



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**
50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)344 65 87, (071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

Wrocław, dnia 23 .12.2013 r.

RWR 411-12/12/EK

DECYZJA RWR Nr 42/2013

Stosownie do art. 33 ust. 4, 5 i 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 7 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 Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą we Wrocławiu, polegających na przyjęciu dyskryminacyjnych kryteriów rozdziału środków finansowych dla nowych świadczeniodawców, zawierających umowy - w ramach przeprowadzonego postępowania konkursowego na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) – na okres od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r., co stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 31 sierpnia 2012 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 **180 059,25 zł** (słownie złotych: sto osiemdziesiąt tysięcy pięćdziesiąt dziewięć złotych 25/100). z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu, wpłynął wniosek z dnia 13 października 2011 r. Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka we Wrocławiu (dalej „Skanmex”), „o wszczęcie postępowania wyjaśniającego” w sprawie Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia (dalej również NFZ, Fundusz). W uzasadnieniu podania wskazano, że Skanmex był uczestnikiem postępowania konkursowego nr 01-11-001648/AOS/02/3/02.7250.072.02/1, w ramach którego zawarte zostały umowy na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) na obszarze regionu wrocławskiego (powiaty: milicki, oleśnicki, oławski, strzeliński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski i m. Wrocław).

W ocenie Skanmexu umowy zawarte w wyniku tego konkursu, w oparciu o które dokonano rozdysponowania środków publicznych oddanych do dyspozycji NFZ, zawarte zostały w sposób sprzeczny z wynikami przeprowadzonego postępowania. Oferta Skanmexu uzyskała wyższą punktację aniżeli oferty trzech innych podmiotów, a mimo to wartość przyznanego mu kontraktu jest znacznie niższa w porównaniu z tymi oferentami. Spółka przypuszczała, iż przy rozdysponowaniu środków na kolejne półrocze 2011 r. dysproporcje zostaną wyrównane. Niestety tak się nie stało i Skanmex wystąpił do Funduszu z zapytaniem, dlaczego wartość jego kontraktu nie ma związku z uzyskaną punktacją w konkursie i jest niższa od wartości kontraktów podmiotów, które uzyskały w toku postępowania konkursowego niższą punktację.

W odpowiedzi – jak twierdzi Skanmex - NFZ nie zajął merytorycznego stanowiska, jednakże podtrzymał w całości swoją decyzję o sposobie i wielkości rozdysponowania środków publicznych podmiotom, biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu konkursowym. Skanmex wskazał, iż NFZ działając w ten sposób „wywołuje stan naruszenia zasady uczciwej konkurencji pomiędzy świadczeniodawcami, dyskryminując podmiot, który uzyskał wyższe oceny oferowanych świadczeń zdrowotnych, zgodnie ze stosowanymi kryteriami oceny ofert. Zdaniem Skanmexu, NFZ przeczy tym samym istocie przeprowadzonego konkursu, albowiem jego rozstrzygnięcie zapadło wbrew zasadzie równego traktowania.

Dowód: karta nr 7 - 9.

Wniosek Skanmexu, zgodnie z przepisem art. 86 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów potraktowany został jako zawiadomienie, dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

W okresie od dnia 29 października 2011 r. do dnia 25 maja 2012 r., w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „organem antymonopolowym” lub „Prezesem UOKiK”), zostało przeprowadzone z urzędu pod sygn. akt RWR-400-37/11/EK postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy w związku z działaniami NFZ nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego.

W toku postępowania podjęto analizę sposobu ustalania przez Fundusz wartości kontraktów na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) na obszarze regionu wrocławskiego (powiaty: milicki, oleśnicki, oławski, strzeliński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski i m. Wrocław), w ramach postępowania konkursowego nr 01-11-001648/AOS/02/3/02.7250.072.02/1.

Ustalenia poczynione w toku postępowania wyjaśniającego dały podstawę do przyjęcia, iż w niniejszej sprawie mogło dojść do stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i

konsumentów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w drodze podziału rynku według kryteriów podmiotowych.

W związku z powyższym postanowieniem nr 234/2012 z dnia 26 października 2012 r. wszczęto w tej sprawie postępowanie antymonopolowe (*dowód: karta nr 3*).

Ustosunkowując się do zarzutu nadużywania pozycji dominującej Fundusz wyraził przekonanie, iż nie może być on uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. art. 4 pkt 1 lit a) tej 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 Fundusz usługi są normalną działalnością gospodarczą wynikającą z ogólnych przepisów o działalności gospodarczej. Ponadto uznanie Funduszu za przedsiębiorcę byłoby sprzeczne z wykładnią pojęcia przedsiębiorstwa 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. Ponadto wskazano, że Fundusz: „(...) realizuje wyłącznie funkcje socjalne i nie prowadzi działalności polegającej na uczestniczeniu w rynku (w charakterze uczestnika gry rynkowej) oraz na zaspokajaniu na rynku cudzych potrzeb w celu osiągnięcia zysku (co jest konstytutywną cechą działalności gospodarczej). Zadania NFZ są ściśle określone ustawowo i wyczerpują się w realizowaniu celów jedynie społecznych. (...) Narodowy Fundusz Zdrowia nie może działać w celach zarobkowych (w przeciwieństwie do podmiotów, które zawierają z funduszem cywilnoprawne umowy)”. Fundusz podkreślił, że nie konkuruje z żadnymi innymi (prywatnymi) podmiotami, gdyż na rynku, na którym działa jest jedynym podmiotem. Również wskazał, że fakt sukcesji NFZ w zakresie praw i obowiązków kas chorych (zniesionych w 2003 r.) nie może obejmować sukcesji w zakresie zdolności antymonopolowej. Podkreślił, że zupełnie inny był charakter prawny kas chorych jako samorządowych instytucji ubezpieczenia zdrowotnego, zrzeszonych w ogólnopolską organizację podległych nadzorowi wyspecjalizowanego urzędu nadzoru, a zupełnie inny jest status prawny NFZ jako państwowej jednostki organizacyjnej wyposażonej w osobowość prawną, nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw zdrowia.

(*Dowód: karta nr 123 - 127*).

Ponadto Fundusz wskazał, że istotą praktyki opisanej w art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest wykorzystanie posiadanej przez dominanta siły rynkowej do uporządkowania rynku, jego ułożenia zgodnie ze strategią biznesową realizowaną przez podmiot dominujący. Podniósł, że nie stosował dyskryminacyjnych kryteriów rozdziału środków finansowych dla nowych świadczeniodawców, wyłonionych w postępowaniu nr 01-11-001648/AOS/02/3/02.7250.072.02/1. Odwołał się do złożonych w trakcie wcześniejszego postępowania wyjaśnień i powtórzył, że rozdysponował środki finansowe przeznaczone na przedmiotowe postępowanie konkursowe „w zgodzie z obowiązującymi przepisami odnosząc się do wyników postępowania konkursowego”. Stwierdził również, że środki zostały rozdysponowane z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o przekazywaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. z 2006 r. Nr 149, poz. 1076 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą podwyżkową”. Podał, że postanowienia tej ustawy wprowadzają różnicę w traktowaniu świadczeniodawców, którzy w 2006 r. byli związani umową na świadczenia opieki zdrowotnej z Funduszem.

(*Dowód karta nr 127 - 128*).

W związku z wszczęciem niniejszego postępowania, Fundusz złożył wniosek o przeprowadzenie rozprawy administracyjnej i dopuszczenie dowodów z zeznań dwóch świadków na okoliczność, że ustalenie kryteriów, jakimi kierował się Fundusz - przy ustalaniu kwot kontraktów w wyniku przedmiotowego postępowania konkursowego - miało charakter obiektywny (*dowód karta nr 128 – 129*).

W toku postępowania Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

1. Regulacje prawne dotyczące działania NFZ.

1.1. 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 (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o świadczeniach opieki zdrowotnej”. Zgodnie z art. 96 ust. 1 powołanej ustawy, Fundusz jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. Zarządza środkami finansowymi pochodzącymi w szczególności ze składek na ubezpieczenie zdrowotne (art. 97 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej). W myśl art. 97 ust. 3 powołanej ustawy, do zakresu działania Funduszu należy między innymi:

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

Zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, w skład Narodowego Funduszu Zdrowia 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 Dolnośląski Oddział Wojewódzki z siedzibą we Wrocławiu, którego właściwość miejscowa obejmuje obszar województwa dolnośląskiego. Wyjaśnienie pojęcia „świadczeń opieki zdrowotnej” znajduje się w art. 15 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Są to świadczenia, których celem jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, pielęgnacja oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie. Na podstawie art. 5 pkt 34 powołanej ustawy, do świadczeń opieki zdrowotnej zalicza się świadczenia zdrowotne, świadczenia zdrowotne rzeczowe i świadczenia towarzyszące.

1.2. Na podstawie art. 15 ust. 2 pkt 9 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, 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 między innymi ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (AOS). Zagadnienia związane z AOS w zakresie badania rezonansu magnetycznego (RM) na 2011 r. i lata następne prowadzone były m.in. w oparciu następujące akty prawne:

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.)

- ustawę z dnia 27 sierpnia 2008 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.);
- ustawę z dnia 22 lipca 2006 r. o przekazywaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. z 2006 r. Nr 149, poz. 1076 z późn. zm.),
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2008 r. Nr 81, poz. 484);
- zarządzenie Nr 49/2010/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej;
- zarządzenie Nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej;
- zarządzenie Nr 62/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 2 listopada 2009 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna;
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (Dz. U. z 2009 r. Nr 139, poz. 1142).

1.3 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 wykonujący działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej.

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. Stosownie do art. 134 ust. 1 tej ustawy, 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.

1.4. Sposób przeprowadzania konkursu ofert reguluje ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej, w art. 132 – 161 b. Kryteria oceny ofert oraz wymagane warunki udziału w postępowaniu zamieszczone są w zarządzeniu nr 73/2009/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. W zarządzeniu tym określono między innymi kryteria oceny ofert tj. jakość, kompleksowość, dostępność, ciągłość, cenę, ich wagę w ocenie łącznej oraz sposób oceny oferty pod względem kryterium ceny. Ocena ofert w postępowaniu konkursowym odbywa się w ten sposób, że przygotowując ofertę, oferent odpowiada na zestaw pytań zawartych w ankiecie, stanowiącej formularz oferty. Odpowiedzi na postawione pytania pozwalają na przydzielenie odpowiedniej liczby punktów, w oparciu o algorytm zawarty w zarządzeniu Prezesa Funduszu. Tak wyliczona liczba punktów określa miejsce oferenta na liście w rankingu ofert. Wyliczenia odbywają się w systemie informatycznym, poprzez "zaczytywanie" do systemu informatycznego ofert wraz z odpowiedziami na

pytania ankiety, które przekazywane są do Funduszu w formie elektronicznej. Warunki ustalane przez Prezesa NFZ to warunki *sine qua non* uczestnictwa w postępowaniu. Warunki te dotyczą głównie: personelu medycznego, posiadanego sprzętu, warunków lokalowych, organizacji udzielania świadczeń. (Dowód: karta nr 67 - 76).

1.5. Pierwszoplanowe znaczenie przy rozdysponowywaniu środków finansowych przez Fundusz w związku z przeprowadzonym konkursem ma plan finansowy ustalany w trybie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej (art. 118 – 121) i ostatecznie zatwierdzany przez Ministra Zdrowia w porozumieniu z Ministrem Finansów. Przewiduje on wielkość środków finansowych na poszczególne oddziały NFZ. Określa on środki na występujące rodzaje świadczeń opieki zdrowotnej, np. leczenie szpitalne (LZS), podstawowa opieka zdrowotna (POZ), ambulatoryjna opieka specjalistyczna (AOS).

Plan zakupów dotyczący ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (AOS) w zakresie badania rezonansu magnetycznego (RM) na obszarze powiatów: milickiego, oleśnickiego, oławskiego, strzelińskiego, średzkiego, trzebnickiego, wołowskiego, wrocławskiego i m. Wrocławia, na okres od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. został ustalony w kwocie 6 477 423,00 zł i wynika z zarządzenia Nr 154/2010 z dnia 14 września 2010 r. Dyrektora Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w sprawie przyjęcia do stosowania w Dolnośląskim Oddziale Wojewódzkim NFZ „Planu zakupu świadczeń opieki zdrowotnej na rok 2011” (dowód karta nr 43 - 45, 50 - 66). Fundusz podkreślił, że nie istnieją żadne uregulowania zarówno w przepisach prawa, jak i wewnętrznych dokumentach NFZ, określające sposób wyliczania kwot w postępowaniach konkursowych. *„Decyzje w tym zakresie podejmuje Dyrektor Oddziału Wojewódzkiego, mający z jednej strony zabezpieczyć dostępność ubezpieczonych do świadczeń opieki zdrowotnej poprzez zawarcie stosownych umów, z drugiej bezpiecznie i efektywnie gospodarować środkami publicznymi”*. (Dowód karta 43 -49).

2. Konkurs ofert ogłoszony przez NFZ i dokonana w jego trakcie ocena złożonych ofert.

2.1. Ogłoszenie o konkursie.

Konkurs ofert, o którym mowa w niniejszym postępowaniu, nr 01-11-001648/AOS/02/3/02.7250.072.02/1 ogłoszony przez Dolnośląski Oddział Wojewódzki NFZ dotyczył świadczeń z rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna (AOS) z zakresu: badania rezonansu magnetycznego (RM) - na obszarze obejmującym powiaty: milicki, oleśnicki, oławski, strzeliński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski i m. Wrocław. Konkurs skierowany był do oferentów, dla których organem założycielskim nie jest Minister Obrony Narodowej, Minister Sprawiedliwości i Minister ds. Wewnętrznych i Administracji.

W ogłoszeniu o przedmiotowym konkursie określono wartość zamówienia jako *„nie więcej niż 6 477 423,00 zł na okres rozliczeniowy od 01.01.2011 do 30.06.2011r”*. Zaś termin obowiązywania umów zawartych w wyniku tego konkursu to 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. (Dowód karta nr 29)

2.2. Podmioty (świadczeniodawcy) biorące udział w konkursie i wartość złożonych przez nich ofert.

Tabela nr 1

L.p.	Nazwa Świadczeniodawcy	Oferta złożona w konkursie		
		Liczba pkt*	Cena (zł)	Wartość (zł)=cena x ilość punktów
1.	Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno- Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o.	117 647	8,50	1 000 000
2.	Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław	70 110	9,50	666 045
3.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	144 000	8,80	1 267 200
4.	Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka	200 000	9,00	1 800 000
5.	Akademicki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	140 000	10,00	1 400 000
6.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne ul. Grabiszewska 105**	295 047	9,49	2 799 996
	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne ul. Traugutta 116	295 047	9,49	2 799 996
7.	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią,	53 000	9,50	503 500

	Wrocław			
8.	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu	50 000	9,50	475 000
9.	Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	300 000	10,50	3 150 000
Suma				

Źródło: opracowanie własne na podst. materiałów przesłanych przez DOW NFZ (dowód karata 16 – 17),

* „punkt” – jednostka rozliczeniowa służąca do rozliczeń świadczeń opieki medycznej,

**podmiot świadczy usługi w dwóch lokalizacjach: na ul. Grabiszyńskiej 105 i na ul. Traugutta 116.

(Dowód: karta nr 14-15).

2.3. Kryteria oceny ofert i punktacja przyznana poszczególnym ofertom.

Oferty złożone w przedmiotowym konkursie były oceniane pod względem ich zgodności z 5 kryteriami takimi jak: jakość, kompleksowość, dostępność, ciągłość i cena. Kryteria te wynikały z zarządzenia Nr 73 /2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Komisja konkursowa każdej z ofert przyznała punkty w poszczególnych kryteriach, a suma punktów dała wynik, który decydował o miejscu uzyskanym w rankingu ofert złożonych w konkursie.

Podmioty biorące udział w przedmiotowym konkursie uzyskały następującą ilość punktów:

- Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o. **46,95pkt**
- Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław **44,17pkt**;
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław **43,83 pkt**
- Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka **42,90pkt**;
- Akademicki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław **37,11pkt**
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne**36,55pkt**;
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne**36,55pkt**
- "Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław **34,17 pkt**;
- Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu **33,89pkt**

2.4. Umowy podpisane w wyniku konkursu nr 11001648/AOS/02/3/02.7250.072.02/1.

Ogłoszenie o rozstrzygnięciu tego postępowania zostało zamieszczone na stronie internetowej pod adresem <http://aplikacje.nfz-wroclaw.pl/CLOWO/konkurs/Postepowania.aspx>.

W wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania konkursowego podpisano umowy na okres od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r., na świadczenia w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna (AOS) z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) ze wszystkimi ww. podmiotami, które złożyły oferty. Fundusz podał, że „Wartość zamówienia dotycząca powyższego postępowania konkursowego obejmowała okres styczeń-czerwiec 2011. Wartości zamówień na pozostałe okresy rozliczeniowe zostały określone w drodze aneksowania umów zawartych w wyniku rozstrzygnięcia powyższego postępowania. Kolejny okres finansowy został określony również na pół roku tj. lipiec-grudzień 2011r”. Natomiast trzeci okres rozliczeniowy obejmował cały 2012 r. (Dowód: karta nr 14, 15, 31, 189).

3. Wartości środków przyznanych uczestnikom konkursu nr 11001648/AOS/02/3/02.7250.072.02/1 w ramach umów podpisanych w jego wyniku na okres od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. (w rozbiciu na kolejne 3 okresy rozliczeniowe).

Jak już wskazano powyżej, w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego konkursu Fundusz zawarł umowy z podmiotami (świadczeniodawcami) biorącymi udział w tym konkursie, na okres od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. W ramach podpisanych umów świadczeniodawcom przyznawano sukcesywnie środki finansowe na trzy kolejne okresy rozliczeniowe. (Dowód: karta nr 189 -190).

3.1. Sposób podziału środków finansowych na pierwszy okres rozliczeniowy, tj. od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r.

3.1.1. Wartość środków finansowych znajdujących się w dyspozycji NFZ na ten okres to kwota 6 477 418,43 zł. Sposób ich rozdysponowania pomiędzy podmioty biorące udział w konkursie obrazuje tabela nr 2.

Ilość punktów uzyskanych w wyniku oceny ofert przez podmioty biorące udział w konkursie oraz przyznane im wartości środków finansowych na pierwszy okres rozliczeniowy, tj. od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r.

Tabela nr 2

lp.	Nazwa Świadczeniodawcy	Pkt w rankingu	Środki przyznane w zł
1.	Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o.	46,95	266 596
2.	Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław	44,17	344 380
3.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	43,83	441 774
4.	Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka	42,90	263 672

5.	Akademicki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	37,11	523 468
6.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne, ul. Grabiszyńska 105	36,55	803 838
	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne, ul. Traugutta 116	36,55	944 851
7.	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław	34,17	397 582
8.	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu	33,89	263 322
9.	Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	30,60	2 227 942
	SUMA		6. 477418,43*

źródło: Opracowanie własne na podstawie dokumentów NFZ - dowód: karta nr 20 - 21, 33 - 34),

*kwota 6 477 418,43 była podana w ogłoszeniu konkursowym.

Świadczenia udzielane w ramach przedmiotowych umów realizowane są wyłącznie w trybie ambulatoryjnym. Szpitale uczestniczące w tym postępowaniu konkursowym, w ramach umów zawartych w jego wyniku nie rozliczały świadczeń dotyczących RM dla pacjentów szpitalnych. Rozliczano je w ramach innych umów, tj. w rodzaju leczenia szpitalne (LSZ).

Powyższa tabel nr 2 pokazuje, że wartości środków finansowych przyznanych przez NFZ poszczególnym podmiotom na okres od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r. nie miały związku z punktami uzyskanymi w wyniku oceny złożonej przez nie oferty.

(Dowód: karta nr 122)

3.1.2. Przyjęty przez NFZ algorytm podziału środków finansowych pomiędzy ww. świadczeniodawców, na okres od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r., przedstawiony Prezesowi UOKiK.

NFZ podał, że zgodnie z wynikiem konkursu podzielono 10 % środków finansowych, jakimi dysponowano na ten okres, tj. kwotę 647742,30 zł (dowód: karta nr 20). Wielkość tę (tj. 10%) Fundusz przyjął uznaniowo (dowód: karta 150) oraz arbitralnie (dowód: karta nr 93).

Z kolei za podstawę wyliczeń środków przyznanych świadczeniodawcom w wyniku podziału pozostałych 90% środków finansowych, NFZ przyjął tzw. „kwotę bazową”. Przy ustalaniu kwot bazowych, uczestników konkursu podzielono na 2 grupy: „starych” i „nowych”. NFZ podał: „Przed wszystkim na wysokość kontraktu, poza punktacją wpływ miały postanowienia tzw. ustawy podwyżkowej, która bezsprzecznie różnicuje „starych” i „nowych” świadczeniodawców (...). W tym celu NFZ przytoczył następujące przepisy tej ustawy:

- art.10f.1. „Ze świadczeniodawcami, z którymi zawarto umowy zgodnie z art. 10c ust. 1 i 3, i których oferta została wybrana w trybie, o którym mowa w art. 139 ust. 1 ustawy o świadczeniach, Fundusz jest obowiązany zawrzeć umowy, w których suma kwot zobowiązań, o których mowa w art. 136 pkt 5 ustawy o świadczeniach, będzie nie niższa niż suma kwot zobowiązań, o których mowa w art. 136 pkt 5 ustawy o świadczeniach,

wynikających z umów zawartych na 2008 r. według stanu na dzień 1 stycznia 2008 r., z zastrzeżeniem art. 10g ust. 4”.

- art.10g. „1.Świadczeniodawcy, o których mowa w art. 10f, są obowiązani przeznaczyć środki finansowe uzyskane na podstawie art. 10f w części odpowiadającej wysokości środków finansowych uzyskanych z tytułu wzrostu kwoty zobowiązania, o której mowa w art. 136 pkt 5 ustawy o świadczeniach, i stawki kapitacyjnej, zgodnie z art. 10c, na wynagrodzenia, z zastrzeżeniem ust. 2. W przypadku osób, o których mowa w art. 2 pkt 5 lit. a, świadczeniodawcy, o których mowa w art. 10f, są obowiązani przeznaczyć środki finansowe uzyskane na podstawie art. 10f w części odpowiadającej wysokości środków finansowych uzyskanych z tytułu wzrostu kwoty zobowiązania, o której mowa w art. 136 pkt 5 ustawy o świadczeniach, i stawki kapitacyjnej, zgodnie z art. 10c, na wynagrodzenia zasadnicze wraz z innymi składnikami i pochodnymi od tych wynagrodzeń.”

(Dowód karta nr 117).

Według NFZ „(...) wartość kontraktu ustalona w wyniku przeprowadzonego postępowania obwarowana jest wieloma uwarunkowaniami. W rzeczywistości nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której oferent zajmujący ostatnią pozycję w rankingu otrzyma wyższą wartość kontraktu co będzie konsekwencją zapisów cytowanej powyżej ustawy. W tym stanie rzeczy miejsce w rankingu staje się rzeczą wtórną.” (Dowód: karta nr 118).

Przyjęto, że „starzy” to podmioty, które miały wcześniej podpisane umowy na świadczenie usług z zakresu RM, a „nowi” to podmioty starające się o wykonywanie usług RM w ramach kontraktów podpisanych z NFZ po raz pierwszy. Przy ustalaniu wartości kontraktów NFZ odniósł się do połowy wartości kontraktów dotyczących RM, podpisanych na 2010 r. ze wszystkimi podmiotami świadczącymi te usługi w całym regionie dolnośląskim (por. poniżej tabela nr 3).

Połowa wartości kontraktów podpisanych z poszczególnymi podmiotami świadczącymi usługi w zakresie RM na 2010 r.

Tabela nr 3

L.p.	Nazwa Świadczeniodawcy	Wartość kontraktu w zł na 6 miesięcy 2010 r.*
1.	Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław	353 520
2.	Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	2 699 700
3.	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu	357 775
4.	Akademicki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	547 920
5.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	453 915
6.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	842 695
7.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	990 525

8.	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław	454 725
9.	Wałbrzyskie Centrum Medyczne Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Wałbrzych	1 023 525
10.	Niepubliczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej "Miedziowe Centrum Zdrowia"S.A., Lubin	368 459
11.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Legnickie Centrum Medyczne, Legnica	1 138 265
12.	Wielospecjalistyczny Szpital - Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu	392 136
13.	Centrum Diagnostyki Obrazowej Jelenia Góra	935 955
14.	4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką- SPZOZ, Wrocław**	325 935

źródło: tabela sporządzona przez NFZ,

*wartość kontraktów dotyczy całego regionu podlegającego Funduszowi, a nie tylko regionu wrocławskiego objętego przedmiotowym konkursem,

**podmiot podlegający Ministrowi Obrony Narodowej.

Za kwotę bazową dla „nowych” świadczeniodawców (dwa podmioty, poz. 8 i 9 tabeli nr 4) przyjęto połowę najniższego kontraktu z 2010 r., który to kontrakt dotyczył 4 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką - SPZOZ Wrocław. Z kolei, ustalając kwotę bazową dla „starych” świadczeniodawców wzięto pod uwagę połowę wartości kontraktów podpisanych z nimi w 2010 r., powiększoną, jak podał NFZ, o nie więcej niż 20%. Na wniosek organu prowadzącego postępowanie, o podanie uzasadnienia dla wielkości maksymalnego zwiększenia kwot bazowych o 20% dla „starych” świadczeniodawców, Fundusz wyjaśnił: *„W świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych trudno określić rzeczywisty popyt na świadczenia, które są z punktu widzenia pacjenta darmowe. Przyjęta granica zwiększenia 20% wynika z jednej strony z chęci uwzględnienia zapotrzebowania na świadczenia opieki zdrowotnej, przejawiającego się zarówno jako nadwykonania, jak i kolejki oczekujących, zaś z drugiej strony z ograniczonych możliwości finansowych Oddziału Wojewódzkiego NFZ (...). W przypadku świadczeniodawców, u których wykonanie było niższe niż obowiązujący limit umowy, Dolnośląski Oddział Wojewódzki NFZ przyjął zasadę, iż wartość wykonania stanowi ograniczenie wykonywania świadczeń spowodowane bądź to niskim popytem, bądź ograniczonymi możliwościami wykonywania świadczeń. Zarówno w jednym jak i w drugim przypadku zwiększenie wartości kontraktu mogłoby doprowadzić do nieracjonalnego zakupu świadczeń”*. (Dowód: karta nr 92). Również NFZ wskazał, że: *„(...) kwoty bazowe były zwiększane o nie więcej niż 20% wartości u Świadczeniodawców, którzy nie wykazywali istotnych niedowyońań.”* (dowód: karta nr 122). W toku postępowania ustalono, że kwoty zwiększeń nie były dla wszystkich „starych” takie same. Zróźnicowanie ich wynikało z prognozy dotyczącej wykonania kontraktów podpisanych przez te podmioty na 2010 r. NFZ podał, iż za wykonanie kontraktu przyjęto poziom prognozy powyżej 90% wartości kontraktu. Przyznana kwota po „podwyżce” nie mogła wynosić jednak więcej niż złożona oferta, np. Euromedicare

miał zwiększone środki o około 11 %, ponieważ był to maksymalny poziom zwiększenia przy którym kwota bazowa nie przekraczała wartości złożonej oferty – por. tabela nr 4. Natomiast NFZ nie wyjaśnił, dlaczego w przypadku Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego kwota zwiększenia wynosiła około 5,6 % (por. tabela nr 4).

Fundusz tłumacząc podwyżki kwot bazowych dla „starych” świadczeniodawców wyjaśnił, że „Należy bowiem zauważyć, że część z tych podmiotów realizując wartość świadczeń ponad limit określony w umowie, podjęła ryzyko gospodarcze, polegające na zagrożeniu nieotrzymania nigdy i w żadnym nawet ułamku zapłaty za nie. Ponadto zamiarem Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego było zwiększenie liczby wykonywanych świadczeń oraz rozładowanie kolejek oczekujących, co osiągnąć można poprzez zwiększenie wartości kontraktu u Świadczeniodawców, którzy realizowali dotychczasową wartość kontraktu. W tym stanie rzeczy zwiększenie wartości bazowej miało stanowić swoistą rekompensatę poniesionego ryzyka a także spowodować skrócenie czasu oczekiwania na wykonanie świadczeń (...). Zgodnie z danymi przekazywanymi do DOW NFZ przez Świadczeniodawców przeciętny czas oczekiwania na badanie rezonansu magnetycznego w połowie 2010 r. wynosił średnio około 100 dni, zaś w kolejkach oczekiwało łącznie około 3 tysiące osób, zgodnie z przedstawionymi raportami najtrudniejsza sytuacja występowała w Akademickim Szpitalu Klinicznym (czas oczekiwania ponad 200 dni) oraz Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym (ponad tysiąc osób oczekujących)”, (dowód karta nr 118, 119).

Wielkość kwot bazowych ustalono odnosząc się do połowy środków (dzielono środki na ½ roku), jakie otrzymały podmioty, z którymi NFZ zawarł umowy w 2010 r. w zakresie RM dla wszystkich regionów, tj. wrocławskiego, legnickiego, wałbrzyskiego, jeleniogórskiego, a nie tylko powiatów regionu wrocławskiego, o którym mowa w ogłoszeniu o konkursie - patrz tabela nr 3.

Na pytanie Prezesa UOKiK, dlaczego wysokość kwot bazowych odnosi się do wartości umów zawartych na 2010 r., NFZ wyjaśnił: „Umowy obowiązujące w roku 2009 były aneksowane na rok 2010 i wyliczając propozycje wartości umów na rok 2011 w trakcie rozstrzygnięcia bazowano na danych o wartości umów z roku 2010. W związku z tym, że w roku 2010 aneksowano umowy z roku 2009 wartości kontraktów z założenia wypełniały ustawowy obowiązek zagwarantowania świadczeniodawcom sumy kwot zobowiązań na poziomie nie niższym niż suma kwot zobowiązań wynikających z umów zawartych w 2008 r. Zatem w umowach zawieranych na rok 2011 w drodze rozstrzygnięcia postępowania konkursowego, sumy gwarantowane na poszczególne zakresy odpowiadały połowie kwot przewidzianych w roku 2009”. (Dowód: karta nr 179).

Wielkości tzw. kwot bazowych przyznanych poszczególnym uczestnikom konkursu przedstawia tabela nr 4.

Kwota bazowa ustalona przez NFZ dla podmiotów (świadczeniodawców) biorących udział w konkursie (w oparciu o zwiększenie kwoty połowy kontraktu z 2010 r.)

Tabela nr 4

Lp.	Nazwa świadczeniodawcy	KONTRAKT 2010 na 6 miesiący	PROGNOZA WYKONANIA 2010 SUMA na 6 miesięcy	% prognoza wyk do początkowej	kwota bazowa	% zwiększenia wartości kontraktu z 2010r.

1.	Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław	353 520	593 482	190%	424 224	20%
2.	Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	2 699 700	2 582 315	96%	2 850 000	ok.5,6%
3.	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu	357 775	333 733	87%	333 733	0%*
4.	Akademicki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	547 920	522 000	95%	657 504	20%
5.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	453 915	450 353	105%	544 698	20%
6.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	842 695	905 645	108%	1 011 234	20%
	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	990 525	1 258 064	130%	1 188 630	20%
7.	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław	454 725	457 936	101%	503 500	Ok. 11%
8.	Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka	0	0	0%	325 935	0%
9.	Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o.	0	0	0%	325 935	0%

SUMA 8165393

Źródło: Opracowanie własne na podstawie dokumentów NFZ,

*brak zwiększenia bazy wynikał z prognozy wykonania kontraktu na 2010 r. niższej niż 90%.

Kwoty bazowe, stanowiły podstawę do podziału 90% środków przyznanych na realizację usługi, której dotyczył konkurs tj. kwoty 5 829 680,7 (90% z kwoty 6 477 423). Ponieważ suma kwot bazowych ustalonych przez NFZ (8 165 393) przekraczała kwotę 90 % środków (5829680 zł) znajdujących się w dyspozycji Funduszu, sumę kwot bazowych zredukowano, stosując jednakowy dla wszystkich współczynnik $0,71395$ ($5\,829\,680 / 8\,165\,393 = 0,71395$). Dane zawiera tabela nr 5.

(Dowód: karta nr 19 - 20).

Zredukowane kwoty bazowe przydzielone przez NFZ poszczególnym świadczeniodawcom.

Tabela nr 5

L.p.	Nazwa Świadczeniodawcy	Kwota bazowa	Zredukowana kwota bazowa	Odsetek bazowej
	1	2	3	4=3/2
1.	Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław	424 224	302 875	0,71395
2.	Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	2 850 000	2 034 757	0,71395
3.	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu	333 733	238 268	0,71395
4.	Akademycki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	657 504	469 425	0,71395
5.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	544 698	388 887	0,71395
6.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	1 011 234	721 970	0,71395
	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	1 188 630	848 622	0,71395
7.	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław	503 500	359 474	0,71395
8.	Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka	325 935	232 701	0,71395
9.	Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o.	325 935	232 701	0,71395
	Suma	8 165 393 zł	5829680 (90% kwoty z wartości konkursu 6 477 423)	

źródło: Opracowanie własne na podstawie dokumentów NFZ.

NFZ podał, że „(...) nie sposób przy podziale środków zupełnie pominąć pozycje oferenta w rankingu, która de facto odzwierciedla jakość, kompleksowość i dostępność oferowanej usługi oraz różnicuje podmioty pod względem proponowanej ceny przyznając wyższą liczbę punktów tym oferentom, którzy skłonni są świadczyć usługi po konkurencyjnej cenie. Stąd też waząc wszystkie wskazane powyżej elementy Oddział przyjął, że pozycja w rankingu będzie uwzględniana jako element nie najwyższej rangi, stąd też przyznano jej wagę 10%” i dlatego przedstawił sposób podziału 10% środków przyznanych na realizację zamówienia tj. kwotę 6 477 42,3 (10% kwoty 6 477 423).

Dla każdego ze świadczeniodawców NFZ wyliczył tzw. kwotę zwiększenia pochodzącą z podziału tych 10 % środków. Sposób wyliczeń tych kwot obrazuje tabela nr 6 (patrz kolumna 7).

(Dowód: karta nr 20- 2, 119).

Środki finansowe przyznane przez NFZ uczestnikom konkursu, na okres od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r.

Tabela nr 6

Lp	Nazwa Świadczeniodawcy	zredukowana kwota bazowa (por. tabela nr 4)	pkt w rankingu	waga	Udział % wagi w ich sumie	Wartość zwiększenia (wartość z kolumny 6 pomnożona przez kwotę 10% środków	Wartość końcowa (Suma zredukowanej kwoty bazowej i zwiększenia z kolumny 7)
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	Dolność. Centrum Onkologii, Wrocław	302 875	44,17	2,2946	0,06408	41 505	344 380
2.	Woj. Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	2 034 757	30,60	10,6804	0,29824	193 185	2 227 942
3.	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1	238 268	33,89	1,3851	0,03868	25 053	263 322
4.	Akademicki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	469 425	37,11	2,9878	0,08343	54 043	523 468

5.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	388 887	43,83	2,9239	0,08165	52 887	441 774
6.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	721 970	36,55	4,5261	0,12639	81 867	803 838
	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	848 622	36,55	5,3201	0,14856	96 229	944 851
7.	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław	359 474	34,17	2,1068	0,05883	38 108	397 582
8.	Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka	232 701	42,90	1,7122	0,04781	30 970	263 672
9.	Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o.	232 701	46,95	1,8739	0,05233	33 894	266 596

źródło: Opracowanie własne na podstawie dokumentów NFZ - dowód: karta nr 20 - 21, 33 - 34).

Sposób wyliczenia wag - dla poszczególnych świadczeniodawców – NFZ przedstawił w tabeli. Przedstawia go poniższa tabela nr 7 (4 kolumna). (Dowód karta nr 22 -23).

Sposób ustalania wag służących NFZ do podziału 10% środków przyznanych na realizację świadczeń w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r.

Tabela nr 7

Lp. *	90 % zredukowanej kwoty bazowej	pkt w rankin- gu	Metodologia wyliczeń	Wynik	Metodologia wyliczeń	Wynik - udział % wyniku
1	2	3	4	5=4	6	7=6
1.	302 875	44,17	= 44,17 * 302.875 / 5.829.681	2,29465	= 2,294647980241 / 35,8110673267084	6,41%
2.	2 034 757	30,60	= 30,60 * 2.034.757 / 5.829.681	10,68044	= 10,6804418771051 / 35,8110673267084	29,82%
3.	238 268	33,89	= 33,89 * 238.268 / 5.829.681	1,38510	= 1,38509700452244 / 35,8110673267084	3,87%
4.	469 425	37,11	= 37,11 * 469.425 / 5.829.681	2,98782	= 2,98781545651357 / 35,8110673267084	8,34%
5.	388 887	43,83	= 43,83 * 388.887 / 5.829.681	2,92388	= 2,9238837003855 / 35,8110673267084	8,16%
6.	721 970	36,55	= 36,55 * 721.970 / 5.829.681	4,52612	= 4,52612277952346 / 35,8110673267084	12,64%
	848 622	36,55	= 36,55 * 848.622 / 5.829.681	5,32012	= 5,3201191014394 / 35,8110673267084	14,86%
7.	359 474	34,17	= 34,17 * 359.474 / 5.829.681	2,10683	= 2,10682885115443 / 35,8110673267084	5,88%
8.	232 701	42,90	= 42,90 * 232.701 / 5.829.681	1,71222	= 1,71222410006623 / 35,8110673267084	4,78%
9.	232 701	46,95	= 46,95 * 232.701 / 5.829.681	1,87389	= 1,87388647575729 / 35,8110673267084	5,23%
	5 829 681			35,81107		100,0%

źródło: opracowanie własne na podstawie zestawienia tabelarycznego przesłanego przez NFZ,

* liczba porządkowa odpowiada podmiotom z tabeli nr 6.

Wyjaśniając powyższy sposób wyliczeń NFZ wskazał, że dla każdego świadczeniodawcy w jednolity sposób wzięto pod uwagę liczbę punktów w rankingu, uwzględniając jednocześnie wielkość kwoty bazowej w stosunku do sumy kwot bazowych (dowód: karta nr 23). NFZ podał, że „Zgodnie z przedstawioną metodologią wszyscy Świadczeniodawcy traktowani byli w wyliczeniach jednakowo, różnica zaś dotyczyła wyliczenia kwot bazowych dla Świadczeniodawców kontynuujących umowy z DOW NFZ i zawierających je po raz pierwszy (...)”, (dowód: karta nr 22).

W przedstawionym przez NFZ sposobie liczenia wag ich wielkość ma związek ze zredukowaną kwotą bazową, ustaloną dla każdego ze świadczeniodawców przy podziale 90% środków, przeznaczonych na zakup świadczeń w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r.

3.2. Sposób rozdysponowania przez Fundusz środków finansowych pomiędzy uczestników konkursu, na okres od 1 lipca 2011 r. do 31 grudnia 2011 r.

NFZ wyjaśnił, iż przydzielając środki poszczególnym świadczeniodawcom, na okres od 1 lipca 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. „brał pod uwagę zarówno wielkość umowy w styczeń – czerwiec 2011 r. jak również jej realizację oraz środki jakie były dostępne w tym rodzaju świadczeń w Planie Finansowym Oddziału. W przypadku realizacji umowy w okresie styczeń - kwiecień 2011 na poziomie powyżej 75%, świadczeniodawcy przyznawano wartość umowy na poziomie kontraktu w okresie styczeń - czerwiec 2011 r. Natomiast w przypadku realizacji poniżej 75% wartość umowy uległa zmniejszeniu”. NFZ podał również: „(...) jeden ze świadczeniodawców (Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu, kod 3101107), otrzymał propozycję na okres lipiec - grudzień 2011, niższą od pierwotnej wartości umowy w okresie styczeń - czerwiec 2011. Wszyscy pozostali otrzymali propozycje finansowe na poziomie pierwotnej wysokości umowy z okresu styczeń - czerwiec 2011 r.”. (Dowód: karta nr 190).

Środki przyznane świadczeniodawcom na okres od 1 lipca 2011 r. do 31 grudnia 2012 r.

Tabela nr 8

lp.	Nazwa Świadczeniodawcy	Środki przyznane na okres od 1.01 do 30.06.2011*	Środki przyznane na okres od 1.07 do 31.12.2011*
1.	Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o.	266 594	266 594
2.	Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław	344 375	344 375
3.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	441 777,6	441 777,6
4.	Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka	263 673	263 673

5.	Akademycki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	523 459,50	523 459,50
6.	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	803 840,96	803 840,96
	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	944 852,87	944 852,87
7.	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław	397 584,5	397 584,5
8.	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu	263 321	197495,50
9.	Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	2 227 940	2 227 940

źródło: (opracowanie własne na podstawie dokumentów NFZ - dowód: karta nr 190 - 193).

*kilkuzłotowe różnice w stosunku do tab. 1 i 5 wynikają z zaokrągleń systemu NFZ

3.3. Sposób rozdysponowania przez Fundusz środków finansowych pomiędzy uczestników konkursu, na okres od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2012 r.

W piśmie z dnia 23 października 2013 r. NFZ wskazał: *”Wyliczenia wartości kontraktów na kolejny okres tj. styczeń - grudzień 2012 w badanym obszarze również oparto na wielkości zawartych umów w 2011 roku oraz ich realizacji jak również środków jakie były dostępne w tym rodzaju świadczeń w PF Oddziału, DOW NFZ zaproponował Świadczeniodawcom zwiększenie finansowania w okresie styczeń - grudzień 2012 na podstawie prognozowanej realizacji w roku 2011. W przedmiotowym obszarze kontraktowania jeden ze Świadczeniodawców (Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu), otrzymał propozycję na okres styczeń - grudzień 2012, niższą od pierwotnej wartości umowy w 2011 roku ze względu na niższą realizację umowy w tym okresie. Świadczeniodawca (Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu) otrzymał propozycje na 2012 rok na poziomie pierwotnej wartości umowy z roku 2011 tj. na poziomie przewidywanej realizacji w tym okresie.”* W tym samym piśmie NFZ podał, że *„W okresach 07-12 2011 oraz 01-12 2012 DOW NFZ nie stosował zasady podziału środków zgodnie z wynikiem konkursu 10% środków według punktacji przyznanej w konkursie. Wyliczenia kolejnych propozycji oparto na wartości umów zawartych w wyniku rozstrzygnięcia, gdzie już część środków pochodziła z rozdziału 10% kwoty postępowania według oceny punktowej oferty. Dodatkowo kierowano się obserwowanym zapotrzebowaniem na tego rodzaju świadczenia na podstawie realizacji przez poszczególnych Świadczeniodawców w tym okresie.”* (Dowód: karta nr 190-193).

Wielkości środków przyznanych świadczeniodawcom na rok 2012 r. obrazuje kolumna 6 tabeli nr 9. Natomiast ich % wzrost w stosunku do środków otrzymanych w 2011 r. pokazuje kolumna 7 tej samej tabeli.

Środki otrzymane przez świadczeniodawców w poszczególnych okresach rozliczeniowych.

Tabela nr 9

lp	Nazwa Świadczeniodawcy	Pkt w rankingu	Środki przyznane na okres od 1.01 do 30.06.2011*	Środki przyznane na okres od 1.07 do 31.12.2011*	Środki przyznane na 2012 r.	%wzrost w 2012 r. w stosunku do środków z 2011r.
1	Polsko-Amerykańskie Centrum Sudeckie Angiologiczne American Heart of Poland Sp. z o.o.	46,95	266 594	266 594	701505	31,56%
2	Dolnośląskie Centrum Onkologii, Wrocław	44,17	344 375	344 375	1 408755	104%
3	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Konsylium dr n. med. Jerzy Garcarek spółka jawna, Wrocław	43,83	441 777,6	441 777,6	1 102640	24,8%
4	Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ Skanmex Diagnostyka	42,90	263 673	263 673	823770	56,2%
5	Akademicki Szpital Kliniczny Im. Jana Mikulicza - Radeckiego, Wrocław	37,11	523 459,50	523 459,50	1 238230	18,3%
6	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	36,55	803 840,96	803 840,96	1 827584,2	13,7%
	Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wrocławskie Centrum Medyczne	36,55	944 852,87	944 852,87	3 487290,3	84,5%
7	"Euromedicare" Szpital Specjalistyczny z Przychodnią, Wrocław	34,17	397 584,5	397 584,5	796860	0,2%
8	Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 we Wrocławiu	33,89	263 321	197495,50	376200	-18,4%
9	Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu	30,60	2 227 940	2 227 940	4455880	0%

Źródło: (Opracowanie własne na podstawie dokumentów NFZ - dowód: karta nr193).

NFZ nie wyjaśnił, powodów dla których procentowy wzrost środków przyznanych poszczególnym świadczeniodawcom na 2012 r. był zróżnicowany w stosunku do środków przyznanych im w 2011 r. i wynosił od 0,2% do 104%. Podał jedynie: „(...) kierowano się obserwowanym zapotrzebowaniem na tego rodzaju świadczenia na podstawie realizacji przez poszczególnych Świadczeniodawców w tym okresie”. NFZ nie wyjaśnił w jaki sposób mierzył takie zapotrzebowanie.
(dowód: karta nr 191 - 193).

4. Rozwiązanie umów zawartych w wyniku przedmiotowego konkursu.

Umowy zawarte w wyniku ww. postępowania konkursowego NFZ rozwiązał w drodze trzymiesięcznego wypowiedzenia przed terminem na jaki zostały one zawarte, tj. z dniem 31 sierpnia 2012 r. Jednocześnie zostały ogłoszone postępowania konkursowe, które miały wyłonić świadczeniodawców do realizacji umów w okresie od dnia 1 września 2012 r. do dnia 30 czerwca 2015 r.
(Dowód: karta nr 122, 128).

5. Informacje pozyskane w trakcie rozprawy z dnia 26 kwietnia 2013 r.

W trakcie rozprawy przesłuchano w charakterze świadka Michała Dziegielewskiego – Zastępcę Dyrektora ds. Medycznych Funduszu. Na pytanie dlaczego przyjęto, że zgodnie z rankingiem ofert rozdzielone zostanie 10% wartości środków, świadek odpowiedział, że „wielkość tę przyjęto uznaniowo”.

W charakterze strony przesłuchano Wioletę Niemiec – Dyrektora DOW NFZ, która oświadczyła, „że przyjęte w postępowaniu konkursowym zasady nie miały charakteru dyskryminującego wobec żadnego oferenta biorącego udział w postępowaniu, ustalone były obiektywnie i na żadnym etapie postępowania nie tworzone oddzielnych zasad dla pojedynczych oferentów, które mogłyby preferować jednych kosztem drugich lub różnicować w sposób nierównoprawny”.

Na rozprawie strona zobowiązała się do załączenia do akt sprawy zestawienia dotyczącego kolejek na RM w odniesieniu do świadczeniodawców biorących udział w konkursie z wykazaniem średniego czasu oczekiwania i liczby osób oczekujących. Realizując powyższe, NFZ przesłał załączoną do pisma z dnia 14 czerwca 2013 r. tabelę (zał. nr 5) zatytułowaną „Procedura rezonansu magnetycznego za pierwsze półrocze 2010 według stanu na dzień 13.06.2013”, która nie zawiera danych dotyczących długości kolejek u wszystkich „starych” świadczeniodawców, za okres pierwszego półrocza 2010 r.
(Dowód: karta nr 149 – 151, 174).

6. Informacje uzyskane przez Prezesa Urzędu dla potrzeb niniejszego postępowania od pięciu oddziałów wojewódzkich NFZ.

- Śląski Oddział Wojewódzki - w piśmie z dnia 23 kwietnia 2012 r. (WSOZ-III-073-42-764-gn/12) - poinformował, że wartość kontraktów zawartych z poszczególnymi podmiotami leczniczymi w wyniku rozstrzygnięcia postępowań konkursowych odpowiada uzyskanej przez oferty tych podmiotów w procesie oceny łącznej liczbie punktów, która decydowała o pozycji poszczególnych ofert w rankingu końcowym postępowania. Tym samym oferty zajmujące czołowe miejsca w rankingach ofert poszczególnych postępowań „premiowane” były poprzez przyznanie im wyższej liczby

punktów rozliczeniowych. Fakt posiadania w poprzednich latach przez dany podmiot leczniczy umowy o wykonanie świadczeń zdrowotnych z NFZ nie przekładał się bezpośrednio na zaproponowaną przez NFZ wartość umowy. W Śląskim Oddziale Wojewódzkim w wyniku rozstrzygnięcia postępowań konkursowych mają miejsce jednostkowe przypadki, gdy podmiot leczniczy pomimo zajęcia czołowej pozycji w rankingu przez jego ofertę, ostatecznie uzyskał niższy kontrakt od podmiotów, których oferty uzyskały niższą punktację w procesie oceny. Do zawarcia kontraktów w takim kształcie doszło wówczas, gdy: wartość na jaką opiewała oferta była niższa od zaproponowanej w ofertach niżej ocenionych oraz istniały uzasadnione wątpliwości odnośnie możliwości wykonania kontraktu o wyższej wartości, w oparciu o potencjał wykonawczy zaprezentowany w ofercie. *(Dowód: karta nr 80-81)*

- Małopolski Oddział Wojewódzki - w piśmie z dnia 24 kwietnia 2012 r. (WSOZ I/II-075-18-RS/12) – wskazał, że pozycja oferty w tzw. rankingu końcowym nie przesądza o liczbie kontraktowanych świadczeń, która jest ograniczona formalnie wysokością samej oferty oraz merytorycznie zgłoszonym w niej potencjałem wykonawczym świadczeniodawcy (wyrażonym np. liczbą godzin pracy, liczbą łóżek, wydolnością aparatury medycznej – odpowiednio do charakteru świadczeń). Ostatecznie może się zdarzyć, że dana oferta zostanie wybrana z wyższej pozycji, ale z mniejszą liczbą kontraktowych świadczeń. *(Dowód karata nr 82-83).*

- Mazowiecki Oddział Wojewódzki - w piśmie z dnia 25 kwietnia 2012 r. (SASS-075-7-2-RW/12/30199) – stwierdził, że wartość zawartego ze świadczeniodawcą kontraktu, będącego wynikiem postępowania konkursowego, nie zawsze odpowiada punktacji uzyskanej przez poszczególne podmioty. Uwarunkowane to jest między innymi: indywidualną wartością oferty, będącą propozycją wartości przyszłego kontraktu – oferta, która uzyskała najwyższą ocenę w rankingu ofert w postępowaniu konkursowym, może zawierać propozycję wartości mniejszą, niż oferty o niższej pozycji w rankingu. *(Dowód: karta nr 84 – 85).*

- Zachodniopomorski Oddział Wojewódzki - w piśmie z dnia 25 kwietnia 2012 r. (WSOZ/III/075-13-wk/12) – stwierdził, że w zakresie rezonansu magnetycznego, w wyniku przeprowadzonego postępowania konkursowego zawarto umowy wieloletnie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. z ośmioma wybranymi oferentami. Zasadą jest, iż wartość uzyskanych przez oferentów kontraktów stanowi konsekwencje miejsca, które złożona przez nich oferta zajęła w przeprowadzonym przez komisje konkursowe rankingach ofert. Bezpośredni wpływ na wysokość uzyskanego przez oferenta kontraktu mają również następujące elementy, które nie mają bezpośredniego przełożenia na liczbę punktów uzyskanych w rankingu ofert, tj. plan zakupu świadczeń, zaproponowana przez oferenta liczba punktów w samej ofercie, potencjał wykonawczy oferenta, negocjacje prowadzone z oferentem. *(Dowód: karta nr 86- 88).*

- Wielkopolski Oddział Wojewódzki - w piśmie z dnia 26 kwietnia 2012 r. (WSOZ/Z/075-62337-KK/ASDK12) – stwierdził, że uzyskana w procesie oceny ofert liczba punktów nie decyduje o wartości kontraktu, ustalonej w toku negocjacji z oferentem. Wielkość kontraktu zależy od wielkości planu rzeczowo-finansowego,

określonego przez oferenta w ofercie oraz zasobów świadczeniodawcy w kontekście zdolności do wykonania oferowanej liczby świadczeń. Natomiast fakt udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w oparciu o umowę z NFZ w latach poprzednich nie stanowi kryterium podlegającym ocenie. Przesunięcia z danego zakresu mogą świadczyć np. o przeszacowaniu kontraktu. Na tej podstawie Komisja bada w jakim stopniu świadczeniodawca zrealizował kontrakt. W wyniku prowadzonej w oparciu o obowiązującą procedurę kontraktowania świadczeń weryfikacji ofert w kontekście liczby oferowanych przez oferenta świadczeń oraz potencjału wykonawczego świadczeniodawcy występują sytuacje, w których pomimo wysokiej punktacji uzyskanej w rankingu ofert ustalona w procesie negocjacji z danym oferentem liczba świadczeń jest niższa w stosunku do oferentów, którzy zostali niżej ocenieni. Powyższe ma miejsce np. z uwagi na mniejszą liczbę świadczeń oferowaną przez oferenta lub niewystarczający potencjał wykonawczy w stosunku do oferowanej liczby świadczeń. (*Dowód: karta nr 89 - 90*).

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Określenie zarzutu

W niniejszym postępowaniu NFZ postawiono zarzut nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, do którego doszło w drodze działań Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą we Wrocławiu, polegających na przyjęciu dyskryminacyjnych kryteriów rozdziału środków finansowych dla nowych świadczeniodawców, zawierających umowy - w ramach przeprowadzonego postępowania konkursowego na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) - na okres od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r., co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stawianych NFZ zarzutów wymaga zatem ich rozstrzygnięcia pod kątem przesłanek zastosowania art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Naruszenie interesu publicznoprawnego

Na wstępie rozważenia wymaga kwestia, czy przedmiotowa sprawa ma charakter antymonopolowy, tzn. czy w jej okolicznościach doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest 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 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 zjawiska². Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w odniesieniu do konkurencji chroni interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego³.

Rynek funkcjonuje prawidłowo wówczas, gdy zagwarantowana jest możliwość powstania na nim i rozwoju konkurencji. Dobrem chronionym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie mechanizmu konkurencji w takim ujęciu należy uznać działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą zaburzeń na rynku rozumianych jako negatywne zjawiska charakteryzujące jego funkcjonowanie⁴. Z publicznoprawnego charakteru ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika zatem, 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 Prezes UOKiK stwierdził, iż zakwestionowane działania Funduszu spełniają powyższy wymóg, albowiem przedmiotem ochrony ustawowej jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku, na którym działają przedsiębiorcy, którzy byli chociażby potencjalnymi adresatami praktyki Funduszu. Postępowanie dotyczy zarzutu powszechnego, dotyczącego wszystkich potencjalnych świadczeniodawców, zarzutu nierównoprawnego ich traktowania. Działania te bez wątpienia wywierają istotny wpływ na warunki funkcjonowania świadczeniodawców na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w drodze działań polegających na przyjęciu dyskryminacyjnych kryteriów rozdziału środków finansowych dla „nowych” świadczeniodawców, zawierających umowy - w ramach przeprowadzonego postępowania konkursowego na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM). Opisane działania mają wpływ na sytuację szerokiego kręgu osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym korzystających z tych świadczeń. Kwestionowana praktyka Funduszu dotyczy finansowanych przez niego świadczeń, w których podstawą zawarcia umowy ze świadczeniodawcą jest pozytywny dla niego przebieg postępowania konkursowego o udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM).

Oprotestowane zachowania Funduszu oddziałują negatywnie zarówno w stosunku do podmiotów chcących udzielać świadczeń opieki zdrowotnej w omawianym rodzaju poprzez utrudnianie im możliwości wejścia na rynek, jak i w stosunku do konsumentów (świadczeniobiorców) poprzez ograniczenie możliwości wyboru przedsiębiorcy

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

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

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

udzielającego ww. świadczeń. W analizowanym przypadku przedmiotem ochrony antymonopolowej jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku poprzez wyeliminowanie barier dostępu opracowanych i wprowadzonych przez Fundusz dla nowych świadczeniodawców. Sprawa, którą rozpatruje Prezes UOKiK dotyczy zatem naruszenia samej instytucji konkurencji. Tym samym jest ona prowadzona w interesie publicznym. Wyłącznie w warunkach konkurencji przedsiębiorcy (świadczeniodawcy) i konsumenci mają gwarancje realizacji zasady konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Wówczas przedsiębiorcy mogą konkurować pomiędzy sobą w celu osiągnięcia maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży swoich towarów lub usług i zaspakajając należycie potrzeby odbiorców tych towarów lub usług.

W tej sytuacji Prezes Urzędu uznał, że niniejsza sprawa dotyczy naruszenia interesu publicznoprawnego i podejmując interwencję, wypełniony został cel art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Status przedsiębiorcy

Przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego są praktyki dotyczące nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez przedsiębiorcę (art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Kwestią wymagającą rozważenia jest zatem, czy Narodowy Fundusz Zdrowia posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ww. ustawy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy, ilekroć jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także między innymi osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Pojęcie „usług użyteczności publicznej” nie zostało zdefiniowane w polskim prawie. Wykładnia tego pojęcia uwzględnia znaczenie, jakie nadają mu inne przepisy prawa. W orzecznictwie uznano, że na potrzeby przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów znaczenie pojęcia „usług użyteczności publicznej” można ustalić poprzez wskazanie celu, któremu działalność ta ma służyć⁵. Omawiany termin przybliżyła ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (j.t. Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236 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 (j.t. Dz. U. z 2013r., poz. 549 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 dostępnych⁶. Z orzecznictwa wynika, że usługi o charakterze użyteczności publicznej ukierunkowane są przede wszystkim na zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa takich, jak zaopatrywanie ludności w wodę, gaz,

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

⁶ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. C. Banasińskiego i E. Piontka, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 57.

energię elektryczną, zapewnienie opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, komunikacji oraz utrzymywanie dróg publicznych⁷.

W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, jak już wskazano powyżej, również nie zdefiniowano pojęcia „organizowania” usług użyteczności publicznej. Zgodnie z poglądami orzecznictwa termin ten należy odnosić do działalności polegającej na tworzeniu podstaw świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców i działań zmierzających do uzyskania ładu w zakresie określonej działalności rynkowej. W doktrynie organizowanie tych usług rozumiane jest jako kreowanie stosownych warunków (ekonomicznych, finansowych, technicznych, organizacyjnych) umożliwiających świadczenie usług zupełnie innym podmiotom. Za organizujące usługi o charakterze użyteczności publicznej uważa się te podmioty, które dzięki specjalnej pozycji nadanej im przez prawo lub wskutek uprawnień korporacyjnych mogą kształtować zachowania innych uczestników rynku, ingerując tym samym w stan konkurencji⁸.

Należy również wskazać, iż pojęcie przedsiębiorcy z punktu widzenia prawa konkurencji należy odnieść do wszystkich osób i organizacji, które uczestniczą w obrocie gospodarczym i tym samym mają możliwość wpływania na warunki konkurencji, również, gdy nie są one nastawione na osiąganie zysku. Zasadniczą przesłanką traktowania podmiotów, które nie przynoszą zysków jako przedsiębiorcy 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 tej ustawy Fundusz w szczególności zarządza środkami finansowymi pochodzącymi ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. W tym zakresie działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych. 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. Innymi słowy, w procesie kontraktowania umów określa on zasady i warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, co oznacza, że organizuje system opieki zdrowotnej⁹. Organizowanie systemu opieki zdrowotnej jest realizowaniem obowiązków w zakresie ochrony zdrowia ubezpieczonych, czyli organizowaniem zadań publicznych w zakresie określonym w art. 68 Konstytucji RP¹⁰.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, że świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych przez NFZ są usługami o charakterze użyteczności publicznej, zaś Fundusz wykonując wskazane zadania prowadzi działalność w zakresie organizowania tych usług. Narodowy Fundusz Zdrowia jest zatem przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji, a jego działalność podlega ograniczeniom wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

⁷ 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.

⁸ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz pod red. prof. T. Skocznego ... - op.cit., s. 129.

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

¹⁰ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VI Aca 530/08).

Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który np. 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. Podobnie wypowiedział się 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, tą 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 tym miejscu Prezes UOKiK stwierdza, że przedstawioną argumentację Funduszu o braku po jego stronie legitymacji do bycia stroną w niniejszym postępowaniu uważa za chybioną, z uzasadnieniem jak powyżej.

Fundusz w trakcie niniejszego postępowania podniósł, że wprowadzie status przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym miały Regionalne Kasy Chorych, ale jego zdaniem nie dowodzi to o takim statusie Funduszu. Odpowiadając na ten argument należy zauważyć, że do dnia 31 marca 2003 r. obowiązek organizowania świadczeń na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym spoczywał na Regionalnych Kasach Chorych (podmiotach realizujących zadania o charakterze użyteczności publicznej), które będąc instytucjami samorządowymi reprezentowały ubezpieczonych i posiadały na mocy art. 66 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz. U. nr 28 poz. 153 z późn. zm.) osobowość prawną. Instytucje te odpowiadały pojęciu przedsiębiorcy jako podmiotowi organizującemu świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej gdyż kreowały rynek usług publicznych, a tym samym mogły podlegać ocenie z punktu widzenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹¹. NFZ wchodząc zgodnie z wolą ustawodawcy w prawa i obowiązki regionalnych kas chorych stał się tym samym następcą prawnym tych instytucji, a co za tym idzie, będąc państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, jest powołany nie tylko do wykonywania zadań wynikających z ustawy o jego powołaniu, ale także do zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych ubezpieczonym. Stanowisko takie znajduje uzasadnienie w dotychczasowym orzecznictwie¹².

Reasumując, Prezes UOKiK stwierdza, że **Funduszowi przysługuje przymiot przedsiębiorcy - w znaczeniu art. 4 pkt 1 lit.a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym działania Funduszu mogą być przedmiotem oceny w świetle przepisów tej ustawy.**

¹¹ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s.34.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2004 r. (sygn. akt III SK 24/04).

Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7). 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 jakości¹³. 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 geograficznym¹⁴.

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 takie 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 zdrowotne w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM). Jednocześnie, mając na uwadze kryterium wyznaczenia rynku właściwego, jakim jest substytutywność 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, komercyjnego¹⁵. Tak, więc żadne inne usługi nie stanowią substytutu dla usług medycznych świadczonych w ramach organizowania przez NFZ świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych.

¹³ E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 49.

¹⁴ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 grudnia 2002 r. (sygn. akt XVII Ama 19/01).

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VI ACa 530/08).

Reasumując, 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 prawa. Fundusz obejmuje swoim zasięgiem cały kraj. Na rynku tym NFZ, jako organizator reprezentuje ubezpieczonych, zawierając ze świadczeniodawcami wybranymi w postępowaniach konkursowych umowy na realizację świadczeń opieki zdrowotnej.

Wskazać też należy, iż jakkolwiek NFZ prowadzi działalność na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych to ewentualne skutki zarzucanej mu praktyki ograniczającej konkurencję ujawniają się na innym przedmiotowo i geograficznie rynku, a mianowicie na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM), na obszarze regionu wrocławskiego (powiaty: milicki, oleśnicki, oławski, strzeliński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski i m. Wrocław). Praktyka NFZ będąca przedmiotem rozpatrywanego zarzutu dotyczy bowiem działań Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego Funduszu w odniesieniu do podmiotów ubiegających się o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w ww. rodzaju.

Pozycja dominująca

Ustalając, czy na rynku właściwym w niniejszej sprawie NFZ posiada pozycję dominującą, należy mieć na uwadze definicję pozycji dominującej zawartą w art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą definicją 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 oraz konsumentów, domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

Na terenie kraju NFZ jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych. Zarządza on środkami finansowymi, o których mowa w art. 116 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, finansowanych ze środków publicznych. W zakresie środków pochodzących ze składek na ubezpieczenie zdrowotne Fundusz działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych oraz osób uprawnionych do tych świadczeń na podstawie przepisów o koordynacji zawierając ze świadczeniodawcami wybranymi w konkursach i rokowaniach umowy na realizację świadczeń zdrowotnych¹⁶. Na wyznaczonym rynku NFZ jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia zdrowotne (usługi medyczne), albowiem tylko jemu ustawodawca powierzył 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.

W tej sytuacji należy stwierdzić, że Fundusz zajmuje **pozycję dominującą (monopolistyczną)** na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej.

Stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VI ACa 530/08).

Praktyka (art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), o jakiej mowa w niniejszym postępowaniu - polegająca na podziale rynku według wskazanych kryteriów - zamyka katalog przykładów praktyk nadużywania pozycji dominującej, przewidzianych przez ustawodawcę.

Podział rynku bazujący na kryterium podmiotowym polega na różnicowaniu warunków kontraktowania ze względu na przynależność kontrahenta do określonej grupy podmiotów o określonych cechach. Podział rynku według kryteriów podmiotowych może prowadzić do zmiany struktury rynku lub wyeliminowania konkurentów. Skutkiem takiego podziału rynku jest utrudnienie warunków konkurowania¹⁷. Podział rynku choć oddziałuje przede wszystkim na strukturę konkurencji, to również dotyka sytuacji indywidualnych przedsiębiorców. Dla stwierdzenia omawianej praktyki 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 praktyki o jakiej mowa w niniejszym postępowaniu, 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 z art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej należąca do ograniczeń konkurencji o charakterze przejawiającym się w zróżnicowanym traktowaniu określonych kategorii produktów, podmiotów, czy terytoriów, może być postrzegana jako przejaw dyskryminacji. W ocenie Prezesa Urzędu dla oceny tej praktyki istotny jest fakt, że przedsiębiorca dominujący dopuszczający się omawianej praktyki wprowadza opracowane przez siebie warunki, które są nieuczciwe i godzą w konkurencję jako taką. Omawiana praktyka jest praktyką o charakterze antykonkurencyjnym, której celem lub skutkiem jest godzenie w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji.

Dla stwierdzenia, iż w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez NFZ art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest w dalszej kolejności wykazanie, iż opracowane kryteria rozdziału środków finansowych dla „nowych” świadczeniodawców, zawierających umowy - w ramach przeprowadzonego postępowania konkursowego na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) doprowadziły do podziału rynku według kryteriów podmiotowych.

Aby uznać praktykę z art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za ograniczającą konkurencję, przedsiębiorca musi spełnić dwie przesłanki:

- a) posiadać pozycję dominującą na rynku,
- b) nadużyć tę pozycję poprzez podział rynku według kryteriów podmiotowych.

Ad a) Jak wykazano powyżej, NFZ posiada pozycję dominującą na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. **Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek niezbędnych do stwierdzenia praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.**

¹⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 maja 1997 r., (sygn. akt XVII Ama13/97), niepubl.

Ad b) Do stwierdzenia praktyki zakazanej w omawianym przepisie konieczne jest spełnienie drugiej przesłanki - tj. podziału rynku według kryteriów podmiotowych. Poddając analizie, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy miało miejsce nadużycie pozycji dominującej zajmowanej przez NFZ, należy wziąć 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. Na tak postrzeganym rynku „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 stałych 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) 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 działania na zapewnienie odpowiedniej efektywności ponoszonych wydatków publicznych, postanowił, iż umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, co wskazano już powyżej, 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. 1 i 2 ww. ustawy w związku z art. 139 ust. 1 i art. 159 ust. 1 i 2). Pochodną opisanej budowy 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 „twórcą”, ale i „regulatorem” tego rynku.

Idąc dalej i odnosząc się konkretnie do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że NFZ, jako organizator świadczeń opieki zdrowotnej i dysponent środków publicznych na ten cel zawiera ze świadczeniodawcami umowy na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM). Jak wiadomo, zawarcie takiej umowy z Funduszem jest warunkiem prowadzenia działalności w ww. zakresie, a więc jest podstawą udzielania względem osób ubezpieczonych świadczeń opieki zdrowotnej w omawianym rodzaju, a jednocześnie warunkiem koniecznym do 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 w ramach konkursu ofert o wyborze podmiotów, z którymi podpisze przedmiotowe umowy oraz określając warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie tych umów - wpływa na zachowania rynkowe świadczeniodawców i ingeruje w stan konkurencji na rynku udzielania świadczeń w ww. rodzaju. Zadania NFZ w zakresie zawierania umów o świadczenia opieki zdrowotnej zostały zdefiniowane w następujący sposób: określenie jakości i dostępności oraz analiza kosztów świadczenia opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i wreszcie zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie ich realizacji i rozliczanie (art. 97 ust. 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej).

Udzielanie i finansowanie świadczeń zdrowotnych przez NFZ następuje, zgodnie z art. 55 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej na podstawie umów cywilnoprawnych. Są to umowy wzajemne, odpłatne, zawierane przez NFZ z podmiotami uprawnionymi i zobowiązanymi do bezpośredniego świadczenia opieki zdrowotnej. W umowach tych NFZ zleca usługę świadczenia opieki zdrowotnej za wynagrodzeniem. Umowa zawarta pomiędzy NFZ a świadczeniodawcą w rezultacie zawiera obowiązek świadczenia na rzecz osoby trzeciej, którą jest świadczeniobiorca uprawniony do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej. Świadczeniobiorca jako beneficjent uzyskuje wówczas prawo do gwarantowanych świadczeń medycznych wynikających z ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, do finansowania których zobowiązany jest NFZ.

W niniejszej sprawie przedmiotem zainteresowania Prezesa UOKiK jest rezultat postępowania konkursowego nr 01-11-001648/AOS/02/3/02.7250.072.02/1 przeprowadzonego przez Fundusz, dotyczącego udzielania świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM), na okres od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2012 r., dla obszaru regionu wrocławskiego (powiaty: milicki, oleśnicki, oławski, strzeliński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski i m. Wrocław). Zgodnie z ogłoszeniem konkursu poprzedzał zawarcie umów dotyczących udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w ww. rodzaju i zakresie.

W przedmiotowym postępowaniu brało udział dziewięciu świadczeniodawców, a przedstawione przez nich oferty oceniano pod kątem zgodności z ustalonymi przez Fundusz kryteriami (zarządzenie nr 73/2009/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej), takimi jak: jakość, kompleksowość, dostępność, ciągłość, cena. Uczestnicy otrzymywali punkty za zgodność przedstawionej przez nich oferty z każdym z powyższych kryteriów, a suma zebranych punktów decydowała o miejscu uzyskanym przez nich w konkursie (patrz tabela nr 2).

Następnie jak wykazało postępowanie dowodowe ze wszystkimi dziewięcioma podmiotami biorącymi udział w omawianym konkursie podpisano umowy na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju AOS z zakresu RM, na okres od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. W ramach tych umów Fundusz przyznawał świadczeniodawcom sukcesywnie środki na świadczenie przedmiotowych usług podczas trzech kolejnych okresów rozliczeniowych, tj. od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r., od 1 lipca 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. i na rok 2012.

W zawiadomieniu - jakie dotarło do Prezesa UOKiK – od jednego z uczestników konkursu został podniesiony zarzut, że wielkość środków przyznana świadczeniodawcom w podpisanych z nimi kontraktach w żaden sposób nie jest powiązana z przyznaną w konkursie punktacją. Powyższy argument znalazł potwierdzenie w zgromadzonym w trakcie postępowania materiale dowodowym.

I tak choć w ogłoszeniu o przedmiotowym konkursie zawarto informację, że w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r. (pierwszy okres rozliczeniowy) zostanie rozdysponowana kwota 6 477 423,00 zł i taką kwotę NFZ rozdysponował podpisując z uczestnikami konkursu umowy, to jednak tylko 10 % z tych środków, tj. kwotę 647 742,30 zł NFZ próbował podzielić zgodnie z jego wynikiem. W ocenie Funduszu „(...) nie sposób przy podziale środków zupełnie pominąć pozycję oferenta w rankingu, która de facto odzwierciedla jakość, kompleksowość i dostępność oferowanej usługi oraz różnicuje podmioty pod względem proponowanej ceny przyznając wyższą liczbę punktów tym oferentom, którzy skłonni są świadczyć usługi po konkurencyjnej cenie. Stąd też waząc wszystkie wskazane elementy Oddział przyjął, że pozycja w rankingu będzie uwzględniana jako element nie najwyższej rangi, stąd też przyznano jej wagę 10%.” (Dowód: karta nr 119).

Zdaniem Prezesa UOKiK przyjęta przez Fundusz - jak sam wskazał - w sposób uznaniowy i arbitralny zasada rozdziału wyłącznie 10 % środków zgodnie z wynikiem konkursu, świadczy nie tylko o nieprawidłowości proceduralnej (inne środki podane w ogłoszeniu o konkursie a inne rozdysponowane w jego wyniku) ale również o nieuczciwości i narażaniu na straty jego uczestników. Wszystkie podmioty podające w ofertach „swoją cenę” kalkulowały ją biorąc pod uwagę przewidywaną przez siebie skalę świadczonych usług. Nowi świadczeniodawcy nie mieli jednak szansy dokonać takich ustaleń prawidłowo albowiem sposób podziału środków dokonany przez NFZ wyraźnie ich dyskryminował. W toku postępowania ujawniono, że 90% wartości środków NFZ rozdzielił według kryteriów, których zwłaszcza nowy oferent nie znał i nawet nie był w stanie ich przewidzieć na podstawie ogłoszenia. Z przesłanych bowiem przez Fundusz dokumentów wynika, że podstawą ich rozdzielenia było ustalenie tzw. baz. Wysokość baz uzależniono od tego, czy świadczeniodawca jest „stary”, czy „nowy”. Przyjęto zasadę że kwota bazowa „starych” będzie stanowiła ½ (dzielono środki na pół roku) wartości środków wynikających z umów na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna (AOS) z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM), zawartych przez te podmioty z Funduszem w 2010 r., dla wszystkich regionów, tj. wrocławskiego, legnickiego, wałbrzyskiego, jeleniogórskiego. Z kolei świadczeniodawcom „nowym”, którzy nie świadczyli usług w 2010 r., (Centrum Diagnostyki Obrazowej NZOZ SKANMEX Diagnostyka oraz Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland) bazę ustalono na poziomie ½ najniższego kontraktu zawartego w 2010 r., a konkretnie kontraktu, zawartego z NFZ 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu. (Dowód: karta 17 – 22, 117).

W ocenie Prezesa UOKiK, taki sposób ustalenia baz nie mający żadnego związku z przeprowadzonym konkursem traktuje dyskryminacyjnie „nowe” podmioty zajmujące w konkursie wysokie miejsca (1 i 4 spośród 9 podmiotów biorących w nim udział, tabela nr 2). W toku postępowania dowodowego, Fundusz nie udowodnił zasadności przyjętej przez siebie metodologii rozdziału środków. I tak dla Prezesa UOKiK, który ma świadomość, że istnieją uwarunkowania prawne i finansowe wpływające na podejmowane przez Fundusz decyzje przy rozdziale środków finansowych, nie do zaakceptowania jest stanowisko Funduszu, z którego wynika, że taki podział środków uwzględniał „przepisy ustawy podwyżkowej”. Przepis przywołanego wcześniej art. 10f.1. tej ustawy, na który powołuje się NFZ, dotyczy bowiem wyłącznie świadczeniodawców i zobowiązań wynikających z umów zawartych na 2008 r. według stanu na dzień 1 stycznia 2008 r., a nie na dzień 1 stycznia 2010 r., jak to przyjął w swoich wyliczeniach NFZ. Zastosowane przez NFZ rozwiązanie przy ustalaniu baz, które stały się podstawą do wyliczeń wartości kontaktów, nie wynika więc z żadnej normy prawnej. Ponadto, na podstawie przesłanych przez Fundusz zestawień zauważono też, że

niektórzy świadczeniodawcy uznawani za „starych”, mający zawarte umowy w 2010 r. nie świadczyli usług w rodzaju ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (AOS) z zakresu rezonansu magnetycznego (RM) na dzień 1 stycznia 2008 r. (*dowód: karta nr 169*), a więc nie podlegali „ustawie podwyżkowej” w tym zakresie. Oznacza to, że zaliczenie tych świadczeniodawców do uprzywilejowanej grupy „starych” nie ma związku z podanym przez NFZ kryterium podziału świadczeniodawców na „starych” i „nowych” i świadczy o braku konsekwencji przyjętego sposobu wyliczeń oraz braku transparentności.

W tym miejscu należy zauważyć, że Prezes UOKiK wystąpił z pytaniem o podanie podstawy prawnej rozdysponowywania środków finansowych dla poszczególnych podmiotów w ramach przedmiotowego postępowania konkursowego do pięciu innych oddziałów NFZ (śląski, małopolski, mazowiecki, zachodniopomorski, wielkopolski). Żaden z nich nie brał pod uwagę ustawy podwyżkowej przy rozdziale środków na ten cel. (*Dowód: karta nr 89 - 90*).

Zdaniem Prezesa Urzędu wyodrębnienie środków na realizację obowiązków wynikających z tzw. ustawy podwyżkowej byłoby zasadne tylko wtedy gdyby dotyczyło faktycznej wartości środków wynikających z przepisów tej ustawy.

Wątpliwości Prezesa UOKiK dotyczące prawidłowości ustalania baz dla „nowych” świadczeniodawców budzi nie tylko przypisanie im ½ wartości najniższego kontraktu z 2010 r., ale także i to, że był to kontrakt podmiotu podległego Ministrowi Obrony Narodowej (4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu). Tymczasem z ogłoszenia o przedmiotowym konkursie wynika wprost, że tego typu podmioty zostały wykluczone z udziału w nim. Okoliczność ta zaś oznacza, że „nowi” oferenci nie mogli nawet przewidzieć, że podstawą ustalenia przyznanych im w wyniku konkursu wartości środków będzie właśnie kontrakt tej placówki. (*Dowód: karta nr 18 - 19*).

Elementem wzmacniającym dyskryminujące podejście NFZ do „nowych” świadczeniodawców jest dla Prezesa UOKiK dokonana przez Fundusz w trakcie podziału 90 % środków podwyżka baz dla „starych” świadczeniodawców (bazy nie podwyższono wyłącznie dla podmiotu, dla którego prognoza wykonania umowy podpisanej z NFZ na 2010 r. wskazywała brak jej pełnej realizacji). Podejmując próbę wytłumaczenia zróżnicowanej podwyżki baz (wynoszącej od 6 do 20%), NFZ stwierdził: *„Należy bowiem zauważyć, że część z tych podmiotów realizując wartość świadczeń ponad limit określony w umowie, podjęła ryzyko gospodarcze, polegające na zagrożeniu nieotrzymania nigdy i w żadnym nawet ułamku zapłaty za nie (...). W tym stanie rzeczy zwiększenie wartości bazowej miało stanowić swoistą rekompensatę poniesionego ryzyka (...)”* (*dowód karta nr 119*). Dla Prezesa UOKiK tego typu argumentacja jest niedopuszczalna i przeczy stanowisku Funduszu, który podczas postępowania stwierdził *„że przyjęte w postępowaniu konkursowym zasady nie miały charakteru dyskryminującego wobec żadnego oferenta biorącego udział w postępowaniu, ustalone były obiektywnie i na żadnym etapie postępowania nie tworzone oddzielnych zasad dla pojedynczych oferentów, które mogłyby preferować jednych kosztem drugich lub różnicować w sposób nierównoprawny”*. (*Dowód karta nr 174*). Jednoznacznie wskazuje na różnicowanie podmiotowe i godzenie w konkurencję.

Za chybiony należy uznać również kolejny argument NFZ zgodnie z którym zwiększenia baz dla „starych” świadczeniodawców wynikały ze względów społecznych i miały na celu rozładowanie kolejek osób oczekujących na wykonanie świadczeń. W toku postępowania Fundusz nie potrafił bowiem wykazać, że posiadał w 2010 r. dane o liczbie oczekujących na świadczenia u wszystkich świadczeniodawców, biorących udział w przedmiotowym konkursie oraz związku pomiędzy długością kolejki a przyznaną wartością zwiększenia kontraktu „starym” świadczeniodawcom. Fundusz również podał,

że „Zgodnie z danymi przekazywanymi do DOW NFZ przez Świadczeniodawców przeciętny czas oczekiwania na badanie rezonansu magnetycznego w połowie 2010 r. wynosił średnio około 100 dni, zaś w kolejkach oczekiwało łącznie około 3 tysiące osób, zgodnie z przedstawionymi raportami najtrudniejsza sytuacja występowała w Akademickim Szpitalu Klinicznym (czas oczekiwania ponad 200 dni) oraz Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym (ponad tysiąc osób oczekujących)”. (Dowód karta nr 118, 119). Tymczasem Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu zwiększono w tym zakresie bazę o zaledwie ok. 5,6%. (Dowód karta nr 17,174 i por. tabela nr 4).

Ponadto z zasad logiki i doświadczenia życiowego wynika, że u podmiotów, które miały w poprzednim okresie, tj. zgodnie z załączoną tabelą (dowód: karta 17, 174), podpisany duży kontrakt (np. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny i Akademicki Szpital Kliniczny), kolejka osób oczekujących na wykonanie świadczenia była dłuższa niż u świadczeniodawców, których wartość kontraktu była kilkakrotnie mniejsza. Potwierdzają to przedstawione przez NFZ dane dotyczące prognozy wykonania kontraktów na 2010 r., z których wynika, że w przypadku obu ww. podmiotów była ona na poziomie poniżej 100 % przewidywanego wykonania kontraktu podpisanego z nimi na 2010 r. (por. tabela nr 4, poz. 2 i 4). Dodatkowo należy zauważyć, że Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu NFZ zwiększył bazę zaledwie o 5,6 %, choć mógł ją zwiększyć zgodnie z podaną regułą, podobnie jak innym „starym” świadczeniodawcom, na wyższym poziomie. A zatem również w tym przypadku przyznanie na tej podstawie zwiększonych kontraktów dla „starych” świadczeniodawców nastąpiło w sposób niczym nie uzasadniony i jest kolejnym dowodem świadczącym o dyskryminacji „nowych” świadczeniodawców.

Przykład dyskryminacji „nowych” świadczeniodawców Prezes UOKiK dostrzegł nawet przy podziale 10% środków, dzielonych przez NFZ pomiędzy świadczeniodawców w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r. rzekomo zgodnie z wynikami konkursu. Mianowicie przy ich podziale NFZ uwzględnił tzw. wagę - inną dla każdego podmiotu, której wielkość liczono w powiązaniu z kwotami bazowymi ustalonymi przy podziale 90% środków. (Dowód; karta 19 – 22).

W ocenie Prezesa Urzędu, omówiony powyżej sposób ustalania wartości kontraktów na pierwszy okres rozliczeniowy pomija zasadę równego traktowania świadczeniodawców i nie może usprawiedliwiać tego podnoszona przez Fundusz okoliczność wysokiego stopnia skomplikowania sprawy.

Z kolei analizując dwa następne okresy rozliczeniowe i rozdysponowane środki zauważono, że NFZ przeniósł na nie cały system podziału środków przyjęty w pierwszym okresie rozliczeniowym. W przypadku bowiem drugiego okresu rozliczeniowego nastąpiło to w sposób automatyczny. NFZ podał, że poza Samodzielnym Publicznym Szpitalem Klinicznym nr 1, którego wartość kontraktu uległa zmniejszeniu w stosunku do pierwszego okresu „Wszyscy pozostali otrzymali propozycje finansowe na poziomie pierwotnej wysokości umowy z okresu styczeń - czerwiec 2011 r.”. (dowód karta 190). Natomiast na trzeci okres rozliczeniowy, (jak wyjaśnił NFZ) ”Wyliczenia wartości kontraktów (...) w badanym obszarze również oparto na wielkości zawartych umów w 2011 roku oraz ich realizacji jak również środków jakie były dostępne w tym rodzaju świadczeń w PF Oddziale”. (Dowód: karta nr 190-193).

Postępowanie dowodowe wykazało więc, że przy rozdziale środków finansowych NFZ nie tylko nie stosował kryteriów ze względu na które oceniane były oferty, ale nie wykazał istnienia innych logicznych reguł przyznania tych środków. Podział środków miał przede wszystkim charakter uznaniowy, arbitralny, a w przypadku „nowych” świadczeniodawców dodatkowo dyskryminacyjny.

Tymczasem zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, NFZ przy udzielaniu i finansowaniu świadczeń zdrowotnych powinien kierować się zasadą równego traktowania wszystkich świadczeniodawców, ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i **prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji**. Przytoczony przepis zawiera fundamentalną zasadę postępowania, jaką jest równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców. Zasada ta dotyczy świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy między innymi, tak jak w niniejszym przypadku, w trybie konkursu ofert. System urzeczywistnienia tej zasady jest określony w ust. 2, jak również w kolejnych przepisach ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, dotyczących zasad prowadzenia postępowania.

W tym miejscu Prezes UOKiK zauważa, że przyjęta w dotychczasowym orzecznictwie interpretacja ww. przepisu, jak również doktryna wskazują, że zasada równego traktowania świadczeniodawców przejawia się w stosowaniu takich samych kryteriów do wszystkich świadczeniodawców biorących udział w danym postępowaniu. Za niedopuszczalne uznaje się stosowanie dodatkowych kryteriów w ocenie ofert niektórych świadczeniodawców, względnie wyłączenie stosowania określonych kryteriów wobec niektórych świadczeniodawców. Jeżeli oferta uzyskuje najwyższą liczbę punktów w zakresie ciągłości udzielania świadczeń, ich kompleksowości i dostępności, to nie można wyprowadzić wniosku, iż oferent nie zapewnia właściwego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej¹⁸. Równe traktowanie świadczeniodawców winno dotyczyć zarówno wymagań, jakie muszą być spełnione przez świadczeniodawców celem zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, jak i zakresu obowiązków określonych w umowie i odpowiadającego im wynagrodzenia¹⁹.

NFZ ogłaszając przedmiotowy konkurs ofert dał jego uczestnikom do zrozumienia, że środki, które przeznaczy na realizację świadczenia, którego konkurs dotyczy rozdysponuje zgodnie z jego wynikiem. Konkurs bowiem to postępowanie mające na celu wyłonienie „zwycięzcy” bądź kilku spośród grupy najlepszych uczestników, spełniających określone kryteria. Jednocześnie konkurs jest zobowiązaniem jego organizatora, tj. w tym przypadku Funduszu do „nagrodzenia” najlepszego rezultatu. Z takim działaniem nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. NFZ zmienił bowiem „reguły gry” i jak wykazano powyżej na podstawie zgromadzonych dokumentów, rozdysponował środki nie biorąc pod uwagę nie tylko wyników konkursu, ale również obowiązujących przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Przy ich podziale, wykorzystując swoją dominującą pozycję, zastosował dyskryminacyjne podejście do „nowych” świadczeniodawców, których oferty uzyskały wysoką notę (1 i 4 miejsce wśród 9 oferentów), co w żaden sposób nie przełożyło się na otrzymane przez nich środki finansowe.

Takie działanie NFZ wywołało skutki antykonkurencyjne. Należy zauważyć, że wielkość środków, które mają być rozdysponowane w wyniku konkursu, a więc w oparciu o dokonaną ocenę ofert, ma niebagatelne znaczenie dla świadczeniodawców, uczestniczących w danym konkursie. Na tej podstawie bowiem oferenci kalkulują skalę ewentualnego kontraktu i podejmują decyzje między innymi o poziomie cen, które przy danej skali oferty mogą zaoferować. Przy czym ma to dla nich ogromne znaczenie dlatego, że usługi w zakresie RM należą do najbardziej kosztochłonnych świadczeń w

¹⁸ wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2006 r. (VII SA/Wa 881/06, LEX nr 282443.), wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 lipca 2006 r. (VII SA/Wa 835/06, LEX nr 288465)

¹⁹ Komentarz do art. 134 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, Agnieszka Pietraszewska – Macheta, LEX.

ramach AOS, a decydując się na ich świadczenie muszą ponieść nie tylko wysokie koszty zakupu specjalistycznego sprzętu, ale również jego utrzymania.

W niniejszej sprawie zajęcie w konkursie pierwszego miejsca przez oferenta, który podał najniższą cenę (*dowód: karta nr 33 - 34*) nie przełożyło się jednak w żaden sposób na wielkość podpisanego z nim kontraktu. Jego kontrakt miał jedną z najniższych wartości (*dowód: karta nr 20*) wśród kontraktów zawartych w związku z konkursem na okres rozliczeniowy od 1 stycznia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r. (Polsko-Amerykańskie Kliniki Serca Sudeckie Centrum Kardiologiczno-Angiologiczne American Heart of Poland).

NFZ nie zapewnił zatem w niniejszej sprawie, zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej równego traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i nie prowadził postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem antymonopolowym sądów polskich i europejskich stosowane kryteria oceny i wyboru oferentów powinny być jednolite dla wszystkich, transparentne, niedyskryminacyjne, ogólnie dostępne i znane.

W wyroku z dnia 12 lipca 2007r. (sygn. akt XVII AmA 73/05), który dotyczył innego rynku produktowego, SOKiK stwierdził m.in. iż „Przyznane przez PKP upusty miały charakter uznaniowy, ponieważ nie zostały przedstawione przejrzyste reguły i zasady ich przyznawania świadczące o istnieniu niedyskryminacyjnych i jednolitych kryteriów w tym zakresie. Kontrahenci PKP Cargo powinni znać konkretne, uzasadnione obiektywnie wymogi, jakie musieliby spełnić, aby skorzystać z określonych upustów”.

Powyższe orzeczenie Sądu można również w odpowiedni sposób odnieść do rozważanej sprawy.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności i wypływające z nich wnioski, Prezes UOKiK stwierdza, że następstwem działań oprotestowanych w niniejszym postępowaniu jest wykorzystywanie pozycji dominującej poprzez podział rynku udzielania świadczeń zdrowotnych według kryterium podmiotowego. Powyższa praktyka prowadzi do ograniczenia konkurencji i jednocześnie powoduje podział rynku według kryterium podmiotowego na dwie grupy „starych” i „nowych” świadczeniodawców. W stosunku do „nowych” zastosowano dyskryminacyjne kryteria rozdziału środków finansowych, jednocześnie uprzywilejowując przy podziale tych środków „starych” świadczeniodawców. Taka sytuacja jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia wartości chronionych prawem antymonopolowym, wynika z posiadanej przez Fundusz siły rynkowej i przewagi nad kontrahentami, którymi są „nowi” świadczeniodawcy, zawierający umowy na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM). W ocenie Prezesa UOKiK, dokonany przez NFZ nieobiektywny, pozbawiony racjonalnego uzasadnienia, sposób wyliczeń wartości kontraktów ogranicza „nowym” świadczeniodawcom dostęp do rynku i utrudnia konkurowanie ze „starymi” świadczeniodawcami.

Praktyka taka niewątpliwie wpływa zatem na strukturę podmiotową rynku i panującą na nim konkurencję, gdyż dyskryminuje na tym rynku „nowych” świadczeniodawców. Działania dyskryminujące „nowe” podmioty w podziale środków finansowych są nieuzasadnione pod względem prawnym, organizacyjnym i każdym innym.

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.

Podsumowując stwierdzić należy, iż zakwestionowane działania niewątpliwie doprowadziły do ograniczenia rozwoju konkurencji na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) na terenie regionu wrocławskiego (powiaty: milicki, oleśnicki, oławski, strzebiński, średzki, trzebnicki, wołowski, wrocławski i m. Wrocław), wskutek wykorzystania pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, co jest możliwe dzięki opisanym powyżej mechanizmom. Poprzez takie zachowanie, NFZ przeciwdziałał w ocenie Prezesa UOKiK rozwojowi konkurencji.

Pomimo wykazania okoliczności, które w ostatecznym rozrachunku w sposób kategoryczny przekładają się na możliwość stwierdzenia, że w niniejszej sprawie dopuszczono się podziału rynku według kryteriów podmiotowych, jawi się dodatkowo potrzeba zauważenia, że z niewiadomego powodu sposób ustalania wartości kontraktów jest nieprzejrzysty i niejawnym dla biorących w nim udział oferentów. Takie stwierdzenie wynika także z faktu, że Prezes Urzędu w trakcie toczącego się postępowania wystąpił w celach poglądowych do pięciu Oddziałów Wojewódzkich NFZ, z zapytaniem dotyczącym ustalania wartości kontraktów zawieranych z oferentami takiego kontraktu, o jakim mowa w niniejszym postępowaniu. Żaden z zapytanych oddziałów nie odpowiedział, że z góry zakładał, iż tylko część środków rozdysponuje zgodnie z wynikiem konkursu. Zaś fakt posiadania w poprzednich latach przez dany podmiot leczniczy umowy o wykonanie świadczeń zdrowotnych z NFZ nie przekładał się bezpośrednio na zaproponowaną przez NFZ wartość umowy.

(Dowód: karta nr 80 – 90).

Wobec tego spełniona została druga przesłanka zastosowania w sprawie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W konsekwencji Prezes Urzędu stwierdził, że, iż udowodnione zostało spełnienie w sprawie łącznie wszystkich przesłanek z wymienionego art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 tej ustawy.

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 umowy, o jakich mowa w tej sprawie zostały rozwiązane w drodze wypowiedzenia przez NFZ, z dniem 31 sierpnia 2012 r. Jednocześnie ogłoszone zostało postępowanie konkursowe, które miało wyłonić świadczeniodawców do realizacji umów w okresie od 1 września 2012 r. do 30 czerwca 2015 r. W świetle powyższego uzasadnione jest twierdzenie, iż zarzucana praktyka ograniczająca konkurencję została zaprzestana z dniem rozwiązania umów, tj. z dniem 31 sierpnia 2012 r.

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 UOKiK 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 osiągnąć²⁰. 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 UOKiK stwierdził stosowanie przez NFZ praktyki ograniczającej konkurencję naruszającej zakaz, o jakim mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do której doszło wskutek działań Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą we Wrocławiu, polegających na przyjęciu dyskryminacyjnych kryteriów rozdziału środków finansowych dla nowych świadczeniodawców, zawierających umowy - w ramach przeprowadzonego postępowania konkursowego na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansu magnetycznego (RM) – na okres od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. 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 2012 roku NFZ uzyskał przychód w wysokości (...) maksymalna kara pieniężna, jaka może zostać nałożona na przedsiębiorcę w oparciu o ww. przepis wynosi (...).

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes UOKiK 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 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

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

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).

Stwierdzone naruszenie Prezes UOKiK zaliczył do kategorii naruszeń pozostałych, gdyż pomimo charakteru ograniczającego konkurencję NFZ w wyniku swoich działań nie wykluczył z rynku żadnego z podmiotów biorących udział w konkursie, ale spowodował niewłaściwą alokację środków finansowych pomiędzy poszczególnymi dostawcami usług w zakresie RM. Biorąc pod uwagę naturę naruszenia wyjściowy poziom kary pieniężnej ustalono na poziomie 0,1 % przychodu NFZ, to jest w wysokości (...).

Ustalając wymiar kary Prezes UOKiK wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji, skalę naruszenia (dotyczącą 9 umów spośród wszystkich umów o świadczenia opieki zdrowotnej zawartych przez NFZ) oraz zasięg terytorialny, którego powyższa praktyka w rzeczywistości dotyczyła (jednego regionu Dolnośląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ). Zwrócił też uwagę na fakt iż zarzucane naruszenie zostało faktycznie wprowadzone w życie, a kwestionowane zasady zostały urzeczywistnione w umowach (wartości kontraktów). Stwierdzona praktyka miała zatem rzeczywisty, a nie tylko potencjalny wpływ na konkurencję.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności zasadne jest w ocenie Prezesa UOKiK zmniejszenie wyjściowego poziomu kary ustalonego z uwzględnieniem natury naruszenia o 80%, tj. do kwoty **12 591 556 zł**.

Nakładając na NFZ karę pieniężną wzięto także pod uwagę długotrwałość stwierdzonego naruszenia uznając, że okres jej stosowania można określić jako długotrwały. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem, iż praktyka była stosowana od 1 stycznia 2011 r. do 31 sierpnia 2012 r. Z tego powodu Prezes UOKiK postanowił zwiększyć wymiar kary o 10%, tj. do kwoty **13 850 711,6 zł**.

Prezes UOKiK zbadał również, czy w niniejszej sprawie występują okoliczności łagodzące i obciążające, z uwagi na które zasadne byłoby dalsze obniżenie bądź podwyższenie kary. Zdaniem Prezesa UOKiK w sprawie nie występują okoliczności łagodzące. Jeśli chodzi o okoliczności obciążające, to nie ulega wątpliwości, iż postępowanie Funduszu, miało charakter umyślny. Spółka świadomie i z rozeznanieniem skutków swojego postępowania dokonała podziału środków bez uwzględnienia wyników konkursu. Za okoliczność obciążającą uznano również uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. W okresie poprzedzającym wydanie niniejszej decyzji NFZ był adresatem prawomocnych decyzji Prezesa Urzędu stwierdzających naruszenie zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję (Decyzja Prezesa UOKiK nr RDG 13/2004 z dnia 10 września 2004 r., Decyzja Prezesa UOKiK nr RWA 9/2009 z dnia 10 lipca 2009 r. Decyzja Prezesa Urzędu nr RKT 51/2011 z dnia 28 grudnia 2011 r.). Z tego względu wysokość kary uległa zwiększeniu o 30% to jest do kwoty **18 005 925,08 zł**.

Prezes UOKiK, mając na względzie, iż kara pieniężna w ustalonej powyżej wysokości odbiegałaby w sposób rażący od globalnej oceny kwestionowanego działania, postanowił przy ustalaniu jej ostatecznej wysokości zastosować nadzwyczajne jej obniżenie w stosunku do tego, który wynika z przedstawionej wyżej kalkulacji. Podejmując taką decyzję Prezes UOKiK 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 i to, że wpływ NFZ na osiągany 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 NFZ 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 **180 059,25 zł** (słownie złotych: sto osiemdziesiąt tysięcy pięćdziesiąt dziewięć złotych 25/100). W ocenie organu antymonopolowego wymierzona kara w wysokości stanowiącej około **0,000286%** przychodu osiągniętego przez NFZ w 2012 r. i około **0,00286%** 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 zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Fundusz w przyszłości reguł konkurencji. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

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

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.

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.

Otrzymuje:

1. Radca prawny
Pan Mariusz Makuch
reprezentujący
Narodowy Fundusz Zdrowia
ul. Joannitów 6
50 – 525 Wrocław