



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW  
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW  
w Warszawie**

RWA-41-9/04/GM

Warszawa, dn. 21 września 2005 r.

**DECYZJA Nr RWA 27/2005**

Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 86 poz. 804 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18 poz. 172 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Danuty Orłowskiej, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Wodnych Danuta Orłowska w Legionowie,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

**nie stwierdza się** stosowania przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku usług ochrony przeciwpowodziowej świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM, obejmującym obszar działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku usług ochrony przeciwpowodziowej świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 400-600 KM na skutek zawyżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 1000 KM celem pokrycia deficytu powstałego wobec zaniżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 600 KM.

**UZASADNIENIE**

W dniu 7 listopada 2003 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie otrzymał wniosek Zakładu Usług Wodnych Danuta Orłowska w Legionowie (dalej także: Zakład Usług Wodnych oraz Wnioskodawca) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Przedsiębiorstwu Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej także: PBW lub Przedsiębiorstwo). Zakład Usług Wodnych podniósł, że wykorzystując fakt, iż PBW jako jedyny podmiot dysponuje lodołamaczami o mocy 1000 KM, Przedsiębiorstwo oszacowało w przetargu organizowanym przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej (dalej także: RZGW) w Warszawie w 2003 r. wysokość czynszu za wynajem lodołamacza o mocy 1000 KM (cenę najmu) na poziomie o wiele wyższym niż w ostatnich latach. O antykonkurencyjnym charakterze działań PBW

świadczy, zdaniem Zakładu Usług Wodnych, również to, iż z kolei wysokość czynszu za wynajem lodołamacza o mocy 600 KM Przedsiębiorstwo oszacowało na poziomie kilkunastokrotnie niższym. Wysokość czynszu z tytułu najmu lodołamacza o mocy 600 KM była przy tym znacznie wyższa od oferowanej przez tego przedsiębiorcę w roku 2002 r.

W dniu 9 stycznia 2004 r. Zakład Usług Wodnych uzupełnił wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego, przekazując dodatkowe informacje. Wnioskodawca zakwalifikował działanie Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego jako naruszające zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku w sposób określony w art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.).

Ponieważ przekazane przez Wnioskodawcę informacje i dokumenty były niewystarczające do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub odmowy jego wszczęcia, Prezes Urzędu w dniu 27 lutego 2004 r. postanowił wszcząć postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy poprzez działanie Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego, polegające na oferowaniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, których przedmiotem jest najem lodołamaczy, kwoty czynszu z tytułu najmu lodołamaczy o mocy silnika 1000 KM, którymi dysponuje jako jedyny podmiot w obszarze działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie, w wysokości kilkunastokrotnie wyższej od kwoty czynszu z tytułu najmu lodołamaczy o mocy silnika min. 400 KM, którymi dysponuje jako jeden z kilku podmiotów w obszarze działania RZGW w Warszawie, nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego.

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu wystosował pisma do RZGW w Warszawie i w Gdańsku, zwracając się z prośbą o przedstawienie szeregu informacji i dokumentów związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego na najem lodołamaczy w latach 1999-2003, a także do Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego z wezwaniem do przedstawienia m.in. kalkulacji ekonomicznej wysokości czynszu z tytułu najmu lodołamaczy, proponowanej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

RZGW w Warszawie i w Gdańsku przekazały wymagane przez Prezesa Urzędu informacje, niezbędne do rozstrzygnięcia o istnieniu podstaw do wszczęcia postępowania antymonopolowego (pisma z dnia 15 marca 2004 r. i z dnia 16 marca 2004 r.).

W dniu 17 czerwca 2004 r. Wnioskodawca skonkretyzował wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w ten sposób, iż jego zdaniem opisane działanie Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego uznał za wyczerpujące znamiona art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a nie art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy.

W związku z powyższym, postanowieniem z dnia 22 lipca 2004 r. Prezes Urzędu zamknął ww. postępowanie wyjaśniające, a w dniu 27 lipca 2004 r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia stosowania przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku usług ochrony przeciwpowodziowej świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM, obejmującym obszar działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie, na skutek zawyżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 1000 KM celem pokrycia deficytu powstałego wobec zaniżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 600 KM, co przeciwdziało ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku lodołamaczy o mocy 400-600 KM, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego i postawione zarzuty, PBW podtrzymała swoje stanowisko zawarte w pismach złożonych w postępowaniu wyjaśniającym oraz przedstawiły okoliczności wskazujące – jej zdaniem – iż w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia zakazu określonego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przedsiębiorstwo zakwestionowało określone w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego wyznaczenie rynku właściwego. Aktualnie na rynku krajowym uczestniczą w osłonie przeciwpowodziowej lodołamacze czołowe różnego typu i różnej mocy. Na rzece Odrze operują lodołamacze Przedsiębiorstwa Budownictwa Hydrotechnicznego „Odra 3” Sp. z o.o. w Szczecinie i Urzędu Wodno-Żeglugowego w Eberswelde (Niemcy). Natomiast na rzece Wiśle usługi lodołamania wykonują lodołamacze Przedsiębiorstwa, Wnioskodawcy, Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego Sp. z o.o. w Tczewie oraz RZGW w Warszawie.

PBW podniosło także, iż Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie nie jest jedynym odbiorcą usług świadczonych za pomocą lodołamaczy oferowanych przez Przedsiębiorstwo. Przedsiębiorstwo stwierdziło, iż wszystkie lodołamacze, w tym również te z nich, które dysponują dużą mocą, mogą być przemieszczane w inne regiony kraju **przy odpowiednim stanie wód**. Przedsiębiorstwo poinformowało, że przemieszcza lodołamacze o mocy mniejszej niż 1000 KM. Pozwala to na udział PBW w postępowaniach o zamówienie publiczne ogłaszanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku.

Jednocześnie PBW podało, iż koszty przemieszczenia lodołamaczy o dużej mocy **są znacznie wyższe** niż koszty przemieszczenia mniejszych lodołamaczy. Zdaniem PBW wpływa to na wysokość oferowanego czynszu za ich najem.

Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego zakwestionowało okoliczność podnoszoną przez Wnioskodawcę, iż cena lodołamacza o mocy 1000 KM wzrosła w 2003 r. znacznie w porównaniu do lat poprzednich. W latach 1998-2003 oferowana cena lodołamacza wzrosła zatem zaledwie o 10%, a nie o 236%, jak podnosił Wnioskodawca. Ceny te były ponadto porównywalne do cen armatorów posiadających lodołamacze o mocy 1000 KM, oferujących swoje usługi w obszarze działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego Sp. z o.o. w Tczewie oraz Przedsiębiorstwa Budownictwa Hydrotechnicznego „Odra 3” Sp. z o.o. w Szczecinie. PBW podniosło dodatkowo, iż koszty utrzymania lodołamacza o mocy 1000 KM są znacznie wyższe od kosztów utrzymania lodołamacza o mocy 600 KM, gdyż istnieje konieczność uzyskania przez lodołamacze klasy PRS, bez której nie mogą uczestniczyć w akcji lodołamania (pismo z dnia 13 sierpnia 2004 r.).

Odnosząc się do stanowiska Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w odniesieniu do rynku właściwego, Wnioskodawca podniósł, iż w ostatnich kilkunastu latach żaden lodołamacz, biorący udział w akcjach lodołamania na rzece Odrze, nie uczestniczył w takich akcjach na rzece Wiśle. Od czasu posiadania przez PBW lodołamaczy o mocy 1000 KM, nie uczestniczyły one również w żadnej akcji lodołamania poza rejonem Zalewu Włocławskiego. Nie pozwalają na to niskie stany wód rzek oraz wysokie koszty przemieszczenia lodołamaczy o takiej mocy. Wnioskodawca podniósł jednocześnie, iż koszty utrzymania lodołamaczy o mocy 1000 KM i lodołamaczy o mocy 600 KM nie różnią się wysokością, jedynie może je różnicować koszt zaopatrzenia w paliwo (pismo Wnioskodawcy z dnia 20 września 2004 r.).

Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w toku przedmiotowego postępowania poinformowało, iż prowadzi – oprócz najmu lodołamaczy – inne rodzaje działalności, m.in. roboty budowlano-montażowe, działalność finansową, szeroko rozumiane usługi sprzętowe. Prowadzenie akcji lodołamania jest działalnością statutową, świadczoną sezonowo, około czterech miesięcy w roku. Proponowanie niskich cen najmu lodołamaczy o mocy 600 KM jest związane wyłącznie z dostosowaniem się do rynku i dotyczy wszystkich przedsiębiorców działających na rynku, nie tylko Przedsiębiorstwa. Zdaniem PBW, świadczyć o tym może fakt, iż w przetargu organizowanym przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie w 2004 r. w zakresie lodołamacza o mocy min. 400 KM, przetarg rozstrzygnięto na korzyść Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego S.A. w Elblągu, które zaoferowało kwotę zbliżoną do oferowanej w roku 2003 r. przez PBW, a jednocześnie znacznie niższą od oferowanej w 2004 r. przez Spółkę (pismo z dnia 31 stycznia 2005 r.).

Prezes Urzędu, uznając, iż powyższe wyjaśnienia Spółki oraz przekazane w toku postępowania dokumenty są wystarczające do wydania orzeczenia, w dniu 4 kwietnia 2005 r. Prezes Urzędu zawiadomił strony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu i wyznaczył termin na zaznajomienie się z materiałem dowodowym.

Strony postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie nie skorzystały z prawa do zapoznania się z materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach tego postępowania.

Strony zostały poinformowane o przedłużeniu do dnia 14 października 2005 r. terminu zakończenia postępowania antymonopolowego z uwagi na konieczność dodatkowej analizy zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego (pisma Urzędu do stron z dnia 21 lipca 2005 r. i z dnia 5 września 2005 r.).

### **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje**

Wnioskodawca w niniejszym postępowaniu, Pani Danuta Orłowska, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Wodnych Danuta Orłowska, świadczy usługi polegające na ochronie przeciwpowodziowej rzeki Wisły za pomocą lodołamaczy o mocy 400 KM. Bierze udział w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego organizowanych przez Regionalne Zarządy Gospodarki Wodnej w Warszawie i Gdańsku.

Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego (KRS nr 0000015995) prowadzi działalność polegającą na ochronie przeciwpowodziowej za pomocą lodołamaczy o różnej mocy. Dysponuje pięcioma lodołamaczami o mocy 1000 KM (o nazwach: Bawół, Gepard, Jaguar, Lew, Niedźwiedź), dwoma lodołamaczami o mocy 600 KM (Foka, Mors) oraz czterema o mocy powyżej 400 KM (Żubr, Żbik, Pekari, Gronostaj).

Świadczenie usług lodołamania to tylko jeden z kilku przedmiotów działalności Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego, które świadczy usługi przeciwpowodziowe tylko przez około cztery miesiące w ciągu roku. Przez pozostałe miesiące Przedsiębiorstwo realizuje natomiast prace budowlano-montażowe z zakresu budownictwa hydrotechnicznego i melioracji, które nie są związane z wynajmem lodołamaczy.

Rodzaje działalności PBW oraz wyniki finansowe osiągnięte przez Przedsiębiorstwo w latach 2001-2004 obrazuje poniższa tabela.

Tab. nr 1

Rok	Rodzaj działalności				Udział przychodów z tytułu usług lodołamania w przychodach ogółem
	Roboty budowlano-montażowe	Usługi sprzętowe	Usługi najmu i dzierżawy	Działalność finansowa	
2001	-1.999.097,49	-3.633.885,27	+594.175,12	+1.935.629,36	24,67%
2002	-308.975,55	-2.507.911,11	+144.024,53	+806.683,08	21,8%
2003	-764.009,14	-2.009.721,58	+232.270,17	+803.313,26	23,8%
2004	-1.271.016,13	-2.120.797,16	+299.647,35	+642.438,16	22,4%

PBW bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez Regionalne Zarządy Gospodarki Wodnej w Warszawie i Gdańsku, z tym że w przetargach organizowanych w Gdańsku oferuje usługi świadczone za pomocą lodołamaczy o mocy 400-600 KM.

Organizując postępowania o zamówienie publiczne w zakresie usług przeciwpowodziowych, Regionalne Zarządy Gospodarki Wodnej wymagają określenia przez oferentów ceny w kategoriach: praca, pogotowie, rezerwa. Zgodnie ze specyfikacjami zamówienia, termin „praca” oznacza lodołamacz w pełnej sprawności technicznej z kompletną załogą wykonujący pracę w lodzie; termin „pogotowie” – lodołamacz w pełnej sprawności technicznej, z kompletną załogą, podstawiony do dyspozycji Zamawiającego, zgodnie z umową do końca sezonu zimowego w stanie gwarantującym rozpoczęcia akcji lodołamania, gotowy do podjęcia pracy lub przejścia w stan pogotowia; natomiast termin „rezerwa” – lodołamacz w pełnej sprawności technicznej, z niepełną obsługą, podstawiony do dyspozycji Zamawiającego, gotowy do podjęcia pracy lub przejścia w stan pogotowia po otrzymaniu polecenia.

W 2003 r. Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie przeprowadził następujące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) „Prowadzenie akcji lodołamania w okresie zimowym 2003-2004 na rzece Wiśle powyżej stopnia wodnego Włocławek – 5 lodołamaczy 1000 KM”,
- 2) „Utrzymanie w rezerwie lodołamacza min. 400 KM w okresie zimowym 2003-2004 na rzece Wiśle powyżej stopnia wodnego Włocławek”.

W pierwszym ze wskazanych postępowań, przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, swoją ofertę zgłosiło jedynie Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego.

Po unieważnieniu tego przetargu z powodu zgłoszenia się do udziału w nim jedynie przez jednego oferenta i zatwierdzeniu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (decyzja Prezesa UZP z dnia 23 października 2003 r.), w dniu 23 listopada 2003 r. RZGW w Warszawie podpisał umowę z Przedsiębiorstwem Budownictwa Wodnego, które zaoferowało całkowitą cenę usługi w wysokości: 4.552.264,32 zł, przy cenach jednostkowych (tj. obejmujących godzinę świadczenia usługi) w wysokości: praca 1528,54 zł, pogotowie 785,18 zł, rezerwa 623,51 zł.

W drugim z ogłoszonych postępowań o zamówienie publiczne, przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, uczestniczyło PBW, oferujące cenę całkowitą w wysokości 82.086,03 zł, przy cenach jednostkowych: praca 272,67 zł, pogotowie 118,27 zł i rezerwa 72,16 zł, a także Zakład Usług Wodnych Pani Danuty Orłowskiej, oferujący cenę

całkowitą w wysokości 98.354,40 zł oraz ceny jednostkowe: praca 260,00 zł, rezerwa i pogotowie 90,00 zł.

W wyniku przetargu umowę zawarto z Przedsiębiorstwem Budownictwa Wodnego, które zaproponowało niższą cenę usługi.

W 2003 r. Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prowadzenie zimowej osłony przeciwpowodziowej rzeki Wisły w km 941,5-718,0 wraz z przejściem przez wody będące w administracji Urzędu Morskiego (Zatoka Gdańska)”. Łączne zapotrzebowanie dla tego zamówienia wynosiło: dwa lodołamacze o mocy 1000 KM oraz trzy lodołamacze o mocy min. 400 KM.

Po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, a następnie w trybie zamówienia z wolnej ręki, ostatecznie podpisano umowy z Przedsiębiorstwem Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych „Inwestmel” Sp. z o.o. w Elblągu (które jako jedyny podmiot oferowało usługi dwóch lodołamaczy o mocy 1000 KM, a także trzech lodołamaczy o mocy 600 KM) oraz z Przedsiębiorstwem Budownictwa Wodnego (które oferowało usługi jednego lodołamacza o mocy min. 400 KM, ale po cenie niższej od ceny PBMiUW).

W ww. przetargu PBW zaproponowało następujące ceny jednostkowe lodołamacza o mocy 600 KM: praca 824,00 zł, pogotowie 422,00 zł, rezerwa 305,00 zł. Dla porównania, ceny najmu lodołamacza o mocy 600 KM oferowane przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych „Inwestmel” wynosiły: praca 900,10 zł (do 8h/dobę) oraz 1137,70 zł (8-12h/dobę), pogotowie 440,30 zł, rezerwa 292,50 zł. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że z uwagi na różną ilość lodołamaczy oferowanych przez PBMiUW oraz PBW, wskazanie ceny całkowitej najmu nie będzie miało znaczenia dla stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, dlatego też nie została przedstawiona.

Wysokość cen najmu lodołamaczy o mocy 1000 KM oferowanych przez Przedsiębiorstwo w przetargach organizowanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie w porównaniu do cen innych oferentów, biorących udział w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego organizowanych przez RZGW w Gdańsku (w tym PBMiUW „Inwestmel” w 2003 r.) przedstawia poniższa tabela:

Tab. nr 2

Rok	Praca		Pogotowie		Rezerwa	
	Warszawa	Gdańsk	Warszawa	Gdańsk	Warszawa	Gdańsk
2000	1430,79	b.d.	650,45	b.d.	520	b.d.
2001	1456,23	1411,00 (PBW Tczew)	675,89	581,00 (PBW Tczew)	545,44	561,00 (PBW Tczew)
2002	1536,33	1430,00 (Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych Dragmor)	713,07	630,00 Przedsiębiorst wo Robót Czerpalnych Dragmor)	575,45	580,00 Przedsiębiorst wo Robót Czerpalnych Dragmor)
2003	1528,54	1383,60 (do 8 h/dobę), 1577,20 (od 8-12h/dobę) (Inwestmel)	785,18	612,50 (Inwestmel)	623,51	584,10 (Inwestmel)

W aktach niniejszego postępowania zgromadzone także zostały kalkulacje cen najmu lodołamaczy o mocy 1000 KM w latach 2004-2005, sporządzone przez Przedsiębiorstwo (załączniki do pisma PBW z dnia 31 stycznia 2005 r.). Postanowieniem z dnia 13 lutego 2005 r. Prezes Urzędu uznał, na wniosek Przedsiębiorstwa, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PBW i tym samym wymagają ograniczenia Wnioskodawcy prawa wglądu do nich.

Wysokość cen najmu lodołamaczy o mocy 600 KM (lodołamacze Foka i Mors) oferowanych przez Przedsiębiorstwo w przetargach organizowanych przez Regionalne Zarządy Gospodarki Wodnej w Warszawie oraz w Gdańsku w latach 2001-2003 obrazuje poniższa tabela:

Tab. nr 3

Rok	Praca		Pogotowie		Rezerwa	
	Warszawa	Gdańsk	Warszawa	Gdańsk	Warszawa	Gdańsk
2001	-	750,00 /Foka i Mors/	-	432,00 /Foka i Mors/	320,48	408,00 /Foka i Mors/
2002	395,57 /Mors/	470,17 /Foka/	200,03 /Mors/	239,50 /Foka/	144,05 /Mors/	174,05 /Foka/
2003	272,67 /Foka/	824,00 /Mors/	118,27 /Foka/	422,00 /Mors/	72,16 /Foka/	305,00 /Mors/

W dniu 15 października 2004 r. RZGW w Warszawie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie akcji lodołamania na zbiorniku Włocławskim w sezonie 2004-2005. Uczestniczyły w nim trzy podmioty, które na najem lodołamacza o mocy min. 400 KM zaproponowały następujące ceny:

- |                                 |                |
|---------------------------------|----------------|
| 1. Zakładu Usług Wodnych        | 124.557,12 zł  |
| 2. PBMiUW „Inwestmel” w Elblągu | 85.722,08 zł   |
| 3. PBW                          | 108.557,12 zł. |

Jak wynika z informacji przekazanych przez PBW, powyższy przetarg rozstrzygnięto na korzyść PBMiUW „Inwestmel” w Elblągu. Wnioskodawca nie zakwestionował wysokości ceny najmu oferowanej w tym przetargu przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w 2004 r.

W aktach niniejszego postępowania zgromadzone także zostały kalkulacje cen najmu lodołamaczy o mocy 400 KM w latach 2004-2005, sporządzone przez Przedsiębiorstwo (załączniki do pisma PBW z dnia 31 stycznia 2005 r.). Postanowieniem z dnia 13 lutego 2005 r. Prezes Urzędu ograniczył Wnioskodawcy wgląd do tych informacji, uznając je za tajemnicę przedsiębiorstwa PBW, która wymaga ochrony.

Według informacji przekazanych przez PBW (załącznik nr 4 do pisma Przedsiębiorstwa z dnia 31 stycznia 2005 r.), czynnikami uwzględnianymi przy kalkulowaniu czynszu z tytułu najmu lodołamaczy są:

1. zużycie materiałów pędnych – paliwo i olej wyliczone według norm;
2. koszty zakupu materiałów pędnych;
3. etatyzacja;

4. koszty obsługi wyliczone na podstawie aktualnych płac pracowników przewidzianych do pracy na lodołamaczach;
5. aktualna amortyzacja lodołamaczy;
6. koszty remontów i konserwacji według założeń w planie remontów;
7. narzuty kosztów wydziałowych i zarządu wyliczonych na podstawie kosztów poniesionych w roku ubiegłym;
8. zysk.

### **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje**

Postępowanie antymonopolowe toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Stosownie do art. 86 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania jest każdy, kto wnosi o wydanie decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję lub wobec kogo zostało wszczęte postępowanie o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję lub naruszenie innych przepisów ustawy.

Przy pomocy norm prawa antymonopolowego realizowana jest ochrona uczestników rynku przed antykonkurencyjnymi praktykami ze strony innych przedsiębiorców. Przepisy określające zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję, zawarte w art. 5 i 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stosuje się zatem jedynie do przedsiębiorców i ich związków. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 86 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1808), w sprawach praktyk ograniczających konkurencję pod pojęciem „przedsiębiorcy” należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807), a także: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu. Zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (art. 4 ust. 1 ww. ustawy). Właściwa dla przedsiębiorcy działalność gospodarcza to zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ww. ustawy).

Wnioskodawca w niniejszej sprawie, Pani Danuta Orłowska, jest zarejestrowana w prowadzonym w Urzędzie Miejskim w Legionowie rejestrze podmiotów gospodarczych pod numerem 13262 jako prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Wodnych Danuta Orłowska (zał. do pisma Wnioskodawcy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Z kolei Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego jest spółką prawa handlowego – działa w formie spółki akcyjnej i jest wpisane do Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS 0000015995.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż Zakład Usług Wodnych i PBW posiadają przymiot przedsiębiorcy w rozumieniu cytowanego wyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.



Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Nadużywanie pozycji dominującej, którego dotyczy powołany wyżej przepis zawsze ujawnia się na rynku, na którym określona praktyka ma miejsce (rynek właściwy). Prawidłowe określenie rynku właściwego w sprawie jest zarazem niezbędne dla oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

Dominacja rynkowa nie występuje na rynku pojmowanym ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), rozumianym jako ogół stosunków zachodzących między podmiotami uczestniczącymi w procesach wymiany towarowej. Zatem stwierdzenie, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, będzie w ostatecznym rachunku determinowało ustalenie rynku, na jakim określona praktyka ma miejsce (wyroki Sądu Antymonopolowego z dnia 26 października 1994 r., sygn. akt XVII Amr 24/94 oraz z dnia 21 stycznia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 55/97).

Przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości uznawane są przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane są na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 8 ww. ustawy). Przy czym przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 6 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany.

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. Definicja ustawowa odnosi rynek geograficzny do obszaru „na którym, ze względu na ich [towarów] rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji” (art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Prezes Urzędu przyjął, iż rynek właściwy w niniejszej sprawie stanowi lokalny rynek usług ochrony przeciwpowodziowej, świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM, obejmujący obszar działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie. Prezes Urzędu uznał jednocześnie, iż rynkiem, na którym ujawnia się praktyka, której stosowanie zarzucono Przedsiębiorstwu Budownictwa Wodnego, jest rynek usług świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 400-600 KM.

Wyznaczając rynek właściwy w aspekcie produktowym Prezes Urzędu miał na uwadze, iż usługi świadczone za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM nie mogą być zastąpione przez usługi świadczone przez lodołamacze o mocy 400 oraz 600 KM, nie mają bowiem odpowiedniej mocy silnika i są mniej zwrotne od mniejszych lodołamaczy. Lodołamacze o mocy 400 KM i 600 KM są wykorzystywane na polskich rzekach ze względu na mniejsze zanurzenie, zwrotność i wszechstronność. O istotnych różnicach pomiędzy typami lodołamaczy świadczy też fakt, iż przetargi ogłaszane są osobno na wynajem lodołamaczy o mocy 1000 KM oraz o mocy min. 400 KM.

Prezes Urzędu stwierdził, iż pod względem geograficznym rynek właściwy w niniejszej sprawie obejmuje obszar działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie. Zakres działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie

reguluje rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 29 listopada 1999 r. w sprawie organizacji i zakresu działania regionalnych zarządów gospodarki wodnej (Dz. U. Nr 101, poz. 1180). Według rozporządzenia obszar jego działania obejmuje: a) dorzecze rzeki Wisły od nowego ujścia rzeki Sanny (km 295+200) do miejscowości Korabniki (km 684+000) w granicach państwa, b) dorzecze rzeki Pregoly w granicach państwa, c) dorzecze rzeki Niemen w granicach państwa, d) dorzecze rzek Bezleda i Pasmara w granicach państwa. Naturalną barierą jest fakt, iż lodołamacze o mocy 1000 KM nie mogą wejść w koryto rzeki Wisły ze względu na niski stan wód rzeki.

Możliwość stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku właściwym, uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, iż przedsiębiorca posiada na tak określonym rynku pozycję dominującą.

Ustalając, czy na rynku właściwym w niniejszej sprawie PBW posiada pozycję dominującą, należy mieć na uwadze definicję pozycji dominującej, zawartą w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą definicją pozycja dominująca to pozycja przedsiębiorcy na rynku, 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%.

Z informacji zebranych w niniejszej sprawie wynika, że na rynku właściwym lodołamaczy o mocy 1000 KM Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego posiada pozycję dominującą. Z powodu wskazanych wyżej przeszkód natury faktycznej jedynym podmiotem będącym w stanie świadczyć usługi na rzecz RZGW w Warszawie jest to Przedsiębiorstwo. Pomimo więc, iż lodołamacze o mocy 1000 KM posiadają inne podmioty: Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego Sp. z o.o. w Tczewie oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego „Odra 3” Sp. z o.o. w Szczecinie, lodołamacze te nie mogą zostać przemieszczone w inne rejony kraju.

Powyższe rozumowanie co do wyznaczenia rynku właściwego oraz pozycji PBW na rynku usług świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM potwierdzają informacje przekazane przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, który potwierdza, że lodołamacze o mocy 1000 KM posiadane przez PBW nigdy nie były oferowane w Gdańsku, z powodu braku możliwości przejścia tych lodołamaczy w dół rzeki Wisły na odcinku od miasta Włocławek do ujścia i zbyt małej głębokości rzeki Wisły. Przedsiębiorstwo, chociaż kwestionowało prawidłowość wyznaczenia rynku właściwego w sprawie, w toku niniejszego postępowania przyznawało jednocześnie, że wszystkie lodołamacze o dużej mocy mogą być przemieszczane w inne regiony kraju, ale tylko przy odpowiednim stanie wód. Z informacji Przedsiębiorstwa wynika jednocześnie, że przemieszcza ono tylko lodołamacze o mniejszej mocy, co pozwala mu na udział w przetargach ogłaszanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku. Jednocześnie PBW podało, iż koszty przemieszczenia lodołamaczy o dużej mocy byłyby znacznie wyższe, co czyniłoby nieopłacalnym świadczenie usług w obszarze działania RZGW w Gdańsku.

Wymaga podkreślenia, że w przeciągu ostatnich kilkunastu lat – co zostało wyraźnie wskazane w decyzji – stan wód nie pozwalał na przemieszczanie lodołamaczy. Potwierdza to prawidłowość ograniczenia rynku właściwego w sprawie do terenu działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie.

Należy dodatkowo podkreślić, iż z informacji uzyskanych w toku postępowania wynika jednoznacznie, że Przedsiębiorstwo nie oferuje usług świadczonych za pomocą

lodołamaczy o mocy 1000 KM w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku.

Sam fakt posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym nie stanowi jeszcze o naruszeniu prawa. Bezprawne jest dopiero nadużywanie przez przedsiębiorcę tej pozycji.

Nadużycie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej nie musi występować na rynku, na jakim przedsiębiorca zajmuje pozycję dominującą, przy czym nadużycie pozycji dominującej na jednym rynku produktu może również skutkować ograniczeniem konkurencji na innym rynku produktowym (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 12 lutego 1993 r., sygn. akt XVII Amr 33/92). Sytuacja taka może mieć miejsce w szczególności w przypadku zakazanego przez prawo antymonopolowe subsydiowania skrośnego, to jest wewnątrzzakładowego dotowania działalności przynoszącej straty z dochodowej działalności prowadzonej na innym rynku. Zachowanie takie jest niedopuszczalne właśnie dlatego, że umożliwia stosowanie cen na rynku dotowanym poniżej kosztów jej prowadzenia – czyli ze stratą (wyrok SOKiK z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt XVII Ama 44/04).

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpatrzył zarzut naruszenia przez PBW zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku usług przeciwpowodziowych świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku lodołamaczy o mocy 400-600 KM – na skutek zawyżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 1000 KM celem pokrycia deficytu powstałego wobec zaniżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 600 KM.

Zarzut ten został rozpoznany, zgodnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego, w aspekcie naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W przedmiotowej sprawie, aby przypisać Przedsiębiorstwu Budownictwa Wodnego stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, należałoby wykazać:

- a) stosowanie przez PBW zawyżonych cen za najem lodołamaczy mocy 1000 KM,
- b) istnienie zależności pomiędzy zawyżaniem przez PBW stawek za usługi świadczone za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM a zaniżaniem ceny za najem lodołamaczy o mocy 600 KM.

Zdaniem Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie nie zaistniała żadna ze wskazanych wyżej przesłanek.

**Ad. a)**

Wobec braku w obszarze działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie bezpośredniego konkurenta PBW w zakresie najmu lodołamaczy o mocy 1000 KM, Prezes Urzędu uznał za właściwe, by ocenę, czy stosowane przez Przedsiębiorstwo ceny najmu ww. lodołamaczy są zawyżone, oprzeć na analizie cen tej usługi oferowanych przez innych przedsiębiorców działających na tożsamyh rynkach produktowych. Analiza ta jest uznawana w orzecznictwie antymonopolowym za najbardziej obiektywną i adekwatną przy ocenie cen w aspekcie zakazu narzucania cen nadmiernie wygórowanych (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 stycznia 2003 r., sygn. akt XVII Ama 11/02). W orzecznictwie podkreśla się, że dzięki możliwości autonomicznego

wyznaczania wysokości ceny sprzedawanego towaru, przedsiębiorca mający na rynku status monopolisty może dowolnie kształtować wysokość wykazywanych kosztów. Dlatego przy ocenie cen stosownych przez przedsiębiorcę dominującego na rynku orzecznictwo antymonopolowe dość sceptycznie odnosi się do kryteriów kosztowych, obarczonych w dużej mierze uwarunkowaniami subiektywnymi danego przedsiębiorcy, na rzecz bardziej obiektywnych kryteriów porównawczych z cenami stosowanymi przez potencjalnych konkurentów na innych rynkach (wyroki Sądu Antymonopolowego z dnia 25 czerwca 1992 r., sygn. akt XVII Amr z dnia 19 listopada 1992 r., sygn. akt XVII Amr 23/92; S. Gronowski: Ustawa Antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1996, s. 161).

Przy analizie cen stosowanych przez dominanta stosowane jest kryterium komparatywne, sprowadzające się do porównania cen pobieranych przez dominującego przedsiębiorcę z cenami stosowanymi przez przedsiębiorców na innych porównywalnych (podobnych) rynkach. Podobnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że analiza porównawcza cen jest właściwym sposobem badania ich uczciwości, o ile porównanie dokonywane będzie w oparciu o jednolite podstawy (wyrok ETS z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie nr 395/97 *Ministère Public przeciwko Tournier*).

Z analizy wysokości cen najmu lodołamaczy o mocy 1000 KM oferowanych przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w postępowaniach o zamówienie publiczne w latach 2001-2003 wynika, iż są one porównywalne z cenami oferowanymi przez innych przedsiębiorców działających na tożsamyh rynkach produktowych. Ceny te nie odbiegały w sposób znaczący od cen najmu lodołamaczy o tych samych parametrach oferowanego przez inny podmiot w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego organizowanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku.

Wynika to bezpośrednio z informacji zawartych w tabeli nr 2 niniejszego pisma. W ich świetle, we wszystkich przetargach PBW oferowało ceny w większości zbliżone do cen oferowanych przez jego konkurentów, a w trzech przypadkach – nieznacznie niższe. Za cenę znacząco zawyżoną nie można bowiem niewątpliwie uznać ceny wyższej o 3%, 7%, czy też 10% od ceny innego przedsiębiorcy oferującego tożsamą usługę.

Zarazem, nawet jeśli uznać za zawyżone ceny odbiegające od cen innych oferentów o 13%, 16% i 28%, to w obliczu faktu ich zaoferowania przez PBW w pojedynczych przypadkach, nie sposób jest z zachowania PBW wyprowadzić wniosku o celowym ich zawyżaniu w celu subsydiowania cen za najem lodołamaczy o mocy 600 KM. Wskazują na to następujące okoliczności sprawy. W przetargu organizowanym przez RZGW w Warszawie w 2001 r. PBW zaoferowało cenę za jednostkę „pogotowie” wyższą o 16% od ceny oferowanej przez PBW w Tczewie za tę samą jednostką w tym samym roku w przetargu organizowanym przez RZGW w Gdańsku. Z kolei za jednostkę „rezerwa” PBW zaoferowała cenę o 3% niższą od ceny PBW w Tczewie. Podobnie w 2003 r.: cena za jednostkę „pogotowie” zaoferowana przez Przedsiębiorstwo była wyższa o 28% od ceny zaoferowanej przez Inwestmel w przetargu organizowanym przez RZGW w Gdańsku, a jednocześnie cena Przedsiębiorstwa za jednostkę „praca” była niższa o 4% od ceny spółki Inwestmel za pracę w wymiarze od 8 do 12 h/dobę.

Powyższe okoliczności przeczą antykonkurencyjnemu charakterowi cen PBW, które odbiegały od cen innych przedsiębiorców oferujących usługi lodołamania lodołamaczami o mocy 1000 KM zarówno na korzyść jak i na niekorzyść Przedsiębiorstwa.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ceny oferowane przez PBW wzrosły w analizowanym okresie jedynie o około 5% w jednostce o nazwie praca, o około 16% w jednostce o nazwie pogotowie i o około 14% w jednostce o nazwie rezerwa.

Należy zauważyć, że również zdaniem RZGW w Warszawie – będącego organizatorem przetargów na świadczenie usług ochrony przeciwpowodziowej – a więc

podmiotu najbardziej zainteresowanego, by ceny za najem lodołamaczy nie były nieuczciwie zawyżane, nie istnieją podstawy do stwierdzenia, iż stosowane przez PBW ceny za najem lodołamaczy o mocy 1000 KM są zawyżone. Jak stwierdził RZGW w Warszawie w piśmie z dnia 15 marca 2004 r., „*obserwowane zmiany cen lodołamaczy o mocy 1000 KM mieszczą się w granicach inflacji*”.

Z powyższych okoliczności wynika, że brak jest dowodów na potwierdzenie stawianego przez Wnioskodawcę zarzutu zawyżania przez PBW cen lodołamaczy o mocy 1000 KM, co miało stanowić jedną z przesłanek przypisania temu przedsiębiorcy stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

#### **Ad. b)**

Przede wszystkim jednak w ocenie Prezesa Urzędu nie można stwierdzić, aby istniała bezpośrednia zależność pomiędzy zawyżaniem stawek za usługi świadczone za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM a zaniżaniem ceny za najem lodołamaczy o mocy 600 KM. Jak wskazano w części ustalającej decyzji, oprócz usług świadczonych za pomocą lodołamaczy różnych typów Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego prowadzi także inne rodzaje działalności gospodarczej, z których Przedsiębiorstwo osiąga dodatki wynik finansowy.

Badając, czy istnieją zależności pomiędzy zawyżaniem przez PBW stawek za usługi świadczone za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM a zaniżaniem ceny za najem lodołamaczy o mocy 600 KM, Prezes Urzędu stwierdził ponadto, że z zestawienia kosztów utrzymania lodołamaczy w 2003 r. (por.: załącznik nr 2 do pisma PBW z dnia 31 stycznia 2005 r., utajniony postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 23 lutego 2005 r.) wynika, iż koszt utrzymania lodołamacza o nazwie Foka w 2003 r. przekroczył cenę całkowitą najmu lodołamacza zaoferowaną przez PBW w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanego w Warszawie w 2003 r.

Wskazane w ww. zestawieniu elementy kosztów utrzymania lodołamacza Foka pokrywają się z tymi elementami ceny, które zostały wskazane jako czynniki uwzględniane przy kalkulowaniu wysokości czynszu z tytułu najmu lodołamaczy. Powyższa okoliczność nie przesądza jednak o istnieniu praktyki zaniżania przez PBW ceny za najem lodołamaczy o mocy 600 KM. Inne przeanalizowane przez Prezesa Urzędu ceny najmu lodołamaczy o mocy 600 KM oferowane przez Przedsiębiorstwo są bowiem porównywalne z cenami oferowanymi przez przedsiębiorców świadczących usługi ochrony przeciwpowodziowej.

Jak wynika z informacji zebranych w trakcie postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie, zorganizowany w 2001 r. przez RZGW w Warszawie przetarg na prowadzenie akcji lodołamania na odcinku 941,5-684 km rzeki Wisły został rozstrzygnięty na korzyść spółki PBW w Tczewie.

Z kolei w organizowanym w 2002 r. przez RZGW w Warszawie przetargu na świadczenie usług lodołamania na Zbiorniku Włocławskim Wnioskodawca zaoferował ceny niższe od oferty Przedsiębiorstwa.

Natomiast w zorganizowanym przez RZGW w Warszawie w dniu 15 października 2004 r. przetargu na prowadzenie akcji lodołamania na Zbiorniku Włocławskim w sezonie 2004-2005, najniższą cenę za usługi świadczone przy użyciu lodołamacza o mocy 400 KM zaoferowało Przedsiębiorstwo Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych Sp. z o.o. w Elblągu. Cena ta była nie tylko niższa od ceny zaoferowanej w tym samym przetargu przez Przedsiębiorstwo, ale również niższa od ceny, jaką PBW oferowało w 2003 r., którą to cenę Wnioskodawca kwestionował jako zaniżoną (pismo PBW z dnia 5 listopada 2004 r.).

Dokonując oceny zasadności zarzutu stawianego przez Wnioskodawcę wzięto również pod uwagę przedłożone mu przez PBW analizy kosztów lodołamaczy. Prezes Urzędu

nie stwierdził podstaw do ich zakwestionowania. Jak wynika z dokonanej analizy, w cenach lodołamaczy o mocy 400-600 KM, Przedsiębiorstwo uwzględnia wszystkie te elementy kosztowe, które uwzględnia również przy kalkulacji kosztów eksploatacji lodołamaczy o mocy 1000 KM (załączniki do pism PBW z dnia 13 sierpnia 2004 r. i z dnia 31 stycznia 2005 r.). Czynnikiemami uwzględnianymi przy kalkulowaniu czynszu z tytułu najmu lodołamaczy są: zużycie materiałów pędnych, koszty zakupu materiałów pędnych, etatyzacja, koszty obsługi, amortyzacja lodołamaczy, koszty remontów i konserwacji, narzuty kosztów wydziałowych i zarządu, zysk (załącznik nr 4 do pisma PBW z dnia 31 stycznia 2005 r.).

Wszystkie powyższe okoliczności uniemożliwiają przypisanie stosowania przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku usług ochrony przeciwpowodziowej świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku lodołamaczy o mocy 400-600 KM na skutek zawyżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 1000 KM celem pokrycia deficytu powstałego wobec zaniżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 600 KM.

W tym miejscu należy również podkreślić, iż zgodnie z wnioskiem Zakładu Usług Wodnych, niniejsze postępowanie dotyczyło oceny zarzutu przeciwdziałania przez PBW ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku lodołamaczy o mocy 400-600 KM na skutek zawyżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 1000 KM, celem pokrycia deficytu powstałego wobec zaniżania stawek czynszu za najem lodołamaczy o mocy 600 KM. Zgodnie z ww. wnioskiem w niniejszym postępowaniu nie podlegało natomiast badaniu stosowanie (oferowanie) przez PBW nadmiernie wygórowanych cen za usługi świadczone za pomocą lodołamacza o mocy 1000 KM, czy też cen rażąco niskich za najem lodołamaczy o mocy 400-600 KM (por.: pismo Wnioskodawcy z dnia 16 czerwca 2004 r.).

Działanie PBW polegające na oferowaniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego cen najmu lodołamaczy o mocy 600 KM poniżej kosztów własnych, nie może być rozpatrywane na gruncie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stosowanie tego rodzaju praktyk musiałoby być bowiem wynikiem nadużywania pozycji dominującej. Tymczasem jedynym rynkiem na którym PBW ma pozycje dominującą jest rynek usług świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 1000 KM. Jak wykazano wyżej, PBW nie wykorzystuje swojej pozycji na tym rynku w sposób będący przedmiotem zarzutu Wnioskodawcy. Przedsiębiorstwo nie posiada również pozycji dominującej na rynku usług świadczonych za pomocą lodołamaczy o mocy 400-600 KM. Na rynku tym, oprócz Wnioskodawcy oraz PBW, uczestniczą inne podmioty z innych regionów kraju, o czym może świadczyć chociażby wynik przetargu zorganizowanego przez RZGW w Warszawie w roku 2004, w którym wzięły udział trzy podmioty, w tym jeden spoza rejonu warszawskiego (PMiUW „Inwestmel”).

Nie oznacza to, iż Wnioskodawcy a także innym potencjalnym konkurentom Przedsiębiorstwa nie przysługują żadne środki prawne zmierzające do zapobiegania praktykom polegającym na oferowaniu zaniżonych cen w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy mające na celu ochronę interesów oferentów w tego rodzaju postępowaniach zawiera ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.), która w art. 89 ust. 1 pkt 4 nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenia

w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Na podmiocie organizującym postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ciąży zatem obowiązek w zakresie analizy wysokości oferowanego czynszu z tytułu najmu lodołamaczy. Jeżeli – jak w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do lodołamacza o mocy 600 KM – oferowana cena odbiega w sposób znaczący od cen oferowanych w poprzednich latach, zamawiający powinien przedsięwziąć kroki zmierzające do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości.

Jak wskazano w części ustalającej decyzji, znaczące obniżenie ceny najmu lodołamacza o mocy 600 KM (Foka) spowodowało, iż zaoferowana przez PBW cena najmu nie pokryła kosztów utrzymania lodołamacza w 2003 r. Fakt oferowania zbyt niskiej ceny (ceny poniżej kosztów własnych) w stosunku do przedmiotu zamówienia powinien podlegać badaniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z informacji przekazanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie w piśmie z dnia 15 marca 2004 r. wynika, iż w postępowaniu przetargowym organizowanym w 2003 r. nie żądał on wyjaśnień dotyczących niskiej ceny – w porównaniu do lat poprzednich – lodołamacza o mocy 600 KM oferowanej przez PBW. RZGW w Warszawie poinformował Prezesa Urzędu natomiast, iż w jego ocenie „*obserwowane zmiany cen (...) mniejszych lodołamaczy są wynikiem konkurencji, zaostrzonej dodatkowo zmniejszeniem popytu*”, co również potwierdza prawidłowość rozstrzygnięcia przyjętego przez Prezesa Urzędu w niniejszej decyzji.

Zgodnie ustawą – Prawo zamówień publicznych, w przypadku jeżeli Zamawiający nie podjął czynności, do których – w opinii uczestnika postępowania o zamówienie publiczne – był zobowiązany, Wnioskodawcy służy prawo do złożenia protestu. W myśl jej art. 180 ust. 1, wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść pisemny protest do zamawiającego. A w razie jego oddalenia lub odrzucenia – do złożenia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie art. 184 ww. ustawy oraz skarga do sądu powszechnego. Środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie – Prawo zamówień publicznych w sposób wystarczający zabezpieczają interesy oferentów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, postanawia się jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>28</sup> § 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 Delegatury UOKiK w Warszawie.

Otrzymują:

**Pan Stanisław Orłowski**

*Pełnomocnik*

*Pani Danuty Orłowskiej prowadzącej działalność gospodarczą*

*w Legionowie pod firmą Zakład Usług Wodnych Danuta Orłowska*

ul. Mireckiego 3A

05-120 Legionowo

**Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego**

**w Warszawie S.A.**

ul. Modlińska 17

03-199 Warszawa