

Sygn. akt *XVII AmA 50/14*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 września 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący:	<i>SSO Dariusz Dąbrowski</i>
Protokolant:	Sekretarz sądowy Wioleta Żochowska

po rozpoznaniu w dniu 7 września 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa ***N. w W.***

przeciwko ***Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów***

o nadużywanie pozycji dominującej

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 grudnia 2013 roku Nr (...)

orzeka:

I. zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie II (drugim) w ten sposób, że obniża karę pieniężną nałożoną na Narodowy Fundusz Zdrowia w W. do kwoty 45329,50 zł (czterdzieści pięć tysięcy trzysta dwadzieścia dziewięć złotych, 50/100),

II. oddala odwołania w pozostałym zakresie,

III. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania.

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt *XVII AmA 50/14*

UZASADNIENIE

W dniu 31 grudnia 2013 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej „Prezesem UOKiK” lub „Prezesem Urzędu”) wydał decyzję nr (...), w której:

I. na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w W. 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w W. karę w wysokości 181318 zł (słownie złotych: sto osiemdziesiąt jeden tysięcy trzysta osiemnaście zł), płatną do budżetu państwa z tytułu dopuszczenia się naruszenia określonego w pkt I sentencji przedmiotowej decyzji.

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a., w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postanowił obciążyć Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w W. kosztami postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w W. pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych w zakresie wskazanym w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 273,60 zł (słownie: dwieście siedemdziesiąt trzy zł i sześćdziesiąt groszy) w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji.

W odwołaniu od powyższej decyzji powód Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w W. (dalej również jako „NFZ” LUB „Fundusz”) wniósł o uchylenie w całości zaskarżonej decyzji, ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w całości i orzeczenie, iż nie stwierdza się nadużywania przez Narodowy Fundusz Zdrowia pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych przeciwdziałającej się ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na obejmujących terytorium Polski lokalnych rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego 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, lub o zmianę zaskarżonej decyzji w pkt. II i uchylenie nałożonej kary pieniężnej lub jej zmniejszenie. Nadto powód wniósł o zasądzenie na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia zwrotu kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych;

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił:

- 1) jej wydanie w sytuacji, gdy po stronie Narodowego Funduszu Zdrowia brak jest przymiotu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym Narodowy Fundusz Zdrowia nie posiada zdolności antymonopolowej, tj. naruszenie przepisów art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 28 k.p.a. i art. 81 i 82 TWE;
- 2) naruszenie przepisów postępowania określonych w art. 19 k.p.a. w z art. 156 § 1 pkt. 2 k.p.a., art. 33 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz § 1 pkt 3, § 2 i § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887), skutkującej wydaniem decyzji przez organ niewłaściwy,
- 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. Pana 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 grudnia 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 k.p.a. 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 grudnia 2013 r. bez zachowania wymaganej formy postanowienia, co uniemożliwiło pełne ustosunkowanie się do zebranego materiału dowodowego;

6) naruszenie przepisów art. 78 § 1 i 2 k.p.a. poprzez nie uwzględnienia żądania przeprowadzenia dowodów zgłoszonego w toku postępowania (pismo z 3 grudnia 2013 r.), które miały znaczenie dla sprawy, albowiem dotyczyły kwestii związanych z wprowadzeniem prawnego powiązania w drodze rozporządzenia Ministra Zdrowia jakości badań laboratoryjnych z ilością takich badań wykonywanych przez laboratorium rocznie, zgodności z prawem przepisów zgromadzonych w aktach postępowania zarządzeń Prezesa NFZ (w tym z art. 134 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.), dalej jako „ustawa o świadczeniach”);

7) naruszenie przepisów postępowania określonych w art. 7, art. 77 § 1 i art. 107 § 3 k.p.a. poprzez niedokładne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy, nie wyczerpujące 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 zgromadzonych w aktach zarządzeń Prezesa NFZ, tj. art. 134 ust. 1 i 2 i art. 140 ust. 1 i 2 w zw. z art. 163 ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach, oraz nie zebranie materiału dowodowego w sposób określony w art. 77 § 1 k.p.a. poprzez pominięcie przeprowadzenia wnioskowanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia dowodów z akt badania przez ministra właściwego do spraw zdrowia zarządzeń Prezesa NFZ, tj. (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), 96// (...), (...); który stosując kryterium legalności nie stwierdził, aby naruszały one prawo w całości lub w części, a tym samym nie naruszały one przepisu art. 140 ust. 2 pkt 1 ustawy o świadczeniach;

9) naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 1 i art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek stwierdzenia - wbrew oczywistym faktom i zgromadzonemu materiałowi dowodowemu - nadużywania przez Narodowy Fundusz Zdrowia pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych przeciwdziałającej się ukształtowaniu 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

10) za kryterium jakościowe oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej parametru ilości wykonanych badań rocznie, w sytuacji gdy NFZ nie można działań o jakich mowa w zaskarżonej decyzji, 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);

11) 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 (...) NFZ, przez co poczynił błędne ustalenia co do wpływu przyjętego przez NFZ 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.

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

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie odwołania w całości, oddalenie zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych oraz zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany podniósł, iż w jego ocenie podniesione przez powoda w odwołaniu zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, a zaskarżona decyzja jest trafna i zgodna z obowiązującym porządkiem prawnym, w związku z czym pozwany podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w zaskarżonej decyzji i odniósł się do podniesionych przez powoda twierdzeń i zarzutów.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 25 kwietnia 2012 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zwanego dalej: „Prezesem Urzędu” - wpłynęło, złożone w trybie art. 86 ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, zawiadomienie (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. - zwanej dalej: Spółką (...) - wykonującej działalność leczniczą w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego Centrum Medyczne (...) Zakład Opieki Zdrowotnej Spółka z o.o. w sprawie nadużywania pozycji dominującej przez (...) Oddział (...) NFZ na rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej w zakresie różnicowania podmiotowego uczestników przetargu na świadczenia zdrowotne. W przedmiotowym piśmie Spółka (...) wskazała, że przyjęta przez NFZ a stosowana przez (...) Oddział Wojewódzki (...) 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż preferuje przedsiębiorców dużych, którzy wykonywali wcześniej świadczenia zakontraktowane przez Narodowy Fundusz Zdrowia.

W następstwie powyższego Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające (sygn. akt: (...)), mające na celu wstępne ustalenie, czy w następstwie zastosowanych przez (...) Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia kryteriów oceny ofert przetargowych na świadczenia zdrowotne w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej nastąpiło naruszenie uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

Zarządzeniem Nr (...) Prezesa NFZ z 30 września 2011 roku w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej; zmienionym zarządzeniami nr (...) Prezesa NFZ z 20 października 2011 roku, nr (...) Prezesa NFZ z 26 października 2011 roku, nr (...) Prezesa NFZ z 3 listopada 2011 roku, nr (...) Prezesa NFZ z 16 listopada 2011 roku., nr (...) Prezesa NFZ z 13 grudnia 2011 roku oceny ofert na świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego wprowadzonych Prezes NFZ określił kryteria oceny ofert na świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego stosowane w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej na rok 2012.

W tabeli 1.13.2 załącznika Nr 1 do zarządzenia Prezesa NFZ Nr (...) z dnia 4 listopada 2011 roku zatytułowanej „ambulatoryjne świadczenia diagnostyczne kosztochłonne” wskazany został parametr oceny – kryterium jakości – z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny =20, w którym parametr oceny stanowi liczba badań wykonanych w pracowni, przy czym wymagania co do ilości tych badań określono na poziomie:

- dla tomografii komputerowej minimum 5000 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosi 5 punktów,
- dla pracowni rezonansu magnetycznego minimum 2500 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosi 5 punktów.

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,
- cena z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +20.

Następnie zarządzeniem Nr (...) Prezesa NFZ z dnia 8 listopada 2011 roku, doprecyzowano, że liczba badań zrealizowanych rocznie w pracowni obejmuje badania wykonane w trybie ambulatoryjnym i stacjonarnym, także poza umową z NFZ.

Nie wszystkie Oddziały NFZ 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 3 kwietnia 2013 roku nr 1/411-3/13 Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko NFZ, pod zarzutem nadużywania przez ten 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Fundusz pismami z 26 kwietnia 2013 roku i 5 lipca 2013 roku udzielił wymaganych informacji i ustosunkował się do przedstawionych zarzutów.

Pismem z 21 listopada 2013 roku NFZ został poinformowany o zakończeniu zbierania przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

Wnioskiem z 3 grudnia 2013 roku NFZ wystąpił o przeprowadzenie nowych dowodów w sprawie w postaci uzyskania dokumentów znajdujących się w posiadaniu Ministra Zdrowia potwierdzających legalność wydawanych przez NFZ zarządzeń przywoływanych w prowadzonym postępowaniu i wskazanych w tym piśmie przez NFZ oraz o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków, to jest dwóch profesorów dr hab., n. med. na okoliczność przyjęcia jako kryterium oceny ofert w ramach jakości ilości badań wykonanych przez pracownie diagnostyczne i praktycznego uzasadnienia do stosowania takiego kryterium. Ponadto NFZ załączył do pisma dowody potwierdzające akceptację krajowego konsultanta ds. Radiologii i Diagnostyki Obrazowej oraz wystąpił z wnioskiem o odstąpienie od nałożenia kary przez Prezesa Urzędu.

Postanowieniem z 9 grudnia 2013 roku Prezes UOKiK zarządził uzupełnienie materiału dowodowego w prowadzonej sprawie celem ustosunkowania się do zgłoszonych przez NFZ wniosków, co uczynił pismem z 10 grudnia 2013 roku.

Pismem z 11 grudnia 2013 roku Prezes UOKiK ponownie poinformował NFZ o zakończeniu zbierania przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy.

W dniu 31 grudnia 2013 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję nr (...), w której działanie powoda uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt. 5 nakazując zaniechanie jej stosowania i nakładając z tego tytułu karę pieniężną.

Od powyższej decyzji Narodowy Fundusz Zdrowia w W. wniósł odwołania zaskarżając ją w całości wnosząc o jej uchylenie ewentualnie o zmianę.

Zarządzeniem Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z (...) (...) 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 odstępianie od parametru oceny oferty pod kątem liczby badań wykonanych w pracowni. (dowód k. 202 – 203 akt sądowych)

Powyższy stan faktyczny jest bezsporny pomiędzy stronami postępowania, w świetle posiadanych dokumentów nie budzi on wątpliwości Sądu w związku z powyższym stan faktyczny w przedmiotowej sprawie został ustalony jak wyżej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w K. na dzień wydania decyzji to jest 30 grudnia 2013 roku należy uznać za prawidłowy i bezsporny. W ocenie Sądu Prezes UOKiK prawidłowo określił jako dominującą pozycje powoda na rynku właściwym – rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych.

Na wstępie należy podnieść, iż zarzut naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, sformułowane w punkcie 4, 5, 6 i 7 odwołania, Sąd uznał za całkowicie bezzasadny, ponieważ 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.

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 Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego, na co wielokrotnie wskazywał tak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak też Sąd Apelacyjny oraz Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (np.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku, sygn. akt III CRN 120/91, wyroku z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98, wyrok SOKiK z dnia 18 lutego 2004 roku o sygn. akt XVII AmT 2/03).

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-

administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowno-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy. Rolą Sądu jest ustalenie w oparciu o argumenty i dowody powołane przez strony, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy, w jakim zakresie doszło do takiego naruszenia oraz czy środki zastosowane przez Prezesa Urzędu są zgodne z przepisami ustawy oraz wymogami zasady proporcjonalności.

Odnosząc się do zarzutu, iż NFZ nie posiada przymiotu przedsiębiorcy oraz co za tym idzie zdolności antymonopolowej w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a uokik w zw. z art. 28 kpa i art. 81 i 82 TWE, należy wskazać, że stosownie do art. 4 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przedsiębiorcą rozumie się jako przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także:

a) 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,

b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,

c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,

d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 - na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Jak jasno wynika z przywołanych wyżej przepisów, definicja przedsiębiorcy dla potrzeb stosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest szersza, niż definicja przedsiębiorcy zawarta w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej czy w Kodeksie cywilnym. Taki zabieg zastosowany przez ustawodawcę został dokonany rozmyślnie, celem objęcia przepisami uokik możliwie największej ilości podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym, które mogłyby wpłynąć na charakter konkurencji. Należy przy tym wskazać, iż okoliczność, że zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy z 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych Narodowy Fundusz Zdrowia nie prowadzi działalności gospodarczej nie jest sama w sobie przeszkodą do uznania go za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów uokik.

Stosownie do art. 97 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, do zakresu działania NFZ należy m.in.: zarządzanie środkami finansowymi pochodzącymi w szczególności ze składek na ubezpieczenia zdrowotne (ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 pkt. 1 ustawy), określanie jakości i dostępności oraz analiza kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (ust. 3 pkt 1); przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie ich realizacji i rozliczanie (ust. 3 pkt 2); finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych osobom, o których mowa w art. 12 pkt 2-4, 6 i 9 oraz w art. 2 ust. 1 pkt 3 (ust. 3 pkt 2a); finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych świadczeniobiorcom innym niż ubezpieczeni spełniającym kryterium dochodowe, o którym mowa w art. 8 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, co do których nie stwierdzono okoliczności, o której mowa w art. 12 tej ustawy (ust. 3 pkt 3); finansowanie medycznych czynności ratunkowych świadczeniobiorcom (ust. 3 pkt 3a); finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej określonych w art. 42j (ust. 3 pkt 3b); opracowywanie, wdrażanie, realizowanie, finansowanie, monitorowanie, nadzorowanie i kontrolowanie programów zdrowotnych (ust. 3 pkt 4); wykonywanie zadań zleconych, w tym finansowanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia, w szczególności realizacja programów zdrowotnych (ust. 3 pkt 5). Niewątpliwie do zakresu działalności NFZ zalicza się zatem organizowanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Jak wspomniano, do grupy przedsiębiorców w rozumieniu uokik 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 uokik). Na gruncie obowiązujących przepisów brak jest jednak legalnej definicji „usługi o charakterze użyteczności publicznej”. Pewną wskazówkę interpretacyjną może stanowić przepis art. 1 ust. 2 ustawy z 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej, 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 NFZ 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 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych). W ocenie Sądu usługi tego rodzaju należą do katalogu usług o charakterze użyteczności publicznej, bowiem ich celem jest niewątpliwie zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych. W szczególności dostęp do tych świadczeń mają, zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej ze środków publicznych, osoby objęte powszechnym - obowiązkowym i dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym; inne, niż ubezpieczeni, osoby posiadające obywatelstwo polskie i posiadające miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, które spełniają kryterium dochodowe, o którym mowa w art. 8 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, co do których nie stwierdzono okoliczności, o której mowa w art. 12 tej ustawy, na zasadach i w zakresie określonych dla ubezpieczonych; inne, niż wymienione w pkt 1 i 2, osoby posiadające obywatelstwo polskie, które nie ukończyły 18. roku życia, lub posiadające miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, które są w okresie ciąży, porodu lub połogu.

Celem tego rodzaju świadczeń (usług) jest z całą pewnością ochrona zdrowia społeczeństwa, na co wskazuje wyraźnie opisany wcześniej 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 (art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym), 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 (por. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 lutego 2003 r., XVII Ama 18/02; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 05 grudnia 2008 roku, VI ACa 530/08). Za takim rozumowaniem przemawia także stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który w uchwale z 12 marca 1997 roku wskazał, iż zadania mające charakter użyteczności publicznej należy rozumieć możliwie najszerszej (por. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96).

Podkreślenia wymaga, że 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 (tj. w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego i ustawy o swobodzie działalności gospodarczej), lecz jest uznawany za przedsiębiorcę przez przepisy uokik. Powyższa, szeroka definicja "przedsiębiorcy" w prawie antymonopolowym i obejmowanie jej zakresem podmiotowym także niektórych jednostek publicznych jest wyrazem ekonomicznego (nie wyłącznie formalnego) podejścia do tego terminu. Takie stanowisko prezentowane jest także w prawie antymonopolowym Unii Europejskiej, w którym - w zakresie ustalana 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.

Biorąc powyższe pod uwagę zaprezentowana przez NFZ wąska interpretacja art. 4 pkt 1 lit. a uokik nie jest prawidłowa. W istocie jednostki świadczące usługi medyczne, a z którymi NFZ zawiera kontrakty mogą być podmiotami gospodarczymi, które czerpią zysk z tej działalności. NFZ dysponuje środkami publicznymi przeznaczonymi na

finansowanie systemu publicznej służby zdrowia i ten system organizuje. Istotnym jest, że choć sam NFZ jest dysponentem środków publicznych i finansuje usługi medyczne jego działalność nie jest nastawiona na zysk i nie jest działalnością gospodarczą. Zatem to nie usługi organizowane przez dany podmiot nie mają być działalnością gospodarczą, lecz ich organizowanie. Zauważenia zresztą wymaga, że organizacja usług o charakterze użyteczności publicznej jest również swoistą usługą. Gdyby działalność NFZ 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. Ustawa w art. 4 wprowadza rozszerzoną definicję przedsiębiorcy co sprawia, że działalność NFZ, która nie ma charakteru zarobkowego podlega stosownej ocenie.

Podsumowując, Narodowy Fundusz Zdrowia z całą pewnością jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a uokik, przez co przepisy tej ustawy znajdują względem niego zastosowanie. Stanowisko takie wyraził również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 5 grudnia 2008 roku w sprawie o sygnaturze akt VIA Ca 530/08, w którym wskazał, iż „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 czego NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Za przedsiębiorcę bowiem stosownie do art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o okik 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.”, a także powszechnie panuje w doktrynie (por. E. Stawicki [w:], A. Stawicki, E. Stawicki [red.], Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2011.

Powyższe przesądza o istnieniu po stronie Skarżącego legitymacji antymonopolowej i możliwości bycia stroną postępowania antymonopolowego wszczynanego przez Prezesa UOKiK.

W kwestii zarzutu powoda dotyczącego nieważności zaskarżonej decyzji z uwagi na jej wydanie przez Zastępcę Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. bez upoważnienia Prezesa UOKiK, należy wskazać, iż upoważnienie do prowadzenia postępowania administracyjnego przeciwko NFZ w przedmiotowej sprawie, wydane w trybie art. 49 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostało udzielone przez Prezesa UOKiK 8 października 2013 roku (pierwsza strona akt administracyjnych). Podkreślenia wymaga, iż powód miał prawo do zapoznania się z aktami administracyjnymi w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK, o czym był poinformowany przez pozwanego dwukrotnie doręczonym zawiadomieniem (k. 1178 i 1202 akt administracyjnych).

Zarzut NFZ wskazujący, że zaskarżoną decyzję wydała niewłaściwa delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest chybiony. W szczególności jak wyraźnie wynika z upoważnienia z 28 marca 2013 roku oraz z 8 października 2013 roku wydanego przez Prezesa UOKiK, upoważnienie to zostało wydane zarówno Delegaturze UOKiK w Ł. do wszczęcia i prowadzenia postępowania (k. 227 akt administracyjnych), jak i Zastępcy Dyrektora Delegatury UOKiK w Ł. do prowadzenia, podpisywania wszelkich pism i postanowień w toku postępowania oraz podpisania decyzji kończącej postępowanie w sprawie (pierwsza strona akt administracyjnych) przy uwzględnieniu uprawnień Prezesa UOKiK wynikających z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zgodnie z powyższym przepisem jeżeli w sprawach praktyk ograniczających konkurencję powstaną wątpliwości co do właściwości miejscowej delegatury, delegaturę właściwą wskazuje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nadto należy wskazać, iż niniejszej sprawie 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 podmiotową Delegaturę UOKiK. Wbrew stanowisku powoda zaskarżona decyzja zapadła zatem bez naruszenia przepisów o właściwości organu administracyjnego.

Sąd oddalił wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z dokumentów – akt badania przez Ministra Zdrowia zarządzeń Prezesa NFZ. Zdaniem Sądu nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem Minister Zdrowia badając legalność aktów Prezesa NFZ, nie bada ich co do naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

gdyż leży to w gestii Prezesa tego urzędu. Zdaniem Sądu nie stoi na przeszkodzie przekazywania przez Narodowy Fundusz Zdrowia wydawanych aktów UOKiK do stwierdzenia ich zgodności z prawem konkurencji.

Przechodząc do sedna niniejszej sprawy, należy ocenić, czy stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję i było działaniem nadużywającym pozycję dominującą należy wskazać, iż zgodnie z art. 9 ust. 1 uokik, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Okoliczność, że NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a uokik została już szeroko opisana w poprzedniej części uzasadnienia, trzeba zatem odnieść się do pozostałych przesłanek wymienionych w treści tego przepisu.

Definicję legalną rynku właściwego zawiera art. 4 pkt 9 uokik, zgodnie z którym przez pojęcie to rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Towarami natomiast są, stosownie do art. 4 pkt 7 uokik, rzeczy, jak również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. Rynek właściwy wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym (por. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 grudnia 2002 r., XVII Ama 19/01). Pojęcie to obejmuje dwa zasadnicze rynki: rynek właściwy produktowo (asortymentowo) oraz rynek właściwy terytorialnie (geograficznie) (por. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka [red.], Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2008 r.). 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 (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 października 1994 r., XVII Amr 24/94). Rynkiem wyznaczonym wg 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 (por. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka [red.], Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2008 r.).

Przedkładając te rozważania na grunt niniejszej sprawy zważyć należy, że rynkiem właściwym dla działalności NFZ będzie 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 uokik. Ponieważ wspomniane świadczenia są organizowane przez NFZ na terenie całego kraju, przemawia to za przyjęciem krajowego kryterium rynku właściwego.

Pojęcie pozycji dominującej posiada swą definicję legalną w art. 4 pkt 9 uokik, zgodnie z którą rozumie się przez to pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza (...). Na określonym wyżej krajowym rynku właściwym organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych NFZ posiada (...) udziału, jako że jest jedynym podmiotem organizującym takie świadczenia i posiadającym ku temu wyłączną kompetencję wynikającą z mocy ustawy. Bezsprzeczna jest zatem pozycja dominująca NFZ na tak określonym rynku właściwym.

Nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym jest zakazane, jak wspomniano, art. 9 ust. 1 uokik. Zachowanie takie, jako zakłócające konkurencję, jest kwalifikowane jako sprzeczne z celami tej ustawy i antykonkurencyjne ze swej istoty (por. E. Stawicki [w:], A. Stawicki, E. Stawicki [red.], Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2011). Zakaz ten ma charakter bezwzględny. Inaczej, niż ma to miejsce w przypadku porozumień ograniczających konkurencję (art. 6-8 uokik), ustawodawca nie przewidział od niego wyłączeń. Przepis art. 9 ust. 1 uokik 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 (por. E.

Stawicki [w:], A. Stawicki, E. Stawicki [red.], Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2011). Wynika to z art. 1 ust. 2 uokik, 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. Należy takie działanie rozpatrywać zatem w kategoriach obiektywnych.

Nadużywanie pozycji dominującej obejmuje zróżnicowane stany faktyczne. Stosownie do art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, polega ono m.in. na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. O "przeciwdziałaniu" można mówić w tych sytuacjach, kiedy przedsiębiorca dominujący swoim działaniem albo zaniechaniem wywołuje określone negatywne skutki dla konkurencji na rynku (por. E. Stawicki [w:], A. Stawicki, E. Stawicki [red.], Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2011; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2008 r., III SK 30/07). 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” (por. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka [red.], Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX/el. 2008 r.).

Do zjawiska takiego dochodzi, jeśli skutki działań dominanta pojawiają się na innych rynkach. Z transferem nadużycia pozycji dominującej można mieć do czynienia także w przypadku gdy przedsiębiorca dominujący w ogóle nie prowadzi działalności gospodarczej na określonym rynku, na którym "transferowane" jest nadużycie jego pozycji z rynku zdominowanego (por. wyrok tutejszego sądu 20 września 2000 roku, XVII Ama 63/99).

NFZ 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. NFZ ma zatem 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 zawrą z NFZ stosowną umowę. NFZ 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 NFZ.

Będące przedmiotem niniejszej sprawy 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 a dla pracowni dla rezonansu magnetycznego minimum 2.500 badań rocznie.

Ustanowienie parametru jakości jako ilości wykonanych badań w pracowni rezonansu magnetycznego czy pracowni tomografii komputerowej promującego w efekcie dotychczasowych kontrahentów NFZ, duże szpitale czy podmioty diagnostyczne, niewątpliwie nie jest przejawem równego traktowania przez NFZ wszystkich podmiotów leczniczych. Podkreślenia wymaga, iż takie zachowanie stoi w sprzeczności z art. 134 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, który stanowi, iż NFZ 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 zaburza właściwą konkurencję, gdyż tworzy barierę wejścia i rozwoju podmiotów leczniczych wchodzących na ten rynek a jednocześnie preferując podmioty wcześniej wybierane w postępowaniach ofertowych na tego rodzaju świadczenia zdrowotne, nawet jeżeli poziom ich usług był niezadowolający, gdyż daje mi 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd podzielił więc pogląd Prezesa Urzędu, że zachowanie powoda daje podstawę, by wyciągnąć w stosunku do niego konsekwencje karne - jednakże Sąd nie zgadza się z wysokością kary wymierzonej przez organ antymonopolowy.

W przypadku dopuszczenia się przez przedsiębiorcę stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. W myśl art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przy ustalaniu wysokości kar, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Jak wynika z cytowanych przepisów nałożenie kary ma charakter fakultatywny, zaś jej wysokość jest uzależniona od wymienionych przesłanek. W niniejszej sprawie Sąd uznał, że nałożenie kary pieniężnej na powoda jest uzasadnione wagą naruszonego dobra i interesem publicznym.

Kara ma spełniać rolę prewencyjną, zarówno w ujęciu ogólnym, oddziaływanie na ogół adresatów norm prawnych, jak i w ujęciu indywidualnym, gdyż ma zabezpieczać przed ponownym naruszeniem dobra prawnego przez powoda. Kara ma oddziaływać prewencyjnie w sensie negatywnym poprzez odstraszenie przedsiębiorców od zachowań sprzecznych z prawem i w sensie pozytywnym poprzez wzmacnianie hamulców u przedsiębiorców przestrzegających prawa. Kara ma oddziaływanie również represyjne, musi stanowić dla ukaranego dolegliwość za naruszenie prawa.

Zdaniem Sądu Prezes UOKiK rozważając okoliczności mające wpływ na wymiar kary nie uwzględnił w sposób wystarczający okoliczności, iż posiadane przez NFZ środki pieniężne pochodzą ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, których zmniejszenie stanowi każdorazowo szkodę na rzecz ubezpieczonych poprzez obniżenie im poziomu ochrony zdrowotnej. W ocenie Sądu należy również uwzględnić okoliczność zaniechania przez powoda stosowania przedmiotowej praktyki, co uczyniono w wyniku wydania przez Prezesa NFZ zarządzenia nr (...) Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z 23 stycznia 2014 roku w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, 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.

Powyższe okoliczności zdaniem Sądu skutkują koniecznością zmiany nałożonej kary pieniężnej poprzez jej obniżenie o 75% do wysokości 45329,5 zł (słownie: czterdzieści pięć tysięcy trzysta dwadzieścia dziewięć i 50/100 złotych), co stanowi (...) % przychodu powoda osiągniętego w 2012 roku. W ocenie Sądu tak ustalona kara jest adekwatna do stopnia nadużywania przez ten podmiot pozycji dominującej, spełnia w stopniu wystarczającym funkcję zarówno represyjną, jak i prewencyjną mieszcząc się przy tym w granicach ustawowych.

Dodać należy, że Sąd oddalił wniosek dowodowy powoda o przesłuchanie w charakterze świadków wskazanych osób (k. 105), 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 taki 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 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.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy w Warszawie –Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479^(31a) §1 i 3 k.p.c. zmienił zaskarżoną przez powoda decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 31 grudnia 2013 roku nr (...), orzekając jak w sentencji.

Kierując się względami słuszności i brakiem dysproporcji w poniesionych przez strony kosztach Sąd uznał za właściwe znieść wzajemnie między stronami koszty procesu w oparciu o art. 100 k.p.c.. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady odpowiedzialności strony za wynik procesu, wyrażonej w art. 98 k.p.c., promujący uczciwe zachowanie się strony powodowej. Zgodnie art. 100 k.p.c. w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznaczącej części swego żądania albo gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu. Zdaniem Sądu słusznym jest odstępianie od ogólnej reguły w zakresie rozliczania kosztów zastępstwa procesowego

SSO Dariusz Dąbrowski