



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
w Warszawie**

RWA-41-14/06/KS

Warszawa, dnia 16 maja 2008 r.

DECYZJA nr RWA - 11/2008

Na podstawie art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

umarza się jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek Szpitala Powiatowego im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem, dotyczące stosowania przez Siemens Sp. z o.o. w Warszawie praktyk ograniczających konkurencję na rynku świadczenia usług serwisowych polegających na okresowych przeglądach konserwacyjnych i naprawach diagnostycznej aparatury medycznej na obszarze Polski południowej, określonych:

- w art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów polegających na narzucaniu nadmiernie wygórowanych cen za usługę serwisową tomografu komputerowego,
- w art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy polegających na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji przez odmowę udostępnienia hasła dostępu do programu serwisowego tomografu komputerowego,
- w art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy polegających na narzucaniu uciążliwych warunków umów, przynoszących Spółce nieuzasadnione korzyści przez złożenie oferty świadczenia usługi serwisowej tomografu komputerowego za kwotę nadmiernie wygórowaną oraz odmowę udostępnienia kodu dostępu do programu serwisowego.

UZASADNIENIE

Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie wpłynął wniosek Szpitala Powiatowego im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem (dalej również:

Szpital lub Wnioskodawca) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również: Spółka lub Siemens). Pismo z dnia 2 listopada 2006 r. zostało uzupełnione pismami z dnia 27 listopada 2006 r., 1 grudnia 2006 r. oraz 14 marca 2007 r.

Uzasadniając wniosek Szpital wskazał, iż w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego w dniu 10 września 1999 r. na mocy umowy nr 7/99 o dostarczenie sprzętu medycznego, nabył od Siemens tomograf komputerowy. Stosownie do art. 5 ww. umowy serwis gwarancyjny i pogwarancyjny miał być prowadzony przez dział serwisu medycznego dostawcy. Okres gwarancji dla przedmiotowego tomografu upłynął w dniu 30 stycznia 2002 r. Pismem z dnia 26 września 2006 r. Wnioskodawca zwrócił się do Siemens o udostępnienie funkcji serwisowych dla tomografu komputerowego, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty firmy serwisowej. W odpowiedzi Spółka odmówiła Szpitalowi udostępnienia danych do używania programów serwisowych. Spółka uzasadniła to tym, że hasło dostępu do programu serwisowego jest własnością Siemens, a serwis gwarancyjny i pogwarancyjny, na podstawie postanowień zawartej umowy, miał być wykonywany przez Spółkę. Ponadto Siemens wskazał, że możliwe jest udzielenie licencji na korzystanie z programu serwisowego, na czas określony, po zawarciu stosownej umowy oraz uiszczeniu opłaty licencyjnej. W dniu 18 października 2006 r. Siemens przedłożył Szpitalowi ofertę na przegląd techniczny tomografu komputerowego w wysokości 24 485,40 zł.

Powołując się na wskazane powyżej informacje, Wnioskodawca uznał iż Siemens narzuca nadmiernie wygórowane ceny za usługę serwisową tomografu komputerowego, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Cena Siemens znacznie przekroczyła bowiem ceny innych przedsiębiorców świadczących usługi serwisowe. Tytułem przykładu Wnioskodawca podał, że spółka Elmed Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie za usługi serwisowe przedłożyła ofertę w wysokości 3 660 zł.

Ponadto, Szpital wskazał, że obecnie wyłącznie Siemens może świadczyć usługę serwisową, co – zdaniem Wnioskodawcy – przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji i stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy.

Jako kolejny zarzut Wnioskodawca podniósł, że odmowa udostępnienia hasła dostępu od programu serwisowego tomografu oraz warunki oferty na przegląd techniczny aparatu tomograficznego stanowią uciążliwe warunki umowy, przynoszące Siemens nieuzasadnione korzyści. Zdaniem Wnioskodawcy, taka praktyka może więc naruszać art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy.

Jako rynek właściwy w przedmiotowej sprawie Wnioskodawca wskazał rynek świadczenia usług serwisowych polegających na okresowych przeglądach konserwacyjnych i naprawach diagnostycznej aparatury medycznej na obszarze Polski południowej.

Ponieważ przekazane przez Wnioskodawcę informacje i dokumenty były niewystarczające do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub odmowy jego wszczęcia, Prezes Urzędu w dniu 22 stycznia 2007 r. wszczął postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku ze świadczeniem przez Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie usług sprzedaży i serwisowania tomografów komputerowych, mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK zwrócił się do Siemens Sp. z o.o. o przedstawienie szeregu informacji i dokumentów związanych ze sprzedażą i serwisowaniem tomografów komputerowych.

W odpowiedzi na wezwanie spółka Siemens wyjaśniła szczegółowo m.in. zasady prowadzenia serwisu tomografów komputerowych przez Siemens oraz przekazała stosowane wzorce umów serwisowych (pisma z dnia 5 lutego 2007 r. oraz z dnia 14 marca 2007 r.).

W trakcie postępowania Delegatura UOKiK w Warszawie uzyskała ponadto informacje i dokumenty dotyczące sprzedaży tomografów komputerowych oraz zasad prowadzenia serwisu tomografów komputerowych od spółek: Shim – Med Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pismo z dnia 7 marca 2007 r.), Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pismo z dnia 12 marca 2007 r.), TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pismo z dnia 26 marca 2007 r.), GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (pismo z dnia 29 marca 2007 r.).

Na podstawie informacji zebranych w postępowaniu wyjaśniającym Prezes UOKiK uznał, iż istnieją podstawy do dalszego badania sprawy w ramach postępowania antymonopolowego. Postanowieniem z dnia 20 kwietnia 2007 r. zostało wszczęte – zgodnie z wnioskiem Szpitala w Zakopanem – postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na rynku świadczenia usług serwisowych polegających na okresowych przeglądach konserwacyjnych i naprawach diagnostycznej aparatury medycznej na obszarze Polski południowej poprzez:

- a) narzucanie nadmiernie wygórowanych cen za usługę serwisową tomografu komputerowego – co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- b) przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji przez odmowę udostępnienia hasła dostępu do programu serwisowego tomografu komputerowego – co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- c) narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących Spółce nieuzasadnione korzyści przez złożenie oferty świadczenia usługi serwisowej tomografu komputerowego za kwotę nadmiernie wygórowaną oraz odmowę udostępnienia kodu dostępu do programu serwisowego – co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem z dnia 16 maja 2007 r. Prezes UOKiK zaliczył w poczet dowodów w postępowaniu w niniejszej sprawie – następujące dokumenty, stanowiące część akt postępowania wyjaśniającego o sygn. RWA-400-02/07/KS: (1) pismo Siemens Sp. z o.o. z dnia 5 lutego 2007 r. wraz z 16 załącznikami, (2) pismo Philips Polska Sp. z o.o. z dnia 12 marca 2007 r. wraz z 3 załącznikami, (3) pismo Shim – Med Polska Sp. z o.o. z dnia 7 marca 2007 r. wraz z załącznikiem, (4) pismo Siemens Sp. z o.o. z dnia 14 marca 2007 r. wraz z 3 załącznikami, (5) pismo TMS Sp. z o.o. z dnia 26 marca 2007 r. wraz z załącznikiem, (6) pismo GE Medical Systems, Polska Sp. z o.o. z dnia 29 marca 2007 r. wraz z 5 załącznikami.

W trakcie postępowania antymonopolowego Siemens w pismach z dnia 23 maja 2007 r. oraz 12 września 2007 r. podtrzymał swoje stanowisko zawarte w pismach złożonych w postępowaniu wyjaśniającym oraz przedstawił okoliczności wskazujące – jego zdaniem – iż w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia zakazów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

W pierwszej kolejności skarżona Spółka wskazała, iż w przedmiotowej sprawie brak jest koniecznego na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów interesu publicznego. W ocenie Siemens, spór ma w swojej istocie charakter prywatny, a nie publicznoprawny. Według Spółki Wnioskodawca nie wykazał, by sporne relacje kontraktowe

między zakładem opieki zdrowotnej a skarżonym przedsiębiorcą stanowiły przejaw zakłóceń w funkcjonowaniu rynku w szerszym zakresie. Siemens podkreślił, iż działaniami antykonkurencyjnymi relewantnymi z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji są jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerokiego kręgu uczestników rynku, a więc gdy nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie.

Ponadto, odnosząc się do postawionego zarzutu Spółka poddała analizie kwestię określenia rynku właściwego pod względem geograficznym jako rynku lokalnego – ograniczonego do terytorium Polski południowej. W ocenie Siemens, rynek właściwy powinien zostać określony co najmniej jako rynek krajowy. Spółka wskazała, że w przypadku serwisowania urządzeń medycznych nie istnieją żadne bariery geograficzne, ani też bariery związane z właściwością usług, które sprawiają, iż świadczenie serwisu poza pewnym obszarem Polski jest nieopłacalne. Spółka podkreśliła, iż wartość i stopień skomplikowania urządzeń takich jak tomografy komputerowe, sprawiają iż koszty dojazdu serwisanta nie są istotnym elementem wpływającym na koszty całkowite ww. usług.

Odnosząc się do swojej pozycji rynkowej Siemens wskazał, iż rynek świadczenia usług serwisowych polegających na okresowych przeglądach konserwacyjnych i naprawach diagnostycznej aparatury medycznej jest rynkiem rozdrobnionym, na którym działa wiele podmiotów. Na tak określonym rynku obecni są bowiem najpoważniejsi konkurenci uczestnika zajmujący się dystrybucją tomografów komputerowych, jak również szereg podmiotów niezależnych. W ocenie Spółki z uwagi na bardzo zbliżone udziały Siemens i GE Medical Systems Sp. z o.o. w Warszawie na rynku sprzedaży tomografów komputerowych nie można przypisać Siemens pozycji dominującej na rynku sprzedaży a więc tym bardziej na rynku serwisowania tomografów komputerowych.

Odnosząc się natomiast do merytorycznej części postawionych zarzutów Spółka wyjaśniła, iż nie istnieją żadne podstawy do przyjęcia, iż wysokość stawek za usługi serwisowe Siemens jest nadmiernie wygórowana. Główni konkurenci Siemens na rynku sprzedaży tomografów stosują podobne jak Siemens ceny usług serwisowych. W ocenie Siemens niezasadne jest natomiast porównanie cen stosownych przez Spółkę z cenami niezależnych serwisantów ze względu na zróżnicowany zakres i standard tych usług.

Odnosząc się do kwestii udostępniania hasła dostępu do oprogramowania serwisowego Spółka wyjaśniła, iż Wnioskodawca nabył na podstawie umowy jedynie własność tomografu komputerowego, natomiast prawa do programu komputerowego służącego do serwisowania tomografu nie zostały przeniesione na nabywcę. Korzystanie z programu serwisowego wymaga uzyskania od Siemens licencji. Skarżona Spółka wskazała, iż licencję taką może nabyć od Spółki zarówno zakład opieki zdrowotnej jak i niezależni serwisanci. Ponadto Siemens wskazał, iż również konkurenci Spółki stosują kody dostępu do oprogramowania serwisowego, a nabycie licencji do ich oprogramowania wymaga uiszczenia odpowiedniej opłaty licencyjnej.

W trakcie postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK, uwzględniając stanowiska przedsiębiorców, do których zwracano się o przekazanie informacji, ograniczył prawo wglądu do części zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego:

- A. postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2007 r. - na wniosek GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w zakresie:
- informacji na temat wysokości udziałów Spółki w rynku sprzedaży tomografów komputerowych;
 - szacunkowych ustaleń Spółki dotyczących liczby tomografów komputerowych w Polsce pod koniec roku 2006;

- informacji dotyczących wielkości i wartości sprzedaży tomografów komputerowych przez Spółkę;
 - szacunkowych ustaleń dotyczących kosztu uzyskania dostępu do funkcji serwisowych tomografu komputerowego GE Healthcare.
- B. postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2007 r. – na wniosek Siemens Sp. z o.o. w zakresie:
- informacji dotyczących struktury grupy kapitałowej Siemens;
 - informacji na temat wysokości udziałów przedsiębiorców działających na poszczególnych rynkach sprzedaży sprzętu medycznego, w tym udziałów spółki Siemens oraz jej konkurentów w rynku sprzedaży tomografów komputerowych;
 - informacji dotyczących stworzonej przez Siemens bazy danych dotyczącej sprzedaży sprzętu medycznego przez Spółkę;
 - wyjaśnień dotyczących relacji kontraktowych Spółki z podmiotami nabywającymi tomografy komputerowe;
 - listy szpitali posiadających obecnie tomografy komputerowe Siemens;
 - informacji dotyczących sposobu funkcjonowania działu napraw serwisowych w spółce Siemens;
 - informacji dotyczących zasad współpracy handlowej pomiędzy spółką Siemens a innym przedsiębiorcą świadczącym usługi serwisowe;
 - wzorców umów serwisowych zawieranych przez Siemens;
 - informacji dotyczących zasad kształtowania polityki cenowej przez Spółkę;
 - cennika usług serwisowych;
 - listy podmiotów, które korzystały z usług serwisowych Siemens;
 - opisu technicznego tomografu komputerowego Siemens oraz dokumentacji modyfikacji CT.

Prezes Urzędu, uznając, iż wyjaśnienia przedstawione przez Siemens Sp. z o.o. oraz uzyskane w toku postępowania dokumenty są wystarczające do rozstrzygnięcia sprawy, w dniu 6 lutego 2008 r. zawiadomił strony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu i wyznaczył termin na zaznajomienie się z materiałem dowodowym. Strony skorzystały z przysługującego im prawa do zapoznania się z materiałem dowodowym.

Okoliczność, iż Prezes UOKiK ograniczył prawo wglądu do części zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wyznacza kształt niniejszej decyzji, która składa się z następujących części:

- 1/ właściwej decyzji – jawnej dla stron postępowania oraz ewentualnie podlegającej udostępnianiu na zasadach przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej;
- 2/ załącznika nr 1 – jawnego wyłącznie dla Siemens Sp. z o.o., zatem niepodlegającego udostępnianiu na zasadach przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej;
- 3/ załącznika nr 2 – niejawnego dla stron postępowania oraz niepodlegającego udostępnianiu na zasadach przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej.

Informacje zawarte we wskazanych wyżej załącznikach stanowią integralną część niniejszej decyzji.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje

Wnioskodawca – Szpital Powiatowy im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem jest publicznym zakładem opieki zdrowotnej wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000010609. Celem działania zakładu jest zapewnienie świadczeń w zakresie stacjonarnej i ambulatoryjnej specjalistycznej opieki ludności zamieszkałej na obszarze działania zakładu, udzielanie pomocy doraźnej dla wszystkich potrzebujących oraz promocja zdrowia.

Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest spółką kapitałową wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000031854. Spółka należy do grupy kapitałowej Siemens AG. W Polsce Spółka ta reprezentuje różne branże i działy macierzystego koncernu, w tym działy inżynierii elektrycznej, telekomunikacji, inżynierii i rozwiązań medycznych, inżynierii przemysłowej i infrastrukturalnej, automatyzacji transportu, usług biznesowych usług wytwarzania, przesyłu i rozdziału energii, sprzętu komputerowego, usług finansowych, sprzętu gospodarstwa domowego, sprzętu oświetleniowego oraz elektronicznego. W Spółce zatrudnionych jest około 5000 pracowników.

Dział medyczny spółki Siemens - Medical Solutions - zajmuje się sprzedażą sprzętu medycznego obejmującego szeroki zakres produktów z zakresu aparatury diagnostycznej jak i terapeutycznej. Oferta Spółki w tym zakresie obejmuje urządzenia do rezonansu magnetycznego, aparaty ultrasonograficzne, tomografy komputerowe, aparaty do angiografii, systemy rtg, mammografy, urządzenia do radioterapii, zestawy do fluoroskopii, aparaty do litotrypsji i urologii, systemy IT do radiologii, gamma kamery i skanery PET.

Rozpatrywana sprawa dotyczy usług serwisowych w odniesieniu do tomografów komputerowych. Tomograf komputerowy jest urządzeniem służącym do uzyskiwania obrazów tomograficznych (przekrojów) badanego obiektu. Wykorzystuje ona złożenie projekcji obiektu wykonanych z różnych kierunków do utworzenia obrazów przekrojowych (2D) i przestrzennych (3D). Urządzenie składa się ze stołu, gantry, w której jest lampa RTG wraz z detektorami oraz konsoli. W skład aparatu TK wchodzi także generator wysokiej częstotliwości oraz komputer.

Tomografy komputerowe są obecne na polskim rynku medycznym od ponad dwudziestu lat. Z ustaleń Prezesa UOKiK wynika, iż istnieje szereg wymogów, które muszą zostać spełnione przez sprzedawcę chcącego wprowadzić na rynek polski tomografy komputerowe. Zgodnie z art. 16 ust. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93 poz. 896) wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel, przed wprowadzeniem wyrobu medycznego do obrotu i do używania, jest obowiązany do przeprowadzenia oceny zgodności tego sprzętu z określonymi przez ministra właściwego do spraw zdrowia wymogami zasadniczymi. Ponadto ustawa o wyrobach medycznych nakłada na podmiot odpowiedzialny za wprowadzenie do obrotu specjalistycznego sprzętu medycznego obowiązek dokonania zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Nabywcami tomografów komputerowych są w przeważającej części publiczne zakłady opieki zdrowotnej. W związku z powyższymi warunkami sprzedaży i serwisu tomografów komputerowych ustalane są w większości przypadków w trybie zamówień publicznych, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223 poz. 1655).

Z informacji uzyskanych przez Prezesa Urzędu wynika, iż na rynku polskim poza Siemens Sp. z o.o. obecni są następujący przedsiębiorcy zajmujący się zarówno dystrybucją tomografów komputerowych jak i ich serwisowaniem: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Shim Med. Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Od ww. przedsiębiorców Prezes UOKiK uzyskał informacje na temat ilości i wartości sprzedanych przez nich tomografów komputerowych w latach 2004 – 2006.

Informacje te zostały zamieszczone w poniższych tabelach:

[Tabela 1 - punkt 1 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 1: Ilość i wartość sprzedanych w Polsce **tomografów komputerowych** w roku 2004 przez poszczególnych dystrybutorów.

[Tabela 2 - punkt 2 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 2: Ilość i wartość sprzedanych w Polsce **tomografów komputerowych** w roku 2005 przez poszczególnych dystrybutorów.

[Tabela 3 - punkt 3 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 3: Ilość i wartość sprzedanych w Polsce **tomografów komputerowych** w roku 2006 przez poszczególnych dystrybutorów.

W toku postępowania Prezes UOKiK ustalił, że umowa sprzedaży tomografu komputerowego Siemens – co do zasady – przenosi na nabywcę własność urządzenia oraz oprogramowanie medyczne urządzenia. Omawiane oprogramowanie **[Punkt 1 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

W tomografie komputerowym Siemens znajduje się także oprogramowanie serwisowe urządzenia. Składa się ono z szeregu kompleksowych programów komputerowych, które są przeznaczone do tego aby umożliwiać i gwarantować kompletny przegląd tomografu komputerowego, jego konserwację oraz naprawę. Oprogramowanie serwisowe nie jest potrzebne ani nie jest wykorzystywane do codziennej pracy tomografu i nie ma wpływu na funkcje medyczne urządzenia.

Oprogramowanie serwisowe tomografów komputerowych Siemens jest własnością Siemens AG w Monachium. Siemens Sp. z o.o. jest upoważniona do udzielania podmiotom użytkującym tomografy komputerowe Siemens oraz niezależnym serwisantom licencji na przedmiotowe oprogramowanie. Powyższe wiąże się z koniecznością zawarcia z Siemens Sp. z o.o. umowy licencyjnej oraz uiszczeniem opłaty licencyjnej. Aktualna cena licencji na serwisowe oprogramowanie komputerowe zależy od rodzaju i typu tomografu komputerowego. Dla tomografów typu low-end koszt licencji wynosi **[tajemnica przedsiębiorstwa]**, natomiast dla tomografów kategorii high-end koszt licencji wynosi **[tajemnica przedsiębiorstwa]**. Powyższe kwoty stanowią **[tajemnica przedsiębiorstwa]** wartości tomografu.

W oparciu o przedmiotowe oprogramowanie Siemens Sp. z o.o. prowadzi gwarancyjną oraz pogwarancyjną obsługę tomografów komputerowych. Gwarancyjna obsługa serwisowa obejmuje bezpłatne wykonywanie wszelkich napraw serwisowych, bezpłatne dostarczanie części zamiennych niezbędnych do wykonania naprawy oraz bezpłatne wykonywanie przeglądów okresowych tomografu komputerowego.

W okresie pogwarancyjnym Siemens oferuje swoim klientom następujące rodzaje usług serwisowych tomografów komputerowych:

- zlecenie jednorazowe płatne (naprawa tomografu komputerowego),
- sprzedaż części koniecznych do naprawy tomografów komputerowych,
- dokonywanie przeglądów okresowych obejmujących swoim zakresem wszystkie usługi serwisowe i testy jakości i bezpieczeństwa oraz wymianę części wskazanych przez producenta,

- zawieranie umów serwisowych, które dostosowane są do konkretnych, indywidualnych potrzeb użytkowników.

Wysokość cen przeglądu tomografu komputerowego przez Siemens uzależniona jest od typu aparatu oraz zakresu usługi. Średnio ceny przeglądu kształtują się pomiędzy **[Punkt 2 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

Ceny oferowanych przez Siemens umów serwisowych tomografów komputerowych według standardowej kalkulacji kształtują się w zależności od rodzaju urządzenia, warunków eksploatacji, lub wybranych drogą przetargu warunków umowy. W zależności od ww. uwarunkowań ceny kształtują się w następujących przedziałach:

- umowa serwisowa „jedna gwiazdka” **[Punkt 3 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**

(cena obejmuje koszt software, koszty SRS, wymianę materiałów potrzebnych do przeglądu, dojazd)

- umowa serwisowa „dwie gwiazdki” **[Punkt 4 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**

(cena obejmuje dodatkowo koszty modyfikacji w oparciu o wytyczne MCB)

- umowa serwisowa „trzy gwiazdki risk sharing” **[Punkt 5 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**

(cena obejmuje dodatkowo 50% kosztów wymiany części)

- umowa serwisowa „cztery gwiazdki” **[Punkt 6 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**

(cena obejmuje koszty kontraktu „dwie gwiazdki” oraz koszty wymiany części bez komponentów specjalnych)

- umowa serwisowa „pięć gwiazdek” **[Punkt 7 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**

(cena obejmuje wszelkie koszty napraw, modyfikacji i wymiany części, w tym komponentów specjalnych).

W toku niniejszego postępowania Prezes UOKiK zgromadził także informacje dotyczące kosztów serwisowania tomografów komputerowych oraz zabezpieczeń funkcji serwisowych stosowanych przez konkurentów Siemens.

Ceny oferowanych przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. umów serwisowych kształtują się w zależności od typu umowy w następujących przedziałach:

- umowa serwisowa Serenity **[Punkt 4 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

- umowa serwisowa Harmony **[Punkt 5 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

- umowa serwisowa Protecta **[Punkt 6 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**.

GE Medical Systems oferuje również usługi serwisowe świadczone na zasadzie stawek godzinowych tj. na każdorazowe żądanie zamawiającego. Cena stawki godzinowej wynosi

[Punkt 7 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa].

Wartość kontraktu serwisowego oferowanego przez TMS Sp. z o.o. wynosi od 200 000 zł. do 300 000 zł. Cena stawki godzinowej wynosi natomiast 240 zł plus ryczałtowo określone koszty dojazdu do klienta.

Stawka Philips Sp. z o.o. za przegląd tomografu komputerowego wraz z przeglądem stacji graficznej wynosi 8 800 zł. Cena stawki godzinowej za naprawę tomografu kształtuje się w przedziale od 250 zł do 500 zł plus ryczałtowo określone koszty dojazdu.

Z informacji uzyskanych przez prezesa UOKiK wynika, że zarówno GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. jak i Philips Sp. z o.o. stosują zabezpieczenia funkcji serwisowych tomografów komputerowych. Philips Sp. z o.o. poinformowała, iż nabywca tomografu komputerowego może nabyć prawo do korzystania z funkcji serwisowych pod warunkiem zakupu niezbędnych narzędzi serwisowych i przeniesienia odpowiedzialności za błędy w funkcjonowaniu tomografu na nabywcę.

Natomiast GE Medical Systems Polska poinformowała, iż nabywcy tomografów komputerowych GE Helthare oraz przedstawiciele niezależnych firm świadczących usługi w zakresie konserwacji i naprawy sprzętu medycznego mogą nabyć prawo do korzystania z funkcji serwisowych nabywając tzw. klucz serwisowy. Powyższy program komputerowy umożliwia dostęp do oprogramowania diagnostycznego systemu, wprowadzania zmian parametrów konfiguracyjnych oraz zmiennych systemowych. Spółka oświadczyła, że koszt uzyskania dostępu do funkcji serwisowych jest równy kosztowi przeszkolenia w serwisowaniu danego urządzenia i wynosi średnio **[Punkt 8 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa].**

Stanowisko stron

A) Wnioskodawca

Wnioskodawca podniósł, że Siemens przystępując do przetargu na dostawę tomografu komputerowego nie poinformował Szpitala o konieczności zakupu licencji na oprogramowanie serwisowe tomografu. Warunki serwisowania pogwarancyjnego nie zostały również – w ocenie Wnioskodawcy – określone w umowie na nabycie tomografu komputerowego, którą Szpital zawarł z Siemens w dniu 10 września 1999 r. Zdaniem Wnioskodawcy art. 5 ww. umowy stanowiący, iż serwis gwarancyjny i pogwarancyjny będzie prowadzony przez dział serwisu medycznego dostawcy, nie rodzi żadnych skutków prawnych, w zakresie zawarcia umowy o serwis pogwarancyjny, ponieważ nie zawiera istotnych jej postanowień.

Szpital wyjaśnił, iż po upływie okresu gwarancji tomografu, korzystał z usług serwisowych Siemens na zasadzie jednorazowych zleceń.

Wnioskodawca podkreślił, iż szczegółowe warunki serwisu pogwarancyjnego oraz informacja o konieczności zakupu licencji na program serwisowy została Szpitalowi przedstawiona przez skarżoną Spółkę dopiero w piśmie z dnia 2 października 2006 r.

Szpital Powiatowy w Zakopanem uznał, iż Siemens narzuca nadmiernie wygórowane ceny za usługę serwisową tomografu komputerowego. Cena Siemens znacznie przekroczyła bowiem ceny innych przedsiębiorców świadczących usługi serwisowe. Tytułem przykładu Wnioskodawca podał, że spółka Elmed Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie za usługi serwisowe

przedłożyła ofertę w wysokości 3 660 zł., natomiast oferta Siemens z dnia 18 października 2006 r. opiewała na kwotę 24 485,40 zł.

Ponadto, Szpital wskazał, że obecnie wyłącznie Siemens może świadczyć usługę serwisową, co – zdaniem Wnioskodawcy – przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Jako kolejny zarzut Wnioskodawca podniósł, że odmowa udostępnienia hasła dostępu do programu serwisowego tomografu oraz warunki oferty na przegląd techniczny aparatu tomograficznego stanowią uciążliwe warunki umowy, przynoszące Siemens nieuzasadnione korzyści.

W ocenie Wnioskodawcy, oprogramowanie serwisowe jest jego własnością, ponieważ stanowi ono element tomografu i nie może być przedmiotem licencji. Zakład opieki zdrowotnej, jako właściciel tomografu, powinien dysponować oprogramowaniem serwisowym. Tylko taka sytuacja pozwoliłaby mu na niezależny wybór przedsiębiorcy oferującego usługi serwisowe. Szpital w Zakopanem podkreślił, iż z powodu braku hasła dostępu nie może zawrzeć stałej umowy serwisowej, natomiast usługi świadczone przez serwisantów niezależnych mają zakres zawężony do bieżącej konserwacji.

B) Siemens Sp. z o.o. w Warszawie

Odnosząc się do kwestii wysokości cen za usługę serwisową tomografu komputerowego Spółka wskazała, iż nie istnieją żadne podstawy do przyjęcia, iż stawki te są nadmiernie wygórowane. W ocenie Spółki, jej główni konkurenci na rynku sprzedaży tomografów, stosują podobne jak Siemens ceny usług serwisowych. W przekonaniu Siemens porównanie stawek, jakie stosują serwisy autoryzowane firm takich jak GE Medical System, Philips czy TMS jest najbardziej relewantne w przedmiotowej sprawie. Można bowiem założyć, że zakres i standard usług świadczonych przez te podmioty, a także zakres obowiązków i odpowiedzialności spoczywający na autoryzowanych przedstawicielach będzie zbliżony. W ocenie Siemens, niezasadne jest natomiast porównanie cen stosownych przez serwis Spółki z cenami niezależnych serwisantów ze względu na zróżnicowany zakres i standard tych usług. W związku z powyższym okoliczność, iż spółka Elmed będąca niezależnym serwisantem zaoferowała cenę niższą za serwis tomografu jest bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy.

Odnosnie odmowy udostępniania hasła dostępu do oprogramowania serwisowego spółka wskazała, iż istotą postawionego jej zarzutu jest w rzeczywistości odmowa udzielenia licencji na program serwisowy tomografu komputerowego. W ocenie Siemens, powyższy zarzut jest całkowicie nieuzasadniony. Spółka wskazała, iż Wnioskodawca na podstawie umowy sprzedaży tomografu komputerowego nie nabył prawnie skutecznego roszczenia od Siemens, którego treścią byłoby leżące po stronie Siemens obowiązek udzielenia Wnioskodawcy licencji na korzystanie z oprogramowania serwisowego i w konsekwencji udostępnienie hasła. Oprogramowanie służące do serwisowania tomografu stanowi przedmiot prawa autorskiego w związku z powyższym przeniesienie własności urządzenia nie wiąże się z przeniesieniem praw autorskich do oprogramowania. Nabycie programu serwisowego wymaga odrębnej podstawy prawnej w postaci licencji. Skarżony Przedsiębiorca wskazał, iż w piśmie z dnia 2 października 2006 r. wyraził gotowość zawarcia takiej umowy z Wnioskodawcą lub podmiotem prowadzącym serwis tomografu, z czego Wnioskodawca nie skorzystał. Powyższe świadczy w ocenie Siemens, iż Spółka nie odmawia udzielania licencji na program serwisowy a jedynie uzależnia jej wydanie od zawarcia umowy i wniesienia opłaty licencyjnej. Siemens oświadczył, iż nie można uznać za uzasadnione żądania Szpitala w Zakopanem, aby korzystanie z dobra własności intelektualnej jakim jest program serwisowy miało nie wymagać wynagrodzenia. Ponadto Spółka wskazała, iż również

konkurencji Siemens stosują kody dostępu do oprogramowania serwisowego a nabycie licencji na to oprogramowanie wymaga uiszczenia odpowiedniej opłaty licencyjnej.

Ponadto odnosząc się do kwestii braku poinformowania Szpitala w Zakopanem o istnieniu programu serwisowego i jego cenie Siemens podniósł, iż tomografy komputerowe sprzedawane są w wyniku przeprowadzania postępowania przetargowego – zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych. Zakład opieki zdrowotnej przygotowując Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) określa kryteria, które są dla niego istotne oraz wymogi, które są stawiane produktowi oraz jego serwisowi. Decyzja co do kształtu SIWZ i zawartych w nim pytań jest decyzją zamawiającego. Udział oferenta w postępowaniu przetargowym ogranicza się zasadniczo do udzielenia pisemnej odpowiedzi na postawione w SIWZ pytania.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje

Postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.). Stronie postępowania postawiono zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1, 5 i 6 ww. ustawy.

W dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zgodnie z art. 131 ust. 1 tej ustawy, do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

W związku z powyższym, decyzja w niniejszej sprawie została wydana na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do dziedziny prawa publicznego, a prawo to ma na celu ochronę interesu ogólnospołecznego. Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowane w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. W czasie postępowania i przy wydawaniu decyzji Prezes Urzędu jest tym samym rzecznikiem interesu publicznego. Wynika to również z jego zadań w strukturze administracji publicznej – m.in. z art. 7 k.p.a. Decyzja administracyjna może bowiem dotyczyć nie tylko stron, lecz jej skutki mogą rozciągać się także na inne osoby – osoby fizyczne, jednostki organizacyjne (por. B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 470). W rozstrzyganych przez Prezesa Urzędu postępowaniach zasadnym jest zatem ustalenie, czy nastąpiło naruszenie interesu publicznoprawnego.

Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Publicznoprawny charakter ustawy oznacza, że nie wszystkie zachowania przedsiębiorców i ich związków, nawet formalnie podlegające literze prawa, uzasadniają uruchomienie przewidzianych przez nią instrumentów. Powinno to następować tylko wówczas, gdy w następstwie zachowań naruszających ustawę zagrożony jest interes ogólnospołeczny. Naruszenie zaś tego interesu ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie gdy te działania wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska. Pojęcie naruszenia interesu publicznoprawnego nie może być jednak pojmowane w sposób mechaniczny i oceniane ilościowo (por. wyrok Sądu Antymonopolowego – obecnie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – z dnia 24 stycznia 1991 r.; sygn. akt XVII Amr 8/90, S.Gronowski *Ustawa Antymonopolowa. Komentarz* Warszawa 1996 s. 1-2).

Zarzuty stawiane w niniejszej sprawie dotyczyły nadużywania pozycji dominującej w zakresie świadczenia usług serwisowych tomografów komputerowych. Praktyki tego

rodzaju – jeśli by się potwierdziły – należałoby uznać za wpływające w sposób istotny na stan konkurencji na rynku obejmującym terytorium całego kraju. Tego rodzaju praktyki ograniczające konkurencję z zasady mogą bowiem wywierać negatywny skutek na stan konkurencji na rynku.

W tym stanie rzeczy wszczynając postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał za bezsprzeczną możliwość naruszenia interesu publicznego, a tym samym – istnienie podstaw do rozstrzygnięcia sprawy w postępowaniu antymonopolowym.

Artykuł 8 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera generalny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Nadużywanie pozycji dominującej, którego dotyczy powołany wyżej przepis zawsze ujawnia się na rynku, na którym określona praktyka ma miejsce (rynek właściwy). Prawidłowe określenie rynku właściwego w sprawie jest zatem niezbędne dla oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

Dominacja rynkowa nie występuje na rynku pojmowanym ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), rozumianym jako ogół stosunków zachodzących między podmiotami uczestniczącymi w procesach wymiany towarowej. Zatem stwierdzenie, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, będzie w ostatecznym rachunku determinowało ustalenie rynku, na jakim określona praktyka ma miejsce (wyroki Sądu Antymonopolowego – obecnie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 26 października 1994 r., sygn. akt XVII Amr 24/94 oraz z 21 stycznia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 55/97).

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Mówiąc o rynku właściwym, określa się rynek w ujęciu produktowym i geograficznym.

Rynek w znaczeniu produktowym odnosi się do towarów. Przy czym przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 6 ww. ustawy). Rynek relewantny produktowo obejmuje wszystkie wyroby (usługi) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Prawidłowe ustalenie rynku relewantnego produktowo wymaga oceny substytutywności zarówno po stronie popytu, jak i podaży. Z punktu widzenia popytu, aby produkt lub usługa mogły być uznane za stanowiące przedmiot rynku dostatecznie wyodrębnionego, muszą być dostatecznie zindywidualizowane poprzez swoje cechy szczególne, które czynią je zdolnymi do zaspokajania potrzeb odbiorców produktów lub usług. Nadto produkt (usługa) musi dostatecznie różnić się od innych w ten sposób, że jest mało zamienny i ulega konkurencji innych produktów w stopniu nieistotnym. Zamiennosc po stronie podaży oznacza natomiast, że dobro lub usługa uznawane za niezamienne z punktu widzenia popytu może być z łatwością wytwarzane lub świadczone przez konkurentów działających w tej samej branży. Identyfikacja rynku właściwego produktowo wymaga w niektórych sytuacjach uwzględnienia w ocenie rynków sąsiednich lub powiązanych.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest również jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Definicja ustawowa odnosi rynek geograficzny do obszaru „na którym, ze względu na ich [towarów] rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące

różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji” (art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Wnioskodawca zarzucił Siemens Sp. z o.o. nadużywanie pozycji dominującej na rynku świadczenia usług serwisowych polegających na okresowych przeglądach konserwacyjnych i naprawach diagnostycznej aparatury medycznej na obszarze Polski południowej.

Uzasadniając swoje stanowisko w przedmiotowym zakresie Wnioskodawca wskazał, iż uczestnikami tak wyznaczonego rynku pod względem produktowym są po stronie popytowej zakłady opieki zdrowotnej posiadające tomografy komputerowe, a po stronie podażowej przedsiębiorcy świadczący usługi serwisowe tych urządzeń. Natomiast wyznaczenie rynku w aspekcie geograficznym, jako obszaru południowej Polski, zdeterminowane zostało wysokością kosztów dojazdu serwisanta do zakładu opieki zdrowotnej.

Siemens nie zgodził się z poglądem, iż rynkiem właściwym geograficznie jest rynek lokalny. Skarżona Spółka wskazała, iż w przypadku serwisowania urządzeń medycznych nie istnieją żadne bariery geograficzne, ani też bariery związane z właściwością usług, które sprawiłyby, iż świadczenie serwisu poza pewnym obszarem kraju byłoby nieopłacalne. Spółka podkreśliła, iż wartość i stopień skomplikowania urządzeń takich jak tomografy komputerowe sprawiają, iż koszty dojazdu serwisanta nie są istotnym elementem wpływającym na koszty całkowite ww. usług. W związku z powyższym - w ocenie Siemens - rynek właściwy powinien zostać określony, co najmniej jako rynek krajowy.

W ocenie Prezesa UOKiK, wyznaczenie rynku właściwego przez Wnioskodawcę jest nieprawidłowe z punktu widzenia brzmienia art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów gdyż nie uwzględnia wszystkich czynników wymienionych w definicji rynku właściwego zawartych w w/w przepisie. W omawianej sprawie za rynek właściwy w ujęciu produktowym należy uznać rynek sprzedaży tomografów komputerowych.

Zdaniem Prezesa UOKiK, wyznaczając rynek właściwy Wnioskodawca nie uwzględnił, iż usługa serwisowania jest usługą wtórną i powinna być rozpatrywana w powiązaniu z produktem pierwotnym, jakim jest w omawianym przypadku tomograf komputerowy. Tymczasem teoria według której wyróżnia się produkty pierwotne (primary products) i wtórne (secondary products) ma – z uwagą na specyfikę rozpatrywanej sprawy – istotne znaczenie przy wyznaczaniu rynku właściwego.

Jak wskazuje się w doktrynie, produkty wtórne to produkty, które znajdują zastosowanie tylko w powiązaniu z produktem pierwotnym. Są one niezbędne dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania produktu podstawowego gdyż bez ich zastosowania produkt ten traci swoje przeznaczenie (np. tusze do drukarek, części zamienne, usługi serwisowe). W związku z powyższym można uznać, iż produkt pierwotny i wtórny tworzą system, który działa poprawnie tylko wtedy, gdy produkty te są używane łącznie. Ze względu na właściwości techniczne jednego z tych dwóch produktów, nabywca produktu pierwotnego ma zazwyczaj bardzo ograniczony wybór produktów wtórnych. Najczęściej to właśnie sprzedawcy produktów pierwotnych są jedynymi dostawcami produktów wtórnych. Niemniej należy zwrócić uwagę, iż nabywcy podejmując decyzję o kupnie produktu podstawowego biorą pod uwagę koszty produktów wtórnych, w szczególności jeżeli koszty te ze względu na swój charakter są wysokie oraz wiadomym jest, iż koniecznym będzie regularne ich ponoszenie. W związku z powyższym usługi wtórne związane z nabytym produktem nie powinny być analizowane w oderwaniu od tego produktu. (por. Günther Hirsch, Frank Montag, Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Londyn 2008, str. 270).

Odnosząc powyższe wywody do omawianej sprawy należy zauważyć, iż tomograf komputerowy oraz usługa serwisowa tego urządzenia są ze sobą powiązane funkcjonalnie. Usługa serwisowa zapewnia prawidłową pracę tomografu komputerowego. Natomiast bez regularnych przeglądów tomograf mógłby stracić swoje pierwotne przeznaczenie. Niewątpliwie więc można uznać, iż w omawianej sprawie usługa serwisu tomografu komputerowego jest produktem wtórnym wobec produktu pierwotnego, jakim jest tomograf komputerowy i powinna być rozpatrywana w powiązaniu z nim.

Wyznaczając rynek właściwy - jako rynek sprzedaży tomografów komputerowych - Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, iż dla nabywcy tego urządzenia warunki usług serwisowych, w tym koszty i sposób serwisu pogwarancyjnego są istotnym elementem wpływającym na decyzję o jego zakupie. Tomografy obecne są na rynku polskim od ponad dwudziestu lat. Powyższe oznacza, iż obecnie każdy racjonalny nabywca tomografu komputerowego zdaje sobie sprawę z konieczności regularnego serwisowania tych urządzeń, jak i kosztów z tym związanych.

Do pojęcia racjonalnego nabywcy odwołał się także Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 8 czerwca 1992 w sprawie *Eastman Kodak v Image Technical Servs*, 504 US 451 (1992) gdzie stwierdził, iż racjonalny nabywca rozważając nabycie sprzętu fotograficznego Kodak niewątpliwie będzie brał pod uwagę również koszty eksploatacji tego sprzętu. W przypadku gdy koszty te będą zbyt wygórowane, a powyższe nie zostanie zrekomensowane obniżką ceny produktu pierwotnego, potencjalny nabywca skorzysta z oferty przedsiębiorcy konkurencyjnego. W opinii Sądu, prawdą jest, iż okazjonalnie zdarzają się nieracjonalni nabywcy, którzy dokonując kalkulacji ceny biorą jedynie pod uwagę koszty produktu pierwotnego, nie uwzględniając kosztów produktów wtórnych, jednakże nie można wykorzystywać reguł prawa konkurencji jako instrumentów ochrony tego typu nierozważnych nabywców.

Wyznaczając rynek właściwy w przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu wziął także pod uwagę kwestię dostępności informacji o kosztach serwisowania tomografów komputerowych. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w przypadku gdy nabywca produktu pierwotnego posiada bądź może uzyskać informacje pozwalające mu skalkulować całkowity koszt produktu łącznie z uwzględnieniem kosztów produktów wtórnych, rynek właściwy dla produktu pierwotnego i wtórnego powinien być rozpatrywany łącznie (por. Bellarry, Child, *European Community Law of Competition*, Oxford 2008, str 275 - 276).

Takie też stanowisko zajęła Komisja Europejska w sprawie *Pelican v Kyocera* (Competition Policy Newsletter, vol 1 nr 6, Autumn/Winter 1995), uznając, iż istnieje jeden rynek właściwy (single system market) obejmujący zarówno sprzedaż drukarek, jak i produktów wtórnych do tych drukarek. Wyznaczając rynek Komisja stwierdziła, iż nabywcy drukarek byli dobrze poinformowani o kosztach produktów wtórnych i brali je pod uwagę podejmując decyzję o zakupie produktu pierwotnego.

Badając kwestię dostępności informacji o kosztach serwisowania tomografów komputerowych Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż urządzenia te w przeważającej mierze są nabywane przez publiczne zakłady opieki zdrowotnej. W związku z tym zasady nabycia tomografów komputerowych ustalane są w trybie zamówień publicznych, zgodnie z wymogami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zakład opieki zdrowotnej przygotowując Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia może więc dowolnie określać kryteria, które są dla niego istotne oraz wymogi, które są stawiane produktowi oraz jego serwisowi zarówno gwarancyjnemu jak i pogwarancyjnemu. Powyższe pozwala na uzyskanie bardzo szczegółowych informacji na temat warunków i kosztów serwisowania pogwarancyjnego urządzeń. Zamawiający może więc skalkulować całkowity koszt eksploatacji urządzenia formułując odpowiednie zapytania w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Prezes UOKiK zwrócił również uwagę na fakt, iż Szpitale publiczne - jako należące do sektora finansów publicznych - są związane art. 35 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r.

o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249 poz. 2104), który nakłada obowiązek dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Oczywistym jest więc, iż Szpital nabywając specjalistyczne urządzenie medyczne, jakim jest tomograf komputerowy, w kalkulacji kosztów musi uwzględnić wydatki związane z serwisowaniem urządzenia. Uwzględnienie samych tylko kosztów zakupu tomografu, bez zwrócenia uwagi na koszty eksploatacji naraziłoby Szpital na zarzut niegospodarności.

W ocenie Prezesa Urzędu to właśnie konkurencja na rynku sprzedaży tomografów komputerowych daje możliwość potencjalnym nabywcom tych urządzeń - po skalkulowaniu ceny całkowitej uwzględniającej między innymi koszt urządzenia jak i jego serwisu - wyboru najkorzystniejszej oferty.

W literaturze przedmiotu podkreśla się ponadto, iż konkurencja na rynku produktu pierwotnego zapewnia, iż całkowita cena produktu obejmująca zarówno koszt urządzenia jak i jego eksploatacji nie będzie nadmiernie wygórowana. Wzrost cen usług wtórnych jest nieopłacalny ze względu na możliwy spadek zainteresowania produktem pierwotnym (por. Günther Hirsch, Frank Montag, Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Londyn 2008, str. 270). Powyższe stanowisko znajduje także odzwierciedlenie w powołanej powyżej decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *Pelican v Kyocera* gdzie stwierdzono, iż konkurencja na rynku sprzedaży produktu pierwotnego jest wystarczającym czynnikiem ograniczającym siłę rynkową sprzedawcy w odniesieniu do produktów wtórnych.

Z uwagi na powyższe należało uznać, iż w omawianej sprawie rynkiem właściwym w aspekcie produktowym jest rynek sprzedaży tomografów komputerowych.

Prezes Urzędu stwierdził zarazem, iż pod względem geograficznym tak wyznaczony rynek właściwy obejmuje obszar Polski. Istotnym argumentem przemawiającym za takim wyznaczeniem rynku są istniejące wymogi prawne, które muszą zostać spełnione przez sprzedawcę chcącego wprowadzić na rynek polski tomografy komputerowe. Zgodnie z art. 16 ust. 2 ustawy o wyrobach medycznych wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel, przed wprowadzeniem wyrobu medycznego do obrotu i do używania, jest obowiązany do przeprowadzenia oceny zgodności tego sprzętu z określonymi przez ministra właściwego do spraw zdrowia wymogami zasadniczymi. Ponadto ustawa o wyrobach medycznych nakłada na podmiot odpowiedzialny za wprowadzenie do obrotu specjalistycznego sprzętu medycznego obowiązek dokonania zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Wyznaczając rynek w przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK wzięł również pod uwagę wyniki badania rynku tomografów komputerowych przeprowadzonego przez Komisję Europejską w postępowaniu zakończonym decyzją z dnia 17 października 2001 r. w sprawie *Philips/Marconi Medical Systems* (OJ C 321, 16/11/2001 p.0012). Z ustaleń dokonanych w toku przedmiotowego badania wynika, iż dla nabywców tomografów komputerowych bardzo istotna jest bliska lokalizacja punktów sprzedaży tomografów. Powyższe gwarantuje bowiem zakładom opieki zdrowotnej, iż usługi wtórne takie jak serwis gwarancyjny i pogwarancyjny czy szkolenie pracowników w zakresie obsługi urządzeń, wykonane zostaną bez zbędnych opóźnień. W ocenie Prezesa Urzędu, takie preferencje nabywców, wspomniane powyżej wymogi prawne oraz specyfika postępowania przetargowego, w którym biorą udział przedsiębiorcy prowadzący działalność na terytorium Polski oznacza, iż rynek sprzedaży tomografów komputerowych ma zasięg krajowy.

Możliwość stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku

właściwym, uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, iż przedsiębiorca posiada na tak określonym rynku pozycję dominującą.

Ustalając, czy na rynku właściwym w sprawie spółka Siemens posiada pozycję dominującą, należy mieć na uwadze definicję pozycji dominującej, zawartą w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą definicją pozycja dominująca to pozycja przedsiębiorcy na rynku, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40 %.

Jak podnosi się w orzecznictwie, dla oceny czy podmiot gospodarczy nie spotyka się z istotną konkurencją na danym rynku udział w nim przekraczający 40 % nie jest wystarczający. Wielkość udziału w rynku wynosząca co najmniej 40 % stwarza w kwestii posiadania pozycji dominującej wyłącznie domniemanie prawne, a decydujący jest przede wszystkim całokształt otoczenia, w jakim dany przedsiębiorca funkcjonuje. O dominacji któregoś z uczestników rynku można mówić wtedy, gdy przedsiębiorca posiada wystarczającą siłę ekonomiczną, która pozwala mu działać w wysokim stopniu niezależnie od pozostałych uczestników rynku (por. postanowienie Sądu Antymonopolowego - obecnie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 3 października 1994 r., XVII Amr 5/93).

W związku z powyższymi wskazaniem orzecznictwa, kryterium podlegającym analizie Prezesa Urzędu był udział Siemens w rynku sprzedaży tomografów komputerowych oraz siła rynkowa skarżonej Spółki i jej konkurentów.

Prezes Urzędu w toku postępowania zwrócił się do dystrybutorów tomografów komputerowych o wskazanie wielkości i wartości sprzedaży tych urządzeń w Polsce w latach 2004 – 2006. Uzyskane dane posłużyły do ustalenia udziałów spółki Siemens oraz jej konkurentów w rynku sprzedaży tomografów komputerowych w Polsce.

Z ustaleń Prezesa wynika, iż udziały spółki Siemens w latach 2004 – 2005 w omawianym rynku [**Punkt 9 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa**] natomiast w roku 2006 udziały te wyniosły [**Punkt 10 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa**]. Udziały największego konkurenta Spółki – GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w latach 2004 – 2005 były [**Punkt 11 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa**]. Udziały pozostałych przedsiębiorców zajmujących się dystrybucją tomografów komputerowych na rynku polskim wyniosły [**Punkt 12 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa**].

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Prezes UOKiK uznał, iż nie można przypisać spółce Siemens pozycji dominującej na rynku sprzedaży tomografów komputerowych. W ocenie Prezesa Urzędu, skarżona Spółka nie może skutecznie zapobiegać konkurencji w sytuacji, gdy na omawianym rynku działa drugi przedsiębiorca o bardzo zbliżonych udziałach (GE Medical Systems Polska). Spółki te należą do największych koncernów, konkurujących ze sobą w branży sprzętu medycznego w skali globalnej. Jak wynika z powołanych wyżej badań Komisji Europejskiej w sprawie Philips/Marconi Medical Systems koncerny te są największymi konkurentami na rynku sprzedaży tomografów biorąc pod uwagę zarówno rynek geograficzny Europejskiego Obszaru Gospodarczego jak i poszczególne rynki krajowe w Europie. Z uwagi na powyższe Prezes UOKiK uznał, iż potencjał ekonomiczny i technologiczny Siemens Polska oraz GE Medical Systems Polska jest zbliżony, a tym samym skarżona Spółka nie jest w stanie funkcjonować bez brania pod uwagę zachowań konkurenta. Co więcej, z materiału zebranego w toku postępowania wynika, iż pomiędzy ww. przedsiębiorcami dochodzi do ostrej rywalizacji za pomocą instrumentów cenowych.

Ponadto istotnym jest, iż na polskim rynku obecne są także inne liczące się w branży światowej koncerny zajmujące się sprzedażą tomografów komputerowych takie jak Philips, Toshiba (TMA Sp. z o.o.) czy Shimadzu (Shim Med. Polska). W związku z powyższym potencjalny kontrahent Siemens może nabyć tomograf komputerowy również u innych dystrybutorów, co uniemożliwia skarżonej Spółce działanie w sposób niezależny od kontrahentów. Jak wskazuje się w piśmiennictwie nie można stwierdzić dominacji, jeżeli odbiorca usług może z łatwością zaspokoić swój skonkretyzowany popyt za pomocą innego dobra, względnie u innego przedsiębiorcy (...) Jeżeli konkurenci dysponują odpowiednim potencjałem ekonomicznym oraz nie muszą się liczyć z największym uczestnikiem na tym rynku, to nawet jego wysoki udział nie musi oznaczać pozycji dominującej (A. Cieśliński, Wspólnotowe prawo gospodarcze, Warszawa 2003, s. 484 - 485).

Stwierdzając brak pozycji dominującej Prezes UOKiK wziął również pod uwagę wyniki badań rynku tomografów komputerowych w sprawie Philips/Marconi Medical Systems. W przeprowadzonym badaniu Komisja Europejska ustaliła, iż zakłady opieki zdrowotnej przywiązują bardzo duże znacznie do nowych rozwiązań technicznych w tomografach komputerowych. Powyższe wymusza ciągły rozwój technologiczny wpływając tym samym na rozwój konkurencji. W ocenie Komisji, istotną kwestią przyczyniającą się do rozwoju konkurencji jest również brak przywiązania nabywców do określonej marki tomografów oraz niewielkie koszty dodatkowe związane ze zmianą sprzedawcy. Ponadto, Komisja zwróciła uwagę na takie cechy charakterystyczne omawianego rynku jak równoważąca siła przetargowa zakładów opieki zdrowotnej, składanie dużych aczkolwiek rzadkich zamówień na sprzęt oraz istnienie godnych zaufania dostawców. Wskazana wyżej specyfika rynku tomografów komputerowych oznacza - w ocenie Komisji Europejskiej - iż nawet wysokie udziały przedsiębiorcy w rynku nie muszą oznaczać pozycji dominującej.

Konkludując, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie można stwierdzić, iż spółka Siemens posiada na rynku sprzedaży tomografów komputerowych wystarczającą siłę ekonomiczną, która pozwala jej działać niezależnie od pozostałych uczestników rynku. W ocenie Prezesa Urzędu skarżona Spółka nie jest dla zakładów opieki zdrowotnej, w tym dla Wnioskodawcy tzw. nieuniknionym partnerem handlowym, a tym samym nie może wpływać skutecznie na stan konkurencji na omawianym rynku.

W świetle ustawy z dnia 15 grudnia 2000 o ochronie konkurencji i konsumentów, sankcje z tytułu naruszenia art. 8 ustawy mogą zostać wyciągnięte jedynie w stosunku do przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą. Przedsiębiorca nie posiadający takiej siły rynkowej nie podlega jej rygorom. Z powyższych względów, w przedmiotowej sprawie nie została spełniona jedna z przesłanek koniecznych do stwierdzenia stosowania przez Siemens Sp. z o.o. praktyk ograniczających konkurencję.

Stosownie do art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi powyższy przepis, oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka do umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym (por. B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego*).

Komentarz, Warszawa 2003, s. 470). Tak więc konsekwencją uznania przez organ antymonopolowy bezprzedmiotowości postępowania jest jego obligatoryjne umorzenie na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.

W niniejszej sprawie przesłanką umorzenia postępowania antymonopolowego, przemawiającą za jego bezprzedmiotowością jest brak pozycji dominującej Siemens na rynku właściwym. Tym samym brak jest w okolicznościach sprawy podstaw do oceny zachowania skarżonego przedsiębiorcy pod kątem nadużycia pozycji rynkowej w sposób określony przez Wnioskodawcę.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa UOKiK - Delegatury w Warszawie.

Otrzymują:

Pani

Małgorzata Musiał – Fecko

Pełnomocnik Szpitala Powiatowego

im. dr Tytusa Chałubińskiego

w Zakopanem

Szpital Powiatowy

im. dr Tytusa Chałubińskiego

ul. Kamieniec 10

34-500 Zakopane

Pan

Paweł Podrecki

Pełnomocnik Siemens Sp. z o.o.

Traple Konarski Podrecki

Kancelaria Prawna sp.j.

ul. Królowej Jadwigi 170

30 – 212 Kraków