

Sygn. akt VI ACa 1787/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Mariusz Łodko

Sędziowie: SA Małgorzata Kuracka

SO del. Tomasz Szanciło

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 7 lutego 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nadużywanie pozycji dominującej

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 7 września 2015 r., sygn. akt XVII AmA 50/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie drugim w części w ten sposób, że zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie pierwszym (I) w ten tylko sposób, że stwierdza zaniechanie stosowania opisanej w nim praktyki z dniem 23 stycznia 2014 r.;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. zasądza od (...) w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 1787/15

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 31.12.2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu):

I. na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm., dalej: u.o.k.k.), stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., nadużywanie przez (...) w W. (dalej: (...), Fundusz) pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych, przeciwdziałającej ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na obejmujących terytorium Polski lokalnych rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie

rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, w następstwie przyjęcia za kryterium jakościowe oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej parametru ilości wykonanych badań rocznie i nakazał zaniechania stosowania ww. praktyki;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy, nałożył na (...) karę w wysokości 181.318 zł, płatną do budżetu państwa, z tytułu dopuszczenia się powyższego naruszenia;

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 u.o.k.k. oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k., stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 u.o.k.k., postanowił obciążyć (...) kosztami postępowania w wysokości 273,60 zł – w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji.

W odwołaniu od powyższej decyzji powód (...) wniósł o jej uchylenie w całości, ewentualnie o jej zmianę w całości i orzeczenie, że nie stwierdza się zarzuconej praktyki, lub o zmianę zaskarżonej decyzji w punkcie II i uchylenie nałożonej kary pieniężnej lub jej zmniejszenie. Nadto powód wniósł o zasądzenie na swoją rzecz zwrotu kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1) jej wydanie w sytuacji, gdy po stronie powoda brak jest przymiotu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k., a tym samym (...) nie posiada zdolności antymonopolowej, tj. naruszenie art. art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k. w zw. z art. 28 k.p.a. i art. 81 i 82 TWE;

2) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 19 w z art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., art. 33 u.o.k.k. oraz § 1 pkt 3, § 2 i § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1.07.2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. nr 107, poz. 887 ze zm., dalej: rozporządzenie), skutkujące wydaniem decyzji przez niewłaściwy organ,

3) naruszenie przepisów postępowania poprzez wydanie rozstrzygnięcia w imieniu Prezesa UOKiK przez Zastępcę Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. bez stosownego upoważnienia Prezesa UOKiK, tj. poprzez jej podpisanie przez Zastępcę Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł., A. K. (bez wskazania na upoważnienie i dokument zawierający takie upoważnienie do działania w imieniu Prezesa UOKiK), co stosownie do art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a. winno skutkować nieważnością decyzji jako wydanej bez podstawy prawnej,

4) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 10 § 1 k.p.a., poprzez wydanie decyzji przed upływem terminu do wypowiedzenia się strony postępowania co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań i nieodniesienie się do twierdzeń strony zawartych w piśmie z dnia 31.12.2013 r., które w tym samym dniu zostało doręczone drogą faksową i nadane w publicznej placówce pocztowej,

5) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 73 § 2 w zw. z art. 123 § 1 k.p.a., poprzez bezpodstawną odmowę sporządzenia i doręczenia uwierzytelnionych odpisów z akt postępowania wnioskowanych w piśmie strony z dnia 23.12.2013 r. bez zachowania wymaganej formy postanowienia, co uniemożliwiło pełne ustosunkowanie się do zebranego materiału dowodowego,

6) naruszenie art. 78 § 1 i 2 k.p.a. poprzez nieuwzględnienie żądania przeprowadzenia dowodów zgłoszonych w toku postępowania (pismo z dnia 3.12.2013 r.), które miały znaczenie dla sprawy, albowiem dotyczyły kwestii związanych z wprowadzeniem prawnego powiązania jakości badań laboratoryjnych z ilością takich badań wykonywanych przez laboratorium rocznie, tj. zgodności z prawem zarządzeń Prezesa (...), w tym z art. 134 ust. 1 ustawy z dnia 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1793 ze zm., dalej: ustawa o świadczeniach, u.o.ś.),

7) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 7, art. 77 § 1 i art. 107 § 3 k.p.a., poprzez niedokładne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy, niewyczerpujące zebranie i rozpatrzenie materiału dowodowego oraz niewskazanie faktów,

które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których oparł swoje rozstrzygnięcie oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej,

8) naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez błędną wykładnię zarządzeń Prezesa (...), tj. art. 134 ust. 1 i 2 i art. 140 ust. 1 i 2 w zw. z art. 163 ust. 1 i 2 u.o.ś., oraz niezbranie materiału dowodowego w sposób określony w art. 77 § 1 k.p.a. poprzez pominięcie przeprowadzenia wnioskowanych przez powoda dowodów z akt badania przez ministra właściwego do spraw zdrowia zarządzeń Prezesa (...), tj. (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), który, stosując kryterium legalności, nie stwierdził, aby naruszały one prawo w całości lub w części, a tym samym nie naruszały one art. 140 ust. 2 pkt 1 u.o.ś.,

9) naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię, tj. art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 1 i art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k., wskutek stwierdzenia – wbrew oczywistym faktom i zgromadzonemu materiałowi dowodowemu – stosowania zarzucanej praktyki, w sytuacji, gdy (...) nie można przypisać tych działań, a nawet w przypadku ich przypisania znajdują one swoje obiektywne uzasadnienie w dążeniu do przestrzegania przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz zapewnienia jak najlepszych warunków świadczenia usług na rzecz świadczeniobiorców (konsumentów),

10) błędne ustalenie stanu faktycznego w sprawie wskutek niezgromadzenia materiałów dowodowych m.in. w postaci ofert i dokumentacji konkursowej zgromadzonych w toku postępowań o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych organizowanych przez oddziały wojewódzkie (...), przez co pozwany poczynił błędne ustalenia co do wpływu przyjętego przez powoda kryterium jakościowego oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej w postaci parametru ilości wykonanych badań rocznie na możliwość zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej,

11) wewnątrznie sprzeczne ustalenia w zakresie „rynku właściwego”, na jakim miało dojść do nadużycia przez (...) pozycji dominującej.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UOKiK wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 7.09.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmA 50/14, zmienił zaskarżoną decyzję w punkcie II w ten sposób, że obniżył karę pieniężną nałożoną na (...) do kwoty 45.329,50 zł, oddalając odwołania w pozostałym zakresie i zniósł wzajemnie między stronami koszty procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 25.04.2012 r. do Prezesem UOKiK wpłynęło zawiadomienie (...) sp. z o.o. w Ł. (dalej: (...)), wykonującej działalność leczniczą w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego Centrum Medyczne (...) Zakład Opieki Zdrowotnej sp. z o.o., w sprawie nadużywania pozycji dominującej przez (...) Oddział Wojewódzki (...) na rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej w zakresie różnicowania podmiotowego uczestników przetargu na świadczenia zdrowotne. Spółka wskazała, że przyjęta przez (...), a stosowana przez Oddział (...) powoda ocena ofert w oparciu o kryterium jakości świadczonych usług, oparta na liczbie wykonanych badań, stanowi praktykę ograniczającą konkurencję wskazaną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k., gdyż preferuje przedsiębiorców dużych, którzy wykonywali wcześniej świadczenia zakontraktowane przez powoda. W związku z tym Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające. Ustalił, że zarządzeniem nr (...) Prezesa (...) z dnia 30.09.2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zmienionym zarządzeniami Prezesa (...): nr (...) z dnia 20.10.2011 r., nr (...), z dnia 26.10.2011 r., nr (...) z dnia 3.11.2011 r., nr (...) z dnia 16.11.2011 r., nr (...) z dnia 13.12.2011 r., określono kryteria oceny ofert na świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego stosowane w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej na 2012 r. W tabeli 1.13.2 załącznika nr 1 do zarządzenia nr (...) z dnia 4.11.2011 r., zatytułowanej „ambulatoryjne świadczenia diagnostyczne kosztochłonne”, wskazany został jako parametr oceny „kryterium jakości”, z wagą skalującą maksymalną liczbę

punktów oceny = 20, w którym parametr oceny stanowiła liczba badań wykonanych w pracowni, przy czym wymagania co do ilości tych badań określono na poziomie: dla tomografii komputerowej minimum 5.000 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosiła 5 pkt, a dla pracowni rezonansu magnetycznego minimum 2.500 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosiła 5 pkt. Pozostałe kryteria jakości (parametry oceny) w tej tabeli stanowiły: czas pracy pielęgniarki z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +2, certyfikat jakości z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +5, wyniki kontroli rozpoczętych po dniu 1 stycznia roku poprzedzającego rok, którego dotyczy postępowanie w sprawie zawarcia umowy z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny –5. Innymi parametrami oceny ofert były: kompleksowość z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +15, dostępność z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +10 i cena z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +20. Następnie zarządzeniem nr (...) z dnia 8.11.2011 r. doprecyzowano, że liczba badań zrealizowanych rocznie w pracowni obejmuje badania wykonane w trybie ambulatoryjnym i stacjonarnym, także poza umową z (...). Nie wszystkie oddziały powoda zastosowały jednakowe kryteria oceny składanych przez podmioty lecznicze ofert w zakresie punktowej oceny parametru jakości dotyczącego ilości zrealizowanych świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w pracowni rezonansu magnetycznego i pracowni tomografii komputerowej. W nowo utworzonych obszarach ofertowych i na obszarach ofertowych, na których do postępowania ofertowego przystąpił tylko jeden nowy podmiot lub dwa nowe podmioty z różnych miejscowości, parametr jakości dotyczący ilości wykonanych badań nie miał wpływu na wynik wyboru oferenta.

Postanowieniem z dnia 3.04.2013 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko (...), pod zarzutem nadużywania przez Fundusz pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na obejmujących terytorium Polski lokalnych rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, w następstwie przyjęcia za kryterium jakościowe oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej parametru ilości wykonanych badań rocznie, co może stanowić naruszenie art. 9 ust 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k. W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Fundusz, pismami z dnia 26.04.2013 r. i 5.07.2013 r., udzielił wymaganych informacji i ustosunkował się do przedstawionych zarzutów. Pismem z dnia 21.11.2013 r. pozwany został poinformowany o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy. Wnioskiem z dnia 3.12.2013 r. (...) wystąpił o przeprowadzenie nowych dowodów w sprawie w postaci uzyskania dokumentów znajdujących się w posiadaniu Ministra (...), potwierdzających legalność wydawanych przez (...) zarządzeń przywoływanych w prowadzonym postępowaniu i wskazanych w tym piśmie przez (...) oraz o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków na okoliczność przyjęcia jako kryterium oceny ofert w ramach jakości ilości badań wykonanych przez pracownie diagnostyczne i praktycznego uzasadnienia do stosowania takiego kryterium. Ponadto (...) załączył do pisma dowody potwierdzające akceptację krajowego konsultanta ds. (...) oraz wystąpił z wnioskiem o odstąpienie od nałożenia kary przez Prezesa Urzędu. Postanowieniem z dnia 9.12.2013 r. Prezes UOKiK zarządził uzupełnienie materiału dowodowego w prowadzonej sprawie celem ustosunkowania się do zgłoszonych przez (...) wniosków, co uczynił pismem z dnia 10.12.2013 r. Pismem z dnia 11.12.2013 r. Prezes Urzędu ponownie poinformował (...) o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy, a w dniu 31.12.2013 r. wydał decyzję nr (...).

Zarządzeniem Prezesa (...) z dnia 23.01.2014 r. nr (...) w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w którym zmieniono sposób oceny ofert pod względem jakości udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych, poprzez odstąpienie od parametru oceny oferty pod kątem liczby badań wykonanych w pracowni.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie. W ocenie tego Sądu stan faktyczny ustalony przez pozwanego na dzień wydania decyzji był prawidłowy

i bezsporny, a Prezes UOKiK prawidłowo określił jako dominującą pozycję powoda na rynku właściwym – rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych. Za niezasadne uznał zarzuty naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, sformułowane w punktach 4-7 odwołania, gdyż nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sąd rozpoznając sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nie może ograniczać się do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowanie sądowe. Ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylenia decyzji w tym postępowaniu. Celem postępowania jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór powstający pomiędzy stronami dopiero po wydaniu zaskarżonej decyzji, a nie przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego. Wniesienie do SOKiK odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd ten dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego.

Odnosząc się do zarzutu, że (...) nie posiada przymiotu przedsiębiorcy oraz – co za tym idzie – zdolności antymonopolowej w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a u.o.k.k. w zw. z art. 28 k.p.a. i art. 81 i 82 TWE, Sąd Okręgowy wskazać, że definicja przedsiębiorcy wynikająca z art. 4 pkt. 1 u.o.k.k. jest szersza niż definicja przedsiębiorcy zawarta w ustawie z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1829 ze zm., dalej: u.s.d.g.), czy w kodeksie cywilnym. Taki zabieg zastosowany przez ustawodawcę został dokonany celem objęcia przepisami ustawy antymonopolowej możliwie największej ilości podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym, które mogłyby wpłynąć na charakter konkurencji. Okoliczność, że zgodnie z art. 97 ust. 5 u.o.ś. (...) nie prowadzi działalności gospodarczej, nie jest sama w sobie przeszkodą do uznania go za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów wskazanej ustawy. Jak wynika z art. 97 u.o.ś., do zakresu działalności (...) zalicza się organizowanie świadczeń opieki zdrowotnej. Do grupy przedsiębiorców w rozumieniu ustawy antymonopolowej należy także zaliczyć osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k.). Na gruncie obowiązujących przepisów brak jest legalnej definicji „usługi o charakterze użyteczności publicznej”. Pewną wskazówkę interpretacyjną może stanowić art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 573 ze zm.), zgodnie z którym gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Możliwe jest tym samym ustalenie zakresu wspomnianych zadań poprzez określenie celu, któremu ma służyć ich realizacja. Celem organizowanych przez (...) świadczeń opieki zdrowotnej jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, leczenie, pielęgnacja oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie (art. 15 ust. 1 u.o.ś.). Usługi tego rodzaju należą do katalogu usług o charakterze użyteczności publicznej, bowiem ich celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych. W szczególności dostęp do tych świadczeń mają, zgodnie z art. 2 ust. 1 u.o.ś., osoby objęte powszechnym – obowiązkowym i dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym, inne niż ubezpieczeni osoby posiadające obywatelstwo polskie i posiadające miejsce zamieszkania na terytorium Polski, które spełniają kryterium dochodowe oraz inne osoby posiadające obywatelstwo polskie, które nie ukończyły 18. roku życia, lub posiadające miejsce zamieszkania na terytorium Polski, które są w okresie ciąży, porodu lub połogu. Celem tego rodzaju świadczeń (usług) jest ochrona zdrowia społeczeństwa, na co wskazuje wyraźnie opisany zakres i rodzaj tych świadczeń, jak i krąg świadczeniobiorców. Posiłkowo można zatem wskazać, że ochrona zdrowia lokalnej społeczności została wymieniona wśród zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego, a zadania własne gmin z reguły traktowane są jako zadania o charakterze użyteczności publicznej. Świadczenie usług medycznych należy do kategorii usług o takim właśnie charakterze. Za takim rozumowaniem przemawia także stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który wskazał, że zadania mające charakter użyteczności publicznej należy rozumieć możliwie najszerszej (zob. uchwałę TK z dnia 12.03.1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15). Podmiot świadczący zadania

o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, nie jest co prawda przedsiębiorcą sensu stricto, ale jest uznawany za przedsiębiorcę przez przepisy ustawy antymonopolowej. Szeroka definicja „przedsiębiorcy” w prawie antymonopolowym i obejmowanie jej podmiotowym zakresem także niektórych jednostek publicznych, jest wyrazem ekonomicznego podejścia do tego terminu. Takie stanowisko prezentowane jest także w prawie antymonopolowym Unii Europejskiej, w którym – w zakresie ustalania pojęcia „przedsiębiorstwo” (zwłaszcza na potrzeby stosowania art. 81 i 82 TWE – obecnie 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) – organy wspólnotowe opierają się przede wszystkim na rodzaju działalności wykonywanej przez dany podmiot (jednostkę) oraz możliwości oddziaływania przez ten podmiot na strukturę konkurencji. Nie ma zatem znaczenia ani forma prawna, w jakiej dany podmiot prowadzi działalność, ani sposób (źródło) finansowania tej działalności, ani także okoliczność, czy działalność ta jest nastawiona na osiąganie zysku. Zatem zaprezentowana przez (...) wąska interpretacja art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k. nie jest prawidłowa. W istocie jednostki świadczące usługi medyczne, z którymi powód zawiera kontrakty, mogą być przedsiębiorcami, którzy czerpią zysk z tej działalności. (...) dysponuje środkami publicznymi przeznaczonymi na finansowanie systemu publicznej służby zdrowia i ten system organizuje, chociaż jego działalność nie jest nastawiona na zysk i nie jest działalnością gospodarczą. Tak więc to nie usługi organizowane przez dany podmiot nie mają być działalnością gospodarczą, lecz ich organizowanie. Zresztą organizacja usług o charakterze użyteczności publicznej jest również swoistą usługą. Gdyby działalność (...) miała charakter zarobkowy, wówczas podmiot ten byłby przedsiębiorcą sensu stricto i z tego tytułu jego działalność podlegałaby ocenie z punktu widzenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednak ta ustawa w art. 4 wprowadza rozszerzoną definicję przedsiębiorcy, co sprawia, że działalność (...), która nie ma charakteru zarobkowego, podlega stosownej ocenie. Za przedsiębiorcę stosownie do art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k. uważa się zarówno osoby świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, jak i organizujące ich świadczenie, tj. takie, które mogą mieć pośredni wpływ na konkurencję, stwarzając faktyczne lub prawne podstawy świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców. Tak więc pozwany ma legitymację antymonopolową i możliwość bycia stroną postępowania antymonopolowego.

W kwestii zarzutu powoda dotyczącego nieważności zaskarżonej decyzji z uwagi na jej wydanie przez Zastępcę Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. bez upoważnienia Prezesa UOKiK, Sąd Okręgowy wskazał, iż upoważnienie do prowadzenia postępowania administracyjnego przeciwko (...) w tej sprawie, wydane w trybie art. 49 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 u.o.k.k., zostało udzielone przez Prezesa UOKiK w dniu 8.10.2013 r. Powód miał prawo do zapoznania się z aktami administracyjnymi w toku postępowania prowadzonego przez pozwanego, o czym był poinformowany przez pozwanego dwukrotnie doręczonym zawiadomieniem. Chybiony był zarzut (...), że zaskarżoną decyzję wydała niewłaściwa delegatura UOKiK. Jak wyraźnie wynikało z upoważnienia z dnia 28.03.2013 r. i 8.10.2013 r., wydanego przez Prezesa UOKiK, zostało ono wydane zarówno Delegaturze UOKiK w Ł. do wszczęcia i prowadzenia postępowania (k. 227 akt adm.), jak i Zastępcy Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. do prowadzenia postępowania, podpisywania wszelkich pism i postanowień w toku postępowania oraz podpisania decyzji kończącej postępowanie w sprawie (pierwsza strona akt adm.), przy uwzględnieniu uprawnień Prezesa UOKiK wynikających z § 4 ust. 3 rozporządzenia, zgodnie z którym jeżeli w sprawach praktyk ograniczających konkurencję powstaną wątpliwości co do właściwości miejscowej delegatury, delegaturę właściwą wskazuje Prezes UOKiK. Nadto przedmiotowa praktyka powoda została ujawniona na obszarze działalności Oddziału w Ł., podlegającej właściwości miejscowej i rzeczowej Delegatury UOKiK w Ł., co uzasadnia udzielenie upoważnienia do prowadzenia postępowania właśnie tej Delegaturze. Wbrew stanowisku powoda zaskarżona decyzja zapadła zatem bez naruszenia przepisów o właściwości organu administracyjnego.

Jednocześnie Sąd Okręgowy oddalił wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z akt badania przez Ministra (...) zarządzeń Prezesa (...), gdyż nie miał on znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem Minister (...), badając legalność aktów Prezesa (...), nie bada ich co do naruszenia ustawy antymonopolowej, gdyż leży to w gestii Prezesa Urzędu. Nic nie stoi na przeszkodzie przekazywania przez (...) wydawanych aktów Prezesowi UOKiK do stwierdzenia ich zgodności z prawem konkurencji. Sąd ten oddalił też wniosek dowodowy powoda o przesłuchanie w charakterze świadków wskazanych osób, gdyż ich wiedza może dotyczyć osób wykonujących badania, których dotyczy sprawa oraz wpływu wykonanej ilości badań na wiedzę analityka ich dokonującego, a nie na wpływ na podmiot dokonujący badań. Podobnie nie ma znaczenia dla przedmiotu postępowania przebieg procesu zmiany

rozporządzenia dotyczącego standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych, gdyż dotyczy innego przedmiotu, niż niniejsze postępowanie. Sąd ten oddalił również wniosek o dopuszczenie dowodu z dokumentów z postępowań w sprawie zawarcia umów, gdyż skutek, jaki wystąpił na rynku właściwym, nie ma znaczenia dla rozpoznania sprawy.

Odnosząc się do przesłanek wskazanych w art. 9 ust. 1 u.o.k.k., Sąd Okręgowy powołał się na legalną definicję rynku właściwego (art. 4 pkt 9 u.o.k.k.) oraz towaru (art. 4 pkt 7 u.o.k.k.). Rynek właściwy wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym. Pojęcie to obejmuje dwa zasadnicze rynki: rynek właściwy produktowo (asortymentowo) oraz rynek właściwy terytorialnie. Kryterium wyodrębnienia rynku właściwego produktowo jest wymienialność towarów z punktu widzenia ich nabywcy, którego potrzeby towary te mają zaspokajać. Rynek ten dotyczy wszystkich towarów jednego rodzaju, które poprzez szczególne właściwości, przede wszystkim ze względu na przeznaczenie, funkcje użytkowe i cenę, odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynkiem wyznaczonym według kryterium geograficznego (rynkiem właściwym terytorialnie) jest z kolei rynek stanowiący obszar zbytu, na którym panują homogeniczne, tożsame lub podobne warunki konkurencji na ustalonym rynku produktowym. Rynkiem właściwym dla działalności (...) jest krajowy rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych ze środków publicznych. Kryterium geograficznym będzie zatem obszar całego państwa, a kryterium produktowym – usługi polegające na wspomnianych świadczeniach opieki zdrowotnej, które są towarami w rozumieniu art. 4 pkt 7 u.o.k.k. Ponieważ wspomniane świadczenia są organizowane przez (...) na terenie całego kraju, przemawia to za przyjęciem krajowego kryterium rynku właściwego.

W zakresie pozycji dominującej Sąd Okręgowy powołał się na legalną definicję zawartą w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Na krajowym rynku właściwym organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (...) posiada 100% udziału, jako że jest jedynym podmiotem organizującym takie świadczenia i posiadającym ku temu wyłączną kompetencję wynikającą z mocy ustawy. Bezspornie (...) ma pozycję dominującą na tak określonym rynku właściwym. Nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym jest zakazane (art. 9 ust. 1 u.o.k.k.) – takie zachowanie jako zakłócające konkurencję jest kwalifikowane jako sprzeczne z celami tej ustawy i antykonkurencyjne ze swej istoty. Zakaz ten ma charakter bezwzględny. Inaczej, niż ma to miejsce w przypadku porozumień ograniczających konkurencję (art. 6-8 u.o.k.k.), ustawodawca nie przewidział od niego wyłączeń. Przepis art. 9 ust. 1 ustawy zakazuje nadużywania pozycji dominującej niezależnie od winy czy jej braku oraz skutków tego działania. Wystarczające jest zagrożenie wystąpienia tych skutków, które nie muszą realnie zachodzić. Takie działanie należy więc rozpatrywać w kategoriach obiektywnych. Nadużywanie pozycji dominującej obejmuje zróżnicowane stany faktyczne – zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. polega ono m.in. na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. O „przeciwdziałaniu” można mówić w tych sytuacjach, gdy przedsiębiorca dominujący swoim działaniem albo zaniechaniem wywołuje określone negatywne skutki dla konkurencji na rynku. Opisane w tym przepisie działanie polega na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się na rynku sytuacji pozwalającej na wejście na ów rynek nowych podmiotów bądź też umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój innych uczestników rynku. Dominant w szczególności nie może tworzyć innym uczestnikom obrotu przeszkód ograniczających im możliwość konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej. Przepis ten wiąże się z zasadą „równych szans” dla przedsiębiorców, którym powinno się zapewnić taki sam dostęp do rynku. Opisane przeciwdziałanie może prowadzić do zniekształcenia warunków również na takim rynku, na którym dopuszczający się go przedsiębiorca nie prowadzi w ogóle działalności. Zjawisko takie określa się w doktrynie jako „transfer nadużycia pozycji dominującej”.

Zdaniem Sądu Okręgowego, skoro (...) jest dominatorem na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych ze środków publicznych, ma wpływ na sytuację na rynkach udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych ze środków publicznych, bowiem dostęp do świadczenia usług na tym rynku mają jedynie podmioty, które zawarą z (...) stosowną umowę. Powód decyduje nie tylko o zakresie podmiotów, z którymi będzie podpisana taka umowa, lecz również o warunkach udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie tychże umów. Rynki

udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych ze środków publicznych jest zatem powiązany z rynkiem organizowania tych świadczeń, na którym pozycję dominującą zajmuje (...). Działania powoda polegały na odmowie zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w wyniku stosowania w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego parametru oceny oferty – kryterium jakości stanowiącego liczbę badań wykonanych w pracowni, przy czym wymagania co do ilości tych badań określono na poziomie: dla tomografii komputerowej – minimum 5.000 badań rocznie, dla pracowni dla rezonansu magnetycznego – minimum 2.500 badań rocznie. Takie ustanowienie parametru jakości, promującego w efekcie dotychczasowych kontrahentów (...), duże szpitale czy podmioty diagnostyczne, nie jest przejawem równego traktowania przez powoda wszystkich podmiotów leczniczych. Takie zachowanie stoi w sprzeczności z art. 134 u.o.ś., zgodnie z którym (...) jest obowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Powyższe, zdaniem Sądu Okręgowego, zaburza właściwą konkurencję, gdyż tworzy barierę wejścia i rozwoju podmiotów leczniczych wchodzących na ten rynek, a jednocześnie preferuje podmioty wcześniej wybierane w postępowaniach ofertowych na tego rodzaju świadczenia zdrowotne, nawet jeżeli poziom ich usług był niezadowolający, gdyż daje mu posiadanie koniecznej ilości dokonanych badań i stanowi praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. Sąd Okręgowy podzielił więc pogląd Prezesa Urzędu, że zachowanie (...) daje podstawę, aby wyciągnąć w stosunku do niego konsekwencje karne, jednak nie zgodził się z wysokością wymierzonej kary pieniężnej. Jak wynika z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., nałożenie kary ma charakter fakultatywny, zaś jej wysokość jest uzależniona od przesłanek wymienionych w art. 111 tej ustawy. Nałożenie kary pieniężnej na powoda jest uzasadnione wagą naruszonego dobra i interesem publicznym. Kara ma spełniać rolę prewencyjną, zarówno w ujęciu ogólnym, tj. oddziaływanie na ogół adresatów norm prawnych, jak i w ujęciu indywidualnym, gdyż ma zabezpieczać przed ponownym naruszeniem dobra prawnego przez powoda. Ma oddziaływać prewencyjnie w sensie negatywnym poprzez odstraszenie przedsiębiorców od zachowań sprzecznych z prawem i w sensie pozytywnym poprzez wzmocnienie hamulców u przedsiębiorców przestrzegających prawa. Kara ma oddziaływanie również represyjne, musi stanowić dla ukaranego dolegliwość za naruszenie prawa. Sąd Okręgowy zauważył, że posiadane przez (...) środki pieniężne pochodzą ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, których zmniejszenie stanowi każdorazowo szkodę na rzecz ubezpieczonych poprzez obniżenie im poziomu ochrony zdrowotnej. Należy również uwzględnić okoliczność zaniechania przez powoda stosowania przedmiotowej praktyki, co uczyniono w wyniku zarządzenia nr (...), którym zmieniono sposób oceny ofert pod względem jakości udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych, poprzez odstąpienie od parametru oceny oferty pod kątem liczby badań wykonanych w pracowni. Te okoliczności skutkowały obniżeniem kary pieniężnej o 75%, tj. do wysokości 45329,5 zł, co stanowi 0,0000725% przychodu powoda osiągniętego w 2012 r. Tak ustalona kara jest adekwatna do stopnia nadużywania przez (...) pozycji dominującej, spełnia w wystarczającym stopniu funkcję zarówno represyjną, jak i prewencyjną, mieszcząc się przy tym w granicach ustawowych.

Kierując się względami słuszności i brakiem dysproporcji w poniesionych przez strony kosztach, Sąd Okręgowy uznał za właściwe znieść wzajemnie między stronami koszty procesu w oparciu o art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód (...) w całości, zarzucając:

- 1) błędne uznanie, że wbrew ogólnej zasadzie wynikającej z art. 184 Konstytucji, naruszenie przepisów prawa administracyjnego przez Prezesa UOKiK nie może być przedmiotem oceny w postępowaniu sądowym w sprawie z odwołania od decyzji,
- 2) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie przez Sąd Okręgowy zasady swobodnej oceny dowodów, polegającej na oddaleniu wniosków dowodowych z dokumentów – akt badania przez Ministra (...) zarządzeń Prezesa (...) pod kątem legalności,

3) naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. w zw. z art. 134 u.o.ś. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w niezasadnym przyjęciu, że (...) dopuścił się praktyki polegającej na nadużyciu posiadanej pozycji dominującej,

4) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 15 ust. 1 u.o.ś., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieprzyjęcie, że powód miał prawo ustalić minimalną liczbę wykonanych świadczeń przez podmioty ubiegające się o umowę z (...),

5) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, polegającej na błędnym ustaleniu, iż „działania powoda polegały na odmowie zawierania umów” oraz oddaleniu wniosków dowodowych z dokumentów dotyczących postępowań w sprawie zawarcia umów, poprzez błędne uznanie, iż skutek, jaki wystąpił na rynku właściwym, nie ma znaczenia dla rozpoznania sprawy.

Wskazując na te zarzuty, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie lub zmianę zaskarżonej decyzji w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, że (...) nie dopuścił się praktyki polegającej na nadużyciu posiadanej pozycji dominującej, bądź zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania w części i uchylenie lub zmianę punktu II zaskarżonej decyzji poprzez odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej lub jej zmniejszenie, bądź uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia, a nadto o obciążenie strony pozwanej kosztami postępowania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była zasadna jedynie w niewielkim zakresie.

Przede wszystkim bezzasadny był zarzut powoda (...) dotyczący kwestii procesowej związanej z możliwością oceny w postępowaniu sądowym wywołanym wniesionym odwołaniem naruszenia przepisów prawa administracyjnego, a konkretnie błędy, jakie zostały ewentualnie popełnione w postępowaniu przed organem antymonopolowym. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że postępowanie z zakresu ochrony konsumentów ma charakter hybrydalny – łączący w sobie dominujące w nim elementy sądowego postępowania pierwszoinstancyjnego z pewnymi elementami drugoinstancyjnej kontroli decyzji administracyjnej. Wyrok SOKiK rozstrzyga bowiem o bycie prawnym zaskarżonej decyzji, eliminując ją z obrotu prawnego, bądź utrzymując w obrocie prawnym w dotychczasowej lub zmienionej postaci. Dopiero wniesienie odwołania powoduje wszczęcie postępowania sądowego na zasadach postępowania kontradyktoryjnego, bowiem poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkuje jedynie dopuszczalność drogi sądowej. SOKiK powinien więc osądzić sprawę od początku, gdyż charakter postępowania administracyjnego wyklucza możliwość oparcia orzeczenia na ustaleniach organu administracyjnego. W konsekwencji, co do zasady, SOKiK jest władny usunąć wady decyzji organu antymonopolowego (zob. np. wyrok SN z dnia 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 87, z dnia 24.10.2002 r. I CKN 1465/00, Legalis nr 59279 i z dnia 24.01.2012 r., III SK 23/11, Lex nr 1129350; wyroki SA w Warszawie: z dnia 31.05.2011 r., VI ACa 1299/10, Legalis nr 393889 i z dnia 8.03.2012 r., VI ACa 1150/11, Legalis nr 532600). Zatem uchylenie decyzji organu powinno mieć miejsce w przypadku takich uchybień formalno-proceduralnych decyzji Prezesa Urzędu lub przeprowadzonego przez niego postępowania administracyjnego, które nie podlegają konwalidacji w toku postępowania sądowego z uwagi na odmienne ukształtowanie kompetencji Prezesa Urzędu i sądów oraz ich zadań w postępowaniu odwoławczym, a więc których SOKiK nie może skorygować. Merytoryczny charakter postępowania sądowego zainicjowanego wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa Urzędu powoduje, że stwierdziwszy nieprawidłowości decyzji organu, sąd powinien wprowadzić stosowne zmiany, w granicach wyznaczonych odwołaniem i zgodnie z jego żądaniem (zob. wyroki SN: z dnia 18.05.2012 r., III SK 37/11, OSNAPiUS 2013, nr 11-12, poz. 143, z dnia 13.08.2013 r., III SK 57/12, OSNAPiUS 2014, nr 6, poz. 93, z dnia 6.11.2013 r., III SK 59/12, OSNAPiUS 2015, nr 2, poz. 30 i z dnia 5.11.2015 r., III SK 55/14, ZNSA 2016, nr 3, s. 120).

Te same zasady należy przyjąć w postępowaniu z odwołania od decyzji organu regulacyjnego i organu antymonopolowego. W wyroku z dnia 19.08.2009 r. (III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9-10, poz. 144) Sąd Najwyższy wskazał, że skoro SOKiK może – zmieniając odpowiednio decyzję Prezesa Urzędu – usunąć część ze stwierdzonych uchybień, uchylenie decyzji Prezesa Urzędu jest możliwe tylko w przypadkach takich uchybień, które nie mogą zostać sanowane w drodze zmiany decyzji Prezesa Urzędu na etapie postępowania sądowego. Dlatego sąd rozpoznający sprawę nie ma potrzeby szczegółowego ustosunkowania się za każdym razem do zarzutów powoda o charakterze proceduralnym, zwłaszcza wtedy, gdy odwołujący nie wykazuje, że uchybienia tego rodzaju istotnie wpłynęły na merytoryczną treść zaskarżonej decyzji.

To stanowisko jest ugruntowane, o czym świadczy orzecznictwo w sprawach antymonopolowych. Z powyższego jasno wynika, co również wynikało z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że nie chodzi o to, iż sąd rozpatrujący odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK nie rozważa kwestii związanych z postępowaniem administracyjnym, ale ewentualne błędy (uchybień) poczynione w tym postępowaniu nie mają znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli są to błędy tego rodzaju, które mogą być naprawione w toku postępowania sądowego. Dotyczy to w szczególności postępowania dowodowego, jako że w postępowaniu sądowym strona może zgłosić stosowne wnioski dowodowe w trybie przewidzianym w kodeksie postępowania cywilnego. Jedynie uchybienia, których nie dotyczy kognicja sądu powszechnego, nie mogą być naprawione i tylko takie mogą stanowić podstawę uchylenia decyzji Prezesa Urzędu. Nie ma tu zastosowania art. 184 Konstytucji, jako że kontrola decyzji Prezesa UOKiK została przekazana do właściwości sądów powszechnych i, ewentualnie, Sądu Najwyższego (art. 479²⁸ § 1, art. 479³⁵ § 2 k.p.c.). Jednocześnie spełnia to zasadę prawa do sądu wynikającą z art. 45 ust. 1 Konstytucji, gdyż odwołujący się od decyzji ma prawo wykazania swoich racji przed niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem.

Z takimi niedającymi się usunąć uchybieniami w postępowaniu administracyjnym nie mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. W szczególności dotyczyło to kwestii wydania zaskarżonej decyzji przez niewłaściwy organ. W apelacji ten zarzut nie został już podtrzymany, niemniej Sąd Apelacyjny zgodził się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w tym przedmiocie. Decyzja została wydana przez Zastępcę Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. z upoważnienia Prezesa UOKiK. Świadczą o tym upoważnienia z dnia 28.03.2013 r. i 8.10.2013 r. (s. 1 i k. 227 akt adm.). Upoważnieniem z dnia 28.03.2013 r. Prezes UOKiK upoważnił Delegaturę UOKiK w Ł. do wszczęcia i prowadzenia postępowania antymonopolowego w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu przez (...) pozycji dominującej opisanej później w decyzji, a także Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. do wydania decyzji administracyjnej w sprawie. Natomiast upoważnieniem z dnia 8.10.2013 r. Prezes UOKiK upoważniła A. K., Zastępcę Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. do prowadzenia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu przez (...) pozycji dominującej opisanej później w decyzji, w tym do podpisywania wszelkich pism i postanowień w toku postępowania, jak również do podpisywania decyzji kończącej postępowanie w sprawie.

Ponadto, w zakresie swojej właściwości miejscowej do zadań delegatur UOKiK należy m.in. prowadzenie postępowań antymonopolowych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (§ 2 pkt 3 rozporządzenia). Postępowania antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję prowadzi delegatura właściwa miejscowo ze względu na siedziby przedsiębiorców będących stronami tych postępowań, z wyłączeniem postępowań w sprawach praktyk, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Jeżeli praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na całym lub znacznej części rynku krajowego, właściwy w tych sprawach jest Prezes UOKiK – Centrala w W.. Jeżeli w sprawach praktyk ograniczających konkurencję powstaną wątpliwości co do właściwości miejscowej delegatury, delegaturę właściwą wskazuje Prezes UOKiK (§ 4 rozporządzenia). Mając również na względzie treść art. 33 ust. 2-6 u.o.k.k., nie ulegało wątpliwości, że zaskarżona decyzja zapadła zatem bez naruszenia przepisów o właściwości organu administracyjnego, a więc była ważna w świetle art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. Podobnie nie miał zastosowania punkt pierwszy tego przepisu, gdyż brak powołania się w decyzji przez osobę ją podpisującą na udzielone jej upoważnienie (zgodnie z przepisami prawa), nie oznacza wadliwości decyzji – decyduje bowiem, czy takie upoważnienie zostało faktycznie udzielone (co w niniejszej sprawie miało miejsce).

Bezprzedmiotowe były również zarzuty dotyczące kwestii proceduralnych, jak:

- wydanie decyzji przed upływem terminu do wypowiedzenia się strony postępowania co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań i nieodniesienie się do twierdzeń strony zawartych w piśmie z dnia 31.12.2013 r.,
- bezpodstawna odmowa sporządzenia i doręczenia uwierzytelnionych odpisów z akt postępowania wnioskowanych w piśmie strony z dnia 23.12.2013 r. bez zachowania wymaganej formy postanowienia,
- nieuwzględnienie żądania przeprowadzenia dowodów zgłoszonych w piśmie z dnia 3.12.2013 r.

Uchybienia tego rodzaju mogły być konwalidowane przed SOKiK, gdyż twierdzenia i wnioski mogły być ponowione w postępowaniu sądowym, co też w odniesieniu do części wniosków miało miejsce. Podobnie rzecz ma się naruszeniem przepisów postępowania, w tym art. 107 § 3 k.p.a., poprzez niedokładne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy, niewyczerpujące zebranie i rozpatrzenie materiału dowodowego oraz niewskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których oparł swoje rozstrzygnięcie oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Należy podkreślić, że uzasadnienie decyzji administracyjnej ma objaśnić stronie tok rozumowania organu, prowadzący do zastosowania przepisu w sprawie w określonym stanie faktycznym. Konsekwencją tego rozumowania jest bowiem wydanie przez organ rozstrzygnięcia odpowiadającego normie prawnej zawartej w danym przepisie ustawy. Konkretyzacja prawa dokonuje się więc w rozstrzygnięciu decyzji administracyjnej, a uzasadnienie decyzji służy wskazaniu stronie motywów, jakimi kierował się organ przy załatwieniu jej sprawy administracyjnej. Uzasadnienie w dziedzinie faktów musi wyjaśnić okoliczności wskazujące na potrzebę lub konieczność wydania decyzji w danej sprawie i wobec określonych podmiotów oraz ich wpływ na treść rozstrzygnięcia. W sferze prawa chodzi natomiast o wskazanie normy prawnej obowiązującej i jej znaczenia ustalonego w drodze wykładni (zob. wyrok NSA z dnia 4 marca 2014 r., II GSK 2075/12, Legalis nr 909025). Te wymogi spełniała zaskarżona decyzja, nie zawierała braków tego rodzaju, które uniemożliwiłyby jej kontrolę przez sąd.

Niezasadny był również zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Innymi słowy, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje, poza jedną kwestią. Te ustalenia nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998, nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 60).

W tym miejscu trzeba zauważyć, że mimo podniesienia zarzutu naruszenia powyższego przepisu, tak naprawde strona powodowa nie kwestionowała ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy, poza jedną kwestią, a mianowicie ustalenia, że „działania powoda polegały na odmowie zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej”. Faktycznie takie stwierdzenie znalazło się w rozważaniach uzasadnienia zaskarżonego wyroku, jednak całość rozważań Sądu I instancji prowadzi do wniosku, że chodziło tu o „odmowę” w kontekście spornego parametru jakościowego, jakim była ilość wykonanych badań. Niemniej zgodzić się należało z powodem, że wyrażenie *explicite*, że chodziło o odmowę zawierania przez (...) umów z potencjalnymi kontrahentami, nie miało oparcia w materiale dowodowym.

Natomiast pozostała część zarzutów dotyczących omawianego przepisu została nieprawidłowo sformułowana, jako że odnosiła się do oddalenia wniosków dowodowych. Jak można rozumieć, chodziło o naruszenie art. 217 § 3 i art. 227 k.p.c., co jednak nie miało uzasadnienia, a o czym będzie mowa poniżej.

Podstawowa kwestia dotyczyła naruszenia przez Sąd Okręgowy – według strony powodowej – art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. Chodziło o to, czy faktycznie praktyka zarzucona (...) stanowiła przejaw nadużywania pozycji dominującej w postaci przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Przy czym powód nie podtrzymał w apelacji zarzutu dotyczącego jego statusu jako przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.k. Także w tym przedmiocie należało podzielić wywody Sądu Okręgowego, w konsekwencji których bezspornie powodowi przysługiwała legitymacja antymonopolowa i możliwość bycia stroną postępowania antymonopolowego wszczynanego przez Prezesa UOKiK. Chociaż działalność (...) nie ma charakteru zarobkowego, gdyż wówczas należałoby mówić o przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, to w ustawie antymonopolowej wprowadzono rozszerzoną definicję przedsiębiorcy, w wyniku czego działalność (...), która nie ma charakteru zarobkowego, podlega ocenie z punktu widzenia przepisów tej ustawy. W tym przedmiocie należy podzielić pogląd, że działalność Funduszu polegająca na zawieraniu w ramach publicznego systemu opieki zdrowotnej umów ze świadczeniodawcami o finansowanie świadczeń zdrowotnych jest niewątpliwie organizowaniem usług o charakterze użyteczności publicznej. Wobec tego (...) jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż za przedsiębiorcę – stosownie do art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k. – uważa się zarówno osoby świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, jak i organizujące ich świadczenie, tj. takie, które mogą mieć pośredni wpływ na konkurencję, stwarzając faktyczne lub prawne podstawy świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 5.12.2008 r., VIA Ca 530/08, niepubl.). Taki pogląd panuje również w doktrynie (zob. E. Stawicki w: A. Stawicki, E. Stawicki, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2011: Komentarz do art. 4).

Prawidłowe były również wywody Sądu Okręgowego odnośnie do rynku właściwego i pozycji dominującej powoda na tym rynku. Także tych ustaleń strona powodowa nie kwestionowała. Prezes UOKiK, a następnie Sąd Okręgowy prawidłowo ustalili, mając na względzie legalną definicję rynku właściwego zawartą w art. 4 pkt 9 u.o.k.k., w tym jego aspekty produktowy (asortymentowy) i geograficzny (terytorialny), że rynkiem właściwym dla działalności (...) objętej niniejszym postępowaniem był krajowy rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych ze środków publicznych. Rynek właściwy stanowi płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym obszarze. W tym wypadku kryterium produktowe rynku stanowiły usługi polegające na wspomnianych świadczeniach opieki zdrowotnej, które są towarami w rozumieniu art. 4 pkt 7 u.o.k.k. Natomiast kryterium geograficznym był obszar całego państwa, gdyż wskazane świadczenia były (i nadal są) organizowane przez (...) na terenie całego kraju. Słusznie bowiem Sąd Okręgowy wskazał, że kryterium wyodrębnienia rynku właściwego produktowo jest wymienialność towarów z punktu widzenia ich nabywcy, którego potrzeby towary te mają zaspokajać, co dotyczy wszystkich towarów jednego rodzaju, które poprzez szczególne właściwości, przede wszystkim ze względu na przeznaczenie, funkcje użytkowe i cenę, odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany, zaś rynkiem wyznaczonym według kryterium geograficznego jest rynek stanowiący obszar zbytu, na którym panują homogeniczne, tożsame lub podobne warunki konkurencji na ustalonym rynku produktowym.

Nie ulegało również wątpliwości, że na takim rynku (...) ma pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Tu nawet nie trzeba stosować domniemania przewidzianego w tym przepisie in fine, gdyż bezspornie na krajowym rynku właściwym organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych powód posiada 100% udziału, jako że jest jedynym podmiotem organizującym takie świadczenia i posiadającym ku temu wyłączną kompetencję wynikającą z mocy ustawy.

Przechodząc do kwestii zastosowania i wykładni art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., zgodzić się należało z wykładnią pojęcia „nadużywanie pozycji dominującej”, zaprezentowaną w szeroki sposób przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Obejmuje ono zróżnicowane stany faktyczne, w tym przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.). O „przeciwdziałaniu” można mówić w tych sytuacjach, kiedy przedsiębiorca dominujący swoim działaniem albo zaniechaniem wywołuje określone negatywne skutki dla konkurencji na rynku (E. Stawicki w: A. Stawicki, E. Stawicki, op.cit., Komentarz do art. 9, wyrok SN z dnia 13.05.2008 r., III SK 30/07, OSNAPiUS 2009, nr 15-16, poz. 216). Przeciwdziałanie takiemu zachowaniu się dominanta ma umożliwić wejście na rynek właściwy nowych podmiotów lub funkcjonowanie i rozwój innych uczestników rynku na ekonomicznie uzasadnionych podstawach. Dominant nie może więc tworzyć przeszkód w konkurowaniu tych podmiotów na rynku właściwym, gdyż te podmioty powinny mieć równe szanse zarówno przy wchodzeniu na określony rynek właściwy, jak i w trakcie funkcjonowania na nim. Nie jest przy tym konieczne, aby dominant sam prowadził działalność gospodarczą na rynku właściwym, o ile ma wpływ na niego. Z taką właśnie sytuacją mieliśmy do czynienia w odniesieniu do (...), który chociaż sam nie prowadzi działalności gospodarczej na opisanym rynku właściwym, to de facto kształtuje go, wykonując działalność użyteczności publicznej.

W konsekwencji Sąd Okręgowy prawidłowo uznał, że powód jest dominatem na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych ze środków publicznych. Z mocy ustawy jest jedynym podmiotem uprawnionym m.in. do zawierania umów o udzielanie takich świadczeń ze świadczeniodawcami, ma zatem wpływ na sytuację na rynkach udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w tym przedmiocie, gdyż dostęp do świadczenia usług na tym rynku mają jedynie podmioty, które zawrą z (...) stosowną umowę. Bez tego podmiot nie będzie miał dostępu do środków publicznych. To powód decyduje, na jakich warunkach zainteresowani mogą ubiegać się o zawarcie umowy i jakie warunki muszą spełniać, aby taki kontrakt mieć w ogóle szansę uzyskać.

Co istotne, art. 9 ust. 1 u.o.k.k. zakazuje nadużywania pozycji dominującej niezależnie od winy czy jej braku oraz skutków tego działania. Oznacza to, że wystarczające jest zagrożenie wystąpienia tych skutków, które nie muszą realnie zachodzić (zob. E. Stawicki w: A. Stawicki, E. Stawicki, op.cit., Komentarz do art. 9). Wynika to zresztą wprost z art. 1 ust. 2 u.o.k.k., zgodnie z którym ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zatem takie działanie należy rozpatrywać w kategoriach obiektywnych. Niezasadny był więc zarzut dotyczący oddalenia wniosków dowodowych z dokumentów związanych z postępowaniami w sprawie zawarcia umów, gdyż bez znaczenia dla ustalenia, czy mieliśmy do czynienia z nadużywaniem pozycji dominującej przez powoda, było, czy nastąpił związany z tym skutek. Poza tym strona pozwana nie kwestionowała ani w toku postępowania administracyjnego, ani w postępowaniu sądowym okoliczności, że także oferenci, którzy nie spełniali kwestionowanego warunku, otrzymali kontrakty i danych w tym przedmiocie przedstawionych w postępowaniu administracyjnym (k. 228 i n. akt adm.) oraz w apelacji. Zastosowanie znajdował więc art. 230 k.p.c.

Na marginesie tylko można wskazać, że strona powodowa nie sformułowała wniosku w trybie art. 381 k.p.c., a więc aby przed Sądem Apelacyjnym miały zostać przeprowadzone jakieś dowody.

W odniesieniu do meritum sporu, to w dniu 30.09.2011 r. Prezes (...) wydał zarządzenie nr (...) (k. 40-81 akt adm.), w którym określił kryteria oceny ofert na świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego stosowane w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej na 2012 r., w tym w § 1

ust. 1 pkt 1 wskazano, że jakość będzie oceniana w szczególności przez: kwalifikacje personelu, jego umiejętności i doświadczenie, wyposażenie oferenta w sprzęt i aparaturę medyczną, zewnętrzną ocenę jakości oraz wyniki kontroli prowadzonej przez (...). Dodatkowo w tabeli nr 1.13.2 załącznika nr 1 do zarządzenia nr (...) z dnia 4.11.2011 r. pod nazwą „Ambulatoryjne świadczenia diagnostyczne kosztochłonne” (k. 129-144 akt adm., tabela k. 139-141 akt adm.) Prezes (...) wskazał parametry oceny kryterium jakości, w tym „jakość badań” – z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny = 20, w którym parametr oceny stanowiła „liczba badań wykonywanych w pracowni”, przy czym wymagania co do liczby tych badań określono na poziomie:

- dla endoskopowego przewodu pokarmowego minimum 800 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosiła 5 pkt,
- dla tomografii komputerowej minimum 5.000 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosiła 5 pkt,
- dla pracowni rezonansu magnetycznego minimum 2.500 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosiła 5 pkt.

Pozostałe elementy „kryterium jakości” – parametry oceny w tej tabeli stanowiły:

- czas pracy pielęgniarki z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +2,
- certyfikat jakości z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +5,
- wyniki kontroli rozpoczętych po dniu 1 stycznia roku poprzedzającego rok, którego dotyczy postępowanie w sprawie zawarcia umowy z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny -5.

Zatem w kryterium jakości „jakość badań” stanowiła maksymalnie 20 pkt, z maksymalnie 27 pkt (za wyniki kontroli były punkty ujemne do -5). Innymi parametrami oceny ofert były:

- kompleksowość z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +15,
- dostępność z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +10,
- cena z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +20.

Zatem w kryterium „jakość” badań stanowiła maksymalnie 20 pkt z maksymalnie 77 pkt za wszystkie parametry brane pod uwagę.

Z powyższego wynika, że liczba badań była bardzo ważnym kryterium przy wyborze kontrahenta, a więc zakwestionowane w decyzji parametry ilościowe stworzyły barierę wejścia i rozwoju podmiotów leczniczych wchodzących na rynek, preferując jednocześnie podmioty wcześniej wybrane. Bezsprzecznie jest, że tego parametru ilościowego nie są w stanie spełnić podmioty lecznicze dopiero wchodzące na rynek usług świadczeń w zakresie tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego finansowanych ze środków publicznych. W tym miejscu można wskazać na pismo (...) sp. z o.o. w L. z dnia 29.08.2013 r.: „Spółka przegrała postępowanie organizowane przez (...) Oddział Wojewódzki (...) w 2012 r. z powodu zbyt małej liczby punktów w rankingu ocen. (...) Jedynym z powodów otrzymania małej liczby punktów był podnoszony przez nas brak możliwości wykazania wykonywania ponad 5.000 badań rocznie ze względu na to, że w ciągu roku przed postępowaniem pracownia nie istniała na rynku. W takiej sytuacji punktowanie takiego parametru stanowi w naszej ocenie naruszenie zasad uczciwej konkurencji, co było podnoszone w odwołaniu.” (k. 810-812 akt adm.). Tego warunku nie mogły również spełnić podmioty lecznicze działające na obszarach przetargowych z silną wewnętrzną konkurencją, np. obszar przetargowy miasta Ł., miasta S., czy niektóre obszary D., jak również działające w małych miastach, np. w E., co wykazało postępowanie administracyjne.

Nie ulega wątpliwości, że każdy parametr ilościowy premiuje większe podmioty lecznicze, w szczególności wykonujące świadczenia hospitalizacyjne, a także działające od wielu lat na rynku świadczeń tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego. O ile zgodzić się należało z powodem, że „jakość” rozumiana jako ilość wykonanych badań była jednym z parametrów, to – jak wskazano – bardzo istotnym, w wyniku czego, jeżeli dany świadczeniodawca nie wykonał wskazanej przez (...) ilości badań z zakresu rezonansu magnetycznego, czy tomografii komputerowej, automatycznie stawiało go znacznie gorszej pozycji konkurencyjnej podczas przetargu w stosunku do szpitali świadczących te usługi zarówno w ramach hospitalizacji i świadczeń ambulatoryjnych, czy też innych dużych podmiotów działających od wielu lat na tych rynkach, czy realizujących wcześniej zawarte kontrakty z (...).

Co więcej, trudno nawet ustalić, na jakiej podstawie (...) przyjął, że kryterium jakości badań będzie wyznaczane przez liczbę wykonanych dotychczas badań i to jeszcze na przyjętym poziomie. Można tu mówić przede wszystkim o doświadczeniu, a i to nie do końca, gdyż doświadczenie w wykonywaniu badań jest następstwem przede wszystkim doświadczenia i wiedzy radiologa opisującego te zdjęcia i lekarza zlecającego te badania. Wystarczy wskazać na sytuację, w której podmiot wykonał co prawda kilka tysięcy badań, ale staje do przetargu, gdy obsługuje go radiolog i lekarz, którzy dopiero zaczynają pracę w tej dziedzinie. Poza tym poziom świadczonych usług wcale nie jest prostą wypadkową liczby badań. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z art. 134 u.o.ś., na który powoływał się również powód, Fundusz jest obowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z postępowaniem w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej udostępniane są świadczeniodawcom na takich samych zasadach. Nie sposób mówić o „równych zasadach” w sytuacji, gdy zostaje wprowadzony parametr, który mogą spełnić tylko niektórzy potencjalni kontrahenci, a dodatkowo ten parametr wcale nie stanowi o spełnieniu określonego wymogu.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że do 2012 r. w postępowaniach dotyczących zawarcia kontraktu na usługi w zakresie rezonansu magnetycznego parametr ten w ogóle nie występował, zaś dla tomografii komputerowej parametr ten pojawił się w 2010 r. i do 2012 r. wynosił 3.500 badań rocznie wykonanych w pracowni. Po pierwsze, wynika stąd niezbitnie, że do oceny jakości badań parametr ilościowy nie ma żadnego znaczenia, co jest oczywiste, skoro sam powód z niego nie korzystał. Po drugie, nie znajduje żadnego uzasadnienia, a przynajmniej powód nie wyjaśnił, dlaczego należało następnie zwiększyć limit badań z 3.500 do 5.000 i jak ta zwyżka ma się do jakości badań. Jak słusznie zaznaczył pozwany, nowo wchodzące na rynek podmioty lecznicze są z reguły wyposażone w lepszy sprzęt (nowszej generacji) niż dotychczasowi świadczeniodawcy tych usług. To ta okoliczność powinna mieć znaczący wpływ na jakość badań.

Tak więc niezasadny był zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. w zw. z art. 134 u.o.ś., podobnie jak i art. 15 ust. 1 u.o.ś. Z tego ostatniego przepisu wcale nie wynika, aby powód miał prawo ustalić minimalną liczbę wykonanych świadczeń przez podmioty ubiegające się o umowę z (...). Stanowi on mianowicie, że świadczeniobiorcy mają, na zasadach określonych w ustawie, prawo do świadczeń opieki zdrowotnej, których celem jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, leczenie, pielęgnacja oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie.

Podobnie niezasadne było odwołanie się do badania legalności zarządzeń Prezesa (...) przez Ministra (...). To ustawowym zadaniem Prezesa UOKiK jest zbadanie, czy powód poprzez swoje zachowanie dopuścił się nadużycia pozycji dominującej, o czym jest mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie ma znaczenia dla Prezesa Urzędu zgodność zarządzeń Prezesa (...) z innymi aktami prawa powszechnie obowiązującymi niż ustawa antymonopolowa. Okoliczność, że ww. zarządzenia były badane przez właściwego Ministra (...), który nie zakwestionował ich legalności, w żaden sposób nie wyłącza uprawnienia pozwanego do ich zbadania z punktu widzenia zgodności z ustawą antymonopolową. Wręcz przeciwnie, po jego stronie nadal istnieje taki ustawowy obowiązek. Co istotne, takich kompetencji, jak Prezes Urzędu nie posiada żaden inny organ państwowy. Innymi słowy, tylko pozwany jest uprawniony (i zobowiązany) do badania zgodności zachowania się podmiotów w ramach np. art. 9 u.o.k.k.

Podobnie nie stanowi „zalegalizowania” określonego aktu prawnego danego podmiotu fakt jego opublikowania na stronie internetowej.

Tym samym powoływanie się przez powoda na zbadanie przez ministra właściwego do spraw zdrowia zarządzeń Prezesa (...) oraz opublikowanie projektu takiego zarządzenia na stronach internetowych właściwego ministerstwa nie może stanowić podstawy do stwierdzenia zgodności tego zarządzenia z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z tym niezasadny był zarzut zawarty w apelacji dotyczący oddalenia wniosków dowodowych z dokumentów – akt badania przez Ministra (...) zarządzeń Prezesa (...) pod kątem legalności, niezależnie, że również w tym przedmiocie powód nie zgłosił wniosku dowodowego. Ten dowód był bezprzedmiotowy (art. 217 § 3 k.p.c.).

Nie sposób nie zauważyć, że w dniu 23.01.2014 r. zostało wydane zarządzenie Prezesa (...) nr (...) w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w którym zmieniono sposób oceny ofert pod względem jakości udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii finansowanych, poprzez odstąpienie od parametru oceny oferty pod kątem liczby badań wykonanych w pracowni (k. 202-203). Zatem powód zaprzestał naruszeń z dniem 23.01.2014 r., czyli w niedługim okresie czasu po wydaniu zaskarżonej decyzji. Była to okoliczność bezsporna między stronami. Należało więc rozważyć, czy miało to wpływ na postępowanie przed sądem powszechnym. Jest to o tyle istotne, że jak wynika z art. 316 § 1 k.p.c., sąd powinien – co do zasady – uwzględnić stan rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy, przez co rozumie się stan faktyczny sprawy oraz aktualny (obowiązujący w dacie orzekania) stan prawny. Taka sama zasada dotyczy sądu odwoławczego, mając na względzie treść art. 316 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. (zob. np. wyroki SN: z dnia 28.04.2010 r., I UK 339/09, Lex nr 607444 i z dnia 29.04.2011 r., I CSK 517/10, Lex nr 960502). Oznacza to obowiązek uwzględnienia przez sąd odwoławczy zmiany okoliczności faktycznych, na które zainteresowana strona zwróciła uwagę sądu, przedstawiając na zasadach określonych w kodeksie postępowania cywilnego stosowne dowody dla ich stwierdzenia, jak i uwzględnienia z urzędu zmiany stanu prawnego, jeżeli nakazują to przepisy intertemporalne.

Niemniej jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, nie jest to reguła bezwzględna, gdyż art. 316 § 1 k.p.c. stosowany jest z uwzględnieniem specyfiki spraw tego rodzaju. Przykładowo, sąd rozpoznający odwołanie od decyzji organu rentowego bada prawidłowość i zgodność z prawem tej decyzji, mając przede wszystkim na względzie stan faktyczny i prawny obowiązujący w dacie jej wydania (zob. wyroki SN: z dnia 5.08.2008 r., I UK 20/08, Lex nr 500231, z dnia 5.04.2011 r., III UK 106/10, Lex nr 852570 i z dnia 5.10.2012 r., I UK 174/12, niepubl.). W sprawach z zakresu regulacji podkreśla się, że art. 316 k.p.c. w zakresie zmian stanu prawnego należy stosować ze szczególną ostrożnością, a ewentualna zmiana stanu prawnego nie może prowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej przedsiębiorcy wnoszącego odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu (zob. wyrok SN z dnia 7.07.2011 r., III SK 52/10, Lex nr 1001322). Wynika to stąd, że zainicjowany wniesieniem odwołania spór między przedsiębiorcą a regulatorem dotyczy legalności i celowości (zasadności) wydanej przez Prezesa Urzędu decyzji pod względem formalnym i materialnym. Zadaniem sądu orzekającego w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu jest udzielenie ochrony prawnej przedsiębiorcy wnoszącemu odwołanie przez weryfikację decyzji Prezesa Urzędu w zakresie wskazanym w odwołaniu (zob. wyroki SN: z dnia 18.05.2012 r., III SK 37/11, OSNAPiUS 2013, nr 11-12, poz. 143 i z dnia 23.06.2013 r., III SK 36/12, Lex nr 1353231). W wyroku z dnia 7.07.2011 r. (III SK 52/10, Legalis nr 447371) Sąd Najwyższy wskazał, że podstawę decyzji stanowią zaś określone ustalenia faktyczne oraz stan prawny, przy czym istota postępowania sądowego z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu powoduje, że ustalenia faktyczne leżące u podstaw wydania zaskarżonej decyzji mogą być uzupełniane w toku postępowania sądowego w zależności od inicjatywy dowodowej stron.

W konsekwencji, co do zasady, cezurę dla ustalenia stanu faktycznego sprawy stanowi data wydania decyzji. Analogicznie przedstawia się kwestia stanu prawnego, według którego oceniana jest legalność i celowość decyzji, chyba że z przepisów przejściowych wynikają odmienne unormowania w tym zakresie. Stosowanie art. 316 k.p.c. w sprawach regulacyjnych konieczne jest wówczas, gdy zmiana stanu faktycznego i prawnego po wydaniu decyzji Prezesa Urzędu jest tak istotna, że bez jej uwzględnienia nie byłoby możliwe wydanie właściwego wyroku (zob. wyrok SN z dnia 4.03.2014 r., III SK 35/13, Lex nr 1463898). Z takim poglądem, który został podtrzymany w kolejnych orzeczeniach Sądu Najwyższego (zob. wyrok SN z dnia 5.03.2015 r., III SK 8/14, Lex nr 1666027 i

postanowienie SN z dnia 2.03.2016 r., III SK 11/15, Lex nr 2013456), należy się całkowicie zgodzić, mając na uwadze cel i istotę postępowania regulacyjnego, a następnie postępowania sądowego. Analogiczne zasady odnieść należy do postępowania antymonopolowego.

Zatem odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK inicjuje spór, który dotyczy tego, czy organ działał prawidłowo pod względem proceduralnym i materialnym, co oznacza, że należy uwzględnić stan faktyczny i prawny na dzień wydania decyzji. Odstępstwo od tej zasady jest dopuszczalne w zakresie wskazanym powyżej. I z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. O ile na datę wydania decyzji była ona prawidłowa, jako że powód nie przedstawił dowodów na okoliczność zaprzestania naruszeń, to już w toku postępowania przed Sądem I instancji podniósł taki zarzut, na dowód czego przedłożył stosowne dowody w postaci dokumentów. W takiej sytuacji Sąd Okręgowy powinien był uwzględnić kwestię zmiany przez powoda swojego postępowania (zmiana stanu faktycznego), co sprowadzało się do zaniechania naruszeń opisanych w decyzji, gdyż zmiana stanu faktycznego po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu była na tyle istotna, że bez jej uwzględnienia nie było możliwe wydanie właściwego wyroku. Ponieważ Sąd Okręgowy tego nie uczynił, zaskarżony wyrok podlegał zmianie w tym zakresie, stosownie do art. 11 ust. 1 i 2 u.o.k.k., jako że powód podolał obowiązkowi wynikającemu z ust. 3 tego artykułu (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji).

Na marginesie tylko można wskazać, że Sąd I instancji uwzględnił powyższą okoliczność przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej, ale w samej konstrukcji decyzji już tego nie uczynił. Taka niekonsekwencja nie ma żadnego uzasadnienia i oparcia w prawie.

Odnośnie do kwestii kary pieniężnej, to zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego art. 9 ustawy. Należy przy tym zwrócić uwagę, że chociaż kara pieniężna ma charakter fakultatywny, to spełnia cele represyjne za niezastosowanie się do bezwzględnie obowiązujących wymagań, a ponadto prewencyjnie zmierza do wymuszenia na ukaranych przedsiębiorcach przestrzegania tych imperatywnych reguł w przyszłości. Funkcja kar pieniężnych nie polega więc na samym korygowaniu zachowań przedsiębiorców. Generalnie kary pieniężne pełnią funkcję odstrasżającą i prewencyjną, a ryzyko ich nałożenia ma zniechęcać przedsiębiorców do naruszania obowiązków wynikających z ustawy lub decyzji regulatora (zob. np. wyrok SN z dnia 13.05.2010 r., III SK 42/09, Legalis nr 389795). Jednocześnie kara pieniężna nie może wpłynąć na pogorszenie sytuacji finansowej i płynność finansową przedsiębiorcy, gdyż z uwagi na represyjno-wychowawczy charakter winna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy. Jednak ten potencjał ekonomiczny winien być utożsamiany z osiąganym przez przedsiębiorcę obrotem, a nie dochodem. Inaczej rzecz ujmując, fakt nieosiągnięcia przez przedsiębiorcę stosującego niedozwolone praktyki dochodu (zysku) jest irrelevantny dla wysokości kary pieniężnej nałożonej na podstawie art. 106 ust. 1 u.o.k.k. Kara ta ma stanowić realną, odczuwalną dolegliwość dla ukaranego podmiotu, ale stanowić także wyraźne ostrzeżenie na przyszłość.

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy, trzeba w pierwszej kolejności wskazać, że powód nie podniósł żadnych zarzutów odnośnie do wysokości kary pieniężnej. Niemniej należało podzielić stanowisko zaprezentowane przez Sąd Okręgowy. Prezes Urzędu, wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, działa w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie powinien on kierować się zasadą równości i proporcjonalności, jak również kryteriami określonymi w art. 111 u.o.k.k. W świetle tego przepisu przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Z brzmienia tego przepisu wynika, że są to podstawowe okoliczności, które powinny zostać wzięte pod uwagę, chociaż nie jedyne. Okoliczności sprawy, w tym: niewielki zakres naruszenia, krótki okres jego trwania, brak istotnego naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy, brak winy naruszcyciela, może przemawiać za nienakładaniem kary pieniężnej, jednak odstąpienie od nałożenia kary powinno dotyczyć tylko wyjątkowych sytuacji, gdy wymierzenie

kary, nawet w symbolicznej wysokości, stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w istotnej sprzeczności ze stopniem winy oraz szkodliwością praktyki dla sfery interesów konsumentów.

W tej konkretnej sytuacji Prezes Urzędu uznał, że zasadnym było nałożenie na powodową spółkę kary pieniężnej w stosunkowo niskiej wysokości, przy czym Sąd Okręgowy jeszcze tę karę obniżył i mając na względzie wszystkie wytyczne, z takim stanowiskiem należało się zgodzić. Powód naruszył istotne obowiązki w stosunku do kontrahentów. Nie chodziło tu więc o „nic nieznaczące” naruszenia. Trzeba zauważyć, że kara pieniężna nałożona przez pozwanego wyniosła 181.318 zł, tj. 0,00029% przychodu, przy czym w zakresie kary uwzględnił on następujące okoliczności: nieumyślność, powód nie uzyskał żadnych korzyści, a wręcz ograniczył sobie wybór, negatywne skutki dla uczestników rynku, które jednak nie są nieodwracalne lub trudne do odwrócenia, powód przeciwdziałał ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji na rynku, naruszenie weszło w życie i praktyka nie została zaniechana, powód ma pozycję monopolisty na tym rynku, długotrwałość, okoliczność obciążającą w postaci wcześniejszej karalności z tytułu zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, a także to, że kara na poziomie 0,029% przychodu rażąco odbiegałaby od globalnej oceny kwestionowanego działania, kara i tak byłaby płatna ze środków wcześniej uzyskanych od Skarbu Państwa, a mogłoby dojść do pokrzywdzenia ubezpieczonych na skutek obniżenia przysługującego im poziomu ochrony zdrowotnej, więc cele kary zostaną osiągnięte w sytuacji wyjątkowego obniżenia jej wysokości.

Natomiast Sąd Okręgowy obniżył karę o 75%, tj. do kwoty 45.329,50 zł, z uwagi na to, że należy bardziej uwzględnić fakt, że środki (...) pochodzą ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, a dodatkowo, że doszło do zaniechania stosowania praktyki, czego Prezes UOKiK nie mógł uwzględnić wydając zaskarżoną decyzję. Nie ulega więc wątpliwości, że kara pieniężna we wskazanej wysokości spełniała postawione przed nią funkcje, tj. dyscyplinującą, prewencyjną, edukacyjną i wychowawczą. Taka kara z całą pewnością uwzględni również podnoszone przez powoda w apelacji skutki niedozwolonej praktyki. Trzeba pamiętać, że (...) jest podmiotem prawa publicznego wyposażonym przez ustawodawcę w kompetencje oraz realizującym zadania publiczne, co powoduje, że miara staranności działania tego podmiotu powinna być wyższa niż ma to miejsce w przypadku podmiotów prawa prywatnego.

Reasumując, apelacja była zasadna jedynie w niewielkiej części, tj. co do zaprzestania stosowania praktyki z dniem 24.01.2014 r., co było wiadome już w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, przy czym Sąd Okręgowy okoliczność tę w zasadzie pominął bez żadnego uzasadnienia. Jak wskazano powyżej, nie mogła ona jednak pozostać bez wpływu na treść rozstrzygnięcia, co skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku w tym zakresie, stosownie do treści powołanych przepisów ustawy antymonopolowej. W pozostałym zakresie apelacja jako niezasadna podlegała oddaleniu, również w zakresie kosztów procesu, gdyż zastosowanie znajdował art. 100 zd. 2 k.p.c. Ostatecznie pozwany uległ bowiem jedynie w minimalnej części, a więc całością kosztów należało obciążyć powoda.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c., należało orzec jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 zd. 2 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.). Jak wskazano, ostatecznie pozwany uległ jedynie w minimalnej części, a więc całością kosztów należało obciążyć powoda – też w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego.