



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KATOWICACH**

Katowice, dnia 28.12.2011r.

RKT-411-08/11/MI

DECYZJA Nr RKT – 51/2011

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko Narodowemu Funduszowi Zdrowia z siedzibą w Warszawie,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- I.** Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz, o jakim mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ww. ustawy nadużywanie przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, do którego doszło w drodze działań Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Katowicach polegających na nałożeniu na podmioty ubiegające się o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi obowiązku posiadania przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie objętym działalnością ww. Oddziału i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 29 września 2011 r.**
- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się** na Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną** płatną do budżetu państwa w wysokości 317 026 PLN (słownie złotych: trzysta siedemnaście tysięcy dwadzieścia sześć) z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.
- III.** Na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 80 tej ustawy oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postanawia się obciążyć Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego i zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 26 PLN (słownie złotych: dwadzieścia sześć) w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W okresie od dnia 04.01.2011r. do dnia 05.04.2011r., w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „Prezesem Urzędu”), zostało przeprowadzone z urzędu pod sygn. akt RKT-400-07/11/MI postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy w związku z działaniami Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej „ŚOW”) nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego. W ramach postępowania podjęto analizę kwestii nałożenia przez ŚOW na podmioty ubiegające się o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi obowiązku posiadania przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie właściwości miejscowej ŚOW (województwa śląskiego). Jest to równoznaczne z dokonywaniem negatywnej oceny wniosków o zawarcie umów w ww. rodzaju w przypadku, gdy świadczenia mają być udzielane przez świadczeniodawców w całości za pośrednictwem podwykonawców. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w związku z otrzymaną przez organ antymonopolowy skargą [...], w której wskazano, iż zakwestionowane działanie, nie mające umocowania w obowiązujących przepisach prawa, ogranicza konkurencję wśród potencjalnych świadczeniodawców i wpływa na zniekształcenie oferty rynkowej (dowód: karta nr 4a).

Ustalenia poczynione w toku postępowania wyjaśniającego dały podstawy do przyjęcia, iż w niniejszej sprawie mogło dojść do stosowania praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającej na nadużywaniu przez NFZ pozycji dominującej na rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w drodze przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi środkami pomocniczymi. Organ antymonopolowy powziął podejrzenie, iż kwestionowane działania mają antykonkurencyjny charakter, gdyż w sposób nie znajdujący uzasadnienia ani ze względów prawnych, ani też organizacyjnych czy innych, dyskryminują potencjalnych świadczeniodawców w dostępie do rynku udzielania omawianych świadczeń. W związku z powyższym Postanowieniem Nr 1 z dnia 29.06.2011r. wszczęte zostało w tej sprawie postępowanie antymonopolowe (dowód: karta nr 1).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Narodowy Fundusz Zdrowia (zwany dalej „NFZ” lub „Funduszem”) wskazał, iż podstawę formalnoprawną zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi (zwane dalej „umowami ZPO”) stanowi art. 159 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst. jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.) (zwana dalej „ustawą o świadczeniach opieki zdrowotnej”). Umowy ZPO mogą być zawierane ze świadczeniodawcami, którymi są – zgodnie z art. 5 pkt 41 lit. d ww. ustawy – podmioty realizujące czynności z zakresu zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi. Ww. ustawa zakres podmiotowy pojęcia świadczeniodawcy określa bardzo szeroko, odnosząc je do każdego podmiotu (osoby fizycznej, osoby prawnej, innej jednostki organizacyjnej), który wykonuje czynności w zakresie zaopatrzenia w środki pomocnicze i przedmioty ortopedyczne (dowód: karta nr 208).

NFZ wyjaśnił, iż do umów ZPO zastosowanie znajduje art. 133 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, zgodnie z którym świadczeniodawcy mogą zlecać podwykonawcom udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Funduszem, jeżeli umowa tak stanowi. Świadczeniodawca jest przy tym

zobowiązany do wskazania podwykonawców w wykazie stanowiącym załącznik do umowy, a podwykonawca wykonujący świadczenia na zlecenie świadczeniodawcy musi spełniać warunki określone dla świadczeniodawców. Zgodnie z § 10 zarządzenia Nr 58/2009/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 29 października 2009 r. w sprawie określenia warunków zawierania umów w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, oddział Funduszu ma prawo do przeprowadzenia u wnioskodawcy wizytacji w trakcie postępowania w sprawie zawarcia umowy, w celu sprawdzenia stanu przedstawionego we wniosku i w załączonych dokumentach. Tym samym oddział wojewódzki Funduszu ma prawo do przeprowadzenia wizytacji w zgłaszanych przez świadczeniodawcę miejscach udzielania świadczeń w przypadku, gdy świadczeniodawca nie ma własnego miejsca udzielania świadczeń i cały zakres umowy realizuje z udziałem podwykonawców wykazanych w załączniku do umowy (dowód: karta nr 208).

Zdaniem NFZ z uwagi na szerokie ujęcie pojęcia świadczeniodawcy oraz wprowadzenie możliwości realizacji umowy ZPO z udziałem podwykonawców **brak jest przeszkód formalnoprawnych do zawierania umów z podmiotami będącymi producentami i dystrybutorami wyrobów medycznych, którzy przy wykonaniu tych umów posługiwać się będą podwykonawcami** z zastrzeżeniem, że spełnione są warunki realizacji umowy określone przez Prezesa NFZ na podstawie art. 159 ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Odnosnie wskazywania aptek lub sklepów medycznych jako podwykonawców świadczeniodawców realizujących umowy ZPO należy w ocenie Funduszu stwierdzić, że ustawa o świadczeniach nie zawiera w tym zakresie żadnych uregulowań, a w szczególności brak jest jakiegokolwiek zakazu w tym zakresie. Brak szczegółowych przepisów prawnych regulujących te zagadnienia powoduje, że w praktyce przy realizacji świadczeń opieki zdrowotnej podmiot wykazany jako podwykonawca może jednocześnie być świadczeniodawcą (dowód: karty nr 208-209).

NFZ wskazał także, iż zgodnie z obecnie obowiązującym zarządzeniem Nr 58/2009/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 29 października 2009 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, umowy te mogą być zawierane w czterech zakresach:

- a) zaopatrzenie w przedmioty ortopedyczne;
- b) zaopatrzenie w środki pomocnicze z wyłączeniem środków pomocniczych z zakresu protetyki słuchu i optyki okularowej;
- c) zaopatrzenie w zakresie protetyki słuchu;
- d) zaopatrzenie w zakresie optyki okularowej.

W realizacji umów ZPO może więc wystąpić sytuacja, w której świadczeniodawca (apteka lub sklep medyczny) posiadający umowę w zakresie zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne, jest równocześnie podwykonawcą dla producenta lub dystrybutora wyrobów medycznych, który zawarł umowę w zakresie zaopatrzenia w środki pomocnicze z wyłączeniem protetyki słuchu i optyki okularowej. W takiej sytuacji realizowane są dwa zakresy umów równocześnie, w tym samym miejscu udzielania świadczeń. W szczególnych przypadkach ta sama osoba może spełniać wymagania dotyczące kwalifikacji personelu przy realizowaniu zaopatrzenia w obydwu ww. zakresach, a tym samym harmonogram czasu pracy w danym miejscu udzielania świadczeń będzie się pokrywał (dowód: karta nr 209).

W ocenie NFZ obecne przepisy dotyczące zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi **umożliwiają zatem zawieranie umów ze świadczeniodawcami, którzy realizują je poprzez podwykonawców**. Gwarantuje to pacjentom szeroki dostęp do

asortymentu i możliwość doboru wyrobów medycznych według ich indywidualnych potrzeb (dowód: karta nr 210).

Ustosunkowując się do zarzutu nadużywania pozycji dominującej NFZ wyraził również przekonanie, iż nie może być on uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. NFZ nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a ww. ustawy, gdyż nie organizuje takich usług o charakterze użyteczności publicznej, które – jak stanowi powołany przepis – *nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej*. Przeciwnie, organizowane przez NFZ usługi są normalną działalnością gospodarczą w rozumieniu ogólnych przepisów o działalności gospodarczej. Ponadto uznanie NFZ za „przedsiębiorcę” byłoby sprzeczne z wykładnią pojęcia „przedsiębiorstwo” na gruncie art. 82 TWE (dokonywaną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), podczas gdy podmiotowy zakres zakazów wyspecyfikowanych w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów musi być zgodny z podmiotowym zakresem zakazów określonych w art. 82 TWE (dowód: karta nr 211).

W uzasadnieniu powyższego Fundusz wskazał, iż art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż pod pojęciem „przedsiębiorcy” na potrzeby ww. ustawy należy m.in. rozumieć *osobę fizyczną, osobę prawną a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej*. W tym kontekście „usługami użyteczności publicznej” są tego rodzaju świadczenia, które zaspokajają podstawowe i elementarne potrzeby członków społeczeństwa, bez których zaspokojenia nie jest możliwe codzienne normalne bytowanie oraz wykonywanie przez ludzi swojej pracy zawodowej. Usługi użyteczności publicznej są przy tym (muszą być) świadczone w sposób bieżący i nieprzerwany (permanenty) tak, aby wszelkie związane z nimi potrzeby gospodarki oraz członków społeczeństwa mogły być na bieżąco i w sposób ciągły zaspokajane. Usługi te są zazwyczaj powszechnie dostępne dla każdego, kto chce z nich skorzystać, przy czym ta ich powszechna dostępność jest albo pochodną faktu, że dana usługa ma ze swojej natury charakter niewykluczalny (co oznacza, że w sensie praktycznym nie jest możliwe wykluczenie poszczególnych podmiotów z kręgu beneficjentów danej usługi, co jest charakterystyczne dla tzw. dóbr publicznych) albo też wynika to ze stosownych przepisów prawa, przyznających poszczególnym podmiotom zainteresowanym prawnie skuteczne roszczenie o uzyskanie dostępu do danej usługi (tak E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 32-34; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 137 i n.; S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Zakamycze 1998, s. 253 i n.). Jednym z tego rodzaju usług o charakterze użyteczności publicznej są bez wątpienia świadczenia opieki zdrowotnej (realizowane w sferze tzw. infrastruktury społecznej), do których równy dostęp (przynajmniej jeśli chodzi o świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych) mają każdemu obywatelowi zapewniać władze publiczne, na zasadach określonych w ustawie zasadniczej (art. 68 ust. 2 Konstytucji RP) (dowód: karty nr 211-212).

Z kolei „organizowanie” usług użyteczności publicznej polega na tworzeniu podstaw do świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców, wraz z działaniami zmierzającymi do utrzymania ładu w zakresie określonej działalności rynkowej (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 marca 2003 r. sygn. akt XVII AmA 35/02). Organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej przez określony podmiot nie jest bynajmniej zachowaniem tego podmiotu ujawniającym się na rynku, lecz jest raczej przejawem *pewnych działań lub decyzji, które pośrednio wpływają na zachowania przedsiębiorców lub na stan konkurencji na rynku. Możliwość wywierania wskazanego wpływu może mieć źródło w szczególnej pozycji nadanej przez prawo określonym podmiotom wobec uczestników rynku,*

może też wynikać z *praw korporacyjnych* (E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, op.cit., s. 34). Mówiąc zaś precyzyjniej należałoby w ocenie NFZ stwierdzić, że organizowanie usług użyteczności publicznej nie jest bynajmniej przejawem bezpośredniego uczestniczenia przez dany podmiot w obrocie gospodarczym, a więc nie jest przejawem brania przez dany podmiot udziału w rynkowej wymianie dóbr i usług z zamiarem osiągnięcia zysku oraz poprzez dokonywanie stosownych, służących ekwiwalentnej wymianie dóbr i usług, czynności cywilnoprawnych. Organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej nie jest bowiem działaniem uczestnika rynku (nie jest działaniem rynkowym *sensu stricto*), lecz jest raczej działaniem podmiotu stojącego na zewnątrz rynku, które to działanie w określony sposób strukturalizuje rynek w tym sensie, że tworzy na tymże rynku stosowne warunki oraz przesłanki do wykonywania na nim określonej działalności w zakresie użyteczności publicznej. Jest to zatem działanie kreujące warunki gry rynkowej na określonym rynku użyteczności publicznej, przy czym nie pochodzi od podmiotu, który działałby w danym konkretnym przypadku jako uczestnik tegoż rynku (M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, op.cit., s. 135-137). Można przy tym w ocenie NFZ uznać, iż organizowaniem usług o charakterze użyteczności publicznej jest również ich finansowanie (w sensie zawierania przez określony podmiot umów o finansowanie tych usług realizowanych przez osoby trzecie) tak, jak to czyni w ramach swojej działalności NFZ (dowód: karty nr 212-213).

Zdaniem NFZ należy podkreślić fakt, że art. 4 pkt 1 lit a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznaje wprawdzie za „przedsiębiorców” na potrzeby ww. ustawy takie podmioty, które organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej, ale jedynie wówczas, gdy owe usługi użyteczności publicznej *nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej*. Oznacza to – biorąc pod uwagę literalną wykładnię przytoczonego przepisu – że status przedsiębiorcy przysługuje jedynie podmiotom organizującym takie usługi użyteczności publicznej, które w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.) nie mają charakteru działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 powołanej ustawy. Natomiast podmioty (tj. osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną) organizujące takie usługi użyteczności publicznej, które w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej są (normalną) „działalnością gospodarczą”, nie posiadają statusu „przedsiębiorcy” na gruncie powołanego art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zaś swój ewentualny status przedsiębiorcy na potrzeby tej ustawy mogą czerpać jedynie z treści art. 4 pkt 1 zd. 1 tej ustawy. W tym ostatnim przepisie jest mowa o przedsiębiorcach *w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej*, czyli o podmiotach, które we własnym imieniu wykonują działalność gospodarczą (art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej) (dowód: karta nr 213).

Można zatem w ocenie NFZ powiedzieć, że „przedsiębiorcami” na użytek prawa antymonopolowego są przede wszystkim przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, czyli podmioty, które wykonują działalność gospodarczą (w tym też podmioty, które świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej będące normalną działalnością gospodarczą), w tym mianowicie sensie, że uczestniczą w obrocie gospodarczym w charakterze jednego z uczestników gry rynkowej i zaspokajają na rynku ujawniające się tam pod postacią popytu potrzeby innych ludzi (innych podmiotów prawa). Natomiast podmioty, które nie są w powyższy sposób zaangażowane w bezpośrednie prowadzenie na rynku normalnej działalności gospodarczej mogą być na gruncie prawa antymonopolowego „przedsiębiorcami” jedynie wtedy, gdy uczestniczą w realizowaniu niebędących działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej usług o charakterze użyteczności publicznej, w tym mianowicie sensie, że te usługi same świadczą bądź też przynajmniej je organizują (dowód: karty nr 213-214).

NFZ wskazał, iż nie ulega wątpliwości, że Fundusz sam nie świadczy żadnych usług o charakterze użyteczności publicznej. Do jego zadań należy przede wszystkim zarządzanie środkami finansowymi pochodzącymi ze składek oraz finansowanie za ich pomocą świadczeń zdrowotnych udzielanych osobom do nich uprawnionym. NFZ określa też jakość i dostępność wchodzących w grę świadczeń, a także monitoruje realizację i rozliczanie zawieranych umów (art. 97 ustawy o świadczeniach). NFZ jedynie zatem organizuje usługi o charakterze użyteczności publicznej, przy czym należy podkreślić, że usługi te tj. usługi z zakresu opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych, są normalną działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (dowód: karta nr 214).

Zgodnie z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej *Działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły*. W kontekście tej definicji należy uznać zdaniem NFZ, że świadczenia z zakresu opieki zdrowotnej (finansowane ze środków publicznych) są bez wątpienia działalnością usługową, znamionującą się przy tym następującymi cechami konstytutywnymi dla pojęcia „działalność gospodarcza”: zarobkowym charakterem, zorganizowanym sposobem wykonywania oraz ciągłością. Nie ulega zdaniem NFZ najmniejszej wątpliwości, że wszystkie podmioty, które realizują na rzecz określonych świadczeniobiorców świadczenia z zakresu opieki zdrowotnej (finansowane ze środków publicznych) i które to podmioty ustawa o świadczeniach nazywa „świadczeniodawcami”(art. 5 pkt 41 powołanej ustawy), wykonują swoją działalność właśnie w sposób zarobkowy (w przyjętym wyżej rozumieniu), spełniając w ten sposób jedną z cech konstytutywnych dla pojęcia działalności gospodarczej. Wspomniana powyżej zarobkowa działalność jest zatem charakterystyczna dla świadczeniodawców (podmiotów leczniczych) realizujących na rzecz osób ubezpieczonych świadczenia opieki zdrowotnej oraz dla podmiotów realizujących czynności z zakresu zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi (dowód: karty nr 214-215).

NFZ wskazał także, iż bezspornym i oczywistym jest, że każdy z podmiotów realizujących czynności z zakresu zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi wykonuje tę działalność w celu zarobkowym. Ponadto należy podkreślić, że zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy o świadczeniach, *Fundusz nie wykonuje działalności gospodarczej*, co przesądza o niemożności uznania go bezpośrednio za przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą (dowód: karta nr 215).

Mając na względzie powyższe argumenty NFZ wniósł o umorzenie prowadzonego postępowania antymonopolowego jako bezprzedmiotowego (dowód: karta nr 215).

Stanowisko odnośnie zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję przedstawiła również [...], w związku ze skargą której przeprowadzone zostało w niniejszej sprawie postępowanie wyjaśniające. [...] wskazała, iż w jej ocenie wprowadzenie wymogu posiadania przez świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umów ZPO przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń jest działaniem bezprawnym, eliminującym konkurencję wśród potencjalnych świadczeniodawców i wpływającym na zniekształcenie oferty rynkowej. Kwestionowane działanie jest zdaniem [...] sprzeczne z postanowieniami obowiązujących przepisów prawa, w szczególności zarządzenia Prezesa NFZ z dnia 29 października 2009 r. Nr 58/2009/DSOZ w sprawie określenia warunków i realizacji umów w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi oraz środkami pomocniczymi. § 6 ww. zarządzenia jednoznacznie wskazuje bowiem, iż udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w tym zakresie może następować w całości z udziałem podwykonawców. Także zapis § 7 ww.

zarządzenia, który określa dokumenty wymagane do zawarcia umowy nie nakłada obowiązku udokumentowania posiadania własnego punktu dystrybucji (dowód: karta nr 4a).

[...] wyjaśniła również w toku przeprowadzonego w niniejszej sprawie postępowania wyjaśniającego, iż możliwość realizacji zaopatrzenia w wyroby medyczne wyłącznie przez sieć podwykonawców przynosi świadczeniodawcom korzyści ekonomiczne. Konieczność posiadania własnego punktu udzielania świadczeń wiąże się bowiem z kosztami wynajęcia lokalu i zatrudnienia uprawnionych pracowników. Ponadto w zależności od posiadanych w asortymencie produktów podmiot realizujący zaopatrzenie musi zatrudniać osoby legitymujące się określonymi uprawnieniami zawodowymi, co w sposób automatyczny przekłada się na wynagrodzenie pracowników, a w konsekwencji na koszty funkcjonowania. W ocenie [...] przyjąć należy, iż koszt wynajęcia lokalu wraz z zatrudnionymi pracownikami oscylować będzie w zależności od regionu w granicach 5-10 tys. zł miesięcznie. Daje to sumę kosztów funkcjonowania od 60 do 120 tys. rocznie na każde z województw. Należy również pamiętać, iż wysokość refundacji NFZ za poszczególne wyroby medyczne jest stała. Ewentualne więc koszty w przypadku wprowadzenia wymogu posiadania własnego punktu realizacji świadczeń zostaną więc przerzucone na świadczeniodawców i mogą sięgnąć nawet 2 mln zł rocznie dla całego kraju. [...] wskazała, iż również podwykonawcy udzielający świadczeń opieki zdrowotnej w imieniu świadczeniodawców osiągają korzyści ekonomiczne. Świadczeniodawcy zapewniają podwykonawcom stały dostęp do oferowanego asortymentu (zazwyczaj wraz z bezpłatnym dowozem), a także rozliczają wydane zaopatrzenie z NFZ. Nie bez znaczenia jest także system szkoleń, które często oferują świadczeniodawcy dla swoich podwykonawców, co przekłada się na kwalifikacje zatrudnionych tam pracowników (dowód: karta nr 190).

Pismem z dnia 17.10.2011r. NFZ został zawiadomiony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego zgromadzonego w aktach niniejszej sprawy (dowód: karta nr 731), a w dniu 03.11.2011r. pełnomocnik strony zapoznał się z aktami postępowania (dowód: 740). W piśmie z dnia 10.11.2011r. Fundusz przedstawił stanowisko odnośnie zgromadzonego materiału dowodowego podnosząc, co następuje.

W pierwszej kolejności Fundusz wniósł o umorzenie prowadzonego postępowania jako bezprzedmiotowego z uwagi na brak przymiotu strony po stronie NFZ oraz brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających nadużywanie pozycji dominującej w zarzucany sposób. NFZ w całości podtrzymał przedstawione na wcześniejszym etapie sprawy stanowisko odnośnie braku przymiotu „przedsiębiorcy” w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dodatkowo Fundusz wskazał, iż bezspornym w sprawie jest, iż ŚÓW NFZ w postępowaniu o zawarcie umów ZPO na lata 2011-2013 dokonał negatywnej oceny dwóch wniosków z uwagi na niespełnienie kwestionowanego przez Prezesa Urzędu kryterium posiadania przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie objętym działalnością ŚÓW. Bezspornym jest jednak również to, iż w świetle dokumentów zebranych w toku postępowania, zawiadomienia o negatywnej ocenie ww. wniosków zawierają także prawidłową przyczynę uniemożliwiającą zawarcie wnioskowanych umów tj. wykazanie w załączniku nr 1 do umowy personelu udzielającego świadczeń w ramach umowy z innym świadczeniodawcą. Powołanie się przez ŚÓW NFZ na kryterium stanowiące przedmiot postawionego w niniejszej sprawie zarzutu nie miało zatem żadnego wpływu na konkurencyjność na rynku podmiotów realizujących umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, albowiem w odniesieniu do wskazanych wyżej wniosków istniała również inna – prawidłowa i oparta o przepisy powszechnie obowiązujące – przyczyna uniemożliwiająca zawarcie takich umów. Tym samym powołanie się przez ŚÓW na kwestionowane kryterium nie miało żadnego znaczenia wobec istnienia innej okoliczności uniemożliwiającej zawarcie wnioskowanych umów (dowód: karty nr 747-748).

Fundusz podniósł również, iż w toku postępowania Prezes Urzędu nie zgromadził żadnych dokumentów i materiałów stwierdzających, że jakikolwiek podmiot ubiegający się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi został oceniony negatywnie i w konsekwencji nie zawarto z nim takiej umowy wyłącznie z tego powodu, że udzielanie świadczeń zamierzał w całości powierzyć podwykonawcom (a zatem, że nie miał na terenie województwa śląskiego własnego miejsca udzielania świadczeń). Wobec faktu, że zgromadzony materiał nie potwierdził w jakikolwiek sposób, aby działania ŚOW NFZ polegające na nałożeniu na podmioty ubiegające się o zawarcie umów ZPO wymogu posiadania przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie objętym działalnością ŚOW miały faktycznie miejsce wobec któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się o zawarcie takiej umowy, to nie można mówić o nadużywaniu przez Fundusz pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (dowód: karta nr 748).

W toku postępowania Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny.

Zasady funkcjonowania, organizację i zadania Narodowego Funduszu Zdrowia określają przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.). Zgodnie z art. 96 ust. 1 powołanej ustawy, Fundusz jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. NFZ – stosownie do art. 97 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej – zarządza środkami finansowymi pochodzącymi w szczególności ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. Ponadto, w myśl art. 97 ust. 3 ww. ustawy, do zakresu działania Funduszu należy między innymi:

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

Art. 96 ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej stanowi, iż w skład NFZ wchodzi centrala Funduszu z siedzibą w Warszawie oraz oddziały wojewódzkie, które są tworzone zgodnie z podziałem terytorialnym państwa. Stosownie do § 6 Statutu NFZ¹ w obrębie Funduszu działa 16 oddziałów wojewódzkich, w tym Śląski Oddział Wojewódzki NFZ z siedzibą w Katowicach, którego właściwość miejscowa obejmuje obszar województwa śląskiego.

Pojęcie „świadczeń opieki zdrowotnej” uregulowane zostało w art. 15 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Zgodnie z tym przepisem są to świadczenia, których celem jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, pielęgnacja oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie. Art. 5 pkt 34 ww. ustawy do świadczeń opieki zdrowotnej zalicza:

¹ stanowiącego załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 2004 r. w sprawie nadania statutu Narodowemu Funduszowi Zdrowia (Dz.U. Nr 213, poz. 2161 z późn. zm.)

- świadczenia zdrowotne (rozumiane jako działania służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania),
- świadczenia zdrowotne rzeczowe (rozumiane jako związane z procesem leczenia leki, wyroby medyczne, w tym wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środki pomocnicze),
- świadczenia towarzyszące (rozumiane jako zakwaterowanie i wyżywienie w zakładzie opieki zdrowotnej całodobowej lub całodziennej oraz usługi transportu sanitarnego).

W myśl art. 15 ust. 2 pkt 9 przedmiotowej ustawy, świadczeniobiorcom przysługują świadczenia gwarantowane (tj. świadczenia opieki zdrowotnej finansowane w całości lub współfinansowane ze środków publicznych na zasadach i w zakresie określonych w ustawie) z zakresu zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi oraz środki pomocnicze.

Zagadnienia związane z udzielaniem świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi regulują następujące akty prawne:

- ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych;
- ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. Nr 107, poz. 679);
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 81, poz. 484) – zwane dalej **„rozporządzeniem w sprawie ogólnych warunków umów”**;
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 października 2004 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinien odpowiadać lokal podmiotu wykonującego czynności z zakresu zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi (Dz.U. Nr 231, poz. 2327);
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi oraz środki pomocnicze (Dz.U. Nr 139, poz. 1141 z późn. zm.) – zwane dalej **„rozporządzeniem w sprawie świadczeń gwarantowanych”**;
- rozporządzenie ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2007 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej świadczeniodawcy udzielającego świadczeń opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2008 r. Nr 3, poz. 10);
- zarządzenie Prezesa NFZ z dnia 29 października 2009 r. Nr 58/2009/DSOZ (z późn. zm.) w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi oraz środkami pomocniczymi – zwane dalej **„zarządzeniem Nr 58/2009/DSOZ”**² (dowód: karty nr 687-730).

Stosownie do art. 132 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, podstawą udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przez Fundusz jest umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawarta pomiędzy świadczeniodawcą a dyrektorem oddziału wojewódzkiego Funduszu, przy czym suma kwot zobowiązań Funduszu wobec świadczeniodawców nie może przekroczyć wysokości kosztów przewidzianych na ten cel w planie finansowym Funduszu (art. 132 ust. 5 powołanej ustawy). Definicję „świadczeniodawcy” zawiera art. 5 pkt 41 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, zgodnie z którym jest to między innymi podmiot realizujący czynności z zakresu zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi. Stosownie do art. 134

² <http://www.nfz.gov.pl/new/index.php?katnr=3&dzialnr=12&artnr=3897>

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

Przedmiotem umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi są świadczenia określone w rozporządzeniu w sprawie świadczeń gwarantowanych, które obejmują:

- zaopatrzenie w przedmioty ortopedyczne wymienione w Załączniku Nr 1 do ww. rozporządzenia;
- naprawę przedmiotów ortopedycznych w ramach ustalonego limitu ceny tej naprawy;
- zaopatrzenie w środki pomocnicze wymienione w Załączniku Nr 2 do ww. rozporządzenia.

Załącznik Nr 1 do rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych do przedmiotów ortopedycznych zalicza:

- protezy kończyn dolnych i wyposażenie dodatkowe do tych protez,
- protezy kończyn górnych i wyposażenie dodatkowe do tych protez,
- aparaty ortopedyczne na kończyny dolne i wyposażenie dodatkowe do tych aparatów,
- aparaty ortopedyczne na kończyny górne,
- ortezy kończyn dolnych i górnych,
- gorsety i kołnierze ortopedyczne,
- ortezy tułowia i szyi,
- obuwi ortopedyczne,
- kule i laski inwalidzkie do stałego użytkowania,
- balkoniki i podpórki do chodzenia do stałego użytkowania,
- wózki inwalidzkie do stałego użytkowania.

Do środków pomocniczych Załącznik Nr 2 do rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych zalicza m.in.:

- soczewki okularowe korekcyjne,
- soczewki kontaktowe lecznicze,
- obturatory dla dzieci,
- pomoce optyczne dla niedowidzących,
- protezy oka wykonane indywidualnie,
- aparaty słuchowe i wkładki uszne,
- zestawy infuzyjne do osobistych pomp insulinowych,
- systemy wspomagające słyszenie,
- cewniki zewnętrzne lub zamienne kieszonki do zbiórki moczu,
- cewniki urologiczne,
- cewniki jednorazowe do odsysania górnych dróg oddechowych,
- sprzęt stomijny,
- pieluchy anatomiczne,
- pieluchomajtki,
- rurki tracheostomijne,
- krtań elektroniczną,
- protezy powietrzne – aparaty do leczenia obturacyjnego bezdechu sennego,
- inhalatory dyszowe,
- protezy piersi,
- peruki,
- pasy przepuklinowe,

- pasy brzuszne,
- poduszki i materace przeciwoodleżynowe.

Stosownie do art. 5 pkt 37 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej związane z procesem leczenia wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środki pomocnicze są kwalifikowane jako świadczenie zdrowotne rzeczowe.

Zgodnie z zarządzeniem Nr 58/2009/DSOZ umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi zawierane są w następujących zakresach (dowód: karta nr 689):

- 1) zaopatrzenie w przedmioty ortopedyczne;
- 2) zaopatrzenie w środki pomocnicze z wyłączeniem środków pomocniczych z zakresu protetyki słuchu i optyki okularowej;
- 3) zaopatrzenie w zakresie protetyki słuchu;
- 4) zaopatrzenie w zakresie optyki okularowej.

Stosownie do § 3 rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych, warunkiem realizacji świadczeń gwarantowanych w zakresie zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze jest przedstawienie przez świadczeniobiorcę zlecenia lekarza ubezpieczenia zdrowotnego lub felczera ubezpieczenia zdrowotnego wraz z potwierdzeniem prawa do tych świadczeń gwarantowanych przez NFZ.

Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany na zasadach określonych w dziale VI ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej – *Postępowanie w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami*. Umowy dotyczące zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi są zawierane w trybie określonym w art. 159 przedmiotowej ustawy. Oznacza to, że ww. umowy zawiera się ze świadczeniodawcą spełniającym warunki określone przez Prezesa Funduszu (art. 159 ust. 2 ww. ustawy), które zamieszczone są na stronie internetowej właściwego oddziału wojewódzkiego Funduszu oraz udostępnione w siedzibie tego oddziału (art. 159 ust. 3 ustawy).

W odniesieniu do zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi warunki zawierania umów, o jakich mowa w art. 159 ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej określa zarządzenie Prezesa NFZ Nr 58/2009/DSOZ z dnia 29 października 2009 r. wydane na podstawie ww. przepisu (dowód: karty nr 687-730). Jednocześnie, stosownie do art. 159 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, do zawierania umów ze świadczeniodawcami wykonującymi czynności w zakresie zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi nie stosuje się przepisów dotyczących konkursu ofert i rokowań zawartych w Rozdziale VI ustawy.

Zgodnie z art. 133 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, *Świadczeniodawcy mogą zlecać podwykonawcom udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Funduszem, jeżeli umowa tak stanowi*. Stosownie do art. 132 ust. 3 ww. ustawy, który stosuje się odpowiednio, podwykonawcą nie może być lekarz, pielęgniarka, położna, inna osoba wykonująca zawód medyczny lub psycholog, jeżeli udzielają oni świadczeń opieki zdrowotnej u świadczeniodawcy, który zawarł umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z funduszem. W myśl art. 136 pkt 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej określa m.in. *wykaz podwykonawców oraz wymagania dla nich inne niż techniczne i sanitarne, określone w odrębnych przepisach*.

Podobne uregulowania zawiera zarządzenie Prezesa NFZ Nr 58/2009/DSOZ. Stosownie do § 6 ust. 1 tego zarządzenia, *Świadczenia w poszczególnych zakresach mogą być udzielane przez świadczeniodawcę z udziałem podwykonawców udzielających świadczeń na zlecenie*

świadczeniodawcy, wymienionych w „Wykazie podwykonawców” stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. W § 6 ust. 2 – 6 ww. zarządzenia zawarte są dalsze wymagania i zasady postępowania dotyczące zawarcia umowy z podmiotem udzielającym świadczeń z udziałem podwykonawców (dowód: karta nr 689 verte). Przepisy te stanowią, iż:

- *Umowa zawarta pomiędzy świadczeniodawcą a podwykonawcą musi zawierać zastrzeżenie o prawie Oddziału Funduszu do przeprowadzenia kontroli podwykonawcy na zasadach określonych w ustawie [o świadczeniach opieki zdrowotnej], w zakresie wynikającym z umowy. Oddział Funduszu informuje świadczeniodawcę o rozpoczęciu i zakończeniu kontroli podwykonawcy oraz jej wynikach.*
- *Świadczeniodawca udzielający świadczeń z udziałem podwykonawców zobowiązany jest do przechowywania oryginałów umów z podwykonawcami przez okres 5 lat od daty zawarcia umowy, a także do przedstawiania ich do wglądu na żądanie Oddziału Funduszu.*
- *Zaprzestanie współpracy z podwykonawcą wymienionym w załączniku nr 2 do umowy wymaga zgłoszenia dyrektorowi Oddziału Funduszu najpóźniej w dniu poprzedzającym wejście w życie zmiany.*
- *Nawiązanie współpracy z nowym podwykonawcą wymaga zgłoszenia dyrektorowi Oddziału Funduszu najpóźniej w terminie 14 dni przed wejściem w życie zmiany.*
- *Nawiązanie współpracy z nowym podwykonawcą wymaga podpisania aneksu do umowy.*

Jednocześnie § 7 zarządzenia Nr 58/2009/DSOZ do dokumentów wymaganych do zawarcia umowy zalicza potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie umów z podwykonawcami zawierające zastrzeżenie o prawie Funduszu do przeprowadzenia kontroli podwykonawcy na zasadach określonych w ustawie (dowód: karta nr 689 verte).

Umowy ZPO zawierane są według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do zarządzenia nr 58/2009/DSOZ (dowód: karty nr 708-712). § 2 ust. 2 ww. wzorca przewiduje, że *Świadczenia w poszczególnych zakresach mogą być udzielane przez Świadczeniodawcę z udziałem podwykonawców udzielających świadczeń na zlecenie Świadczeniodawcy, wymienionych w „Wykazie podwykonawców”, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy* (dowód: karta 708 verte). Umowy stanowią też, że:

- *Świadczenia mogą być udzielane wyłącznie przez podwykonawcę spełniającego warunki określone w przepisach odrębnych i warunkach zawierania umów (§ 2 ust. 3).*
- *Umowa zawarta pomiędzy Świadczeniodawcą a podwykonawcą musi zawierać zastrzeżenie o prawie Oddziału Funduszu do przeprowadzenia kontroli podwykonawcy na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej (...) w zakresie wynikającym z umowy. Oddział Funduszu informuje Świadczeniodawcę o rozpoczęciu i zakończeniu kontroli podwykonawcy oraz jej wynikach (§ 2 ust. 4).*
- *Zaprzestanie współpracy z podwykonawcą wymienionym w załączniku nr 2 do umowy wymaga zgłoszenia dyrektorowi Oddziału Funduszu najpóźniej w dniu poprzedzającym wejście w życie zmiany (§ 2 ust. 5).*
- *Zawiazanie współpracy z nowym podwykonawcą wymaga zgłoszenia dyrektorowi Oddziału Funduszu najpóźniej w terminie 14 dni przed wejściem w życie zmiany. Oddział Funduszu może przeprowadzić czynności sprawdzające mające na celu ustalenie spełniania wymagań określonych w ust. 3 i 4 (§ 2 ust. 6).*
- *Świadczeniodawca oraz podwykonawca zobowiązani są do bieżącego aktualizowania danych o swoim potencjale wykonawczym przeznaczonym do realizacji umowy, przez który*

rozumie się zasoby będące w dyspozycji Świadczeniodawcy oraz podwykonawcy służące wykonywaniu świadczeń, w szczególności osoby udzielające tych świadczeń (§ 2 ust. 7).

- *Aktualizacji danych, o których mowa w ust. 6 i 7 należy dokonywać za pomocą udostępnionych przez Narodowy Fundusz Zdrowia aplikacji informatycznych, w szczególności Portali Narodowego Funduszu Zdrowia, na zasadach określonych w Regulaminie korzystania z Portalu Narodowego Funduszu Zdrowia, stanowiącym integralną część umowy o korzystaniu z Portalu Narodowego Funduszu Zdrowia (§ 2 ust. 8).*

Definicję podwykonawcy zawiera § 1 pkt 18 rozporządzenia w sprawie ogólnych warunków umów, który stanowi, iż *Ilekcroć w ogólnych warunkach umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (...) jest mowa o podwykonawcy – rozumie się przez to podmiot, który wykonuje część umowy samodzielnie organizując powierzony zakres czynności.*

Postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi ogłaszane są przez Śląski Oddział Wojewódzki NFZ raz na 3 lata. Ponieważ umowy zawierane w latach 2008, 2009 i 2010 obowiązywały do dnia 31 grudnia 2010 r., w dniu 4 października 2010 r. ŚOW ogłosił postępowanie w sprawie zawarcia umów w ww. rodzaju na lata 2011-2013. Umowy dotyczące zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi są zawierane w sposób ciągły, co oznacza, że wnioski o zawarcie umów mogą być składane w dowolnym terminie, do listopada 2013 r. Wniosek o zawarcie umowy złożony w okresie trwania postępowania do 10 dnia miesiąca kalendarzowego rozpatrzony zostanie w terminie umożliwiającym zawarcie umowy od 1 dnia kolejnego miesiąca kalendarzowego (a zatem w ramach ogłoszonego postępowania ostatnim dniem na złożenie wniosku jest 10 listopada 2013 r., co umożliwia zawarcie umowy na grudzień 2013 r.) (dowód: karta nr 9).

ŚOW wyjaśnił, iż zawiera umowy ZPO ze wszystkimi świadczeniodawcami, którzy spełniają ustalone warunki. Tryb zawierania ww. umów nie ma charakteru eliminacyjno – konkursowego tak, jak ma to miejsce w pozostałych rodzajach świadczeń. Świadczeniobiorca ma prawo wyboru świadczeniodawcy na terenie całego kraju a zobowiązanie Funduszu powstaje wobec świadczeniodawcy dopiero na podstawie prawidłowo potwierdzonego do realizacji i zrealizowanego zlecenia przedłożonego do refundacji w Oddziale Funduszu, który zlecenie potwierdził tj. w Oddziale, w którym zarejestrowany jest świadczeniobiorca. W związku z powyższym do omawianych umów – zgodnie z art. 159 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej – nie ma zastosowania art. 136 pkt 5 tejże ustawy, zgodnie z którym umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej powinna określać kwotę zobowiązania Funduszu wobec świadczeniodawcy. Umowy te nie określają również liczby zakontraktowanych świadczeń (dowód: karty nr 9-10).

Na pokrycie w 2011 r. kosztów świadczeń z zakresu zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi ŚOW zarezerwował w budżecie kwotę 79 110 000 zł. Na 2010 r. zabezpieczono na ten rodzaj świadczeń środki finansowe w wysokości 83 610 000 zł, a na 2009 r. – w wysokości 80 200 000 zł (dowód: karta nr 10).

Liczba wniosków o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi na lata 2011-2013, które wpłynęły do ŚOW do dnia 31 grudnia 2010 r. w czterech zakresach wynosi 642, z czego negatywnie zostało ocenionych 50. Liczba zawartych umów wynosi 446, przy czym umowa zawarta z określonym świadczeniodawcą obejmuje wszystkie zakresy świadczeń, na które świadczeniodawca ten złożył wnioski. Spośród

wniosek złożony w okresie od dnia 04.10.2010r. do dnia 31.12.2010r. 2 zostały ocenione negatywnie m.in. z uwagi na brak własnego miejsca udzielania świadczeń oferenta na terenie województwa śląskiego. Wnioski, o jakich mowa powyżej zostały złożone przez [...] (dowód: karty nr 219-431) i [...] (dowód: karty nr 432-673). Pierwszy z oferentów w wykazie podwykonawców stanowiącym część wniosku wskazał 12 podmiotów z terenu województwa śląskiego i 14 miejsc udzielania świadczeń na ww. obszarze. Drugi z ww. podmiotów, zadeklarował zlecenie udzielania świadczeń wynikających z umowy 4 podwykonawcom, wskazując w wykazie miejsc udzielania świadczeń 4 lokalizacje na terenie województwa śląskiego.

W pismach z dnia 29.11.2010r. zawiadamiających ww. oferentów o negatywnej ocenie złożonych przez nich wniosków NFZ wskazał, co następuje (dowód: karty nr 219, 432):

Zespół powołany do przeprowadzenia oceny wniosków w sprawie zawarcia umów w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi informuje, że w dniu 29.11.2010r. Państwa wniosek o numerze (...) został rozpatrzony i oceniony negatywnie z powodu:

- 1. Powierzenie podwykonawcy realizacji całego zakresu umowy, co jest niezgodne z postanowieniami § 1 pkt 18 Rozp. Min. Zdr. Z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.*
- 2. Brak miejsca udzielania świadczeń Oferenta na terenie woj. śląskiego.*
- 3. Wykazanie w zał. Nr 1 do umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, personelu udzielającego świadczeń w ramach umowy z innym świadczeniodawcą.*

Wskazane wyżej wnioski zostały zatem negatywnie ocenione przez ŚOW m.in. z uwagi na podzlecenie udzielania całości świadczeń wynikających z umowy podwykonawcom, co zostało uznane za niezgodne z § 1 pkt 18 rozporządzenia w sprawie ogólnych warunków umów. Przepis ten stanowi, iż *Ilekroć w ogólnych warunkach umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (...) jest mowa o podwykonawcy – rozumie się przez to podmiot, który wykonuje część umowy samodzielnie organizując powierzony zakres czynności.* Zdaniem ŚOW z definicji powyższej wynika zakaz wykonywania przez podwykonawcę całości umowy oraz wymóg posiadania przez świadczeniodawcę przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń (dowód: karty nr 7, 10, 75, 85). Na tej podstawie, wbrew stanowisku prezentowanemu przez Centralę NFZ, ŚOW odmawiał zawierania umów ze świadczeniodawcami, którzy we wnioskach o zawarcie umów ZPO nie wskazywali własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie woj. śląskiego. Niezależnie od powyższego o negatywnej ocenie przedmiotowych wniosków zdecydowała również inna przesłanka tj. wykazanie w załączniku nr 1 do umowy personelu udzielającego świadczeń w ramach umowy z innym świadczeniodawcą.

NFZ wyjaśnił również w toku postępowania, iż w okresie od dnia 01.01.2011r. do dnia 29.09.2011r. do ŚOW nie wpłynął ani jeden wniosek o zawarcie umowy ZPO, w którym zadeklarowano udzielanie całości świadczeń wynikających z umowy poprzez podwykonawców (dowód: karta nr 284).

W poprzednim postępowaniu o zawarcie umów ZPO (na lata 2008-2010) do ŚOW wpłynęło łącznie 985 wniosków. Negatywnie ocenionych zostało 156. W powyższym postępowaniu zawartych zostało 649 umów (jedna zawarta umowa obejmuje wszystkie zakresy świadczeń, na które dany świadczeniodawca złożył wnioski). W ww. postępowaniu ŚOW również odmawiał zawarcia umów ze świadczeniodawcami, którzy deklarowali udzielanie świadczeń z udziałem podwykonawców, którym w całości powierzono udzielanie świadczeń. Sytuacja taka miała

miejsce 1 raz. Odmowa z dnia 30.12.2008r. dotyczyła wniosku złożonego przez [...] (dowód: karty nr 10, 158).

W toku postępowania NFZ poinformował, iż z informacji uzyskanych z oddziałów wojewódzkich Funduszu w grudniu 2010 r. wynika, że 15 oddziałów nie wymaga posiadania przez świadczeniodawcę własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie właściwości miejscowej oddziału jako warunku zawarcia umowy ZPO w przypadku, gdy potencjalny świadczeniodawca deklaruje udzielanie świadczeń w całości z udziałem podwykonawców. Tym samym nie stanowi to podstawy do negatywnej oceny wniosku o zawarcie umowy ZPO. Wymóg taki nakłada wyłącznie ŚOW (dowód: karta nr 199).

NFZ wskazał także, iż w grudniu 2010 r. poinformowano dyrektorów oddziałów wojewódzkich, że zarówno przepisy powszechnie obowiązujące, jak też przepisy wydane przez Prezesa Funduszu w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi nie nakładają na świadczeniodawców w tym zakresie świadczeń obowiązku posiadania własnego miejsca udzielania świadczeń w przypadku, gdy świadczenia danego zakresu udzielane są przez podwykonawców (dowód: karta nr 199). Ustalono, iż do dyrektorów oddziałów wojewódzkich Fundusz wystosował w dniu 29 grudnia 2010 r. pismo o następującej treści (dowód: karta nr 200):

W związku z informacją przekazaną przez Ministerstwo Zdrowia (pismo znak: MZ-PLW-463-3542-21/SM/10) w sprawie wymagania przez niektóre oddziały wojewódzkie Funduszu posiadania przez świadczeniodawców własnego miejsca udzielania świadczeń w przypadku, gdy cały zakres świadczeń realizowany jest przez podwykonawców, uprzejmie informuję.

Zgodnie z art. 133 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych – Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm., świadczeniodawcy mogą zlecać podwykonawcom udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Funduszem, jeżeli umowa tak stanowi.

W zarządzeniu Nr 58/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 29 października 2009 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi oraz środkami pomocniczymi ze zm. określono, że świadczeniodawca zobowiązany jest do wskazania podwykonawców w wykazie stanowiącym załącznik do umowy, a podwykonawca wykonujący świadczenia na zlecenie świadczeniodawcy musi spełniać warunki wymagane dla świadczeniodawców. Zarządzenie, jak również treść umowy ZPO, nie zawierają wymogu posiadania przez świadczeniodawców własnego miejsca udzielania świadczeń w przypadku, gdy świadczenia danego zakresu udzielane są przez podwykonawców.

Pismo to zostało podpisane przez Zastępcę Prezesa NFZ ds. Medycznych.

NFZ przedstawił również dane dotyczące liczby umów zawartych przez poszczególne oddziały wojewódzkie Funduszu ze świadczeniodawcami, którzy zlecieli podwykonawcom udzielanie całości świadczeń wynikających z umowy, według stanu na dzień 11 lipca 2011 r. Dane te przedstawia poniższa tabela.

| Oddział wojewódzki NFZ | Liczba umów w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi zawartych ze świadczeniodawcami, którzy w całości powierzyli podwykonawcom udzielanie świadczeń wynikających z umowy | | | | Okres obowiązywania zawartych umów | |
|---------------------------|--|---|--|---|------------------------------------|------|
| | 1. Zaopatrzenie w przedmioty ortopedyczne | 2. Zaopatrzenie w środki pomocnicze z wyłączeniem środków z zakresu protetyki słuchu i optyki okularowej | 3. Zaopatrzenie w zakresie protetyki słuchu | 4. Zaopatrzenie w zakresie optyki okularowej | od | do |
| Dolnośląski OW NFZ | | 6 | | | 2011 | 2011 |
| Kujawsko-Pomorski OW NFZ | | 7 | | | 2011 | 2013 |
| Lubelski OW NFZ | | 10 | | | 2011 | 2013 |
| Lubuski OW NFZ | | 11 | | | 2011 | 2011 |
| Łódzki OW NFZ | | 5 | | | 2009 | 2013 |
| Małopolski OW NFZ | 1 | 6 | | | 2011 | 2015 |
| Mazowiecki OW NFZ | | 4 | | | 2011 | 2013 |
| Opolski OW NFZ | | 5 | | | 2011 | 2011 |
| Podkarpacki OW NFZ | | 6 | | | 2011 | 2013 |
| Podlaski OW NFZ | 1 | 10 | | | 2011 | 2011 |
| Pomorski OW NFZ | 1 | 11 | | | 2011 | 2013 |
| Śląski OW NFZ | 0 | 0 | 0 | 0 | — | — |
| Świętokrzyski OW NFZ | | 5 | | | 2011 | 2013 |
| Warmińsko-Mazurski OW NFZ | 1 | 10 | | | 2011 | 2013 |
| Wielkopolski OW NFZ | 1 | 11 | | | 2009 | 2013 |
| Zachodniopomorski OW NFZ | 2 | 13 | | | 2011 | 2013 |

(dowód: karta nr 210)

Jak wynika z powyższej tabeli, w postępowaniach o zawarcie umów ZPO na lata obejmujące okres od 2011 do 2013 r. wszystkie oddziały wojewódzkie Funduszu za wyjątkiem

ŚOW, zawierały umowy ze świadczeniodawcami, którzy w całości zlecieli udzielanie świadczeń wynikających z umowy podwykonawcom. Ogółem, w skali całego kraju zostało zawartych 127 takich umów, co daje średnią 8,47 umów na każdy Oddział. Większość zawartych umów w liczbie 120 (94,5%) dotyczy zaopatrzenia w środki pomocnicze z wyłączeniem środków z zakresu protetyki słuchu i optyki okularowej. Najwięcej umów ze świadczeniodawcami nieposiadającymi własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie właściwości oddziału wojewódzkiego zawarł Zachodniopomorski Oddział Wojewódzki NFZ; ich liczba wynosi 15. Najmniej umów tego rodzaju (4) zawarł Mazowiecki Oddział Wojewódzki.

W trakcie przeprowadzonego postępowania przedstawione zostało również pismo Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego z dnia 29.09.2011r. znak. WSOZ-IV-0730-7/6324-tk/11 skierowane do NFZ. W jego treści wskazano, iż ŚOW uznaje za wiążące stanowisko Prezesa NFZ, z którego wynika, że dopuszczalne jest zawieranie przez oddziały wojewódzkie umów w rodzaju ZPO z podmiotami, które chcą powierzyć podwykonawcom udzielanie całości świadczeń wynikających z umowy (dowód: karta nr 284).

W toku postępowania NFZ przedstawił Łączny rachunek zysków i strat za okres od 01.01.2010r. do 31.12.2010r., z którego wynika, iż w ww. okresie przychody netto Funduszu ze składek na powszechne ubezpieczenie zdrowotne oraz pozostałe przychody z tego tytułu wyniosły 57 183 628 908,23 zł (dowód: karta nr 216).

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu zważył, co następuje.

I. W niniejszym postępowaniu antymonopolowym NFZ postawiono zarzut nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku udzielania świadczeń w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, wskutek działań Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Funduszu polegających na nałożeniu na podmioty ubiegające się o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ww. rodzaju obowiązku posiadania przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie objętym właściwością miejscową tego Oddziału, co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Oceniając postawiony zarzut w pierwszej kolejności rozważenia wymaga, czy przedmiotowa sprawa ma charakter antymonopolowy tzn. czy w jej okolicznościach doszło do naruszenia **interesu publicznoprawnego**. W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest bowiem zapewnienie rozwoju i ochrony konkurencji, a także podejmowana w interesie publicznym ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Ustawa antymonopolowa należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

Pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Zgodnie z orzecznictwem antymonopolowym naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska³. Ustawa antymonopolowa w odniesieniu

³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 24.01.1991r. sygn. akt XV Amr 8/90.

do konkurencji chroni interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego⁴.

Rynek funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania na nim i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie mechanizmu konkurencji w takim ujęciu należy uznać działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą zaburzeń na rynku rozumianych jako negatywne zjawiska charakteryzujące jego funkcjonowanie⁵. Z publicznoprawnego charakteru ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika zatem, iż co do zasady znajduje ona zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy ma miejsce naruszenie interesu publicznego utożsamianego z powstaniem, utrzymaniem i niezakłóconym rozwojem konkurencji na określonym rynku. Jednocześnie, jako zagrażające bądź naruszające konkurencję należy uznać takie zachowania przedsiębiorców, które dotyczą sfery interesów szerokiego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji jako zjawiska właściwego mechanizmom gospodarowania. Zważyć należy, że tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Konkurencja pozwala na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Dlatego działania przedsiębiorców, które poprzez stwarzanie nieuzasadnionych barier dostępu do rynku są w stanie zmienić stosunki rynkowe, prowadzą do zakazanego zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.

W okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż zakwestionowane działania Funduszu spełniają powyższy wymóg. Działania te bez wątpienia wywierają istotny wpływ na warunki funkcjonowania przedsiębiorców (świadczeniodawców) na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi na terenie województwa śląskiego, przez co oddziałują również na sytuację szerokiego kręgu osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym korzystających z ww. świadczeń. Zakwestionowane zachowania oddziałują negatywnie zarówno w stosunku do podmiotów chcących udzielać świadczeń opieki zdrowotnej w omawianym rodzaju z udziałem podwykonawców poprzez zamknięcie im możliwości wejścia na rynek, jak i w stosunku do konsumentów (świadczeniobiorców) poprzez ograniczenie możliwości wyboru przedsiębiorcy udzielającego ww. świadczeń. W analizowanym przypadku przedmiotem ochrony antymonopolowej jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania ww. rynku poprzez wyeliminowanie barier dostępu wprowadzonych przez ŚOW i będących przedmiotem prowadzonego postępowania. Sprawa, którą rozpatruje Prezes Urzędu dotyczy zatem naruszenia samej instytucji konkurencji. Tym samym jest ona prowadzona w interesie publicznym.

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

- kwestionowane działanie jest podejmowane przez podmiot będący przedsiębiorcą;
- przedsiębiorca ten zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym;

⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 23.10.2002 r. sygn. akt XVII Ama 133/01.

⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dn. 28.11.2003 r. sygn. akt XVII Ama 105/02.

- przedsiębiorca ten przeciwdziała ukształtowaniu się warunków, które są niezbędne do powstania lub rozwoju konkurencji.

Jak wynika z treści art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarty w tym przepisie zakaz nadużywania pozycji dominującej skierowany jest do **przedsiębiorców**. Kwestią wymagającą rozważenia jest zatem, czy Narodowy Fundusz Zdrowia posiada status „przedsiębiorcy” w rozumieniu przepisów ww. ustawy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ilekroć w ww. ustawie mowa jest o „przedsiębiorcy” – rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizacją lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (...).

Pojęcie „usług użyteczności publicznej” nie zostało zdefiniowane w polskim prawie. Wykładnia tego pojęcia uwzględnia znaczenie, jakie nadają mu inne przepisy prawa. W orzecznictwie uznano, że na potrzeby przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów znaczenie pojęcia „usług użyteczności publicznej” można ustalić poprzez wskazanie celu, któremu działalność ta ma służyć⁶.

Pojęcie użyteczność publiczna przybliżyła ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 z późn. zm.), wskazując, że gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Z kolei w myśl art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2001r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy określone w art. 7 ust. 1 ww. ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych⁷. Jak wynika z orzecznictwa usługi o charakterze użyteczności publicznej są ukierunkowane przede wszystkim na zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa takich, jak zaopatrywanie ludności w wodę, gaz, energię elektryczną, zapewnienie opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, komunikacji oraz utrzymywanie dróg publicznych⁸.

W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie zdefiniowano również pojęcia „organizowania” usług użyteczności publicznej. Zgodnie z poglądami orzecznictwa termin ten należy odnosić do działalności polegającej na tworzeniu podstaw świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców i działań zmierzających do uzyskania ładu w zakresie określonej działalności rynkowej. W doktrynie organizowanie tych usług rozumiane jest jako kreowanie stosownych warunków (ekonomicznych, finansowych, technicznych, organizacyjnych) umożliwiających świadczenie usług zupełnie innym podmiotom. Za organizujące usługi o charakterze użyteczności publicznej uważa się te podmioty, które dzięki specjalnej pozycji nadanej im przez prawo lub skutek uprawnień korporacyjnych mogą kształtować zachowania innych uczestników rynku, ingerując tym samym w stan konkurencji⁹.

Należy również wskazać, iż pojęcie przedsiębiorcy z punktu widzenia prawa konkurencji należy odnieść do wszystkich osób i organizacji, które uczestniczą w obrocie gospodarczym i

⁶ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* pod red. prof. T. Skocznego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 124-125.

⁷ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* pod red. C. Banasińskiego i E. Piontka, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 57.

⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r. sygn. akt III SK 22/04, OSNP 2006, nr 3, poz. 46 za: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* pod red. C. Banasińskiego ... - op.cit., s. 58.

⁹ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz* pod red. prof. T. Skocznego ... - op.cit., s. 129.

tym samym mają możliwość wpływania na warunki konkurencji, również, gdy nie są one nastawione na osiąganie zysku. Zasadniczą przesłanką traktowania podmiotów, które nie przynoszą zysków jako przedsiębiorców jest ich zaangażowanie się w działalność ekonomiczną. W konsekwencji rygorom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podlegają różnego rodzaju tzw. instytucje niedochodowe.

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

Prezes Urzędu nie ma wątpliwości, iż świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych przez NFZ są usługami o charakterze użyteczności publicznej, zaś Fundusz wykonując wskazane powyżej zadania prowadzi działalność w zakresie organizowania tych usług. Tym samym należy uznać, iż Narodowy Fundusz Zdrowia jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji.

Powyższe stanowisko jest zgodne z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w wyroku z dnia 5 lutego 2003 r. sygn. akt XVII AmA 18/02 stwierdził, że kasy chorych (będące poprzednikiem prawnym Narodowego Funduszu Zdrowia) są podmiotami, które organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej. Sąd ten stwierdził także, iż *wprawdzie nigdzie w ustawie nie zostało sprecyzowane, co dokładnie można uznać za działalność o charakterze użyteczności publicznej, niejednolite są również poglądy doktryny w tej dziedzinie, jednakże zdaniem Sądu można ustalić ich zakres poprzez wskazanie celu, któremu ma służyć ich realizacja. W przypadku usług medycznych celem tym jest ochrona zdrowia społeczeństwa. Ponieważ ochrona zdrowia lokalnej społeczności została wymieniona wśród zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego (art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym), a zadania własne gmin z reguły traktowane są jako zadania o charakterze użyteczności publicznej, można przyjąć, iż świadczenie usług medycznych należy także do kategorii usług o takim właśnie charakterze. Nadto zbieżne z powyższym wydaje się stanowisko Trybunału Konstytucyjnego. W swojej uchwale z 12 marca 1997 r. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że zadania mające charakter użyteczności publicznej należy rozumieć możliwe najszerzej. Zdaniem Sądu takie właśnie cechy w swoim działaniu przejawiają kasy chorych, w związku z tym należy uznać, iż wypełniają znamiona podmiotów organizujących usługi o charakterze użyteczności publicznej określonych w art. 4 ust. 1a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.* Jednocześnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 kwietnia 2004 r. sygn. akt III SK 24/04 orzekł, że z dniem 1 kwietnia 2003 r. regionalne kasy chorych przekształciły się z mocy prawa w oddziały wojewódzkie Funduszu, a Narodowy Fundusz Zdrowia stał się z mocy prawa podmiotem wszelkich praw i obowiązków kas chorych. Można zatem stwierdzić, iż w świetle cytowanego wyżej wyroku NFZ, podobnie, jak kasy chorych, jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie, który w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt VI ACa 530/08 wskazał, że *Zadania z zakresu ochrony zdrowia są zadaniami o charakterze użyteczności publicznej, ich realizacja służy zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty, tu wspólnotą są ubezpieczeni. Usługi zdrowotne, których świadczenie NFZ organizuje zawierając umowy ze świadczeniodawcami to usługi o charakterze użyteczności publicznej. (...) Usługami o charakterze użyteczności publicznej są – z uwagi na publiczny*

charakter systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego – w tym powszechny charakter objętych nim świadczeń zdrowotnych – usługi wykonywane przez zakłady opieki zdrowotnej (...). Zatem działalność Funduszu polegająca na zawieraniu umów ze świadczeniodawcami o finansowanie świadczeń zdrowotnych jest niewątpliwie organizowaniem usług o charakterze użyteczności publicznej, wobec czego NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Za przedsiębiorcę bowiem stosownie do art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o okik uważa się zarówno osoby świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, jak i organizujące ich świadczenie, tj. takie, które mogą mieć pośredni wpływ na konkurencję, stwarzając faktyczne lub prawne podstawy świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców.

W świetle powyższego Narodowy Fundusz Zdrowia – który w oparciu o przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej organizuje powszechny system ubezpieczenia zdrowotnego w Polsce – jest zatem przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z uwagi na publiczny charakter systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, w tym powszechny charakter objętych nim świadczeń, usługi zdrowotne finansowane w ramach tego systemu są uznawane za usługi użyteczności publicznej. Ich świadczenie organizuje NFZ, zarządzając środkami finansowymi przeznaczonymi na zapewnienie ubezpieczonym gwarantowanych ustawowo świadczeń opieki zdrowotnej oraz zawierając umowy ze świadczeniodawcami, którzy udzielają tych świadczeń ubezpieczonym.

W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż NFZ jako podmiot organizujący usługi o charakterze użyteczności publicznej w zakresie ochrony zdrowia jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. Jego działalność podlega zatem ograniczeniom wynikającym z tej ustawy, w tym w zakresie nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Dla stwierdzenia, iż w niniejszej sprawie doszło do naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wykazać w dalszej kolejności należy, że NFZ zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym. Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez **pozycję dominującą** rozumie się *pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą na rynku, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%*. Definicję **rynku właściwego** zawiera art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stosownie do którego jest to *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*. Pod pojęciem towarów, zgodnie z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rozumieć należy *rzeczy, jak również energie, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane*.

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

jakości¹⁰. 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. Rynek właściwy wyznacza zatem płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym¹¹.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, na którym działalność prowadzi NFZ, jest krajowy rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. W aspekcie przedmiotowym rynek ten obejmuje ogół czynności, które stwarzają stosowne warunki umożliwiające udzielanie ww. świadczeń przez świadczeniodawców. W ramach prowadzonej w omawianym zakresie działalności Fundusz zarządza środkami finansowymi pochodzącymi ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, określa jakość i dostępność świadczeń opieki zdrowotnej oraz analizuje ich koszty, prowadzi postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zawiera ww. umowy oraz monitoruje ich wykonanie i rozliczanie. NFZ zarządza zatem środkami finansowymi przeznaczonymi na zapewnienie ubezpieczonym gwarantowanych ustawowo świadczeń opieki zdrowotnej oraz zawiera umowy ze świadczeniodawcami, którzy udzielają tych świadczeń ubezpieczonym. NFZ kreuje zatem (pod względem finansowym, ekonomicznym i organizacyjnym) warunki udzielania przez świadczeniodawców świadczeń opieki zdrowotnej, do których zaliczane są między innymi świadczenia rzeczowe obejmujące zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, które są niezbędne w procesie leczenia. Jednocześnie, mając na uwadze kryterium wyznaczenia rynku właściwego, jakim jest substytucyjność towarów uznano, iż substytutem świadczenia opieki zdrowotnej udzielanego w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego nie jest świadczenie udzielane odpłatnie *ad hoc* bądź w ramach ubezpieczenia komercyjnego ze względu na konieczność poniesienia kosztów ubezpieczenia dodatkowego, komercyjnego¹².

Prezes Urzędu uznał, iż w ujęciu geograficznym przedmiotowy rynek ma wymiar krajowy. Za takim określeniem rynku przemawia to, iż działalność w zakresie organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych prowadzona jest przez NFZ na terenie kraju na jednakowych zasadach wynikających z obowiązujących przepisów. Fundusz obejmuje swoim zasięgiem cały kraj, na którym to obszarze panują z woli ustawodawcy takie same warunki konkurencji. Na rynku tym NFZ, jako organizator reprezentuje ubezpieczonych, zawierając ze świadczeniodawcami wybranymi w postępowaniach umowy na realizację świadczeń opieki zdrowotnej.

Na terenie kraju NFZ jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych. Tylko jemu ustawodawca przyznał bowiem uprawnienie do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz do zawierania umów ze świadczeniodawcami w celu zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Przesądza to o zajmowaniu przez Fundusz **pozycji dominującej (monopolistycznej)** na rynku właściwym.

Wskazać też należy, iż jakkolwiek NFZ prowadzi działalność na rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych to ewentualne skutki zarzucanej mu praktyki ograniczającej konkurencję ujawniają się na innych przedmiotowo i geograficznie rynkach, a mianowicie na rynkach udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami

¹⁰ E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 49.

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01

¹² por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt VI ACa 530/08.

pomocniczymi na terenie województwa śląskiego. Praktyka NFZ będąca przedmiotem rozpatrywanego zarzutu dotyczy bowiem działań Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Funduszu w odniesieniu do podmiotów ubiegających się o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ww. rodzaju.

Dla stwierdzenia, iż w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez NFZ art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest w dalszej kolejności wykazanie, iż zakwestionowane działania Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Funduszu przeciwdziałają ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Praktyka z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej należy do ograniczeń konkurencji o charakterze wykluczającym, antykonkurencyjnym i wymierzona jest wprost przeciwko funkcjonowaniu mechanizmów konkurencji. Ww. przepis ustanawia zakaz stosowania przez dominanta praktyk godzących w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji oraz tworzenia barier dostępu do rynku i barier rozwoju konkurencji. Istota praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polega na takim zachowaniu dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji pozwalającej na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku. Ww. przepis nakłada zatem na dominantów obowiązek takiego zachowania, które nie będzie stwarzać innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających im możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej lub negatywnie oddziaływać na strukturę rynku. Stanowi on instrument zapewnienia dostępu do rynku na równych prawach dla wszystkich przedsiębiorców. Przy jego stosowaniu wskazuje się na konieczność zapewnienia równych szans przedsiębiorcom w prowadzeniu działalności gospodarczej¹³.

Dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej nie jest konieczne wystąpienie na rynku skutków kwestionowanych działań. Wystarczy, że istnieje samo zagrożenie ich wystąpienia. Z treści art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika bowiem, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które choćby tylko hipotetycznie mogą wywoływać takie skutki. W przypadku tego rodzaju praktyki, na ocenę działania dominanta nie ma zatem wpływu ilość przedsiębiorców dotkniętych skutkami podejmowanych przez niego działań, tj. np. wyeliminowanych z rynku. Przedmiotem analizy jest bowiem w tym przypadku wyłącznie sposób postępowania podmiotu dominującego.

Praktyka, o jakiej mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej jest typową praktyką o charakterze antykonkurencyjnym, której celem lub skutkiem jest godzenie w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji. Ma ona miejsce wówczas, gdy przedsiębiorca zajmujący pozycję monopolistyczną na danym rynku, w sposób nie znajdujący uzasadnienia ze względów organizacyjnych, technicznych, prawnych lub innych narzuca pewne warunki utrudniające lub uniemożliwiające konkurowanie przedsiębiorcom na tym samym rynku bądź na innych rynkach (rynkach powiązanych z rynkiem zdominowanym, rynkach zależnych). Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji może prowadzić zatem do zniekształcenia konkurencji na rynku, na którym podejmujący się zakazanych praktyk przedsiębiorca w ogóle nie prowadzi działalności. Uzasadnieniem dla tak rozumianej „teorii rynków zależnych” jest założenie, zgodnie z którym podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku może przenosić swoją władzę rynkową i wywierać zasadniczy wpływ na funkcjonowanie drugiego z rynków. Zjawisko to określane jest mianem „transferu nadużycia pozycji dominującej”. W powyższym kontekście istotne jest, czy między rynkiem

¹³ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* pod red. prof. T. Skocznego ... - op.cit., s. 670-671.

pozycji dominującej a innym rynkiem właściwym występuje powiązanie pozwalające mówić o faktycznym lub potencjalnym oddziaływaniu dominanta na inny rynek właściwy. W świetle orzecznictwa za dopuszczalne można uznać wiązanie rynków, których uczestnicy uzależnieni są od podmiotu o pozycji dominującej ze względu na możliwość dyktowania przez niego warunków prowadzenia przez nich działalności na rynkach konkurencyjnych. O uzależnieniu można mówić wówczas, gdy dominant bezpośrednio wpływa zarówno na możliwość wejścia na dany rynek, jak i utrzymania się na nim. Przedsiębiorcy działający na rynku powiązanim muszą zatem współpracować z przedsiębiorcą posiadającym pozycję dominującą na innym rynku, aby móc oferować swoje towary na rynku powiązanim. Sytuacja taka ma miejsce np. wówczas, gdy dominant określa zasady funkcjonowania innego rynku jako jego organizator¹⁴.

Rozstrzygając, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy miało miejsce nadużycie pozycji dominującej zajmowanej przez NFZ, należy wziąć zatem pod uwagę charakter rynku właściwego, na którym działa NFZ. Rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych posiada z jednej strony, strukturę zbliżoną do monopsonu, w ramach którego funkcjonuje tylko „kolektywny” nabywca, tj. Fundusz, reprezentujący cały potencjalny i rzeczywisty popyt na niemające substytutów usługi związane z realizacją powszechnych świadczeń opieki zdrowotnej i podmioty te świadczenia oferujące, z drugiej zaś strukturę zbliżoną do monopolu, w którym ten sam Fundusz, jako organizator świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którym nie przysługuje swoboda bezpośredniego nawiązywania stosunków umownych ze świadczeniodawcami, reprezentuje wobec świadczeniobiorców stronę podażową. Immanentną cechą tak postrzeganego rynku jest to, iż „gra” prowadzona pomiędzy jego uczestnikami, tj. potencjalnymi świadczeniodawcami i Funduszem (jako zamawiającym usługi) nie ma, jak w wypadku tradycyjnych rynków, charakteru ciągłego, przejawiającego się w permanentnych fluktuacjach popytu, podaży i cen oraz wielokrotnych zachowaniach dostosowawczych uczestników rynku, lecz ogranicza się w zasadzie do jednorazowego (w dłuższym, najczęściej rocznym lub kilkuletnim okresie czasu) zetknięcia się zapotrzebowania zgłaszanego przez zamawiającego i propozycji jego zaspokojenia przedstawianych przez przedsiębiorców posiadających zdolność świadczenia pożądaných usług, ubiegających się o podpisanie w tym przedmiocie stosownych umów. Ustawodawca, przyznając NFZ wyłączne uprawnienia do kształtowania przedmiotowego rynku i ukierunkowując jego aktywność na zapewnienie odpowiedniej efektywności ponoszonych wydatków publicznych, postanowił, iż umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w dziale VI ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej tj. po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert lub rokowań bądź po spełnieniu warunków do zawarcia umowy określonych przez Prezesa Funduszu (art. 132 ust. 2 ww. ustawy w związku z art. 139 ust. 1 i art. 159 ust. 1 i 2). Pochodną opisanej struktury i organizacji rynku jest to, że oceny procedur, na podstawie których następuje zawieranie umów ze świadczeniodawcami nie sposób dokonywać wyłącznie w kontekście hipotetycznych „nieskrępowanych mechanizmów rynkowych”. Z woli ustawodawcy, aktywna i ciągła konkurencja wewnątrzrynkowa została bowiem zastąpiona jednorazową (w określonym przedziale czasowym) konkurencją przedsiębiorców o dostęp do rynku, z uprzywilejowaną, z mocy prawa, pozycją Funduszu – jako „kreatora”, ale i „regulatora” tego rynku.

NFZ, jako organizator świadczeń opieki zdrowotnej i dysponent środków publicznych na ten cel zawiera zatem ze świadczeniodawcami umowy o udzielanie ww. świadczeń, w tym świadczeń w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi. Zawarcie umowy z Funduszem jest warunkiem prowadzenia działalności w ww. zakresie, a więc jest warunkiem udzielania względem osób ubezpieczonych świadczeń opieki zdrowotnej w omawianym rodzaju, a jednocześnie warunkiem koniecznym do

¹⁴ Ibidem, s. 680-689.

powstania i rozwoju konkurencji na przedmiotowym rynku. Rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej i rynek udzielania tychże świadczeń należy uznać zatem za rynki powiązane. Skutkiem negatywnej oceny wniosku o zawarcie umowy z Funduszem jest bowiem brak możliwości prowadzenia działalności w zakresie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. NFZ – decydując o zakresie podmiotów, z którymi podpisze umowy ZPO oraz określając warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie tych umów – wpływać może na zachowania rynkowe świadczeniodawców i ingerować w stan konkurencji na rynku udzielania świadczeń w ww. rodzaju.

Niniejsza sprawa dotyczy zatem antykonkurencyjnego oddziaływania przez NFZ na rynki usług świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi na terenie województwa śląskiego, wskutek wykorzystania pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, co jest możliwe dzięki opisanym powyżej mechanizmom. W okolicznościach rozpatrywanej sprawy istota nadużywania przez NFZ pozycji dominującej na rynku sprowadza się do braku zgody na zawieranie umów ZPO z podmiotami zamierzającymi powierzyć w całości udzielanie świadczeń wynikających z umowy podwykonawcom i nie posiadającymi własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie objętym właściwością miejscową ŚOW. Poprzez takie zachowanie na rynku, NFZ przeciwdziałał w ocenie Prezesa Urzędu rozwojowi konkurencji na rynkach udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w ww. rodzaju na terenie województwa śląskiego, które są powiązane ze zmonopolizowanym przez Fundusz rynkiem organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Nie ulega wątpliwości, iż powyższe zachowanie uniemożliwia dostęp do rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi tym podmiotom, które chcą ww. świadczeń udzielać za pośrednictwem podwykonawców. Praktyka taka niewątpliwie wpływa zatem na strukturę podmiotową rynku i panującą na nim konkurencję, gdyż eliminuje z tego rynku przedsiębiorców, którzy nie posiadają na terenie objętym działalnością ŚOW przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń, jak również eliminuje z tego rynku podwykonawców, którym świadczeniodawca zamierza zlecić udzielanie przedmiotowych świadczeń. Nie sposób przy tym stwierdzić, iż działania dyskryminujące ww. podmioty w dostępie do omawianego rynku są uzasadnione pod względem prawnym, organizacyjnym, czy innym.

Obowiązujące przepisy dopuszczają możliwość powierzenia udzielania świadczeń podwykonawcom, co potwierdził sam Fundusz w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu niniejszego postępowania. Stosownie do art. 133 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, *Świadczeniodawcy mogą zlecać podwykonawcom udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Funduszem, jeżeli umowa tak stanowi.* Podobnie § 6 ust. 1 zarządzenia Nr 58/2009/DSOZ stanowi, iż *Świadczenia w poszczególnych zakresach mogą być udzielane przez świadczeniodawcę z udziałem podwykonawców udzielających świadczeń na zlecenie świadczeniodawcy, wymienionych w „Wykazie podwykonawców” stanowiącym załącznik nr 2 do umowy.* Zarządzenie w § 6 ust. 2 – 6 zawiera również dalsze wymagania i zasady postępowania dotyczące zawarcia umowy z podmiotem udzielającym świadczeń z udziałem podwykonawców. Prezentowany przez Prezesa Urzędu pogląd jest dodatkowo uzasadniony w świetle definicji „świadczeniodawcy” zawartej w art. 5 pkt 41 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. W jej świetle świadczeniodawcą jest podmiot realizujący czynności z zakresu zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi, bez względu na jego usytuowanie w łańcuchu dostaw. Zgodnie z powyższą definicją świadczeniodawcą może być zarówno przedsiębiorca prowadzący sprzedaż hurtową czy producent, jak i sprzedawca detaliczny działający w formie sklepu

medycznego czy apteki. W ocenie Prezesa Urzędu brak jest wobec tego przeszkód, aby umowa ZPO została zawarta z hurtownikiem zlecającym udzielanie świadczeń swoim podwykonawcom. Co więcej w przedstawionych w toku postępowania wyjaśnieniach NFZ wskazywał, iż brak własnego miejsca udzielania świadczeń nie może stanowić podstawy do negatywnej oceny wniosku o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w omawianym rodzaju, a praktyka postępowania ŚOW w tym względzie odbiega od przyjętych w NFZ zasad, nadto zaś jest niezgodna z obowiązującymi przepisami. Nie zmienia to faktu, iż Narodowy Fundusz Zdrowia ponosi odpowiedzialność za działania Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego ujawniające się na obszarze działalności tego Oddziału. Zważyć bowiem należy, iż zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu reprezentuje Fundusz na zewnątrz w zakresie właściwości danego oddziału.

Jednocześnie za chybione należy uznać stanowisko prezentowane przez Śląski Oddział Wojewódzki Funduszu, iż podzlecenie udzielania całości świadczeń w ramach zawartej umowy podwykonawcom i nieposiadanie przez świadczeniodawcę własnego miejsca udzielania świadczeń stoi w sprzeczności z § 1 pkt 18 załącznika do rozporządzenia w sprawie ogólnych warunków umów, który stanowi, że podwykonawcą jest *podmiot, który wykonuje część umowy samodzielnie organizując powierzony zakres czynności*. Zważyć należy, że realizacja umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nie sprowadza się tylko do świadczenia usług zdrowotnych na rzecz ubezpieczonych (w przedmiotowym przypadku w zakresie sprzedaży przedmiotów ortopedycznych i środków pomocniczych). W ramach wykonania przedmiotowej umowy istotną rolę odgrywa również rozliczanie udzielonych świadczeń z NFZ oraz wykonywanie obowiązków sprawozdawczych. Obowiązki te realizuje w sposób samodzielny świadczeniodawca, a zatem nie można zgodzić się z tezą, iż podzlecenie udzielania całości świadczeń w ramach zawartej umowy podwykonawcom jest równoznaczne z wykonywaniem przez podwykonawców całości przedmiotowej umowy. Jak już wspomniano, realizacja istotnych obowiązków wynikających z tej umowy w zakresie sprawozdawczości i rozliczeń z Funduszem, spoczywa na świadczeniodawcy. Mimo iż świadczeniodawca nie udziela świadczeń w sposób samodzielny, realizuje on jednak część obowiązków w ramach zawartej z NFZ umowy.

Jak już wspomniano zakwestionowana praktyka eliminuje z rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi te podmioty, które pragną w całości powierzyć podwykonawcom udzielanie świadczeń na podstawie umowy. W 2010 r. powyższa okoliczność dwukrotnie była podstawą do negatywnej oceny złożonych wniosków, a w 2009 r. – jeden raz. Ogółem w 2010r. liczba podwykonawców pozbawionych możliwości udzielania świadczeń ZPO na zlecenie świadczeniodawców wyniosła 16.

Wskazać przy tym należy, iż bez wpływu na ocenę kwestionowanych zachowań NFZ pozostaje w ocenie Prezesa Urzędu okoliczność, iż ww. wnioski zostały ocenione negatywnie również z uwagi na wystąpienie innej przesłanki aniżeli ta, która stanowiła podstawę do wszczęcia niniejszego postępowania antymonopolowego. W zawiadomieniach o negatywnej ocenie tych wniosków wskazano bowiem, iż podstawą ich odrzucenia jest również wykazanie personelu udzielającego świadczeń w ramach umowy z innym świadczeniodawcą. Nie zmienia to jednak faktu, iż kwestionowane przez Prezesa Urzędu kryterium faktycznie znalazło zastosowanie w praktyce i stanowiło podstawę do odmowy zawarcia umów ZPO. Gdyby wnioski spełniały wszystkie inne wymogi to i tak zostały przez ŚOW odrzucone ze względu na powierzenie udzielania świadczeń w całości podwykonawcom, a więc ich odrzucenie z uwagi na niespełnienie innych kryteriów niż kwestionowane nie niweluje bytu praktyki ograniczającej konkurencję. Istnienie bądź nie innej przesłanki stanowiącej podstawę odrzucenia wniosków nie

wpłynęłoby zatem na ich negatywną ocenę w oparciu o kryterium będące przedmiotem rozpatrywanego w niniejszej sprawie zarzutu.

Dodatkowo wskazać należy, iż dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest w ogóle konieczne wystąpienie skutków danej praktyki na rynku. Wystarczające jest, że wystąpiło zagrożenie ich wystąpienia na rynku. Prezes Urzędu, zgodnie z art. 1 ust. 2 powołanej wyżej ustawy, ma bowiem obowiązek oceniać zachowania przedsiębiorców pod kątem ich hipotetycznego wpływu na konkurencję.

Opisane działania mogły także skutkować tym, iż potencjalni świadczeniodawcy w ogóle nie podjęli próby wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy, wiedząc o praktyce ŚOW. Mogli bowiem oszacować, iż nie jest opłacalne przygotowywanie obszernego wniosku o zawarcie umowy w sytuacji, gdy z góry wiadomo było, iż zostanie on odrzucony przez ŚOW.

Zachowanie ŚOW uprzywilejowuje w dostępie do rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, podmioty, które – przynajmniej w części – samodzielnie udzielają ww. świadczeń. Takie zachowanie, które nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego, prowadzi do nierównego traktowania przedsiębiorców chcących na ww. rynek wejść. Wpływa to negatywnie na konkurencję, gdyż ogranicza liczbę podmiotów dostępnych po podażowej stronie rynku, udzielających ww. świadczeń na rzecz osób ubezpieczonych (świadczeniobiorców). Przyjęta przez ŚOW praktyka postępowania stwarza mu zatem możliwość eliminowania z rynku przedsiębiorców niespełniających kryterium posiadania na terenie działalności tego Oddziału przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń, stwarzając pozbawioną podstaw prawnych barierę w dostępie do rynku udzielania świadczeń zdrowotnych w omawianym rodzaju.

W ten sposób ŚOW stworzył takie warunki dostępu do rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, które prowadzą do uprzywilejowania i umocnienia świadczeniodawców nie posiadających podwykonawców, a w konsekwencji do ograniczenia konkurencji na lokalnych rynkach udzielania świadczeń w ww. rodzaju.

Kwestionowane zachowanie nie tylko nie znajduje podstaw prawnych, ale również nie jest uzasadnione biorąc pod uwagę względy natury organizacyjnej i ekonomicznej. Należy zważyć, iż możliwość realizacji zaopatrzenia w wyroby medyczne wyłącznie przez sieć podwykonawców przynosi zarówno świadczeniodawcom, jak i podwykonawcom korzyści ekonomiczne. Jak wskazała [...] w piśmie z dnia 18 lutego 2011 r., konieczność posiadania własnego punktu realizacji zaopatrzenia wiąże się z kosztami wynajęcia lokalu i zatrudnienia uprawnionych pracowników. W zależności od posiadanych w asortymencie produktów podmiot realizujący zaopatrzenie musi zatrudniać osoby legitymujące się określonymi uprawnieniami zawodowymi, co w sposób automatyczny przekłada się na koszty wynagrodzenia pracowników, a w konsekwencji na koszty funkcjonowania. Możliwość zlecenia podwykonawcom udzielania świadczeń ZPO oznacza zatem oszczędności dla świadczeniodawcy i usprawnia system dystrybucji. Należy wskazać, iż korzyści ekonomiczne z tego tytułu osiągają również podwykonawcy udzielający świadczeń na zlecenie świadczeniodawców. Świadczeniodawcy zapewniają im bowiem stały dostęp do oferowanego asortymentu (zazwyczaj wraz z bezpłatnym dowozem), a także rozliczają wydane zaopatrzenie z Narodowym Funduszem Zdrowia. Nie bez znaczenia jest także system szkoleń, który często oferują świadczeniodawcy dla swoich podwykonawców, co przekłada się na kwalifikacje zatrudnionych tam pracowników, a w efekcie na wyższą jakość świadczonych usług. Udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w omawianym rodzaju z udziałem podwykonawców przekłada się zatem na korzyści natury ekonomicznej, co nie jest bez znaczenia również dla świadczeniobiorców. Szersza oferta

rynkowa i niższe koszty działalności oznaczają bowiem niższe ceny produktów i wyższą jakość oferowanych usług.

Antykonkurencyjne działanie NFZ, chociaż bezpośrednio skierowane jest do przedsiębiorców (świadczeniodawców), pośrednio godzi zatem również w interesy konsumentów (świadczeniobiorców). Konkurencja, będąc podstawowym mechanizmem gospodarki, rodzi dla niej wymierne korzyści: prowadzi do optymalizacji procesu zaspokajania potrzeb nabywców poprzez poprawę jakości produktów, sprzyja optymalizacji alokacji zasobów, stymuluje wzrost produkcji i obniżenie kosztów. Bezpośrednio sprzyja to dobrobytowi konsumentów. Ograniczenie konkurencji prowadzi więc w ostatecznym rozrachunku do naruszenia interesu konsumentów. Jak wskazał sam NFZ, umożliwienie dostępu do rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi świadczeniodawcom chcącym zlecić udzielanie świadczeń wynikających z umowy podwykonawcom gwarantuje pacjentom szeroki dostęp do asortymentu i możliwość doboru wyrobów medycznych według ich indywidualnych potrzeb.

Podsumowując stwierdzić należy, iż zakwestionowane działania niewątpliwie doprowadziły do ograniczenia rozwoju konkurencji na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi powiązanych z rynkiem organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Wskazać przy tym należy, iż do uznania, że naruszony został art. 9 ust. 2 pkt 5 nie jest konieczne wykazanie wyeliminowania wszelkiej konkurencji. Przesłanką wystarczającą do stwierdzenia tej praktyki jest wykazanie, iż ograniczono rozwój konkurencji. W niniejszej sprawie działania ŚOW polegające na niewyrażaniu zgody na zawarcie umów ZPO z podmiotami deklarującymi udzielanie świadczeń w całości z udziałem podwykonawców niewątpliwie doprowadziły do ograniczenia konkurencji na rynku udzielania ww. świadczeń opieki zdrowotnej.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, należy uznać, iż zakwestionowane w niniejszym postępowaniu działania stanowią praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Stosownie do art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli organ antymonopolowy stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 9 tej ustawy, wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania. Zgodnie z art. 11 ust. 1 nie wydaje się decyzji, o której mowa w art. 10, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 9. Zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy antymonopolowej, ciężar udowodnienia ww. okoliczności spoczywa na przedsiębiorcy.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż odmowa podpisania przez ŚOW umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi z uwagi na kwestionowane w niniejszej sprawie kryterium miała po raz ostatni miejsce w dniu 29.11.2010r. Od tego czasu do dnia 29.09.2011r. ŚOW nie odmawiał wprowadzenia zawierania umów ZPO z oferentami deklarującymi powierzenie podwykonawcom udzielania świadczeń wynikających z umowy w pełnym zakresie, jednakże spowodowane to było tym, iż w ww. okresie ŚOW nie otrzymał ani jednego takiego wniosku. W związku z tym nie sposób ocenić jego faktycznego zachowania się w omawianej sytuacji. Brak jest również w aktach sprawy jakiegokolwiek dowodu pozwalającego uznać, iż ww. okresie kwestionowana praktyka rynkowa ŚOW uległa zmianie. Dopiero w piśmie z dnia 29.09.2011r. znak: WSOZ-IV-0730-7/6324-tk/11 skierowanym do NFZ Śląski Oddział Wojewódzki Funduszu wskazał, iż uznaje za wiążące stanowisko Prezesa NFZ, zgodnie z którym dopuszczalne jest zawieranie przez oddziały wojewódzkie umów w

rodzaju ZPO z podmiotami, które chcą zlecić udzielanie całości świadczeń na podstawie umowy podwykonawcom. W świetle powyższego uzasadnione jest twierdzenie, iż zarzucana praktyka ograniczająca konkurencję została zaprzestana z dniem złożenia powyższej deklaracji tj. z dniem 29.09.2011r.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

II. Zgodnie z treścią 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% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ww. ustawy.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 111 ww. ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa między innymi w art. 106 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy, przy czym – stosownie do art. 130 ustawy antymonopolowej – przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 111 tej ustawy, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.). Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć¹⁵. Wskazać również należy, że kara pieniężna może być nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

W punkcie I sentencji niniejszej decyzji Prezes Urzędu stwierdził stosowanie przez NFZ praktyki ograniczającej konkurencję naruszającej zakaz, o jakim mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do której doszło wskutek nałożenia przez Śląski Oddział Wojewódzki Funduszu na podmioty ubiegające się o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi obowiązku posiadania przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie objętym działalnością ww. Oddziału. Daje to podstawy do nałożenia na Fundusz kary pieniężnej określonej w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponieważ w 2010 roku NFZ uzyskał przychód w wysokości 57 183 628 908,23 zł maksymalna kara pieniężna, jaka może zostać nałożona na przedsiębiorcę w oparciu o ww. przepis wynosi 5 718 362 890,82 zł.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia. Wskazać należy, iż w kwestii natury naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

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).

Oceniając charakter naruszenia organ antymonopolowy wziął pod uwagę, iż stosowana przez NFZ praktyka ograniczająca konkurencję ma charakter antykonkurencyjny. Stwarza ona nieuzasadnione bariery dostępu do rynków udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju zaopatrzenie w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi na terenie województwa śląskiego, dyskryminując tych świadczeniodawców, którzy deklarują udzielanie świadczeń w przedmiotowym rodzaju na ww. terenie w całości z udziałem podwykonawców. Niedozwolone działania wymierzone są we wszystkich świadczeniodawców, którzy wystąpili do ŚOW z wnioskiem o zawarcie umowy ZPO, jak również w te podmioty, które tego nie uczyniły w przekonaniu, iż brak na terenie województwa śląskiego własnego miejsca udzielania świadczeń z góry skazuje ich ofertę na niepowodzenie. Zakwestionowana praktyka godzi zatem w konkurencję na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju ZPO, co następuje ze szkodą dla odbiorców finalnych – świadczeniobiorców z uwagi na zmniejszenie dostępnej oferty rynkowej. Tym samym NFZ nie wyrażając zgody na zawieranie umów ZPO z podmiotami nie posiadającymi na terenie województwa Śląskiego własnego miejsca udzielania świadczeń w istotny sposób ograniczył rozwój konkurencji na omawianym rynku.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu uznał, iż stwierdzoną praktykę zaliczyć należy do naruszeń „poważnych”. Biorąc pod uwagę naturę naruszenia wyjściowy poziom kary pieniężnej ustalono na poziomie **0,21%** przychodu uzyskanego przez NFZ w 2010 r.

Ustalając wymiar kary Prezes Urzędu wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji oraz specyfikę działalności NFZ. W powyższym kontekście ocenie podlegał wpływ naruszenia na rynek. Zważono, że konsekwencją stwierdzonego naruszenia są bezpośrednio negatywne skutki dla uczestników rynku (świadczeniodawców). Zarzucane naruszenie zostało bowiem faktycznie wprowadzone w życie, a kwestionowane zasady obowiązywały w praktyce na podstawie faktycznych decyzji ŚOW wydawanych w toku postępowania o zawarcie umów ZPO. Stwierdzona praktyka miała zatem rzeczywisty, a nie tylko potencjalny wpływ na konkurencję. Jednocześnie uwzględniono, iż odmowa zawarcia umów ZPO w oparciu o kwestionowane zasady w okresie od 2008 miała miejsce jedynie 3 razy. Uwzględniając, iż w tym czasie ŚOW zawarł ogółem ponad 1000 umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ww. rodzaju stwierdzić należy, iż praktyka miała *de facto* znikomy wpływ na konkurencję. W powyższym kontekście należy też jednak wskazać, iż jakkolwiek skala zarzucanej praktyki jest niewielka w stosunku do liczby zawartych przez ŚOW NFZ umów, to problem nabiera znaczenia biorąc pod uwagę, iż podwykonawcy wskazani w odrzuconych wnioskach działają na rynkach lokalnych o niewielkim zasięgu. Jednocześnie oceniając negatywne skutki praktyki na rynku zważono, iż zakwestionowane działania ŚOW mogły zniechęcić potencjalnych świadczeniodawców do złożenia wniosku o zawarcie umowy ZPO. Taki skutek można uznać za prawdopodobny biorąc pod uwagę liczbę umów ZPO zawartych przez pozostałe oddziały wojewódzkie Funduszu ze świadczeniodawcami udzielającymi świadczeń za pośrednictwem podwykonawców. Prezes Urzędu wziął także pod uwagę, iż brak jest podstaw, by uważać, że skutki zakazanej praktyki na rynku są nieodwracalne lub trudne do odwrócenia. Oceniając wpływ naruszenia na rynek Prezes Urzędu uwzględnił

również niewielki zasięg geograficzny praktyki w stosunku do zasięgu działania przedsiębiorcy. Stwierdzone naruszenie ma związek wyłącznie z działaniami Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Funduszu i ujawnia się na terenie województwa śląskiego, podczas, gdy NFZ będący stroną niniejszego postępowania prowadzi działalność na terenie całego kraju. Ustalając karę wzięto również pod uwagę, iż środki przeznaczone na finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju ZPO w oparciu o umowy zawierane przez ŚOW, stanowią niewielki ułamek ogółu przychodów Funduszu (około 0,14% w 2010r.).

Z uwagi na powyższe okoliczności zasadne jest w ocenie Prezesa Urzędu zmniejszenie wyjściowego poziomu kary ustalonego z uwzględnieniem natury naruszenia o **80%**.

Nakładając na NFZ karę pieniężną wzięto także pod uwagę długotrwałość stwierdzonego naruszenia. Prezes Urzędu uznał, że okres naruszenia może wpływać na zwiększenie wysokości kary, która wynika z oceny natury naruszenia i czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki prowadziłyby do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa ono na szkody ponoszone przez innych uczestników rynku w tym kontrahentów i konsumentów, co miało miejsce w tym konkretnym przypadku. Odnosząc to do rozpatrywanej sprawy Prezes Urzędu uznał zatem, że okres stosowania zakwestionowanych praktyki można określić jako długotrwały. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem, iż praktyka stosowana jest przynajmniej od 2008, co uzasadnia wzrost kary o **20%**.

Ustalając wysokość nakładanej na NFZ kary zbadano również, czy w niniejszej sprawie występują okoliczności łagodzące i obciążające, z uwagi na które zasadne byłoby dalsze obniżenie bądź podwyższenie kwoty kary. Do okoliczności łagodzących zaliczono fakt, iż zakwestionowana praktyka ograniczającą konkurencję została zaprzestana z dniem 29.09.2011r. Jako obciążającą potraktowano natomiast okoliczność uprzedniego naruszenia przez NFZ przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W okresie poprzedzającym wydanie niniejszej decyzji NFZ był adresatem prawomocnych decyzji Prezesa Urzędu stwierdzających naruszenie zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję¹⁶. Po zważeniu ww. okoliczności Prezes Urzędu uznał, iż zasadne jest dalsze podwyższenie kwoty kary o **10%**.

Nakładając karę pieniężną Prezes Urzędu wziął również pod uwagę podmiotową stronę zarzucanej praktyki, a mianowicie stopień zawinienia NFZ. Z okoliczności sprawy wynika, iż stwierdzone naruszenie nie miało charakteru umyślnego i nie było podejmowane z zamiarem ograniczenia konkurencji na rynku poprzez wyeliminowanie z niego przedsiębiorców niespełniających kwestionowanego w niniejszej sprawie kryterium. Wynikało ono natomiast z błędnej wykładni obowiązujących przepisów dokonanej przez jeden z oddziałów Funduszu – Śląski Oddział Wojewódzki. Okoliczności sprawy pozwalają stwierdzić, iż jego działania były wynikiem zaniedbania i wynikały z niedołożenia staranności, jakiej należałoby oczekiwać od doświadczonego uczestnika obrotu, który organizuje usługi użyteczności publicznej w zakresie dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej.

W związku z powyższym brak jest podstaw do podwyższenia kary pieniężnej nałożonej na NFZ z uwagi na przesłankę umyślności działania. Okoliczność, iż Fundusz ponosi winę nieumyślną za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wpływa jednak na możliwość nałożenia na niego kary pieniężnej w oparciu o art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem wymiar kary jest bowiem możliwe również w przypadku naruszenia nieumyślnego.

W rozpatrywanym przypadku, kara nałożona zgodnie z przedstawioną wyżej metodyką wyniosłaby 31 702 604 PLN (słownie złotych: trzydzieści jeden milionów siedemset dwa tysiące sześćset cztery) co stanowi 0,06% przychodu Funduszu uzyskanego w 2010r. i 0,6%

¹⁶ Decyzja Nr RWA-5/2003 z dnia 13 czerwca 2003 r., Decyzja Nr RGD-13/2004 z dnia 10 września 2004 r.

maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przy ustalaniu wysokości ostatecznej kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął jednocześnie pod uwagę, iż kara pieniężna w ustalonej powyżej wysokości odbiegałaby w sposób rażący od globalnej oceny kwestionowanego działania. Stanowi to przesłankę ustalenia ostatecznej wysokości kary na poziomie obniżonym w stosunku do tego, który wynika z przedstawionej wyżej kalkulacji. Podejmując taką decyzję Prezes Urzędu uznał, iż cele leżące u podstaw wymierzenia NFZ kary pieniężnej zostaną osiągnięte także w sytuacji wyjątkowego obniżenia jej wysokości. Za przyjęciem takiego rozstrzygnięcia przemawiało również to, że wpływ NFZ na osiągnięty przychód jest znikomy, co wynika stąd, że NFZ pełni funkcję swoistego dystrybutora publicznych środków pieniężnych, którymi wynagradzani są świadczeniodawcy usług opieki zdrowotnej. Wysokość środków, jakimi w danym roku dysponuje NFZ, nie jest zależna od podejmowanych przez tego przedsiębiorcę decyzji gospodarczych, tylko od woli władzy publicznej wyrażającej się w postanowieniach przepisów prawa określających wysokość składki na ubezpieczenie zdrowotne w NFZ. Nie bez znaczenia dla decyzji o nałożeniu na skarżonego kary pieniężnej jest zatem zarówno to, że jej zapłata do budżetu Państwa nastąpiłaby ze środków z tego budżetu uprzednio uzyskanych, jak i to, że w wyniku zmniejszenia się, wskutek zapłaty kary, ilości środków będących w dyspozycji Funduszu, realna stałaby się groźba poszkodowania ubezpieczonych na skutek obniżenia przysługującego im poziomu ochrony zdrowotnej. Powyższe okoliczności uzasadniają nadzwyczajne obniżenie kary i ustalenie jej na poziomie **1%** kary obliczonej wyżej.

Mając powyższe na uwadze wysokość kary pieniężnej z tytułu naruszenia wskazanego w pkt I niniejszej Decyzji ustalono na kwotę 317 026 PLN (słownie złotych: trzysta siedemnaście tysięcy dwadzieścia sześć). W ocenie organu antymonopolowego wymierzona kara w wysokości stanowiącej około 0,0006% przychodu osiągniętego przez NFZ w 2010 r. i około 0,006% maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ww. ustawy i współmierna do możliwości finansowych NFZ. W ocenie Prezesa Urzędu ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi zawinienia Funduszu. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes Urzędu wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Fundusz w przyszłości reguł konkurencji. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

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

Wobec powyższego orzeczono jak w pkt II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji. Karę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

III. Art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że jeżeli w wyniku postępowania organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przepisów ww. ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia obowiązany jest ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 ww. ustawy, organ antymonopolowy rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Ponadto, stosownie do art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich

uiszczenia.

W punkcie I niniejszej decyzji organ antymonopolowy w wyniku przeprowadzonego przeciwko NFZ postępowania antymonopolowego stwierdził naruszenie przez ww. przedsiębiorcę art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Spełniona została zatem przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwalająca na obciążenie Funduszu kosztami przeprowadzonego postępowania. Ponieważ przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają, co należy rozumieć pod pojęciem „kosztów postępowania” odwołano się w tym względzie – zgodnie z art. 83 ww. ustawy – do art. 263 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, który do kosztów postępowania zalicza między innymi koszty doręczania stronom pism urzędowych. W niniejszej sprawie wyliczone w ten sposób koszty związane z korespondencją ze stroną postępowania ustalono na kwotę 26 PLN.

W związku z tym postanowiono obciążyć NFZ kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego w wysokości 26 PLN (słownie złotych: dwadzieścia sześć).

Na podstawie art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organ antymonopolowy wyznaczył stronie termin 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na uiszczenie kosztów niniejszego postępowania w wysokości 26 PLN. Powyższą kwotę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i § 2 Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach

Maciej Fragsztajn