



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

**RWA-54/12/2003/DM**

Warszawa, dn. 29 czerwca 2004 r.

**DECYZJA Nr RWA – 18/2004**

- I. Na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.)

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

**umarza się postępowanie antymonopolowe** wszczęte z urzędu w związku z podejrzeniem zawarcia przez spółkę Roche Polska Sp. z o.o. w Warszawie i spółkę HAND-PROD Sp. z o.o. w Warszawie zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce HAND-PROD prawa do określania ceny sprzedaży leków firmy Roche, zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu, poprzez ustalenie w Umowie dotyczącej magazynowania, podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r., iż sprzedaż tych leków dokonywana przez spółkę HAND-PROD będzie się odbywać po tej samej cenie, po której zostały one nabyte od spółki Roche Polska, a więc po cenach uzgodnionych, co mogło stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **jako bezprzedmiotowe.**

- II. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

**uznaje się za ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na zawarciu przez spółkę Roche Polska Sp. z o.o. w Warszawie i spółkę HAND-PROD

Sp. z o.o. w Warszawie zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczaniu spółce HAND-PROD prawa do określania w przetargach centralnych ceny sprzedaży leków firmy Roche zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu i oferowaniu ich w tych przetargach po cenach uzgodnionych, co zostało wprowadzone Aneksem z dnia 12 marca 1999 r., zmieniającym pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r.

**i nakazuje zaniechania jej stosowania.**

III. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.)

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

**nakłada się** na spółkę Roche Polska Sp. z o.o. w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości 235.850 zł (dwieście trzydzieści pięć tysięcy osiemset pięćdziesiąt złotych), płatną do budżetu Państwa.

IV. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 18 poz. 172 ze zm.)

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

**nakłada się** na spółkę HAND-PROD Sp. z o.o. w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości 70.755 zł (siedemdziesiąt tysięcy siedemset pięćdziesiąt pięć złotych), płatną do budżetu Państwa.

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie prowadził postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w związku z powzięciem informacji o prawdopodobnym uzgadnianiu pomiędzy spółką Roche Polska Sp. z o.o. w Warszawie, spółką Janssen – Cilag Polska Sp. z o.o. w Warszawie (działającą do 1 stycznia 2003 r. jako oddział spółki Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.) i ich dystrybutorami warunków składanych ofert w ramach przetargów organizowanych przez Kasy Chorych, Zakłady Opieki Zdrowotnej i szpitale na zakup farmaceutyków, zawierających erytropoetynę, co mogło wskazywać na zawarcie zakazanego prawem porozumienia ograniczającego konkurencję.

W toku tego postępowania ustalono, iż dystrybucją leków spółki Roche Polska Sp. z o.o. w Warszawie (zwanej dalej: spółką Roche Polska) zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj.: Recormonu i NeoRecormonu zajmuje się hurtownia farmaceutyczna – spółka HAND-PROD Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej: spółką HAND-PROD).

W związku z powyższym zapoznano się z treścią umów łączących spółkę Roche Polska z ww. hurtownią farmaceutyczną, dotyczących zasad dystrybucji tych leków.

Ustalono, że dystrybucja Recormonu i NeoRecormonu przez spółkę HAND-PROD odbywa się w oparciu o Umowę dotyczącą magazynowania („Storage Agreement”), podpisaną w dniach 6 i 10 marca 1998 r. oraz Umowę dystrybucyjną z dnia 7 listopada 2001 r. Co prawda w treści Umowy dotyczącej magazynowania pojawia się nazwa leku Recormon, ale odnosi się ona także do nowego leku - NeoRecormonu, który jest tym samym lekiem co Recormon, tyle tylko, że w innej postaci. Powyższe potwierdza zresztą sama Spółka, która w piśmie z dnia 20 marca 2003 r., zawierającym uwagi do Protokołu Kontroli, przeprowadzonej przez pracowników Delegatury UOKiK w Warszawie, oświadczyła, iż zasady współpracy ze spółką HAND-PROD w zakresie dystrybucji NeoRecormonu reguluje umowa „Storage Agreement”.

Analiza zapisów Umowy dotyczącej magazynowania, zwłaszcza rozdziału 6 tej umowy: „*Dalsza sprzedaż HAND-PROD stronom trzecim*”, wskazywała, iż może tu dochodzić do ograniczania swobody w kształtowaniu polityki cenowej przez spółkę HAND-PROD w odniesieniu do dalszej sprzedaży tych leków.

Zapis pkt 6.2 tej umowy stanowił bowiem, że: „*HAND-PROD zobowiązuje się do sprzedaży Produktów Kontraktowych [leków: Recormon i NeoRecormon] po tej samej cenie, po której zostały nabyte od Roche, bez dodatkowych podwyższeń, o ile nie zostało to uzgodnione na piśmie z Roche. HAND-PROD zobowiązuje się, co miesiąc, dostarczać Roche egzemplarz cennika HAND-PROD*”.

Uwzględniając zebrany w sprawie materiał dowodowy Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 24 lipca 2003 r., wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez spółkę Roche Polska i spółkę HAND-PROD zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce HAND-PROD prawa do określania ceny sprzedaży leków firmy Roche, zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu, poprzez ustalenie w Umowie dotyczącej magazynowania, podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r., iż sprzedaż tych leków dokonywana przez spółkę HAND-PROD będzie się odbywać po tej samej cenie, po której zostały one nabyte od spółki Roche Polska, a więc po cenach uzgodnionych, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na wszczęcie postępowania antymonopolowego i postawiony zarzut, strony złożyły wyjaśnienia.

Spółka Roche Polska w piśmie z dnia 13 sierpnia 2003 r. podniosła, że jest faktem zawarcie ze spółką HAND-PROD Umowy dotyczącej magazynowania, jednak – co podkreśliła – była ona przez strony zmieniona Aneksami z 1999 r. i z 2000 r., które doprowadziły także do zmiany pkt 6.2. ww. umowy. Zwróciła jednocześnie uwagę, że w dniu 7 listopada 2001 r. strony podpisały Umowę dystrybucyjną, która jednak nie uchylila postanowień Umowy dotyczącej magazynowania. W związku z tym obowiązywały między stronami dwie umowy, które regulowały zasady odsprzedaży produktów farmaceutycznych spółki Roche Polska na rzecz osób trzecich.

Niezależnie od powyższego, Spółka podniosła, iż na gruncie umów łączących obie spółki, spółka HAND-PROD nigdy nie była zmuszana do stosowania cen odsprzedaży wskazanych przez spółkę Roche Polska, co mogłoby naruszać postanowienia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podkreśliła także, że w dniu 15 marca 2003 r. strony zawarły nową Umowę dystrybucyjną, która zastąpiła wcześniejsze porozumienia i ustalenia pomiędzy stronami.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2003 r., spółka Roche Polska zawarła dodatkowe wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie. Wskazała, że jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego w 1998 r. spółki: Roche Polska i HAND-PROD zawarły Umowę dotyczącą magazynowania. Zgodnie z pkt 6.2 tej umowy, spółka HAND-PROD zobowiązywała się do sprzedaży produktów kontraktowych po tej samej cenie, po której zostały nabyte od spółki Roche Polska, bez dodatkowych podwyższeń, o ile nie zostało to uzgodnione na piśmie ze spółką Roche Polska. Podkreśliła, iż zgodnie z przyjętym orzecznictwem antymonopolowym i poglądami doktryny, przepis pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania stanowi tzw. klauzulę ustalania ceny odsprzedaży, która może być, w określonych okolicznościach, zakazana przez prawo. Jednak – w ocenie Spółki – w omawianej sprawie istnieją okoliczności przemawiające za łagodniejszym potraktowaniem sprawy. Ma o tym stanowić to, że:

- 1) przepis pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania zawiera klauzulę ustalania maksymalnej ceny odsprzedaży, a prawo wspólnotowe dopuszcza w pewnych sytuacjach ustalanie maksymalnych cen odsprzedaży,
- 2) porozumienie nie wywarło negatywnych skutków na rynek właściwy.

W konsekwencji, spółka Roche Polska wystąpiła z wnioskiem o zakwalifikowanie przedmiotowej sprawy jako „sprawy mniejszej wagi” i potraktowanie jej zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W ocenie Spółki zakwalifikowanie tej sprawy jako sprawy mniejszej wagi winno nastąpić z uwagi na następujące okoliczności:

- o klauzula ustalania cen odsprzedaży zawarta w przepisie pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania nie była przez strony wykonywana, w efekcie czego w praktyce nigdy nie wywołała skutku rynkowego w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- o klauzula ustalania cen odsprzedaży zawarta w przepisie pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania dotyczyła ustalania maksymalnej ceny odsprzedaży, a takie ustalanie ceny może być dozwolone zgodnie z rozporządzeniem Komisji Europejskiej Nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie umów wertykalnych,
- o klauzula ustalania ceny odsprzedaży została przez strony uchylona przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Spółka HAND-PROD pismem z dnia 13 sierpnia 2003 r. zakwestionowała zasadność zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podniosła, iż nie kwestionuje istnienia zapisu pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania, który zobowiązywał spółkę HAND-PROD do sprzedaży produktów kontraktowych po tej samej cenie, po której zostały nabyte od spółki Roche Polska, bez dodatkowych podwyższeń, o ile nie zostało to uzgodnione na piśmie. Zaznaczyła także, iż wypada uznać stanowisko UOKiK, że zapis w tym kształcie jest ustalaniem ceny sprzedaży przez producenta. Jednak – co podkreśliła Spółka – zazwyczaj celem takiego zapisu jest ustalenie odpowiednio wysokiej marży, która ustabilizuje cenę ostateczną na odpowiednio wysokim poziomie. W analizowanym tu przypadku zarówno cel, jak i skutek przyjętego w umowie zapisu nie ma charakteru antykonkurencyjnego. Pozbawienie spółki HAND-PROD prawa do dodawania własnej marży wpłynęło wyłącznie pozytywnie na konkurencję na rynku erytropoetyny.

Spółka podniosła, że wyłącznym celem i skutkiem takiego ułożenia stosunków producent – dystrybutor było uniemożliwienie dystrybutorowi swobodnego podwyższania marży do takiej wysokości, przy której konkurencja z Eprexem [drugim rozpowszechnianym w Polsce lekiem zawierającym ludzką rekombinowaną erytropoetynę] stawałaby się trudna lub niemożliwa. Taka ścisła współpraca miała miejsce w relacjach między spółką HAND-PROD a firmą Boehringer Mannheim (do 1998 r. była producentem Recormonu) w warunkach hegemonii konkurencyjnego leku Eprex. Taka praktyka ustalania cen sprzedaży występująca pomiędzy Boehringer Mannheim a spółką HAND-PROD została automatycznie zapisana przez spółkę Roche Polska w umowie z dnia 10 marca 1998 r., tj. w pierwszej umowie zawartej pomiędzy Roche Polska i spółką HAND-PROD po przejęciu Boehringer Mannheim przez firmę ROCHE.

Spółka HAND-PROD zasygnalizowała jednocześnie, że praktyka ta została przerwana w dniu 12 marca 1999 r., gdy podpisano Aneks do Umowy dotyczącej magazynowania, który zmieniał pkt 6.2 ww. umowy. Od tego momentu spółka HAND-PROD mogła swobodnie kształtować marżę handlową. Natomiast w odniesieniu do ofert centralnych doszło do *stricte* upoważnienia do ustalenia ceny, a nie jej rzeczywistym ustaleniem, zakazanym przez art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Upoważnienie takie nie jest bowiem ani bezpośrednim ani pośrednim ustaleniem warunków sprzedaży. Jest to upoważnienie do ustalania marż, jednak samo ustalenie marży – które jest zakazane przez ustawę – nie nastąpiło.

Ponadto, co podkreśliła Spółka, praktyka dystrybucyjna w ogóle nie przebiegała w sposób zapisany w Aneksie. Mimo, że postanowienia umowy z dnia 12 marca 1999 r. upoważniały spółkę Roche do incydentalnego decydowania o marży, jednak nie skorzystała ona z zawartego w ww. aneksie upoważnienia.

Na koniec Spółka zwróciła uwagę, że z uwagi na podpisanie ww. aneksu i usunięcie z dnia 12 marca 1999 r. zakazanego przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienia, nastąpił upływ rocznego terminu określonego w art. 93 ustawy, pozwalającego na wszczęcie i prowadzenie postępowania antymonopolowego. Dlatego też z powodów formalnych postępowanie to winno zostać umorzone.

Uwzględniając złożone przez strony wyjaśnienia w aspekcie zmiany zapisów Umowy dotyczącej magazynowania oraz mając na uwadze treść Aneksu z dnia 12 marca 1999 r., którego tłumaczenie przysięgłe przedłożyły strony, należało – w ramach toczącego się postępowania – uwzględnić powyższy fakt.

Aneks ten zmienił bowiem m.in. brzmienie pkt 6.2 ww. umowy, a co za tym idzie zasady postępowania między stronami w zakresie kształtowania cen na produkty kontraktowe (umowne) tj. leki firmy Roche, zawierające ludzką rekombinowaną erytropoetynę – Recormon i NeoRecormon.

Nowy zapis pkt 6.2 ww. umowy, obowiązujący od 12 marca 1999 r., brzmiał w sposób następujący: „*Przy sprzedaży Produktów Umownych, z wyjątkiem sprzedaży dokonywanej w drodze centralnych przetargów, HAND-PROD może ustalić dodatkową marżę zgodnie ze stosownymi polskimi przepisami w tym zakresie. W przypadku centralnych przetargów, HAND-PROD będzie sprzedawać Produkty Umowne po cenie ustalonej każdorazowo, z uwzględnieniem dodatkowej marży do ustalenia przez ROCHE. HAND-PROD będzie co miesiąc dostarczać ROCHE kopię cennika HAND-PROD*”.

Powyższy zapis ukształtował więc porozumienie cenowe w innym kształcie, niż to pierwotnie strony ustaliły. Ograniczenie możliwości swobodnego kształtowania cen utrzymano bowiem jedynie w odniesieniu do sytuacji realizowania zamówień na leki: Recormon i NeoRecormon, w ramach przetargów centralnych. Zezwolono natomiast spółce HAND-PROD, by w innych sytuacjach (innych przetargach) mogła swobodnie określać cenę

sprzedaży, poprzez ustalanie dodatkowej marży. Jednakże – w ocenie Prezesa Urzędu – mimo zawężenia stosowania pkt 6.2 ww. umowy tylko do pewnych sytuacji, tj. zamówień realizowanych w drodze przetargów centralnych, zapis ten mógł w dalszym ciągu naruszać art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dlatego też postanowieniem z dnia 3 lutego 2004 r. rozszerzono zakres niniejszego postępowania i postawiono spółkom nowy zarzut, który dotyczył: podejrzenia zawarcia przez spółkę Roche Polska i spółkę HAND-PROD zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczaniu spółce HAND-PROD prawa do określania w przetargach centralnych ceny sprzedaży leków firmy Roche zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu i oferowaniu ich w tych przetargach po cenach uzgodnionych, co zostało wprowadzone aneksem z dnia 12 marca 1999 r., zmieniającym pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r., co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W odpowiedzi na rozszerzenie postępowania, strony złożyły następujące wyjaśnienia.

Spółka Roche Polska – pismem z dnia 20 lutego 2004 r. – podniosła, iż jej stanowisko odnośnie zarzucanej praktyki ustalania cen odsprzedaży, wprowadzonej na podstawie pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania, a następnie kontynuowanej na podstawie postanowienia Aneksu zmieniającego pkt 6.2 tej umowy, zostało przedstawione w jej piśmie z dnia 16 grudnia 2003 r. Ponownie wystąpiła z postulatem zastosowania w niniejszej sprawie art. 89 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Niezależnie od powyższego, wskazała, że zarzucana praktyka ustalania ceny w przetargach centralnych na podstawie Aneksu zmieniającego postanowienie pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania nie była przez strony wykonywana, w efekcie czego w praktyce nigdy nie wywołała skutku rynkowego w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Ponadto, kwestionowany przepis został przez strony uchylony przed rozpoczęciem postępowania antymonopolowego.

Spółka Roche Polska podniosła jednocześnie, iż w związku ze sformułowaniem przez Prezesa Urzędu dwóch zarzutów, jednego dotyczącego wcześniejszego stanu faktycznego, a drugiego dotyczącego późniejszego stanu faktycznego, wnosi – mając na uwadze art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu dotyczącego wcześniejszego stanu faktycznego, tj. zarzutu dotyczącego ograniczenia spółce HAND-PROD prawa do określania ceny sprzedaży.

Z kolei spółka HAND-PROD, najpierw pismem z dnia 19 marca 2004 r. wniosła o rozważenie możliwości zastosowania względem niej trybu przewidzianego przez art. 89 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Następnie pismem z dnia 8 kwietnia 2004 r. – odnosząc się do nowego zarzutu – stwierdziła, iż nie podlega dyskusji, że zawarła ze spółką Roche Polska porozumienie (Aneks z dnia 12 marca 1999 r.), w którym ustalono, że spółka Roche Polska będzie określać ceny sprzedaży leków zawierających EPO, proponowane przez spółkę HAND-PROD w tzw. przetargach centralnych, tj. przetargach organizowanych przez Ministerstwo Zdrowia. Jednakże wniosek, że porozumienie takie jest zakazane wydaje się – w ocenie Spółki – nie w pełni uzasadnione. Ustalono bowiem w tym porozumieniu, że spółka HAND-PROD sprzeda w przetargu centralnym zakupione od spółki Roche Polska leki po cenie ustalonej *ad casu* przez Roche. Ustalono jednak także wynagrodzenie za usługi przypadające jej w przypadku wykonywania dostawy na przetargu centralnym. Oba te zapisy należy interpretować w kontekście punktu 5.1 Umowy dotyczącej magazynowania, gdzie ustala się sprzedaż bez marży oraz wynagrodzenia.

Spółka podkreśliła także, że oczywistą biznesową intencją stron przy powyższym układaniu stosunków handlowych było bardziej zawarcie porozumienia agencyjnego i logistycznego niż typowo dystrybucyjnego. Dlatego też spółka HAND-PROD była w przypadku przetargów centralnych w istocie agentem, do którego przepisy zakazujące porozumień cenowych nie powinny mieć zastosowania. Podniosła wreszcie, że nie odnajduje w zarzucanej praktyce negatywnego wpływu na rynek obrotu erytropoetyną.

Postanowieniem z dnia 7 maja 2004 r., Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów następujące dokumenty: Akt Założycielski spółki Roche Polska, Akt Notarialny z dnia 20 listopada 2002 r. – Uchwała Nadzwyczajnego Zgromadzenia wspólników spółki HAND-PROD, Oświadczenie Prezesa Zarządu spółki HAND-PROD – Pana Leszka P. Rafała dotyczące udziału Spółki w rynku oraz fragment pisma spółki Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 15 września 2003 r. (str. 1-6) wraz załącznikami 1 i 6.

Pismem z dnia 7 maja 2004 r. zawiadomiono strony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego.

Z materiałem dowodowym, zgromadzonym w aktach sprawy, zapoznali się pełnomocnicy stron postępowania, którzy przybyli do Urzędu w dniu 19 maja 2004 r.

Pełnomocnik spółki HAND-PROD oświadczył, że chce złożyć dodatkowe wyjaśnienia w sprawie. Pismo zostało jednak złożone dopiero w dniu 25 czerwca 2004 r., a więc już po wyznaczonym terminie zakończenia postępowania, w momencie gdy projekt decyzji był gotowy. Spółka podniosła w tym piśmie m.in., iż zawarcie porozumienia określającego de facto maksymalne ceny zbytu produktów przez dystrybutora dla produktu wchodzącego na zmonopolizowany rynek w żadnym przypadku nie mogło mieć na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku EPO. Zanegowała także wystąpienie negatywnego skutku dla rynku.

Natomiast pismem z dnia 4 czerwca 2004 r. – nawiązującym do zawiadomienia o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w ramach niniejszego postępowania – spółka Roche Polska wniosła, mając na uwadze uchylenie z dniem 1 maja 2004 r. art. 89 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, o uwzględnienie argumentacji przedstawionej w piśmie z dnia 16 grudnia 2003 r., w którym Spółka wystąpiła o zastosowanie art. 89, przy wydawaniu decyzji w sprawie w obecnym stanie prawnym.

Podkreśliła raz jeszcze, że za łagodniejszym traktowaniem spółki Roche Polska przemawiają okoliczności towarzyszące sprawie, a w szczególności fakt niewykonywania omawianego postanowienia i co za tym idzie, brak jakiegokolwiek skutku rynkowego zarzucanej praktyki. Przesłanką przemawiającą za łagodniejszym potraktowaniem stron może być także zaniechanie stosowania praktyki oraz to, że spółka Roche Polska nie uzyskała żadnych korzyści majątkowych w wyniku stosowania zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję.

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
ustalił i zważył, co następuje.**

**Spółka Roche Polska** należy do światowej grupy ROCHE, która jest jedną z największych na świecie firm farmaceutycznych. Przedmiotem działalności tej spółki jest m.in. produkcja wyrobów farmaceutycznych, sprzedaż hurtowa i detaliczna wyrobów farmaceutycznych, prace badawczo – rozwojowe w dziedzinie nauk przyrodniczych i technicznych.

W zakresie swej działalności spółka Roche Polska importuje i rozprowadza na terenie Polski lek zawierający ludzką rekombinowaną erytropoetynę o nazwie NeoRecormon (występujący wcześniej także pod nazwą Recormon), którego wytwórcą jest F. Hoffmann - La Roche Ltd w Bazylei (Szwajcaria).

**Spółka HAND-PROD** prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem jest m.in. produkcja leków i preparatów farmaceutycznych, sprzedaż hurtowa i detaliczna wyrobów farmaceutycznych, prace badawczo – rozwojowe w dziedzinie nauk medycznych i farmacji, działalność pielęgniarok i położnych. Spółka współpracuje ze spółką Roche Polska w zakresie dystrybucji leku NeoRecormon (Recormon).

**NeoRecormon i Recormon** to leki produkowane w Mannheim w Niemczech przez firmę F. Hoffman - La Roche. W skład tych leków – jako substancja czynna – wchodzi epoetyna beta (rekombinowana ludzka erytropoetyna), która jest hormonem pobudzającym wytwarzanie krwinek czerwonych. Stosowany jest w szpitalnym leczeniu pacjentów, mając na celu zastępowanie w organizmie ludzkim niedoboru erytropoetyny.

Obecnie spółka Roche Polska rozprowadza w Polsce jedynie NeoRecormon, który ma taki sam skład i takie samo zastosowanie jak Recormon. Różnica między obydwoimi lekami polega na postaci farmaceutycznej: Recormon miał postać proszku i rozpuszczalnika do sporządzania roztworu do iniekcji, natomiast NeoRecormon występuje jako ampułkostrzykawka z roztworem do wstrzyknięć. Z uwagi na to, że NeoRecormon występuje w wygodniejszej postaci (ampułkostrzykawka), Spółka zaprzestała rozprowadzać Recormon.

Erytropoetyna to glikoproteinowa substancja hormonalna, wytwarzana w większości przez nerki, pobudzająca wytwarzanie przez komórki szpiku krwinek czerwonych (erytrocytów).

Zmniejszenie wytwarzania krwinek czerwonych, związana z niedoborem erytropoetyny, powoduje niedokrwistość (anemię). U podłoża niedokrwistości leży bądź niewydolność nerek bądź choroba nowotworowa.

Stosowane sposoby leczenia niedokrwistości to: hemodializa, paratyroidektomia, terapia androgenami, przetoczenia krwi, leczenie ludzką rekombinowaną erytropoetyną.

Uznaje się, iż najskuteczniejszą i w najmniejszym stopniu obciążoną skutkami ubocznymi metodą w leczeniu niedokrwistości jest podawanie pacjentom ludzkiej rekombinowanej erytropoetyny. Obiektywną miarą leczenia z zastosowaniem ludzkiej rekombinowanej erytropoetyny jest wzrost hematokrytu i hemoglobiny. Wykładnikiem skuteczności leczenia powinno być ustąpienie klinicznych objawów niedokrwistości (anemii).

Istnieją trzy sposoby podawania ludzkiej rekombinowanej erytropoetyny: dożylnie, podskórnym i wyjątkowo dootrzewnowo. Podaje się ją choremu w jednostkach. Przy niewydolności nerek dawką podstawową [określa się ją czasem mianem dawki nefrologicznej] jest 1.000 jednostek (IU), natomiast przy zastosowaniu onkologicznym dawką podstawową [tzw. dawka onkologiczna] jest 10.000 jednostek (IU).

Ludzka rekombinowana erytropoetyna występuje w trzech postaciach. Najpowszechniejsze to: erytropoetyna alfa i erytropoetyna beta. Trzecim rodzajem erytropoetyny jest erytropoetyna gamma, która od niedawna jest stosowana w leczeniu.

Podkreśla się, że efekt kliniczny (terapeutyczny) tych specyfików jest identyczny. Zarówno erytropoetyna alfa, jak i erytropoetyna są stosowane przy leczeniu anemii, spowodowanej niedoborem erytropoetyny.

Na rynku polskim oferowane są dwie postaci erytropoetyny. Spółka Johnson & Johnson Poland dystrybuuje w Polsce erytropoetynę alfa – pod nazwą handlową **Eprex**. Drugim typem erytropoetyny oferowanym w Polsce jest erytropoetyna beta. Jest to dystrybuowany właśnie przez spółkę Roche Polska **NeoRecormon** (wcześniej także Recormon). Na rynek polski nie została, jak dotychczas, wprowadzona erytropoetyna gamma.



W sprawach o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, kwestią zasadniczą dla wydania rozstrzygnięcia jest określenie rynku właściwego w sprawie.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez rynek właściwy rozumie się 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. Przy czym przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

W celu wyznaczenia rynku właściwego, niezbędne jest zatem uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (wyodrębnienie rynku produktowego) oraz określenie obszaru, na którym jest on dystrybuowany i gdzie warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (wyodrębnienie rynku geograficznego). Dla wyznaczenia rynku właściwego konieczne jest ponadto uwzględnienie aspektu pionowego (wertikalnego) rynku, a to ze względu na możliwość istnienia różnych faz obrotu towarowego.

Definiując zatem rynek właściwy w przedmiotowej sprawie trzeba mieć na uwadze produkt, którego dotyczą negowane przez Prezesa Urzędu zapisy Umowy dotyczącej magazynowania, jego zastosowanie, substytuty, poziom dystrybucji, źródła zaopatrzenia.

Oceniane w toku niniejszego postępowania relacje (stosunki) gospodarcze pomiędzy spółką Roche Polska i spółką HAND-PROD związane są z dystrybucją NeoRecormonu (Recormonu). Zatem w odniesieniu do tych leków będzie ustalany rynek właściwy.

Wyodrębnienie **rynku produktowego** wiąże się z uwzględnieniem szczególnych cech danego produktu. W świetle powołanej wyżej definicji ustawowej rynku właściwego, jego aspekt produktowy odnosi się do „rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty”.

Jak wyjaśniono to już wcześniej spółka Roche Polska sprowadza do Polski i rozprowadza tu lek o nazwie NeoRecomon (wcześniej także Recormon), natomiast spółka Johnson & Johnson Poland sprzedaje lek o nazwie Eprex. Oba leki zawierają ludzką rekombinowaną erytropoetynę i wykorzystywane są w leczeniu niedokrwistości, zarówno o podłożu nefrologicznym, jak i onkologicznym. Jednakże mamy tu do czynienia z dwoma postaciami erytropoetyny: erytropoetyną alfa i erytropoetyną beta. I tak: Eprex – to erytropoetyna alfa, natomiast NeoRecormon – erytropoetyna beta.

Należy zatem rozważyć, czy obie postacie erytropoetyny są względem siebie substytutowe, a co za tym idzie, czy stanowią jeden rynek w ujęciu produktowym.

Działanie zarówno erytropoetyny alfa (Eprex), jak i erytropoetyny beta (NeoRecormon), polega na pobudzeniu wytwarzania przez organizm ludzki czerwonych krwinek (erytrocytów) i stosowany jest w leczeniu niedokrwistości. Zatem efekt kliniczny stosowania obu tych leków (obu postaci erytropoetyny) jest identyczny.

Oba te leki stosowane są jedynie w leczeniu szpitalnym. Na podstawie ulotek informacyjnych dotyczących obu tych leków, należy stwierdzić, iż występują one w takich samych dawkach, tj. od 500 do 10.000 jednostek (standardowe to 1.000, 2.000, 3.000, 4.000, 5.000 i 10.000 jednostek [IU]), w formie roztworu do iniekcji podskórnych i dożylnych.

Status obu tych leków jest taki sam. Zarówno Eprex, jak i NeoRecormon nie są objęte ceną urzędową, jak również nie są umieszczone w wykazie leków refundowanych.

Cena Eprexu i NeoRecormonu kształtuje się na poziomie 56-58 zł za 1.000 IU netto.

Uzasadnione jest zatem twierdzenie, iż zarówno ze względu na przeznaczenie, właściwości, w tym jakość, oraz cenę obie postacie erytropoetyny (oba ww. leki) są względem siebie substytutowe.

Na koniec należy jeszcze zauważyć, iż szpitale zakupujące erytropoetynę, zamawiają – co wynika z analizy Biuletynu Zamówień Publicznych – jeden bądź drugi lek. Bardzo często występują sytuacje, gdy przedmiotem zamówienia jest ogólnie erytopoetyna, bez wskazywania konkretnej postaci. W innych sytuacjach szpital zamawiał oba te leki jednocześnie. To wszystko wskazuje, że w ocenie odbiorców, tj. szpitali, Eprex – erytopoetyna alfa i NeoRecormon – erytopoetyna beta uznawane są za leki substytutatywne.

Reasumując, stwierdzić należy, iż z punktu widzenia medycznego nie ma różnic pomiędzy erytopoetyną beta i erytopoetyną alfa. Zastosowanie ich bez wątplenia jest takie same, albowiem spełniają taką samą rolę leczniczą. Cena obu preparatów kształtuje się na identycznym poziomie. Wreszcie nabywcy tych leków uznają je za substytuty.

Mając powyższe na uwadze uznano, iż obie postaci erytopoetyny są substytutatywne, a więc leki: NeoRecormon (Recormon) i Eprex stanowią jeden rynek produktowy.

Uwzględniając powyższe, należało – w ocenie Prezesa Urzędu – jako rynek produktowy uznać rynek leków zawierających ludzką rekombinowaną erytopoetynę.

Drugim zasadniczym elementem rynku właściwego jest **kryterium geograficzne**, przez co należy rozumieć geograficzny obszar, na którym warunki konkurencji są jednakowe dla wszystkich konkurentów.

W tym zakresie rozważania odnośnie cen erytopoetyny w Polsce, warunków dostaw oraz możliwości zaopatrywania się w te specyfiki, przekonują, iż mamy tu do czynienia z rynkiem ogólnokrajowym. Ceny oraz warunki zakupu erytopoetyny są identyczny w całej Polsce. Nie ma wewnętrznych barier, które ograniczałyby możliwość zakupu (dostaw) tychże specyfików. Przedsiębiorcy rozprowadzający NeoRecormon i Eprex są w stanie dostarczyć lek do każdego szpitala w Polsce w ciągu 24 godzin. Tym samym oczywistym jest, iż właściwie wyznaczonym pod względem geograficznym rynkiem jest obszar Polski.

Jednocześnie brak jest podstaw by przyjąć, że jest to rynek szerszy, o zasięgu choćby europejskim. W każdym kraju obowiązuje bowiem inna cena na te specyfiki. Wiąże się to z różną polityką każdego kraju w zakresie ochrony zdrowia, w tym systemem refundacji, zakresem wykorzystania tych leków czy procedurami zaopatrywania się w nie.

Uwzględniając powyższe trzeba przyjąć, iż właściwym w sprawie będzie rynek krajowy.

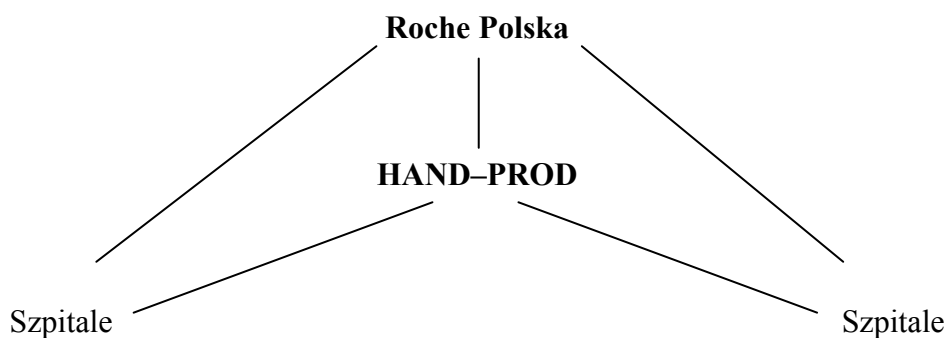
Przy wyznaczaniu rynku właściwego w sprawie trzeba także mieć na uwadze **aspekt pionowy (wertikalny) rynku**, a to ze względu na możliwość istnienia różnych faz obrotu towarowego. W tym przypadku istotne jest określenie faz obrotu (dystrybucji) leków zawierających ludzką rekombinowaną erytopoetynę.

Leki zawierające ludzką rekombinowaną erytopoetynę sprowadzają do Polski dwie spółki: Johnson & Johnson Poland i Roche Polska, które za pośrednictwem trzech hurtowni farmaceutycznych dostarczają lek do szpitali. Hurtowniami tymi są: 1) Hurtownia Środków Farmaceutycznych i Artykułów Sanitarnych HURTOFARM, 2) spółka COMPOL, które dystrybuują lek firmy Janssen-Cilag, rozprowadzany w Polsce przez spółkę Johnson & Johnson Poland oraz 3) spółka HAND-PROD dystrybuująca lek firmy Roche.

Odbiorcą końcowym tych leków są zakłady opieki zdrowotnej (szpitale, stacje dializ). Trzeba tu jednak zaznaczyć, że dostawą erytopoetyny do tych odbiorców zajmują się nie tylko hurtownie, ale również bezpośrednio same firmy farmaceutyczne. Tak więc importerzy tych leków (spółki: Roche Polska i Johnson & Johnson Poland) nie tylko dostarczają lek hurtowniom, ale również występują na rynku jako dystrybutorzy.

Odnosząc te rozważania do przedmiotowej sprawy, należy wskazać, iż spółka Roche Polska jest importerem leku, który występuje na rynku jako dostawca hurtowy i detaliczny, a spółka HAND-PROD jest podmiotem, który jest jedynym hurtowym odbiorcą NeoRecormonu oraz dostawcą leku do odbiorców finalnych.

W formie graficznej będzie to przedstawiać się następująco:



Powyższe wyraźnie obrazuje więc, że relacje pomiędzy spółką Roche Polska a spółką HAND-PROD oddziałują zarówno na stosunki pomiędzy nimi, ale również na warunki dostawy erytropoetyny do szpitali, jako odbiorców finalnych.

Biorąc powyższe pod uwagę zasadnym jest wytyczenie jednego rynku, uwzględniającego wszystkie relacje handlowe tam zachodzące. Dla potrzeb toczącego się postępowania antymonopolowego, przyjmiemy zatem istnienie jednego rynku w ujęciu pionowym, który określimy ogólnie jako rynek obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną.

Uwzględniając powyższe za **rynek właściwy** w niniejszej sprawie należy uznać **krajowy rynek obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną**.

Na tak określonym rynku, udział spółki Roche Polska, liczony udziałem w sprzedaży leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, **wynosi ponad 30 %**. Ustalenie powyższego udziału nastąpiło na podstawie zestawienia wartości sprzedaży tych leków przez dwóch dostawców, tj. spółki Roche Polska (lek NeoRecormon) i spółki Johnson & Johnson Poland (lek Eprex).

Ustalenia Urzędu, potwierdziła spółka Johnson & Johnson Poland, która przedstawiła Prezesowi Urzędu zestawienie o udziałach w rynku erytropoetyny w latach 1995 - 2002 (włączone do akt niniejszego postępowania postanowieniem z dnia 7 maja 2004 r.). Źródłem tych informacji była – dokonana przez Spółkę – analiza przetargów na dostawę erytropoetyny. Wyniki tego zestawienia pokazują, że w latach 1999 - 2002, udział spółki Roche Polska w rynku sprzedaży erytropoetyny kształtował się na poziomie 35-40%.

Z powyższym korespondują wyjaśnienia Prezesa spółki HAND-PROD – Pana Leszka P. Rafała, złożone w ramach kontroli Spółki (włączone do akt niniejszego postępowania postanowieniem z dnia 7 maja 2004 r.), który oświadczył, że udział spółki HAND-PROD – jedynego dystrybutora leków firmy Roche zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, w rynku sprzedaży w Polsce ludzkiej rekombinowanej erytropoetyny waha się na poziomie 30-40%. Co najmniej w tych samych granicach musi więc kształtować się też udział spółki Roche Polska.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż udział spółki Roche Polska w rynku właściwym, co najmniej od 1999 r., przekracza próg 30%.

Prezes Urzędu, zarzucił stronom niniejszego postępowania stosowanie praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, przejawiających się w zawarciu zakazanych przez prawo porozumień.

Prezes Urzędu uznał, iż mamy tu do czynienia z porozumieniami o charakterze wertykalnym.

Relacje handlowe dotyczące dystrybucji i sprzedaży leku NeoRecormon (Recormon) pomiędzy spółką Roche Polska i spółką HAND-PROD, kształtowały Umowa dotycząca magazynowania podpisana przez strony 6 i 10 marca 1998 r. (obowiązująca od dnia 15 marca 1998 r.), zmieniona w części Aneksami z dnia 12 marca 1999 r. i z dnia 1 stycznia 2001 r. oraz Umowa dystrybucyjna z dnia 7 listopada 2001 r.

W dniu 15 marca 2003 r., strony zawarły nową Umowę dystrybucyjną.

Umowa dystrybucyjna z dnia 7 listopada 2001 r. miała charakter ramowy, określała w sposób ogólny zasady dystrybucji preparatów farmaceutycznych z oferty spółki Roche Polska. Zawierała ona m.in. zapisy o zasadach nabywania tychże preparatów, warunkach zapłaty, sankcjach z tytułu opóźnień w płatnościach, gwarancji.

Jednak zasadnicze regulacje odnoszące się do dystrybucji leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. NeoRecormonu i Recormonu, kształtowała Umowa dotycząca magazynowania, a zwłaszcza jej rozdział 6, noszący tytuł „*Dalsza sprzedaż HAND-PROD stronom trzecim*”. I tak w pierwotnej wersji tej umowy zawierała ona zapisy o zasadach sprzedaży produktów kontraktowych, tj. leku NeoRecormon i Recormon (pkt 6.1.), **obowiązku sprzedaży tych produktów po tej samej cenie, po której zostały nabyte od spółki Roche** (pkt 6.2), o zakresie sprzedaży (pkt 6.3), gwarancjach zdolności dostawy (pkt 6.4), sytuacjach uznanych za sprzedaż (pkt 6.5), promocji i reklamie produktów kontraktowych (pkt 6.6), kosztach powstałych w wyniku roszczeń nabywców (pkt 6.7) i zasadach udzielania rabatu przy sprzedaży produktów kontraktowych (pkt 6.8). Rozdział ten w sposób całościowy kształtował system dystrybucji ww. leków przez spółkę HAND-PROD.

Zmiany, jakie wprowadził do Umowy dotyczącej magazynowania, Aneks z dnia 12 marca 1999 r., dotyczyły pkt 5.1 oraz – w rozdziale 6 – pkt 6.2. Zmiana pkt 6.2 polegała na zawężeniu obowiązku ustalania cen odsprzedaży produktów umownych do ofert składanych na dostawę erytropoetyny w ramach przetargów centralnych. Kolejny Aneks, z dnia 1 stycznia 2001 r. powtórzył zmiany, które wprowadził Aneks z 1999 r. Punkt 6.2 utrzymał brzmienie nadane mu tym wcześniejszym Aneksem.

Warto nadmienić, że Umowa dystrybucyjna z dnia 7 listopada 2001 r. nie uchyliła zapisów Umowy dotyczącej magazynowania, która określała zasady dystrybucji Recormonu i NeoRecormonu przez spółkę HAND-PROD.

Omówione powyżej regulacje Umowy dotyczącej magazynowania wskazują, że pomiędzy spółką HAND-PROD i spółką Roche zachodzą relacje pionowe charakterystyczne dla porozumień dystrybucyjnych (wertykalnych). Spółka Roche Polska występuje w tych relacjach jako importer leku NeoRecormon (Recormon) i dostawca tego leku, zaś spółka HAND-PROD jest dystrybutorem, tj. przedsiębiorcą, który zakupuje towary objęte porozumieniem z zamiarem ich odsprzedaży na szczeblu detalicznym. Spółki te występują więc na dwóch szczeblach obrotu i nie zmienia tego faktu, że spółka Roche Polska prowadzi też sprzedaż bezpośrednio do ostatecznego użytkownika (tu: szpitali).

Zgodnie zaś z definicją, zawartą w § 2 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.), przez porozumienie wertykalne rozumie się porozumienie zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, działającymi – w ramach takiego porozumienia – na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup, sprzedaż lub odsprzedaż towarów.

W niniejszej sprawie okoliczności faktyczne, jak i treść przedmiotowej Umowy dotyczącej magazynowania, a zwłaszcza jej rozdziału 6, wypełniają treść powyższej definicji, zatem umowne relacje handlowe pomiędzy ww. przedsiębiorcami należy uznać za **porozumienia wertykalne**.

Nie można przy tym zgodzić się z argumentami spółki HAND-PROD, iż intencją stron było bardziej zawarcie porozumienia agencyjnego i logistycznego, niż typowo

dystrybucyjnego. Zapisy rozdziału 6 Umowy dotyczącej magazynowania zawiera bowiem – co wywiedziono powyżej – wszystkie typowe elementy umowy dystrybucyjnej i przyznają spółce HAND-PROD we wzajemnych stosunkach handlowych rolę dystrybutora. Z całą pewnością uregulowania zawarte w ww. umowie muszą być więc traktowane jako porozumienie wertykalne.

## I.

Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 24 lipca 2003 r., wszczął z urzędu postępowanie w sprawie podejrzenia zawarcia przez spółkę Roche Polska i spółkę HAND-PROD zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce HAND-PROD prawa do określania ceny sprzedaży leków firmy Roche, zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu, poprzez ustalenie w Umowie dotyczącej magazynowania, podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r., iż sprzedaż tych leków dokonywana przez spółkę HAND-PROD będzie się odbywać po tej samej cenie, po której zostały one nabyte od spółki Roche Polska, a więc po cenach uzgodnionych, co mogło stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zarzut ten postawiono stronom w związku z pierwotnym brzmieniem pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania podpisanej 6 i 10 marca 1998 r. Zgodnie z jego brzmieniem strony umówiły się, że sprzedaż NeoRecormonu (Recormonu) dokonywana przez spółkę HAND-PROD będzie się odbywać po tej samej cenie, po której zostały one nabyte od spółki Roche Polska, bez dodatkowych podwyższeń o ile nie zostało to uzgodnione na piśmie z tą spółką.

Jednak zapis pkt 6.2 ww. umowy, dotyczący kształtowania ceny odsprzedaży ww. leków – w oparciu o który sformułowano powyższy zarzut – został zmieniony Aneksem z dnia 15 marca 1999 r. Nowe brzmienie tego przepisu wyraźnie zmieniło zakres uzgodnień, co do ustalania ceny odsprzedaży erytropoetyny.

Biorąc powyższe pod uwagę, należało stwierdzić, że powyższa praktyka – zarzucona stronom w postanowieniu z dnia 24 lipca 2003 r. – została przez strony zaniechana z dniem podpisania ww. aneksu, tj. w dniu 15 marca 1999 r.

Zgodnie z art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok.

Jak wskazano wyżej, strony zaniechały stosowania ww. praktyki 15 marca 1999 r. Dlatego też zgodnie z powołanym wyżej art. 93 ustawy, postępowanie w powyższym zakresie powinno zostać wszczęte do dnia **31 grudnia 2000 r.**

Tymczasem postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte w dniu 24 lipca 2003 r. Oznacza to, iż w rozpatrywanej sprawie nastąpiło przedawnienie możliwości podjęcia przez Prezesa Urzędu postępowania antymonopolowego w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję i w konsekwencji wydania decyzji w takiej sprawie.

Zgodnie art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że przesłanka bezprzedmiotowości występuje, gdy brak jest podstaw prawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia danej sprawy w ogóle bądź nie było podstaw do jej rozpoznania w drodze postępowania administracyjnego. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 kwietnia 2003 r. (sygn. akt III SA

2225/01) podniósł, że bezprzedmiotowość postępowania oznacza brak któregoś z elementów stosunku materialnoprawnego, skutkującego tym, iż nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia. Bezprzedmiotowość wynika z przyczyn podmiotowych lub przedmiotowych. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego to brak przedmiotu postępowania. Tym przedmiotem jest zaś konkretna sprawa, w której organ administracji państwowej jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu.

W analizowanej tu sprawie mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Prezes Urzędu wszczął bowiem postępowanie w sprawie, w której z uwagi na upływ terminu przedawnienia, nie mógł już rozstrzygnąć merytorycznie sprawy. Z tego względu konieczne stało się umorzenie postępowania w trybie art. 105 § 1 k.p.a.

Za takim rozwiązaniem opowiada się zresztą również Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W wyroku z dnia 20 maja 2002 r. (sygn. akt XVII Ama 91/01) stwierdził, że w sytuacji, gdy Prezes Urzędu wszczął postępowanie, mimo upływu terminu o jakim mowa powyżej, to postępowanie powinno zostać umorzone na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes Urzędu **umorzył** postępowanie w sprawie podejrzenia zawarcia przez spółkę Roche Polska i spółkę HAND-PROD zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczeniu spółce HAND-PROD prawa do określania ceny sprzedaży leków firmy Roche, zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu, poprzez ustalenie w Umowie dotyczącej magazynowania, podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r., iż sprzedaż tych leków dokonywana przez spółkę HAND-PROD będzie się odbywać po tej samej cenie, po której zostały one nabyte od spółki Roche Polska, a więc po cenach uzgodnionych.

## II.

Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 3 lutego 2004 r., postawił stronom – w ramach niniejszego postępowania – drugi zarzut w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczaniu spółce HAND-PROD prawa do określania w przetargach centralnych ceny sprzedaży leków firmy Roche zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu i oferowaniu ich w tych przetargach po cenach uzgodnionych, co zostało wprowadzone Aneksem z dnia 12 marca 1999 r., zmieniającym pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r.

Zarzut ten postawiono w związku ze zmianą treści pkt 6.2. Umowy dotyczącej magazynowania, który zmienił – w stosunku do pierwotnych zapisów – regulacje odnośnie ustalania ceny odsprzedaży leków spółki Roche Polska zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę.

W ocenie Prezesa Urzędu, powyższa praktyka wyczerpuje znamiona zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest porozumienie, polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Zakaz, o którym mowa wyżej ma zastosowanie zarówno do porozumień zawieranych między konkurentami (porozumienia horyzontalne lub poziome), jak i zawieranych między partnerami rynkowymi, działającymi na różnych szczeblach obrotu (porozumienia wertykalne lub pionowe).

Zgodnie z § 10 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję - nie podlegają wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, te zapisy porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami, mają na celu lub powodują ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem.

Jakkolwiek przepisy powołanego wyżej rozporządzenia nie mogą tu mieć zastosowania – z uwagi na zbyt wysoki, bo przekraczający 30%, udział spółki Roche Polska (tu: dostawcy) w rynku właściwym – to jednak brzmienie ww. przepisu, wskazuje, iż obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne w sposób zdecydowany i jednoznaczny uznają za bezprawną praktykę narzucania dystrybutorom cen sprzedaży towarów, nawet gdyby udziały były niższe i nie przekraczały 30%. Pokazuje to jak bardzo restryktywnie do praktyk ograniczania autonomii polityki cenowej podchodzi ustawodawca, upatrując w nich – zresztą słusznie – największe zagrożenie dla konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu, zapis pkt 6.2. Umowy dotyczącej magazynowania, w kształcie nadanym mu przez Aneks z dnia 12 marca 1999 r., kształtował w sposób wyraźny obowiązek uzgadniania przez dystrybutora (tu: spółkę HAND-PROD) cen sprzedaży Recormonu i NeoRecormonu, oferowanego w ramach przetargów centralnych.

Przetargi centralne organizowane były przez Ministra Zdrowia. Na podstawie tego przetargu wybierany był dostawca leku dla większości jednostek służby zdrowia. Stroną umowy o dostawę leków stawał się wówczas Minister Zdrowia, który następnie rozdysponowywał te leki do poszczególnych jednostek.

Zapis wprowadzony Aneksem z dnia 12 marca 1999 r., wprowadził ograniczenia w zakresie swobody kształtowania ceny sprzedaży Recormonu (NeoRecormonu) w ramach takich przetargów. Treść nowego pkt 6.2. ogranicza bowiem prawa nabywcy (spółki HAND-PROD) do ustalania cen sprzedaży leków w ramach przetargów centralnych, poprzez narzucenie ich wysokości przez dostawcę (spółkę Roche Polska). Następować to miało poprzez każdorazowe ustalanie ceny, po której będzie sprzedawany Recormon (NeoRecormon), uwzględniającej również wysokość marży.

Swoistym zabezpieczeniem i kontrolą stosowanych przez spółkę HAND-PROD cen miał być obowiązek – również zawarty w ww. zapisie – dostarczania co miesiąc spółce Roche Polska kopii cennika HAND-PROD.

Należy podkreślić, iż niezależnie od skutku jaki ten zapis wywołał, jego celem było wprowadzenie ograniczeń w polityce cenowej dystrybutora leku, w odniesieniu do zamówień składanych w ramach przetargów centralnych, poprzez oferowanie tych leków po cenach uzgodnionych z dostawcą.

Faktem jest, iż w ramach reformy służby zdrowia, zakładom opieki zdrowotnej (ZOZ) przekazano część uprawnień, które dotychczas realizował Minister Zdrowia, w tym m.in. organizację przetargów na zakup i dostawę produktów farmaceutycznych. Nastąpiło to z początkiem 1999 r. Od tego momentu Minister Zdrowia odszedł od organizowania centralnych przetargów na dostawę erytropoetyny i zakłady opieki zdrowotnej przeprowadzały we własnym zakresie procedurę przetargową na dostawę leków, zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę. Takie zasady obowiązują także obecnie.

Ukształtowanie zasad zamawiania erytropoetyny w powyższy sposób oznacza, że pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania nie był stosowany. Istotne jest jednak dla oceny niniejszej sprawy, że strony – wprowadzając ten zapis – nie mogły przewidzieć, że przetargi centralne nie będą organizowane. Zresztą na mocy Aneksu z dnia 1 stycznia 2001 r., a więc w momencie kiedy utrwalona już była sytuacja, w której to poszczególne zakłady opieki

zdrowotnej zamawiały leki, utrzymano treść pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania, wprowadzonego Aneksem z dnia 12 marca 1999 r. Strony podtrzymały zatem wolę istnienia zasady określania przez spółkę Roche Polska cen odsprzedaży jej leków, zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, w ramach przetargów centralnych, mimo, że w tym czasie takie przetargi faktycznie nie były już organizowane.

Założenia współpracy handlowej zakładały więc – co jest w ocenie Prezesa Urzędu niesporne – że w każdym przypadku, gdyby przetarg centralny miał być organizowany, cena oferowana przez spółkę HAND-PROD miała być uzgodniona ze spółką Roche Polska. Prezes Urzędu nie neguje przy tym faktu, że w efekcie odejścia od organizowania przetargów centralnych nie doszło do realizacji tego zapisu. Jednak fakt uzgodnienia i wpisania do umowy dystrybucyjnej takiego antykonkurencyjnego zapisu, którego celem było ograniczenie swobody dystrybutora do ustalania ceny odsprzedaży, stanowi już praktykę ograniczającą konkurencję.

Strony postępowania zgodnie zresztą podnosiły, że zapis pkt 6.2, w brzmieniu nadanym mu Aneksem z dnia 12 marca 1999 r. może stanowić klauzulę ustalania ceny odsprzedaży i naruszać tym samym przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Spółka Roche Polska w piśmie z dnia 16 grudnia 2003 r. podniosła, że *„na mocy zmienionego postanowienia pkt 6.2, HAND-PROD miał pełną niezależność w kształtowaniu swojej polityki cenowej, za wyjątkiem jednakże przetargu centralnego”*. Wskazała jedynie, że – w jej ocenie – spółka Roche Polska miała prawo ustalać maksymalną cenę odsprzedaży w przypadku przetargu centralnego, co winno zostać ocenione łagodniej z uwagi na liberalniejsze podejście prawa konkurencji do ustalania w ramach porozumień wertykalnych maksymalnych cen odsprzedaży. Z kolei spółka HAND-PROD w piśmie z dnia 8 kwietnia 2004 r. wskazała, że *„nie podlega dyskusji, że spółka HAND-PROD zawarła ze spółką Roche Polska porozumienie, w którym ustalono, że spółka Roche Polska będzie określać ceny sprzedaży leków zawierających EPO, proponowane przez spółkę HAND-PROD w tzw. przetargach centralnych”*.

Prezes Urzędu odrzuca argumenty przywoływane przez strony postępowania, że w ramach uzgodnień zawartych w pkt 6.2 Umowy dotyczące magazynowania, strony umówiły się o ustalaniu ceny maksymalnej odsprzedaży erytropoetyny.

W ocenie Prezesa Urzędu treść omawianego pkt 6.2 ww. umowy, w sposób wyraźny wskazuje na to, że mamy tu do czynienia z ceną sztywną. Strony ustaliły bowiem, że w przypadku ofert centralnych, spółka HAND-PROD sprzedawać będzie produkty objęte Umową (Recormon i NeoRecormon) po cenie ustalonej osobno dla każdego przypadku, z uwzględnieniem marży, co do której decyzje podejmie spółka Roche Polska. Mamy tu więc do czynienia ustaleniem konkretnej wysokości ceny (sprzedaż *„po cenie ustalonej każdorazowo”*), która miała obejmować marżę, również ustaloną przez spółkę Roche Polska (*„z uwzględnieniem marży, co do której decyzje podejmie spółka Roche”*). Wobec powyższego należało uznać, że uzgodnienie zawarte w pkt 6.2 umowy dotyczyło stosowania sztywnych cen sprzedaży NeoRecormonu (Recormonu) w ramach ofert składanych w przetargach centralnych.

Uzgodnienia, co do stosowania cen sztywnych, nie podlegają zaś wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję ani na podstawie przepisów prawa wspólnotowego (powoływane przez spółkę Roche Polska rozporządzenie rozporządzeniem Komisji Europejskiej Nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do grup wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych), jak i prawa krajowego (rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję).



Uwzględniając powyższe, Prezes Urzędu uznał, że zapis pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania, o treści wprowadzonej Aneksem z dnia 12 marca 1999 r., stanowił porozumienie wertykalne polegające na bezpośrednim ustalaniu pomiędzy spółką Roche Polska i spółką HAND-PROD cen sprzedaży Recormonu i NeoRecormonu w ramach przetargów centralnych.

Należy jednocześnie stwierdzić, że strony nie wycofały się z zapisów Umowy dotyczącej magazynowania, w tym negowanego w tym postępowaniu pkt 6.2.

Co prawda spółka Roche Polska i spółka HAND-PROD zawarły w dniu 15 marca 2003 r. Umowę dystrybucyjną, która na nowo uregulowała stosunki handlowe między ww. przedsiębiorcami w sferze dystrybucji produktów farmaceutycznych spółki Roche Polska i ustaliły – o czym mówi § 22 – że umowa niniejsza zastępuje wszelkie dotychczasowe umowy i ustalenia. Jednak w § 6 tej umowy znalazł się zapis, iż wszelkie ustalenia dotyczące NeoRecormonu pozostają niezienne aż do momentu zmian w zasadach refundacji dializoterapii (w tym preparatów erytropoetyny).

Oznacza to – w ocenie Prezesa Urzędu – że regulacje dotyczące dystrybucji NeoRecormonu, w tym zapisy Umowy dotyczącej magazynowania pozostały niezmienione. Gdyby strony rzeczywiście chciały, by całość stosunków handlowych pomiędzy spółką Roche Polska i spółką HAND-PROD była uregulowana w nowej Umowie dystrybucyjnej, nie znalazło by się tam zastrzeżenie o niezmienności ustaleń odnośnie leku NeoRecormon, a dodać trzeba, że nie doszło w międzyczasie do zmian w zasadach refundacji dializoterapii i preparatów erytropoetyny.

Tak więc strony nie zaniechały stosowania przedmiotowej praktyki, wynikającej z ustaleń zawartych w pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania.

Mając powyższe na uwadze, **Prezes Urzędu stwierdził** stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, poprzez zawarcie przez spółkę Roche Polska i spółkę HAND-PROD zakazanego prawem porozumienia wertykalnego ograniczającego konkurencję na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną, polegającego na ograniczaniu spółce HAND-PROD prawa do określania w przetargach centralnych ceny sprzedaży leków firmy Roche zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę, tj. Recormonu i NeoRecormonu i oferowaniu ich w tych przetargach po cenach uzgodnionych, co zostało wprowadzone Aneksem z dnia 12 marca 1999 r., zmieniającym pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania podpisanej przez ww. spółki w dniach 6 i 10 marca 1998 r. i **nakazał jej zaniechanie.**

Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Organ administracji - Prezes Urzędu, w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji jest zatem rzecznikiem interesu publicznego, co wynika również z jego zadań w strukturze administracji publicznej – m.in. art. 7 kpa. Decyzja administracyjna może bowiem dotyczyć nie tylko stron, lecz jej skutki mogą rozciągać się także na inne osoby – osoby fizyczne, jednostki organizacyjne.<sup>1</sup>

W rozstrzyganych przez Prezesa Urzędu postępowaniach zasadnym jest zatem ustalenie, czy nastąpiło naruszenie interesu publicznoprawnego.

Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Opierając się na orzecznictwie antymonopolowym przyjmuje się, że z naruszeniem interesu publicznoprawnego możemy mieć do czynienia w przypadku gdy skutki działań

---

<sup>1</sup> „Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz” B. Adamiak, J. Borkowski - wyd. C.H. BECK, Warszawa 1996, str. 57

sprzecznych z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy te działania wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska.

W przedmiotowej sprawie, skutki stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję mogą dotyczyć wielu podmiotów. Istotą przetargu centralnego jest bowiem to, że Minister Zdrowia zamawia leki dla większości publicznych jednostek służby zdrowia. Tak więc ograniczenia w kształtowaniu ceny sprzedaży – w przypadku organizacji przetargów centralnych – dotyczyłyby wielu jednostek, które wykorzystują leki zawierające ludzką rekombinowaną erytropoetynę. Jednocześnie – co również bardzo istotne – tego typu przetargi są organizowane na dostawy o dużej wartości.

Ustalanie cen odsprzedaży Recormonu i NeoRecormonu wpływa też generalnie na rynek obrotu lekami zawierającymi ludzką rekombinowaną erytropoetynę, zakłócając mechanizmy konkurencji. Fakt uzgadniania cen godzi bowiem w podstawową wolność gospodarczą, jaką jest swoboda przedsiębiorcy w kształtowaniu cen oferowanych produktów. W ten sposób osłabia się konkurencyjność takiego przedsiębiorcy.

Jest zatem bezsprzecznym, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem interesu publicznoprawnego.

W toku postępowania, zarówno spółka Roche Polska, jak i spółka HAND-PROD wystąpiły do Prezesa Urzędu z wnioskiem o zastosowanie w niniejsze sprawie art. 89 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez uznanie sprawy, jako „sprawy mniejszej wagi”. Prezes Urzędu nie znalazł podstaw by procedurę przewidzianą w ww. artykule zastosować w tej sprawie.

Zgodnie z art. 89 ustawy, w sprawach mniejszej wagi dla ochrony konkurencji i konsumentów, jeżeli na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych we wniosku lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu, a także dotychczasowego orzecznictwa w sprawach antymonopolowych, Prezes oceni, że naruszenie zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję jest bezsporne, może on po wszczęciu postępowania antymonopolowego, wstąpić do przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców, przeciwko któremu postępowanie zostało wszczęte o przyznanie się do naruszenia przepisów ustawy.

W ocenie Prezesa Urzędu sprawę porozumienia cenowego, ujawnionego na krajowym rynku obrotu ludzką rekombinowaną erytropoetyną nie można uznać za sprawę mniejszej wagi. Po pierwsze porozumienie cenowe, wynikające z bezpośredniego narzucenia sztywnych cen odsprzedaży produktu jest najcięższym ograniczeniem konkurencji w relacjach dostawca – dystrybutor i winno być w sposób bezwzględny piętnowane. Po drugie ma ono miejsce na rynku właściwym, gdzie działa niewielu przedsiębiorców (tylko pięć podmiotów, w tym dwóch dostawców i trzech dystrybutorów), co już ogranicza konkurencyjność rynku. Wreszcie strony postępowania, tj. spółka Roche Polska jest jedynym importerem NeoRecormonu (Recormonu), a spółka HAND-PROD – jedynym dystrybutorem tych leków w Polsce, tak więc dodatkowe ograniczenia w relacjach między tymi podmiotami nie mogą być uznane za bagatelne. Te wszystkie elementy wskazują, że nie było możliwe zakwalifikowanie niniejszej sprawy jako sprawy mniejszej wagi i wobec tego nie było możliwe zastosowanie trybu przewidzianego w art. 89 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednocześnie należy podnieść, że ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 93, poz. 891), z dniem 1 maja 2004 r. został uchylony art. 89 powyższej ustawy.

Stosownie do art. 101 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% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8.

Za udowodnione należy uznać, iż doszło do zawarcia przez spółkę Roche Polska i spółkę HAND-PROD zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję. Przedsiębiorcy ci dopuścili się więc naruszenia zakazu, o których mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które nie zostały wyłączone na podstawie art. 6 i 7 tej ustawy.

Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak spółki Roche Polska i HAND-PROD. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidzieć, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia prawa konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu, charakter praktyki, której dopuścili się obaj przedsiębiorcy w pełni uzasadnia nałożenie na nich kary pieniężnej. Jednak z uwagi na fakt, że stopień zawinienia, sytuacja finansowa i ekonomiczna spółki Roche Polska i spółki HAND-PROD są różne, należało karę pieniężną wyraźnie zróżnicować.

Przychód spółki Roche Polska, zgodnie ze Sprawozdaniem F-01/I-01 o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz nakładach na środki trwałe za okres od początku roku do końca IV kwartału 2003 r. – wyniósł 357.991.000 zł. Natomiast przychód spółki HAND-PROD (według Rachunku zysków i strat – wariantu kalkulacyjnego) za okres od 1 stycznia 2003 r. do 31 grudnia 2003 r. wyniósł 240.426.499,71 zł.

Prezes Urzędu wymierzył więc spółce Roche Polska karę w wysokości 50.000 euro, co stanowi równowartość 235.850 zł (dwieście trzydzieści pięć tysięcy osiemset pięćdziesiąt złotych), natomiast spółce HAND-PROD – karę w wysokości 15.000 euro, stanowiącej równowartość 70.755 zł (siedemdziesiąt tysięcy siedemset pięćdziesiąt pięć złotych).

Wartość euro została przeliczona według kursu średniego walut obcych ogłoszonych przez Narodowy Bank Polski 31 grudnia 2003 r. – Tabela nr 253/A/NBP/2003, stosownie do art. 115 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym wartość euro, o której mowa w przepisach ww. ustawy podlega przeliczeniu na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary. Kurs ten wynosił 4,7170 zł.

Przy wymierzaniu spółce Roche Polska kary w wysokości 50.000 euro, co stanowi równowartość 235.850 zł, Prezes Urzędu uznał, iż musi ona posiadać przede wszystkim charakter represyjny. Decydujące o nałożeniu kary było przekonanie Prezesa Urzędu, iż stwierdzona w niniejszym postępowaniu praktyka, mogłaby – w przypadku powrotu do systemu przetargów centralnych – wywołać wiele negatywnych skutków. Strony zaś, mimo że przez już długi okres czasu nie organizowano takich przetargów, wciąż utrzymywały zapis o obowiązku uzgadniania cen sprzedaży leków zawierających ludzką rekombinowaną erytropoetynę w ramach takich przetargów.

Utrzymały ten zapis w Aneksie z dnia 1 stycznia 2001 r., nie zmieniły go podpisując w dniu 7 listopada 2001 r. Umowę dystrybucyjną i nie odstąpiły od niej również zawierając nową Umowę dystrybucyjną z dnia 15 marca 2003 r. W ocenie Prezesa Urzędu zapis § 6 tej umowy, zgodnie z którym wszelkie ustalenia dotyczące NeoRecormonu pozostają niezienne aż do momentu zmian w zasadach refundacji dializoterapii, oznacza, że wszystkie wcześniej

dokonane między stronami ustalenia, w tym o charakterze umownym, które dotyczyły NeoRecomonu nie zmieniają się, niezależnie od treści § 22 tej umowy. W innym wypadku zastrzeżenie zawarte w § 6 nie miało by znaczenia, a należy założyć, iż strony postępują racjonalnie i wprowadzają do umów zapisy, które mają ich wiązać.

Dlatego fakt utrzymywania przez strony zanegowanego w tym postępowaniu zapisu determinuje nałożenie kary w takiej właśnie wysokości.

Kara nałożona na spółkę Roche Polska w pełni odpowiada stopniowi jej zawinienia. Trzeba bowiem stwierdzić, że to Spółka – z racji swej siły kontraktowej (jedyne importy leku Recormon i NeoRecormon) i wysokiego udziału w rynku obrotu lekami zawierającymi ludzką rekombinowaną erytropoetyną – miała decydujący wpływ na kształt porozumienia zawartego ze spółką HAND-PROD

Trzeba jednocześnie zauważyć, iż kara w wysokości 50.000 euro stanowi jedynie 0,66% kary maksymalnej. Jest to więc kara minimalna i jest w minimalnym stopniu dotkliwa dla spółki Roche Polska. Wymierzając karę w tej wysokości, Prezes Urzędu miał na uwadze to, że w rzeczywistości zapis pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania nigdy nie został zastosowany, w związku z czym negatywny skutek rynkowy (pomijając element zagrożenia) nie nastąpił. Uwzględnił też fakt, że spółka Roche Polska jak dotychczas nie osiągnęła korzyści majątkowych w związku z zarzucaną jej praktyką. Biorąc powyższe pod uwagę należało więc wyważyć karę i nałożyć grzywnę w stosunkowo niewielkiej wysokości.

Nałożenie na spółkę HAND-PROD niższej kary, wynika przed wszystkim z faktu, że jako dystrybutor leku, miał mniejsze możliwości negocjowania warunków współpracy handlowej. Ponadto trzeba mieć na względzie to, że zapis pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania w istocie ograniczał jej swobody gospodarcze.

Nie ulega jednak wątpliwości, że spółka ta – godząc się na ustalenia, co do uzgodnień cen – działała z rozeznaniem i powinna być świadoma naruszenia prawa konkurencji. Oznacza to, że również jej działanie było zawinione.

W tej sytuacji Prezes Urzędu uznał za uzasadnione nałożenie kary pieniężnej również na tego przedsiębiorcę. Kara w wysokości 15.000 euro, stanowiąca równowartość 70.755 zł., jest jednak karą minimalną wynosi bowiem jedynie 0,29% kary maksymalnej. Taka kara odpowiada stopniowi zawinienia spółki HAND-PROD. Prezes Urzędu wziął tu pod uwagę brak negatywnych skutków na rynek, ale też musiał uwzględnić realne zagrożenie, jakie niósł ze sobą zapis pkt 6.2 Umowy dotyczącej magazynowania.

W tym świetle nałożenie przedmiotowych kar, jak i ich wysokość, są w pełni uzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

Od niniejszej decyzji przysługuje stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury w Warszawie, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Stosownie do art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie:  
nr 51101010100078782231000000, w banku NBP O/O Warszawa.

Otrzymuje:

**Pani**

**Katarzyna Olędzka**

*Pełnomocnik spółki*

*ROCHE Polska Sp. z o.o.*

Sołtysiński Kawecki & Szlęzak

Doradcy Prawni

ul. Wawelska 15 B

02-034 Warszawa

**Pan**

**Andrzej Popławski**

*Pełnomocnik spółki*

*HAND-PROD Sp. z o.o.*

Kancelaria Radcy Prawnego

Al. Jana Pawła II 34

00-141 Warszawa