania przez Związek pozycji dominującej na lokalnym rynku na lokalnym rynku organizowania komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków Związku, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów obsługi linii autobusowych komunikacji miejskiej, przynoszących Związkowi nieuzasadnione korzyści, w następnym:

- ustalenia, że waloryzacja wynagrodzenia za te usługi nie może przewyższać kwartalnego wskaźnika wzrostu cen dóbr i usług konsumpcyjnych ogłaszanego przez Prezesa GUS,
- uniemożliwienia rozliczenia po zakończeniu umowy, biletów niesprzedanych po dniu 30.12.2007r.

Związek - jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 listopada 1998r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2003r. Nr 15 poz. 148 z późn. zm.) - jest zobowiązany do stosowania procedur zamówień publicznych oraz wynikających z nich zasad zawierania umów z wykonawcami wyłonionymi w drodze przetargów. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie nakładają na zamawiającego, w tym Związek, obowiązku wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia wykonawców, nawet w przypadku gdy przedmiotem zamówienia publicznego - a także umowy zawartej w wyniku jego rozstrzygnięcia - jest świadczenie usług przez okres 3 lat. Działanie takie ma na celu racjonalizowanie wydatków środków publicznych poprzez wybór i zawarcie umowy z najtańszym wykonawcą. Konsekwencją tego jest przerzucenie na potencjalnych kontrahentów całego ryzyka związanego z prawidłowym skalkulowaniem oferty i z ewentualnym wzrostem kosztów świadczenia usług objętych zamówieniem. Brak waloryzacji wynagrodzenia lub waloryzacja niższa od stosowanej w umowach danego typu może być uznany w niektórych wypadkach za uciążliwy warunek umowy w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie (...).

Powyższy przepis wprowadza zakaz nadużywania przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na rynku właściwym poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Dla stwierdzenia tej praktyki konieczne jest kumulatywne spełnienie trzech następujących przesłanek wymienionych w tym przepisie, tj.:

- posiadania przez przedsiębiorcę stosującego praktykę pozycji dominującej na rynku,
- narzucanie kontrahentom warunków umów,
- uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści przez tego przedsiębiorcę.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, iż Związek posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, a więc spełniona jest pierwsza z przesłanek. W przypadku pozostałych - brak jest podstaw do przyjęcia, że sposób waloryzacji został narzucony, ponieważ cechą postępowań przetargowych jest, iż wyłącznie od woli potencjalnych wykonawców zależy to,

czy – po zapoznaniu się z SIWZ - zaakceptują oni warunki przetargu i będą w nim uczestniczyć, konkurując z innymi przedsiębiorcami. Oznacza to, iż decyzja o ewentualnym uczestniczeniu w postępowaniu przetargowym jest podejmowana przez każdego potencjalnego wykonawcę w pełni suwerennie i w oparciu o rachunek ekonomiczny. Skoro więc przesłanka narzucenia warunku umowy nie została spełniona, to brak jest możliwości uznania działań Związku w tym zakresie za praktykę ograniczającą konkurencję.

Dodatkowo należy mieć na uwadze okoliczność, iż Wnioskodawca przystąpił do kolejnego przetargu zorganizowanego przez Związek, w którym nie przewidziano w ogóle waloryzacji wynagrodzenia za obsługę linii autobusowych komunikacji miejskiej. Fakt, iż przystąpił on i wygrał przetarg - którego warunki były mniej korzystne niż kwestionowane przez niego warunki przedmiotowych przetargów - świadczy również o braku uciążliwości tych warunków. Okoliczność, iż dwie przesłanki nie zostały spełnione, nie stwarza więc podstaw do przyjęcia, że ustalone przez Związek w przedmiotowych przetargach zasady waloryzacji wynagrodzenia stanowiły uciążliwe warunki umów i zostały one narzucone.

Odnosząc się natomiast do drugiego z zarzutów Wnioskodawcy stwierdzić należy, iż nie znajduje on potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Przedmiotem umów, które miały być zawarte wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowych przetargów była obsługa linii autobusowych, obejmująca także sprzedaż biletów przez kierowców autobusów. Z treści par. 4 ust. 8 projektów umów wynika, że rozliczenie prognozowanego wynagrodzenia przewoźnika za grudzień 2007r. i sprzedanych przez niego w tym miesiącu biletów powinno nastąpić w dniach 30 – 31 grudnia 2007r. Ostateczne rozliczenie wynagrodzenia miało nastąpić na podstawie faktury korygującej, uwzględniającej rzeczywiste wykonanie usług. Zdaniem organu antymonopolowego, brak byłoby przeszkód, aby fakturą korygującą objąć także ostateczne rozliczenie biletów, które byłyby ewentualnie sprzedane przez kierowców po dniu 30.12.2007. Z tego względu, należałoby uznać, iż brak jest podstaw do uznania, iż działania Związku w tym zakresie wypełniają przesłanki praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie (...).

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

Stosownie do treści przepisu art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie (...) organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu określonego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 8.

W niniejszej sprawie stwierdzono, że Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” stosował praktyki ograniczające konkurencję naruszające zakaz z art. 8 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy o ochronie (...). Ponieważ zakaz ten ma charakter bezwzględny, a zatem nie istnieją przesłanki natury prawnej które umożliwiały zalegalizowanie tych praktyk, nałożenie kary jest uzasadnione. Biorąc powyższe pod uwagę, organ antymonopolowy postanowił skorzystać z przysługujących mu, na podstawie art. 101 ust. 1 ustawy o ochronie (...), uprawnień i nałożył na Związek karę pieniężną.

Stosownie do treści przepisu art. 104 tej ustawy, organ antymonopolowy - przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych – powinien uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności poprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Ustalając wysokość kary pieniężnej w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazów określonych w ustawie o ochronie (...), należy zatem uwzględnić wagę tego naruszenia, rozmiar rynku dotkniętego skutkami stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję, jak również zaistniałe okoliczności obciążające i łagodzące.

Oceniając wagę naruszenia ustawy stwierdzić należy, iż praktyka stosowana przez Związek miała charakter antykonkurencyjny, polegający na ograniczeniu przedsiębiorcom możliwości udziału w przetargach oraz w konsekwencji zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego. Skutki działań Związku mogły dotyczyć nie tylko Wnioskodawcy, ale także innych potencjalnych wykonawców, tj. przewoźników, którzy podjęliby decyzję o przystąpieniu do przetargów.

Z drugiej strony, dokonując oceny rozmiaru rynku dotkniętego skutkami praktyk, stwierdzić należy, iż sprawa posiadała lokalny wymiar. Praktyka Związku, dotyczyła bowiem lokalnego rynku komunikacji miejskiej na terenie gmin - członków Związku.

Doszukując się okoliczności łagodzących stwierdzić należy, iż Związek po raz pierwszy naruszył przepisy ustawy o ochronie (...). Za miarkowaniem wysokości kary przemawia również fakt, iż Związek, utworzony został przez cztery gminy, tj. wspólnoty samorządowe, co oznacza, że kara będzie stanowić dolegliwość również dla mieszkańców tych gmin.

Niezależnie o powyższego należało także uwzględnić orzecznictwo Sądu Najwyższego, w świetle którego kara winna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy oraz korzyści jakie osiągnął, lub zamierzał osiągnąć - jest ona nakładana i wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku prawnego (vide: wyrok z 27.06.2000r. sygn. akt I CKN 793/98).

Ponieważ, w świetle powyższego orzecznictwa kara winna również spełniać rolę zarówno represyjną, jak i wychowawczą, a nadto pozostawać we właściwej proporcji do możliwości karanego przedsiębiorcy, ustalając wysokość kary wzięto pod uwagę potencjał ekonomiczny Związku. Przyjmując zatem wspomniane wcześniej okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie (...), w tym te, które przemawiają za wymierzeniem kary w umiarkowanej wysokości, jak również fakt, iż kara winna być orzekana na poziomie wystarczającym do osiągnięcia zamierzonego celu i odczuwalna dla przedsiębiorcy, ale równocześnie pozwalającym mu na dalsze prowadzenie działalności gospodarczej, organ antymonopolowy postanowił nałożyć karę w wysokości 0,2 % przychodu, tj. w wysokości 1/50 kary maksymalnej.

Jako podstawę obliczenia kary przyjęto przychód Związku prognozowany za rok 2005, w wysokości 6.677.724 zł. Zatem kara - stanowiąca 0,2 % tej wartości - wynosi **13.356 zł** (słownie: trzynaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt sześć).

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

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

NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie (...) 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 w Krakowie (31-011 Kraków, Pl. Szczepański 5).

Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Leszek Piekarz
p.o. Dyrektora Delegatury

Otrzymują:

1. **Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna”** al. 1000-lecia 2c, 32-300 Olkusz
2. **Pani Agnieszka Leszczyńska pełnomocnik Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o.**
ul. Kopalniana 2, 32-300 Olkusz
3. a/a RKR