



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

**Istota „konkurencji”, jaka
powinna podlegać ochronie
w interesie publicznym,
w kontekście działalności
podmiotów wykonujących
zadania publiczne**

Marcin Kolasiński



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Istota „konkurencji”, jaka powinna podlegać ochronie w interesie publicznym, w kontekście działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne

Marcin Kolasiński

Draft Paper.
Please do not quote

Marcin Kolasiński*

Istota „konkurencji”, jaka powinna podlegać ochronie w interesie publicznym, w kontekście działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Pojęcie konkurencji
- III. Pojęcie usług użyteczności publicznej
- IV. Podmioty organizujące lub świadczące usługi użyteczności publicznej
- VI. Podmioty, których działania wymagają szczególnej analizy pod kątem przypisania im organizowania lub świadczenia usług użyteczności publicznej
- VI. Zakres działań podmiotów organizujących lub świadczących usługi użyteczności publicznej podlegających ocenie na gruncie prawa konkurencji
- VII. Podsumowanie

I. Wprowadzenie

W ostatnim czasie zasadniczy przedmiot debaty publicznej w obszarze prawa konkurencji stanowią przede wszystkim zagadnienia zmiany prawa materialnego i procedury antymonopolowej związane z nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która weszła w życie 18 stycznia 2015 r. (dalej: „uokk”)¹. Znaczące nowości w zakresie uprawnień Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK”) na pierwszy plan dyskusji wyniosły kwestie sposobu egzekwowania prawa konkurencji. Tymczasem **poza rozważaniami na temat tego jak egzekwować prawo konkurencji, nie mniej ważne jest to, jak prawidłowo identyfikować samą „konkurencję”, którą należy chronić w interesie publicznym, a także pomiędzy jakimi podmiotami tak zidentyfikowana konkurencja występuje.**

Przeważająca część decyzji antymonopolowych w zakresie praktyk naruszających konkurencję dotyczy relacji pomiędzy przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca

* Radca prawny; partner w kancelarii Kieszowska Rutkowska Kolasiński Kancelaria Prawna sp. j.

¹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 t.j.).

2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: „usdg”)². To może powodować ugruntowywanie się w odbiorze publicznym błędnego przekonania, że tylko pomiędzy takimi przedsiębiorcami zachodzi konkurencja podlegająca ochronie prawnej. Doświadczenie z doradztwa dla uczestników obrotu gospodarczego pokazuje, iż często w sposób uproszczony i niejako intuicyjnie utożsamiają oni przedsiębiorcę przede wszystkim ze spółką handlową, a konkurencję jako rywalizację o rynek między tego rodzaju podmiotami. Tymczasem definicja przedsiębiorcy na potrzeby uokk jest o wiele pojemniejsza i to ona determinuje fakt, iż także zjawisko konkurencji podlegającej ochronie jest o wiele szersze, niż wynikałoby to z potocznego rozumienia tego pojęcia.

W szczególności, o konkurencji trzeba mówić także w kontekście działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne, wtedy, kiedy wypełniają funkcje niezwiązane ściśle z zadaniami publicznymi, ale mające charakter rynkowy. O poddaniu takich podmiotów regułom prawa konkurencji **powinno więc decydować podejście funkcjonalne, a nie podejście podmiotowe**, sprowadzające się do stwierdzenia, iż wykonywanie w jakimkolwiek zakresie zadań publicznych zwalnia takie podmioty z przestrzegania reguł prawa konkurencji. Niestety status prawny podmiotów wykonujących zadania publiczne, ale przy tym kwalifikujących się do kategorii przedsiębiorców w świetle uokk, **jest często błędnie utożsamiany ze statusem organów administracji państwowej, czego skutkiem jest brak podejmowania prób oceny działalności tych podmiotów w świetle prawa konkurencji**.

Wybór tego, jakiej kontroli antymonopolowej należy poddawać zachowania podmiotów wykonujących zadania publiczne, zależy od krajowych regulacji antymonopolowych, a może nawet bardziej od przyjętej praktyki krajowych organów antymonopolowych w zakresie stosowania tych regulacji. Wybór ten sprowadza się w istocie do podjęcia decyzji, czy podmioty wykonujące zadania publiczne w ogóle mają podlegać prawu konkurencji, czy też nie. Wiąże się to też z nie mniej ważnym zagadnieniem, do jakiego stopnia podmioty te mogą podlegać prawu konkurencji i gdzie leży granica pomiędzy wykonywaniem przez nie zadań publicznych, opartych szczególnie na normach solidarnościowych³, a uczestniczeniem w regułach wolnej gry rynkowej.

2 Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2013, poz. 672 t.j. z późn. zm.).

3 Ta kwestia była przedmiotem artykułu M. Kolasińskiego, *Stosowanie prawa konkurencji w odniesieniu do działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego – różnice w polskim i unijnym podejściu*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 20014, nr 6(3), str. 45. Z uwagi na aktualność komentarzy wyrażonych w tym artykule, autor odwołuje się do nich także w niniejszym, przedmiotowo szerszym opracowaniu.

Należy przy tym podkreślić, że rozważania dotyczące naruszania prawa konkurencji przez podmioty wykonujące zadania publiczne, mają bardzo duże znaczenie praktyczne. Skala działalności tych podmiotów, ich szczególny charakter prawny dający im często status monopolistów oraz duża wartość wydatkowanych przez nie publicznych pieniędzy w ramach realizowanych zamówień powodują, iż to one *de facto* „rządzą” danymi rynkami i decydują o możliwości i warunkach funkcjonowania na nich przedsiębiorców w rozumieniu usdg. Dlatego tak ważne jest, aby na tych rynkach Prezes UOKiK badał nie tylko jedną stronę relacji handlowych, tj. działania przedsiębiorców w rozumieniu usdg kontraktujących z podmiotami wykonującymi zadania publiczne, ale także tę drugą stronę, tj. zachowanie podmiotów wykonujących zadania publiczne, w zakresie na jaki pozwala na to uokk i jaki jest niezbędny dla ochrony konkurencji.

II. Pojęcie konkurencji

Uokk nie zawiera legalnej definicji pojęcia „konkurencja”. Definiuje ona jedynie pojęcie konkurentów, czyli przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym⁴. Chociaż powołana definicja zawiera sugestie dotyczące tego, w jakich relacjach może kształtować się konkurencja, to jednak nie odpowiada na kluczowe pytanie, czym jest ta konkurencja. Ponadto, wspomniana definicja odnosi się tylko do konkurentów, a przecież uokk nie dotyczy tylko naruszeń konkurencji między konkurentami, ale naruszeń konkurencji dokonywanych przez wszelkich przedsiębiorców, niekoniecznie mających status konkurentów.

Także w innych aktach prawnych nie ma jednej wspólnej i powszechnie obowiązującej definicji konkurencji. Pojęcie to można rozumieć jako dążenie niezależnych przedsiębiorców na wspólnym rynku do osiągnięcia takiego samego celu gospodarczego⁵. Działalność konkurencyjna może być również określana jako działalność, która wiąże się ze specyficznym kręgiem czynności, mogących stanowić czyn konkurencyjny, którym jest prowadzenie we własnym lub cudzym imieniu, bezpośrednio lub za pośrednictwem innych osób, działalności tego samego rodzaju co przedsiębiorca⁶. W orzecznictwie natomiast można się spotkać z rozumieniem konkurencji jako rywalizacji co najmniej dwóch podmiotów w dążeniu do osiągnięcia tego samego celu, lecz z jednoczesnym działaniem zmierzającym do uzyskania

4 Art. 4 pkt 11 uokk.

5 J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 1994, str.10.

6 A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2011, str. 192.

przewagi. Konkurencja gospodarcza, rozumiana jako zespół środków i czynników mających ukazać atrakcyjność i siłę przedsiębiorstwa, jest nieodłącznym elementem wolności handlowej i przemysłowej w warunkach gospodarki rynkowej⁷.

W doktrynie można spotkać dwa główne nurty pojmowania istoty konkurencji. Pierwszy z nich nazywany jest podejściem strukturalnym (podmiotowym, wolnościowym), ponieważ utożsamia konkurencję z rywalizacją samodzielnych przedsiębiorców, sprowadzając niejako ograniczenie konkurencji do ograniczenia tego współzawodnictwa. Drugim podejściem jest podejście funkcjonalne (przedmiotowe, skutkowe), które charakteryzuje się utożsamianiem konkurencji z mechanizmem służącym maksymalizacji efektywności rynkowej z korzyścią dla konsumentów⁸.

Polska doktryna i judykatura nie wykształciły jednolitego sposobu rozumienia pojęcia konkurencji, zajmując raz stanowisko zgodne z podejściem podmiotowym, a raz z przedmiotowym. Przykładem podejścia podmiotowego może być zdefiniowanie konkurencji jako rywalizacji, zaś jej ograniczenie jako ograniczenie samodzielności działania⁹, z podkreśleniem znaczenia swobody konkurowania, wolności gospodarczej i praw konsumentów¹⁰. Podejście przedmiotowe przejawia się natomiast w stwierdzeniach, że prawo konkurencji „*powinno chronić konkurencję, traktowaną jako mechanizm, na którym opiera się gospodarka*”¹¹.

Zdarza się również, że oba nurty (podmiotowy i przedmiotowy) są ze sobą łączone. Przykładem tego jest wyrok Sądu Najwyższego¹², w którym konkurencję określono jako „*proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów*” (nurt podmiotowy), a jej ograniczenie jako „*praktyki prowadzące do obniżenia wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienia cen lub ograniczenia zakresu wyboru z jakiego korzysta konsument*” (nurt przedmiotowy).

Na gruncie nauk ekonomicznych spotykane jest również definiowanie konkurencji jako „*zjawiska, którego uczestnicy rywalizują między sobą w dążeniach do analogicznych celów,*

7 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1991 r., II CR 445/90, OSG 1991, Nr 4, poz. 78.

8 K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex 2014, nr 288199.

9 T. Szanciło, *Porozumienia ograniczające konkurencję*, PPH 2006 nr 8, str. 36.

10 R. Molski, *Programy łagodnego traktowania - panaceum na praktyki kartelowe?*, KPPubl. 2004, Nr 1, str. 184-185.

11 R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2001, nr 3, str. 181.

12 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007.

co oznacza, że działania podejmowane przez jednych dla osiągnięcia określonych celów, utrudniają (a nawet niekiedy uniemożliwiają) osiągnięcie takich samych celów przez innych”¹³. Pojęcie to rozumiane jest również jako „akt lub proces działania jednostek dążących do takich korzyści, o które w tym samym czasie, przy tych samych warunkach i regułach ubiegają się inni. Jej istota opiera się na eliminacji rywali działających w tej samej branży i pozyskaniu obsługiwanych przez nich klientów”¹⁴.

Z punktu widzenia analiz zawartych w niniejszym opracowaniu najbardziej interesujące jest podejście do definicji konkurencji przedstawiane przez Prezesa UOKiK, który rozumie konkurencję jako „współzawodnictwo niezależnie działających przedsiębiorców zmierzających do osiągnięcia podobnych celów gospodarczych”¹⁵.

Aby to współzawodnictwo przedsiębiorców było niezależne, a zatem nie doznawało żadnych ograniczeń zewnętrznych i odbywało się uczciwie, nie tylko oni sami nie powinni naruszać prawa konkurencji, poprzez np. zawieranie niedozwolonych porozumień, ale zgodne z prawem konkurencji powinny być także działania wszystkich podmiotów trzecich mających wpływ na tych współzawodniczących przedsiębiorców. Problem jednak tak określonego stanu idealnej konkurencji nie da się osiągnąć, a uokk może mieć zastosowanie tylko do przedsiębiorców. Ustawa nie pozostawia bowiem żadnych wątpliwości, iż o niedozwolonym porozumieniu może być mowa tylko, kiedy jest zawierane między przedsiębiorcami¹⁶, a także, iż tylko działanie przedsiębiorcy może być oceniane w kontekście nadużywania pozycji dominującej¹⁷. W doktrynie podkreśla się, iż cele uokk nie przewidują badania zgodności z regułami konkurencji działalności władczej podmiotów wykonujących władzę publiczną, gdyż ze swej istoty ustawa ta dotyczy ochrony przed niekorzystnymi dla rynku działaniami uczestników obrotu gospodarczego¹⁸.

13 M.J. Stankiewicz, *Konkurencyjność przedsiębiorstwa* [w:] *Budowanie konkurencyjności przedsiębiorstwa w warunkach globalizacji*, Dom Organizatora, Toruń 2005, str. 19.

14 A. Noga, *Dominacja a efektywna konkurencja*, SGH, Warszawa 2003, str. 9.

15 Publikacja Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Prawo konkurencji. Podstawowe pojęcia*, Warszawa 2007, str. 6.

16 Art. 6 ust. 1 w związku z art. 4 pkt 5 uokk. Przy okazji, w tym miejscu należałoby zgłosić postulat *de lege ferenda*, aby w art. 6 dotyczącym niedozwolonych porozumień wprost było zwarte stwierdzenie o porozumieniach między przedsiębiorcami. Aktualna konstrukcja tego przepisu powoduje, iż identyfikacja przedsiębiorcy jako podmiotu naruszającego prawo następuje jedynie pośrednio, poprzez odesłanie do definicji porozumienia zawartej w art. 4 pkt 5 uokk. Dla porównania, pomimo zdefiniowania w art. 4 pkt 10 uokk pozycji dominującej jako pozycji przedsiębiorcy, w art. 9 dotyczącym nadużycia pozycji dominującej ponownie jest odwołanie wprost do zachowania przedsiębiorcy lub przedsiębiorców.

17 Art. 9 uokk.

18 T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, Legalis.

Zatem jeżeli współzawodnictwo przedsiębiorców zakłócają nie inni przedsiębiorcy, ale organy administracji publicznej, np. Minister Finansów, udzielając w drodze decyzji administracyjnej tylko jednemu z rywali rynkowych indywidualnego zwolnienia podatkowego, sytuacja ta nie może podlegać

ocenie na gruncie uokk. Z tej samej przyczyny, Prezes UOKiK nie może także interweniować w sprawie działań Ministerstwa Spraw Zagranicznych, czy Głównego Urzędu Statystycznego, choć w mediach stawiane są im zarzuty uczestnictwa w zмовach przetargowych¹⁹ w zakresie zakupu usług informatycznych²⁰.

W praktyce dochodzi jednak do sytuacji, w których status podmiotów wpływających na współzawodnictwo przedsiębiorców nie jest już tak jednoznaczny. **Wątpliwości rosną szczególnie w wtedy, gdy te podmioty, nie będąc ani przedsiębiorcami w rozumieniu usdg, ani też organami administracji publicznej, wykonują jednak zadania administracji publicznej poprzez organizowanie lub świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej.** W takich okolicznościach, niezależnie od statusu prawnego tych podmiotów, uokk jest jednoznaczna w swej ocenie, ponieważ uznaje, iż takie podmioty powinny być one uznawane za przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt1a) uokk i podlegać regułom prawa konkurencji. W związku z tym, niewątpliwie dużym praktycznym wyzwaniem dla Prezesa UOKiK w jego codziennej działalności pozostaje dokonywanie prawidłowej weryfikacji tego, kiedy i jakie podmioty organizują lub świadczą usługi użyteczności publicznej.

III. Pojęcie usług użyteczności publicznej

Uokk nie zawiera nie tylko legalnej definicji pojęcia „konkurencja”, ale także pojęcia „usługi użyteczności publicznej”. Nie odsyła również w tym zakresie do przepisów innych ustaw. Dlatego też doktryna starała się wypracować własną interpretację tego pojęcia. Wskazuje się, że usługami użyteczności publicznej są takie usługi, które mają na celu zaspokajanie elementarnych potrzeb społeczeństwa, bez których nie jest możliwe normalne jego funkcjonowanie²¹. Podkreśla się przy tym, że usługi te powinny być świadczone w

¹⁹ Jako zmovę przetargową określa się porozumienie ograniczające konkurencję wskazane w art. 6 ust.1 pkt 7 uokk, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

²⁰ Informacja dostępna na stronie <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/983120,Sa-wnioski-o-areszt-w-aferze-przetargowej-w-MSZ-i-GUS>.

²¹ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, str. 28.

interesie publicznym oraz w sposób ciągły²². Mają one na celu zaspokajanie pewnych potrzeb danego danej społeczności, w sposób bieżący i nieprzerwany, bez nastawienia na osiągnięcie zysku i bez zachowania ekwiwalentności świadczeń²³. Spotkać można również pogląd, zgodnie z którym usługi użyteczności publicznej należy interpretować szerzej i identyfikować je z zadaniami z zakresu administracji rządowej i samorządowej²⁴.

W doktrynie zaobserwować można również próbę interpretacji pojęcia „usług użyteczności publicznej” zawartego w uokk poprzez porównanie go ze znaczeniem tego pojęcia na gruncie innych ustaw. Stosując wykładnię systemową, najczęściej przywoływanymi aktami prawnym są ustawa o gospodarce komunalnej²⁵ i jej art. 1 ust. 2, stanowiący, że zadaniami o charakterze użyteczności publicznej jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych oraz ustawa o samorządzie gminnym²⁶, a dokładniej jej art. 9 ust. 4, stwierdzający, że zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Poglądom prezentowanym w doktrynie, co do zasady, odpowiadają również poglądy wyrażane w judykaturze. Sąd Najwyższy w jednym ze swoich wyroków²⁷, stwierdził, że usługami użyteczności publicznej, są usługi które *„związane są z zaspokajaniem takich potrzeb ludności, które powinny być zaspokojone we współczesnym państwie, ponieważ są to potrzeby elementarne w dzisiejszych warunkach cywilizacyjno - kulturowych oraz społeczno-gospodarczych”*. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów²⁸ stwierdził z kolei, że *„wykładnia tego pojęcia powinna zarazem uwzględniać, jakie znaczenie nadają mu inne przepisy prawa”*. W innym wyroku Sądu Najwyższego²⁹ uznano, że *„podmiotami organizującymi usługi o charakterze użyteczności publicznej są takie podmioty, które dzięki*

22 G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, str. 93-94.

23 C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, str. 251.

24 A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, str. 90.

25 Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236 t.j.).

26 Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2013 r. poz. 594 t.j.).

27 Wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., III SK 12/08.

28 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 czerwca 2006 r., XVII Ama 48/05.

29 Wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r., III SK 12/08.

posiadanyh uprawnieniach mogą kształtować zachowania innych uczestników rynku, przez co oddziałują na stan konkurencji na rynku”.

Pomocą w definiowaniu charakteru usług użyteczności publicznej z pewnością jest poczyniona przez judykaturę dotychczasowa kwalifikacja tych usług. Zgodnie z nią do usług o charakterze użyteczności publicznej zaliczono m.in.:

- a) usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków³⁰,
- b) usługi zbierania, wywożenia, składowania i utylizacji odpadów komunalnych³¹,
- c) usługi cmentarne i pogrzebowe³²,
- d) udostępnianie przystanków komunikacji miejskiej³³,
- e) usługi zaopatrzenia w energię³⁴,
- f) usługi lokalnego transportu zbiorowego³⁵,
- g) usługi medyczne świadczone w ramach ubezpieczenia zdrowotnego³⁶,
- h) działalność polegającą na świadczeniu przez uczelnię niepaństwową odpłatnych usług edukacyjnych³⁷.

IV. Podmioty organizujące lub świadczące usługi użyteczności publicznej

Wśród podmiotów działających w sferze użyteczności publicznej wymienia się przede wszystkim jednostki samorządu terytorialnego i komunalne osoby prawne tworzone w celu realizacji zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego³⁸. Do tego grona zakwalifikowane zostały również³⁹ m.in. organizacje samorządu zawodowego⁴⁰, kościelne

30 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 20 marca 2008 r., XVII Ama 78/07, niepubl.

31 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 28 listopada 2007 r., XVII Ama 78/06.

32 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 1 grudnia 2004 r., XVII Ama 70/03, Wok. 2005, Nr 11, s. 53

33 Wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8 stycznia 2008 r., VI ACa 481/07.

34 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 25 maja 2006 r., XVII Ama 25/05, niepubl.

35 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 13 kwietnia 2006 r., XVII Ama 45/05, niepubl.

36 Wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 października 2006 r., VI ACa 304/06, niepubl.

37 Wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2004 r., III SK 22/04.

38 T. Skoczny (red.), op. cit.

39 Wyliczenie za: T. Skoczny (red.), op. cit.

40 Wyrok Sądu Antymonopolowego z 22 października 2001 r., XVII AMA 123/00, Dz. Urz. UOKiK Nr 3, poz. 128.

jednostki organizacyjne⁴¹, federacje sportowe⁴², uczelnie niepubliczne⁴³, stowarzyszenia świadczące usługi edukacyjne⁴⁴, w tym prowadzące niepubliczne przedszkola⁴⁵, Stowarzyszenie Rodzin Katolickich prowadzące szkoły o uprawnieniach szkół publicznych⁴⁶, a także publiczne instytucje organizujące powszechny system opieki zdrowotnej⁴⁷ oraz publiczne zakłady opieki zdrowotnej⁴⁸.

Warto przy tym zauważyć, że zarówno **w doktrynie, jak i orzecznictwie powtarzane są praktyczne prawie takie same przykłady podmiotów świadczących usługi użyteczności publicznej, ze szczególnym podkreśleniem roli jednostek samorządu terytorialnego, głównie gmin.** Komentatorzy odwołują się w tym zakresie często do uchwały Trybunału Konstytucyjnego⁴⁹, który w odniesieniu do państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych stwierdził, że zadania o charakterze użyteczności publicznej należy rozumieć możliwie najszerzej i powinny być one utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Trybunał dodał jednocześnie, że *„do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym między innymi: zaopatrwanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych”*. Prawdopodobnie to właśnie w ślad za tą uchwałą Trybunału Konstytucyjnego przedstawiciele doktryny w pierwszej kolejności utożsamiają podmioty organizujące lub świadczące usługi użyteczności publicznej z jednostkami samorządu terytorialnego.

41 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12 stycznia 2006 r., XVII AMA 105/04, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 28.

42 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 14 lutego 2007 r., XVII AMA 98/06, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 22.

43 Wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2004 r., III SK 22/04, OSNP 2005, Nr 3, poz. 46.

44 Decyzja Prezesa UOKiK z 23 grudnia 2009 r. Nr RPZ-28/2009.

45 Decyzja Prezesa UOKiK z 30.10.2008 r., Nr RWR-68/2008.

46 Decyzja Prezesa UOKiK z 8 maja 2012 r., Nr RKT-10/2012.

47 Wyrok Sądu Najwyższego z 1 kwietnia 2004 r., III SK 24/04, OSNP 2005, Nr 2, poz. 28.

48 Decyzja Prezesa UOKiK z 18 grudnia 2012 r., Nr RLU-31/2012; decyzja Prezesa UOKiK z 27 sierpnia 2010 r., Nr RKT-26/2010.

49 Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt. W 8/96.

Tymczasem, jak zostało wskazane przez Sąd Najwyższy⁵⁰, **na gruncie uokk pojęcie usług użyteczności publicznej ma znaczenie autonomiczne, które należy rozumieć możliwe najszerzej, z uwzględnieniem kryterium istnienia rynku i oddziaływania na niego podmiotów świadczących usługi użyteczności publicznej.** Na Prezesie UOKiK ciąży obowiązek dokonywania wykładni tego pojęcia w sposób rozszerzający i autonomiczny, ponieważ aby cel ustawy antymonopolowej mógł być należycie realizowany *„konieczne jest objęcie jej regulacjami wszelkich zachowań i stosunków zachodzących pomiędzy niezależnymi uczestnikami rynku”*⁵¹.

Niestety brak jest w doktrynie prób identyfikacji innych, niż wynikające z dotychczasowego orzecznictwa, usług użyteczności publicznej i odpowiedzialnych za nie podmiotów. Nie ma też żadnych wytycznych Prezesa UOKiK w tym zakresie, które pomagałyby w analizach relacji bardziej skomplikowanych, niż oceniane w dotychczasowych decyzjach. Chodzi przede wszystkim o sytuacje, **kiedy szeroki zakres i waga społeczna zadań publicznych wykonywanych przez dane podmioty, wywołują mylne wrażenie, iż są one organami administracji publicznej nie podlegającymi ocenie na gruncie uokk, a nie przedsiębiorcami, których w pełni dotyczą regulacje zawarte w tej ustawie.**

V. Podmioty, których działania wymagają szczególnej analizy pod kątem możliwości przypisania im organizowania lub świadczenia usług użyteczności publicznej

W dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK prawdopodobnie najpoważniejsze badanie statusu tak niejednoznacznego charakteru podmiotu organizującego lub świadczącego usługi użyteczności publicznej przeprowadzono w sprawach dotyczących Narodowego Funduszu Zdrowia (dalej: „NFZ”). Pomimo potocznego postrzegania NFZ jako organu administracji publicznej, Prezes UOKiK, a za nim sądy, słusznie zakwalifikowały NFZ jako przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) uokk, z uwagi na wykonywanie przez niego zadania organizacji opieki zdrowotnej społeczeństwa, mającej status usług użyteczności publicznej⁵². Potwierdzając podejście prezentowane w tym zakresie przez

50 Wyrok Sądu Najwyższego z 3 września 2009 r., III SK 9/09, OSNAPiUS 2011 nr 11-12, poz. 168, str. 516.

51 K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2008, s. 102-105. Patrz również: C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2009, str. 57- 58.

52 Np. decyzja Prezesa UOKiK z 7 marca 2007 r., Nr DOK-28/07; decyzja Prezesa UOKiK z 16 marca 2011 r., Nr DOK-2/2011; decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2013 r., Nr RŁO-57/2013.

Prezesa UOKiK Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdza, m.in. że „wprawdzie nigdzie w ustawie nie zostało sprecyzowane co dokładnie można uznać za działalność o charakterze użyteczności publicznej, niejednolite są także poglądy doktryny w tej dziedzinie, jednakże zdaniem Sądu można ustalić ich zakres poprzez wskazanie celu, któremu ma służyć ich realizacja. W przypadku usług medycznych celem tym jest ochrona zdrowia społeczeństwa”⁵³.

Jednakże poza kilkoma decyzjami Prezesa UOKiK w sprawie naruszeń prawa konkurencji przez NFZ, **brak jest rozstrzygnięć, w których szczegółowej ocenie zostałby poddany charakter prawny zachowań także innych podmiotów nie będących organami administracji publicznej, o podobnej do NFZ ogólnopolskiej skali działania i wykonujących również ważne społecznie zadania.** Tymczasem, podmioty te wskazywane są w przekazach medialnych, ale także w wypowiedziach innych organów kontroli państwowej (np. Naczelnej Izby Kontroli, czy Centralnego Biura Antykorupcyjnego) jako możliwi uczestnicy zmów przetargowych. **Te publicznie dostępne sygnały na temat możliwych naruszeń prawa konkurencji powinny być sugestią dla Prezesa UOKiK do podjęcia szerzej zakrojonych badań dotyczących możliwości zaklasyfikowania działalności tych podmiotów jako organizowania lub świadczenia usług użyteczności publicznej.** Pozytywna konstatacja w tym zakresie pozwoliłaby Prezesowi UOKiK na uznanie tych podmiotów za przedsiębiorców w rozumieniu uokk, a zatem także na reagowanie na ewentualne naruszenia przez nie przepisów tej ustawy.

Nie sposób w tym opracowaniu przedstawić i wyczerpująco uzasadnić rozbudowanej listy podmiotów, których działalność powinna zostać poddana ocenie w świetle uokk. Wszelkie deklaracje w tym zakresie obarczone byłyby brakiem pogłębionych analiz, do których przeprowadzenia uprawniony i odpowiednio umocowany jest Prezes UOKiK. Jedynie zatem na kilku poniższych przykładach można wstępnie zasygnalizować, dlaczego taka badawcza interwencja Prezesa UOKiK wydawałaby się w opisanych okolicznościach uzasadniona.

W przekazach medialnych pojawia się wiele informacji sugerujących naruszenia prawa konkurencji przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: „ZUS”). Najwyższa Izba Kontroli (dalej: „NIK”) stwierdziła nieprawidłowości związane z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę wsparcia, eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego. W jednym ze sformułowań zawartych w

53 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 5 lutego 2003 r., XVII Ama 18/02.

Wystąpieniu Pokontrolnym⁵⁴, NIK stwierdziła, że „przy realizacji zamówień publicznych, zarówno w 2010 r., jak i w 2013 r., pracownicy ZUS wykonujący czynności w prowadzonych postępowaniach pozostawali z przedstawicielami firmy ubiegającej się o udzielenie zamówienia w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógł budzić uzasadnione wątpliwości, co do ich bezstronności”. Z innych doniesień wynika, że np. Centralne Biuro Antykorupcyjne (dalej: „CBA”) zatrzymało osoby pracujące w departamencie zarządzania systemami informatycznymi ZUS w związku ze złą przetargową na zakup drukarek⁵⁵. W związku z powyższym od razu rodzi się pytanie, czy poza działaniami NIK i CBA, także Prezes UOKiK nie powinien podjąć w tych sprawach interwencji? A to rodzi drugie pytanie, czy ZUS można zakwalifikować jako przedsiębiorcę w rozumieniu uokk?

ZUS jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, która na podstawie art. 68 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych⁵⁶ (dalej: „ususz”) jest obowiązana m.in. do „ustalania uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych oraz wypłacania tych świadczeń (...)”. Ten zakres czynności wskazuje, iż ZUS zaspokaja „na bieżąco” i „nieprzerwanie” potrzeby społeczeństwa w drodze świadczenia usług dostępnych dla każdego objętego zabezpieczeniem społecznym. Wydaje się więc, że są podstawy, aby zakwalifikować go jako podmiot świadczący usługi o charakterze użyteczności publicznej, a co za tym idzie, uznać go za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) uokk. Tymczasem w literaturze przedmiotu problem oceny działań ZUS na gruncie prawa konkurencji jest prawie całkowicie pomijany. Nieliczne wypowiedzi pojawiające się w tej kwestii nie są przy tym poparte żadnymi merytorycznymi uzasadnieniami i z racji swej skrótowości budzą wątpliwości co do ich zasadności. Przykładowo, w literaturze powoływana jest odpowiedź Prezesa UOKiK z 2000 r. na interpelację poselską, stwierdzająca, że ZUS z racji charakteru realizowanych przez niego zadań, nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu uokk⁵⁷. Tymczasem, bez dokładnej analizy tego jakiej konkretnej sfery działalności ZUS dotyczyło zapytanie poselskie, trudno wyinterpretować, czy ta odpowiedź Prezesa UOKiK mogła mieć

⁵⁴ Jacek Uczkiewicz Wiceprezes Najwyższej Izby Kontroli, wystąpienie pokontrolne, kps-4100-001-04/02/2014 p/14/001, dostępne pod adresem: www.nik.gov.pl/kontrola/wyniki-kontroli-nik/pobierz,kps~p_14_001_201401241258331390568313~id3~02-2,typ,kj.pdf

⁵⁵ Informacja dostępna pod adresem: <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1309268,Afera-przetargowa-w-ZUS-14-osob-uslyszalo-zarzuty-prokuratorskie>.

⁵⁶ Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz.U. z 2013, poz. 1442 z późn. zm.

⁵⁷ Odpowiedź Prezesa UOKiK z lipca 2000 r. na interpelację poselską, DR2-61/12/00/EP, za T. Skoczny (red.), op. cit.

zastosowanie w odniesieniu do wszelkich przejawów działalności ZUS (o tym szerzej w pkt VI poniżej).

Jako inny przykład szczególnego organu z obszaru odległego od działalności ZUS można powołać Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej (dalej „IMGW”). Jest to podmiot mający status instytutu badawczego, który na podstawie art. 102 ust. 3 ustawy prawo wodne (dalej: „prawo wodne”)⁵⁸ pełni państwową służbę hydrologiczno-meteorologiczną. W zakresie jego kompetencji jest prowadzenie prac naukowo-badawczych w dziedzinach meteorologii, hydrologii, oceanologii, gospodarki i inżynierii wodnej⁵⁹. Wśród jego zadań można wymienić m.in. *„wykonywanie pomiarów i obserwacji hydrologicznych oraz meteorologicznych”, „wykonywanie modelowania hydrologicznego i hydraulicznego w zakresie zagrożeń powodziowych oraz zjawiska susz”* czy też *„wykonywanie bieżących analiz i ocen sytuacji hydrologicznej oraz meteorologicznej”*. Z informacji dostępnych na stronie internetowej IMGW wynika, że jego głównym celem jest *„zaspokajanie potrzeb społeczeństwa, gospodarki narodowej i obronności Państwa w zakresie jego działania. Cel ten Instytut realizuje przez prowadzenie prac badawczych, rozwojowych, wdrożeniowych oraz przez utrzymanie sieci obserwacyjno - pomiarowej, prowadzenie obserwacji i pomiarów, opracowywanie prognoz i ekspertyz”*⁶⁰.

Analiza i udostępnianie społeczeństwu przez IMGW m.in. informacji dotyczących możliwości powstania na danym obszarze stanu klęski żywiołowej (susze, powódzie, burze), realizowana w sposób „ciągły” i „nieprzerwany”, może być interpretowana jako wykonywanie zadań z zakresu użyteczności publicznej. Należałoby więc także i w tym przypadku rozważyć, czy z związku z działaniami podejmowanymi przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: ABW) dotyczącymi nieprawidłowości w zakupie przez IMGW samochodów służbowych, jak również związanych z utrzymywaniem przez ten podmiot serwisu internetowego⁶¹, Prezes UOKiK nie powinien uznać IMGW za przedsiębiorcę, a w związku z tym podjąć w stosunku do tego podmiotu stosownych działań przewidzianych uokk?

58 Ustawa z dnia 18 lipca 2001 r., Dz. U. z 2012 r. poz. 145 t.j. z póź. zm.

59 Ministerstwo Środowiska Departament Zasobów Wodnych, *Działania nadzorcze Ministra Środowiska wobec Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej*, Warszawa, 12 grudnia 2012 r. str. 2, dostępne pod adresem: http://www.mos.gov.pl/g2/big/2015_02/7e7d92334adf36be94c9677752013ef.pdf

60 Informacja dostępna pod adresem http://www.imgw.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=44&Itemid=34

61 Informacja dostępna pod adresem <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/przekret-na-pogodynce-abw-weszla-do-imgw,483002.html>

Powyższe wyjaśnienia pokazują, iż **w ramach szeroko pojętego rynku funkcjonują podmioty, które dotychczas nie zostały zidentyfikowane w decyzjach Prezesa UOKiK jako przedsiębiorcy w rozumieniu uokk, a których cechy działalności sugerują, iż nadanie im takiego statusu mogłoby być uzasadnione.** Wchodzą one w interakcję rynkową z innymi przedsiębiorcami w rozumieniu usdg głównie w ramach organizowanych przetargów prywatnych lub publicznych na zakup towarów lub usług. Ich rola, jako organizatorów przetargów mogących również wpływać na ograniczenie konkurencji, nie jest jednak poddawana ocenie Prezesa UOKiK. W raporcie UOKiK dotyczącym zmw przetargowych⁶² zasadniczy przedmiot analiz stanowią możliwe naruszenia prawa konkurencji przez podmioty przystępujące do przetargów jako oferenci, a nie przez ich organizatorów. W świetle powołanych działań NIK, CBA czy ABW przeciwko tym ostatnim podmiotom, zasadne wydaje się podjęcie przez Prezesa UOKiK analiz, które umożliwiłyby temu organowi interweniowanie także w tego typu sytuacjach. W potencjalnych decyzjach antymonopolowych przeciwko tym podmiotom najistotniejsze nie byłyby przy tym same kary finansowe nakładane na organizatorów przetargów. Trudno bowiem uznać, iż pozytywny efekt dla konkurencji miałoby obciążenie np. ZUS finansowanego z budżetu Państwa karą pieniężną płaconą do tegoż budżetu Państwa. Najważniejszy byłby skutek decyzji antymonopolowych w postaci unieważnienia części lub całości umów zawartych przez te podmioty z naruszeniem uokk. To przyczyniłoby się do wzmocnienia realnej konkurencji między oferentami i ukrócenia potencjalnie bezprawnych działań organizatorów przetargów, którzy aktualnie mogą czuć się bezkarni na gruncie uokk. Nie można także zapomnieć o rosnącym znaczeniu w innych krajach Unii Europejskiej, a niedługo zapewne także i w Polsce, postępowań odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji. Uznanie przez Prezesa UOKiK naruszenia prawa konkurencji przez ww. podmioty na pewno ułatwiałoby przedsiębiorcom pokrzywdzonym na skutek np. przetargu „ustawionego” przez jego organizatora, dochodzić odszkodowania przed sądami cywilnymi.

Odnosząc się więc do niektórych głosów, iż poddawanie ocenie antymonopolowej i karanie podmiotów wykonujących zadania publiczne przypomina „przekładanie pieniędzy z jednej kieszeni Skarbu Państwa do drugiej”, trzeba powiedzieć, że w tej kwestii **chodzi o dużo szersze spektrum konsekwencji decyzji Prezesa UOKiK niż tylko w warstwie finansowej kary administracyjnej.**

⁶² Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Zmowy przetargowe*, Warszawa 2013, dostępne pod adresem: <http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11132>

VI. Zakres działań podmiotów organizujących lub świadczących usługi użyteczności publicznej podlegających ocenie na gruncie prawa konkurencji

Poza zidentyfikowaniem określonych podmiotów organizujących lub świadczących usługi użyteczności publicznej jako przedsiębiorców w świetle uokk, **kolejnym wyzwaniem dla Prezesa UOKiK pozostaje prawidłowe rozróżnienie, które z działań tych podmiotów stanowią realizację zadań publicznych w sferze imperium, a które są przejawem zwykłych działań rynkowych w sferze dominium, podlegających regułom konkurencji**⁶³.

Art. 4 pkt 1 lit. a) uokk przyznaje status przedsiębiorcy podmiotom wymienionym w tym przepisie, ponieważ z uwagi na wykonywane przez nie działania organizowania lub świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej, nawet nie będące działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o usdg, kształtują one konkurencję. Jednoznacznie z tego wynika, iż wykonywanie lub świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej jest niezbędną przesłanką do nadania danemu podmiotowi statusu przedsiębiorcy. Natomiast rodzi wątpliwości inna kwestia, tzn. do jakich działań tak określonego przedsiębiorcy mogą mieć zastosowanie przepisy prawa konkurencji.

Innymi słowy, chodzi o rozstrzygnięcie bardzo praktycznych pytań, czy np. fakt, iż NFZ organizuje na rzecz obywateli usługi użyteczności publicznej w drodze zawierania kontraktów ze świadczeniodawcami tych usług oznacza, iż może być podawany ocenie prawa konkurencji tylko w tym zakresie, czy też np. wtedy kiedy kupuje usługi informatyczne, bądź organizuje przetarg na budowę biurowca dla siebie. Albo czy ZUS, powinien podlegać ocenie antymonopolowej tylko wtedy, gdy zawiera umowy z przedsiębiorcami – np. lekarzami orzecznikami na potrzeby weryfikacji prawa do renty ubezpieczonego, czy także wtedy, gdy organizuje przetarg na usługi pocztowe dotyczące rozsyłania korespondencji do ubezpieczonych, czy też przetarg na zakup usług informatycznych lub sprzętu informatycznego (legalność tego rodzaju czynności kwestionuje także NIK i CBA, o czym była mowa wyżej). Czy z kolei IMGW może podlegać regułom prawa konkurencji tylko wtedy, gdy zawiera umowę zakupu specjalistycznego sprzętu na potrzeby swoich działań badawczych mieszczących się w zakresie usług użyteczności publicznej, czy też także wtedy kupuje tabor samochodowy na potrzeby swoich pracowników, bądź usługi serwisu internetowego (konkurencyjność przebiegu tych zamówień kwestionuje z kolei ABW).

⁶³ M. Kolasiński, op. cit., str. 48-51. Na potrzeby niniejszego opracowania, uwagi poczynione w cytowanym artykule autor odnosi do szerszego kręgu podmiotów organizujących lub wykonujących zadania użyteczności publicznej.

Wydaje się, że wszystkie działania podmiotów organizujących lub świadczących usługi użyteczności publicznej, których skutki są odczuwalne na rynku dla innych przedsiębiorców w rozumieniu usdg, powinno się traktować jednolicie, tj. jako działania podlegające prawu konkurencji.

Nie ma niestety ugruntowanego orzecznictwa rozstrzygającego kwestię, czy w celu oceny na gruncie prawa konkurencji działań ww. podmiotów w zakresie zakupu od zewnętrznych dostawców usług lub towarów, muszą być one w jakikolwiek sposób powiązane ze świadczeniem usług użyteczności publicznej w sensie ścisłym. W jednej z nielicznych spraw przeciwko NFZ dotyczących nabywania przez NFZ nie usług zdrowotnych, ale innych towarów, Prezes UOKiK stwierdził zawarcie niedozwolonego porozumienia pomiędzy NFZ a dostawcą oprogramowania komputerowego *„na krajowym rynku programów komputerowych działających w Narodowym Funduszu Zdrowia”*⁶⁴. W decyzji stwierdzono, że wyznaczenie rynku właściwego w tej sprawie wymagało przedstawienia struktury rynków, które *„wzajemnie się przeplatają i wpływają na siebie”*. Jako pierwszy taki rynek wskazano krajowy rynek organizowania świadczeń zdrowotnych, na którym działa NFZ. Następnie wyjaśniono, że *„Aby rynek ten mógł sprawnie funkcjonować niezbędne są określone narzędzia wspomagające jego funkcjonowanie. Narzędzia takie stanowią między innymi programy komputerowe działające w NFZ, a służące rejestracji i monitorowaniu oraz rozliczaniu świadczeń zdrowotnych wykonywanych przez świadczeniodawców w ramach zawartych z NFZ kontraktów-umów”*. Z tego względu, jako drugi rynek właściwy, na jaki niedozwolone porozumienie miało wpływ, wskazano właśnie krajowy rynek programów komputerowych działających w NFZ. Z powyższego wynika, iż oceniając naruszenie prawa konkurencji w ramach zakupu przez NFZ nie usług opieki zdrowotnej, ale innych towarów (w tym przypadku programów komputerowych), Prezes UOKiK przyjął, iż te inne towary mają pomocniczy charakter w stosunku do usług opieki zdrowotnej. Treść zacytowanego stwierdzenia nie daje jednak pewności, czy zdaniem Prezesa UOKiK ten pomocniczy charakter towarów został podkreślony w ramach zwykłego opisu ich cech, czy też pomocniczość tych towarów wobec usług opieki zdrowotnej stanowiła przesłankę niezbędną do oceny, czy w ramach ich zakupu NFZ może naruszać prawo.

Zdaniem autora, działania zakupowe podmiotów mających w świetle uokk status przedsiębiorców z uwagi na organizowanie lub świadczenie usług użyteczności publicznej, powinny podlegać prawu konkurencji niezależnie od tego, czy można

64 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26 października 2009 r., Nr RLU 21/2009.

wykazać pomocniczość kupowanych towarów lub usług w stosunku do tych usług, czy też nie.

Art. 4 pkt 1 lit. a) uokk odwołuje się bowiem do usług użyteczności publicznej tylko w celu wskazania, że podmiot świadczący lub organizujący usługi o charakterze użyteczności publicznej podlega regulacjom prawa konkurencji, jest na potrzeby uokk uznawany za przedsiębiorcę. Przepis ten nie mówi jednak o tym, iż działalność tak zidentyfikowanego podmiotu może być oceniana na gruncie prawa konkurencji tylko wtedy, kiedy wywiera wpływ na konkurencję w związku z czynnościami zakupowymi towarów lub usług powiązanych z usługami użyteczności publicznej.

Zresztą trudno byłoby nawet wiarygodnie zidentyfikować w praktyce granicę, kiedy to powiązanie występowałoby, a kiedy nie. W cytowanej wyżej sprawie Prezes UOKiK uznał za narzędzie wspomagające organizowanie świadczeń zdrowotnych programy komputerowe służące rejestracji i monitorowaniu oraz rozliczaniu świadczeń zdrowotnych wykonywanych przez świadczeniodawców. Prawdopodobnie więc tak samo powinno być traktowane kontraktowanie przez NFZ, ZUS, IMGW, czy inne podmioty organizujące lub świadczące usługi użyteczności publicznej jakichkolwiek innych towarów lub usług. Zakup bowiem np. floty samochodowej, kserokopiarek, czy mebli biurowych przez te podmioty, **nie jest dokonywany w jakichś nieokreślonych celach, ale w toku i na potrzeby ich zasadniczej działalności. Mało prawdopodobne jest przy tym znalezienie czynności zakupowych ww. podmiotów, które nie miały choćby pośredniego charakteru wspomagającego ich działania w sferze użyteczności publicznej.**

Dodatkową argumentacją jest także to, iż art. 4 pkt 1 lit. a) uokk nie jest skonstruowany tak, jak np. art. 4 pkt 1 lit. c) uokk, który status przedsiębiorcy przyznaje osobie fizycznej posiadającej kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej, ale tylko w sytuacjach, kiedy ta osoba podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji. Ta definicja ma więc mieszany charakter podmiotowo-przedmiotowy. Tylko jeżeli jej dwa elementy są spełnione, osoba fizyczna może podlegać regułom prawa konkurencji. Jeżeli natomiast dana osoba fizyczna nawet kontroluje przedsiębiorcę, ale nie wykonuje dalszych działań koncentracyjnych, nie jest uznawana za przedsiębiorcę na gruncie uokk. Tymczasem, art. 4 pkt 1 lit. a) uokk nie wprowadza takiej podmiotowo-przedmiotowej definicji, a jedynie test podmiotowy – kto spełnia warunki przewidziane w tym przepisie jest uznawany za przedsiębiorcę. **A przedsiębiorca powinien przestrzegać prawa konkurencji we wszystkich jego działaniach mogących kształtować konkurencję, niezależnie od tego, jakich rynków właściwych one dotyczą i czy są one**

powiązane z zasadniczym zakresem usług o charakterze użyteczności publicznej, które świadczy lub organizuje ten podmiot.

Nie waga w wymiarze społecznym określonych usług świadczonych lub organizowanych przez dany podmiot decyduje bowiem czy działalność tego podmiotu jest objęta prawem konkurencji. Gdyby tak było, ustawodawca powinien zapewne przyjąć, iż regulacjami prawa konkurencji powinny być także objęte podmioty nieprowadzące działalności gospodarczej, ale świadczące lub organizujące równie ważne społecznie usługi, np. o charakterze religijnym. To nie jest jednak rola prawa konkurencji. To, że ustawodawca kazał na potrzeby uokk uznawać za przedsiębiorców podmioty świadczące lub organizujące usługi o charakterze użyteczności publicznej wynika zapewne z faktu **wagi ekonomicznej** tego typu usług, a tym samym ich przełożenia na stan konkurencji rynkowej. Będąc przedsiębiorcami w zakresie świadczenia lub organizowania tego typu usług określone podmioty mogą kształtować, i w praktyce kształtują, konkurencję nie tylko na rynkach właściwych związanych z tymi usługami, lecz także na jakichkolwiek innych rynkach właściwych, które, jak określił Prezes UOKiK w cytowanej wyżej decyzji, „wzajemnie się przeplatają i wpływają na siebie”. **Stąd kontrolą antymonopolową w świetle prawa konkurencji powinna być objęta całość, a nie tylko wycinek działań tego typu przedsiębiorców kształtujących konkurencję.**

Powyższa konkluzja znajduje potwierdzenie także w wypowiedziach Sądu Najwyższego⁶⁵, który słusznie stwierdził, iż „na rynku w charakterze oferentów mogą działać różnego rodzaju podmioty, zarówno posiadające jak i nie posiadające osobowości prawnej. Na rynku mogą też działać podmioty kontrolowane w różny sposób przez państwo, jak i podmioty od niego formalnie i materialnie niezależne. Działalność rynków i konkurencji na nich może być przy tym, i często jest, kształtowana przez państwo lub jego agendy. Pośrednio ma to miejsce przy pomocy regulacji określających wymogi wejścia na dany rynek i zasady prowadzenia na nim działalności, bądź w drodze współuczestnictwa państwa w działalności rynkowej za pośrednictwem podmiotów prawa prywatnego kontrolowanych przez państwo, lecz formalnie odrębnych i niezależnych od państwa z uwagi na posiadanie osobowości prawnej. Bezpośrednio zaś ma to miejsce w przypadku samodzielnego zaspokajania pewnych potrzeb rynkowych przez państwo (podmioty prawa publicznego). Z punktu widzenia działania mechanizmu konkurencji status prawny podmiotu działającego na rynku jest nieistotny. Ma on natomiast znaczenie dla wytyczenia granic zakresu zastosowania prawa

65 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2014., III SK 61/13.

ochrony konkurencji, jako zespołu norm, którego przedmiotem są zasady ochrony konkurencji na rynku przed zniekształceniami mającymi swe źródło w działaniach jego uczestników”.

Na marginesie, bo wykracza to poza główny zakres niniejszego opracowania, należy też podkreślić, że przedstawiona wyżej szeroka definicja przedsiębiorcy obowiązuje w sprawach, które są prowadzone na podstawie polskiej uokk. Odmienne podejście prezentowane jest na gruncie unijnego prawa konkurencji, w świetle którego, aby móc uznać dany podmiot za przedsiębiorcę, nie jest ważna jego forma prawna, ale wyłącznie możliwość przypisania mu przymiotu prowadzenia działalności gospodarczej. Tymczasem w praktyce zawodowej autora niniejszego opracowania zdarza się widzieć interpretacje prawne, które choć prowadzone są wyłącznie na gruncie krajowego prawa konkurencji, to w sposób błędny odwołują się bezpośrednio do orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zapadłych na gruncie prawa unijnego (np. do sprawy FENIN⁶⁶). **Prezentowany jest w związku z tym nieprawidłowy tok myślenia, że skoro Komisja Europejska i sądy unijne nie uznały danego podmiotu za przedsiębiorcę, to nie jest on na pewno przedsiębiorcą także na gruncie polskiego prawa konkurencji. Tymczasem fakt, iż dany podmiot nie zostaje uznany za przedsiębiorcę na gruncie prawa unijnego (ze względu na nieprowadzenie działalności gospodarczej), nie oznacza, że nie może on zostać uznany za przedsiębiorcę na gruncie prawa polskiego (które status przedsiębiorcy w pewnych sytuacjach łączy nie tyle z prowadzeniem działalności gospodarczej, co z możliwością wywoływania określonych skutków na rynku przez podmioty organizujące lub świadczące usługi użyteczności publicznej).** Słusznie zostało podkreślone w doktrynie, że „*ratio legis ustawy antymonopolowej ukazuje, że celem definicji pojęcia przedsiębiorcy w uokk nie jest określenie podmiotów uznawanych za przedsiębiorców, lecz określenie podmiotów, które mogą zakłócić, ograniczyć lub wyeliminować konkurencję i w konsekwencji związane ich zakazami przewidzianymi przepisami tej ustawy*”⁶⁷. Wartym przytoczenie jest również

⁶⁶ Sprawa C-205/03, FENIN v. Commission [2006] ECR I-6295.

Przedmiotem tej sprawy była skarga Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), organizacji skupiającej dostarczających produkty i usługi do hiszpańskich szpitali. FENIN poskarżył się Komisji Europejskiej, iż organizacje zarządzające hiszpańskim systemem ochrony zdrowia nadużywały swojej pozycji dominującej poprzez odraczanie płatności za dostawy zaległych na rzecz członków FENIN. Komisja Europejska, a następnie Sąd Pierwszej Instancji, odrzuciły skargę z uwagi na fakt, iż organizacje zarządzające hiszpańskim systemem ochrony zdrowia nie działały jako przedsiębiorcy w ramach zakupów od członków FENIN. Podmioty te nie działały jako przedsiębiorcy, ponieważ nie kupowały tych produktów lub usług w celu prowadzenia działalności gospodarczej, ale na potrzeby realizacji bezpłatnych świadczeń w ramach ubezpieczenia opartego na zasadzie solidaryzmu społecznego. O tym czy podmiot wykonujący funkcje publiczne działał jako przedsiębiorca nie decydowała tu więc sama działalność zakupowa, ale cel, dla którego była ona prowadzona.

⁶⁷ M. Etel, *Kilka uwag dotyczących pojęcia „przedsiębiorcy” w prawie ochrony konkurencji*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 2014, nr 3(3), s. 80.

stwierdzenie, zgodnie z którym „definicja przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 uokk nie została zatem przyjęta w celu identyfikacji przedsiębiorcy. Jej priorytetowym założeniem jest bowiem ochrona konkurencji i uczestników opartego na konkurencji rynku przed działaniem przedsiębiorców oraz innych podmiotów, których zachowania mogą konkurencję kształtować”⁶⁸. Należy również tutaj powtórzyć za M. Szydło, że definicja przedsiębiorcy została tak skonstruowana, żeby swym zakresem objąć wszystkie podmioty wywierające wpływ na konkurencję na rynku, nawet w sytuacji gdy nie prowadzą one działalności w rozumieniu komercyjnym, ponieważ w przeciwnym razie może to spowodować niekorzystne z punktu widzenia prawa konkurencji następstwa⁶⁹.

VII. Podsumowanie

Podsumowując powyższe, warto zgłosić kilka wniosków *de lege ferenda*, które być może posłużą w przyszłości do zbudowania bardziej wyczerpującej interpretacji przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a) uokk.

Po pierwsze, konieczna jest pogłębiona analiza treści art. 4 pkt 1 lit a) uokk pod względem stworzenia **bardziej rozbudowanej wykładni dotyczącej identyfikacji usług użyteczności publicznej**. Interpretacja ww. przepisu nie może odbywać się automatycznie i w oparciu tylko o dotychczasowe orzecznictwo, lecz powinna rozszerzać jego znaczenie, tam oczywiście, gdzie jest to możliwe i uzasadnione celem ochrony konkurencji.

Po drugie, postulowana jest również **lepszą identyfikacją podmiotów świadczących usługi użyteczności publicznej**. Obecnie ani doktryna, ani orzecznictwo nie wykazują się nadmierną inicjatywą do sprawdzenia, czy pojawiające się w mediach sygnały o zarzutach naruszenia prawa konkurencji przez określone podmioty, stawiane przez inne służby kontrolne typu NIK, CBA, czy ABW, nie powinny być także poddane analizie przez Prezesa UOKiK.

Po trzecie, wskazana byłaby także **bardziej precyzyjna identyfikacja, które z działań przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a) uokk wpływają na rynek w sensie handlowym, a tym samym powinny podlegać ocenie Prezesa UOKiK**.

Po czwarte, kiedy już Prezes UOKiK prowadzi taką ocenę, niezwykle istotne byłoby, aby nawet w przypadku odmowy wszczęcia postępowania przeciwko konkretnemu podmiotowi, organ ten **dokładnie uzasadniał dlaczego odmówił temu podmiotowi statusu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a) uokk**. Wiedza ta byłaby cenna dla rozwoju

⁶⁸ Ibidem, s. 81.

⁶⁹ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna 2010, Lex nr 113057.

aktualnie bardzo ograniczonego orzecznictwa i wypowiedzi przedstawicieli doktryny. Tymczasem obecna praktyka jest taka, iż odmowa wszczęcia postępowania przez Prezesa UOKiK jest niezaskarżalna, uzasadnienie tej decyzji jest niejawne, co powoduje, iż wiele pytań postawionych w niniejszym opracowaniu dotyczących praktycznej oceny na gruncie prawa konkurencji statusu przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a) uokk, pozostaje jak na razie bez odpowiedzi Prezesa UOKiK.