



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA w ŁODZI
ul. Piotrkowska 120
90-006 Łódź, P - 36
tel. (42) 636 36 89, fax (42) 636 07 12
e'mail: lodz@uokik.gov.pl

RŁO-411-3(76)/13/AK

Łódź, dnia 31 grudnia 2013 r.

DECYZJA Nr RŁO 57/2013

I. Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) i stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów;

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych, przeciwdziałającej ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na obejmujących terytorium Polski lokalnych rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, w następstwie przyjęcia za kryterium jakościowe oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej parametru ilości wykonanych badań rocznie

i nakazuje zaniechanie jej stosowania.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stosownie do jej art. 33 ust. 5 i 6,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nakłada się na Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną w wysokości** 181 318 zł (słownie złotych: sto osiemdziesiąt jeden tysięcy trzysta osiemnaście zł), płatną do budżetu państwa z tytułu dopuszczenia się naruszenia określonego w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 267) w związku z art. 83 wyżej wymienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie kosztami postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych w zakresie wskazanym w punkcie I sentencji decyzji oraz zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w wysokości 273,60 zł (słownie: dwieście siedemdziesiąt trzy zł i sześćdziesiąt groszy) w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W dniu 25 kwietnia 2012 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zwanego dalej: „Prezesem Urzędu” – wpłynęło, złożone w trybie art. 86 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (zwana dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „u.o.k.i.k.”, zawiadomienie Delta Import Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi – zwanej dalej: „Spółką Delta” – wykonującej działalność leczniczą w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego

Centrum Medyczne Bazarowa Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Spółka z o.o. w sprawie nadużywania pozycji dominującej przez Łódzki Oddział Wojewódzki NFZ na rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej w zakresie różnicowania podmiotowego uczestników przetargu na świadczenia zdrowotne. W przedmiotowym piśmie Spółka Delta wskazała, że przyjęta przez NFZ a stosowana przez Łódzki Oddział Wojewódzki NFZ ocena ofert w oparciu o kryterium jakości świadczonych usług oparta na liczbie wykonanych badań stanowi praktykę ograniczającą konkurencję wskazaną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż preferuje przedsiębiorców dużych, którzy wykonywali wcześniej świadczenia zakontraktowane przez Narodowy Fundusz Zdrowia (zwany dalej: NFZ”).

W związku z powyższym zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające (sygn. akt: RŁO-400-9/12/AK), mające na celu wstępne ustalenie, czy w następstwie zastosowanych przez Łódzki Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia kryteriów oceny ofert przetargowych na świadczenia zdrowotne w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej nastąpiło naruszenie uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Analiza dokumentów pozyskanych przez Prezesa Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego wykazała, iż w następstwie stosowania kryteriów oceny ofert na świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego wprowadzonych zarządzeniem Nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30 września 2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej; zmienionego zarządzeniami nr 70/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 20 października 2011 r., nr 77/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 26 października 2011 r., nr 80/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 3 listopada 2011 r., nr 84/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 16 listopada 2011 r., nr 91/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 13 grudnia 2011 r. doszło do ograniczenia konkurencji wśród uczestników postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej na rok 2012. W związku z powyższym, postanowieniem z dnia 3 kwietnia 2013 r., Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko Narodowemu Funduszowi Zdrowia z siedzibą w Warszawie, pod zarzutem nadużywania przez ten Fundusz pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do

powstania bądź rozwoju konkurencji na obejmujących terytorium Polski lokalnych rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, w następstwie przyjęcia za kryterium jakościowe oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej parametru ilości wykonanych badań rocznie, co może stanowić naruszenie art. 9 ust 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.”

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu ww. postępowania antymonopolowego NFZ wyjaśnił, co następuje:

1. Wysokość przychodów Narodowego Funduszu Zdrowia w roku 2012 wyniosła ogółem 62.957.780,98 tys. zł.
2. „(...) Narodowy Fundusz Zdrowia nie zgadza się z postawionymi zarzutami, a jego działania nie stanowią praktyki wskazanej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (...). Na podstawie danych uzyskanych z oddziałów wojewódzkich NFZ dotyczących postępowań prowadzonych w trybie konkursu ofert w sprawie zawarcia umowy na świadczenia opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej w ciągu ostatnich dwóch lat (tj. rok 2011 i 2012) dokonano analizy, której celem było ocena skali przypadków, w których odpadli świadczeniodawcy w następstwie przyjęcia za kryterium jakościowe oceny ilości wykonywanych badań rocznie w pracowni.

Warunki dodatkowo oceniane na rok 2011 tj. limity dla pracowni tomografii komputerowej – wykonanie minimum 3,5 tys. badań rocznie w pracowni określa zarządzenie Nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Dla pracowni rezonansu magnetycznego nie była oceniana dodatkowo liczba badań wykonanych w pracowni.

Warunki dodatkowo oceniane na rok 2012 tj. limity dla pracowni tomografii komputerowej – wykonanie minimum 5 tys. badań rocznie w pracowni oraz min. 2,5 tys. badań w pracowni rezonansu magnetycznego określa zarządzenie Nr 82/2011/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 4 listopada 2011r. zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej - warunki dodatkowo oceniane na rok 2012;

Szczegółowe zestawienie z podziałem na oferentów wybranych i niewybranych w postępowaniach konkursowych, z uwzględnieniem „nowy” (nieposiadający wcześniej umowy z NFZ) i „stary” (posiadający uprzednio umowę z NFZ), z uwzględnieniem świadczeniodawców niewybranych z tytułu niespełniania warunków dodatkowo ocenianych (limity badań w pracowni) zawiera Tabela nr 1 stanowiąca załącznik nr 2 do niniejszego pisma. Jak z powyższych danych wynika w postępowaniach konkursowych w zakresie rezonansu magnetycznego (rok 2012) złożonych zostało 76 ofert (w tym jedna została odrzucona). W związku z tym przedmiotem analizy było 75 ofert. W tej liczbie 23 oferty pochodziły od podmiotów „nowych”. Spośród nich wybrano 17 świadczeniodawców tj. 74%. W sumie wybranych zostało 67 ofert (89%). Oferty niewybrane stanowiły jedynie 11%. Wśród 8 niewybranych ofert było 3 świadczeniodawców, którzy nie uzyskali dodatkowych punktów z tytułu wykonywania w pracowni min. 2,5 tys. badań rocznie.

Analiza wybranych 67 ofert wskazuje, że:

- wśród ofert wybranych 17 (25%) to oferty nowych oferentów, 50 (75%) oferentów posiadało wcześniej umowy z NFZ,
- wśród 17 wybranych „nowych” oferentów 7 nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
- z 50 wybranych „starych” oferentów 5 nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów.

Analiza 8 niewybranych ofert wskazuje, że 3 spośród nich nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów, 5 nie zostało wybranych z innych powodów.

Z powyższych analiz płyną następujące wnioski:

- 12 (z 67) tj. 18% świadczeniodawców zostało wybranych pomimo, iż nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
- jedynie 3 świadczeniodawców nie zostało wybranych z powodu niespełniania limitów. Stanowi to zaledwie 4% wszystkich świadczeniodawców, którzy złożyli ofertę w analizowanych postępowaniach konkursowych. 5 oferentów nie zostało wybranych chociaż spełniali przedmiotowe kryterium,
- wybrano 17 „nowych” (tj. 74%) oferentów spośród wszystkich „nowych” świadczeniodawców, którzy złożyli ofertę (23),
- wybierani byli zarówno oferenci posiadający wcześniej umowę z Funduszem jak i nie posiadający uprzednio kontraktu. Świadczeniodawcy „nowi” stanowili 25% wszystkich wybranych ofert,

- wybierani byli oferenci, którzy spełniali dodatkowo oceniane limity badań jak i ci, którzy ich nie spełnili (prawie 25% wybranych ofert).

Natomiast na podstawie danych uzyskanych z oddziałów wojewódzkich NFZ dotyczących postępowań prowadzonych w trybie konkursu ofert w sprawie zawarcia umowy na świadczenia opieki zdrowotnej w zakresie tomografii komputerowej w ciągu ostatnich dwóch lat (tj. rok 2011 i 2012) wynika, że w 2011 r. w postępowaniach konkursowych złożonych zostało 300 ofert. W tej liczbie 42 oferty pochodziły od podmiotów „nowych”. Spośród nich wybrano 36 świadczeniodawców tj. 86%. W sumie wybranych zostało 281 ofert (94%). Oferty niewybrane stanowiły jedynie 6%. Wśród 19 niewybranych ofert było 8 świadczeniodawców, którzy nie uzyskali dodatkowych punktów z tytułu wykonywania w pracowni min. 3,5 tys. badań rocznie.

Analiza wybranych 281 ofert, wskazuje, że:

- wśród ofert wybranych 36 (13%) to oferty „nowych” oferentów, 245 (87%) oferentów posiadało wcześniej umowy z NFZ,
 - wśród 36 wybranych „nowych” oferentów 22 nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
 - z 245 wybranych „starych” oferentów 43 nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
- Analiza 19 niewybranych ofert wskazuje, że 8 spośród nich nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów, 11 nie zostało wybranych z innych powodów.

Z analizy za 2011 r. płyną następujące wnioski:

- 65 (z 281) tj. 23% świadczeniodawców zostało wybranych, choć nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
- jedynie 8 świadczeniodawców nie zostało wybranych z powodu niespełniania limitów. Stanowi to niespełna 3% wszystkich świadczeniodawców, którzy złożyli ofertę w analizowanych postępowaniach konkursowych. 11 oferentów nie zostało wybranych chociaż spełniali przedmiotowe kryterium,
- wybrano 36 „nowych” (tj. 86%) oferentów spośród wszystkich „nowych” świadczeniodawców, którzy złożyli ofertę (42),
- wybierani byli zarówno oferenci posiadający wcześniej umowę z Funduszem jak i nie posiadający uprzednio kontraktu. Świadczeniodawcy „nowi” stanowili 13% wszystkich wybranych ofert,

- wybierani byli oferenci, którzy spełniali dodatkowo oceniane limity badań jak i ci, którzy ich nie spełnili (23% wybranych ofert).

W postępowaniach konkursowych w 2012 r. złożonych zostało 149 ofert. W tej liczbie 31 ofert pochodziło od podmiotów „nowych”. Spośród nich wybrano 22 świadczeniodawców tj. 71%. W sumie wybranych zostało 131 ofert (88%). Oferty niewybrane stanowiły jedynie 12%. Wśród 18 niewybranych ofert było 12 świadczeniodawców, którzy nie uzyskali dodatkowych punktów z tytułu wykonywania w pracowni min. 5 tys. badań rocznie.

Ze 131 ofert wybranych w 2012 r. wynika, że:

- wśród ofert wybranych 22 (17%) to oferty „nowych” oferentów, 109 (83%) oferentów posiadało wcześniej umowy z NFZ,
 - wśród 22 wybranych „nowych” oferentów 13 nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
 - z 109 wybranych „starych” oferentów 37 nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
- Z 18 ofert niewybranych w 2012 r. 12 spośród nich nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów, 6 nie zostało wybranych z innych powodów.

Z analizy za 2012 r. płyną następujące wnioski:

- 50 (z 131) tj. 38% świadczeniodawców zostało wybranych choć nie spełniało ocenianych dodatkowo limitów,
- jedynie 12 świadczeniodawców nie zostało wybranych z powodu niespełniania limitów. Stanowi to zaledwie 8% wszystkich świadczeniodawców, którzy złożyli ofertę w analizowanych postępowaniach konkursowych. 6 oferentów nie zostało wybranych chociaż spełniali przedmiotowe kryterium,
- wybrano 22 „nowych” (tj. 71%) oferentów spośród wszystkich „nowych” świadczeniodawców, którzy złożyli ofertę (31),
- wybierani byli zarówno oferenci posiadający wcześniej umowę z NFZ, jak i nie posiadający uprzednio kontraktu. Świadczeniodawcy „nowi” stanowili łącznie 17% wszystkich wybranych ofert,
- wybierani byli oferenci, którzy spełniali dodatkowo oceniane limity badań jak i ci, którzy ich nie spełnili (prawie 40% wybranych ofert)”.
3. W dalszej części wyjaśnień NFZ podniósł, że „Dodatkowo oceniane limity badań wykonywanych rocznie przez pracownie tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego wskazują zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia. W części

dotyczącej dodatkowo ocenianego kryterium oceny ofert tj. jakości badań wskazano liczbę badań tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego wykonywanych rocznie w pracowni. W przypadku ambulatoryjnych świadczeń diagnostycznych kosztochłonnych (ASDK), przedmiotowe kryterium oceniane jest w szczególności poprzez jakość badań, której wskaźnikiem jest liczba badań wykonywanych w pracowni. W załączniku nr 1 do zarządzenia Nr 73/2009/DSOZ *Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, w części dotyczącej dodatkowo ocenianego kryterium oceny ofert tj. jakości badań wskazano liczbę badań tomografii komputerowej wykonywanych rocznie w pracowni – min. 3,5 tys. Dla pracowni rezonansu magnetycznego limity nie były wskazywane. Powyższe warunki dotyczyły postępowań na rok 2010 i na 2011.

W załączniku do zarządzenia Nr 82/2011/DSOZ *Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 4 listopada 2011 r. zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej* (warunki obowiązywały w roku 2012), w zakresie tomografii komputerowej, warunkiem dodatkowo ocenianym jest wykonywanie rocznie w pracowni min. 5 000 badań, a w pracowni rezonansu magnetycznego min. 2 500 badań.

Świadczeniodawca aby otrzymać dodatkowe punkty z tytułu spełniania omawianego kryterium musi wykonywać rocznie w pracowni wskazaną w ww. zarządzeniu liczbę świadczeń, przy czym dotyczy to wszystkich zrealizowanych w pracowni badań - niezależnie czy były wykonywane dla pacjentów leczonych ambulatoryjnie czy hospitalizowanych, jak również czy zostały zrealizowane w ramach umowy z NFZ czy w ramach innych form finansowania (np. umowy podwykonawcze dla innych podmiotów, pacjenci komercyjni). U wielu świadczeniodawców liczba badań zrealizowanych dla pacjentów ambulatoryjnych, rozliczanych w ramach umów na realizację ASDK, stanowi jedynie część całkowitej liczby wykonywanych rocznie badań. Zarządzeniem Nr 73/2012/DSOZ *Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 8 listopada 2012 r. zmieniającym zarządzenie w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, doprecyzowano, że liczba badań zrealizowanych rocznie w pracowni obejmuje badania wykonane w trybie ambulatoryjnym i stacjonarnym, także poza umową z NFZ.

Liczba 5 tys. badań rocznie to około 14 badań wykonywanych w pracowni dziennie - w przypadku tomografii komputerowej (praca przez 350 dni w roku) i 20 badań dziennie (praca tylko w dni robocze – 250 dni). W przypadku rezonansu magnetycznego, oczekiwana liczba 2,5 tys. badań stanowi odpowiednio: 7 badań dziennie i 10 badań dziennie w przypadku wykorzystywania aparatu tylko w dni robocze. Tak więc, oceniane dodatkowo parametry w zakresie jakości nie są warunkami nierealnymi, lecz stanowią element racjonalnego wykorzystania kosztownej aparatury.

Nie są to parametry nowe, które byłyby zaskoczeniem dla świadczeniodawców. Zgodnie z zarządzeniem Nr 81/2006 z dnia 18 września 2006 r. Prezesa NFZ w sprawie przyjęcia „Szczegółowych materiałów informacyjnych o przedmiocie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz o realizacji i finansowaniu umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: ambulatoryjne świadczenia specjalistyczne” (zał. nr 3b) – w badaniach tomografii komputerowej, minimalnym wymogiem dla 2 typu pracowni realizującej badania podstawowe i specjalistyczne, liczba badań wykonywanych rocznie to min. 5.000, a dla pracowni 3 typu wykonującej badania podstawowe, specjalistyczne i badania serca – min. 10.000 badań rocznie.

Zgodnie z zarządzeniem nr 65/2007/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 20 września 2007 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju: ambulatoryjne świadczenia specjalistyczne (zał. nr 3b) - minimalnym wymogiem dla 2 typu pracowni realizującej badania podstawowe i specjalistyczne liczba badań wykonywanych rocznie to min. 5.000, a dla pracowni 3 typu wykonującej badania podstawowe, specjalistyczne i badania serca – min. 9.000 badań rocznie.

W zarządzeniu nr 80/2008/DSOZ z dnia 14 października 2008 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju: ambulatoryjne świadczenia specjalistyczne (zał. nr 3b) - minimalnym wymogiem dla 2 typu pracowni realizującej badania podstawowe i specjalistyczne liczba badań wykonywanych rocznie to min. 3500, a dla pracowni 3 typu wykonującej badania podstawowe, specjalistyczne i badania serca – min. 6000 badań rocznie. Określone w ww. zarządzeniach Prezesa Funduszu limity dla pracowni tomografii komputerowej były warunkami koniecznymi, nie - jak obecnie - dodatkowo ocenianymi. Świadczeniodawcy przystępując do postępowania konkursowego w określonym zakresie, podpisują oświadczenie, w którym oświadczają między innymi, że jako oferenci zapoznali się z przepisami zarządzenia Prezesa Funduszu w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o

udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz z warunkami zawierania umów, nie zgłaszają do nich zastrzeżeń i przyjmują je do stosowania. Kryteria oceny ofert i warunki wymagane od świadczeniodawców były jawne i nie podlegały zmianie w toku postępowania. Określone w zarządzeniach Prezesa Funduszu kryteria oceny ofert w każdym parametrze: niecenowym i cenowym, znane były oferentom przed rozpoczęciem postępowania konkursowego. W związku z powyższym, zasady oceny ofert, a w szczególności szczegółowe parametry kryteriów oceny oraz waga poszczególnych kryteriów w ocenie łącznej, w podziale na poszczególne zakresy świadczeń opieki zdrowotnej, były znane każdemu oferentowi. Warunki określone w Zarządzeniach Prezesa Funduszu są dla świadczeniodawców biorących udział w postępowaniach wiążące (wyrok NSA z 24 lutego 2011 r., sygn. akt II GSK 262/10). Limity badań dla pracowni tomografii komputerowej istniały od wielu lat i świadczeniodawcy nie wykazywali, iż stanowią one praktykę monopolistyczną, prowadzącą do ograniczania konkurencji na rynku świadczeń opieki zdrowotnej.

W/w określone limity badań obowiązywały już w dniu wydania Decyzji nr RWA – 9/2009 z dnia 10 lipca 2009 Prezesa UOKiK, w której Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazał Narodowemu Funduszowi Zdrowia zaniechanie stosowania jako kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, okoliczności realizowania przez oferenta umowy w dniu złożenia oferty. Istnienie limitów nie było kwestionowane w w/w decyzji Prezesa Urzędu.

Brak punktów za omawiane kryterium nie eliminuje oferenta z udziału w postępowaniu konkursowym, a jedynie stanowi element dodatkowo oceniany w trakcie postępowania, prowadzący do wyłonienia najlepszych oferentów”.

4. „Zgodnie z art. 97 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2008 r. Nr 164,poz. 1027 ze zm.) – Fundusz zarządza środkami finansowymi i w zakresie środków pochodzących ze składek na ubezpieczenie zdrowotne działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych. Do zakresu działania NFZ należy m.in. określanie jakości i dostępności świadczeń opieki zdrowotnej. W myśl art. 102 ust. 5 ustawy o świadczeniach, do zakresu działania Prezesa Funduszu należy w szczególności efektywne i bezpieczne zarządzanie funduszami.

Wprowadzenie omawianego, dodatkowo ocenianego parametru było podyktowane premiowaniem pracowni posiadających większe doświadczenie, co przekłada się na

wyższą jakość omawianych świadczeń opieki zdrowotnej, jak również zapewniających ich jak największą dostępność dla pacjentów. Ponadto nakłady finansowe przeznaczane przez NFZ na realizację świadczeń tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego (które są ze swojej natury ograniczone) nie pozwalają na podpisanie umowy ze wszystkimi oferentami, zarówno nowymi jak i posiadającymi dotychczas umowę. Brak punktów za omawiane kryterium nie eliminuje oferenta z udziału w postępowaniu konkursowym, a jedynie stanowi element dodatkowo oceniany w trakcie postępowania przez komisję konkursową, prowadzący do wyłonienia najlepszych oferentów. Postępowanie konkursowe prowadzi się w celu zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zatem komisja konkursowa podejmuje działania zmierzające do wyboru ofert i zawarcia umów w takiej liczbie, która zapewni świadczeniobiorcom dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej w określonym zakresie. Działania komisji konkursowej nie mają jednak prowadzić do zawarcia umów ze wszystkimi oferentami biorącymi udział w postępowaniu.

Badania rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej są świadczeniami specjalistycznymi niezbędnymi do postawienia prawidłowej diagnozy i podjęcia decyzji co do dalszego postępowania terapeutycznego, dlatego winny zapewniać odpowiednio wysoką jakość. Pacjent, trafiając do pracowni TK czy MR, w zdecydowanej większości przypadków nie jest w stanie samodzielnie ocenić jakości pracy świadczeniodawcy. Dlatego też niezbędne jest wyłonienie w postępowaniu konkursowym w pierwszej kolejności podmiotów, które realizują odpowiednio dużą liczbę badań, przez co (jak wspomniano powyżej) posiadają większe doświadczenie – a co za tym idzie zapewniają ich wyższą jakość”.

5. „Zestawienie wyników ww. przetargów (przeprowadzona analiza) wskazuje, iż wprowadzenie omawianych warunków rankingujących stwarzają sytuację uprzywilejowania świadczeniodawców realizujących kontrakt z Funduszem nie znajduje potwierdzenia w faktach. Wskazane w zarządzeniach Prezesa limity nie dotyczyły wykonywania badań jedynie w ramach umowy z NFZ. Nie stwarzały także w praktyce barier uniemożliwiających uczestnictwo w rynku podmiotów nie realizujących takiej liczby badań. Przeprowadzona analiza postępowań konkursowych w latach 2011-2012 wykazała, że nie preferowano świadczeniodawców posiadających uprzednio umowę z NFZ zarówno w zakresie świadczenia usług tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego. Dowodzi również, że istnieje pełna możliwość zawarcia umów na

realizację omawianych świadczeń także z podmiotami, które w poprzednich latach nie wykonywały liczby badań koniecznej do uzyskania dodatkowych punktów w rankingu”.

6. NFZ odrzuca zarzut, „iż ustalenie dodatkowych warunków rankingujących jest praktyką ograniczającą konkurencję czy praktyką monopolistyczną. Na rynku świadczeń zdrowotnych w omawianych zakresach nie działa jeden podmiot, który kontroluje podaż i cenę. Wskazanie ocenianego dodatkowo limitu, nie było podyktowane stwarzaniem barier eliminujących podmioty nieosiągające wskazanych w zarządzeniu Prezesa NFZ limitów i pozostawienie na rynku jednego, czy nawet kilku świadczeniodawców. Miało jedynie na celu wyłonienie pracowni gwarantujących wysoką jakość kontraktowanych świadczeń. Jednocześnie nie uniemożliwiono (jak wykazano powyżej) otrzymania kontraktu przez liczną grupę pracowni niespełniających dodatkowo ocenianego warunku. Celem postępowania konkursowego nie jest zawarcie umowy ze wszystkimi oferentami. Zdecydowana większość świadczeniodawców została wybrana, a wśród nich znalazła się duża grupa, która nie otrzymała dodatkowych punktów z tytułu osiągnięcia przez pracownie omawianych limitów. Natomiast niewybrani z tego powodu stanowili niewielki odsetek. Omawiane kryteria rankingujące dla pracowni TK i RM opracowane zostały przy udziale grona ekspertów z zespołu konsultanta krajowego w dziedzinie radiologii i diagnostyki obrazowej”.

7. NFZ podniósł, iż „Narodowy Fundusz Zdrowia nie może być uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (u.o.k.i k), albowiem Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ) nie jest przedsiębiorcą na gruncie art. 4 pkt 1 lit. a) „u.o.k.i k”, gdyż nie organizuje on takich usług o charakterze użyteczności publicznej, które – jak stanowi powołany przepis – *„nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”*. Przeciwnie – organizowane przez NFZ usługi są normalną działalnością gospodarczą w rozumieniu ogólnych przepisów o działalności gospodarczej. Ponadto uznanie NFZ za „przedsiębiorcę” byłoby sprzeczne z wykładnią pojęcia „przedsiębiorstwo” na gruncie art. 82 TWE (dokonywaną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości). Tymczasem podmiotowy zakres zakazów wyspecyfikowanych w art. 9 u.o.k.i k. musi być zgodny z podmiotowym zakresem zakazów określonych w art. 82 TWE.

Art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i k. stanowi, że pod pojęciem „przedsiębiorcy” na potrzeby u.o.k.i k. należy m. in. rozumieć „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są

działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. W tym kontekście „usługami użyteczności publicznej” są tego rodzaju świadczenia, które zaspokajają podstawowe i elementarne potrzeby członków społeczeństwa, bez których zaspokojenia nie jest możliwe codzienne normalne bytowanie oraz wykonywanie przez ludzi swojej pracy zawodowej. Usługi użyteczności publicznej są przy tym (muszą być) świadczone w sposób bieżący i nieprzerwany (permanenty), tak, aby wszelkie związane z nimi potrzeby gospodarki oraz członków społeczeństwa mogły być na bieżąco i w sposób ciągły zaspokajane. Usługi te są zazwyczaj powszechnie dostępne dla każdego, kto chce z nich skorzystać, przy czym ta ich powszechna dostępność jest albo pochodną faktu, że dana usługa ma ze swojej natury charakter niewykluczalny (co oznacza, że w sensie praktycznym nie jest możliwe wykluczenie poszczególnych podmiotów z kręgu beneficjentów danej usługi (co jest charakterystyczne dla tzw. dóbr publicznych) albo też wynika to ze stosownych przepisów prawa, przyznających poszczególnym podmiotom zainteresowanym prawnie skutecznie roszczenie o uzyskanie dostępu do danej usługi (zob. np. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 32-34; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 137 i n.; S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Zakamycze 1998, s. 253 i n.). Jednym z tego rodzaju usług o charakterze użyteczności publicznej są bez wątpienia świadczenia opieki zdrowotnej (realizowane w sferze tzw. infrastruktury społecznej), do których równy dostęp (przynajmniej jeśli chodzi o świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych) mają każdemu obywatelowi zapewniać władze publiczne, na zasadach określonych w ustawie zwykłej (art. 68 ust. 2 Konstytucji RP). Z kolei „organizowanie” usług użyteczności publicznej polega na tworzeniu podstaw do świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców, wraz z działaniami zmierzającymi do utrzymania ładu w zakresie określonej działalności rynkowej (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 marca 2003 r. w sprawie XVII Ama 35/02). „Organizowanie” usług o charakterze użyteczności publicznej przez określony podmiot nie jest bynajmniej zachowaniem tego podmiotu ujawniającym się na rynku, lecz jest raczej przejawem „pewnych działań lub decyzji, które pośrednio wpływają na zachowania przedsiębiorców lub na stan konkurencji na rynku. Możliwość wywierania wskazanego wpływu może mieć źródło w szczególnej pozycji nadanej przez prawo określonym podmiotom wobec uczestników rynku, może też wynikać z praw korporacyjnych” (E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie*

konkurencji i konsumentów, op. cit., s. 34). Mówiąc zaś precyzyjniej należałoby stwierdzić, że „organizowanie” usług o charakterze użyteczności publicznej nie jest bynajmniej przejawem bezpośredniego uczestniczenia przez dany podmiot w obrocie gospodarczym, a więc nie jest przejawem brania przez dany podmiot udziału w rynkowej wymianie dóbr i usług, z zamiarem osiągnięcia zysku oraz poprzez dokonywanie stosownych, służących ekwiwalentnej wymianie dóbr i usług, czynności cywilnoprawnych. „Organizowanie” usług o charakterze użyteczności publicznej nie jest bowiem działaniem uczestnika rynku (nie jest działaniem rynkowym *sensu stricto*), lecz jest raczej działaniem podmiotu stojącego na zewnątrz rynku, które to działanie w określony sposób strukturalizuje rynek, w tym sensie, że tworzy na tymże rynku stosowne warunki oraz przesłanki do wykonywania na nim określonej działalności w zakresie użyteczności publicznej. Jest to zatem działanie kreujące warunki gry rynkowej na określonym rynku użyteczności publicznej, przy czym nie pochodzi ono od podmiotu, który działałby w danym konkretnym przypadku jako uczestnik tegoż rynku (M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, op. cit., s. 135-137). Można przy tym uznać, że „organizowaniem” usług o charakterze użyteczności publicznej jest również ich finansowanie (w sensie zawierania przez określony podmiot umów o finansowanie tych usług realizowanych przez osoby trzecie), tak jak to czyni w ramach swojej działalności NFZ. Należy podkreślić fakt, że art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i k. uznaje wprawdzie za „przedsiębiorców” na potrzeby u.o.k.i k. takie podmioty, które organizują usługi o charakterze użyteczności, ale jedynie wówczas, gdy owe usługi użyteczności publicznej „nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. Oznacza to – biorąc pod uwagę literalną wykładnię przytoczonego przepisu – że status „przedsiębiorcy” przysługuje jedynie podmiotom organizującym takie usługi użyteczności publicznej, które w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. nr 155, poz. 1095 ze zm.) nie mają charakteru „działalności gospodarczej” (zob. art. 2 powołanej ustawy). Natomiast podmioty (tj. osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną) organizujące takie usługi użyteczności publicznej, które w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są (normalną) „działalnością gospodarczą”, nie posiadają statusu „przedsiębiorcy” na gruncie powołanego art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i k., zaś swój ewentualny status „przedsiębiorcy” na potrzeby u.o.k.i k. mogą czerpać jedynie z treści art. 4 pkt 1 zd. 1 u.o.k.i k. W tym ostatnim przepisie jest mowa o

przedsiębiorcach „w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”, czyli o podmiotach, które we własnym imieniu (lub w imieniu wspólnym – jak w przypadku wspólników spółki cywilnej) „wykonują” działalność gospodarczą (zob. art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej).

Można zatem powiedzieć, że „przedsiębiorcami” na użytek prawa antymonopolowego są przede wszystkim „przedsiębiorcy” w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, czyli podmioty, które „wykonują” działalność gospodarczą (w tym też podmioty, które świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej będące normalną działalnością gospodarczą), w tym mianowicie sensie, że uczestniczą w obrocie gospodarczym w charakterze jednego z uczestników gry rynkowej i zaspokajają na rynku ujawniające się tam pod postacią popytu potrzeby innych ludzi (innych podmiotów prawa). Natomiast podmioty, które nie są w powyższy sposób zaangażowane w (bezpośrednie) prowadzenie na rynku normalnej działalności gospodarczej mogą być na gruncie prawa antymonopolowego „przedsiębiorcami” jedynie wtedy, gdy uczestniczą w realizowaniu, nie będących działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, usług o charakterze użyteczności publicznej, w tym mianowicie sensie, że te usługi bądź same świadczą, bądź też je przynajmniej organizują. Nie ulega wątpliwości, że NFZ sam nie świadczy żadnych usług o charakterze użyteczności publicznej. Do jego zadań należy przede wszystkim zarządzanie środkami finansowymi pochodzącymi ze składek oraz finansowanie za ich pomocą świadczeń zdrowotnych udzielanych osobom do nich uprawnionym. NFZ określa też jakość i dostępność wchodzących w grę świadczeń, a także monitoruje realizację i rozliczanie zawieranych umów (art. 97 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. nr 210, poz. 2135, z późn. zm.), dalej zwana „ustawą o świadczeniach”. NFZ jedynie zatem organizuje usługi o charakterze użyteczności publicznej, przy czym należy podkreślić, że usługi te, tj. usługi z zakresu opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych, są normalną działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej: „Działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”. W kontekście tej definicji należy uznać, że świadczenia z zakresu opieki zdrowotnej (finansowane ze środków publicznych) są bez wątpienia działalnością usługową,

znamionującą się przy tym następującymi cechami konstytutywnymi dla pojęcia „działalność gospodarcza”: zarobkowym charakterem, zorganizowanym sposobem wykonywania oraz ciągłością. Nie ulega przy tym najmniejszej wątpliwości, że wszystkie podmioty, które realizują na rzecz określonych świadczeniobiorców świadczenia z zakresu opieki zdrowotnej (finansowane ze środków publicznych) i które to podmioty ustawa o świadczeniach nazywa „świadczeniodawcami” (zob. art. 5 pkt 41 powołanej ustawy), wykonują swoją działalność właśnie w sposób zarobkowy (w przyjętym wyżej rozumieniu), spełniając w ten sposób jedną z cech konstytutywnych dla pojęcia działalności gospodarczej. Ponadto należy także podkreślić, że zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy o świadczeniach: „Fundusz nie wykonuje działalności gospodarczej”, co przesądza o niemożności uznania go bezpośrednio za przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą”.

Dodatkowo w piśmie z dnia 5 lipca 2013., znak: NFZ/CF/BP/2013/073/0021/W/18308/MKC NFZ podał nazwy i adresy nowych oferentów wybranych w postępowaniach konkursowych w 2012 r. na realizację świadczeń w zakresie ambulatoryjnych świadczeń diagnostycznych kosztochłonnych: badania rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, w podziale na oddziały NFZ organizujące te konkursy, na ten rok, wraz z przykładowym zestawieniem wyników konkursów.

Pismem z dnia 21 listopada 2013 r. NFZ został poinformowany o zakończeniu zbierania przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy. NFZ skorzystał z uprawnienia do zapoznania się ze zgromadzonym w trakcie postępowania materiałem dowodowym.

W dniu 3 grudnia 2013 r. (data pisma NFZ doręczonego w dniu 5 grudnia 2013 r.) NFZ wystąpił z wnioskiem o przeprowadzenie nowych dowodów w sprawie w postaci uzyskania dokumentów znajdujących się w posiadaniu Ministra Zdrowia potwierdzających legalność wydawanych przez NFZ zarządzeń przywoływanych w prowadzonym postępowaniu i wskazanych w tym piśmie przez NFZ oraz o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków, to jest dwóch profesorów dr hab., n. med. na okoliczność przyjęcia jako kryterium oceny ofert w ramach jakości ilości badań wykonanych przez pracownie diagnostyczne i praktycznego uzasadnienia do stosowania takiego kryterium. Ponadto NFZ załączył do pisma dowody potwierdzające akceptację krajowego konsultanta ds. Radiologii i

Diagnostyki Obrazowej wymagania wobec pracowni tomografii komputerowej oraz wobec pracowni diagnostycznych z roku 2008 i 2011 i pismo krajowego konsultanta ds. Radiologii i Diagnostyki Obrazowej z 2012 r. dotyczące między innymi zasadności stosowania kryterium jakości w działalności NFZ. Ponadto, NFZ wystąpił z wnioskiem o odstąpienie od nałożenia kary przez Prezesa Urzędu ze względu, iż posiadane środki przez NFZ są środkami publicznymi a wymierzona kara będzie miała wpływ na zmniejszenie środków finansowych przeznaczonych na finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej na rzecz świadczeniodawców. Do wniosku o przeprowadzenie nowych dowodów w sprawie Prezes Urzędu ustosunkował się w piśmie z dnia 10 grudnia 2013 r., po otwarciu niniejszego postępowania, a następnie jego zamknięciu i poinformowaniu strony o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiale dowodowym.

Prezes Urzędu ustalił w niniejszej sprawie, co następuje

Zasady funkcjonowania, organizację i zadania NFZ określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 20008 r. Nr 164, poz. 1027, ze zm.) – zwana dalej: „ustawą o świadczeniach opieki zdrowotnej”. W jej świetle NFZ jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. W skład tej jednostki wchodzi centrala NFZ oraz oddziały wojewódzkie NFZ. Zgodnie z art. 97 ust. 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, do zakresu działania NFZ należy w szczególności:

1. określanie jakości i dostępności oraz analiza kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej,
2. przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie ich realizacji i rozliczanie,
3. finansowanie medycznych czynności ratunkowych świadczeniobiorcom,
4. opracowywanie, wdrażanie, realizowanie i finansowanie programów zdrowotnych,
5. wykonywanie zadań zleconych, w tym finansowanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia, w szczególności realizacja programów zdrowotnych.

Krąg osób „ubezpieczonych” w rozumieniu ww. ustawy jest szeroki i obejmuje on także osoby nie objęte obowiązkowym ubezpieczeniem zdrowotnym. Jednocześnie żaden przepis ustawy z dnia o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nie przyznaje świadczeniobiorcom prawa do żądania zwrotu środków poniesionych na opiekę

zdrowotną poza systemem określonym w ustawie (vide: Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2009 r. VII SA/Wa 232/09).

NFZ zarządza środkami finansowymi pochodzącymi głównie z należnych składek na ubezpieczenie zdrowotne. NFZ jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia zdrowotne (usługi medyczne) finansowane ze środków publicznych na terenie kraju, gdyż tylko jemu ustawodawca powierzył funkcję płatnika świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych i organizatora tych usług.

Pojęcie świadczeń zdrowotnych jest zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 poz. 217) oraz art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Zgodnie z tym artykułem świadczeniami zdrowotnymi są działania służące profilaktyce, zachowaniu ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania. Podstawą udzielania świadczeń zdrowotnych finansowanych przez NFZ jest umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawarta pomiędzy świadczeniodawcą a dyrektorem oddziału wojewódzkiego NFZ. Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie z świadczeniodawcą podmiotem leczniczym (zdefiniowanym w art. 4 ww. ustawy o działalności leczniczej), wybranym do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w rozdziale VI ustawy o świadczeniach zdrowotnych. Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nie może być zawarta na czas nieoznaczony, przy czym zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata wymaga zgody Prezesa NFZ.

Zawieranie przez NFZ umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych odbywa się po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert albo rokowań, jednak podstawowym trybem postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych jest konkurs ofert. Prowadzącym postępowanie konkursowe jest Oddział NFZ, każdy dla swojego rejonu działania. Do postępowań tych przystępują podmioty lecznicze w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 poz. 217). Zgodnie z tym artykułem podmiotami leczniczymi są:

- 1) przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.²⁾) we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej,
- 2) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,

- 3) jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe tworzone i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Ministra Sprawiedliwości lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza podstawowej opieki zdrowotnej,
- 4) instytuty badawcze, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654 i Nr 185, poz. 1092),
- 5) fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej,
- 5a) posiadające osobowość prawną jednostki organizacyjne stowarzyszeń, o których mowa w pkt 5,
- 6) osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania - w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą.

Fundusz jest obowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej).

Prezes NFZ na podstawie art. 102 ust. 5 pkt 25 i art. 146 pkt 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej wydaje zarządzenia w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

W postępowaniach organizowanych przez NFZ na rok 2010 i 2011 kryteria oceny ofert na świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego zostały ustalone zarządzeniem Nr 73/2009/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. W tabeli 1.1.2. ambulatoryjne świadczenia diagnostyczne kosztochłonne załącznika nr 1 do tego zarządzenia, w części dotyczącej kryterium oceny ofert wskazany został parametr oceny – kryterium jakości o treści: jakość badań z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +10, w którym parametr oceny stanowiła liczba badań wykonanych rocznie w pracowni badań tomografii komputerowej w ilości 3.500 badań. Dla pracowni rezonansu magnetycznego limity nie były wskazane i do 2011 r. nie obowiązywały.

Natomiast w postępowaniach organizowanych przez NFZ na rok 2012 kryteria oceny ofert na świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego zostały ustalone zarządzeniem Nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30 września 2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej; zmienionego zarządzeniami nr 70/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 20 października 2011 r., nr 77/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 26 października 2011 r., nr 80/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 3 listopada 2011 r., nr 84/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 16 listopada 2011 r., nr 91/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 13 grudnia 2011 r.

W tabeli 1.13.2 załącznika Nr 1 do zarządzenia Nr 82/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 4 listopada 2011r. zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zatytułowanej ambulatoryjne świadczenia diagnostyczne kosztochłonne, wskazany został parametr oceny - kryterium jakości – z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +20, w którym parametr oceny stanowi liczba badań wykonanych w pracowni, przy czym wymagania co do ilości tych badań określono na poziomie:

- dla tomografii komputerowej minimum 5.000 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosi 5 punktów,
- dla pracowni dla rezonansu magnetycznego minimum 2.500 badań rocznie – liczba punktów jednostkowych za pozytywną odpowiedź wynosi 5 punktów.

Pozostałe kryteria jakości – parametry oceny w tej tabeli stanowiły:

- czas pracy pielęgniarki z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +2,
- certyfikat jakości z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +5,
- wyniki kontroli rozpoczętych po dniu 1 stycznia roku poprzedzającego rok, które dotyczą postępowanie w sprawie zawarcia umowy z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny – 5.

Innymi parametrami oceny ofert były:

- kompleksowość z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +15,
- dostępność z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +10,
- cena z wagą skalującą maksymalną liczbę punktów oceny +20.

Zarządzeniem Nr 73/2012/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 8 listopada 2012 r. zmieniającym zarządzenie w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej,

doprecyzowano, że liczba badań zrealizowanych rocznie w pracowni obejmuje badania wykonane w trybie ambulatoryjnym i stacjonarnym, także poza umową z NFZ. Tym samym do ilości wykonanych badań zarówno w zakresie tomografii komputerowej jak i rezonansu magnetycznego zlicza się nie tylko ilości badań zrealizowanych w ambulatoriach, ale również te badania, które są wykonywane w ramach leczenia stacjonarnego (podczas hospitalizacji w ramach umowy z NFZ lub prywatnie - hospitalizacja obejmuje również diagnostykę w tym tomografię komputerową i rezonans magnetyczny) lub wykonywanych na rzecz szpitali czy przychodni na podstawie umowy podwykonawczej. Taka metoda zliczania ilości badań skutkuje tym, że szpitale które dotychczas nie wykonywały tomografii komputerowej lub rezonansu magnetycznego z chwilą zakupu i uruchomienia tych urządzeń uzyskują automatycznie kilkaset badań rocznie realizowanych w ramach hospitalizacji.

Do postępowań w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych mogą przystępować podmioty lecznicze w rozumieniu art. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej. Zgodnie z tym artykułem podmiotami leczniczymi są:

- 1) przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.²⁾) we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej,
- 2) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
- 3) jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe tworzone i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Ministra Sprawiedliwości lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza podstawowej opieki zdrowotnej,
- 4) instytuty badawcze, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654 i Nr 185, poz. 1092),
- 5) fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej,

- 5a) posiadające osobowość prawną jednostki organizacyjne stowarzyszeń, o których mowa w pkt 5,
- 6) osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania - w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą.

Na terenie Łódzkiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w Łodzi w postępowaniach konkursowych (w drodze wyboru najkorzystniejszej oferty - zwanego dalej również „postępowaniem ofertowym”) w 2012 r. na realizację świadczeń w zakresie ambulatoryjnych świadczeń diagnostycznych kosztochłonnych dotyczących: badania rezonansu magnetycznego, parametr ilość wykonanych badań przeważał o nie wybraniu 2 oferentów biorących udział w postępowaniu ogłoszonym dla dzielnicy Łódź – Bałuty (pismo NFZ Łódzkiego Oddziału Wojewódzkiego w Łodzi z dnia 28 sierpnia 2012 r., znak: ŁOW NFZ/WŚOZ 071-23/12-(2)/KF). Również na terenie Łódzkiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w Łodzi w postępowaniach konkursowych w 2012 r. na realizację świadczeń w zakresie ambulatoryjnych świadczeń diagnostycznych kosztochłonnych dotyczących: badania tomografii komputerowej, ilość wykonanych badań przeważała o nie wybraniu 3 oferentów biorących udział w postępowaniu ogłoszonym dla dzielnicy Łódź – Bałuty i jednego oferenta biorącego udział w postępowaniu przetargowym dla Skierniewic (pismo NFZ Łódzkiego Oddziału Wojewódzkiego w Łodzi z dnia 28 sierpnia 2012 r., znak: ŁOW NFZ/WŚOZ 071-23/12-(2)/KF). Jak wyjaśnił NFZ ww. piśmie taka sytuacja w postępowaniu dla dzielnicy Łódź – Bałuty była następstwem zgłoszenia w tym postępowaniu największej liczby ofert w województwie.

Ponadto Prezes Urzędu na podstawie informacji przekazanych przez NFZ a zawartych w tabelarycznych zestawieniach uczestników postępowań ofertowych przeprowadzonych w poszczególnych oddziałach NFZ pod koniec 2011 r. i na początku 2012 r. w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, w których uczestniczyli nowi oferenci, oraz informacji uzyskanych od podmiotów leczniczych uczestników tych postępowań ustalił, co następuje:

1. W zakresie postępowań ofertowych dot. tomografii komputerowej dla obszarów ofertowych:

- obszaru garwolińskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 20 pkt za jakość badań, pomimo nie wykonania limitu badań rocznie),
- obszaru piaseczyńskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
- obszaru kozienickiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
- obszaru Warszawy na 6 złożonych ofert 5 ofert zostało złożonych przez podmioty przystępujące po raz pierwszy do postępowania ofertowego przed NFZ i wszystkie oferty zostały wybrane. W tym postępowaniu podmiot leczniczy, który po raz kolejny przystępował do postępowania ofertowego przed NFZ otrzymał 0 punktów za jakość badań),
- obszaru bytowskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
- obszaru powiatów chodzieski i wągrowiecki zostały złożone 2 oferty przez podmioty lecznicze po raz pierwszy przystępujące do postępowania ofertowego przed NFZ i oferty ich zostały wybrane (podmioty otrzymał po 0 pkt za jakość badań),
- obszaru powiatu kaliskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta nie została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
- obszaru powiatu kępińskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
- obszaru powiatu kościańskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 20 pkt za jakość badań pomimo nie wykonania limitu badań rocznie),
- obszaru powiatu ostrzeszowskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta

- została wybrana (podmiot otrzymał 20 pkt za jakość badań pomimo nie wykonania limitu badań rocznie),
- obszaru powiatu poznańskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - obszaru powiatu śremskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - obszaru Łódź - Bałuty na 6 złożonych ofert 1 została złożona przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i którego oferta nie została wybrana. Również nie zostały wybrane oferty 2 podmiotów leczniczych przystępujących po raz kolejny do postępowań ofertowych przed NFZ. Wszystkie odrzucone oferty otrzymały 0 punktów za jakość badań),
 - obszaru powiatu pajęczańskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - obszaru powiatu poddębickiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 20 pkt za jakość badań pomimo nie wykonania limitu badań rocznie),
 - obszaru Skierniewic i powiatu skierniewickiego zostały złożone 2 oferty w tym 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta nie została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - obszaru powiatu zduńskowolskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - dla obszaru Białegostoku i powiatów białostocki, sokólski, moniecki na 6 złożonych ofert wszystkie oferty złożone przez podmioty lecznicze zostały wybrane przez NFZ, w tym oferta podmiotu przystępującego po raz pierwszy do postępowania ofertowego przed NFZ. Podmiot ten otrzymał 20 pkt za jakość badań. Z 5 pozostałych podmiotów realizujących już wcześniej kontrakty z NFZ 3 z nich otrzymały 0 punktów za jakość badań),

- obszaru powiatów ełcki i piski na 3 złożone NFZ oferty 2 nie zostały wybrane. Nie wybrano ofert podmiotów leczniczych po raz pierwszy przystępujących do postępowania ofertowego przed NFZ. Wszystkie podmioty lecznicze uczestniczące w postępowaniu ofertowym otrzymały 20 punktów za jakość badań. Informacja otrzymana tylko od jednego z podmiotów leczniczych po raz pierwszy przystępującego do postępowania ofertowego przed NFZ wskazuje, że podmiot ten nie wykonał rocznego limitu badań.
- obszaru powiatów: kętrzyński i węgorzewski została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
- obszaru powiatów olecki i gołdapski zostały złożone 2 oferty 1 przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferty te zostały wybrane (w informacji NFZ wskazano dwie oferty złożone przez ten sam podmiot leczniczy),
- obszaru Jeleniej Góry i powiatów: bolesławiecki, jeleniogórski, lubański, lwówecki, zgorzelecki zostało złożonych 6 ofert, w tym jedna przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i którego oferta została odrzucona. Podmiot ten otrzymał 0 punktów za jakość badań tyle samo co 2 podmioty wybrane, które realizowały wcześniej kontrakt z NFZ,
- obszaru Legnicy powiatów: głogowski, górowski, jaworski, legnicki, lubiński, polkowicki, złotoryjski zostało złożonych 6 ofert, w tym jedna oferta złożona przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została odrzucona. Podmiot ten otrzymał 0 punktów za jakość badań, tyle samo co 2 podmioty lecznicze wybrane, które już wcześniej realizowały kontrakt na te świadczenia z NFZ.
- obszaru Wrocławia i powiatów: milicki, oleśnicki, oławski, strzebiński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski zostało złożonych 12 ofert. Nie zostały wybrane 3 oferty podmiotów leczniczych w tym jedyna oferta podmiotu leczniczego po raz pierwszy przystępującego do postępowania ofertowego przed NFZ. Podmioty te otrzymały 0 pkt za jakość badań. Również 0 pkt za jakość badań otrzymał 1 z podmiotów leczniczych, którego oferta została przyjęta przez NFZ.

Natomiast na podstawie informacji uzyskanych od badanych podmiotów leczniczych Prezes Urzędu ustalił, że od wyników postępowania ofertowego odwołała się Centrum Diagnostyki Obrazowej FANTOM Sp. z o.o. w Łodzi prowadzące podmiot leczniczy Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej FANTOM uczestniczący po raz pierwszy w postępowaniu ofertowym dla obszaru Wrocławia i powiatów: milicki, oleśnicki, oławski, strzebiński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski, i którego oferta nie została wybrana. W swojej skardze ww. Spółka podniosła, że wykonuje w swojej pracowni 5000 badań tomografii komputerowej rocznie. Nie uwzględnienie tego faktu spowodowało nie uzyskanie dodatkowych punktów i w konsekwencji nie wybranie oferty. W następstwie ww. skargi NFZ przeprowadził nowe postępowania i zawarł z ww. Spółką umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Powyższa sytuacja wskazuje, że nie spełnienie powyższego kryterium może w praktyce mieć decydujący wpływ na uzyskanie kontraktu.

2. W zakresie postępowań ofertowych dot. rezonansu magnetycznego dla obszarów ofertowych:
 - obszaru Płocka i powiatu płockiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - obszaru piaseczyńskiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - obszaru Warszawy na 8 złożonych ofert wszystkie były złożone przez podmioty przystępujące po raz pierwszy do postępowania ofertowego przed NFZ i 1 oferta nie została wybrana (podmiot ten otrzymał 0 pkt za jakość badań),
 - obszaru Ostrołęki i powiatu ostrołęckiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 20 pkt za jakość badań),
 - obszaru subregion poznański na 9 ofert złożonych przez podmioty lecznicze 1 oferta była złożona przez podmiot po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ. W postępowaniu tym odrzucono ofertę podmiotu leczniczego, który już wcześniej realizował kontrakt z NFZ, natomiast podmiot po raz pierwszy składający ofertę jako jedyny działał poza obszarem Poznania – to jest w Nowym Tomyślu.

- obszaru subregion kaliski zostały złożone przez podmioty lecznicze 2 oferty w tym 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ (otrzymał on 0 pkt za jakość badań) i obie oferty zostały wybrane. Składający oferty działali w dwóch różnych miast: Pleszewie i Kaliszu,
- obszaru subregion koniński została złożona 1 oferta przez podmiot po raz pierwszy składający ofertę NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 0 pkt z jakości badań),
- obszaru Łódź - Bałuty na 5 złożonych 2 zostały złożone przez podmioty lecznicze po raz pierwszy przystępujące do postępowania ofertowego przed NFZ, i których oferty nie zostały wybrane. Podmioty odrzucone otrzymały 0 pkt za jakość badań,
- obszaru sieradzkiego została złożona 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta została wybrana (podmiot otrzymał 20 pkt za jakość badań pomimo nie wykonania limitu badań rocznie),
- obszaru Łomży i powiatów: łomżyński, zambrowski, kolneński, grajewski, wysokomazowiecki zostały złożone 2 oferty w tym 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ i oferta ta nie została wybrana (podmiot ten otrzymał 20 pkt, tyle samo jak zwycięzca, za jakość badań pomimo nie wykonania limitu badań rocznie),
- obszaru Suwałk i powiatów: suwalski, augustowski i sejneński zostały złożone 2 oferty, obie oferty przez podmioty lecznicze po raz pierwszy przystępujące do postępowania ofertowego przed NFZ. Oferta jednego z nich nie została wybrana (podmiot ten otrzymał 20 pkt za jakość badań pomimo nie wykonania limitu badań rocznie i jak sam twierdzi po ponownych negocjacjach został wybrany. Wybrany podmiot również nie wykonał limitu badań a uzyskał 20 pkt),
- obszaru powiatów: dzierzoniowski, kamiennogórski, kłodzki, świdnicki, wałbrzyski, ząbkowicki zostały złożone 3 oferty, w tym 1 oferta przez podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ. Wszystkie oferty zostały wybrane Każdy z podmiotów składających ofertę działał na terenie innego powiatu,
- obszaru Wrocławia i powiatów: milicki, oleśnicki, oławski, strzeliński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski zostało złożonych 11 ofert, w tym 1 oferta przez

podmiot leczniczy po raz pierwszy przystępujący do postępowania ofertowego przed NFZ . Wszystkie oferty zostały wybrane.

Powyższe zestawienia punktacji i wyników postępowań ofertowych wskazuje, że nie wszystkie oddziały NFZ stosują jednakowe kryteria oceny składanych przez podmioty lecznicze ofert w zakresie punktowej oceny parametru jakości dotyczącego ilości zrealizowanych świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w pracowni rezonansu magnetycznego i pracowni tomografii komputerowej (obszary przetargowe podkreślone). Dowodzi tego punktacja, jaka został przyznana podmiotom leczniczym zarówno po raz pierwszy jak i kolejny przystępującym do postępowań ofertowych dla obszaru Łomży i powiatów: łomżyński, zambrowski, kolneński, grajewski, wysokomazowiecki, obszaru Suwałk i powiatów: suwalski, augustowski i sejneński, obszaru Białegostoku i powiatów białostocki, sokólski, moniecki oraz obszaru powiatów ełcki i piski. W tych postępowaniach pomimo nie osiągnięcia przez podmioty składające oferty limitu punktów otrzymały one 20 punktów za parametr jakości. Przyznanie tej punktacji nie miało jednak znaczenia dla wyboru oferty gdyż podmioty, które otrzymały „nienależne” punkty zostały wybrane gdyż nie miały konkurencji w postaci podmiotów startujących po raz kolejny w danym przetargu ofertowym NFZ.

Z powyższych zestawień wyników postępowań ofertowych z zakresu rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej wynika, że na nowo utworzonych obszarach ofertowych i na obszarach, na których do postępowania ofertowego przystąpił tylko jeden nowy podmiot lub dwa nowe podmioty z różnych miejscowości (postępowania ofertowe zaznaczone kursywą), parametr jakości dotyczący ilości wykonanych badań w pracowni rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej nie miał wpływu na wynik wyboru oferenta, a więc nie był on niezbędny NFZ do oceny doświadczenia jak i dostępności oferowanych świadczeń. Ponadto powyższe zestawienie przetargów ofertowych wskazuje, że na nowych obszarach przetargowych, gdzie występuje z reguły jeden podmiot wykonujący od niedawna świadczenia tomografii komputerowej lub rezonansu magnetycznego NFZ nie stosowała parametru jakościowego dotyczącego ilości wykonanych badań przy wyborze ofert, co nie wyklucza możliwości sięgnięcia po ten parametr w przypadku pojawienia się konkurencji, jak to miało miejsce na obszarze ofertowym Łódź – Bałuty w Łodzi czy na obszarze ofertowym Skierniewic i powiatu skierniewickiego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego bezspornym jest, że parametr ilości wykonanych badań rocznie w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej miało rozstrzygające znaczenie w wyborze przez NFZ podmiotów leczniczych biorących udział w postępowaniach ofertowych prowadzonych dla następujących obszarów ofertowych

1. W zakresie tomografii komputerowej:

- w postępowaniu dla obszaru Łódź – Bałuty, z którego to postępowania w następstwie nie spełnienia tego parametru nie została wybrana oferta Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Wł. Biegańskiego w Łodzi, podmiotu który po raz pierwszy przystąpił do postępowania ofertowego i NZOZ Centrum Medycznego Bazarowa w Łodzi oraz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 4 im. M. Konopnickiej UM w Łodzi, podmiotów które realizowały już kontrakt z NFZ na te świadczenia, na tym obszarze,
- w postępowaniu dla obszaru Skierniewic i powiatu skierniewickiego, z którego to postępowania w następstwie nie spełnienia tego parametru nie została wybrana oferta NZOZ FANTOM w Skierniewicach, podmiotu który po raz pierwszy przystąpił do postępowania ofertowego.
- obszaru Wrocławia i powiatów: milicki, oleśnicki, oławski, strzebiński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski, z którego to postępowania w następstwie nie spełnienia tego parametru nie została wybrana oferta Centrum Diagnostyki Obrazowej FANTOM Sp. z o.o. w Łodzi, podmiotu który po raz pierwszy przystąpił do postępowania ofertowego.

2. W zakresie rezonansu magnetycznego w postępowaniu dla obszaru Łódź – Bałuty, z którego to postępowania w następstwie nie spełnienia tego parametru nie zostały wybrane oferty NZOZ Centrum Medycznego Bazarowa w Łodzi i Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 4 im. M. Konopnickiej UM, podmiotów po raz pierwszy przystępujących do postępowania ofertowego.

Należy również podnieść, że na skutek nie wybrania, między innymi w następstwie nie spełnienia kryterium ilości wykonanych badań, przez NFZ ofert Centrum Diagnostyki Obrazowej Fantom Sp. z o.o. działającej w Ełku (dowód: karta nr 1006) i Ortopedii i Traumatologii spółki partnerskiej w Białymstoku (dowód: karta nr 1020) podmioty te zakończyły działalność w zakresie świadczenia badań tomografii komputerowej na obszarach ofertowych objętych kontraktem NFZ.

Ponadto, na skutek nie wybrania, między innymi w następstwie nie spełnienia kryterium ilości wykonanych badań, przez NFZ oferty Ortopedii i Traumatologii spółki partnerskiej w Białymstoku podmiot ten zakończył działalność w zakresie świadczenia badań rezonansu magnetycznego na obszarze ofertowym powiatu augustowskiego, sejneńskiego, suwalskiego i Suwałk (dowód: karta 1020).

Należy również wskazać, że kontrakty podpisane z NFZ w zakresie świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego nie są w stanie (szczególnie na poza aglomeracyjnych obszarach przetargowych) ze względu na oferowaną wielkość kontraktu, zapewnić podmiotom leczniczym z którymi podpisany zostanie kontrakt, taką ilość badań, która umożliwiłaby spełnienie parametru ilościowego ustalonego przez NFZ (dowód: karta nr 811).

Jak wynika z prowadzonych przez Prezesa Urzędu postępowań antymonopolowych i informacji z rynku podmioty lecznicze będące szpitalami nie są zainteresowane podzlecaniem świadczeń tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego nie publicznym zakładom opieki zdrowotnej, co wyraźnie ogranicza możliwości tych zakładów uzyskaniu wskazanych przez NFZ limitu badań rocznie (vide: prawomocna Decyzja Prezesa Urzędu Nr RLU 31/2012 z dnia 18 grudnia 2012 r.).

Wydatki na świadczenia zdrowotne w zakresie tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego za 2012 r. wyniosły ok. 1% wydatków NFZ na świadczenia opieki zdrowotnej (ok. 600 mln zł).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje

Postępowanie w niniejszej sprawie dotyczy zarzutu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję o której mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych, przeciwdziałającej ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na ww. rynku, w następstwie przyjęcia za kryterium jakościowe oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o

udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, parametru ilości wykonanych badań rocznie.

Interes publiczny

W postępowaniach, które jak niniejsza sprawa, dotyczą zarzutu stosowania praktyk ograniczających konkurencję należy uwzględnić publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nie każde naruszenie prawa przez przedsiębiorcę uzasadnia wdrożenie przez Prezesa Urzędu postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, że jej celem jest służyć interesom publicznym, a użyte w art. 1 i 2 tej ustawy sformułowanie *w interesie publicznym* oznacza, iż ochrona konkurencji podejmowana jest przez Prezesa Urzędu w interesie państwa, niezależnie od działań jednostek i niezależnie od ich interesów¹.

Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Zgodnie z orzecznictwem antymonopolowym naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska². Ustawa antymonopolowa w odniesieniu do konkurencji chroni interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego³. Rynek funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania na nim i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie mechanizmu konkurencji w takim ujęciu należy uznać działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą zaburzeń na rynku rozumianych jako negatywne zjawiska charakteryzujące jego funkcjonowanie⁴. Z publicznoprawnego charakteru ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika zatem, że znajduje ona zastosowanie, gdy ma miejsce naruszenie interesu publicznego utożsamianego z powstaniem, utrzymaniem i niezakończonym rozwojem konkurencji na określonym rynku. Jednocześnie, jako zagrażające bądź naruszające konkurencję należy uznać takie zachowania

¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r. (sygn. akt III SK 40/07).

² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 24.01.1991r. sygn. akt XV Amr 8/90.

³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 23.10.2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01.

⁴ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dn. 28.11.2003 r. sygn. akt XVII Ama 105/02.

przedsiębiorców, które dotyczą sfery interesów szerokiego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji jako zjawiska właściwego mechanizmom gospodarowania. Zważyć należy, że tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Konkurencja pozwala na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Dlatego działania przedsiębiorców, które poprzez stwarzanie nieuzasadnionych barier dostępu do rynku są w stanie zmienić stosunki rynkowe, prowadzące do zniekształcenia konkurencji, godzą w interes publiczny.

W okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż zakwestionowane działania NFZ spełniają powyższy wymóg. Działania te wywierają istotny wpływ na warunki funkcjonowania podmiotów leczniczych (świadczeniodawców) na rynku udzielania świadczeń zdrowotnych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej na terenie kraju, przez co oddziałują również na sytuację szerokiego kręgu osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym korzystających z tych świadczeń. Zakwestionowane zachowanie oddziałuje negatywnie zarówno w stosunku do podmiotów chcących udzielać świadczeń opieki zdrowotnej w ww. zakresie poprzez zamknięcie im możliwości wejścia na rynek tych świadczeń, jak i w stosunku do konsumentów (świadczeniobiorców) poprzez ograniczenie możliwości wyboru przedsiębiorcy udzielającego ww. świadczeń. W analizowanym przypadku przedmiotem ochrony antymonopolowej jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania ww. rynku poprzez wyeliminowanie barier dostępu wprowadzonych przez NFZ i będących przedmiotem prowadzonego postępowania. Sprawa, którą rozpatruje Prezes Urzędu dotyczy zatem naruszenia samej instytucji konkurencji. Tym samym jest ona prowadzona w interesie publicznym.

Przesłanki praktyki ograniczającej konkurencję.

Stosownie do art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, którego naruszenie jest zarzucane NFZ w niniejszej sprawie, *zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców; nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.* Aby stwierdzić, iż doszło do naruszenia ww. przepisu konieczne jest dowiedzenie, iż:

- kwestionowane działanie jest podejmowane przez podmiot będący przedsiębiorcą;

- przedsiębiorca ten zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym;
- przedsiębiorca ten przeciwdziała ukształtowaniu się warunków, które są niezbędne do powstania lub rozwoju konkurencji.

Strona postępowania.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przedsiębiorcę należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także m.in. osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 lit. a ww. ustawy).

Pojęcie „usług użyteczności publicznej” nie zostało zdefiniowane w polskim prawie. Wykładnia tego pojęcia uwzględnia znaczenie, jakie nadają mu inne przepisy prawa. W orzecznictwie uznano, że na potrzeby przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów znaczenie pojęcia „usług użyteczności publicznej” można ustalić poprzez wskazanie celu, któremu działalność ta ma służyć⁵. Jak wynika z orzecznictwa usługi o charakterze użyteczności publicznej są ukierunkowane przede wszystkim na zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa takich, jak zaopatrywanie ludności w wodę, gaz, energię elektryczną, zapewnienie opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, komunikacji oraz utrzymywanie dróg publicznych⁶.

W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie zdefiniowano również pojęcia „organizowania” usług użyteczności publicznej. Zgodnie z poglądami orzecznictwa termin ten należy odnosić do działalności polegającej na tworzeniu podstaw świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców i działań zmierzających do uzyskania ładu w zakresie określonej działalności rynkowej. W doktrynie organizowanie tych usług rozumiane jest jako kreowanie stosownych warunków (ekonomicznych, finansowych, technicznych, organizacyjnych) umożliwiających świadczenie usług zupełnie innym podmiotom. Za organizujące usługi o charakterze użyteczności publicznej uważa się te podmioty, które dzięki specjalnej pozycji nadanej im przez prawo lub wskutek uprawnień korporacyjnych mogą

⁵ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* pod red. prof. T. Skoczego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 124-125.

⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r. sygn. akt III SK 22/04, OSNP 2006, nr 3, poz. 46 za: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* pod red. C. Banasińskiego ... - op.cit., s. 58.

kształtować zachowania innych uczestników rynku, ingerując tym samym w stan konkurencji⁷.

Należy również wskazać, iż pojęcie przedsiębiorcy z punktu widzenia prawa konkurencji należy odnieść do wszystkich osób i organizacji, które uczestniczą w obrocie gospodarczym i tym samym mają możliwość wpływania na warunki konkurencji, również, gdy nie są one nastawione na osiąganie zysku. Zasadniczą przesłanką traktowania podmiotów, które nie przynoszą zysków jako przedsiębiorców jest ich zaangażowanie się w działalność ekonomiczną. W konsekwencji rygorom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podlegają różnego rodzaju tzw. instytucje niedochodowe.

Stosownie do art. 96 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, NFZ jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. W myśl art. 97 ww. ustawy NFZ w szczególności zarządza środkami finansowymi pochodzącymi ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. W tym zakresie Fundusz działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych oraz osób uprawnionych do tych świadczeń na podstawie przepisów o koordynacji. Do zakresu działania NFZ należy również określanie jakości i dostępności oraz sporządzanie analizy kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz monitorowanie ich realizacji i rozliczanie. Takie zachowanie NFZ jest organizowaniem systemu opieki zdrowotnej mającym na celu ochronę zdrowia ubezpieczonych, czyli organizowaniem zadań publicznych w zakresie wskazanym w art. 68 konstytucji RP⁸. Stosownie do art. 97 ust. 5 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych, NFZ nie wykonuje działalności gospodarczej.

Nie ma zatem wątpliwości, iż świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych przez NFZ są usługami o charakterze użyteczności publicznej, zaś NFZ zajmuje się organizowaniem tych usług. Tym samym należy uznać, iż NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji.

Powyższe stanowisko jest zgodne z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w wyroku z dnia 5 lutego 2003 r. sygn. akt XVII AmA 18/02 stwierdził,

⁷ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz* pod red. prof. T. Skoczego ... - op.cit., s. 129.

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VIA Ca 530/08).

że kasy chorych (będące poprzednikiem prawnym Narodowego Funduszu Zdrowia) są podmiotami, które organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej. Sąd ten stwierdził także, iż *wprawdzie nigdzie w ustawie nie zostało sprecyzowane, co dokładnie można uznać za działalność o charakterze użyteczności publicznej, niejednolite są również 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. Ponieważ ochrona zdrowia lokalnej społeczności została wymieniona wśród zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego (art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym), a zadania własne gmin z reguły traktowane są jako zadania o charakterze użyteczności publicznej, można przyjąć, iż świadczenie usług medycznych należy także do kategorii usług o takim właśnie charakterze. Nadto zbieżne z powyższym wydaje się stanowisko Trybunału Konstytucyjnego. W swojej uchwale z 12 marca 1997 r. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że zadania mające charakter użyteczności publicznej należy rozumieć możliwe najszerzej. Zdaniem Sądu takie właśnie cechy w swoim działaniu przejawiają kasy chorych, w związku z tym należy uznać, iż wypełniają znamiona podmiotów organizujących usługi o charakterze użyteczności publicznej określonych w art. 4 ust. 1a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.* Jednocześnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 kwietnia 2004 r. sygn. akt III SK 24/04 orzekł, że z dniem 1 kwietnia 2003 r. regionalne kasy chorych przekształciły się z mocy prawa w oddziały wojewódzkie Funduszu, a Narodowy Fundusz Zdrowia stał się z mocy prawa podmiotem wszelkich praw i obowiązków kas chorych. Można zatem stwierdzić, iż w świetle cytowanego wyżej wyroku NFZ, podobnie, jak kasy chorych, jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie, który w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt VI ACa 530/08 wskazał, że *Zadania z zakresu ochrony zdrowia są zadaniami o charakterze użyteczności publicznej, ich realizacja służy zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty, tu wspólnotą są ubezpieczeni. Usługi zdrowotne, których świadczenie NFZ organizuje zawierając umowy ze świadczeniodawcami to usługi o charakterze użyteczności publicznej. (...) Usługami o charakterze użyteczności publicznej są – z uwagi na publiczny charakter systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego – w tym powszechny charakter objętych nim świadczeń zdrowotnych – usługi wykonywane przez zakłady opieki zdrowotnej (...). Zatem działalność Funduszu polegająca na zawieraniu umów ze świadczeniodawcami o finansowanie świadczeń zdrowotnych jest niewątpliwie*

organizowaniem usług o charakterze użyteczności publicznej, wobec czego NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Za przedsiębiorcę bowiem stosownie do art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o okik uważa się zarówno osoby świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, jak i organizujące ich świadczenie, tj. takie, które mogą mieć pośredni wpływ na konkurencję, stwarzając faktyczne lub prawne podstawy świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców.

W świetle powyższego NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z uwagi na publiczny charakter systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, w tym powszechny charakter objętych nim świadczeń, usługi zdrowotne wykonywane w ramach świadczenia opieki zdrowotnej - finansowane w ramach tego systemu są uznawane za usługi użyteczności publicznej. Organizacją tych świadczeń zajmuje się NFZ, zarządzając środkami finansowymi przeznaczonymi na zapewnienie ubezpieczonym gwarantowanych ustawowo świadczeń opieki zdrowotnej zawierając umowy ze świadczeniodawcami, którzy udzielają tych świadczeń ubezpieczonym.

W związku z powyższym należy stwierdzić bezpodstawność twierdzenia NFZ iż nie posiada on legitymacji do bycia stroną w postępowaniu antymonopolowym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ze względu na brak przymiotu przedsiębiorcy.

W związku z powyższym działalność NFZ podlega ograniczeniom wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym w zakresie nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Rynek właściwy

Działania przedsiębiorców, które stanowią praktykę ograniczającą konkurencję ujawniają się na rynku właściwym w danej sprawie. Rynek ten określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Ustalenie zatem rynku właściwego w sprawie ma istotne znaczenie dla prawidłowego zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynkiem właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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. Rynek właściwy (relewantny) dla praktyki ograniczającej konkurencję wyznacza się pod względem przedmiotowym (rynek produktowy) oraz terytorialnie (rynek geograficzny).

Natomiast rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, jest krajowy rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych. W aspekcie przedmiotowym rynek ten obejmuje ogół czynności, które stwarzają stosowne warunki umożliwiające udzielanie ww. świadczeń przez świadczeniodawców, którymi są podmioty lecznicze. W ramach prowadzonej w omawianym zakresie działalności NFZ zarządza środkami finansowymi pochodzącymi ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, określa jakość i dostępność tych świadczeń oraz analizuje ich koszty, prowadzi postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej dot. wykonywania badań rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, zawiera umowy oraz monitoruje ich wykonanie i rozliczanie. NFZ zarządza zatem środkami finansowymi przeznaczonymi na zapewnienie ubezpieczonym gwarantowanych ustawowo świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie badań rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej oraz zawiera umowy ze świadczeniodawcami - podmiotami leczniczymi, którzy udzielają tych świadczeń ubezpieczonym. NFZ kreuje zatem (pod względem finansowym, ekonomicznym i organizacyjnym) warunki udzielania przez świadczeniodawców świadczeń opieki zdrowotnej, w tym świadczeń w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej. Zatem rynkiem właściwym w niniejszym postępowaniu jest krajowy rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych. Za takim określeniem rynku wskazuje to, iż przedmiotowa działalność prowadzona jest przez NFZ wyłącznie na terenie kraju. Fundusz obejmuje swoim zasięgiem cały kraj, na którym to obszarze panują z woli ustawodawcy takie same warunki konkurencji. Na rynku tym NFZ, jako organizator reprezentuje ubezpieczonych, zawierając ze świadczeniodawcami wybranymi w postępowaniach (konkursach i rokowaniach) umowy na realizację świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych, za wyjątkiem świadczeń wysokospecjalistycznych zastrzeżonych dla ministra właściwego do spraw zdrowia. NFZ jest jedynym podmiotem uprawnionym na

podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz do zawierania umów ze świadczeniodawcami w celu zabezpieczenia świadczeń zdrowotnych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych, tj. do organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych na terenie kraju.

Pozycja dominująca

W świetle art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez pozycję dominującą należy rozumieć pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, konsumentów i kontrahentów. Przyjmuje się, iż pozycję taką posiada przedsiębiorca, którego udział w rynku przekracza 40%.

Na rynku, na którym NFZ działa jako organizator, zarządza on środkami finansowymi, o których mowa w art. 116 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie środków pochodzących ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. NFZ działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych oraz osób uprawnionych do tych świadczeń na podstawie przepisów o koordynacji zawierając ze świadczeniodawcami wykonującymi rezonans magnetyczny i tomografię komputerową finansowanych ze środków publicznych, wybranymi w konkursach i rokowaniach umowy na realizację tych świadczeń zdrowotnych⁹. Na tak wyznaczonym rynku NFZ jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia zdrowotne rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowane ze środków publicznych, na terenie kraju, gdyż tylko jemu ustawodawca powierzył funkcję płatnika świadczeń opieki zdrowotnej i organizatora tych usług.

Tak, więc NFZ jest jedynym podmiotem, któremu przyznano uprawnienie do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz do zawierania umów ze świadczeniodawcami w celu zabezpieczenia świadczeń zdrowotnych, tj. do organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych na terenie kraju, w tym organizowania świadczeń zdrowotnych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej.

⁹ Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VI Aca 530/08).

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić posiadanie przez NFZ pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowe finansowanych ze środków publicznych.. Powyższe stwierdzenie dotyczące ustalenia pozycji dominującej na ww. rynku NFZ pozostaje niezienne nawet przy szerszej definicji tego rynku, to jest krajowego rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Nadużywanie pozycji dominującej

Sam fakt dysponowania pozycją dominującą na rynku właściwym nie stanowi jeszcze naruszenia prawa, podobnie jak legalne wzmocnienie tej pozycji wskutek wzrostu potencjału ekonomicznego. Sankcjonowaniu w trybie przewidzianym w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podlega bowiem nie samo posiadanie na rynku pozycji dominującej, ale jej nadużywanie¹⁰. Przedsiębiorca zajmujący na rynku pozycję dominującą podlega ograniczeniom wynikającym z ww. ustawy, gdy bezprawnie jej nadużywa.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu podniósł, że NFZ naruszył zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, zakazaną praktykę nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym stanowi przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Oznacza to, iż zakazane są działania dominanta, których konsekwencją może być występowanie skutków antykonkurencyjnych. Określony w powoływanym przepisie zakaz nakłada na przedsiębiorców obowiązek takiego działania, by nie stwarzało to innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej. Obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji ciąży nie tylko na organach państwa, ale również na przedsiębiorcach dominujących na rynku, których pozycja rynkowa pozwala na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników¹¹. Ta praktyka jest więc antykonkurencyjna i określa sytuację, w której przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na rynku negatywnie oddziałuje na stan konkurencji na rynku.

Rozstrzygając, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy miało miejsce nadużycie pozycji dominującej zajmowanej przez NFZ, należy wziąć zatem pod uwagę

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 22 lutego 2008 r. (sygn. akt VI ACa 985/07).

¹¹ E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 113.

charakter rynku właściwego, na którym działa NFZ. Rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, posiada z jednej strony, strukturę zbliżoną do monopsonu, w ramach którego funkcjonuje tylko „kolektywny” nabywca, tj. NFZ, reprezentujący cały potencjalny i rzeczywisty popyt na niemające substytutów usługi związane z realizacją powszechnych świadczeń opieki zdrowotnej wskazanych w tej sprawie i świadczeniodawcy - podmioty lecznicze oferujące świadczenia rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, z drugiej zaś strukturę zbliżoną do monopolu, w którym ten sam NFZ, jako organizator świadczeń opieki zdrowotnej na rzecz ubezpieczonych, którym nie przysługuje swoboda bezpośredniego nawiązywania stosunków umownych ze świadczeniodawcami, reprezentuje ich wobec świadczeniobiorców stroną podażową. Ustawodawca, przyznając NFZ wyłączne uprawnienia do kształtowania tego o rynku i ukierunkowując jego aktywność na zapewnienie odpowiedniej efektywności ponoszonych wydatków publicznych, postanowił, iż umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego lub tomografii komputerowej może być zawarta wyłącznie ze podmiotem leczniczym - świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w dziale VI ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej tj. po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert lub rokowań bądź po spełnieniu warunków do zawarcia umowy określonych przez Prezesa NFZ. Pochodną opisaną struktury i organizacji rynku jest to, że oceny procedur, na podstawie których następuje zawieranie umów ze świadczeniodawcami nie sposób dokonywać wyłącznie w kontekście hipotetycznych „nieskrępowanych mechanizmów rynkowych”. Z woli ustawodawcy aktywna i ciągła konkurencja wewnątrzrynkowa została bowiem zastąpiona jednorazową (w określonym przedziale czasowym) konkurencją podmiotów leczniczych o dostęp do rynku, z uprzywilejowaną, z mocy prawa, pozycją NFZ – jako „kreatora” i „regulatora” tego rynku.

W niniejszej sprawie należy rozstrzygnąć, czy poprzez stosowanie, w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego, parametru oceny oferty - kryterium jakości stanowiącego liczbę badań wykonanych w pracowni, przy czym wymagania co do ilości tych badań określono na poziomie dla tomografii komputerowej minimum 5.000 badań rocznie a dla pracowni dla rezonansu magnetycznego minimum 2.500 badań rocznie, NFZ nie nadużył posiadanej przez siebie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie ww. świadczeń,

przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Skutki nadużywania przez NFZ pozycji dominującej na rynku właściwym ujawniają się na powiązanych z nim rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, którymi w przedmiotowej sprawie jest rynek świadczeń tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego. Na rynki te NFZ wpływa, ze względu na pozycję zajmowaną na rynku zdominowanym, wywołując na nim sprzeczne z prawem antymonopolowym zaburzenia relacji konkurencyjnych pomiędzy świadczeniodawcami, którymi są podmioty lecznicze.

Immanentną cechą tak postrzeganych rynków powiązanych jest to, iż kontakty handlowe prowadzone pomiędzy ich uczestnikami tj. świadczeniodawcami - podmiotami leczniczymi a NFZ nie mają, jak w przypadku tradycyjnych rynków produktowych charakteru ciągłego, przejawiającego się w ciągłych zmianach popytu, podaży i cen oraz wielokrotnych kontaktach dostosowawczych graczy, lecz ograniczają się, najczęściej do jednorazowego, w dłuższym, najczęściej dwuletnim okresie czasu, zetknięcia się, w trakcie postępowań w sprawie zawarcia umów o udzielenie świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, zapotrzebowania zgłaszanego przez zamawiającego i propozycji jego zaspokojenia przez podmioty lecznicze posiadające zdolność wykonywania świadczeń tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego.

Tak, więc określona w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyka ograniczająca konkurencję może zarazem wywoływać skutki zarówno na rynku, na którym działa przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, jak i na innych związanych z nim rynkach¹². Taka sytuacja ma miejsce właśnie w rozpatrywanym przypadku. Niniejsza sprawa dotyczy bowiem antykonkurencyjnego oddziaływania NFZ na lokalne rynki świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, wskutek wykorzystania pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych.

Biorąc pod uwagę możliwość wybrania przez konsumenta dowolnego podmiotu leczniczego wykonującego świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej nie koniecznie

¹² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 11 grudnia 2000 r. (sygn. akt XVII Ama 45/00).

znajdującego się blisko miejsca zamieszkania czy pracy, brak tych urządzeń w niektórych miejscowościach w kraju oraz ustalony przez NFZ zasięg obszarów ofertowych na świadczenia opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej obejmujące swoim zasięgiem niekiedy dzielnice miast, całe miasta, powiaty czy kilka powiatów można przyjąć, że powyższa usługa ma charakter lokalny, co do zasady obejmujący obszar danej dzielnicy, miasta, jednego lub kilku powiatów w zależności od ilości działających na tym terenie tomografów komputerowych czy rezonansów magnetycznych wykonujących świadczenia finansowane ze środków publicznych. W konsekwencji należy przyjąć, że takich rynków lokalnych na terenie Polski jest wiele i każdego z tych rynków dotyczy zarzucana NFZ praktyka ograniczająca konkurencję. Stwierdzenie to jest zasadne, ponieważ NFZ zawarł kontrakty na świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej z dziesiątkami podmiotów leczniczych z terenu całego kraju.

Należy zwrócić uwagę, że z uwagi na dużą i zmieniającą się w następstwie ogłaszania przez NFZ przetargów na coraz to nowych obszarach przetargowych na te świadczenia, określenie liczby i nazwa rynków lokalnych nie jest, ani możliwe, ani celowe – ze względu na ekonomikę postępowania - badanie i wyodrębnianie każdego pojedynczego lokalnego rynku świadczenia opieki zdrowotnej finansowanego ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej. W tej sytuacji – w warunkach zaistniałego stanu faktycznego - określenie rynku właściwego w aspekcie geograficznym, jako obejmujących terytorium Polski lokalnych rynków świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej jest prawidłowe, jasne i zrozumiałe oraz nie powinno budzić wątpliwości interpretacyjnych, albowiem w ten sposób zakres niniejszego orzeczenia obejmuje wszystkich potencjalnych przedsiębiorców świadczących usługi opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, którzy działają na wszystkich lokalnych rynkach na terenie Polski.

Nie ulega wątpliwości, że podmiot posiadający silną pozycję dominującą ma możliwość oddziaływania na stan konkurencji na inne rynki bezpośrednio z nim powiązane. Podkreślenia wymaga okoliczność, że istotą w przedmiotowej sprawie praktyki dominanta (w tym wypadku NFZ) jest wpływ na mechanizm konkurencji na lokalnych rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej (w tym konkurencję potencjalną), nie zaś samych konkurentów.

Działania NFZ w zakresie organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, wywołują skutki nie na rynku organizowania tych świadczeń, na którym NFZ posiada pozycję dominującą, ale na lokalnych rynkach ich wykonywania - świadczenia. Okoliczność, że praktyka ujawnia się na rynkach niezdominowanych nie wpływa na zmianę kwalifikacji działań jako praktyki nadużycia pozycji dominującej na rynku, na którym silna pozycja daje przedsiębiorcy władzę (siłę) rynkową nad uczestnikami innych rynków właściwych.

W ocenie Prezesa Urzędu przesłanki zakazu określonego w art. 9 ust. 2 pkt 5 spełnia kwestionowana w tym postępowaniu praktyka NFZ. Istotą antykonkurencyjnego charakteru praktyki NFZ jest to, że zgodnie z zarządzeniem Nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30 września 2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej; zmienionego zarządzeniami nr 70/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 20 października 2011 r., nr 77/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 26 października 2011 r., nr 80/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 3 listopada 2011 r., nr 84/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 16 listopada 2011 r., nr 91/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 13 grudnia 2011 r. w tabeli 1.13.2 załącznika Nr 1 do zarządzenia Nr 82/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 4 listopada 2011r. zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zatytułowanej ambulatoryjne świadczenia diagnostyczne kosztochłonne, zastosowany został przyjęty i stosowany, jako parametr oceny kryterium jakości liczba badań wykonanych w pracowni, przy czym wymagania co do ilości tych badań określono na poziomie: dla tomografii komputerowej minimum 5.000 badań rocznie, dla pracowni dla rezonansu magnetycznego minimum 2.500 badań rocznie.

Nie istnieją ani prawne, ani jakiegokolwiek inne powody, dla których lokalne rynki świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych, nie mogłyby być rynkami konkurencyjnymi, a działające na nich podmioty lecznicze nie miałyby w ramach walki o kontrakty z NFZ ze sobą konkurować, zarówno ceną, jak i wszelkimi innymi warunkami świadczenia usług w ramach obowiązującego stanu prawnego. Zasadą jest, że im większa jest ilość podmiotów ubiegających się o dany kontrakt tym bardziej są one skłonne negocjować oferowaną cenę jak i inne warunki kontraktu. Natomiast mniejsza cena świadczenia przy wyższej jakości przekłada się na większą ilość świadczeń dla konsumentów.

Tym samym działania NFZ na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych, (który to rynek jest bezpośrednio związany z lokalnymi rynkami świadczenia tych usług), mogą podlegać ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podmiotom leczniczym, które spełniają przedmiotowy parametr jakości dotyczący ustalonej przez NFZ ilości wykonanych świadczeń przyznawane jest 5 punktów jednostkowych, a tym którzy go nie spełniają tego parametru nie przyznaje się punktów. Sprawia to, iż w postępowaniach o zawarcie umowy dyskryminowane są podmioty lecznicze, które nie spełniają przedmiotowego kryterium. Tego parametru ilościowego nie są w stanie spełnić podmioty lecznicze wchodzące na rynek usług świadczeń w zakresie tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego finansowanych ze środków publicznych. Nie może go również spełnić (co wykazało badanie) większość podmiotów działających na obszarach przetargowych z silną wewnętrzną konkurencją (np. obszar przetargowy miasta Łodzi, miasta Skierniewice, czy niektóre obszary Dolnego Śląska) jak również w małych miastach (np. w Ełku). Ponadto, jak każdy parametr ilościowy premiuje on większe podmioty lecznicze, w szczególności wykonujące świadczenia hospitalizacyjne, a w ramach nich świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego oraz duże spółki diagnostyczne działające od wielu lat w Polsce. Jest to okoliczność, która nie powinna być brana pod uwagę przy zawieraniu umowy o świadczenia zdrowotne. To, że dany świadczeniodawca – podmiot leczniczy nie wykonał wskazanej przez NFZ ilości badań z zakresu rezonansu magnetycznego czy tomografii komputerowej nie powinno go stawiać w gorszej pozycji konkurencyjnej w stosunku do szpitali świadczących te usługi zarówno w ramach hospitalizacji i świadczeń ambulatoryjnych, czy też innych dużych podmiotów działających od wielu lat na tych rynkach, czy realizujących wcześniej zawarte kontrakty z NFZ, gdyż jej następstwem będzie nie uzyskanie kontraktu z NFZ na świadczenie usług opieki zdrowotnej w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych. Nie można też zgodzić się z twierdzeniem NFZ, że wprowadzenie omawianego, dodatkowo ocenianego parametru było podyktowane premiowaniem pracowni posiadających większe doświadczenie, co przekłada się na wyższą jakość omawianych świadczeń opieki zdrowotnej, jak również zapewniającą ich jak największą dostępność dla pacjentów. Do 2012 r. w postępowaniach dotyczących zawarcia kontraktu na usługi w zakresie rezonansu magnetycznego parametr ten nie obowiązywał. Dla tomografii komputerowej parametr ten

pojawił się w 2010 r. i do 2012 r. wynosił 3500 badań rocznie wykonanych w pracowni. Wynika z tego, że do oceny doświadczenia i dostępności parametry ilościowe przed ich wprowadzeniem nie miały żadnego znaczenia dla wyboru NFZ potencjalnego kontrahenta i nie musiały być wykładnikiem jakości świadczeń. Natomiast ich pojawienie się jako parametru oceniającego jakość świadczeń tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego, a następnie jego podnoszenie w przypadku tomografii komputerowej do 5000 badań rocznie i ustalenie dla rezonansu magnetycznego na poziomie 2500 badań rocznie, należałoby wiązać bardziej brakiem środków finansowych NFZ na świadczenia, a nie ze zwiększającą się jakością i dostępnością tych świadczeń u podmiotów leczniczych - świadczeniodawców. Należy również wskazać, że nowo wchodzące na rynek podmioty lecznicze są z reguły wyposażone w lepszy sprzęt – nowszej generacji, niż dotychczasowi świadczeniodawcy tych usług. Natomiast większe doświadczenie nie jest efektem ilości wykonanych badań-zdjęć przez urządzenie, ale jest następstwem doświadczenia i wiedzy radiologa opisującego te zdjęcia i lekarza zlecającego te badania oraz ich zakres. Ponadto należy również podnieść, że nawet podpisanie kontraktu z NFZ, nie zapewni podmiotowi leczniczemu na obszarach poza aglomeracyjnych wykonanie ilości badań ustalonych w parametrze jakościowym.

Ustanowienie przez Prezesa NFZ kwestionowanego parametru oceny jakości pozostaje w sprzeczności z art. 134 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, który stanowi, iż NFZ jest obowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Ustanowienie parametru jakości jako ilości wykonanych badań w pracowni rezonansu magnetycznego czy pracowni tomografii komputerowej promującego w efekcie dotychczasowych kontrahentów NFZ, duże szpitale czy podmioty diagnostyczne, niewątpliwie nie jest przejawem równego traktowania przez NFZ wszystkich podmiotów leczniczych.

Takie zachowanie NFZ **zaburza właściwą konkurencję**. Stanowi bowiem barierę wejścia i rozwoju podmiotów leczniczych wchodzących na ten rynek a jednocześnie preferuje podmioty wcześniej wybierane w postępowaniach ofertowych na tego rodzaju świadczenia zdrowotne, nawet jeżeli poziom ich usług był niezadowolający. Taka okoliczność jest bardzo niekorzystna dla świadczeniobiorców zwłaszcza w tak specyficznej i ważnej dziedzinie jak

ochrona zdrowia. Antykonkurencyjne działanie NFZ, chociaż bezpośrednio skierowane jest do podmiotów leczniczych (świadczeniodawców), pośrednio godzi również w interesy konsumentów (świadczeniobiorców).

Konkurencja, będąc podstawowym mechanizmem gospodarki¹³, rodzi dla niej wymierne korzyści: prowadzi do optymalizacji procesu zaspokajania potrzeb nabywców poprzez poprawę jakości produktów, sprzyja optymalizacji alokacji zasobów, stymuluje wzrost produkcji i obniżenie kosztów¹⁴. Bezpośrednio sprzyja to dobrobytowi konsumentów. Ograniczenie konkurencji prowadzi więc w ostatecznym rozrachunku do naruszenia interesu konsumentów, do którego doszło w rozpatrywanej sprawie.

Antykonkurencyjne działania NFZ naruszają interes konsumentów w ten sposób, że pozbawiają ich możliwości korzystania ze świadczeń na coraz wyższym poziomie, w możliwie optymalnym czasie, najbliżej miejsca zamieszkania co byłoby tylko możliwe w przypadku istnienia niezakłóconej konkurencji. Niezakłócona przez NFZ konkurencja między dotychczasowymi świadczeniodawcami - podmiotami leczniczymi i takimi, którzy dopiero chcą wejść lub wchodzi na rynek świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, zachęciłaby ich do rywalizacji, np. poprzez poprawę poziomu jakości urządzeń wykonujących te badania i zmniejszenia ceny badań, czy ich dostępności poprzez zwiększenie ilości pracowni. Korzyści z tej rywalizacji odczuliby konsumenci. W obecnej sytuacji konsumenci zostali tych korzyści pozbawieni, a przynajmniej zostały one ograniczone. Uprzywilejowanie przez NFZ podmiotów leczniczych mających z nim zawartą uprzednio umowę na te badania oraz szpitali zajmujących się hospitalizacją oznacza, że w postępowaniu ofertowym czy konkursowym mogą oni wygrać z podmiotami leczniczymi, które nie realizowały wcześniej kontraktu z NFZ (a więc nie wykonywały świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych) lub które świadczą te badania ambulatoryjnie, nawet gdyby ci ostatni zapewniali lepszy poziom świadczeń. W konsekwencji praktyka NFZ z jednej strony zniechęca nowych świadczeniodawców – podmioty lecznicze do wejście na rynek świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych w ww. zakresie, a z drugiej strony – nie skłania dotychczasowych kontrahentów NFZ do polepszania jakości świadczeń, skoro

¹³ K. Strzyczkowski: Prawo gospodarcze publiczne, Warszawa 2007, s. 87.

¹⁴ S. Gronowski: Ustawa antymonopolowa. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 1999, s. 30.

wygraną w postępowaniu konkursowym może im zapewnić już sam fakt wcześniejszego zawarcia umowy z NFZ.

W ten sposób zakwestionowana w niniejszej decyzji praktyka NFZ prowadzi do naruszenia interesów konsumentów. Stanowi to dodatkowe uzasadnienie interwencji Prezesa Urzędu z wykorzystaniem instrumentów prawa antymonopolowego. Te bowiem służą w ostateczności dobru konsumentów¹⁵.

Ocenianie ofert za pomocą przedmiotowego kryterium ilościowego, nie dość, że nie znajduje swojego uzasadnienia merytorycznego, jest warunkiem do spełnienia przez podmioty lecznicze - świadczeniodawców, którzy wchodzi na ten rynek oraz tych, którzy nie mieli podpisanego wcześniej kontraktu z NFZ, a jeżeli mieli to obecnie nie spełniają tego parametru ilościowego, szczególnie na rynkach lokalnych o silnej konkurencji w zakresie wykonywania tego rodzaju świadczeń, nawet jeżeli są w pełni profesjonalnymi uczestnikami rynku, posiadającymi nowocześniejszy sprzęt i lepiej wykwalifikowaną kadrę specjalistów. Skutkiem tego jest nierówny dostęp do ww. rynku dla podmiotów leczniczych, a tym samym stosowanie działań sprzecznych z zasadami wolnej konkurencji i ze szkodą dla konsumentów.

Jednocześnie Prezes Urzędu uznał, iż załączone przez NFZ dowody w postaci akceptacji krajowego konsultanta ds. Radiologii i Diagnostyki Obrazowej wymagań wobec pracowni tomografii komputerowej oraz wobec pracowni diagnostycznych z roku 2008 i 2011 i pismo krajowego konsultanta ds. Radiologii i Diagnostyki Obrazowej z 2012 r. dotyczące między innymi zasadności stosowania kryterium jakości w działalności NFZ, nie mogą usprawiedliwiać działania NFZ skutkującego ograniczeniem konkurencji na lokalnych rynkach świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, gdyż nie zawierają żadnych analiz dotyczących ewentualnych skutków antykonkurencyjnych dla podmiotów leczniczych działających na tych rynkach, w następstwie wprowadzenia kwestionowanego w postępowaniu kryterium jakości. Są to jedynie opinie specjalistów ds. medycznych. Ponadto wskazane w piśmie krajowego konsultanta ds. Radiologii i Diagnostyki Obrazowej z 2012 r. podstawy do ustalenia ilości wykonanych badań tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego, jako kryterium jakości, odnoszą się do liczby badań wykonywanych przez poszczególnego specjalistę w skali roku wyliczonych na

¹⁵ Potrzeba interwencji w przypadku ograniczenia konkurencji pojawia się, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do skutków, które godzą w dobrobyt konsumenta. Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2006 r. (sygn. akt III SK 15/06).

podstawie danych ze statystyki 6 szpitali pełnoprofilowanych oraz po konsultacji z częścią specjalistów wojewódzkich. Nie odnoszą się one do możliwości wykonania tych badań przez podmioty lecznicze wchodzące na ten rynek, lub wykonujące te badania ambulatoryjnie a jedynie opierają się na liczbie badań wykonywanych w pracowni rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej przez wieloletowe zespoły działające w dużych szpitalach, co potwierdza wnioski Prezesa Urzędu, że kwestionowane kryterium jakości dotyczące ilości badań wykonanych w ciągu roku preferuje duże szpitale i było ustalane na ich korzyść.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, Prezes Urzędu orzekł jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

Kara pieniężna

Zgodnie z art. 106 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, wskazanej w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z treści powyższego przepisu wynika, iż ww. kara ma charakter fakultatywny, a zatem od Prezesa Urzędu zależy – w ramach uznania administracyjnego – uznanie w decyzji zasadności nałożenia kary pieniężnej wraz z określeniem jej wysokości. Wprawdzie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary, jednakże art. 111 wskazuje, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Ustalając wysokość kary pieniężnej w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, należy zatem uwzględnić wagę tego naruszenia, rozmiar skutków stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję, jak również zaistniałe okoliczności obciążające i łagodzące.

Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę tej przesłanki w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nakładając karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy Obowiązek

znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży na wszystkich przedsiębiorcach, tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak NFZ. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej. W świetle obowiązujących przepisów prawa nieumyślność naruszenia przepisów ustawy nie wyklucza istnienia podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, choć zarazem może stanowić podstawę do złagodzenia wymiaru kary. Należy zarazem stwierdzić, że zdaniem Prezesa Urzędu, opisane w niniejszej decyzji działania Funduszu mogły mu się kojarzyć z nieuchronnością naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wyjaśnienia NFZ, że wprowadzenie kwestionowanego, parametru jakości było podyktowane premiowaniem pracowni posiadających większe doświadczenie, co przekładało się zdaniem NFZ na wyższą jakość świadczeń zdrowotnych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej, jak również zapewniających ich jak największą dostępność dla pacjentów, mogą uzasadniać twierdzenie, iż działania NFZ nie miały charakteru umyślnego. Za takim stwierdzeniem, przemawiają również dowody przedstawione przez NFZ dotyczące akceptacji przez dwóch Krajowych Konsultantów ds. Radiologii i Diagnostyki Obrazowej zasadności wymagań NFZ wobec pracowni tomografii komputerowej oraz wobec pracowni diagnostycznych w zakresie kryterium jakości opartej na ilości wykonanych badań.

Z tego względu, nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, które wskazywać mogą na nieumyślny charakter naruszenia przez NFZ zakazu nadużywania pozycji dominującej. Pomimo tego – jak już wcześniej wskazano – samo stwierdzenie nieumyślności zakwestionowanej praktyki daje podstawę do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W kwestii natury naruszenia Prezes Urzędu wyróżnia naruszenia bardzo poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku, naruszenia poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne nie zaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego

ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe), do których należą m.in. porozumienia wertykalne nie dotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze.

Stwierdzone naruszenie Prezes Urzędu zaliczył do kategorii naruszeń pozostałych, gdyż pomimo charakteru ograniczającego konkurencję tej praktyki NFZ nie odniósł żadnych korzyści finansowych, organizacyjnych a wręcz przeciwnie ograniczył sobie możliwość wyboru na rynku większej liczby kontrahentów do prowadzenia świadczeń tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego, co jednak jest szkodą dla konsumentów uznano, że karę za stwierdzone naruszenie należało określić na poziomie 0,1 % przychodu NFZ, to jest w wysokości 62 957 780 zł.

Wychodząc z założenia, że wymiar kary pieniężnej nakładanej za stosowanie przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję powinien być uzależniony od tego, jaki jest **wpływ stwierdzonego naruszenia** na rynek świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej rozważył, czy ustalona wyżej wartość kary powinna podlegać dalszej modyfikacji. Wobec tego Prezes Urzędu zauważył, że w niniejszej sprawie:

- konsekwencją stwierdzonego naruszenia są bezpośrednio negatywne skutki dla uczestników rynku świadczeń rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej oraz konsumentów korzystających z tych usług;
- NFZ przeciwdziałał ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na tym rynku;
- naruszenie zostało przez NFZ wprowadzone w życie, a kwestionowana praktyka ograniczająca konkurencję nie została zaniechana,
- NFZ ma w zakresie organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych pozycję monopolisty, co ma wpływ na rzeczywiste skutki naruszenia;

Z drugiej strony brak jest, zdaniem Prezesa Urzędu, podstaw, by uważać, że skutki zakazanej praktyki, której dopuścił się NFZ są nieodwracalne lub trudne do odwrócenia. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, iż wydatki NFZ związane ze świadczeniami opieki zdrowotnej ze środków publicznych w zakresie finansowania świadczeń w zakresie rezonansu magnetycznego i tomografii komputerowej stanowią niecały 1 % wydatków na świadczenia opieki zdrowotnej

a stwierdzona praktyka ujawniła się na części obszarów przetargowych Prezes Urzędu postanowił, obniżyć wysokość dotychczas wyliczonej kary o 80%.

Tym samym tak wyliczona kara wyniosłaby 12 591 556 zł.

Prezes Urzędu uwzględnił następnie **okres trwania stwierdzonego naruszenia** przez NFZ. Odnosząc to do rozpatrywanej sprawy Prezes Urzędu uznał, że okres stosowania przez NFZ zakwestionowanej praktyki można określić jako długotrwały, gdyż kwestionowane w decyzji ilościowe parametry jakości zostały wprowadzone w 2011 r., co oznacza że obowiązują od ponad dwóch lat uzasadnia wzrost kary o 20%, to jest do kwoty 15 109 867 zł

Ustalając wysokość nałożonej na NFZ kary pieniężnej, Prezes Urzędu rozważył również, czy w sprawie występują inne **okoliczności łagodzące lub obciążające**.

Prezes Urzędu uznał, że w sprawie nie występują inne okoliczności łagodzące natomiast występuje okoliczność obciążająca, która wpływa na ustalenie kary na wyższym poziomie, a jest nią uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. W okresie poprzedzającym wydanie niniejszej decyzji NFZ był adresatem prawomocnych decyzji Prezesa Urzędu stwierdzających naruszenie przez NFZ zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję¹⁶.

Biorąc pod uwagę występującą w sprawie okoliczność obciążającą, Prezes Urzędu uznał, że uzasadnione jest dodatkowe podwyższenie wysokości kary o 20%.

W rozpatrywanym przypadku, kara nałożona zgodnie z przedstawioną wyżej metodyką wyniosłaby 18.131 840 zł (słownie złotych: osiemnaście milionów sto trzydzieści jeden tysięcy osiemset czterdzieści zł) co stanowi 0,029% przychodu NFZ uzyskanego w 2012 r. i 0,29 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przy ustalaniu wysokości ostatecznej kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął jednocześnie pod uwagę, iż kara pieniężna w ustalonej powyżej wysokości odbiegałaby w sposób rażący od globalnej oceny kwestionowanego działania. Stanowi to przesłankę ustalenia ostatecznej wysokości kary na poziomie obniżonym w stosunku do tego, który wynika z przedstawionej wyżej kalkulacji. Podejmując taką decyzję Prezes Urzędu uznał, iż cele leżące u podstaw wymierzenia NFZ kary pieniężnej zostaną osiągnięte także w sytuacji wyjątkowego obniżenia jej wysokości. Za przyjęciem takiego rozstrzygnięcia przemawiało

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr RDG 13/2004 z dnia 10 września 2004 r., Decyzja Prezesa UOKiK nr RWA 9/2009 z dnia 10 lipca 2009 r. Decyzja Prezesa Urzędu nr RKT 51/2011z dnia 28 grudnia 2011 r.

również to, że wpływ NFZ na osiągnięty przychód jest znikomy, co wynika stąd, że NFZ pełni funkcję swoistego dystrybutora publicznych środków pieniężnych, którymi wynagradzani są świadczeniodawcy usług zdrowotnych. Wysokość środków, jakimi w danym roku dysponuje NFZ, nie jest zależna od podejmowanych przez tego przedsiębiorcę decyzji gospodarczych, tylko od woli władzy publicznej wyrażającej się w postanowieniach przepisów prawa określających wysokość składki na ubezpieczenie zdrowotne w NFZ. Nie bez znaczenia dla decyzji o nałożeniu na skarżonego kary pieniężnej jest zatem zarówno to, że jej zapłata do budżetu Państwa nastąpiłaby ze środków z tego budżetu uprzednio uzyskanych, jak i to, że w wyniku zmniejszenia się, wskutek zapłaty kary, ilości środków będących w dyspozycji NFZ, realna stałaby się groźba poszkodowania ubezpieczonych na skutek obniżenia przysługującego im poziomu ochrony zdrowotnej. Powyższe okoliczności uzasadniają nadzwyczajne obniżenie kary i ustalenie jej na poziomie **1%** kary obliczonej wyżej.

Mając powyższe na uwadze wysokość kary pieniężnej z tytułu naruszenia wskazanego w pkt I niniejszej Decyzji ustalono na kwotę 181 318 zł (słownie złotych: sto osiemdziesiąt jeden tysięcy trzysta osiemnaście zł). W ocenie organu antymonopolowego wymierzona kara w wysokości stanowiącej około 0,00029% przychodu osiągniętego przez NFZ w 2012 r. i około 0,0029% maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ww. ustawy i współmierna do możliwości finansowych NFZ. W ocenie Prezesa Urzędu ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi ograniczenia konkurencji i korzyści uzyskanych przez NFZ. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes Urzędu wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Fundusz w przyszłości reguł konkurencji. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

W świetle wskazanych okoliczności, nałożenie przedmiotowej kary, jak i jej wysokość, jest w pełni uzasadniona.

W związku z tym Prezes Urzędu orzekł jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Koszty postępowania.

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji

kończącej postępowanie. W myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Przedmiotowe postępowanie wykazało, iż NFZ dopuścił się stosowania praktyki, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. Nr 267) – zwanej dalej: „k.p.a.” - w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56 k.p.a., a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Zgodnie z art. 263 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, organ administracji publicznej może zaliczyć do kosztów postępowania także inne koszty bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy. Kosztami niniejszego postępowania są koszty doręczenia NFZ i badanym podmiotom leczniczym pism urzędowych, które wyniosły łącznie 273,60 zł (słownie: dwieście siedemdziesiąt trzy zł i sześćdziesiąt groszy).

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć NFZ kwotą 273,60 zł (słownie: dwieście siedemdziesiąt trzy zł i sześćdziesiąt groszy).

W związku z tym **Prezes Urzędu postanowił jak w pkt III sentencji niniejszej decyzji.**

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Warszawie: NBP O/O Warszawa 511010100078782231000000.

Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów koszty niniejszego postępowania NFZ zobowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 511010100078782231000000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania

cywilnego (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.) – zwanej dalej: „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 Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

Jednak w przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 k.p.c., przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Z-ca Dyrektor Delegatury*

Andrzej Kędzia

Otrzymuje:

- 1. Radca prawny
Pan Mariusz Kowalski
Reprezentujący:
Narodowy Fundusz Zdrowia
ul. Grójecka 186
02-390 Warszawa*

- 2. Narodowy Fundusz Zdrowia
ul. Grójecka 186
02-390 Warszawa*

