



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

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

RŁO-410-1/15/TD

Łódź, dnia 1 września 2016 r.

Decyzja Nr RŁO 4/2016

- I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ww. ustawy

– **działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:**

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, polegającego na ustalaniu cen w ofertach składanych przez zrzeszonych w wymienionym wyżej Związku przedsiębiorców biorących udział w konkursach ogłoszonych przez Ministra Zdrowia w dniu 25 kwietnia 2013 r. oraz 7 marca 2014 r. na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016”.

- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 106 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ww. ustawy,

– **działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:**

nakłada się na Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi **karę pieniężną**, płatną do budżetu państwa, w wysokości 13 211 zł (słownie: trzynaście tysięcy dwieście jedenastie zł z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym 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. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ww.

ustawy oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.), w związku z art. 83 wyżej wymienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi **kosztami niniejszego** postępowania w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, w kwocie **43 zł (słownie: czterdzieści trzy złote)** oraz **zobowiązuje się** Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi do ich zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej: „Prezesem Urzędu”) przeprowadził, wszczęte w związku z anonimowym zawiadomieniem, postępowanie wyjaśniające o sygnaturze akt RŁO-400-12/13/TD, w celu wstępnego ustalenia, czy mogło dojść do porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w ogłoszonym przez Ministra Zdrowia konkursie na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016”, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

Poczynione w toku postępowania wyjaśniającego ustalenia pozwoliły ustalić, iż są podstawy do podejrzenia naruszenia w przedmiotowej sprawie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowieniem nr 1/410-1/15 wszczął w dniu 23 grudnia 2015 r. postępowanie antymonopolowe o sygnaturze akt RŁO-410-1/15/TD w związku z podejrzeniem stosowania przez Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, polegającej na ustalaniu cen w ofertach składanych przez zrzeszonych w wymienionym wyżej Związku przedsiębiorców biorących udział w konkursach ogłoszonych przez Ministra Zdrowia w dniu 25 kwietnia 2013 r. oraz 7 marca 2014 r. na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016”, co może stanowić porozumienie ograniczające konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem nr 2/410-1/15 z dnia 23 grudnia 2015 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania informacje i dokumenty zebrane w postępowaniu wyjaśniającym w zakresie wskazanym w postanowieniu.

Postanowieniem nr 3/410-1/15 z dnia 12 kwietnia 2016 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania kolejne informacje i dokumenty zebrane w postępowaniu wyjaśniającym w zakresie wskazanym w postanowieniu.

Z kolei postanowieniem nr 4/410-1/15 z dnia 12 kwietnia 2016 r. Prezes Urzędu ograniczył prawo wglądu do materiału dowodowego zgromadzonego w tym postępowaniu, w zakresie wskazanym w sentencji postanowienia.

Pismem z dnia 4 lipca 2016 r. Prezes Urzędu przekazał Związkowi Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi szczegółowe uzasadnienie zarzutów.

Natomiast pismem z dnia 6 lipca 2016 r. Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi został poinformowany o zakończeniu zbierania materiału dowodowego.

W toku postępowania antymonopolowego Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi (zwany dalej: „Związkiem”) zajął następujące stanowisko w sprawie. Związek ustosunkowując się w piśmie z dnia 17 maja 2016 r. (dowód: karty 711-715) do postanowienia nr 1/410-1/15 o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 23 grudnia 2015 r. stwierdził, że postawiony mu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, a ustalenia czynione w ramach Związku nie nosiły znamion porozumienia ograniczającego konkurencję. Związek nie zaprzecza, że miały miejsce spotkania oraz wymiana korespondencji dotyczące konkursów na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016” (zwany dalej: „Programem”), jednakże działania te miały na celu wyłącznie wymianę opinii członków Związku na temat wprowadzonego programu oraz wzajemną pomoc przy wyjaśnianiu wątpliwości związanych z Programem. W szczególności Związek zabiegał o dostosowanie procedur medycznych określonych w Programie do wymogów dotyczących wyposażenia, jakie zostały wskazane w ofercie, z uwzględnieniem możliwości organizacyjnych członków Związku. Ponadto Związek dążył do wykształcenia tzw. dobrych praktyk przy realizacji Programu.

Związek rekomendował utrzymanie cen oferowanych przez Ministra Zdrowia, które to ceny były powszechnie znane i, jako sugerowane przez organizatora konkursu i gwarantujące uzyskanie najwyższej liczby punktów w konkursach, zostały przyjęte przez oferentów. Zdaniem Związku, mając na uwadze fakt, że cena na pojedynczy cykl była jednym z wielu elementów branych pod uwagę w postępowaniu konkursowym, a co więcej Minister Zdrowia określił maksymalną kwotę, która może być przeznaczona za jeden cykl, ewentualne rozmowy prowadzone między członkami Związku sugerujące umieszczanie w składanych ofertach cen zgodnych z rekomendacjami Ministra Zdrowia nie mogą stanowić porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Temat ceny maksymalnej ustalonej przez Ministra Zdrowia był wyłącznie jednym z wielu tematów poruszanych w ramach Związku. Rozmowy na temat cen maksymalnych wprowadzonych przez Ministra Zdrowia wynikały także z obawy, że ich wskazanie mogło doprowadzić do obniżenia jakości usług oferowanych przez członków Związku, a co za tym idzie mogło wpłynąć na skuteczność poszczególnych cykli.

Związek podkreślił, że głównym celem rozmów prowadzonych w jego ramach było zajęcie wspólnego stanowiska w przedmiocie nieprawidłowości, które Związek dostrzegał w toku procedury konkursowej, a nie ustalanie cen. Przedmiotem wzajemnych dyskusji była m.in. chęć zwrócenia się przez Związek do Ministerstwa Zdrowia o wskazanie precyzyjnych kryteriów przetargu, o ujawnienie rozdziału pieniędzy w Programie oraz o możliwość składania skutecznych odwołań. Jakikolwiek rozmowy dotyczące cen ustalanych w ofertach miały jedynie na celu sugestię, aby w ramach Związku nie stosować tzw. cen dumpingowych.

Związek stwierdził, że ponieważ w momencie składania ofert przez uczestników konkursu szczegółowe kryteria oceny spełniania przez oferentów kryteriów konkursu nie były znane, nie było możliwe podjęcie przez członków Związku jakiegokolwiek porozumienia, które mogłoby wywrzeć wpływ na wynik ww. konkursu, a co za tym idzie nie mogło

spowodować ograniczenia konkurencji na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego. W opinii Związku, mając na uwadze fakt istnienia rekomendowanych przez Ministerstwo Zdrowia wskazań cen za jeden zabieg oraz brak przejrzystości i jawności kryteriów oceny ofert w ramach konkursu, nawet porozumienie polegające na ustaleniu ceny w wysokości sugerowanej przez Ministerstwo Zdrowia nie miałyby wpływu na konkurencję na rynku.

W związku z doręczeniem stronie postępowania szczegółowego uzasadnienia zarzutów, Związek ponownie przekazał Prezesowi Urzędu stanowisko w sprawie (dowód: karty 764-767). W piśmie z dnia 18 lipca 2016 r. Związek podkreślił, że wszelkie rozmowy, do których dochodziło w toku pierwszej, jak i drugiej edycji konkursu, miały charakter wyłącznie niewiążących dyskusji i rozmów. Pomimo prowadzenia takich rozmów, każdy członek Związku miał pełną swobodę w zakresie podjęcia ostatecznej decyzji co do oferowanej ceny. Ponadto przyjęcie przez członka Związku rekomendowanej ceny nie było w żaden sposób egzekwowane, jak i sankcjonowane.

Zdaniem Związku Prezes Urzędu nie wykazał i nie udowodnił trafności prezentowanych w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów twierdzeń dotyczących wzrostu cen w stosunku do poziomu, jakiego można było oczekiwać w przypadku braku porozumienia, jak również nie potwierdził istnienia jakichkolwiek zaburzeń na rynku właściwym w tej kwestii. W dalszej kolejności Związek przywołał wyjaśnienia jednego z członków Związku – Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie, z których wynika, że cena za pojedynczy cykl niższa niż cena rekomendowana – 7510 zł, nie umożliwiałaby zbilansowania kosztów procedury. W związku z tym żadne ustalenia oraz rozmowy optujące za przyjęciem przez członków Związku cen na poziomie rekomendowanym przez Ministra Zdrowia, nie mogły mieć charakteru antykonkurencyjnego, gdyż każdy podmiot uczestniczący w rozmowach z założenia dysponował wiedzą, iż przyjęcie niższej ceny nie byłoby nie tylko opłacalne, ale także możliwe do wykonania. Związek przypominał, że cena pojedynczego cyklu była tylko jednym z wielu elementów, którymi mogli konkurować między sobą oferenci w toku przeprowadzonych konkursów, o wadze maksymalnie 1/5 całości punktów. Związek stoi na stanowisku, iż jego działaniom nie przyświecał antykonkurencyjny cel, a tym bardziej nie został osiągnięty żaden antykonkurencyjny skutek.

W piśmie z dnia 22 lipca 2016 r. (dowód: „Ostateczne stanowisko w sprawie” – karty 769-772), poza argumentami przytoczonymi we wcześniejszych pismach, Związek wskazał na będące w aktach sprawy wyjaśnienia niektórych członków Związku (Invimed – Europejskie Centrum Macierzyństwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Centrum Medyczne „Macierzyństwo” Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie, Invicta Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Wojciech Gontarek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Gontarek Gravita – Diagnostyka i Leczenie Niepłodności w Łodzi) oraz wyjaśnienia KRIOBANK Centrum Leczenia Niepłodności Ginekologia i Położnictwo Prof. dr hab. n. med. Waldemar Kuczyński w Białymstoku twierdząc, że wyjaśnienia te stanowią dowód na brak porozumienia antykonkurencyjnego.

Ponadto Związek uznał za niezrozumiałe nieuwzględnienie w stosunku do Związku okoliczności łagodzącej w postaci współpracy z Prezesem Urzędu w toku postępowania, a w szczególności przyczynienia się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. Związek podkreślił, że w toku całego postępowania aktywnie uczestniczył we wszystkich czynnościach podejmowanych przez Urząd, dostarczał wszelką żadaną dokumentację oraz

współpracował z Urzędem, dążąc do wyjaśnienia wszelkich budzących wątpliwości okoliczności.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

(i) Strona postępowania

Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi jest wpisany do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000462665 (dowód: karty 92-96). Związek został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 24 maja 2013 r. Uchwałą Nr 1/2013 (dowód: karta 104) podjętą w dniu 27 kwietnia 2013 r. w Łodzi na zebraniu założycielskim Związku ustanowiono statut Związku. Zgodnie z § 1 ust. 1 statutu Związku (dowód: karty 97-103) jest on organizacją pracodawców zrzeszającą na zasadzie dobrowolności pracodawców prowadzącą działalność gospodarczą w zakresie udzielania świadczeń medycznych m.in. leczenia niepłodności. Zgodnie z § 3 ust. 1 statutu Związek działa na podstawie ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2029), statutu i uchwał władz Związku. Zgodnie z § 4 statutu Związku celami i zadaniami Związku są:

- ochrona praw członków i reprezentowanie ich wobec dysponentów publicznych i prywatnych środków przeznaczonych na ochronę zdrowia, w tym w szczególności Ministra Zdrowia, Narodowego Funduszu Zdrowia i jego następców prawnych, organów władzy, organów administracji publicznej – rządowej i samorządowej, organów samorządu terytorialnego, związków zawodowych pracowników, innych organizacji pracodawców oraz wszelkich organizacji i instytucji społecznych, gospodarczych i politycznych,

- dbałość o podwyższenie standardu usług medycznych z zakresu leczenia niepłodności, w szczególności poprzez działalność szkoleniową i badawczo – rozwojową, edukacyjną i informacyjną,

- udział w tworzeniu i realizowaniu zasad rynkowego systemu ochrony zdrowia w Rzeczypospolitej Polskiej oraz ubezpieczeń zdrowotnych.

W zebraniu założycielskim Związku brali udział przedstawiciele 17 podmiotów – członków założycieli Związku. Zgodnie z listą obecności (dowód: karty 154 – 155) na zebraniu założycielskim 27 kwietnia 2013 r. obecni byli przedstawiciele następujących przedsiębiorców:

1. Wojciech Gontarek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Gontarek Gravita – Diagnostyka i Leczenie Niepłodności w Łodzi
2. Małgorzata Zięba, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zięba Clinic Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Małgorzata Zięba w Katowicach
3. Przychodnia Lekarska Novum Katarzyna Kozioł, Piotr Lewandowski Sp. j. z siedzibą w Warszawie
4. Invicta Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku
5. Centrum Medyczne „Macierzyństwo” Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie
6. Centrum Położniczo-Ginekologiczne Bocian G. Mrugacz P. Pietrewicz Sp. j. z siedzibą w Białymstoku

7. Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie
8. „Gameta-Szpital” Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Rzgowie
9. Gameta Gdynia Centrum Zdrowia Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni
10. Centrum Zdrowia Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach
11. Ośrodek Diagnostyki i Leczenia Niepłodności Medart Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu
12. Jarosław Janeczko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Janeczko Jarosław „Parens Centrum Leczenia Bezpłodności” w Krakowie
13. Stanisław Horák, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Medyczne Antrum Laboratorium Demeter Stanisław Horák w Bytomiu
14. Sławomir Sobkiewicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NZOZ Salve-Medica Sławomir Sobkiewicz w Brzezinach
15. Invimed-T Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
16. Invimed – Europejskie Centrum Macierzyństwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
17. Artur Polak, Elżbieta Polak – wspólnicy w spółce cywilnej, prowadzący działalność gospodarczą we Wrocławiu (w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej nie ma określonej nazwy spółki cywilnej)

Zgromadzenie założycielskie Związku Uchwałą Nr 4/2013 (dowód: karta 107) z dnia 27 kwietnia 2013 r. powołało Pana Sławomira Sobkiewicza (prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NZOZ Salve-Medica Sławomir Sobkiewicz w Brzezinach) na prezesa zarządu Związku.

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 12 kwietnia 2016 r. (dowód: karta 678) o wskazanie podmiotów będących członkami Związku według stanu na początek maja 2013 r., na początek marca 2014 r. oraz na koniec 2015 r., Związek przekazał w piśmie z dnia 28 kwietnia 2016 r. zestawienie tabelaryczne. Z zestawienia tego wynika iż na początku maja 2013 r. Związek liczył 19 członków, na początku marca 2014 r. 18 członków, a na koniec 2015 r. 13 członków (dowód: karta 687). Powyższe informacje Związek uzupełnił pismem z dnia 1 lipca 2016 r. (dowód: karty 744 – 760) wskazując ostatecznie, że w 2013 r. Związek liczył 22 członków, na dzień 7 kwietnia 2014 r. Związek liczył 21 członków, a na koniec 2015 r. 16 członków (dowód: karty 754 – 756).

Wraz z pismem z dnia 28 kwietnia 2016 r. Związek przekazał również informacje i dokumenty dotyczące podmiotów, które zrezygnowały z uczestnictwa w Związku. Pisemną rezygnację z przynależności do Związku zgłosili:

1. Wojciech Gontarek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Gontarek Gravita – Diagnostyka i Leczenie Niepłodności w Łodzi w dniu 8 lipca 2014 r. (dowód: karta 705)
2. Centrum Zdrowia Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w dniu 21 lipca 2014 r. (dowód: karta 706)
3. „Gameta-Szpital” Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Rzgowie w dniu 23 lipca 2014 r. (dowód: karta 707)

4. Gameta Gdynia Centrum Zdrowia Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w dniu 20 lipca 2014 r. (dowód: karta 708)
5. Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie w dniu 9 lipca 2014 r. (dowód: karta 709)

Ponadto Związek przekazał informacje, że w 2013 r. „Polmedis”, tj. Artur Polak, Elżbieta Polak – wspólnicy w spółce cywilnej, prowadzący działalność gospodarczą we Wrocławiu – w 2013 r. zrezygnowali z członkostwa w Związku, nie załączył jednak pisemnej rezygnacji złożonej przez ten podmiot (dowód: tabela z listą członków Związku załączona do pisma Związku z 28 kwietnia 2016 r. – karta 687; lista członków Związku w 2013 r. załączona do pisma Związku z 1 lipca 2016 r. – karta 754).

W związku z powyższym Prezes Urzędu przyjął, że na początku maja 2013 r. Związek liczył 22 członków posiadających łącznie 29 klinik, a na początku marca 2014 r. liczył 21 członków posiadających 28 klinik. Jeden z członków Związku - Ośrodek Diagnostyki i Leczenia Niepłodności Medart Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – nie brał udziału w konkursach na wybór realizatorów Programu w 2013 r. i 2014 r. Informacje o składzie członkowskim Związku w maju 2013 r. oraz marcu 2014 r. przedstawia poniższe zestawienie.

Tab. 1. Skład członkowski Związku w maju 2013 r. oraz w marcu 2014 r.

	Członkowie Związku w maju 2013 r.	Członkowie Związku w marcu 2014 r.
1.	„Centrum Zdrowia Kielce” Sp. z o.o. z/s w Kielcach	„Centrum Zdrowia Kielce” Sp. z o.o. z/s w Kielcach
2.	„Gameta-Szpital” Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z/s w Rzgowie	„Gameta-Szpital” Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z/s w Rzgowie
3.	Artur Polak, Elżbieta Polak – wspólnicy w spółce cywilnej, prowadzący działalność gospodarczą we Wrocławiu	-
4.	Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp.k. z/s w Krakowie	Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp.k. z/s w Krakowie
5.	Centrum Medyczne Macierzyństwo Sp. z o.o. Sp.k. z/s w Krakowie	Centrum Medyczne Macierzyństwo Sp. z o.o. Sp.k. z/s w Krakowie
6.	Centrum Medyczne NZOZ s.c. Marek Szymański, Wiesław Szymański w Bydgoszczy	Centrum Medyczne NZOZ s.c. Marek Szymański, Wiesław Szymański w Bydgoszczy
7.	Centrum Położniczo-Ginekologiczne Bocian G. Mrugacz P. Pietrewicz Sp. j. z/s w Białymstoku	Centrum Położniczo-Ginekologiczne Bocian G. Mrugacz P. Pietrewicz Sp. j. z/s w Białymstoku

8.	Gameta Gdynia Centrum Zdrowia Sp. z o.o. z/s w Gdyni	Gameta Gdynia Centrum Zdrowia Sp. z o.o. z/s w Gdyni
9.	GMW-Embrio Sp. z o.o. z/s w Opolu	GMW-Embrio Sp. z o.o. z/s w Opolu
10.	Gyncentrum Clinic Sp. z o.o. z/s w Katowicach	Gyncentrum Clinic Sp. z o.o. z/s w Katowicach
11.	Invicta Sp. z o.o. z/s w Gdańsku (plus kliniki w Olsztynie, Słupsku, Warszawie i Wrocławiu)	Invicta Sp. z o.o. z/s w Gdańsku (plus kliniki w Olsztynie, Słupsku, Warszawie i Wrocławiu)
12.	Invimed – Europejskie Centrum Macierzyństwa Sp. z o.o. z/s w Warszawie (plus kliniki w Gdyni, Poznaniu i Wrocławiu)	Invimed – Europejskie Centrum Macierzyństwa Sp. z o.o. z/s w Warszawie
13.	Invimed – T Sp. z o.o. z/s w Warszawie	Invimed – T Sp. z o.o. z/s w Warszawie (plus klinika w Katowicach)
14.	Jarosław Janeczko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Janeczko Jarosław „Parens Centrum Leczenia Bezpłodności” w Krakowie	Jarosław Janeczko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Janeczko Jarosław „Parens Centrum Leczenia Bezpłodności” w Krakowie
15.	Małgorzata Zięba, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zięba Clinic Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Małgorzata Zięba w Katowicach	Małgorzata Zięba, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zięba Clinic Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Małgorzata Zięba w Katowicach
16.	Ośrodek Diagnostyki i Leczenia Niepłodności Medart Sp. z o.o. z/s w Poznaniu	Ośrodek Diagnostyki i Leczenia Niepłodności Medart Sp. z o.o. z/s w Poznaniu
17.	Parens Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie	Parens Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie
18.	Provita Sp. z o.o. z/s w Katowicach	Provita Sp. z o.o. z/s w Katowicach
19.	Przychodnia Lekarska Novum Katarzyna Kozioł, Piotr Lewandowski Sp. j. z/s w Warszawie	Przychodnia Lekarska Novum Katarzyna Kozioł, Piotr Lewandowski Sp. j. z/s w Warszawie
20.	Sławomir Sobkiewicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NZOZ Salve-Medica Sławomir Sobkiewicz w Brzezinach	Sławomir Sobkiewicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NZOZ Salve-Medica Sławomir Sobkiewicz w Brzezinach
21.	Stanisław Horák, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum	Stanisław Horák, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum

	Medyczne Antrum Laboratorium Demeter Stanisław Horák w Bytomiu	Medyczne Antrum Laboratorium Demeter Stanisław Horák w Bytomiu
22.	Wojciech Gontarek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Gontarek Gravita – Diagnostyka i Leczenie Niepłodności w Łodzi	Wojciech Gontarek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Gontarek Gravita – Diagnostyka i Leczenie Niepłodności w Łodzi

(dowód: „Lista obecności na zebraniu w dniu 27.04.2013 r. członków założycieli Związku Zawodowego Związek Pracodawców Leczenia Niepłodności” – karta 154; tabela z listą członków Związku załączona do pisma Związku z 28 kwietnia 2016 r. – karta 687, lista członków Związku w 2013 r. załączona do pisma Związku z 1 lipca 2016 r. – karta 754).

Zgodnie z wyjaśnieniami prezesa Związku członkowie Związku odbyli co najmniej pięć spotkań (dowód: karta 90). Część spotkań odbyła się w okresie między ogłoszeniem konkursu a terminem na złożenie ofert, tj. 27 kwietnia 2013 r. (dowód: „Lista obecności na zebraniu w dniu 27.04.2013 r. członków założycieli Związku Zawodowego Związek Pracodawców Leczenia Niepłodności” - karty 154-155), 11 maja 2013 (dowód: „Lista ze spotkania 11-05-2013 r.”, załączona do pisma Związku z dnia 1 września 2014 r. - karta 82) i 22 marca 2014 r. (dowód: „Lista obecności 22.03.2014”, załączona do pisma Związku z dnia 1 września 2014 r. - karty 73, 79).

Zgodnie z § 20 Statutu Związku (dowód: karta 102) na majątek Związku składają się nieruchomości, ruchomości oraz fundusze. Fundusze Związku powstają z wpisowego i składek członkowskich, darowizn, spadków i zapisów, dochodów z działalności gospodarczej, dochodów z majątku Związku oraz innych źródeł prawem dopuszczalnych.

Związek wraz z pismem z dnia 28 kwietnia 2016 r. przesłał oświadczenie z dnia 25 kwietnia 2016 r., w którym poinformował Prezesa Urzędu, że w dniu 28 maja 2015 r. podjął uchwałę o zakończeniu działalności Związku i jego rozwiązaniu (dowód: karta 710). Nie dołączył jednak żadnych dowodów na zaistnienie ww. faktu. Jednocześnie Prezes Urzędu ustalił jednak, iż na dzień 14 czerwca 2016 r. Związek wciąż widniał w Krajowym Rejestrze Sądowym (dowód: notatka służbowa ze sporządzenia wydruku odpisu z rejestru Krajowego Rejestru Sądowego ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości wraz z wydrukiem z dnia 14 czerwca 2016 r., karty 717-722). W odpowiedzi z dnia 1 lipca 2016 r. na wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 15 czerwca 2016 r. do uzupełnienia oświadczenia o stosowne dowody i dokumenty (dowód: karty 744 – 745), Związek wyjaśnił, że do dnia wysłania pisma nie została podjęta formalna uchwała o rozwiązaniu Związku, a w związku z tym działanie takie nie zostało zgłoszone w Krajowym Rejestrze Sądowym. Związek podjął czynności w celu podjęcia uchwały o jego rozwiązaniu, jednak by było to możliwe konieczne jest w pierwszej kolejności doprowadzenie do sytuacji istnienia *quorum* zdolnego powziąć przedmiotową decyzję. Zgodnie natomiast z § 22 ust. 2 Statutu Związku rozwiązanie Związku może nastąpić na mocy uchwały Walnego Zgromadzenia, podjętej większością 4/5 głosów w obecności co najmniej 1/2 członków. Z ww. pisma wynika również, że prezes Związku złożył oświadczenie o podjęciu w dniu 28 maja 2015 r. uchwały w przedmiocie zakończenia działalności Związku i jego rozwiązaniu nie posiadając świadomości, iż uchwała ta nie ma mocy prawnej. Należy więc uznać, że uchwała przyjęta przez członków obecnych na zgromadzeniu miała wyłącznie walor deklaracji.

(ii) Przebieg konkursów ofert na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie Niepłodności metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016”

W dniu 25 kwietnia 2013 r. Minister Zdrowia ogłosił konkurs ofert na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016” (zwany dalej również: „Program”). Konkurs został przeprowadzony na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 581 ze zm.) w zakresie dotyczącym programów zdrowotnych i programów polityki zdrowotnej. Do wyboru realizatorów programów zdrowotnych, o których mowa w art. 48 ust. 1 ww. ustawy, nie stosowano przepisów o zamówieniach publicznych, a w zakresie nieuregulowanym w ustawie do trybu przeprowadzenia konkursu ofert i zawarcia umów o realizację programu polityki zdrowotnej stosowano odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące przetargu. Oferty można było składać do godziny 12:00 15 maja 2013 r. (dowód: „Program Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016 – Ogłoszenie”, załączony do pisma Ministerstwa Zdrowia z dnia 29 lipca 2013 r. - karty 13-16). Zgodnie z wyjaśnieniami Ministerstwa Zdrowia w ramach Programu miały być finansowane procedury związane z leczeniem niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego zarówno w odniesieniu do części klinicznej jak i biotechnologicznej, bez obciążania kosztami świadczeniobiorców. Jednakże koszty zakupu leków były ponoszone przez pary uczestniczące w Programie (dowód: pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 29 lipca 2013 r. - karty 10-11).

Przedmiotem określonego wyżej konkursu ogłoszonego przez Ministra Zdrowia był wybór realizatorów Programu na okres od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2014 r. w zakresie obejmującym zapewnienie kompleksowego dostępu do świadczeń medycznie wspomaganego rozrodu, w tym wszystkich procedur związanych z przygotowaniem do pobrania gamet męskich i żeńskich, ich preparatyką, tworzeniem i hodowlą zarodków, przechowywaniem i zapewnieniem bezpieczeństwa zarodków, jak również przechowywaniem do czasu wykorzystania oraz transferem utworzonych zarodków do macicy, zgodnie z zasadami opisanymi w Programie (dowód: „Program Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016 – Ogłoszenie”, załączony do pisma Ministerstwa Zdrowia z dnia 29 lipca 2013 r. - karty 13-16). Koszt pojedynczego cyklu został określony na maksymalną kwotę 7510 zł. Na realizację całego Programu przewidziano potrzebę zapewnienia w budżecie Państwa środków finansowych łącznie w wysokości 247 199 500 zł. Z procedur w ramach Programu miało skorzystać około 15 tysięcy par, przy czym zapewniono możliwość skorzystania z maksymalnie 3 cykli leczniczych u jednej pary (dowód: „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego”, dostępny na stronie Ministerstwa Zdrowia¹, karty 729-737). Informacje dotyczące kosztu pojedynczego cyklu wraz z kalkulacją były publicznie dostępne dla osób i podmiotów zainteresowanych przed terminem składania ofert w postępowaniu konkursowym na wybór realizatorów Programu. Dokument Programu został zamieszczony na stronie internetowej Ministerstwa Zdrowia, ponadto Ministerstwo Zdrowia, na bieżąco udzielało informacji podmiotom i osobom zainteresowanym (dowód: pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 23 września 2013 r., karty 57-61).

¹ <http://www.mz.gov.pl/zdrowie-i-profilaktyka/zdrowie-matki-i-dziecka/leczenie-nieplodnosci-metoda-zaplodnienia-pozaustrujowego-in-vitro/>

W postępowaniu konkursowym ogłoszonym w dniu 25 kwietnia 2013 r., do godz. 12:00 15 maja 2013 r. wpłynęło 37 ofert, z czego do realizacji Programu w okresie od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2014 r. wyłoniono ostatecznie 26 podmiotów. Przedsiębiorcy będący członkami Związku złożyli łącznie 25 spośród 37 ofert (część członków Związku posiada więcej, niż jedną klinikę i na każdą złożyli odrębną ofertę, dlatego liczba ofert złożonych przez członków Związku była większa, niż liczba samych członków Związku). W 21 ofertach określono cenę za pojedynczy cykl świadczenia w wysokości 7.510 zł, w 3 ofertach określono cenę w wysokości 7.500 zł. Przedsiębiorcy niezwiązani ze Związkiem złożyli 12 ofert, z czego w 5 przypadkach cena wynosiła 7510 zł, a w jednym 7500 zł. (dowód: pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 29 lipca 2013 r. – karty 10-12; załącznik nr 2 do ww. pisma „Ogłoszenie o ostatecznej decyzji w sprawie wyboru realizatorów programu zdrowotnego (...)” – karty 17-18; załącznik nr 5 do ww. pisma w postaci kart ofert – karty: 259-332, 333-406; dowody z Tab. 1).

W dniu 7 marca 2014 r. Minister Zdrowia ogłosił drugą edycję konkursu ofert na wybór realizatorów Programu. Oferty można było składać do 31 marca 2014 r. (dowód: Ogłoszenie konkursowe na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn.: „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016” z dnia 7 marca 2014 r., dostępny na stronie Ministerstwa Zdrowia², karty 726-728). W postępowaniu konkursowym wpłynęło 40 ofert, z czego do realizacji Programu w okresie od 1 lipca 2014 r. do 30 czerwca 2016 r. wyłoniono ostatecznie 31 podmiotów. (dowód: pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 3 marca 2015 r. – karty 233-236; załącznik nr 4 do ww. pisma „Lista oferentów, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze (...)” – karty 241-243; załącznik nr 1 do ww. pisma w postaci kart ofert – karty: 542-609, 610-677).

W edycji konkursu z 2014 r. członkowie Związku złożyli łącznie 27 spośród 40 ofert, które wpłynęły do Ministerstwa Zdrowia. W 18 spośród tych ofert określono cenę za pojedynczy cykl świadczenia w wysokości 7.510 zł (14 przypadków) lub 7.500 zł (4 przypadki). Przedsiębiorcy niezwiązani ze Związkiem złożyli 13 ofert, z czego w 4 przypadkach cena wynosiła 7510 zł., a w 2 przypadkach 7500 zł. (dowód: pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 3 marca 2015 r. – karty 233-236; załącznik nr 4 do ww. pisma „Lista oferentów, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze (...)” – karty 241-243; załącznik nr 1 do ww. pisma w postaci kart ofert – karty 542-609, 610-677; dowody z Tab. 1)

W obu edycjach konkursu na wybór realizatorów Programu kosztorys (cena) oferty był jednym z kryteriów oceny i wyboru oferentów. Oferenci mogli otrzymać maksymalnie 20 pkt w zakresie kryterium ceny. Oferta mogła otrzymać łącznie 100 pkt w zakresie oceny wszystkich kryteriów wyboru, do których należały: kosztorys zadania, liczba możliwych do wykonania cykli świadczeń, harmonogram prac, doświadczenie (w tym okres realizacji in vitro w latach, średnia liczba procedur w poprzednich latach) i wykształcenie personelu, kompleksowość i dostępność świadczeń, wyposażenie sprzętowe, ocena efektywności stosowanych dotychczas procedur (w edycji konkursu w 2014 r.), posiadanie systemów zarządzania jakością. Obszary oceny dotyczące doświadczenia i efektywności procedur umożliwiały oferentowi uzyskanie po maksymalnie 10 pkt. Premiowani byli przedsiębiorcy posiadający dłuższe doświadczenie wykonywania świadczeń leczenia niepłodności metodą in vitro i uzyskujący wyższe wskaźniki efektywności stosowanych procedur (dowód: załączniki

² <http://www.mz.gov.pl/zdrowie-i-profilaktyka/programy-zdrowotne/wykaz-programow/leczenie-nieplodnosci-metoda-zaplodnienia-pozaustrrojowego-in-vitro/Podzial-srodkow-finansowych-pomiedzy-realizatorow-programu-in-vitro-w-2016-r/ogloszenie-konkursowe-na-wybor-realizatorow-programu-zdrowotnego-pn-program-leczenie-nieplodnosci-metoda-zaplodnienia-pozaustrrojowego-na-lata-2013-2016/>

nr 5 i 6 do pisma Ministerstwa Zdrowia z dnia 3 marca 2016 r. „Kryteria oceny merytorycznej ofert w postępowaniu konkursowym w 2013 r.” i „Kryteria oceny merytorycznej ofert w postępowaniu konkursowym w 2014 r.” - karty 244 – 248). Zgodnie z wyjaśnieniami Ministerstwa Zdrowia zawartymi w piśmie z dnia 23 września 2013 r. w pierwszej edycji konkursu szczegółowe kryteria oceny merytorycznej ofert w zakresie warunków i skali punktacji kosztorysu zadania oraz wagi tego kryterium nie były upublicznione oraz nie były przekazywane na wniosek osób i podmiotów zainteresowanych, przed upłynięciem terminu składania ofert ani do dnia ogłoszenia wyników postępowania konkursowego (dowód: karta 60).

Jak wynika zaś z wyjaśnień udzielonych w toku kontroli przedsiębiorcy „Gameta-Szpital” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy – Spółka komandytowa z siedzibą w Rzgowie, wraz z ogłoszeniem wyników konkursu w roku 2013, Ministerstwo Zdrowia zamieściło na stronie www dokument pdf zatytułowany Kryteria Oceny Ofert i Wyboru Oferenta Nie zawierał on jednak żadnych nowych informacji pozwalających na określenie, w jaki sposób jednostkowa cena cyklu mogła wpłynąć na punktację oferty.

Częściowa wiedza na temat sposobu oceny oferty pojawiła się wraz z ogłoszeniem konkursu Ministerstwa Zdrowia w edycji z 2014 r. W ramach odpowiedzi na pytania zadawane przez potencjalnych oferentów – Ministerstwo Zdrowia:

1. w dniu 19.03.2014r. wskazało, że „Cena zawsze powinna być określona w oparciu o możliwości realizacyjne danego oferenta i być zgodna z jego potrzebami. Ministerstwo Zdrowia nie może przyznać wyższej kwoty, niż ta określona w programie. W ogłoszeniu konkursowym zostały określone kryteria, na podstawie których oferenci będą oceniani oraz wagi punktowe za poszczególne kryteria, natomiast poszczególne zakresy punktowe zostaną określone przez Komisję Konkursową podczas jej pierwszego posiedzenia mającego na celu merytoryczną ocenę ofert, ale jeszcze przed otwarciem tych ofert. W związku z tym nie jest możliwe wskazanie, co pozwoli na zdobycie najwyższej liczby punktów.”
2. w dniu 31.03.2014 r. wskazało, że ”Oferenci mogą zaproponować inną cenę niż maksymalna. Wysokość zaproponowanej ceny jest przedmiotem oceny oferty.”

Pełne zasady oceny ofert były znane ww. spółce od dnia 16 lipca 2014 r. (tj. po terminie składania ofert w edycji konkursu z 2014 r.), w związku z treścią pisma Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia adresowanego do Prezesa Zarządu Związku z dnia 4 lipca 2014 r. We wskazanym piśmie przedstawiono wagi punktowe dla poszczególnych kryteriów – zgodnie z decyzją Komisji Konkursowej (dowód: notatka z dnia 14 sierpnia 2014 r. z odbierania wyjaśnień (oświadczenia) w toku kontroli przedsiębiorcy „Gameta-Szpital” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy – Spółka komandytowa z siedzibą w Rzgowie, karta 165).

Zatem w momencie składania ofert przez uczestników edycji konkursu w 2013 r. nie były upublicznione żadne informacje o kryteriach oceny ofert. W momencie składania ofert w edycji konkursu z 2014 r. uczestnicy mieli zaś wiedzę częściową o tych kryteriach: obejmowała ona listę kryteriów oraz maksymalną ilość punktów możliwych do zdobycia za dane kryterium, nie obejmowała natomiast informacji o zakresach punktowych w ramach pułapów maksymalnych za dane kryterium (tj. np. nie było wiadomo, ile punktów z przedziału 0-20 przypisane będzie cenie ofertowej w danej wysokości).

Poniżej znajduje się tabela z nazwami podmiotów oraz cenami, które zaproponowały one w złożonych ofertach w postępowaniu konkursowym w 2013 r. i w 2014 r.

Tab. 2. Oferty cenowe w obu edycjach konkursu na wybór realizatorów Programu.

	Podmiot	Cena w 2013 r. (w PLN)*	Cena w 2014 r. (w PLN)*
1	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7510	7510
2	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	brak oferty	7100
3	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7310</u>
4	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7480</u>
5	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7500</u>
6	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
7	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7400</u>
8	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
9	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
10	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
11	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7510	7510
12	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7000</u>	<u>7100</u>
13	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	brak oferty	7350**
14	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7134,5</u>
15	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	brak oferty	<u>7510</u>
16	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
17	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
18	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
19	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	brak oferty	<u>7200</u>

20	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
21	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
22	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
23	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
24	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	brak oferty***	<u>6500</u>
25	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7500</u>	<u>7500</u>
26	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	brak oferty	7200
27	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7510	7500
28	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7000	brak oferty
29	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7510	7510
30	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	5500	brak oferty
31	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7500	brak oferty
32	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
33	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7210	7210
34	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7500</u>	<u>7500</u>
35	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	7500
36	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7500</u>	<u>7500</u>
37	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7510</u>
38	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7230	7330
39	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	6069	brak oferty
40	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7510	7510
41	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	brak oferty	7200
42	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	7290	7450
43	<i>(tajemnica przedsiębiorstwa)</i>	<u>7510</u>	<u>7310</u>

44	(tajemnica przedsiębiorstwa)	<u>7510</u>	<u>7435</u>
----	-------------------------------------	--------------------	--------------------

* Ceny pogrubione i podkreślone to ceny zaproponowane przez członków Związku.

** **(tajemnica przedsiębiorstwa)** oferowała ceny za cykl od 7200 do 7600 w zależności od terminu przeprowadzenia zabiegu, średnia cena za cykl wyniosła 7350 zł. (dowód: załącznik nr 1.36 do pisma Ministerstwa Zdrowia a dnia 3 marca 2015 r. – karta 677).

*** zgodnie z informacjami z Rejestru Podmiotów Wykonujących Działalność Leczniczą (rpwdl.csioz.goc.pl) będąca przedsiębiorstwem **(tajemnica przedsiębiorstwa)** rozpoczęła działalność leczniczą w dniu 1 października 2013 r.

(dowód: pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 29 lipca 2013 r. – karty 10-12 wraz z załącznikiem nr 5 w postaci kart ofert – karty: 259-332, 333-406; pismo Ministerstwa Zdrowia z dnia 3 marca 2015 r. – karty 233-236 wraz z załącznikiem nr 1 do w postaci kart ofert – karty 542-609, 610-677; dowody z Tab. 1).

Analiza ofert złożonych w postępowaniu konkursowym w 2013 r. wykazała, że najniższa zaoferowana przez członka Związku cena to 7.000 zł. Średnia cena oferowana przez podmioty należące do Związku wynosiła 7.488,4 zł. Przedsiębiorcy nie związani ze Związkiem zaoferowali ceny w przedziale od 5.500 zł do 7.510 zł (średnio 7.112,41 zł.). Natomiast analiza ofert złożonych w postępowaniu konkursowym w 2014 r. wykazała, że najniższa zaoferowana przez członka Związku cena to 6.500 zł. Średnia cena oferowana przez podmioty należące do Związku wynosiła 7.407,76 zł. Przedsiębiorcy nie związani ze Związkiem zaoferowali ceny w przedziale od 7.100 zł do 7.510 zł (średnio 7375,38 zł.).

(iii) Korespondencja elektroniczna

Prezes Urzędu ustalił na podstawie pozyskanej w toku kontroli oraz przekazanej przez członków Związku korespondencji elektronicznej wysłanej ze skrzynki poczty elektronicznej o adresie **(tajemnica przedsiębiorstwa)**, wykorzystywanej do celów służbowych przez prezesa zarządu Związku (dowód: notatka z dnia 13 sierpnia 2014 r. z odbierania wyjaśnień w toku kontroli - karta 90), co następuje:

W korespondencji elektronicznej z dnia 9 maja 2013 r. (temat: „*Sławek Sobkiewicz zebranie 11.05.13*”) rozesłano do przedstawicieli klinik – członków Związku zaproszenie na spotkanie w dniu 11 maja 2013 r., podczas którego planowano m.in. „*przyjąć, dla zaangażowanych ośrodków, wspólną politykę co do wypełniania ofert do MZ w sprawie realizacji programu*” oraz „*przyjąć wspólną politykę co do postępowania konkursowego*” (dowód: karta 185). W spotkaniu tym wzięło udział 21 osób będących przedstawicielami 14 klinik (dowód: „*Lista ze spotkania 11-05-2013*” załączona do pisma Związku z dnia 1 września 2014 r. - karta 82).

W korespondencji elektronicznej z dnia 19 maja 2013 r. (temat: „*Związek Sławek Sobkiewicz 19.05.13*”) skierowano do przedstawicieli członków Związku komunikat, w którym przekazana była następująca informacja: „*Wczoraj 15.05 wraz z Antrum, Invictą, Invimedem, Gametą, Gravidą, koleżankami z Bydgoszczy Genesis, oraz z SALVE MEDICA złożyliśmy o godz. 10 oferty w MZ. (...) My z Łodzi pokazaliśmy sobie oferty przed zaklejeniem by nie było później domysłów i podejrzeń*” (dowód: karta 113). Z wyjaśnień złożonych przez prezesa zarządu Związku Sławomira Sobkiewicza (dowód: karta 90) wynika, że doszło do okazania treści ofert w zakresie finansowym (tj. stron ofert obejmujących cenę) pomiędzy przedstawicielami NZOZ Salve Medica Sławomir Sobkiewicz w Łodzi i Gameta-

Szpital Sp. z o.o. i wsp. Sp.k. Przedstawiciele Gravita Diagnostyka i Leczenie Niepłodności Wojciech Gontarek w Łodzi zadeklarowali jedynie kwoty określone w ofercie. Przedsiębiorcy ci należą do grona członków założycieli Związku. Powyższe okoliczności miały miejsce w siedzibie Ministerstwa Zdrowia, bezpośrednio przed złożeniem ofert.

W korespondencji elektronicznej z dnia 13 marca 2014 r. (temat: „Związek Klinik Leczenia Niepłodności”) przekazano przedstawicielom członków Związku komunikat, w którym m.in. stwierdzono: „Wydaje się być słusznym byśmy uzgodnili treści składanych ofert, których kopie powinny być przekazane do Związku, tak by poszczególne Kliniki rywalizujące na danym terenie nie obawiały się nieuczciwego zachowania się konkurenta” (dowód: karta 134).

W korespondencji elektronicznej z dnia 19 marca 2014 r. (temat: „ZPOLNiWaR”) poinformowano przedstawicieli członków Związku o planowanym na dzień 22 marca 2014 r. spotkaniu. Celem spotkania miało być przyjęcie „wspólnego stanowiska wobec ogłoszonego konkursu leczenia niepłodności metodą *in vitro*”. W treści pisma padły m.in. następujące sformułowania: „(...) jest to (...) szansa by sobie zaufać co przełoży się na nasze dochody przez następne dwa lata i mniejszy stres przy sporządzaniu oferty. (...) brak porozumienia to (...) mniejsze zyski przy większej ilości pracy (...)” (dowód: karty 135, 229).

W treści korespondencji elektronicznej z dnia 27 marca 2014 r. (temat: „ZPOLNiWaR”) przesłanej do przedstawicieli członków Związku zawarto zaś m.in. następujące sformułowania: „(...) powinniśmy zrobić wszystko by w trakcie tego konkursu stracić jak najmniej nerwów i być pewnym wzajemnego zachowania członków Związku wobec siebie. (...)”. Z treści tej korespondencji wynika również, iż Związek apelował o utrzymanie cen ofertowych na poziomie ceny maksymalnej wskazanej przez Ministerstwo Zdrowia: „Invimed deklaruje utrzymanie ceny oferowanej przez MZ, co również rekomenduje Związek”. W tej samej wiadomości zawarte zostało również stwierdzenie: „Proponuje jednak aby z danego regionu po pokazaniu sobie ofert wspólnie wysłać lub wspólnie zawieźć zaklejone już oferty do MZ.” (dowód: karta 231).

W korespondencji elektronicznej z dnia 23 marca 2014 r. (temat: „SPRAWA PILNA !!! FWD: PD: poprawione dokumenty”) wysłanej ze skrzynki poczty elektronicznej (**tajemnica przedsiębiorstwa**) (dowód: karty 64, 72) do m.in. Sławomira Sobkiewicza i Grzegorza Mindy znajdowała się wiadomość o treści: „Cześć, Moniko i Wiesławie przesyłam poprawioną wersję pism i dokumentów z sobotniego spotkania w Łodzi, proszę o uwagi oraz ew. poprawę tekstu (może wzbogacenie go o kilka słów do członków ZPKL NiWR) i przesłanie w/w pism do dr Sobkiewicza celem wysłania ich w dniu jutrzejszym do KLINIK LECZENIA NIEPŁODNOŚCI.” Dalej dołączone były załączniki, wśród których znajdowały się dokumenty z ustaleniami ze spotkania z 22 marca 2014 r. (załączniki noszą nazwę „postanowienia z dnia 22.03.2014.doc” oraz „postanowieni (WERSJA POPRAWIONA MKW) z dnia 22.03.2014.doc”). W ww. dokumencie pn. „postanowienia z dnia 22.03.2014.doc” (dowód: karty 66, 78), rozpoczynającym się od słów „Ustalenia przedstawicieli Związku Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomaganego Rozrodu z dnia 22.03.2014r.”, w pkt. 2 znajduje się stwierdzenie, że „ZPOLNiWR rekomenduje utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację do 2016r.”. W dokumencie pn. „postanowieni (WERSJA POPRAWIONA MKW) z dnia 22.03.2014.doc” (dowód: karty 67, 76) napisano „W trakcie zebrania ustalono poniższe rekomendacje dotyczące konkursu ofert na rządowe programy *in vitro*.” W pkt 2 tego dokumentu stwierdzono, że „Związku Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomaganego Rozrodu rekomenduje; utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc

pod uwagę inflację oraz wzrost innych kosztów stałych i zmiennych naszych firm w latach 2015-2016.”.

Adres poczty elektronicznej (*tajemnica przedsiębiorstwa*) należy do (*tajemnica przedsiębiorstwa*) – doradcy Związku w sprawach z zakresu PR i marketingu (dowód: „Ustalenia przedstawicieli Związku Polskich Ośrodków Leczenie Niepłodności i Wspomagane Rozrodo z dnia 22.03.2014 r. – karta 78; pismo Grzegorza Mindy dołączone do pisma „Gameta-Szpital” Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z dnia 27 sierpnia 2014 r. – karta 63).

(iv) Złożone wyjaśnienia

W toku kontroli Związku, prowadzonej na podstawie upoważnienia Prezesa Urzędu z dnia 22 lipca 2014 r., prezes Związku Sławomir Sobkiewicz oświadczył dnia 23 lipca 2014 r. (dowód: karty 88-89), że zgodnie z jego wiedzą koszt (dla pacjenta) pojedynczego cyklu w procedurze leczenia niepłodności wynosi średnio od 4900 do 6500 złotych, nie licząc kosztów leków i dodatkowych badań, które ponosi pacjent. W ocenie prezesa Związku koszt maksymalny określony w Programie odzwierciedlała zakres i koszty podejmowanych czynności. Odnośnie działań Związku przed edycją konkursu z 2014 r. wskazał ponadto, że prośbą Związku skierowaną do członków było to, aby nie stosować w ofertach cen „dumpingowych”. W ocenie prezesa Związku, jeżeli ceny proponowane przez kliniki będą za niskie, to NFZ lub Ministerstwo Zdrowia „już nie odpuści – te niższe ceny będą punktem odniesienia”. Związek sugerował zatem, aby w konkursie o uczestnictwo w Programie „nie walczyć ceną, lecz jakością”. Prezes Związku sugerował, aby „ludzie (przedstawiciele, właściciele klinik) porozumieali się, aby zaufali sobie, że będą postępować etycznie”. W ocenie Prezesa Związku dzięki temu „zaczęto ze sobą rozmawiać, zamiast wzajemnie się obmawiać”. Prezes Związku zauważył nadto, iż „wiadomo było, jaka cena jest „sugerowana” przez Ministerstwo Zdrowia, nie było jednak wiadomo, jaka cena wyklucza z konkursu”.

Z wyjaśnień Sławomira Sobkiewicza odebranych w toku kontroli 13 sierpnia 2014 r. (dowód: karta 90) wynika ponadto, że „odbyło się pięć lub sześć spotkań przedstawicieli Związku Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodo z siedzibą w Łodzi poza spotkaniem założycielskim: w marcu 2014 r., w styczniu 2014 r. lub grudniu 2014 r., jesienią 2013 r. i prawdopodobnie dwa spotkania wiosną 2013 r. (...) Ze spotkania w marcu 2014 r. powstały rekomendacje dla Związku, które zostały spisane i rozesłane po spotkaniu do przedstawicieli/członków Związku. Rekomendacje wskazywały, co powinni uwzględnić członkowie (choć nie musieli) w ofertach konkursowych do „Programu – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016”, m.in.: wysokość ceny rekomendowanej na poziomie ceny przyjętej przez Ministerstwo Zdrowia (7510 zł) w celu uniknięcia ofert „dumpingowych” (...). Rekomendacje nie miały charakteru wiążącego dla członków Związku będąc bardziej próbą nadania racjonalności konkursowi organizowanemu przez Ministerstwo Zdrowia w obliczu jego niejasnych i niezrozumiałych warunków.” Ponadto Sławomir Sobkiewicz oświadczył, po weryfikacji treści korespondencji elektronicznej z dnia 19 maja 2013 r., temat: „Związek Sławek Sobkiewicz 19.05.13”, iż miało miejsce jedynie okazanie treści ofert w zakresie finansowym (strony oferty obejmującej cenę) pomiędzy NZOZ Salve Medica i „Gametą” w Łodzi. Było to możliwe, ponieważ koperty tych przedsiębiorców nie były jeszcze zamknięte. Przedstawiciele „Gravity” zadeklarowali jedynie kwoty określone w ich ofertach.

W toku kontroli przedsiębiorcy Gameta - Szpital Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Rzgowie (zwana dalej: „Gameta”), przeprowadzonej na podstawie upoważnienia

Prezesa Urzędu z dnia 22 lipca 2014 r., pan Grzegorz Minda (m.in. w latach 2011-2014 członek jednoosobowego zarządu komplementariusza, prezes zarządu Gameta Szpital sp. z o.o., osoba reprezentująca przedsiębiorcę Gameta Szpital sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. w postępowaniach konkursowych Ministra Zdrowia na wybór realizatorów Programu) w dniu 14 sierpnia 2014 r. złożył wyjaśnienia (dowód: karty 164-165), z których wynika, że ww. spółka komandytowa nie widziała przesłanek do wpisania w swojej ofercie ceny jednostkowej cyklu w kwocie innej, niż wskazanej przez Ministerstwo Zdrowia. W roku 2014 r. Gameta zaoferowała cenę na poziomie niezmiennym w stosunku do 2013 r., m.in. dlatego, że znany był już sposób oceny ofert złożonych w postępowaniu konkursowym. Gameta nie kierowała się przy konstruowaniu swojej oferty żadnymi ewentualnymi sugestiami ze strony innych klinik lub ze strony Związku co do wysokości ceny ofertowej. Pan Grzegorz Minda stwierdził również, że oferty w obu postępowaniach konkursowych były złożone bez okazywania ich innym oferentom.

W dniu 14 stycznia 2014 r. Prezes Urzędu przekazał niektórym przedsiębiorcom biorącym (zarówno należącym do Związku, jak i spoza Związku) udział w pierwszej edycji konkursu na wybór realizatorów Programu wezwanie, w którym zadano m.in. następujące pytania: „Czy w ocenie Świadczeniodawcy koszt pojedynczego cyklu procedury wyznaczony jako maksymalny w kosztorysie Programu jest adekwatny do obecnych warunków rynkowych i wymogów jakościowych procedur(za niski, za wysoki, adekwatny)? Jakie są znane Świadczeniodawcy opinie innych świadczeniodawców na ten temat?” oraz „Czy według wiedzy Świadczeniodawcy średni poziom cen świadczeń wspomaganego rozrodu metodą zapłodnienia pozaustrojowego jest porównywalny pomiędzy różnymi świadczeniodawcami w kraju? (...)” (dowód: karty 407 – 408, 415 – 416, 423 – 424, 442 – 443).

W opinii Leszka Nowaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NZOZ „PLAST-MED” Leszek Nowak w Katowicach (przedsiębiorca nienależący do Związku), zawartej w odpowiedzi (dowód: karty 409 - 410) na wezwanie Prezesa Urzędu część ofert przyjętych przez komisję konkursową była zawyżona jeśli chodzi o cenę usługi. Ww. przedsiębiorca uważa również, że średni poziom cen świadczeń wspomaganego rozrodu metodą zapłodnienia pozaustrojowego jest porównywalny pomiędzy różnymi świadczeniodawcami w kraju. Procedura wszędzie wykonywana jest tak samo, cena zabiegu zależy od tego, ile chce zarobić na niej świadczeniodawca.

Z kolei z wyjaśnień przedsiębiorcy Waldemara Kuczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kriobank Centrum Leczenie Niepłodności Małżeńskiej Prof. dr hab. n. med. Waldemar Kuczyński w Białymstoku (przedsiębiorca nienależący do Związku), zawartych w odpowiedzi (dowód: karty 425 – 438) na wezwanie Prezesa Urzędu wynika, że każdy świadczeniodawca prowadzi działalność w innym otoczeniu rynkowym oraz stosuje inne standardy jakościowe, w kategoriach ekonomicznych zakłada inny próg rentowności, stąd trudno jest ocenić czy koszt ten jest adekwatny do obecnych warunków rynkowych (dowód: karta 431). Ww. przedsiębiorca wyjaśnił, że zamieszczone w Internecie oficjalne cenniki procedur komercyjnych w innych ośrodkach wskazywały na możliwość składania ofert na znacznie niższym poziomie niż wycena ryczałtowa Ministerstwa Zdrowia (dowód: karty 428-429). Ponadto przedsiębiorca stwierdził, że różnice cen są odzwierciedleniem zróżnicowanych kosztów własnych, które są inne dla każdego podmiotu, np.: płac, amortyzacji (która zależy od stopnia usprzętowania jednostki), zakresu korzystania z usług obcych, otoczenia rynkowego, konkurencji (dowód: karta 435).

Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus w Warszawie (przedsiębiorca nienależący do Związku) stwierdził, że w jego ocenie koszt pojedynczego cyklu procedury jest adekwatny do

wymogów jakościowych procedury i odpowiada średniemu kosztowi wykonania procedury w ośrodku ww. przedsiębiorcy. Natomiast średni poziom cen świadczeń wspomaganego rozrodu metodą zapłodnienia pozaustrojowego wydaje się być w pewnym stopniu porównywalny pomiędzy różnymi świadczeniodawcami w kraju. Różnice mogą wynikać z kosztów administracyjnych oraz kosztów zużytych materiałów oraz aparatury i sprzętu, którym dany ośrodek dysponuje (dowód: karty 444 – 449).

W opinii (*tajemnica przedsiębiorstwa*), członka Związku, który jako jedyny z członków w edycji konkursu w 2013 r. zaproponował cenę inną niż 7510 zł czy 7500 zł, koszt pojedynczego cyklu według założeń Programu został wyznaczony adekwatnie do warunków rynkowych. Niemniej jednak ww. przedsiębiorca stwierdził, że ceny świadczeń wspomaganego rozrodu metodą zapłodnienia pozaustrojowego w Polsce są różne i zależą od kosztów sprzętu i mediów, kosztów kredytowania i leasingowania, zarobków pracowników, określenia zysku itp. (dowód: karty 417 – 418).

Wojciech Gontarek, przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Gontarek Gravita Diagnostyka i Leczenie Niepłodności w Łodzi w piśmie z dnia 22 września 2014 r. (dowód: karty 499 – 501) wyjaśnił, że Związek, w trosce o utrzymanie standardu procedury in vitro, rekomendował swoim członkom, aby w swoich ofertach wykazywali rzeczywisty koszt procedury zgodnie z faktycznymi kosztami cząstkowymi. Ww. przedsiębiorca oświadczył, że nie okazywał nikomu swojej oferty przed jej złożeniem, nikt nie zwrócił się do niego z prośbą o jej okazanie. Wycena procedury in vitro przyjęta przez Ministerstwo Zdrowia była przedmiotem dyskusji podczas spotkań Związku. W powszechnej ocenie wycena ta odpowiadała faktycznym przybliżonym kosztom procedury w kształcie zaproponowanym przez Ministerstwo i konkluzji powstała rekomendacja jak wyżej.

W przypadku Invimed Europejskie Centrum Macierzyństwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Invimed-T Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (członkowie Związku) w jednakowo brzmiących pismach z dnia 29 września 2014 r. (dowód: karty 503 – 505, 518 – 520) obie spółki wyjaśniły, że Związek podejmował jedynie działania mające na celu zapobieżenie składaniu ofert dumpingowych w edycji Programu w roku 2014. Cena pojedynczego cyklu procedury wspomaganego rozrodu w wysokości 7510 zł była rekomendowana w 2013 r. przez Ministerstwo Zdrowia i odzwierciedlała zarówno rzeczywiste koszty procedury, jak i uzasadniony zysk wykonawcy, stąd zasadnym było rekomendowanie jej w 2014 r. Ww. spółkom nie było znane żadne zalecenie Związku odnośnie określania w ofertach ceny pojedynczego cyklu procedury w wysokości 7510 zł ani żadne, ewentualne, sankcje za niezastosowanie się do tegoż. Spółkom nie było też wiadome czy i kto miałby być inicjatorem „zalecenia” określenia ceny cyklu na kwotę 7510 zł. W ocenie ww. spółek żadne ostateczne ustalenie członków, mające charakter wiążącego zalecenia, nie zostało konkretnie sformułowane i skierowane do członków Związku. Spółki stwierdziły jednak, iż na spotkaniu członków Związku w marcu 2014 r. dyskutowano m.in. pomysł stworzenia „zespołu negocjacyjnego Związku, który przedstawiłby kwestie wątpliwe Ministerstwu Zdrowia oraz był reprezentantem środowiska wykonawców, prezentującym ich wspólne stanowisko”. Spółki wskazały również: „Wobec obaw, że w Konkursie zostaną złożone oferty dumpingowe (chodziło głównie o małe firmy, które w poprzednim roku 2013 nie weszły do grona realizatorów Programu), dyskutowano także zasadność powoływania się na cenę pojedynczego cyklu (7.510 zł) (...). Ewentualne przyznanie bowiem wysokich kwot ze środków Programu dla podmiotów, które zaoferowałyby ceny dumpingowe, kłóciłoby się z ideą refundacji in vitro, gdyż te podmioty faktycznie nie byłyby w stanie wykonać przydzielonej im ilości cykli”. Przedstawiciel ww. spółek na spotkaniu Związku w marcu

2014 r. stwierdził również, iż spółki nie będą oferowały świadczeń do Programu „*po cenach dumpingowych*”.

Z wyjaśnień Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie (członka - założyciela Związku, zrzeszonego do lipca 2014 r.) z dnia 30 września 2014 r. wynika, że jej przedstawiciele brali udział w trzech spotkaniach Związku, które odbyły się w Łodzi: w kwietniu 2013 r., w maju 2013 r. oraz w marcu 2014 r. W trakcie spotkań przedstawiciele członków Związku doszło do dyskusji w sprawie rekomendacji ceny pojedynczego cyklu procedury wspomaganego rozrodu oferowanej w konkursie na wyłonienie realizatorów Programu. Na sali spotkań padła propozycja, aby Związek rekomendował cenę pojedynczego cyklu procedury w wysokości 7.510 zł, co uzasadniano tym, że cena niższa nie umożliwiała zbilansowania kosztów procedury. Zalecenie dotyczące ceny pojedynczego cyklu było przedstawiane ustnie w trakcie spotkań Związku. Po spotkaniu w marcu 2014 r. ww. przedsiębiorca otrzymał drogą elektroniczną niepodpisany dokument pn. „Ustalenia przedstawicieli Związku Polskich Ośrodków Leczenie Niepłodności i Wspomaganego Rozrodu z dnia 22.03.2014 r.”, w którym w pkt 2 znalazł się zapis, iż Związek „*rekomenduje utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację do 2016 r.*” (dowód: karty 532 - 534).

Z kolei z wyjaśnień Invicta Sp. z o.o. z siedziba w Gdańsku z dnia 2 października 2014 r. (dowód: karty 536 – 537) wynika, że w opinii ww. spółki Związek nie zalecał swoim członkom na spotkaniach ani w roku 2013 ani w roku 2014, aby w ofertach składanych w konkursie określali cenę pojedynczego cyklu procedury wspomaganego rozrodu na kwotę 7510 zł. Maksymalna cena, określona przez Ministerstwo w Programie, uważana była za niższą od cen komercyjnych funkcjonujących w poszczególnych ośrodkach. Zdaniem ww. spółek, gdy w 2013 r. pisano o okazaniu wzajemnych ofert przed ich złożeniem przez niektóre kliniki, ideą tego mogła być jedynie wzajemna weryfikacja dokumentów pod względem formalnym i ewentualna pomoc w zrozumieniu oczekiwań ogłaszającego konkurs. W 2014 r. na spotkaniu pojawiła się jedynie propozycja utrzymania ceny proponowanej przez Ministerstwo ze względu m.in. na okres trwania programu oraz inflację. Według ww. przedsiębiorcy nie było zalecenia i w związku z tym nikt nie był inicjatorem zaleceń.

Z wyjaśnień Centrum Medycznego Macierzyństwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie z dnia 30 września 2014 r. (dowód: karty 539 – 540) wynika, że podczas spotkań Związku prowadzona była dyskusja na temat wyceny procedur wspomaganego rozrodu przedstawionego przez Ministerstwo Zdrowia w Programie. Według ww. przedsiębiorcy zdaniem wszystkich przedstawicieli członków Związku wycena procedur w wysokości 7510 zł zdecydowanie odbiegała od rynkowych stawek dotychczas stosowanych przez kliniki i nie dawała gwarancji na stosowanie dotychczasowych zaawansowanych technik leczenia. Przedstawiciele Centrum Medycznego Macierzyństwo Sp. z o.o. Sp. k. odebrali ten fakt jako informację o zniżeniu maksymalnej ceny zabiegu przez Ministerstwo Zdrowia, a nie jako sugestię co do zastosowanej ceny. Ww. przedsiębiorca stwierdził, że nie było prowadzonej korespondencji w kwestii dotyczącej ceny pojedynczego cyklu.

(v) Spotkania Związku

Zgodnie z wyjaśnieniami prezesa Związku członkowie Związku odbyli co najmniej pięć spotkań (dowód: notatka z dnia 13 sierpnia 2014 r. z odbierania wyjaśnień w toku kontroli – karta 90). Część spotkań odbyła się w okresie między ogłoszeniem konkursu a terminem na złożenie ofert, tj. 27 kwietnia 2013 r. (dowód: „Lista obecności na zebraniu w

dniu 27.04.2013 r. członków założycieli Związku Zawodowego Związek Pracodawców Leczenia Niepłodności” - karty 154-155), 11 maja 2013 (dowód: „Lista ze spotkania 11-05-2013 r.”, załączona do pisma Związku z dnia 1 września 2014 r. - karta 82) i 22 marca 2014 r. (dowód: „Lista obecności 22.03.2014”, załączona do pisma Związku z dnia 1 września 2014 r. - karty 73, 79). Ponadto Związek odbył spotkania 14 września 2013 r. i 29 listopada 2013 r. Miejscem spotkań Związku był budynek Salve Medica przy ul. Szparagowej 10 w Łodzi – siedziba Związku. Jedynie spotkanie dnia 29 listopada 2013 r. odbyło się w Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie (dowód: notatka z odbierania wyjaśnień w toku kontroli Związku – karta 90; załącznik nr 6 do protokołu kontroli „Gameta-Szpital” Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. – karta 493).

Zgodnie z protokołem z zebrania założycielskiego Związku z dnia 27 kwietnia 2013 r., przebieg zebrania obejmował m.in. zapoznanie się z projektem statutu, dyskusję i przyjęcie statutu Związku, podjęcie uchwały o założeniu Związku, wybranie komitetu założycielskiego, wybranie zarządu. W głosowaniu jawnym przyjęto projekt statutu – za przyjęciem statutu głosowało 16 członków, nikt nie był przeciw, nikt się nie wstrzymał (dowód: protokół ze zebrania założycielskiego Związku – karty 109-111). W zebraniu założycielskim Związku brali udział przedstawiciele 17 podmiotów – członków założycieli Związku (dowód: karty 154 – 155). Na tym zebraniu Związku Uchwałą Nr 4/2013 (dowód: karta 107) powołano Pana Sławomira Sobkiewicza na prezesa zarządu Związku.

Drugie spotkanie odbyło się 11 maja 2013 r. Z treści korespondencji elektronicznej wynika, że planowano podczas tego spotkania m.in. „przyjąć, dla zaangażowanych ośrodków, wspólną politykę co do wypełniania ofert do MZ w sprawie realizacji programu” oraz „przyjąć wspólną politykę co do postępowania konkursowego” (dowód: korespondencja elektroniczna z dnia 9 maja 2013 r.; karta 185). W spotkaniu tym wzięło udział 21 osób będących przedstawicielami 14 klinik (dowód: „Lista ze spotkania 11-05-2013” załączona do pisma Związku z dnia 1 września 2014 r. - karta 82). Treść korespondencji elektronicznej wysłanej 9 maja 2013 oraz wysłanej po tym spotkaniu świadczy, że było to pierwsze spotkanie, na którym dokonywano ustaleń co do treści ofert, a zatem zapoczątkowało porozumienie.

Natomiast ze spotkania 22 marca 2014 r. powstały dla członków Związku rekomendacje (dowód: pismo Związku z 1 września 2014 r. – karta 71). Zostały one rozesłane pocztą elektroniczną dnia 23 marca 2014 r. (temat: „SPRAWA PILNA !!! FWD: PD: poprawione dokumenty”) przez (*tajemnica przedsiębiorstwa*) (dowód: karty 64, 72). W ww. rekomendacjach (dowód: karty 66, 78) zatytułowanych „Ustalenia przedstawicieli Związku Polskich Ośrodków Leczenie Niepłodności i Wspomagane Rozrodo z dnia 22.03.2014 r.”, w pkt. 2 znajduje się stwierdzenie, że „ZPOLNiWR rekomenduje utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację do 2016r.”. Ponadto na tym zebraniu została podjęta uchwała nr 1/2014 powołująca Zespół Negocjacyjny reprezentujący członków Związku w negocjacjach z Ministerstwem Zdrowia (dowód: karta 74). Na zebraniu tym obecnych było 14 przedstawicieli członków Związku (dowód: „Lista Obecności 22.03.2014” – karta 73).

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

Interes publicznoprawny

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 1 ust. 1 określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa Urzędu działań w celu ochrony interesów indywidualnych.

W świetle orzecznictwa Sądu Antymonopolowego: „*interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być on ustalony i konkretyzowany. Organ administracji - Prezes Urzędu winien być w toku i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej - art. 7 k.p.a.*”³ Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził, iż „*ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, zatem jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.*”⁴ Interes publiczny należy utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk⁵. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a więc gdy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom⁶.

U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję leży postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania wszelkich kontaktów, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest w tym przypadku ze względu na fakt, iż praktyki naruszające zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję godzą w interes odbiorców.

Porozumienia zawierane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu należy zaliczyć do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, zwłaszcza gdy dotyczą praktyk określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienia te zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny⁷. Ustalenie pomiędzy konkurentami zachowania w toku postępowania konkursowego może wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych zamawiającemu. Zawarcie pomiędzy przedsiębiorcami biorącymi udział w tym samym postępowaniu konkursowym zmowy cenowej może narazić zamawiającego na niekorzystne rozporządzenie mieniem, zwłaszcza środkami publicznymi, przez co pośrednio naraża na straty ogół społeczeństwa. Tego rodzaju porozumienia powinny być ścigane oraz karane, nawet jeżeli wywoływany przez nie skutek ma jedynie charakter potencjalny.

W ocenie Prezesa Urzędu porozumienie cenowe zawsze wywołuje niekorzystne działania na rynku, zniekształcając ten rynek, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż ustalanie przez Związek wysokości cen oferowanych w konkursach na wybór realizatorów Programu godzi w konkurencję, gdyż

³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04.07.2001 r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2008 r., sygn. akt III SK 40/07.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.10.2008 r., sygn. akt III SK 2/08.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.07.2003 r., sygn. akt I CKN 496/01.

ułatwia uczestnikom rynku koordynowanie zachowań rynkowych i podnoszenie cen. Takie działania skutkują w negatywny sposób w sferze wydatkowania środków publicznych, albowiem w tym przypadku porozumienie zostało zawarte w związku z konkursami na wybór realizatorów Programu ogłoszonymi przez Ministra Zdrowia. Działania Związku polegające na ustalaniu cen w ofertach składanych w konkursach na wybór realizatorów Programu naruszają więc interes ogólnospołeczny.

W związku z powyższym w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że istnieją podstawy do podjęcia działań w interesie publicznym.

Status przedsiębiorcy

Zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję adresowany jest do przedsiębiorców. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szeroką definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także:

- 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,
- osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- osobę fizyczną, która posiada kontrolę w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o swobodzie działalności gospodarczej” – jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

Adresatem zakazów praktyk ograniczających konkurencję są obok przedsiębiorców, także ich związki. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje związek przedsiębiorców jako izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, jak również związki tych organizacji (art. 4 pkt 2 ustawy). Ponieważ członkami Związku są

pracodawcy świadczący usługi w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego rozważenia wymaga, czy członkowie ci w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, mogą być uznani za przedsiębiorców, a tym samym Związek za związek przedsiębiorców.

Zgodnie z § 1 ust. 1 statutu Związku (dowód: karty 97-103), jest on organizacją pracodawców zrzeszającą na zasadzie dobrowolności pracodawców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie udzielania świadczeń medycznych m.in. leczenia niepłodności. Zgodnie z § 3 ust. 1 statutu Związek działa na podstawie ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2029), statutu i uchwał władz Związku. Wśród członków Związku są zarówno przedsiębiorcy prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, spółki osobowe i spółki prawa handlowego. Wszyscy członkowie Związku figurują w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (w przypadku osób fizycznych) lub w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (w przypadku pozostałych podmiotów). Ponadto w ogłoszeniach dotyczących konkursów z 2013 r. i z 2014 r. wymagane było dołączenie odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego lub innego rejestru, potwierdzający status prawny oferenta (dowód: karty 14, 726). Za wykonywane przez nich usługi w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, przedsiębiorcy ci otrzymują wynagrodzenie, które stanowi przychód z tytułu prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Tym samym świadczą oni swoje usługi w sposób zarobkowy. Przedsiębiorcy ci dokonali rejestracji prowadzonej przez nich działalności gospodarczej co świadczy o tym, iż prowadzą działalność gospodarczą w sposób zorganizowany i ciągły. Przychody uzyskiwane przez tych przedsiębiorców są przychodami z tytułu prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Ponoszą oni koszty prowadzenia tej działalności co oznacza, iż świadczą usługi na własny rachunek i we własnym imieniu. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że działalność tych przedsiębiorców mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia przedsiębiorcy, o jakim mowa w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponieważ, jak wykazano powyżej, podmioty będące członkami Związku na potrzeby stosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów posiadają status przedsiębiorców, zrzeszający ich Związek należy uznać za związek przedsiębiorców, o jakim mowa w art. 4 pkt 2 tej ustawy. Należy przy tym zaznaczyć, iż dla rozpatrywanej sprawy nie ma większego znaczenia fakt, iż Związek działa na podstawie z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców. Związkami przedsiębiorców są zrzeszenia grupujące obok przedsiębiorców, także osoby nie mające takiego statusu⁸, a przez związek przedsiębiorców należy rozumieć wszystkie związki przedsiębiorców, a nie tylko te, które zrzeszają wyłącznie przedsiębiorców. Nie ma zatem znaczenia, że Związek powstał jako organizacja pracodawców (a nie każdy pracodawca musi być przedsiębiorcą), skoro zrzesza przedsiębiorców. Ponadto, w statucie Związku określa się wprost Związek, jako „organizację pracodawców zrzeszającą na zasadzie dobrowolności pracodawców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie udzielania świadczeń medycznych między innymi leczenie niepłodności”.

Zatem Związek, który zrzesza pracodawców prowadzących działalność gospodarczą na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, odpowiada definicji przedsiębiorcy zawartej w przywołanym powyżej art. 4 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁸ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 22.10.2001 r., sygn. XVII Ama 123/00.

Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi jest wpisany do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000462665 (dowód: karty 92-96). Związek został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 24 maja 2013 r.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż Związek jako związek pracodawców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie świadczeń leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, może być stroną niniejszego postępowania.

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako 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 (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego.

Wyznaczenie rynku właściwego produktowo opierać się powinno na zbadaniu substytucyjności towarów (usług) w oparciu o takie kryteria jak przeznaczenie, właściwości towaru oraz cenę. W niniejszej sprawie rynek produktowy został określony jako rynek świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, który obejmuje m.in. procedury związane z przygotowaniem do pobrania gamet męskich i żeńskich, ich preparatyką, tworzeniem i hodowlą zarodków, przechowywaniem i zapewnieniem bezpieczeństwa zarodków, jak również przechowywaniem do czasu wykorzystania oraz transferem utworzonych zarodków do macicy. W ocenie Prezesa Urzędu usługa w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego w tej konkretniej sprawie nie ma substytutu, ponieważ konkursy ogłoszone przez Ministra Zdrowia dotyczyły tylko i wyłącznie tego typu świadczeń. Określony wyżej rynek jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Świadczy o tym w ocenie Prezesa Urzędu liczba oferentów biorących udział w obu postępowaniach konkursowych na wybór realizatorów Programu. Na rynku tym główną barierę wejścia stanowią koszty wyposażenia przedsiębiorstwa w odpowiednią aparaturę medyczną oraz przygotowanie zawodowe przedsiębiorcy lub jego pracowników.

Zamawiającym był Minister Zdrowia, a końcowymi odbiorcami usług tego rodzaju są pary spełniające kryteria kwalifikujące do udziału w Programie.

Jednocześnie należy podnieść, iż taki stopień ogólności w definiowaniu rynku jest wystarczający w przypadku porozumień nie podlegających wyłączeniom *de minimis*. Porozumienia takie są bowiem zakazane niezależnie od udziału uczestników w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, porozumienia ograniczające konkurencję polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu i sprzedaży nie podlegają wyłączeniu z uwagi na udział w rynku (tzw. próg bagatelności).

Mając powyższe na względzie, Prezes Urzędu uznał za rynek właściwy pod względem produktowym rynek świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego.

W zakresie rynku właściwego w ujęciu geograficznym Prezes Urzędu przyjął, że w przedmiotowej sprawie ma on charakter krajowy. Może na to wskazywać fakt, iż Związek powstał w związku z ogłoszeniem konkursu na wybór realizatorów Programu, ogłoszenie to było skierowane do wszystkich podmiotów w kraju spełniających wymagania zawarte w ogłoszeniu oraz było zamieszczone na stronie internetowej Ministerstwa Zdrowia, a sam zamawiający jest organem administracji centralnej. Ponadto członkowie Związku, którzy zarazem byli podmiotami biorącymi udział w konkursach, mają siedziby na terenie całego kraju, należy więc stwierdzić, że Związek ma charakter ogólnopolski. Nie jest to zatem ani rynek lokalny, ani rynek regionalny.

Niezależnie od powyższego, nadmienić należy, iż w sprawach dotyczących zakazanych porozumień o charakterze antykonkurencyjnym, zachowania przedsiębiorców będących uczestnikami tego rodzaju porozumień, same *de facto* wskazują granice rynku, w ramach którego, w przypadku braku zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, występowałaby gra konkurencyjna. Oznacza to, iż sam krąg uczestników porozumienia, czy podmiotów na które porozumienie może mieć wpływ, wskazuje na sposób postrzegania rynku właściwego.

Tym samym Prezes Urzędu przyjął, że zawarte porozumienie dotyczy krajowego rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego. Jego uczestnikami są konkurujący ze sobą przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, biorący udział w konkursach ogłoszonych przez Ministra Zdrowia w dniu 25 kwietnia 2013 r. oraz 7 marca 2014 r. na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016”. Określenie rynku właściwego w przypadku zawarcia przedmiotowego porozumienia nie jest jednak zagadnieniem pierwszoplanowym. Praktyka, której dotyczy niniejsza decyzja, należy bowiem do kategorii ograniczeń z uwagi na cel, które dodatkowo nie podlegają wyłączeniu spod zakazu na mocy art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ewentualnie na mocy odpowiedniego rozporządzenia wyłączającego. Kwestia możliwości „wyłączenia” przedmiotowego porozumienia została przez Prezesa Urzędu przeanalizowana i opisana w dalszej części niniejszej decyzji. Należy tu jedynie wskazać, że powyższa analiza doprowadziła organ antymonopolowy do przekonania, że zawarte w niniejszej sprawie porozumienie nie podlega wyłączeniu z uwagi na charakter dokonanych naruszeń polegających na ustalaniu cen. W związku z powyższym precyzyjne określenie rynku właściwego w niniejszej sprawie nie ma charakteru przesłanki przesądzającej o istnieniu lub nieistnieniu antykonkurencyjnej praktyki.

Naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskazanego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Zatem do ustalenia czy Związek naruszył zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, należy ustalić następujące przesłanki:

- a) zawarcie porozumienia między przedsiębiorcami,
- b) celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- c) porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu.

Forma porozumienia

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez porozumienie rozumie się: a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Wobec powyższego należy wskazać, że powołany przepis ustanawia bardzo szeroką definicję porozumienia, a wszystkie trzy formy porozumienia, o ile są antykonkurencyjne, są zakazane. Należy podkreślić, że porozumienie w znaczeniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest pojęciem szerszym niż umowa, przejawem porozumienia są bowiem oprócz umowy, także uzgodnienia w jakiejkolwiek formie, a także uchwały i inne akty. Jak wskazał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: „*definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za porozumienia uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji*”⁹. Należy również odwołać się do orzecznictwa unijnego, w którym wielokrotnie wskazywano, że do ustalenia zawarcia porozumienia „*wystarczające jest, że przedsiębiorcy wyrazili swoją wspólną intencję zachowania się na rynku w określony sposób*”¹⁰.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy dotyczącej związku przedsiębiorców należało rozważyć w szczególności możliwość zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w formie uchwał lub innych aktów związków przedsiębiorców, a także m.in. wszelkich decyzji związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych, skierowanych bezpośrednio lub pośrednio do ich członków, w celu wywołania określonego działania lub zaniechania.

Przejawem porozumienia w formie przewidzianej w art. 4 pkt 5c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. uchwał lub innych aktów związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych, mogą być w szczególności statuty, okólniki, inne akty wewnętrzne, a

⁹ Wyrok SOKiK z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09.

¹⁰ Wyrok Sądu w sprawie T-7/89 SA Herkules Chemicals NV przeciwko Komisji, wyrok Sądu w sprawie T-305/94 NV Limburgse Wijnl Maatschappij przeciwko Komisji.

także wytyczne bądź zalecenia o charakterze nieformalnym¹¹, których celem jest wywarcie wpływu na określone zachowanie członków związku. Za porozumienie może również zostać uznane rekomendowanie przez związek przedsiębiorców treści umów członkom tego związku w zakresie m.in. wysokości cen, gdyż może to prowadzić do ujednoczenia istotnych warunków umów dwustronnych m.in. w zakresie ceny¹², w szczególności jeśli spotyka się to z przyjęciem przez adresatów takich sugestii w drodze milczącej zgody¹³. Pojęcie „inne akty” **obejmuje również zachowania faktyczne związku przedsiębiorców**, które nie muszą przyjąć formy pisemnej, w szczególności zalecenia określonego zachowania się przez członków związku, wyrażone podczas spotkania¹⁴. Dla oceny antymonopolowej określonych aktów związku przedsiębiorców nie ma więc ważącego znaczenia, ich formalny, lub nieformalny charakter.

Podkreślenia wymaga również, iż do traktowania określonych aktów związku przedsiębiorców jako porozumienia **nie jest konieczne nadanie im wiążącego charakteru** i określenie sankcji za nieprzestrzeganie określonych ustaleń, wystarczy natomiast, aby mogły one wywierać wpływ na konkurencję na rynku właściwym¹⁵. Zakresem pojęciowym porozumienia mogą być zatem objęte także niewiążące zalecenia określonego postępowania¹⁶. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, iż zalecenie dane przez związek przedsiębiorców, które – bez względu na swój status prawny – dokładnie wyraża politykę koordynowania zachowania członków tego związku, stanowi decyzje związku przedsiębiorstw¹⁷. Rozstrzygające znaczenie ma jednak nie forma, lecz zakres powziętych postanowień.

W niniejszej sprawie porozumienie cenowe zostało zawarte między przedsiębiorcami zrzeszonymi w Związku. Zebranie założycielskie Związku odbyło się 27 kwietnia 2013 r., a więc dwa dni po ogłoszeniu konkursu. Zgodnie z § 1 ust. 1 statutu Związku (dowód: karty 97-103), jest on organizacją pracodawców zrzeszającą na zasadzie dobrowolności pracodawców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie udzielania świadczeń medycznych m.in. leczenia niepłodności. Zgodnie z § 3 ust. 1 statutu Związek działa na podstawie ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2029), statutu i uchwał władz Związku. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 statutu Związku członek Związku ma obowiązek przestrzegać postanowień statutu, regulaminów i uchwał władz Związku.

Jak ustalono w przedmiotowej sprawie, działania Związku zmierzały do ujednoczenia cen w składanych przez członków Związku ofertach, na poziomie 7510 zł za cykl, tj. na poziomie kosztu maksymalnego przewidzianego w Programie. Dla realizacji powyższego celu Związek podejmował szereg działań o różnorodnych formach. Związek przygotowywał w tym zakresie wytyczne, zalecenia i rekomendacje. Zebrane w postępowaniu antymonopolowym informacje i dowody wskazują, że były one przekazywane członkom Związku ustnie na spotkaniach Związku oraz poprzez korespondencję elektroniczną,

¹¹ T. Skoczny, W. Springer, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996r. str. 27.

¹² Wyrok Sadu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 12.10.2005r. sygn. akt XVII AmA 53/04.

¹³ Decyzja Komisji Europejskiej 98/273/WE Volkswagen, 2006/431/WE SEP i inni v. Automobiles Peugeot SA.

¹⁴ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *op. cit.*, Warszawa 2009, s. 100.

¹⁵ Wyrok SOKiK z dnia 12 października 2005 r., XVII AmA 53/04. Zob. A. Jurkowska w: T. Skoczny (red.), *op. cit.*, komentarz do art. 4, Nb 191-194, s. 172-173 oraz R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2008, s. 103.

¹⁶ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Decyzja Komisji Europejskiej 98/273/WE Volkswagen, 2006/431/WE SEP i inni v. Automobiles Peugeot SA.*, Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2008, s. 177.

¹⁷ Wyrok ETS z dnia 27 stycznia 1987 r. w sprawie 45/85 Verband der Sachversicherer e.V. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Orz. ETS 1987, 405).

wysyłaną zazwyczaj z skrzynki pocztowej prezesa Związku. Ponadto na spotkaniach Związku, które odbywały się bezpośrednio przed kolejnymi edycjami konkursu w ramach Programu, podejmowano dyskusje co do „wspólnej polityki co do wypełniania ofert”.

W korespondencji elektronicznej z dnia 9 maja 2013 r., tj. jeszcze przed upływem terminu na złożenie ofert, rozesłano do przedstawicieli klinik – członków Związku zaproszenie na spotkanie w dniu 11 maja 2013 r., podczas którego planowano m.in. „przyjąć, dla zaangażowanych ośrodków, wspólną politykę co do wypełniania ofert do MZ w sprawie realizacji programu” oraz „przyjąć wspólną politykę co do postępowania konkursowego” (dowód: karta 185). Natomiast w treści wiadomości z dnia 19 marca 2014 r. (temat: „ZPOLNiWaR”) zawarte było stwierdzenie: „(...) jest to (...) szansa by sobie zaufać co przełoży się na nasze dochody przez następne dwa lata i mniejszy stres przy sporządzaniu oferty. (...) brak porozumienia to (...) mniejsze zyski przy większej ilości pracy (...)” (dowód: karty 135, 229).

Związek nie podjął formalnej uchwały dotyczącej cen w ofertach składanych w konkursach w 2013 i 2014 r. Jednakże w korespondencji elektronicznej z dnia 23 marca 2014 r. (temat: „SPRAWA PILNA !!! FWD: PD: poprawione dokumenty”) wysłanej ze skrzynki poczty elektronicznej (**tajemnica przedsiębiorstwa**) (dowód: karty 64, 72) do m.in. Sławomira Sobkiewicza i Grzegorza Mindy znajdowała się wiadomość o treści: „(...) przesyłam poprawioną wersję pism i dokumentów z sobotniego spotkania w Łodzi, proszę o uwagi oraz ew. poprawę tekstu (może wzbogacenie go o kilka słów do członków ZPKLNiWR) i przesłanie w/w pism do dr Sobkiewicza celem wysłania ich w dniu jutrzejszym do KLINIK LECZENIA NIEPŁODNOŚCI.” Dalej dołączone były załączniki, wśród których znajdowały się dokumenty z ustaleniami ze spotkania z 22 marca 2014 r. (załączniki noszą nazwę „postanowienia z dnia 22.03.2014.doc” oraz „postanowieni (WERSJA POPRAWIONA MKW) z dnia 22.03.2014.doc”). W ww. dokumencie pn. „postanowienia z dnia 22.03.2014.doc” (dowód: karty 66, 78), rozpoczynającym się od słów „**Ustalenia przedstawicieli Związku Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomaganego Rozrodu z dnia 22.03.2014r.**”, w pkt. 2 znajduje się stwierdzenie, że „**ZPOLNiWR rekomenduje** utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację do 2016r.”. W dokumencie pn. „postanowieni (WERSJA POPRAWIONA MKW) z dnia 22.03.2014.doc” (dowód: karty 67, 76) napisano „W trakcie zebrania ustalono niższe **rekomendacje** dotyczące konkursu ofert na rządowe programy in vitro.” W pkt 2 tego dokumentu stwierdzono, że „Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomaganego Rozrodu **rekomenduje**; utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację oraz wzrost innych kosztów stałych i zmiennych naszych firm w latach 2015-2016.”. Powyższe informacje wskazują, iż na spotkaniach Związku, które miały miejsce przed kolejnymi edycjami konkursu w ramach Programu, dokonywano ustaleń dotyczących treści składanych ofert. O uzgodnieniach tych przypominano członkom Związku w rozsyłanych elektronicznie okólnikach, zawierających również – jak ustalono – dokumenty na piśmie o charakterze wytycznych, będące podsumowaniem poczynionych na spotkaniu ustaleń. Z wyjaśnień Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie (członka - założyciela Związku, zrzeszonego do lipca 2014 r.) wynika, że podczas spotkań członków Związku padały propozycje, aby Związek rekomendował cenę pojedynczego cyklu procedury w wysokości 7.510 zł, co uzasadniano tym, że cena niższa nie umożliwiała zbilansowania kosztów procedury. Zalecenie dotyczące ceny pojedynczego cyklu było przedstawiane ustnie w trakcie spotkań Związku. Po spotkaniu w marcu 2014 r. ww. przedsiębiorca otrzymał drogą elektroniczną niepodpisany dokument pn. „Ustalenia przedstawicieli Związku Polskich Ośrodków Leczenie Niepłodności i Wspomaganego Rozrodu z dnia 22.03.2014 r.”, w którym

w pkt 2 znalazł się zapis, iż Związek „rekomenduje utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację do 2016 r.” (dowód: karty 532 - 534). Powyższe potwierdzają m.in. również złożone do protokołu wyjaśnienia Prezesa Związku.

Jak wskazano wyżej, określone akty związku przedsiębiorców można traktować, jako porozumienie, nawet jeśli nie **nadano im wiążącego charakteru** i nie określono sankcji za nieprzestrzeganie określonych ustaleń. Wystarczy natomiast, aby mogły one wywierać wpływ na konkurencję na rynku właściwym. W ocenie Prezesa Urzędu, bez znaczenia dla stwierdzenia praktyki jest jednak to, czy członkowie Związku uważali się za związanych – prawnie, faktycznie lub moralnie – do podjęcia uzgodnionych działań. Należy jednak wskazać, iż Związek niejednokrotnie podejmował działania, które miały uświadomić członkom Związku swoisty moralny obowiązek określania w składanych ofertach cen na ustalonym poziomie. Postępowanie takie miało być wyrazem lojalności i uczciwości. Na taki charakter działań wskazuje m.in. treść korespondencji kierowanej do członków Związku:

- *My z Łodzi pokazaliśmy sobie oferty przed zaklejeniem **by nie było później domysłów i podejrzeń***” (dowód: karta 113),

- *„Wydaje się być słusznym byśmy uzgodnili treści składanych ofert, których kopie powinny być przekazane do Związku, tak by poszczególne Kliniki (...) **nie obawiały się nieuczciwego zachowania się konkurenta**”* (dowód: karta 134);

- *„(...) jest to (...) **szansa by sobie zaufać** (...)”* (dowód: karty 135, 229)

Jednocześnie Związek zamierzał wprowadzić procedury, które miały służyć weryfikacji przestrzegania poczynionych uzgodnień – proponował m.in. aby członkowie Związku z danego rejonu okazywali sobie treść ofert przed ich złożeniem lub wręcz przesyłali kopie ofert do siedziby Związku. Częściowo procedury te realizowano – jak wskazują zgromadzone dokumenty i informacje udzielone przez Prezesa Związku, do okazania ofert (w zakresie cen) doszło pomiędzy przedstawicielami NZOZ Salve Medica Sławomir Sobkiewicz w Łodzi i Gameta-Szpital Sp. z o.o. i wsp. Sp.k. (dowód: karta Nr 90). Inni przedsiębiorcy mieli zaś deklarować swoje zamiary w tym względzie (Gravita Diagnostyka i Leczenie Niepłodności Wojciech Gontarek w Łodzi – dowód: karta Nr 90; Invimed – dowód: karta Nr 231).

Ponadto, członkowie Związku mogli pozostawać w przeświadczeniu również o formalnym zobowiązaniu do realizacji wytycznych Związku. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 statutu Związku członek Związku ma obowiązek przestrzegać postanowień statutu, regulaminów i uchwał władz Związku.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu ustalił, iż kwestionowane działanie Związku polegające na ustalaniu cen w ofertach składanych przez zrzeszonych w wymienionym wyżej Związku przedsiębiorców biorących udział w konkursach ogłoszonych przez Ministra Zdrowia w dniu 25 kwietnia 2013 r. oraz 7 marca 2014 r. na wybór realizatorów Programu, nosi znamiona „**innego aktu związku przedsiębiorców**”, o którym mowa w art. 4 pkt 5 lit. c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W niniejszej sprawie zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczy zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez Związek, tj. związek pracodawców - przedsiębiorców świadczących usługi w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, czyli pomiędzy podmiotami działającymi na tym samym szczeblu obrotu towarowego. Zarzucane porozumienie ma zatem charakter horyzontalny. Należy podkreślić, iż – jak podnosi się w piśmiennictwie – spośród

wszystkich rodzajów porozumień ograniczających konkurencję, ustalenie przez przedsiębiorców będących konkurentami stosowanych cen tj. porozumienie poziome o koordynacji cen, uznawane jest za jedno z najcięższych naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Ceny są bowiem elementem umowy na ogół najsilniej oddziałującym na relacje konkurencyjne, a zarazem wpływającym na wybór ofert przez odbiorców. Konkurencja cenowa między przedsiębiorcami wymusza wzrost efektywności i redukcję kosztów¹⁸.

Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że spełniona została przesłanka art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegająca na zawarciu porozumienia, o którym mowa w art. 4 pkt 5 ww. ustawy.

Cel lub skutek

Artykuł 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Porozumienie ograniczające konkurencję powinno mieć tym samym antykonkurencyjny charakter, a więc potencjalny lub faktyczny wpływ (cel lub skutek) na konkurencję poprzez wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji.

Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczające jest spełnienie tylko jednego ze wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu porozumienia, bądź antykonkurencyjnego skutku porozumienia. Powyższe oznacza, że wystarczające dla stwierdzenia naruszenia jest wykazanie przez organ antymonopolowy, że strony porozumienia stawiały sobie za cel ograniczenie konkurencji i nie ma przy tym znaczenia, czy cel ten został osiągnięty. Cel porozumienia można określić jako wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Należy podkreślić, że cel ten powinien zakładać eliminację, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji, aby porozumienie, któremu towarzyszy zostało uznane za niezgodne z prawem. Przy czym wymóg antykonkurencyjnego charakteru porozumienia odnosi się do przedmiotu (treści) ustaleń między przedsiębiorcami¹⁹. Ponadto, dla określenia, czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji nie tylko należy uwzględnić treść porozumienia, ale także inne czynniki, takie jak cele porozumienia jako takiego w danym kontekście gospodarczym i prawnym.

Trzeba w tym miejscu zauważyć, że dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma jego obiektywny charakter, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Ustawodawca uniezależnił bowiem zastosowanie zakazów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów od rzeczywistych intencji przedsiębiorców. Również „nieumyślność” ograniczenia konkurencji nie stanowi okoliczności ekskulpacyjnej²⁰.

¹⁸ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, str. 71.

¹⁹ Por. D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE*, EPS 8/2009, s. 53.

²⁰ Por. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 listopada 2010 r., nr RPZ-26/2010.

Oceniając w powyższym kontekście zebrany materiał dowodowy w sprawie, należy przyjąć, iż opisane wyżej zachowanie przedsiębiorców w ramach Związku spełnia wskazane przesłanki porozumienia, które miało na celu ograniczenie konkurencji. O powyższym świadczy przede wszystkim fakt podejmowania, w trakcie spotkań przedstawicieli członków Związku oraz poprzez korespondencję e-mailową, działań zmierzających do skoordynowania wzajemnych zachowań członków Związku w zakresie kształtowania wysokości cen w ofertach składanych w konkursach na wybór realizatorów Programu. Działania te przybierały postać m.in. zaleceń, rekomendacji i wytycznych kierowanych przez Związek do swoich członków. Należy przy tym podkreślić, że taki cel niezależny jest od rzeczywistej woli podmiotu stosującego określoną praktykę, ale wynika z samej treści porozumienia. W przypadku porozumień cenowych, ich sprzeczność z prawem można wywieść z samego brzmienia porozumienia.

Zdaniem Prezesa Urzędu działania Związku miały na celu ograniczenie konkurencji wśród podmiotów biorących udział w konkursie na wybór realizatorów Programu, poprzez ustalenie jednakowej ceny w ofertach składanych przez zrzeszonych w Związku przedsiębiorców. Miało to służyć uniknięciu, ewentualnie zminimalizowaniu konkurencji cenowej pomiędzy oferentami. Przedsiębiorcy zrzeszeni w Związku nie dysponowali podczas składania ofert w obu edycjach konkursu dokładną informacją, jaki wpływ na wybór oferty ma zaoferowana cena. Mieli jednak świadomość, iż cena jest jednym z kryteriów oceny ofert i w związku z tym wysokość zaoferowanej ceny będzie miała wpływ na kształtowanie rankingu ofert. Kryterium ceny stanowiło istotny udział w kształtowaniu rankingu ofert, umożliwiając oferentom uzyskanie maksymalnie 20 pkt ze 100 pkt możliwych do uzyskania w konkursie. W związku z tym, zrzeszeni w Związku przedsiębiorcy biorący udział w konkursie, uznając za niewskazane konkurowanie między sobą ceną, podjęli działania mające na celu ujednoczenie cen ofertowych na poziomie maksymalnym, tj. określonym w Programie jako koszt maksymalny procedury. Zostało to wprost wyrażone przez prezesa Związku w korespondencji elektronicznej skierowanej do członków Związku, gdzie zawarte były takie stwierdzenia jak: *„Wydaje się być słusznym byśmy uzgodnili treści składanych ofert, których kopie powinny być przekazane do Związku, tak by poszczególne Kliniki rywalizujące na danym terenie nie obawiały się nieuczciwego zachowania się konkurenta”* czy *„(...) jest to (...) szansa by sobie zaufało co przełoży się na nasze dochody przez następne dwa lata i mniejszy stres przy sporządzaniu oferty. (...) brak porozumienia to (...) mniejsze zyski przy większej ilości pracy (...)”*. Prezes Związku w złożonych w toku kontroli wyjaśnieniach oświadczył, że Związek sugerował, aby ludzie (przedstawiciele, właściciele klinik) porozumieli się. Ujednoczenie cen ofertowych zrzeszonych w Związku przedsiębiorców na poziomie maksymalnym miało zatem na celu ograniczenie przewidywanego wpływu kryterium ceny na ranking ofert. Działania Związku, zmierzając do wyeliminowania bądź ograniczenia jednego z najważniejszych czynników konkurencji jakim jest cena, miały zatem w podlegającym ocenie zakresie antykonkurencyjny cel.

Na celowe działanie członków Związku wskazują także terminy spotkań, które odbywały się po ogłoszeniu konkursów, ale tuż przed ostatecznymi terminami na złożenie ofert, tj. 27 kwietnia 2013 r., 11 maja 2013 r. oraz 22 marca 2014 r. Treść korespondencji elektronicznej oraz treść złożonych wyjaśnień świadczy, iż na ww. spotkaniach dochodziło do wymiany informacji, opinii i zaleceń, m.in. w zakresie treści składanych ofert, w tym cen.

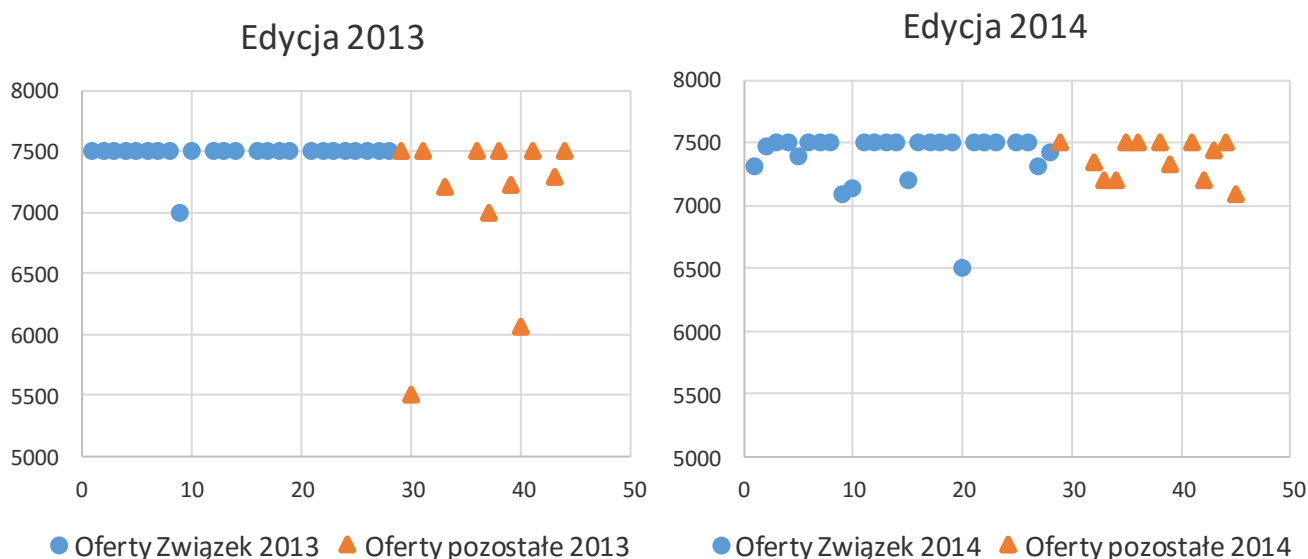
Rozważając antykonkurencyjny cel podlegającego ocenie porozumienia należy również zwrócić uwagę, że porozumienia dotyczące ustalania cen w relacjach horyzontalnych

– a taki charakter ma niniejsze porozumienie – są uznawane za antykonkurencyjne ze względu na samą swoją istotę²¹.

Przyjmuje się, iż **brak jest konieczności badania skutków porozumienia, zwłaszcza gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel dotyczący ograniczenia konkurencji cenowej**. Uznanie antykonkurencyjnego charakteru tego typu uzgodnień skutkuje obniżeniem wymogów co do przeprowadzenia szczegółowych analiz ekonomicznych dla wykazania antykonkurencyjnych skutków porozumienia zawierającego takie postanowienia²². Jednakże, w ocenie Prezesa Urzędu antykonkurencyjny cel podlegającego ocenie porozumienia został osiągnięty. Należy stwierdzić, iż w następstwie działania Związku, ceny oferowane przez jego członków w postępowaniach konkursowych nie były w pełni samodzielnie kształtowane przez strony, ale były konsekwencją działań Związku. Pomimo, iż zalecenia Związku nie miały charakteru formalnie wiążącego, spowodowały one realizację antykonkurencyjnego celu, poprzez fakt, że wpłynęły na konkurencję cenową pomiędzy członkami Związku.

Ponadto, porozumienie badane w niniejszej sprawie odniosło taki skutek, iż większość członków Związku złożyła oferty z ceną równą maksymalnej kwocie ustalonej przez Ministerstwo Zdrowia. Ponieważ porozumienie cenowe zostało zawarte przy okazji ogłoszenia postępowania konkursowego na wybór realizatorów Programu, bezpośredni skutek porozumienia wystąpił w relacji z zamawiającym – Ministrem Zdrowia, a nie w stosunku do konsumentów. Zebrane informacje wskazują, że oferty przedstawione przez członków Związku były skupione blisko kwoty maksymalnej zaproponowanej przez Ministerstwo Zdrowia. Tym samym działania Związku przyczyniły się do wzrostu cen w stosunku do poziomu, jakiego można było oczekiwać w przypadku braku porozumienia. Wskazuje na to analiza złożonych w postępowaniach konkursowych ofert. Rozkład cen ofertowych w zależności od przynależności do Związku w edycjach konkursu w 2013 i 2014 r. przedstawiono w sposób schematyczny Rys. 1.

Rys. 1. Ceny ofertowe a przynależność do Związku w edycjach konkursu w latach 2013 i 2014, zł/cykl.



²¹ Por. np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/2009.

²² Por. np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/2009.

Źródło: jak w przypadku Tab. 2.

Jak wynika z wykresu przedstawionego na Rys. 1., niemal wszystkie oferty złożone przez członków Związku w edycji konkursu ogłoszonego przez Ministerstwo Zdrowia w 2013 r. określały cenę pojedynczego cyklu na poziomie 7.500 zł lub 7.510 zł. Najniższa zaoferowana przez członka Związku cena wynosiła 7.000 zł. Średnia cena oferowana przez podmioty należące do Związku wynosiła zaś 7.488,4 zł. Oferty przedsiębiorców nie związanych ze Związkiem były zróżnicowane: zaoferowali oni ceny w przedziale od 5.500 zł do 7.510 zł (średnio 7.112,41 zł.). Średnia cen oferowanych przez członków Związku była więc o 375,99 zł wyższa niż średnia przedsiębiorców spoza Związku. W edycji konkursu w 2014 r. oferty złożone przez członków Związku były bardziej zróżnicowane w porównaniu z edycją konkursu z 2013 r., jednak nadal zdecydowana większość ofert cenowych sięgała kwoty 7.510 zł lub była do tej kwoty bardzo zbliżona. Najniższa zaoferowana przez członka Związku cena to 6.500 zł. Średnia cena oferowana przez podmioty należące do Związku wynosiła 7.407,76 zł. Przedsiębiorcy nie związani ze Związkiem zaoferowali ceny w przedziale od 7.100 zł do 7.510 zł (średnio 7.375,38 zł.). Średnia cen oferowanych przez członków Związku była więc o 32,38 zł wyższa niż średnia przedsiębiorców spoza Związku. Porównując zróżnicowanie i miary średnie cen w ofertach członków Związku i przedsiębiorców spoza Związku w edycji konkursu z 2014 r. należy mieć jednak na względzie dodatkowe okoliczności. Przede wszystkim należy zauważyć, iż na podwyższenie średniej ceny z ofert złożonych przez przedsiębiorców spoza Związku, a także na zmniejszenie stopnia zróżnicowania cen ofertowych tych podmiotów miał głównie wpływ fakt, iż trzy podmioty, które zaproponowały w ofertach z 2013 r. stosunkowo niskie ceny (7.000 zł, 6.069 zł oraz 5.500 zł), w edycji konkursu w 2014 r. nie składały swoich ofert. Z drugiej strony, w konkursie z 2014 r. wpłynęło 7 nowych ofert, złożonych przez placówki, które nie startowały w konkursie w 2013 r., z czego 3 nowe oferty dotyczyły placówek należących do przedsiębiorców będących członkami Związku. Jak wynika z danych zamieszczonych w Tab. 2, nowe oferty z reguły (6 z 7 przypadków) określały ceny istotnie niższe od pułapu 7.510 zł. W ocenie Prezesa Urzędu na ustalanie cen ofertowych na niższych poziomach w tych przypadkach miał wpływ (przynajmniej jako jeden z czynników) fakt, iż placówki te usiłowały wejść na częściowo już ukształtowany rynek świadczeń refundowanych w ramach Programu i były pod silniejszą presją konkurencyjną. Część z tych placówek mogła być utworzona już po rozpoczęciu realizacji Programu i kształtując swoją ofertę braku w zakresie doświadczenia starała się zrekompensować częściowym obniżeniem ceny. Czynniki ten mógł mieć w szczególności wpływ na wysokość ceny zaproponowanej w ofercie (*tajemnica przedsiębiorstwa*) placówki należącej do (*tajemnica przedsiębiorstwa*), spółki będącej członkiem Związku. Placówka ta powstała w październiku 2013 r., a cena zaproponowana w jej ofercie opiewała na kwotę 6.500 zł za cykl.

Zwiększenie zróżnicowania cen ofertowych członków Związku w edycji konkursu z 2014 r. nie wyklucza jednak, zwłaszcza w okolicznościach omówionych powyżej, że porozumienie nie skutkowało również wtedy osiągnięciem zamierzonego celu ograniczenia konkurencji poprzez ujednoczenie cen większości członków Związku na poziomie zbliżonym do maksymalnego pułapu 7.510 zł. Średnie cen zaoferowanych przez podmioty zrzeszone w Związku były w obu edycjach konkursu wyższe od średnich cen zaoferowanych przez podmioty spoza Związku. Przedsiębiorcy zrzeszeni w Związku składali proporcjonalnie więcej ofert skupionych wokół kwoty maksymalnej, niż przedsiębiorcy spoza Związku.

Informacje te wskazują na skoordynowane działanie członków Związku. Analiza zachowań członków Związku w postępowaniach konkursowych (w tym głównie w zakresie kształtowania cen ofertowych) wskazuje więc na związek **przyczynowo-skutkowy** pomiędzy działaniem Związku, a zachowaniem jego członków.

Prezes Urzędu uznał, że w przypadku hipotetycznego niepodjęcia przez Związek stwierdzonego tą decyzją antykonkurencyjnego działania – co musiałyby skutkować większą niepewnością przedsiębiorców zrzeszonych w Związku co do przyszłego zachowania pozostałych członków w postępowaniach konkursowych Ministra Zdrowia – członkowie Związku w pełni samodzielnie ustalaliby ceny pojedynczego cyklu, co zapewniłoby konkurencję na rynku właściwym. Tymczasem na skutek działania Związku nastąpiło faktyczne ograniczenie konkurencji cenowej pomiędzy podmiotami biorącymi udział w postępowaniach konkursowych. Ponadto, należy zaznaczyć, iż jak wynika z ustaleń Prezesa Urzędu, ceny oferowane przez podmioty spoza Związku były bardziej zróżnicowane (zwłaszcza w konkursie w 2013 r.), zatem jest prawdopodobne, że gdyby nie działanie Związku, to jego członkowie samodzielnie kształtując swą politykę cenową zdecydowałiby się na podjęcie gry konkurencyjnej i obniżenie cen. Jak wynika z treści Programu (przewidującego finansowanie maksymalnie trzech cykli procedury dla każdej z przewidzianych 15 tys. par), obniżenie średniej ceny pojedynczego cyklu w ramach finansowych Programu nawet o kilkadziesiąt złotych mogło oznaczać oszczędność środków publicznych w kwocie setek tysięcy złotych, a nawet ponad 1 mln zł. Tym samym działania Związku godziły w interes organizatora konkursów i nie sprzyjały racjonalizacji wydatków, co jest szczególnie istotne z punktu widzenia wydatkowania środków publicznych.

Należy przy tym wskazać, iż warunki świadczeń komercyjnych z dziedziny medycyny rozrodu z zastosowaniem metody zapłodnienia pozaustrojowego w polskich warunkach pozwalają na oferowanie cen niższych (za cykl) niż kwota uznana w Programie jako maksymalny koszt. Wskazują na to uwagi i informacje przekazane przez niektórych z ankietowanych przedsiębiorców (por. treść uzasadnienia niniejszej decyzji na s. 18-19). Przedsiębiorcy ci wskazują, że procedury świadczeń wszędzie wyglądają tak samo lub podobnie, cena zabiegu zależy od stosowanych standardów jakościowych, zakresu korzystania z usług obcych, ewentualnych kosztów kredytowania, poziomu płac pracowników i zakładanego poziomu rentowności. Zdaniem jednego z ankietowanych przedsiębiorców, zamieszczane w Internecie oficjalne cenniki procedur komercyjnych w ośrodkach wskazywały na możliwość składania ofert nawet na znacznie niższym poziomie niż wycena Ministerstwa Zdrowia.

Antykonkurencyjny skutek niniejszego porozumienia wynika tym samym z faktycznego ujednoczenia cen usług na poziomie maksymalnym lub zbliżonym do maksymalnego. Jak wykazano, działania Związku ograniczyły rywalizację przedsiębiorców za pomocą cen oraz przyczyniły się do utrzymania wyższego – niż w warunkach hipotetycznego braku antykonkurencyjnych praktyk Związku – poziomu cen za usługi na rynku właściwym.

Należy w tym miejscu jeszcze raz wskazać, iż w przypadku, gdy cel porozumienia jest sam w sobie antykonkurencyjny (tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie), dla wykazania naruszenia przepisów ustawy nie ma potrzeby wykazywania antykonkurencyjnego skutku, gdyż zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Oznacza to, iż porozumienie nie musi być stosowane w praktyce. Tym samym wystarczające jest wykazanie, iż Związek przekazywał

swoim członkom zalecenia i rekomendacje dotyczące ustalania cen, czyli naruszenie zasad konkurencji na rynku, nawet jeśli ceny te nie były stosowane w praktyce. W niniejszej sprawie Związek sam przyznał, że rekomendował ustalenie cen w ofertach składanych w konkursie na wybór realizatorów Programu w wysokości 7510 zł., zatem nie ma wątpliwości co do antykonkurencyjnego celu. Zalecenia Związku dotyczące cen były także przekazywane pocztą elektroniczną. Stąd też bez znaczenia dla stwierdzenia zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia jest, czy na skutek jego zawarcia, wystąpiły skutki antykonkurencyjne oraz, czy doszło do zrealizowania zawartego porozumienia przez jego uczestników. Okoliczności te mogą mieć jedynie wpływ na ocenę stopnia szkodliwości zawartego porozumienia. W orzecznictwie przyjęto, że dla uznania, iż praktyka antykonkurencyjna miała miejsce, wystarczy wykazanie wspólnych uczestnikom porozumienia zachowań, nawet jeżeli na rynku nie ujawniają się antykonkurencyjne skutki takiego działania²³.

Podsumowując, cel antykonkurencyjny i skutek antykonkurencyjny porozumienia nie muszą zatem wystąpić łącznie. Dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy nie ma zatem istotnego znaczenia, czy doszło do ograniczenia czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel może stanowić o nielegalności porozumienia. W świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przyjętego na jej podstawie orzecznictwa zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, a sam efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić.

W ocenie Prezesa Urzędu praktyki Związku skutkowały jednak ograniczeniem konkurencji w konkursach na wybór realizatorów Programu. Mamy tu bowiem do czynienia z uzupełniającym się, skoordynowanym, przemysłowym zachowaniem niezależnych przedsiębiorców – stron porozumienia, polegającym na dokonywaniu uzgodnienia ceny w ofertach składanych w konkursie. W następstwie takiego zachowania został faktycznie zrealizowany cel antykonkurencyjny porozumienia. Tym samym konkurencja została zakłócona, co miało również wpływ na wydatkowanie finansów publicznych przez Ministra Zdrowia. Ograniczenie konkurencji spowodowało podniesienie średniej cen zaoferowanych w konkursie, co miało negatywny wpływ na sferę wydatkowania finansów publicznych. Działania Związku miały na celu zminimalizowanie ryzyka, że którykolwiek z przedsiębiorców zrzeszonych w Związku mógłby nie znaleźć się wśród realizatorów Programu ze względu na zaoferowaną cenę.

Niewykluczone jest, że ponieważ w dokumencie Programu zawarte były informacje dotyczące przewidywanych kosztów realizacji, w tym przewidywanego maksymalnego kosztu pojedynczego cyklu udzielanych świadczeń wraz z kalkulacją, tj. 7.510 zł oraz, że informacje te były publicznie dostępne jeszcze przed terminem składania ofert w postępowaniu konkursowym na wybór realizatorów Programu, niektórzy przedsiębiorcy biorący udział w konkursach na wybór realizatorów Programu mogli złożyć oferty zawierające cenę maksymalną, jako najbardziej dla siebie korzystną, nawet jeśli żadne porozumienie nie zostałoby zawarte. Nie ma to jednak wpływu na ocenę praktyki, a sam fakt porozumienia się co do oferowanej ceny spełnia przesłanki antykonkurencyjnego celu porozumienia.

W związku z powyższym, zalecenia co do treści ofert w zakresie cen, składanych przez członków Związku Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi w konkursach Ministra Zdrowia na wybór realizatorów programu

²³ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7.11.2005 r., sygn.. XVII Ama 26/04.

zdrowotnego „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016 miało antykonkurencyjny cel lub skutek na rynku właściwym.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż bezsprzecznie wykazano, że kwestionowane przez Prezesa Urzędu działania Związku Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu wypełniają znamiona porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ciągły charakter praktyki

W orzecznictwie Komisji Europejskiej i sądów unijnych została wypracowana i utrwalona koncepcja, że w porozumieniach ograniczających konkurencję trwających wiele lat, w których różne uzgodnione praktyki i porozumienia stanowią część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji, uprawnione jest przyjęcie, że stanowią one jedno, ciągle naruszenie. Takie podejście zostało zaprezentowane w sprawie Herkules przeciwko Komisji, w której wskazano, że sztucznym byłoby dzielenie takiego ciągłego zachowania, charakteryzującego się jednym celem, na oddzielne naruszenia²⁴. Z kolei w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni SpA Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że antykonkurencyjne porozumienie może się składać nie tylko z odosobnionych aktów, lecz również z serii aktów lub ciągłego działania²⁵.

Powyższa koncepcja jednego, ciągłego naruszenia ma w pełni zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Praktyka stwierdzona w punkcie I decyzji przejawiała się powtarzalnym, jednorodnym zachowaniem Związku, polegającym na przekazywaniu członkom Związku zaleceń i rekomendacji dotyczących ustalenia ceny pojedynczego cyklu na poziomie 7510 zł. Przede wszystkim praktyki Związku obejmowały konkursy ogłoszone w ramach tego samego programu zdrowotnego. Program zdrowotny Ministra Zdrowia pn. „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016” był zaplanowany na okres od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2016 r. Pierwszy konkurs na wybór realizatorów Programu obejmował okres realizacji od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2014 r. Zatem już przed pierwszym postępowaniem konkursowym Związek wiedział, że odbędą się kolejne edycje konkursy na kolejne lata jego realizacji. Prezes Urzędu uznał więc, że w związku z powyższym działania Związku podjęte przed pierwszym konkursem obejmowały również przyszłe postępowania konkursowe. Potwierdza to zachowanie Związku przed drugim konkursem na wybór realizatorów Programu w 2014 r. Podczas spotkania Związku dnia 22 marca 2014 r. powstały dla członków Związku rekomendacje z których wynika, że „ZPOLNiWR rekomenduje **utrzymanie** ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację do 2016r.”. Samo sformułowanie „utrzymanie” wskazuje na nawiązanie do poprzedniej edycji konkursu.

²⁴ Wyrok SPI w sprawie T-7/89 SA Herkules Chemicals NV v Komisja, Zb. Orz. Z 1991 r., II-1711, pkt 262-263; także decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, Pre-Insulated Pipe Cartel, Dz. Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 131; decyzja Komisji w sprawie Citrid acid, Dz. Urz. WE z 2002 r., L 239/18, pkt 143.

²⁵ Sprawa C-49/92P Komisja v Anic Partecipazioni SpA, pkt 78-81, 83-85 i 203 oraz decyzja Komisji sprawa COMP/38.620 Hydrogen Peroxide and Perborate, pkt 327.

W pełni uprawniony jest zatem wniosek, że powtarzalne i jednorodne zachowania Związku w postępowaniach konkursowych w 2013 r. i 2014 r. były przejawem realizacji jednolitego porozumienia mającego wspólny cel w postaci ograniczenia konkurencji i praktyki o charakterze ciągłym.

Ustosunkowanie się do stanowiska strony postępowania

W toku postępowania antymonopolowego Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi zajął następujące stanowisko w sprawie. Związek ustosunkowując się w piśmie z dnia 17 maja 2016 r. do postanowienia nr 1/410-1/15 o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 23 grudnia 2015 r. stwierdził, że postawiony mu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, a ustalenia czynione w ramach Związku nie nosiły znamion porozumienia ograniczającego konkurencję. Związek nie zaprzecza, że miały miejsce spotkania oraz wymiana korespondencji dotyczące konkursów na wybór realizatorów Programu, jednakże działania te miały na celu wyłącznie wymianę opinii członków Związku na temat wprowadzonego programu oraz wzajemną pomoc przy wyjaśnianiu wątpliwości związanych z Programem.

Związek sam przyznał, że rekomendował utrzymanie cen oferowanych przez Ministra Zdrowia, które to ceny były powszechnie znane i, jako sugerowane przez organizatora konkursu i gwarantujące uzyskanie najwyższej liczby punktów w konkursach, zostały przyjęte przez oferentów. Rozmowy na temat cen maksymalnych wprowadzonych przez Ministra Zdrowia wynikały z obawy, że ich wskazanie mogło doprowadzić do obniżenia jakości usług oferowanych przez członków Związku, a co za tym idzie mogło wpłynąć na skuteczność poszczególnych cykli.

Związek podkreślił, że głównym celem rozmów prowadzonych w jego ramach było zajęcie wspólnego stanowiska w przedmiocie nieprawidłowości, które Związek dostrzegał w toku procedury konkursowej, a nie ustalanie cen. Przedmiotem wzajemnych dyskusji była m.in. chęć zwrócenia się przez Związek do Ministerstwa Zdrowia o wskazanie precyzyjnych kryteriów przetargu, o ujawnienie rozdziału pieniędzy w Programie oraz o możliwość składania skutecznych odwołań. Jakikolwiek rozmowy dotyczące cen ustalanych w ofertach miały jedynie na celu sugestię, aby w ramach Związku nie stosować tzw. cen dumpingowych.

Związek stwierdził, że ponieważ w momencie składania ofert przez uczestników konkursu szczegółowe kryteria oceny spełniania przez oferentów kryteriów konkursu nie były znane, nie było możliwe podjęcie przez członków Związku jakiegokolwiek porozumienia, które mogłoby wywrzeć wpływ na wynik ww. konkursu, a co za tym idzie nie mogło spowodować ograniczenia konkurencji na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego. W opinii Związku, mając na uwadze fakt istnienia rekomendowanych przez Ministerstwo Zdrowia wskazań cen za jeden zabieg oraz brak przejrzystości i jawności kryteriów oceny ofert w ramach konkursu, nawet porozumienie polegające na ustaleniu ceny w wysokości sugerowanej przez Ministerstwo Zdrowia nie miałoby wpływu na konkurencję na rynku.

W piśmie z dnia 18 lipca 2016 r. Związek podkreślił, że wszelkie rozmowy, do których dochodziło w toku pierwszej, jak i drugiej edycji konkursu, miały charakter wyłącznie niewiążących dyskusji i rozmów. Pomimo prowadzenia takich rozmów, każdy członek Związku miał pełną swobodę w zakresie podjęcia ostatecznej decyzji co do

oferowanej ceny. Ponadto przyjęcie przez członka Związku rekomendowanej ceny nie było w żaden sposób egzekwowane, a nieprzyjęcie sankcjonowane.

Zdaniem Związku Prezes Urzędu nie wykazał i nie udowodnił trafności prezentowanych w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów twierdzeń dotyczących wzrostu cen w stosunku do poziomu, jakiego można było oczekiwać w przypadku braku porozumienia, jak również nie potwierdził istnienia jakichkolwiek zaburzeń na rynku właściwym w tej kwestii. W dalszej kolejności Związek przywołał wyjaśnienia jednego z członków Związku – Artvimed-Chrobry Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie, z których wynika, że cena za pojedynczy cykl niższa niż cena rekomendowana – 7510 zł, nie umożliwiałyby zbilansowania kosztów procedury. W związku z tym żadne ustalenia oraz rozmowy optujące za przyjęciem przez członków Związku cen na poziomie rekomendowanym przez Ministra Zdrowia, nie mogły mieć charakteru antykonkurencyjnego, gdyż każdy podmiot uczestniczący w rozmowach z złożenia dysponował wiedzą, iż przyjęcie niższej ceny nie byłoby nie tylko opłacalne, ale także możliwe do wykonania. Związek przypomniał, że cena pojedynczego cyklu była tylko jednym z wielu elementów, którymi mogli konkurować między sobą oferenci w toku przeprowadzonych konkurów, o wadze maksymalnie 1/5 całości punktów. Związek stoi na stanowisku, iż jego działaniom nie przyświecał antykonkurencyjny cel, a tym bardziej nie został osiągnięty żaden antykonkurencyjny skutek.

Odnosząc się do przedstawionego przez Związek stanowiska w sprawie należy zaznaczyć, że fakt jakoby głównym celem spotkań Związku nie było ustalanie ceny za pojedynczy cykl, a zajęcie wspólnego stanowiska w przedmiocie nieprawidłowości, które Związek dostrzegał w toku procedury konkursowej, nie może mieć – wobec wszystkich ustalonych okoliczności – wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy. Poczynione ustalenia wskazują, iż przynajmniej jednym z celów ww. spotkań były konsultacje co do treści planowanych ofert w zakresie cen. Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że nieważny jest główny cel porozumienia między przedsiębiorcami, jeżeli choć jedno z ustaleń ma cel lub skutek ograniczający konkurencję. Należy też wskazać, iż podobnie brak świadomości bezprawności działania nie wpływa na jego kwalifikację antymonopolową. Ponadto, jak zostało wyjaśnione powyżej, nawet jeżeli strona porozumienia nie ma świadomości bezprawności swoich działań, czy wręcz działa w dobrej wierze, ale analiza treści porozumienia pozwala na przyjęcie, iż celem jego zawarcia było naruszenie konkurencji, porozumienie takie kwalifikowane jest jako sprzeczne z prawem.

Należy przy tym wskazać, iż sama forma „aktu” związku przedsiębiorców skierowanego do jego członków nie jest istotna. Mogą to być np. rekomendacje, komunikaty, niewiążące zalecenia określonego postępowania. Przyjmuje się, iż dla uznania aktu związku przedsiębiorców za porozumienie wystarczające jest, iż intencją Związku było wywołanie w drodze aktu wewnętrznego określonych zachowań przedsiębiorców.

Co najważniejsze jednak, zgromadzone dowody wskazują, że wytyczne dotyczące cen były w trakcie i w wyniku tych spotkań poczynione. W piśmie z dnia 17 maja 2016 r. Związek sam potwierdził, że rekomendował utrzymanie cen oferowanych przez Ministerstwo Zdrowia. Odnosząc się do argumentu zarówno Związku, jak i jego poszczególnych członków, że Związek podejmował jedynie działania mające na celu zapobieżenie składaniu ofert dumpingowych, tj. zawierających cenę nie pokrywającą kosztów usługi, trzeba wskazać, że z wyjaśnień przedsiębiorców nienależących do Związku wynika, że cena zaproponowana przez Ministra Zdrowia była wystarczająca, jeśli nie zawyżona, ponieważ była możliwość ustalenia niższej ceny za cykl. Była zatem możliwość konkurowania ceną między przedsiębiorcami,

nawet bez ustalania przez nich cen dumpingowych. Dlatego też argument Związku, że poprzez ustalenie jednakowej ceny zmierzał do tego, by przedsiębiorcy nie stosowali cen dumpingowych jest bezzasadny. Również argument, że cena za pojedynczy cykl niższa niż cena rekomendowana – 7510 zł, nie umożliwiłaby zbilansowania kosztów procedury, nie jest uzasadniony, bowiem zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi zarówno przez członków Związku, jak i podmioty spoza Związku cena zależy od wielu czynników rynkowych i jest możliwe ustanowienie ceny na poziomie niższym, od ustalonego przez Ministra Zdrowia.

Również argument, że porozumienie w zakresie ustalenia cen w wysokości sugerowanej przez Ministerstwo Zdrowia nie miało wpływu na konkurencję na rynku nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie. Należy bowiem jeszcze raz podkreślić, że zakazem przewidzianym w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów są objęte nie tylko porozumienia skutkujące ograniczeniem konkurencji, ale również te, które mają antykonkurencyjne cel. Sklasyfikowanie określonego porozumienia jako mającego antykonkurencyjny cel zwalnia z wymogu udowodnienia antykonkurencyjnego skutku²⁶. Zatem porozumienie nie musi skutkować naruszeniem konkurencji, np. poprzez faktyczne stosowanie postanowień porozumienia, wystarczy, że celem porozumienia było ograniczenie konkurencji.

Ponadto na uwagę zasługuje fakt, że w piśmie Związku z 17 maja 2016 r. znajdują się sprzeczne argumenty. Związek stwierdził, że rekomendował utrzymanie cen oferowanych przez Ministra Zdrowia, które to ceny były powszechnie znane i, jako sugerowane przez organizatora konkursu i gwarantujące uzyskanie najwyższej liczby punktów w konkursach, zostały przyjęte przez oferentów. Później jednak wskazał, iż ponieważ w momencie składania ofert przez uczestników konkursu szczegółowe kryteria oceny spełniania przez oferentów kryteriów konkursu nie były znane, nie było możliwe podjęcie przez członków Związku jakiegokolwiek porozumienia, które mogłoby wywrzeć wpływ na wynik ww. konkursu. Zatem Związek w jednym miejscu twierdził, że maksymalne ceny gwarantowały uzyskanie najwyższej liczby punktów w konkursach, innym razem zaś przyznawał, że szczegółowe kryteria oceny spełniania przez oferentów kryteriów konkursu nie były znane. Z wyjaśnień Ministerstwa Zdrowia wynika, że rzeczywiście szczegółowe kryteria oceny ofert złożonych w konkursach nie były upubliczniane, tak więc Związek nie mógł wiedzieć, czy cena w wysokości sugerowanej przez Ministerstwo Zdrowia gwarantowała uzyskanie najwyższej liczby punktów.

W opinii Prezesa Urzędu nie ma również znaczenia dla niniejszej sprawy fakt, że przyjęcie przez członka Związku rekomendowanej ceny nie było w żaden sposób egzekwowane, a nieprzyjęcie sankcjonowane, ponieważ nawet niewiążące zalecenia mogą zniekształcać zachowanie rynkowe przedsiębiorcy.

Odnosząc się do zarzutu, że Prezes Urzędu nie wykazał i nie udowodnił trafności prezentowanych w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów twierdzeń dotyczących wzrostu cen w stosunku do poziomu, jakiego można było oczekiwać w przypadku braku porozumienia, jak również nie potwierdził istnienia jakichkolwiek zaburzeń na rynku właściwym w tej kwestii, Prezes Urzędu podkreśla, iż analiza złożonych ofert wykazała m.in., że średnia cen zaoferowanych w postępowaniach konkursowych była wyższa zarówno w 2013 r. i 2014 r, od średnich cen zaoferowanych przez podmioty spoza Związku. Szerszą analizę i wnioski w tym zakresie przedstawiono powyżej w uzasadnieniu niniejszej decyzji.

²⁶ K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2014, s.246.

Związek ponadto uznał za niezrozumiałe nieuwzględnienie okoliczności łagodzącej w postaci współpracy z Prezesem Urzędu w toku postępowania, a w szczególności przyczynienia się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. Związek podkreślił, że w toku całego postępowania aktywnie uczestniczył we wszystkich czynnościach podejmowanych przez Urząd, dostarczał wszelką żadaną dokumentację oraz współpracował z Urzędem, dążąc do wyjaśnienia wszelkich budzących wątpliwości okoliczności. Prezes Urzędu nie zgadza się z powyższym argumentem uznając, że wskazane okoliczności nie wykraczały poza wynikający z art. 50 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obowiązek przekazywania w wyznaczonym terminie informacji i dokumentów. Związek nie podejmował z własnej inicjatywy żadnych wykraczających poza ustawowe obowiązki działań przyczyniających się do szybkiego i kompleksowego wyjaśnienia sprawy i zakończenia postępowania.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa Urzędu powyższe argumenty przedstawione przez Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu nie mogą wpływać na kwalifikację przedmiotowego zachowania Związku jako porozumienia ograniczającego konkurencję określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wyłączenia spod zakazu porozumień, o których mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję:

- zasada *de minimis* – wyłączenie na podstawie art. 7 tej ustawy,
- wyłączenia grupowe wydane na podstawie art. 8 ust. 3 tej ustawy,
- wyłączenia indywidualne – na podstawie art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Ingerencja prawa konkurencji w stosunki gospodarcze przedsiębiorców powinna mieć miejsce jedynie w przypadkach, kiedy zachowania przedsiębiorców wywierają, choćby potencjalnie, odczuwalne skutki dla konkurencji. W związku z tym w art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziane jest wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na niewielki udział przedsiębiorców w rynku. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wyłączenie to ma miejsce w odniesieniu do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy są konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Niemniej jednak, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyżej wskazane wyłączenie nie ma zastosowania m.in. do porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, tj. m.in. do zmów cenowych. Biorąc pod uwagę, że analizowane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi właśnie taki rodzaj porozumienia, nie korzysta ono z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w oparciu o określający zasadę *de minimis* przepis art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi natomiast, że Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, biorąc pod uwagę korzyści jakie te porozumienia mogą przynieść. Żadne z rozporządzeń wykonawczych wydanych w oparciu

o delegację zawartą w tym przepisie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, a opisane w niniejszej decyzji ograniczenie konkurencji nie podlega wyłączeniu na podstawie tego przepisu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Odnosząc się z kolei do możliwości wyłączenia indywidualnego porozumienia spod zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zauważyć, że ciężar uwodnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie, to jest wykazania, iż porozumienie spełnia jednocześnie następujące warunki:

- przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów,

spoczywa na przedsiębiorcy. Strona powołująca się na wyłączenie musi udowodnić spełnienie wszystkich kumulatywnych przesłanek zdefiniowanych w art. 8 ust. 1 ww. ustawy, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie w odniesieniu do porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami w niniejszej sprawie, z uwagi na jego charakter, jest nieprawdopodobne.

W związku z powyższym, zastosowanie wyłączenia indywidualnego nie może mieć w niniejszej sprawie miejsca.

W związku ze spełnieniem wszystkich ww. przesłanek Prezes Urzędu stwierdził w przedmiotowej sprawie naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Powyższe ustalenia dowodzą, iż Związek zawarł niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję polegające na ustalaniu cen w ofertach składanych przez zrzeszonych w wymienionym wyżej Związku przedsiębiorców biorących udział w konkursach ogłoszonych przez Ministra Zdrowia w dniu 25 kwietnia 2013 r. oraz 7 marca 2014 r. na wybór realizatorów programu zdrowotnego pn. „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016”, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z ustaleń poczynionych w niniejszym postępowaniu wynika, że w momencie upływu terminu na składania ofert w ramach programu w konkursie z 2014 r. uczestnicy porozumienia zrealizowali zawarte porozumienie, co uniemożliwia nałożenie na jego uczestników podstawowej sankcji związanej ze stwierdzeniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, tj. nakazu jej zaniechania, albowiem nakaz ten odnosi się do praktyki jako takiej, a nie jej skutków.

W związku z powyższym, należało stwierdzić zaniechanie stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję z dniem upływu terminu na składanie ofert w konkursie w 2014 r., który był ostatnim ogłoszonym konkursem na wybór realizatorów Programu – tj. z dniem 31 marca 2014 r. Większość członków Związku złożyła swoje oferty w Ministerstwie Zdrowia właśnie w tym dniu (dowód: informacja o dacie i godzinie złożenia oferty w postępowaniu konkursowym na wybór najkorzystniejszych ofert w roku 2014 r. – karty 239-

240). Po złożeniu ofert w postępowaniu konkursowym nie było już możliwości manipulowania ceną, ani wynikami konkursu. Ponadto Program Ministra Zdrowia był przewidziany na lata 2013-2016 i obecnie brak jest przesłanek wskazujących, iż Program będzie kontynuowany. **W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt I sentencji.**

Ad II sentencji niniejszej decyzji – nałożenie kary pieniężnej

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9. Zgodnie z art. 106 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 tej ustawy, obrót, o którym mowa w ust. 1, oblicza się jako sumę: 1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat – w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; 2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu – w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości; 3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych – w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2.

Zgodnie z art. 106 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w przypadku gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro (w niniejszej sprawie 426 150 zł, w przeliczeniu według kursu średniego ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2015 r. - Tabela nr 254/A/NBP/2015, przy uwzględnieniu art. 5 ustawy), Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1, uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Natomiast zgodnie z art. 106 ust. 6 tej ustawy, w przypadku gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim, o którym mowa w ust. 5, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie tego przepisu nie przekracza równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10.000 euro (42 615 zł po przeliczeniu na złote, przy uwzględnieniu art. 5 ustawy).

W 2015 r. Związek osiągnął obrót w wysokości (*tajemnica przedsiębiorstwa*) zł, co w przeliczeniu według kursu średniego ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2015 r. (Tabela nr 254/A/NBP/2015) stanowi wartość (*tajemnica przedsiębiorstwa*) euro. Jeżeli przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100 000 euro, Prezes Urzędu nakładając karę pieniężną uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Związek osiągnął w 2013 r. obrót w

wysokości (*tajemnica przedsiębiorstwa*) zł, w 2014 r. (*tajemnica przedsiębiorstwa*) zł, a w 2015 r. (*tajemnica przedsiębiorstwa*) zł. Średni obrót osiągnięty przez Związek w ciągu kolejnych trzech lat poprzedzających rok nałożenia kary wyniósł (*tajemnica przedsiębiorstwa*) zł. Związek w okresie trzyletnim poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął zatem średniego obrotu o równowartości co najmniej 100 000 euro (426 150 zł), co oznacza, że zgodnie z art. 106 ust 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów maksymalna kara, jaką Prezes Urzędu może nałożyć na tego przedsiębiorcę stanowi równowartość 10.000 euro, tj. 42 615 zł po przeliczeniu na złote.

Kara nakładana na podmioty, których średni obrót z trzech kolejnych lat poprzedzających rok nałożenia kary nie przekracza 100 000 euro, jest ustalana na ogólnych zasadach wskazanych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, jednak może zostać zmodyfikowana na maksymalnej wysokości równowartości 10 000 euro, w szczególności jeśli z okoliczności sprawy wynika, że osiągnięty obrót nie odzwierciedla rzeczywistego potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy, bądź też ustalona na wspomnianych zasadach kara nie spełniałaby swojej funkcji.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej ma charakter fakultatywny, a o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do danego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego Prezes Urzędu. Niemniej, jak wskazuje się w orzecznictwie antymonopolowym: „skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary pieniężnej”²⁷. Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes Urzędu uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy).

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, że zachodzą przesłanki do nałożenia na Związek kary pieniężnej. Kara pieniężna może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Nakładana przez Prezesa Urzędu kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy naruszającego przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), ale także prewencyjną i dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia. Przedmiotowe porozumienie ograniczające konkurencję zawiązane zostało przez Związek skupiający przedsiębiorców świadczących usługi w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, czyli między podmiotami działającymi na tym samym szczeblu obrotu, to znaczy, że jest porozumieniem „horyzontalnym”, a przedmiotem tego porozumienia było ustalanie cen, jakie ci przedsiębiorcy mieli zaoferować w konkursach na wybór realizatorów Programu Ministra Zdrowia. Ustalenie cen w ofertach mogło doprowadzić z jednej strony do ujednoczenia wysokości cen oferowanych w konkursie przez tych przedsiębiorców, a z drugiej strony do kształtowania się cen za usługi w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia

²⁷ wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. XVII AmA 81/03.

pozaustrojowego w wysokości wyższej niż w warunkach konkurencji. Oznacza to, iż bezpośredni skutek tego porozumienia mógł być odczuwalny przede wszystkim dla budżetu Państwa, a co ostatecznie mogło mieć niekorzystny skutek również dla par biorących udział w Programie, jako że wyższe ceny za cykl oznaczały mniejszą ilość sfinansowanych przez Ministerstwo Zdrowia cykli. Stąd też Prezes Urzędu kwestionowane porozumienie zaliczył do bardzo poważnego naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wskazać przy tym należy, że 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 niezaliczane 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 niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynków, na jakich doszło do naruszenia konkurencji. Kara powinna być bowiem tym większa, im większe jest natężenie negatywnych efektów związanych z naruszeniem prawa konkurencji lub im wyższe korzyści czerpie z niego przedsiębiorca. Prezes Urzędu uwzględnił zatem fakt, że rynek świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego jest rynkiem konkurencyjnym, na którym działa wielu przedsiębiorców. Świadczy o tym w ocenie Prezesa Urzędu liczba oferentów biorących udział w obu postępowaniach konkursowych na wybór realizatorów Programu. Rynek ww. świadczeń medycznych ma wysokie bariery wejścia, gdzie główną barierę stanowią koszty wyposażenia przedsiębiorstwa w odpowiednią aparaturę medyczną oraz przygotowanie zawodowe przedsiębiorcy lub jego pracowników. Z drugiej strony Prezes Urzędu uwzględnił faktyczne wprowadzenie porozumienia w życie, poprzez realizację określonego zachowania w trakcie postępowań konkursowych na wybór realizatorów Programu. Na skutek zawartego porozumienia zamawiający był bowiem postawiony w sytuacji ujednolicenia cen, w której większość złożonych ofert zawierała maksymalną cenę określoną przez Ministra Zdrowia, lub cenę nieznacznie niższą. Tym samym analizując złożone oferty powołana przez Ministra Zdrowia Komisja Konkursowa miała ograniczoną możliwość oceny ofert pod kątem kryterium cenowego. Należy również zauważyć, iż zasięg porozumienia był ogólnokrajowy. Oceniając skutki porozumienia w rozpatrywanej sprawie Prezes Urzędu wziął jednak pod uwagę fakt, że w upublicznionym dokumencie Programu zawarte były informacje dotyczące przewidywanego maksymalnego kosztu pojedynczego cyklu udzielanych świadczeń (tj. 7.510 zł), co mogło mieć wpływ na wysokość ceny proponowanej przez poszczególnych oferentów. Pozostaje to jednak bez wpływu na ocenę samego faktu zawarcia porozumienia.

Kalkulując wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia. Długotrwałość stosowania praktyki powinna mieć wpływ na wysokość kary szczególnie w sytuacji, gdy prowadzi do zwiększenia korzyści uzyskanych przez przedsiębiorców dopuszczających się naruszenia lub szkody ponoszonej przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. Rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie ograniczające konkurencję miało charakter ciągły i funkcjonowało w sposób zakwestionowany w niniejszej decyzji od 11 maja 2013 r.,

tj. od pierwszego spotkania, na którym dokonywano ustaleń co do treści ofert, do 31 marca 2014 r. Uznano zatem, że stwierdzona niniejszą decyzją praktyka nie należy do kategorii naruszeń długotrwałych, co też nie ma wpływu na wymiar kary pieniężnej.

Następnie należało ocenić okoliczności łagodzące i obciążające. Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uznał fakt, że działania Związku miały charakter umyślny. Jak wykazało niniejsze postępowanie, Związek jawnie i bezpośrednio zalecał, by przedsiębiorcy w swoich ofertach utrzymywali cenę oferowaną przez Ministra Zdrowia. Wynika to jednoznacznie z treści korespondencji elektronicznej oraz wyjaśnień zarówno prezesa Związku, jak i niektórych członków Związku. Tym samym celem było ustalenie cen, po jakich członkowie mieli świadczyć usługi w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego. Świadczy to o tym, iż działania Związku miały charakter umyślny. Przedsiębiorcy zrzeszeni w Związku mogli nie być świadomi, że ustalenia czynione między konkurentami dotyczące cen, mogą stanowić w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, niemniej jednak nie może to być usprawiedliwieniem dla jego działań. Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach rynku, takich jak Związek i zrzeszeni w nim Przedsiębiorcy. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za niezgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dlatego też w rozpatrywanej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż Związek miał świadomość, iż podejmowane w jego ramach działania były motywowane chęcią ustalenia cen w ofertach składanych w konkursach Ministra Zdrowia na jednolitym poziomie 7.510 zł za cykl. Stąd też Prezes Urzędu uznał, iż Związek działał umyślnie.

Przy wymierzaniu kary Prezes Urzędu zbadał również przesłankę „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy” wynikającą z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdzając, iż Związek po raz pierwszy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy.

Jako okoliczność łagodzącą Prezes Urzędu uznał zaprzestanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, wraz z datą ostatecznego terminu na złożenie ofert w konkursie na wybór realizatorów Programu w 2014 r., tj. 31 marca 2014 r.

Kierując się powyższymi przesłankami, Prezes Urzędu ustalił kwotę kary pieniężnej w przedmiotowej sprawie w wysokości 13 211 zł (słownie: trzynaście tysięcy dwieście jednaście zł), co stanowi 31 % maksymalnego dopuszczalnego wymiaru kary.

W ocenie Prezesa Urzędu powyższa kara pieniężna jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes Urzędu, kierując się potrzebą przeciwdziałania stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję na rynku uznał, że orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla strony niniejszego postępowania. W tym przypadku kara powinna w szczególności spełnić funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą, tak, aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Ad. III sentencji niniejszej decyzji

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. Zgodnie z art. 77 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm., dalej jako „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. Kosztami niniejszego postępowania są koszty związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa Urzędu w związku z niniejszą sprawą.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji niniejszej decyzji stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są wydatki związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi kosztami postępowania w wysokości 43 zł. (słownie: czterdzieści trzy złote).

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu postanowił jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie do Narodowego Banku Polskiego, Oddział Okręgowy w Warszawie, na rachunek Nr 51101010100078782231000000. Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.

Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca zobowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231 000000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 k.p.c., oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do

Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury

Tomasz Dec