

Sygn. akt I ACa 666/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Elżbieta Borowska
Sędziowie	:	SA Elżbieta Bieńkowska SO del. Dariusz Małkiński (spr.)
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 22 stycznia 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki z o.o. w W.*

przeciwko (...) *Szpitalowi (...) w B.*

**o ochronę dóbr osobistych**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 2 lipca 2013 r. sygn. akt I C 778/13

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego 720 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o.o. w W. wniósł o nakazanie pozwanemu złożenie oświadczenia o następującej treści: „(...) Szpital (...) w B. przeprasza spółkę (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. za naruszenie dóbr osobistych Spółki w postaci dobrego imienia (renomy) oraz wolności działalności gospodarczej na skutek podjętych przez (...) Szpital (...) w B. bezprawnych działań dyskryminujących spółkę, a polegających na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób pośrednio wskazujący na produkty konkurencyjnej firmy (...) i przez to eliminujący jakąkolwiek konkurencję w przetargach na dostawy implantów otolaryngologicznych (...) i (...)”. Powód domagał się, aby oświadczenie zostało złożone w formie listu skierowanego bezpośrednio do (...) sp. z o.o. w W. na adres siedziby spółki w terminie tygodnia od uprawomocnienia się wyroku wydanego w sprawie.

Ponadto w/w powód wniósł o nakazanie pozwanemu zaniechania działań naruszających jego dobra osobiste w postaci dobrego imienia (renomy) i wolności gospodarczej, a polegających na jego dyskryminowaniu w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na dostawę implantów otolaryngologicznych kotwiczonych w kości poprzez zamieszczanie w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia cech charakterystycznych wyłącznie dla produktów firmy (...), co prowadzi do monopolu i uniemożliwia powodowi ubieganie się o zamówienia w wyniku zastosowania następujących zapisów: a) wymogu, aby możliwa była samodzielna zmiana pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami, b) wymogu, aby procesor dźwięku posiadał sygnalizację akustyczną i wizualną zmiany programów, c) wymogu, aby urządzenie posiadało więcej niż dwa przyciski sterujące jego pracą

Dodatkowo powód wniósł o zasądzenie od pozwanego kwoty 5.000,00 zł na cel społeczny - na rzecz (...)w O. tytułem usunięcia skutków naruszenia jego dóbr osobistych w postępowaniach przetargowych na dostawę implantów otolaryngologicznych nr (...) i (...) oraz zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwany (...) Szpital (...) w B. wniósł o oddalenie powództwa. W uzasadnieniu podniósł, iż kwestionowane przez powoda przetargi zostały przeprowadzone zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, a ich prawidłowość w żaden sposób nie była podważona. Opis przedmiotu zamówienia został określony stosownie do jego potrzeb, możliwości, doświadczenia oraz posiadanych środków i w żaden sposób nie narusza dóbr osobistych powoda.

Wyrokiem z dnia 2 lipca 2013 r. w sprawie o sygn. akt: I. C. 778/13 Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 977,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Wydanie wyroku poprzedziły następujące ustalenia faktyczne oraz prawne:

Powód jest wyłącznym reprezentantem na obszar Polski szwedzkiej spółki (...), która produkuje systemy implantów słuchowych zakotwiczonych w kości. Na rynku implantów otolaryngologicznych kotwiczonych w kości, których procesor mowy jest umieszczony na tytanowym zaczepie, funkcjonują dwa podmioty: (...) oraz C.- reprezentowany w Polsce przez (...) spółkę z o.o. S.K.A. Proponowane przez oba podmioty produkty różnią się, w zakresie: równoczesnego posiadania sygnalizacji akustycznej i wizualnej, możliwości samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami, posiadaniem więcej niż dwóch przycisków sterujących.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nr (...) oraz (...) pozwany jako zamawiający określając cechy przedmiotu zamówienia zamieścił cechy równoczesnego posiadania sygnalizacji akustycznej i wizualnej, możliwości samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami, posiadanie więcej niż dwóch przycisków sterujących, których to cech nie posiadają implanty powoda.

Zdaniem Sądu I instancji roszczenie powoda oparte jest na subiektywnym przekonaniu o naruszeniu jego dóbr osobistych, tj. dobrego imienia i swobody działalności gospodarczej. Powód nie uwiarygodnił istnienia przesłanek wskazujących na naruszenie przez pozwanego jego renomy. Przegrana w dwóch przetargach organizowanych przez pozwanego tego nie potwierdza. Powód nie twierdził też, aby wskutek niewyłonienia jego oferty w przetargu stracił kontrahentów lub utracił ich zaufanie do swoich produktów. Sąd Okręgowy zważył również, że naruszenia dobrego imienia spółki powód nie może łączyć z utratą potencjalnych zysków, które osiągnąłby w przypadku wygrania konkretnych przetargów. Przeczy temu współpraca z blisko 200 kontrahentami. Sąd I instancji uznał, że wiązanie efektu postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego z ograniczeniem w prowadzeniu działalności gospodarczej jest nadinterpretacją prawa. Zważył, że zasady wolnego rynku w świetle procedury zamówień publicznych doznają pewnych ograniczeń i żaden podmiot nie jest zobligowany do przystępowania do wskazanych procedur, zaś samo odrzucenie ofert nie może być utożsamiane z naruszeniem wolności gospodarczej.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 98 k.p.c. w zw. z § 11 ust. 1 pkt 2 i § 6 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Powyższy wyrok zaskarżył powód (...) sp. z o.o. w W., zarzucając Sądowi Okręgowemu:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez wadliwą ocenę zgromadzonego materiału dowodowego prowadzącą do ustalenia, iż pozwany Szpital nie naruszył żadnego dobra osobistego powoda na skutek działań bezprawnych w świetle ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) przy realizacji postępowań nr (...) i (...) o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę implantów otolaryngologicznych kotwiczonych w kości, w których procesor mowy jest umieszczony na tytanowym zaczepie w szczególności:

a) mimo prawidłowego ustalenia, iż pozwany formułując treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w tych postępowaniach opisał w sposób szczegółowy i kompletny rozwiązania techniczne drugorzędne, niemające znaczenia dla zasadniczej funkcji medycznej aparatu, które spełniał tylko jeden produkt istniejący na rynku, a mianowicie implant firmy (...), którego sprzedawcą jest firma (...) z W.,

b) wadliwego ustalenia, iż dobre imię (renoma), marka Spółki nie zostało naruszone na skutek działania pozwanego polegającego na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób dowolny i sprzeczny z prawem, czego konsekwencją było bezpodstawne odrzucenie oferty powoda, a jest jedynie subiektywnym punktem widzenia strony domagającej się ochrony prawnej,

c) wadliwego przyjęcia, iż pozwany swoim działaniem nie naruszył dobra osobistego powoda w zakresie prawa do swobody działalności gospodarczej, mimo iż z całości materiału dowodowego wynika, przy logicznym rozumowaniu, iż obiektywne „oceny społeczne” wskazują na rażącą dyskryminację apelującego przez pozwanego szpital,

d) błędnego rozumienia i czytania Prawa o zamówieniach publicznych, jak też ustawy z dnia 16 czerwca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało uznaniem, iż powódka w sposób zupełnie dowolny mogła kształtować opis przedmiotu zamówienia w SIWZ,

e) bezkrytyczną ocenę zeznań świadka M. R., który mimo, iż jest kierownikiem Kliniki (...), nie tworzył generalnie kryteriów zawartych w SIWZ i nie ma doświadczenia praktycznego w operacjach związanych z wszczepianiem przedmiotowych urządzeń,

f) dowolnemu przyjęciu, iż zeznania świadka R. C. nie mają istotnego znaczenia w sprawie, gdy z analizy jej zeznań i stanu prawnego: dotyczącego przetargu publicznego jednoznacznie wynika, iż powód nie mógł ze względu na uwarunkowania prawne tych przetargów odwołać się do (...) od czynności opisu przedmiotu zamówienia,

g) pominięcie i nieustosunkowanie się, z naruszeniem art. 328 § 2 k.p.c., do dowodów przedstawionych przez powoda w sprawie, zarówno złożonych przy pozwie, jak i na rozprawie, a jednoznacznie korzystnych powodowi, niewyjaśnieniu dlaczego odmówił im mocy dowodowej (wyroki (...) korzystne powodowi w zakresie objętym analogicznymi przetargami, raport NIK),

2) naruszenie art. 217 § 1 i 3 k.p.c. przez niewyjaśnienie wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a mianowicie jakiego rodzaju dobro osobiste Spółki powodowej zostało, i w jaki, sposób naruszone przez: oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka A. K., jak też pominięcie dowodu z zeznań świadka E. O. na okoliczność sposobu naruszenia dobra osobistego powoda, tworzenia opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowych przetargach.

Mając na względzie powyższe, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację, pozwany wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja powoda jest niezasadna.

Katalog dóbr osobistych osoby prawnej chronionych przez prawo obejmuje wizerunek danego podmiotu i ogólnie pojętą swobodę prowadzenia działalności gospodarczej w ramach wybranej branży lub profesji. Wizerunek osoby prawnej łączy się z jej dobrym imieniem i dotyka bezpośrednio takich kategorii jak renoma i postrzeganie przedsiębiorcy przez innych uczestników obrotu gospodarczego oraz prawnego. Bezprawne działania ograniczające dostęp osoby prawnej do pewnego segmentu rynku naruszają prawo do nieskrepowanej działalności gospodarczej. Zachowanie pozwanego w ramach dwóch postępowań przetargowych objętych sporem w niniejszej sprawie (...)nie może być jednak oceniane jako naruszające powyższe dobra osobiste powódki.

Punktem wyjścia przedmiotowej oceny jest ustalenie czy opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ sporządzonych w obu postępowaniach przetargowych przez zamawiającego bezprawnie wykluczał powódkę z kręgu potencjalnych oferentów. Winien on opierać się na cechach technicznych i jakościowych określonych zgodnie z Polskimi Normami przenoszącymi normy europejskie lub normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy (art. 30 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013, poz. 907, zwanej dalej w skrócie „p.z.p.”).

W wyjątkowych sytuacjach obiektywny opis przedmiotu zamówienia może zawierać treści ograniczające krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie. Wprowadzanie do niego określonych danych związanych z estetyką wyrobu, jego funkcjonalnością lub walorami użytkowymi ograniczające krąg potencjalnych uczestników postępowania przetargowego wymaga przedstawienia przez zamawiającego uzasadnionych przyczyn takich działań.

Strona pozwana odpierając zarzuty powódki wskazuje na indywidualny charakter wyboru produktu zamawianego (implantu słuchowego zakotwiczonego w kości) w kontekście specyficznych wymagań wybranej (zoptymalizowanej) grupy pacjentów oraz dostosowanej do nich metody leczenia. Bezsparnie produkty oferowane przez Spółkę powodową oraz (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A we W. należy ocenić jako równoważne, ale oparte na odmiennych zasadach implementacji urządzenia i jego użytkowania. Obie firmy sprzedają implanty, w których procesor mowy jest mocowany na tytanowym zaczepie, przy czym jeden z producentów oferuje urządzenie z zaczepem penetrującym skórę głowy (procesor jest elementem zewnętrznym, podwieszonym w okolicy ucha), zaś drugi, implant podskórny z procesorem mocowanym magnetycznie (vide: k. 224-227). Przyjęta metoda działania i budowa implantów wpływa więc na sposób ich posadowienia i zakres związanych z tym zabiegów chirurgicznych, oraz rozpoznawalność na głowie pacjenta i rzutuje na sposób użytkowania urządzenia (rozmieszczenia i liczby manipulatorów, zasilania, podatności na modyfikacje oprogramowania, itp.).

Każda z zaoferowanych metod implantowania ma swoje określone cechy, które mogą być uznane w realiach konkretnego wyboru przetargowego za wady bądź zalety. Kryterium oceny cech urządzenia jest w takiej sytuacji potrzeba zamawiającego stymulowana przez zalecenia medyczne, którym należy przyznać walor kryterium obiektywnego, oraz subiektywne wymagania konsumentów, którymi są poddawani leczeniu pacjenci. Na krajowym rynku usług medycznych związanych z leczeniem chorób słuchu funkcjonuje określona grupa konkurujących ze sobą szpitali, klinik i innych zakładów opieki zdrowotnej; estetyczne preferencje ich klientów nie mogą być więc uznane za wtórne kryterium wyboru sposobu i środka leczenia. W niniejszej sprawie przyjęty sposób zamocowania procesora stanowiącego fragment implantu może być też powiązany z podatnością pacjentów na infekcje skórne towarzyszące perforacji skóry głowy przez zaczep bądź inne schorzenia (cukrzyce, nosicielstwo (...), utrudnione gojenie tkanek, itd.).

Zamocowanie urządzenia jako widocznego i bardziej rozpoznawalnego dla otoczenia może być odbierane jako stygmatyzujące, poprzez przypisanie jego użytkownika do grupy osób niepełnosprawnych. Kryteria tego typu

wpływają na decyzje konsumentów zorientowanych na dokonywanie wyborów estetycznych stymulowanych częstokroć przez wiek, przywiązanie do własnej atrakcyjności fizycznej, itp. Z drugiej strony istnieje z pewnością grupa pacjentów ceniących walory użytkowe urządzenia, jego dostępność, łatwość obsługi, itp.

Optymalizacja grup pacjentów, na którą powołuje się strona pozwana, oznacza ich dobór według powyższych kryteriów. W konsekwencji konkurencja zamawiających może być ograniczona w procesie zamówienia, jeżeli cechy grupy zoptymalizowanej przez pozwanego preferują określony produkt kosztem urządzenia konkurującego (por. art.29 ust. 2 i 3 p.z.p.). W analizowanych przetargach preferencje grupy pacjentów przemawiały za takim a nie innym opisem zamówienia. Podkreślić należy, że istnienie owej grupy i prawidłowość decyzji towarzyszących przypisaniu im produktu o specyficznych cechach nie były w niniejszej sprawie podważane, co pozwala uznać te okoliczności za milcząco przyznane (art. 230 k.p.c.). Pozwany dokonuje zakupów implantów powoda, bądź do nich podobnych, przy okazji leczenia innych grup pacjentów, których potrzeby premiują taki produkt. Informacje przedstawione przez powódkę wskazujące na powszechne wykorzystywanie oferowanych przez nią urządzeń w wielu innych szpitalach potwierdzają również brak ograniczeń w dostępie (...) do rynku.

Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ odzwierciedla cechy urządzenia wymagane przez zamawiającego. Nie sposób zobowiązać tego ostatniego do zakupu rzeczy niesłużących osiągnięciu założonego celu bądź niepotrzebnych (por. J. Pieróg w ostatniej edycji Komentarza do Prawa zamówień publicznych, Warszawa 2013, str. 162).

Implant opisany w SIWZ sporządzonych dla przetargów nr (...) i (...) charakteryzował się (poza cechami wyżej opisanymi): możliwością samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami, sygnalizacją akustyczną i wizualną zmiany programów, więcej niż dwoma przyciskami sterującymi pracą urządzenia, ale również określonymi parametrami granicznymi preferowanymi w leczeniu zoptymalizowanej grupy pacjentów. Ranga poszczególnych cech urządzenia opisanych w SIWZ jest różna (niektóre są drugorzędne zaś ich funkcjonalność porównywalna z odmiennymi rozwiązaniami konkurencji), tworzą one jednak opis dostępnego produktu gwarantującego zamawiającemu osiągnięcie optymalnego (zgodnego z założonym) efektu leczenia . W tych warunkach działanie pozwanego nie może być interpretowane jako naruszające dobra osobiste powódki. Sąd Apelacyjny akceptuje ocenę prawną tych kwestii zaprezentowaną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku .

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji wyroku na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu odwoławczego Sąd postanowił zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.