



Sygn. akt V CSK 662/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 czerwca 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Agnieszka Piotrowska (przewodniczący)

SSN Irena Gromska-Szuster

SSN Kazimierz Zawada (sprawozdawca)

Protokolant Piotr Malczewski

w sprawie z powództwa T. F. Laboratorium Medyczne Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w K.
przeciwko K. Laboratoria Medyczne Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością
Spółce Komandytowej w R.
i P. Centrum Medycznemu Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w P.
o ustalenie,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 16 czerwca 2016 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 28 kwietnia 2015 r.,

- 1) oddała skargę kasacyjną,**
- 2) zasądza od strony powodowej na rzecz K.
Laboratoria Medyczne Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością Spółka Komandytowa
kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) zł, a na rzecz
P. Centrum Medycznego Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością kwotę 1800 (tysiąc**

**osiemset) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

T. F. Laboratorium Medyczne [...] w pozwie przeciwko P. Centrum Medycznemu [...] oraz T. K. i Z.K. wspólnikom spółki cywilnej K. [...] – których następcą prawnym jest K. Laboratoria Medyczne [...] – wniosła o ustalenie, że umowa z 30 lipca 2012 r. o świadczenie usług zdrowotnych z zakresu laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych zawarta między P. Centrum Medycznym (udzielającym zamówienia) a wspólnikami T. K. i Z. K. (przyjmującymi zamówienie) jest nieważna.

Sąd Okręgowy wyrokiem z 8 lipca 2014 r. oddalił powództwo.

Apelacja strony powodowej została oddalona przez Sąd Apelacyjny wyrokiem z 28 kwietnia 2015 r.

Podstawę obu wyroków stanowiły następujące ustalenia.

P. Centrum Medyczne trzykrotnie ogłaszało konkurs ofert na świadczenie usług zdrowotnych z zakresu laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych. Strona powodowa uczestniczyła we wszystkich trzech postępowaniach konkursowych. Dwa pierwsze zostały unieważnione. Trzecie – objęte sporem – zostało zainicjowane 15 czerwca 2012 r. Mogli do niego przystąpić oferenci, którzy co najmniej przez 5 lat wykonywali „antybiogramy MIC metodą automatyczną” dla szpitali. Dodatkowo oceniano doświadczenie w wykonywaniu tych badań metodą automatyczną co najmniej przez 8 lat, potwierdzone fakturą lub rachunkiem zakupu albo wypożyczenia odpowiedniego sprzętu. W punkcie 8 części X warunków konkursu przewidziano możliwość podjęcia negocjacji dotyczących wysokości wynagrodzenia za oferowane usługi z oferentami, których oferty uzyskały najwyższe oceny według „kryteriów niecenowych”.

Strona powodowa przystępując do konkursu złożyła oświadczenie, że zapoznała się z ogłoszeniem o konkursie oraz z załączoną do niego dokumentacją i akceptuje warunki konkursu. W postępowaniu konkursowym oferty złożyli m.in. wspólnicy T. K. i Z. K., strona powodowa oraz D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. – jedyny udziałowiec strony powodowej.

W dniu 21 czerwca 2012 r. strona powodowa złożyła protest. Dotyczył on wymogu ośmioletniego doświadczenia w wykonywaniu „antybiogramu MIC metodą automatyczną”. Protest zawierał zarzut, że kryterium to jest

„ukierunkowane” na dotychczasowego kontrahenta zamawiającego, tj. na wspólników T. K. i Z. K. W proteście zakwestionowano także żądanie potwierdzenia wymaganego doświadczenia w wykonywaniu zamawianych usług fakturą lub rachunkiem zakupu albo wdzierżawienia odpowiedniego sprzętu. Ponadto w proteście sprzeciwiono się wymaganiu stosowania w badaniach metody automatycznej, a nie bardziej precyzyjnej „metody pasków z gradientem stężeń”. O złożeniu protestu strona powodowa powiadomiła Prezesa UOKiK. W odpowiedzi z dnia 10 lipca 2012 r. uzyskała wyjaśnienie, że P. Centrum Medyczne nie ma na rynku właściwym pozycji umożliwiającej zapobieganie konkurencji. Dnia 22 czerwca komisja konkursowa oddaliła protest.

W dniu 4 lipca 2012 r. strona powodowa złożyła ofertę oraz oświadczenie, że akceptuje warunki zawarte w dokumentacji konkursowej.

Dnia 10 lipca 2012 P. Centrum Medyczne zaprosiło wszystkich oferentów do negocjacji w przedmiocie wynagrodzenia za usługi. Po zakończeniu negocjacji wybrało ofertę złożoną przez wspólników T. K. i Z. K.. Ogłoszenie o wyborze oferty nastąpiło 13 lipca 2012 r. Strona powodowa nie odwołała się od rozstrzygnięcia konkursu w trybie przewidzianym w art. 154 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (jedn. tekst: Dz.U.2008.164.1027 ze zm., obecnie: Dz.U.2015. 581 ze zm. – dalej: „u.św.op.zdr.”).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, P. Centrum Medyczne nie ma, tak jak przyjął Sąd Okręgowy i jak wyjaśnił Prezes UOKiK w piśmie do strony powodowej, pozycji dominującej w znaczeniu art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jedn. tekst: Dz.U.2015.184 ze zm. – dalej: „u.o.k.k.”) na rynku właściwym. Obok P. Centrum Medycznego na rynku laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych, tj. na rynku właściwym asortymentowo, występują na obszarze całej aglomeracji [...], tj. na rynku właściwym geograficznie, po stronie popytu na te usługi, inne podmioty i jest ich wiele. W tym stanie P. Centrum Medyczne jest, zdaniem Sądu Apelacyjnego, pozbawione możliwości wywierania wpływu na kształt tego rynku - dostęp do niego. Jeżeli strona powodowa nie miała na rynku właściwym pozycji dominującej, to nie mogła też nadużyć tej pozycji w żaden ze sposobów przewidzianych w art. 9 ust. 2

u.o.k.k. ze skutkiem określonym w art. 9 ust. 3 u.o.k.k., tj. nieważnością czynności prawnej będącej przejawem nadużycia pozycji dominującej. Tym samym przepis art. 9 ust. 3 u.o.k.k. nie dawał podstawy do stwierdzenia nieważności umowy kwestionowanej w pozwie.

Nie było też według Sądu Apelacyjnego - podobnie jak według zajętego wcześniej stanowiska przez Sąd Okręgowy - podstaw do uznania umowy za nieważną z powodu naruszeń postępowania konkursowego. Nie doszło bowiem do zarzucanych naruszeń postępowania konkursowego. W szczególności P. Centrum Medyczne mogło, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zastrzec w warunkach konkursu, bez uchybienia przepisom ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej – mających w myśl art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (jedn. tekst. Dz.U.2013.217, obecnie jedn. tekst: Dz.U.2015.618 ze zm. – dalej: „u.dz.lecz.”) odpowiednie zastosowanie do konkursu ofert na udzielenie zamówienia świadczeń zdrowotnych - przeprowadzenie negocjacji co do wysokości wynagrodzenia z oferentami, których oferty uzyskały najwyższe oceny według „kryteriów niecenowych”.

W skardze kasacyjnej strona powodowa przytoczyła jako postawy kasacyjne naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 u.dz.lecz. w związku z art. 140, 141, 146 ust. 1, art. 147-150, 151 ust. 1, 2 i 4-6, art. 152, 153, 154 ust. 1 i 2 u.św.op.zdr. i art. 58 k.c. oraz naruszenie art. 4 pkt 9, art. 9 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 4 pkt 10 i art. 9 ust. 3 u.o.k.k. Zdaniem skarżącej, uznanie przez Sąd Apelacyjny za ważną kwestionowanej umowy nastąpiło z naruszeniem przytoczonych przepisów.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Artykuł 26 u.dz.lecz. w brzmieniu obowiązującym w czasie, kiedy toczyło się postępowanie konkursowe, stanowił, że podmiot leczniczy spełniający przesłanki określone w przepisach prawa o zamówieniach publicznych może udzielić zamówienia na wykonywanie oznaczonych świadczeń zdrowotnych podmiotowi mającemu odpowiednie kwalifikacje (ust. 1); udzielenie zamówienia, czyli tzw. „subkontraktowanie”, następuje w trybie konkursu ofert (ust. 3); do konkursu ofert stosuje się odpowiednio art. 140, 141, 146 ust. 1, art. 147-150, 151 ust. 1, 2 i 4-6, art. 152, 153, 154 ust. 1 i 2 u.św.op.zdr. – przy czym prawa i

obowiązek Prezesa Funduszu i dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu wykonuje kierownik podmiotu leczniczego udzielającego zamówienia (ust. 4).

Wyłania się istotne dla rozstrzygnięcia sprawy pytanie o sankcję uchybienia procedurze konkursowej przewidzianej w przytoczonych przepisach. Czy sankcją tą jest nieważność zawartej umowy o świadczenie usług zdrowotnych – jak uważa strona powodowa – co nakazywałoby uwzględnienie powództwa, czy inna sankcja niż nieważność zawartej umowy o świadczenie usług zdrowotnych, co sprzeciwiałoby się uwzględnieniu powództwa.

Czynność prawna niespełniająca w chwili jej dokonania wszystkich wymagań ustawy jest wadliwa. Sankcja wadliwości może być różna. Rodzaj sankcji i stopień jej surowości zależą, mówiąc najogólniej, od wagi interesów chronionych przez normę naruszoną przy dokonywaniu czynności prawnej. Jeżeli uchybiono normie ustanowionej dla ochrony interesu ogólnego, sankcją zazwyczaj jest nieważność czynności prawnej. Na wypadek naruszenia normy ustanowionej w celu ochrony interesów jednostkowych przewiduje się natomiast na ogół inną sankcję niż nieważność; taką, która zapewnia tylko ochronę doniosłych w danych okolicznościach interesów jednostkowych.

W części ogólnej Kodeksu cywilnego określono: w przepisach art. 14 § 1, art., 18 i 19 - sankcje braku wymaganej zdolności do czynności prawnych (nieważność w pierwszym i trzecim z wymienionych przepisów oraz bezskuteczność zawieszoną w drugim), w przepisach art. 73 i 74 - sankcje uchybień co do formy (nieważność, niewystąpienie oznaczonych skutków, utrudnienia dowodowe - w zależności od rodzaju wymaganej formy i ewentualnie innych okoliczności), w art. 70⁵ - sankcję uchybień w toku aukcji lub przetargu (możliwość żądania unieważnienia zawartej umowy przez sąd), w art. 82-87 - sankcje wad oświadczenia woli (nieważność lub możliwość uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, czyli innymi słowy, nieważność względna albo wzruszalność - w zależności od rodzaju wady), w art. 103 i 104 - sankcje braku umocowania lub przekroczenie granic umocowania do działania w charakterze pełnomocnika (bezskuteczność zawieszona lub nieważność - w zależności od rodzaju czynności prawnej).

Powołany w skardze kasacyjnej art. 58 k.c. określa zaś sankcję sprzeczności z ustawą lub zasadami współżycia społecznego treści czynności prawnej oraz celu czynności prawnej. To że w art. 58 k.c. nie chodzi o każdą sprzeczność z ustawą przy dokonywaniu czynności prawnej, a tylko – co nie zawsze jest dostrzegane - o sprzeczność z ustawą treści czynności prawnej oraz o sprzeczności z ustawą celu czynności prawnej, wynika z odwołania się w art. 58 k.c. do celu dokonywanej czynności prawnej (cel czynności prawnej wiąże się ściśle z jej treścią) oraz do postanowień dokonywanej czynności prawnej (są one elementem treści czynności prawnej), a także z zestawienia art. 58 k.c. z wymienionymi wyżej przepisami Kodeksu cywilnego przewidującymi nieważność czynności prawnej w razie innych wadliwości czynności prawnej (nieposiadania przez stronę zdolności do czynności prawnych, niezachowania formy *ad solemnitatem*, niektórych wad oświadczenia woli, braku pełnomocnictwa lub przekroczenia jego granic w niektórych przypadkach). Gdyby art. 58 k.c. przewidywał sankcję nieważności czynności prawnej w każdym przypadku naruszenia przy dokonywaniu czynności prawnej bezwzględnie obowiązującej normy prawnej, przepisy te byłyby zbędne (por. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2001 r., III CZP 55/01 i 14 września 2007 r., III CZP 31/07 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2007 r., II CSK 162/07).

W art. 58 § 1 k.c. nie można zatem upatrywać podstaw do określenia sankcji niezachowania lub naruszenia procedury przetargowej, obojętnie jak ujmowanej, czy jako aukcja, przetarg pisemny, konkurs ofert lub inne podobne postępowanie w przedmiocie zawarcia umowy. Na podstawie art. 58 § 1 k.c. nie można więc uznać umowy za nieważną z powodu niezachowania lub naruszenia przy jej zawarciu procedury przetargowej wymaganej przez ustawę. Artykuł 58 § 1 k.c. nie obejmuje naruszeń ustawy w tym zakresie i nie sankcjonuje ich.

W razie niezachowania lub naruszenia procedury przetargowej wymaganej przez ustawę umowa może stać się nieważna z mocy art. 58 k.c. jedynie wtedy, gdy uchybienie to wywrze wpływ na treść umowy - sprawi, że także treść umowy będzie sprzeczna z ustawą (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2009 r., II CSK 484/08) albo z zasadami współżycia społecznego (przykładem może być zmowa stron). Niezachowanie lub naruszenie procedury przetargowej wymaganej

przez ustawę może się przekładać na zastosowanie do zawartej umowy również innych jeszcze przepisów części ogólnej prawa cywilnego przewidujących sankcje nieważności (np. art. 83 k.c. dotyczącego pozorności). Lecz aby przepisy części ogólnej prawa cywilnego przewidujące sankcję nieważności znalazły zastosowanie do umowy zawartej w wyniku przeprowadzonej procedury przetargowej, nie jest konieczne naruszenie tej procedury. Przepisy te zostaną zastosowane, jeśli tylko ziszczą się przesłanki objęte hipotezą wynikających z nich norm - choćby zatem nie nastąpiło jednocześnie naruszenie procedury przetargowej.

Jeżeli ustawa wymaga, tak jak w niniejszej sprawie, zawarcia umowy w trybie procedury przetargowej, podstaw do określenia sankcji zawarcia umowy bez zachowania tej procedury lub z naruszeniem tej procedury należy poszukiwać w przepisach, które nakładają obowiązek zawarcia umowy w trybie procedury przetargowej i regulują wymaganą procedurę przetargową. Niektóre z tych przepisów przewidują wyraźnie sankcję nieważności umowy zawartej z uchybieniem tym przepisom (przykładami mogą być art. 46b ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, jedn. tekst: Dz.U.2013.1384 ze zm., art. 34 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji, jedn. tekst: Dz.U.2015.747 ze zm., art. 29c ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa, jedn. tekst: Dz.U.2015.1014 ze zm., art. 155 ust. 2 u.św.op.zdr.). Sankcja nieważności może też wynikać, mimo braku wyraźnego jej zastrzeżenia, z całokształtu regulacji procedury przetargowej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1997 r., III CKN 205/97, 21 listopada 2003 r., V CK 12/03 i 21 marca 2006 r., V CSK 181/05 – w tym ostatnim jednak niepotrzebnie i bezpodstawnie wskazano jako podstawę sankcji nieważności także art. 58 k.c.). Sankcja nieważności może bowiem być przez przepisy regulujące procedurę przetargową niejako założona ze względu na ich funkcję ochronną w stosunku do mienia publicznego (ewentualnie innego mienia pozostającego w dyspozycji organów publicznych).

Nie zawsze jednak przepisy, które nakładają obowiązek zawarcia umowy w trybie przetargowym i które regulują postępowanie przetargowe, przewidują sankcję nieważności umowy zawartej z naruszeniem tych przepisów. Choć bowiem sankcję nieważności można uznać za co do zasady odpowiednią w wypadku naruszenia

przepisów mających na celu ochronę majątku publicznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 12/03), to nawet w razie naruszenie tych przepisów nie zawsze zastosowanie sankcji nieważności jest uznawane za najwłaściwsze ze względu na surowość tej sankcji i wynikające stąd zagrożenia dla konkurencyjnej wartości, jaką jest pewność obrotu prawnego. W obowiązujących obecnie przepisach prawa o zamówieniach publicznych zastąpiono przyjmowaną wcześniej z powodu naruszeń wymaganej procedury kontraktowania sankcję nieważności zawartej umowy sankcją wzruszalności (nieważności względnej) zawartej umowy. Z określonych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (obecnie jedn. tekst: Dz.U.2015.2164 ze zm. – dalej: „Pr. zam. publ.”) w brzmieniu nadanym nowelą z dnia 2 grudnia 2009 r. (DzU.2009.223.1778 – zob. też uzasadnienie projektu nowelizacji) przyczyn, spowodowanych naruszeniem przepisów tej ustawy, można żądać tylko unieważnienia zawartej umowy. Możliwość wystąpienia z takim żądaniem przysługuje, w zależności od przyczyny, wykonawcy (do Krajowej Izby Odwoławczej) lub Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (do sądu).

Stosownie do art. 152 ust. 1 u.św.op.zdr., mającego na podstawie odesłania zawartego w art. 26 ust. 4 u.dz.lecz. odpowiednie zastosowanie do konkursu ofert na udzielenie zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych - o jakie chodzi w sprawie, świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez podmiot leczniczy udzielający zamówienia zasad postępowania konkursowego, przysługują w określonym zakresie środki odwoławcze przewidziane w art. 153 i 154 u.św.op.zdr. W myśl art. 153 u.św.op.zdr., świadczeniodawca w toku postępowania przed rozstrzygnięciem konkursu może wnieść protest do komisji konkursowej, zgodnie zaś z art. 154 u.św.op.zdr. ma możliwość wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia konkursu do kierownika podmiotu leczniczego udzielającego zamówienia. Zastosowanie art. 154 u.św.op.zd. w zakresie, w jakim przewiduje on skargę do sądu administracyjnego na rozstrzygnięcie w przedmiocie odwołania, jest w odniesieniu do „subkontraktowania” wyłączone. Artykuł 26 ust. 4 u.dz.lecz. nie przewiduje też odpowiedniego stosowania do „subkontraktowania” art. 155 u.św.op.zdr., stanowiącego w ust. 2, że umowa o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej

zawarta z NFZ jest nieważna, jeżeli zawarto ją z oferentem, którego oferta podlegała odrzuceniu z wskazanych w tym przepisie przyczyn lub zawarto ją w wyniku unieważnionego postępowania, a w ust. 3 – że umowa o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej jest nieważna w części wykraczającej poza przedmiot postępowania w sprawie zawarcia tej umowy.

Artykuł 26 u.dz.leczn., ani przepisy, do których on odsyła, nie tylko zatem nie przewidują z powodu naruszenia postępowania konkursowego nieważności umowy o świadczenie usług leczniczych, ale i żadnej innej sankcji cywilnoprawnej odnoszącej się do umowy o świadczenie usług leczniczych zawartej w takim postępowaniu. W razie naruszenia postępowania konkursowego właściwe są w świetle tych przepisów inne środki ochronne: protest i odwołanie. Przyczyn przyjętego rozwiązania można się dopatrywać w mniejszym znaczeniu, w ocenie ustawodawcy, „subkontraktowania” w procesie dystrybucji środków publicznych na cele zdrowotne, uznaniu za zasadniczy etap w tym procesie umów zawieranych z NFZ, czyli etap przyznania tych środków bezpośredniemu kontrahentowi NFZ.

Przyjęte rozwiązanie nie uchyla oczywiście kwestionowania umów o świadczenie usług leczniczych, zawieranych przez podmioty udzielające zamówienia z podmiotami przyjmującymi zamówienie, na podstawie przepisów części ogólnej prawa cywilnego – w tym powoływanego przez stronę powodową art. 58 k.c. – ale nie z powodu naruszeń postępowania konkursowego, lecz z powodu ziszczenia się właściwych przesłanek zastosowania tych przepisów (jeśli miało ono rzeczywiście miejsce). W sprawie nie zostało wykazane, aby treść lub cel kwestionowanej umowy były sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi normami prawa albo aby treść tej umowy pozostawała w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego - i tym samym było rzeczywiście uzasadnione zastosowanie w sprawie art. 58 k.c.

Już sama niemożność uznania z powodu naruszeń postępowania konkursowego kwestionowanej umowy za nieważną na podstawie art. 58 k.c. i art. 26 u.dz.lecz. oraz przepisów, do których on odsyła, przesądza o bezzasadności podniesionego w skardze kasacyjnej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 u.dz.lecz. w związku z art. 140, 141, 146 ust. 1, art. 147-150, 151 ust. 1, 2 i 4-6, art. 152, 153, 154 ust. 1 i 2 u.św.op.zdr. i art. 58 k.c.

Niezależnie od tego, należy się zgodzić z Sądem Apelacyjnym, że nie doszło do zarzucanego przez stronę powodową naruszenia przepisów regulujących postępowanie konkursowe wskutek zastrzeżenia przez P. Centrum Medyczne w warunkach konkursu możliwości negocjacji wynagrodzenia za usługi z oferentami, których oferty uzyskały najwyższe oceny według „kryteriów niecenowych”. W odniesieniu do „subkontraktowania” przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych regulujące konkurs ofert znajdują ograniczone zastosowanie. Postępowanie konkursowe przy udzielaniu zamówienia na świadczenia zdrowotne przez podmiot leczniczy, o którym mowa w art. 26 ust. 1 u.dz.lecz, zostało znacznie uproszczone. Stąd, że w art. 26 ust. 4 u.dz.lecz. nie został wymieniony art. 142 u.św.op.zdr., stanowiący w ust. 6, iż komisja konkursowa może w części niejawnej przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia ceny (w szerokim tego słowa znaczeniu – zob. art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, Dz.U.2014.915) za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej, i z wyczerpującego charakteru wyliczenia zawartego w art. 26 ust. 4 u.dz.lecz., nie wynika niemożność zastrzeżenia negocjacji w tej materii przez udzielającego zamówienia w warunkach konkursu. Skoro ustawa dopuszcza takie negocjacje w o wiele bardziej sformalizowanym konkursie ofert umów zawieranych z NFZ (zob. w związku z tym wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 listopada 2013 r., II GSK 1735/12), byłoby paradoksem niedopuszczenie możliwości zastrzeżenia takich negocjacji w znacznie mniej sformalizowanym konkursie ofert przy „subkontraktowaniu”. W art. 142 u.św.op.zdr. są jeszcze przepisy przewidujące podział konkursu na część jawną i niejawną. Gdyby iść tropem rozumowania strony skarżącej, nie byłoby także możliwości ze względu na brak odesłania w art. 26 ust. 4 u.dz.lecz. do art. 142 u.św.op.zdr. zamieszczenia w warunkach konkursu postanowień dotyczących podziału konkursu na część jawną i niejawną. W związku z tym powstawałaby niejasność co do jawnego lub niejawnego charakteru poszczególnych czynności postępowania konkursowego, a to uniemożliwiałoby w ogóle przeprowadzenie konkursu. W tych okolicznościach nie powinna więc budzić wątpliwości dopuszczalność zamieszczenia w warunkach konkursu zarówno postanowień w sprawie podziału konkursu na część jawną i niejawną, jak i

zastrzeżenia o możliwości przeprowadzenia negocjacji w sprawie wynagrodzenia z oferentami, których oferty uzyskały najwyższe oceny według „kryteriów niecenowych”.

2. Jako alternatywną do wyżej omówionej przyczynę nieważności kwestionowanej umowy strona powodowa wskazuje naruszenie art. 4 pkt 9, art. 9 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 4 pkt 10 i art. 9 ust. 3 u.o.k.k.

Według art. 9 ust. 3 u.o.k.k., czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne (zob. co do ustalania przesłanek sankcji nieważności, którą przewiduje ten przepis, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08).

Przez pozycję dominującą rozumie się zgodnie z art. 4 pkt 10 u.o.k.k. taką pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; przy czym w myśl tego przepisu domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

Pojęcie rynku właściwego - kluczowe dla ustalenia pozycji dominującej - definiuje art. 4 pkt 8 u.o.k.k. (zob. też obwieszczenie Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz.UE.C 1997.372.5). W myśl zawartej w tym przepisie definicji rynek właściwy ma dwa wymiary: asortymentowy (produktowy) i geograficzny (terytorialny). Wyznaczenie rynku właściwego w obu jego wymiarach ma zasadnicze znaczenie dla stosowania przepisów prawa o ochronie konkurencji. Jest ono niezbędne do ustalenia konkurentów przedsiębiorcy – osób mogących ograniczać jego działania – oraz służy do ustalenia siły rynkowej przedsiębiorcy.

W sprawie jest bezsporne, że rynek właściwy asortymentowo obejmuje usługi laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych.

Sporny jest natomiast między stronami zasięg rynku właściwego pod względem geograficznym; czy w okolicznościach sprawy właściwy geograficznie rynek ogranicza się do szpitala P. Centrum Medycznego – jak twierdzi strona powodowa, czy obejmuje całą aglomerację [...] – jak twierdzą pozwani i jak przyjęły

sądy orzekające w sprawie oraz jak wyjaśnił Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi z dnia 10 lipca 2012 r. udzielonej stronie powodowej na podstawie art. 86 ust. 4 u.o.k.k.

Rynek właściwy geograficznie, to mówiąc najogólniej, obszar, na którym występują podobne warunki konkurencji na danym rynku właściwym asortymentowo. W sprawie rynek właściwy geograficznie powinien więc obejmować obszar, na którym istnieją podobne warunki konkurencji co do usług laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych. Wskazanymi w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. czynnikami kształtującymi zasięg rynku właściwego geograficznie są w szczególności bariery dostępu do rynku, upodobania klientów, znaczne zróżnicowanie cen towarów lub wysokości wynagrodzeń za usługi na różnych obszarach, koszty transportu towarów.

W świetle powyższych wyjaśnień i dokonanych w sprawie ustaleń trafne było uznanie przez Sąd Apelacyjny za rynek geograficznie właściwy w sprawie obszaru całej aglomeracji [...], jak i niestwierdzenie posiadania na tym rynku przez P. Centrum Medyczne pozycji dominującej. Jak ustalono, P. Centrum Medyczne jest na obszarze aglomeracji [...] jednym z wielu podmiotów leczniczych po stronie popytu na usługi laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych. Zapotrzebowanie na te usługi zgłaszają także pacjenci indywidualnie. Wielość podmiotów leczniczych na obszarze aglomeracji śląskiej, możliwość swobodnego wyboru podmiotu leczniczego, brak barier komunikacyjnych i powszechność dostępu do badań laboratoryjnych powodują, że oferenci usług laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych mogą te usługi świadczyć w zbliżonych - według właściwych w tym względzie kryteriów oceny - warunkach konkurencji na obszarze całej aglomeracji [...]. Podmioty oferujące usługi mogą je świadczyć nie tylko P. Centrum Medycznemu, ale i innym podmiotom leczniczym i osobom indywidualnym. P. Centrum Medyczne jako jeden z wielu podmiotów leczniczych na obszarze aglomeracji [...] po stronie popytu na wskazane usługi nie ma pozycji, która pozwalałaby mu znacząco wpływać na tym obszarze na kształt rynku usług przez uniemożliwienie skutecznej konkurencji podmiotom świadczącym wskazane usługi.

Nie można wprawdzie w okolicznościach konkretnego przypadku wykluczyć uznania za rynek właściwy geograficznie terenu tylko jednego szpitala. Przykładem rynku właściwego geograficznie ograniczonego do terenu szpitala może być rynek usług prosektoryjnych świadczonych przez jedyny szpital w powiatowym mieście (zob. wyrok Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 20 września 2006 r., XVII Ama 97/05). Szpital taki ma na tym rynku oczywiście pozycję dominującą. Ale przypadku takiego szpitala nie można zasadnie porównać ze stanem faktycznym rozpoznawanej sprawy. Jest on zasadniczo różny od niego.

W niniejszej sprawie podobnej oceny do wyrażonej w wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 20 września 2006 r., XVII Ama 97/05, nie może też uzasadniać podnoszony przez stronę powodową czasowy aspekt konkutowania uczestników konkursów ofert na świadczenia opieki zdrowotnej, przejawiający się w cyklicznym organizowaniu konkursów ofert na te świadczenia przez poszczególne podmioty lecznicze. Niewątpliwie konkutowanie w takich okolicznościach ma swoją specyfikę, ale ona nie zmienia w odniesieniu do stanu faktycznego niniejszej sprawy zasadniczej oceny, wyrażonej wyżej, że na obszarze aglomeracji [...] oferenci usług laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych mogą te usługi świadczyć w zbliżonych warunkach konkurencji. Wprawdzie istnieje tendencja do wąskiego wyznaczania rynku właściwego na potrzeby stosowania przepisów mających na celu przeciwdziałanie nadużywaniu pozycji dominującej, ale tendencja ta nie może być rozumiana jako dążenie do możliwie największego ustalania zasięgu rynku właściwego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2005 r., VI ACa 6/05). Priorytetem jest bowiem nie wąskie, lecz prawidłowe wyodrębnienie rynku właściwego w okolicznościach konkretnego przypadku.

Skoro strona powodowa nie miała na rynku właściwym pozycji dominującej, nie mogła też oczywiście takiej pozycji – jak trafnie przyjął Sąd Apelacyjny – w żaden sposób nadużyć. Umowa z 30 lipca 2012 r. o świadczenie usług zdrowotnych z zakresu laboratoryjnej diagnostyki medycznej i mikrobiologicznej oraz badań hormonalnych między P. Centrum Medycznym a współnikami T. K. i Z. K. nie mogła być więc uznana za przejaw nadużycia dominującej pozycji rynkowej

przez P. Centrum Medyczne i tym samym - na podstawie art. 9 ust. 3 u.o.k.k. - za czynność prawną nieważną.

Ze względu na bezzasadność przytoczonych podstaw kasacyjnych Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ oddalił skargę kasacyjną, a o kosztach postępowania kasacyjnego rozstrzygnął zgodnie z art. 98 w związku z art. 108 § 1 i art. 398²¹ k.p.c. oraz § 6 pkt 6 i § 12 ust. 4 rozrządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U.2013.490) oraz § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015.1804).

kc