



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

RPZ- 411/1/05/JK

Poznań, dnia 11 maja 2006 r.

DECYZJA Nr RPZ 12/2006

1. Na podstawie art. 11 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 18 poz. 172 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Zakładu Usługowo – Handlowego JAR-MEDIK sp. z o.o. w Jarocinie

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nie stwierdza się stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie - Wielkopolski Oddział Wojewódzki w Poznaniu zakazanych praktyk określonych w art. 8 ust. 2 pkt 3 *ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego na rzecz ubezpieczonych z województwa wielkopolskiego, poprzez nieudostępnienie protokołu z oceny ofert oraz indywidualnych kryteriów oceny wnioskodawcy i konkurujących z nim oferentów;

2. Na podstawie art. 11 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 18 poz. 172 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Zakładu Usługowo – Handlowego JAR-MEDIK sp. z o.o. w Jarocinie

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nie stwierdza się stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie - Wielkopolski Oddział Wojewódzki w Poznaniu zakazanych praktyk określonych w art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego na rzecz ubezpieczonych z terenu województwa wielkopolskiego, poprzez zawarcie umów wyłącznie z jednym podmiotem w zakresie:

- poradni logopedycznej
- poradni gruźlicy i chorób płuc.

3. Na podstawie art. 11 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 18 poz. 172 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Zakładu Usługowo – Handlowego JAR-MEDIK sp. z o.o. w Jarocinie

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nie stwierdza się stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie - Wielkopolski Oddział Wojewódzki w Poznaniu zakazanych praktyk określonych w art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego na rzecz ubezpieczonych z województwa wielkopolskiego, poprzez udział w Komisji Konkursowej NFZ lekarza czynnie wykonującego zawód w formie prywatnej indywidualnej praktyki lekarskiej w zakresie gruźlicy i chorób płuc w Kaliszu i Krotoszynie, prowadzącego gabinet lekarski w tym samym miejscu i pod tym samym numerem telefonu, co oferent, z którym pierwotnie wyłącznie zawarto umowę o udzielanie świadczeń zdrowotnych z zakresu poradni gruźlicy i chorób płuc w powiecie jarocińskim;

4. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. Nr 18 poz. 172 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Zakładu Usługowo – Handlowego JAR-MEDIK sp. z o.o. w Jarocinie

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w 8 ust. 2 pkt 3 ww. *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*,

praktykę Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Warszawie - Wielkopolski Oddział Wojewódzki w Poznaniu polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego na rzecz ubezpieczonych z województwa wielkopolskiego, poprzez zastosowanie niejednoznacznych kryteriów oceny ofert złożonych przez wnioskodawcę i innych oferentów w postępowaniu konkursowym na rok 2005, w zakresie świadczeń udzielanych w ramach poradni logopedycznej oraz poradni gruźlicy i chorób płuc, a w konsekwencji odmowę zawarcia umów z wnioskodawcą w ww. zakresach.

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 15 kwietnia 2005 r.

5. Na podstawie art. 75 w związku z art. 69 ust. 1 i 3 i art. 70 ust. 1 ww. ustawy, kosztami postępowania obciąża się w jednej czwartej części Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie - Wielkopolski Oddział Wojewódzki w Poznaniu i zobowiązuje się go do zwrotu na rzecz Zakładu Usługowo – Handlowego JAR-MEDIK sp. z o.o. w Jarocinie łącznej kwoty 215,00 zł (słownie: dwieście piętnaście złotych), w tym: 125,00 zł tytułem wpisu od wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz 90,00 zł tytułem wynagrodzenia radcy prawnego reprezentującego wnioskodawcę.

Uzasadnienie

W dniu 11 lutego 2005 r. wpłynął do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu opłacony wniosek Zakładu Usługowo – Handlowego JAR-MEDIK sp. z o.o. w Jarocinie Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Zespołu Lekarza Rodzinnego JAR-MEDIC w Jarocinie (dalej zwanego „JAR-MEDIC” lub „wnioskodawcą”) o wszczęcie postępowania antymonopolowego wobec Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Warszawie – Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego w Poznaniu (dalej zwanego „NFZ”) i wydanie decyzji o uznaniu za ograniczającą konkurencję praktyki w sprawie rozstrzygnięcia postępowania konkursowego na świadczenie usług zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych na rok 2005, polegającej na:

- „stosowaniu niejednorodnych kryteriów oceny podobnych ofert na zawarcie umów o finansowanie i udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna w zakresie poradni gruźlicy i chorób płuc i poradni logopedycznej
- niezastosowaniu zasad uczciwej konkurencji bądź z naruszeniem tych zasad poprzez nieobiektywną i dowolną ocenę ofert co do jakości, kompleksowości, ciągłości dostępności i ceny oferowanych świadczeń w ww. zakresie, co doprowadziło do wyboru gorszej lub co najmniej równorzędnej oferty wobec oferty wnioskodawcy
- przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji na lokalnym rynku udzielania specjalistycznych świadczeń finansowanych ze środków publicznych, poprzez:
 - przyjęcie, że w zakresie poradni gruźlicy i chorób płuc korzystniejsza jest oferta o mniejszej dostępności (dwa dni) niż oferta wnioskodawcy o

dostępności cztery dni w tygodniu; podobnie w przypadku poradni logopedycznej

- przyjęcie, że „w zakresie obu ww. poradni korzystniejsze są oferty mniej korzystne lub co najmniej równorzędne z ofertą wnioskodawcy co do bilansu ceny”
- przyjęcie, że oceny ofert dokonywać może pracownik NFZ Regina Czaja, wykonująca zawód w ramach indywidualnej specjalistycznej prywatnej praktyki lekarskiej w zakresie gruźlicy i chorób płuc
- poprzez wyeliminowanie jednej z dwóch działających poradni logopedycznych i pozostawienie jednej, co nie daje świadczeniobiorcom możliwości wyboru świadczeniodawcy
- poprzez niedopuszczenie do uczestnictwa na rynku udzielania specjalistycznych świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych nowych podmiotów świadczących usługi w zakresie gruźlicy i chorób płuc i pozostawienie na tym rynku jednej dotychczas działającej poradni, co nie daje świadczeniobiorcom możliwości wyboru świadczeniodawcy.”

Jednocześnie JAR-MEDIC wniósł o nakazanie NFZ zaniechania stosowania ww. praktyk i przyznanie wnioskodawcy zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według spisu kosztów.

Wnioskodawca wyjaśnił, że jego zarzuty dotyczą konkursu ofert na zawieranie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych na rok 2005 r. rozstrzygniętego ogłoszeniem z dnia 8 grudnia 2004 r. Wnioskodawca zarzucił NFZ naruszenie następujących przepisów:

- art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* (zwanej dalej Ustawą), poprzez:
 - wyeliminowanie z terenu powiatu jarocińskiego jednej z dwóch poradni logopedycznych nie dokonując wyboru oferty wnioskodawcy
 - niedopuszczenie do uruchomienia na terenie powiatu jarocińskiego drugiej poradni chorób płuc i gruźlicy nie dokonując wyboru oferty wnioskodawcy
 - udział w komisji konkursowej Reginy Czaja prowadzącej jednocześnie prywatną indywidualną specjalistyczną praktykę lekarską w miejscu, w którym prowadzi ją także oferent, którego oferta została wybrana z zakresu poradni chorób płuc i gruźlicy
- art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez:
 - wybór oferty mniej korzystnej z zakresu poradni chorób płuc i gruźlicy - co do bilansu ceny i co do dostępności
 - utajnienie przebiegu postępowania konkursowego
 - wybór mniej korzystnej oferty z zakresu poradni logopedycznej, podczas gdy oferta wnioskodawcy wskazywała na większą dostępność oraz zatrudnienie logopedy z wysokimi kwalifikacjami, a nadto na cenę niższą niż przyjęta przez NFZ; dodatkowo NFZ nie wypowiedział się co do kompleksowości oferty.

Postanowieniem z dnia 21 lutego 2005 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe na wniosek JAR-MEDIC w związku z podejrzeniem nadużywania przez

Narodowy Fundusz Zdrowia Wielkopolski Oddział Wojewódzki z siedzibą w Poznaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego na rzecz ubezpieczonych z terenu województwa wielkopolskiego - powiatu jarocińskiego, kaliskiego i krotoszyńskiego - polegające na:

1. stosowaniu wobec wnioskodawcy uciążliwych, niejednorodnych warunków umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych poprzez:
 - odmowę zawarcia umów z wnioskodawcą w zakresie:
 - **poradni logopedycznej** i wybranie innej oferty, mniej korzystnej ze względu na dostępność dla pacjentów, co do bilansu ceny oraz co do kwalifikacji osoby prowadzącej i kompleksowości oferty w porównaniu z ofertą wnioskodawcy
 - **poradni gruźlicy i chorób płuc** i wybranie innej oferty, mniej korzystnej ze względu na dostępność dla pacjentów, co do bilansu ceny i kompleksowości oferty w porównaniu z ofertą wnioskodawcy,
 - utajnienie przebiegu postępowania konkursowego i nieudostępnienie protokołu z oceny ofert oraz indywidualnych kryteriów oceny wnioskodawcy i konkurujących z nim oferentów.
2. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez:
 - zawarcie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie poradni logopedycznej oraz poradni gruźlicy i chorób płuc wyłącznie z jednym oferentem, co powoduje wyeliminowanie z tego rynku i niedopuszczenie do działania na nim wnioskodawcy i innych oferentów
 - udział w Komisji Konkursowej NFZ p. Reginy Czaja – lekarza czynnie wykonującego zawód w formie prywatnej indywidualnej praktyki lekarskiej w zakresie gruźlicy i chorób płuc w Kaliszu i Krotoszynie, prowadzącej gabinet lekarski w tym samym miejscu i pod tym samym numerem telefonu, co oferent, z którym wyłącznie zawarto umowę o udzielanie świadczeń zdrowotnych z zakresu gruźlicy i chorób płuc.

NFZ odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, wyjaśnił iż:

1. ocena ofert dokonywana jest przez komisję konkursową, ale przy pomocy systemu informatycznego, co zapewnia obiektywną, jednolitą i tożsamą ocenę
2. kontraktowanie odbywa się na podstawie planów zabezpieczenia świadczeń zdrowotnych – przy sporządzaniu planu brano pod uwagę wielkość populacji zamieszkującej dany obszar:
 - w zakresie chorób płuc i gruźlicy plan przewidywał dla powiatu jarocińskiego zakontraktowanie 12528 pkt – liczba ta jest niższa niż na rok 2004
 - w zakresie poradni logopedycznej plan zabezpieczenia świadczeń zdrowotnych dla powiatu jarocińskiego przewidywał zakontraktowanie tylko 4008 pkt, w związku z tym nie było uzasadnienia ekonomicznego ani merytorycznego do podziału takiej liczby punktów
3. mając ograniczoną liczbę usług oraz do wyboru dwa podmioty, komisja konkursowa podjęła decyzję, że interes pacjentów będzie lepiej zabezpieczony, jeżeli kontrakt otrzyma oferent, którego oferta została wyżej oceniona pod względem kryteriów merytorycznych – przez wzgląd na dobro ubezpieczonego i chęć zapewnienia mu pod względem jakości najlepszych świadczeń, a także potrzebę zapewnienia dostępu do świadczeniodawcy u którego ubezpieczony dotychczas uzyskiwał świadczenia; wybór

tylko jednego podmiotu wynikał z możliwości finansowych płatnika odzwierciedlonych w przewidzianej do zakontraktowania liczbie punktów o określonej cenie jednostkowej.

Na skutek skargi JAR-MEDIC do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie NFZ poddał ponownej weryfikacji oferty złożone w zaskarżonych postępowaniach – ofertę zwycięską i ofertę wnioskodawcy.

TABELA 1:
Poradnia gruźlicy i chorób płuc

Kryteria	Znaczenie kryteriów	JAR-MEDIC	P. Sukienniczak
Jakość	Maks. 30 pkt - kwalifikacje - wyposażenie w aparaturę i sprzęt medyczny - bezpieczeństwo udzielania świadczeń - certyfikaty - możliwość zapewnienia prawidłowego postępowania w przypadku zdarzeń niekorzystnych	21 pkt, za - lekarzy z II st. Specjalizacji (6 pkt) - czas pracy (6 pkt) - pielęgniarka (1 pkt) - wyposażenie (6 pkt) - gabinet (2 pkt)	21 pkt, za - lekarzy z II st. Specjalizacji (6 pkt) - czas pracy (6 pkt) - pielęgniarka (1 pkt) - wyposażenie (6 pkt) - gabinet (2 pkt)
Kompleksowość	Maks. 20 pkt - zakres merytoryczny świadczeń - zapewnienie pełnego dostępu do świadczeń diagnostycznych terapeutycznych wymaganych ze względu na rodzaj realizowanych świadczeń	12 pkt, za: - USG w miejscu - badania mikrobiologiczne poza miejscem	10 pkt, za: - USG poza miejscem - badania mikrobiologiczne w miejscu
Dostępność	Maks. 20 pkt. - harmonogram udzielania świadczeń - sposoby rejestracji Dostosowanie infrastruktury do potrzeb osób niepełnosprawnych	8 pkt, za: - 3 dni w tyg. - w ofercie także sobota, której NFZ nie uwzględnia (3 pkt) - rejestracja (3 pkt) - bariery architekt. (2 pkt)	14 pkt, za: - 5 dni w tyg. (9 pkt) - rejestracja (3 pkt) - bariery architekt. (2 pkt)
Cena	Maks. 20 pkt. - relacja ceny oferowanej do ceny ustalonej dla danego świadczenia dla potrzeb postępowania przez dyrektora Oddziału NFZ.	15	0
Ciągłość	Maks. 10 pkt. - zapewnienie świadczeniobiorcy kontynuacji procesu leczenia	5 pkt, za - zapewniał ciągłość przez posiadanie umowy w innym zakresie (5 pkt)	10 pkt, za: - posiadał umowę w 2004 r. (5 pkt) - zapewniał ciągłość (5 pkt)
RAZEM	Maksymalnie 100 pkt	61 pkt	55 pkt

TABELA 2
Poradnia logopedyczna

Kryteria	Znaczenie kryteriów	JAR-MEDIC	NOWaMED
Jakość	Maks. 30 pkt - kwalifikacje - wyposażenie w aparaturę i sprzęt medyczny - bezpieczeństwo udzielania świadczeń - certyfikaty - możliwość zapewnienia prawidłowego postępowania w przypadku zdarzeń niekorzystnych	9 pkt, za - lekarzy z II st. Specjalizacji (6 pkt) - czas pracy (6 pkt) - warunki lokalowe (3 pkt) - brak VIB () pkt) , wzmacniacz mowy poza miejscem – (1 pkt)	12 pkt, za - lekarzy z II st. Specjalizacji (6 pkt) - czas pracy (6 pkt) - warunki lokalowe (3 pkt) - VIB i wzmacniacz mowy w miejscu – (4 pkt)
Kompleksowość	Maks. 20 pkt - zakres merytoryczny świadczeń - zapewnienie pełnego dostępu do świadczeń diagnostycznych terapeutycznych wymaganych ze względu na rodzaj realizowanych świadczeń	8 pkt, za: - umowę w innym zakresie na rok 2004 (tak samo jak ciągłość)	10 pkt, za: - umowę w roku 2004 (tak samo jak ciągłość)
Dostępność	Maks. 20 pkt. - harmonogram udzielania świadczeń - sposoby rejestracji Dostosowanie infrastruktury do potrzeb osób niepełnosprawnych	10 pkt, za: -3 dni w tyg. (w ofercie także sobota, której NFZ nie uwzględnia)	10 pkt, za: - 3 dni w tyg.
Cena	Maks. 20 pkt. - relacja ceny oferowanej do ceny ustalonej dla danego świadczenia dla potrzeb postępowania przez dyrektora Oddziału NFZ	15 pkt	0 pkt
Ciągłość	Maks. 10 pkt. - zapewnienie świadczeniobiorcy kontynuacji procesu leczenia	8 pkt, za - posiadanie umowy w innym zakresie	10 pkt, za: - posiadał umowę w 2004 r.
RAZEM	Maksymalnie 100 pkt	50 pkt	42 pkt

Stwierdzono, że komisja konkursowa niesłusznie dokonała wyboru oferty wyłącznie w oparciu o ocenę merytoryczną, nie uwzględniając spełnienia kryterium ceny. Ponowna weryfikacja ofert skłoniła NFZ do zaproszenia JAR-MEDIK do rokowań. W ich efekcie zawarto umowę w ww. zakresach, w dniu 15 kwietnia 2005 r.

Odnosząc się do zarzutu reprezentowania NFZ w komisji konkursowej przez p. Reginę Czaja NFZ wyjaśnił:

- Regina Czaja należy do pracowników „przejętych” – zgodnie z informacją, którą Oddział otrzymał od Centrali NFZ nie wolno nakazywać zrywania pracownikom stosunków cywilnoprawnych, w których tkwili, ale należy pozwolić na ich wygaśnięcie

- w poprzednich przepisach nie było zapisu art. 112 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.) o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych
- p. Regina Czaja złożyła oświadczenie, że nie ma kontaktów faktycznych ani prawnych z JAR-MEDIK ani z dr Sukienniczakiem (poradnia gruźlicy i chorób płuc), a tylko wynajmowała gabinet w tym samym miejscu co dr Sukienniczak.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący braku jawności postępowania NFZ stwierdził, że:

- ustawa wyraźnie wskazuje w jakich przypadkach NFZ ma obowiązek ujawnienia informacji
- postępowanie składa się z części jawnej i niejawnej – art. 142 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.) o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Wnioskodawca potwierdził, że NFZ na skutek rokowań zawarł z nim umowy w zakresach objętych postępowaniem antymonopolowym. W piśmie z dnia 25 lutego 2006 r. wnioskodawca oświadczył, że nie ma zastrzeżeń ani wniosków na tle przepisów Ustawy do postępowania przeprowadzonego przez NFZ w toku rokowań, rozstrzygniętego w dniu 14 kwietnia 2005 r. i zakończonego zawarciem z nim ww. umów w dniu 15 kwietnia 2005 r. JAR-MEDIK podtrzymał jednak wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego.

Prezes Urzędu w toku postępowania antymonopolowego zbadał „Szczegółowe materiały informacyjne w przedmiocie postępowania w sprawie zawierania umów o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna”, „Kryteria oceny ofert”, „Kryteria poradni specjalistycznych”. Przeanalizowano też oferty złożone przez wnioskodawcę oraz innych oferentów z powiatu jarocińskiego, krotoszyńskiego i kaliskiego w toku postępowania o zawarcie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych będących przedmiotem niniejszego postępowania, zbiorcze oceny złożonych ofert oraz treść umów zawartych ze świadczeniodawcami.

Złożone oferty w powiecie jarocińskim przedstawiały się następująco:

TABELA 3
Poradnia gruźlicy i chorób płuc

L.p.	Oferent	Oferowana cena	Dostępność	Personel	Wyposażenie	Ciągłość	Ocena oferty	Nr umowy	Uzyskana cena
1.	ISPL Paweł Sukienniczak	8,50 x 16800 Łącznie: 142.800,00 zł	28 h / 1 tydz. pn. – pt..	1	Pletyzmograf – poza obiektem Bactec – poza obiektem	TAK	55 pkt (cena-0 pkt)	150004246/ 02/1/ 0502/1/05	8,00 zł x 12528 100.224,00 zł
2.	JAR-MEDIC JAROCIN	7,80 x 9000 Łącznie 70.200,00	20 h / 1 TYDZ. pn., śr., czw., sob.	1	Pletyzmograf – brak bactec – poza obiektem	NIE	46 (nie uwzględniono ceny – 15 pkt)	-----	-----
2 A	JAR-MEDIC JAROCIN (zaproszenie do rokowań)	7,80 x 6350 Łącznie 49.530,00	20 h / 1 TYDZ. pn., śr., pt., sob.	1	Pletyzmograf – brak bactec – poza obiektem	NIE	61 (cena – 15)	150001344/ 02/1/0750/05	7,80 zł x 6000 46.800,00 zł

TABELA 4
Poradnia logopedyczna

L.p.	Oferent	Oferowana cena	Dostępność	Perso- nel	Wypozażenie	Ciąg- łość	Ocena oferty	Nr umowy	Uzyskana cena
1.	NZOZ NOWaMED Jarocin	6,90 zł x 6000 Łącznie 41.400,00 zł (przy ul. Hallera)	16 h/1 tydz. pn, wt., pt	1	Testy praksji i <u>językowe,</u> <u>radiomagnetofon,</u> <u>lustro logopedyczne,</u> <u>gry dydaktyczne,</u> <u>próby</u> <u>grafomotoryczne,</u> <u>amplifony, wibratory</u> <u>językowe - TAK</u>	TAK	44,5 pkt (cena – 0 pkt)	150002373/ 02/1/0308/ 1/05	6,46zł x 4008 Łącznie 25.891,68 zł
		6,90 zł x 6600 Łącznie 45.540,00 zł (przy ul. Moniuszki)	17h / 1 tydz. pn., śr., pt.	1	j.w.	TAK	44,5 pkt (cena – 0 pkt)	-----	-----
2.	NZOZ ALFA- MED s.c. Jarocin	6,35 zł x 6600 Łącznie 41.910,00 zł	17 h łącznie pn., śr. czw., pt.	2	1. Testy praksji i <u>językowe,</u> <u>radiomagnetofon,</u> <u>lustro logopedyczne,</u> <u>gry dydaktyczne,</u> <u>próby grafomotoryczne</u> - TAK 2. <u>amplifony I</u> <u>wibratory - BRAK</u>	NIE	47 pkt (cena – 10 pkt)	-----	-----
3.	JAR-MEDIC JAROCIN	6,30 x 9000 Łącznie 56.700,00	24 H / 1 TYDZ. pn., wt., śr., sob.	1	1. Testy praksji i <u>językowe,</u> <u>radiomagnetofon,</u> <u>lustro logopedyczne,</u> <u>gry dydaktyczne,</u> <u>próby</u> <u>grafomotoryczne. -</u> <u>TAK</u> 2. <u>amplifony – poza</u> <u>miejscem udzielania</u> <u>świadczeń</u> 23. <u>wibratory - BRAK</u>	TAK - 2004	42 pkt (15 pkt – cena)	-----	-----
3A.	JAR-MEDIC JAROCIN (zaproszenie do rokowań)	6,30 x 6350 Łącznie 40.005,00	24 H / 1 TYDZ. pn., śr., pt., sob.	1	1. Testy praksji i <u>językowe,</u> <u>radiomagnetofon,</u> <u>lustro logopedyczne,</u> <u>gry dydaktyczne,</u> <u>próby</u> <u>grafomotoryczne. -</u> <u>TAK</u> 2. <u>amplifony – poza</u> <u>miejscem udzielania</u> <u>świadczeń</u> 23. <u>wibratory - BRAK</u>	TAK - 2004	57 pkt (15 pkt – cena)	150001344/ 02/1/0750/05	6,30 x 4804 30.265,20 zł
4.	NZOZ ESKULAP JAROCIN	6,00 zł x 12408 Łącznie: 74480,00 zł	20 h 1 tydz. pn. – pt	1	1. Testy praksji i <u>językowe,</u> <u>radiomagnetofon,</u> <u>lustro logopedyczne,</u> <u>gry dydaktyczne,</u> <u>próby</u> <u>grafomotoryczne,</u> <u>wibratory - TAK</u> 2. <u>amplifony - BRAK</u>	NIE	50 pkt (cena – 15 pkt)	-----	-----

W oparciu o powyższy stan faktyczny Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

A. Interes publiczny

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jest ustalenie, czy w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia interesu

publicznoprawnego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust.1 Ustawy *ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.*

W wyroku z dnia 24 stycznia 1991 r. w sprawie Amr 8/90 (Wokanda 1992/2/39) Sąd Antymonopolowy stwierdził, że do postępowania w sprawach o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym kwalifikują się tylko takie sprawy, w których podmiot gospodarczy, w następstwie stosowania zakazanych praktyk monopolistycznych, narusza interes publicznoprawny w zakresie rozwoju konkurencji, ochrony podmiotów narażonych na stosowanie takich praktyk oraz ochrony interesu konsumentów. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie I CKN 496/01 (Dz.Urz.UOKiK 2004/1/283) *„Użytego w tych orzeczeniach sformułowania: "dotknięcie skutkami działań" sprzecznego z ustawą antymonopolową, nie można jednak rozumieć w sposób wąski i mechaniczny, jako tylko bezpośredniego pokrzywdzenia kontrahenta monopolisty. Trzeba tu oceniać całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku (rynek relewantny), kierując się ogólnymi celami obu ustaw antymonopolowych. (...). Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego w obu ustawach jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny. Sąd Najwyższy stwierdził, iż (...) przy dokonywaniu oceny czy doszło do naruszenia lub zagrożenia zasady wolnej konkurencji na rynku relewantnym, nie można poprzestać na zbadaniu sytuacji ewentualnego pokrzywdzenia bezpośrednich kontrahentów przedsiębiorcy dominującego na tym rynku. Potrzebne jest tu spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania powodowego Przedsiębiorstwa odbijają się na interesach członków Spółdzielni, a nie tylko jej samej, jako bezpośredniego kontrahenta powoda. Ten szerszy kontekst naruszenia interesów także członków Spółdzielni, dotkniętych pośrednio działaniem powoda, może uzasadniać wniosek, że przy prawidłowo ustalonym rynku relewantnym, którym jest lokalny rynek zaopatrzenia w energię ciepłą, działania powoda naruszają interes o charakterze ogólniejszym – publicznoprawnym(...).”*

W niniejszej sprawie organ antymonopolowy niewątpliwie występuje w ochronie interesu publicznego. Skutkami działań NFZ są objęci zwłaszcza ubezpieczeni w Narodowym Funduszu Zdrowia, którym na skutek działań NFZ może być ograniczony dostęp do odpowiedniej ilości świadczeń w ogóle lub/i świadczeń wykonywanych na najwyższym standardzie usług. Działania te uderzać mogą też w świadczeniodawców, którzy inwestując w wyposażenie ich placówek oraz obsadzenie specjalistami, liczą na rekompensatę oraz możliwość świadczenia usług nie tylko odpłatnie, ograniczonej grupie pacjentów, ale też w ramach środków uzyskiwanych z NFZ.

Interes publiczny w niniejszej sprawie przejawia się w zapewnieniu pacjentom szerokiego dostępu do usług medycznych w ramach obejmującego ich ubezpieczenia zdrowotnego i na jak najwyższym poziomie, a świadczeniodawcom zarówno możliwości udzielania świadczeń jak i równoprawnych oraz niedyskryminujących warunków do udzielania tych usług za środki uzyskiwane od NFZ. Działania Narodowego Funduszu Zdrowia wywierają bezpośredni wpływ na warunki ochrony zdrowia pacjentów i działalność zakładów opieki zdrowotnej.

Prezes Urzędu podejmuje przyznane mu przez Ustawodawcę środki także wówczas, gdy ich zastosowanie ma znaczenie prewencyjne – w celu uniknięcia podobnych naruszeń interesu konsumentów i przedsiębiorców. Ma to znaczenie zwłaszcza w przypadku podmiotów o pozycji monopolistycznej, jak NFZ, którym posiadany monopol umożliwia dopuszczanie się zakazanych zachowań. Nadużycie pozycji dominującej choćby w jednym

przypadku spośród wielu tysięcy oferentów wymaga uruchomienia kompetencji Prezesa Urzędu dla zbadania sprawy pod kątem ewentualnego naruszenia interesu świadczeniodawców i ubezpieczonych w NFZ, aby nie dopuścić do kolejnego zakazanego zachowania.

Reasumując powyższe Prezes Urzędu – w interesie publicznym – przeprowadził postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie, zakończone wydaniem niniejszej decyzji.

B. Praktyka NFZ

Istotą praktyk określonych w art. 8 Ustawy jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Ogólny zakaz wyrażony w art. 8 ust. 1 Ustawy precyzują przepisy zawarte w ustępie drugim, w tym w punktach 3 i 5.

Dla oceny uznania praktyk określonych w art. 8 ust. 2 pkt 3 i 5 za ograniczające konkurencję, spełnione być muszą łącznie następujące przesłanki:

- a) przedsiębiorca, któremu zarzuca się stosowanie praktyk posiada na tzw. rynku właściwym pozycję dominującą
- b) jego zachowania polegają na nadużywaniu tej pozycji poprzez:
 - stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji
 - przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji.

Rynek właściwy

Ponieważ uczestnicy postępowania działają w strukturze rynkowej, istotne znaczenie ma określenie rynku właściwego. Zgodnie z art. 4 pkt 8 Ustawy, przez pojęcie rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na 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. Na rynek właściwy składa się rynek produktowy oraz rynek geograficzny. Oba te rynki muszą być oznaczone przez Prezesa Urzędu.

Rynek w znaczeniu przedmiotowym odnosi się do towarów w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy antymonopolowej (m.in. rzeczy, usługi). W przedmiotowej sprawie towarem jest organizowanie świadczeń zdrowotnych na rzecz osób ubezpieczonych w Narodowym Funduszu Zdrowia, finansowanych ze środków publicznych, wykonywanych przez świadczeniodawców wyłonionych na podstawie postępowania konkursowego przeprowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia i jego właściwe miejscowo oddziały.

Rynkiem geograficznym jest województwo wielkopolskie, w którym NFZ - Wielkopolski Oddział Wojewódzki, jest organizatorem świadczeń zdrowotnych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego.

Pozycja dominująca NFZ na rynku właściwym

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy pozycję NFZ na rynku właściwym należy wywieść wprost z zapisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 201, poz. 2135 z późn. zm.), obowiązującej do 1 października 2004 r., zwanej dalej ustawą o świadczeniach zdrowotnych. Ustawa ta określa zasady „powszechnego obowiązkowego ubezpieczenia zdrowotnego” i wskazuje w art. 97, iż NFZ zarządza środkami finansowymi wskazanymi w art. 116 tej ustawy, a do jego zadań należy przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie ich realizacji i rozliczanie.

Z kolei zgodnie z art. 107 ust. 5 ustawy o świadczeniach zdrowotnych do zadań dyrektora Oddziału Wojewódzkiego NFZ należy m. in.:

- 1) efektywne i bezpieczne gospodarowanie środkami finansowymi oddziału wojewódzkiego Funduszu;
- 2) przeprowadzanie postępowań o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w tym świadczeń wysokospecjalistycznych;
- 3) dokonywanie wyboru realizatorów programów zdrowotnych, w tym w imieniu danego ministra;
- 4) zawieranie i rozliczanie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w tym świadczeń wysokospecjalistycznych, oraz zawieranie i rozliczanie umów o realizację programów zdrowotnych (...).

Oznacza to, w konsekwencji, iż na rynku właściwym w niniejszym postępowaniu, NFZ uzyskał szczególną pozycję: wyłącznie jemu, w warunkach przypisanego ustawowo „monopolu”, przyznano, w celu zabezpieczenia świadczeń zdrowotnych, na podstawie ww. ustawy o świadczeniach zdrowotnych, uprawnienie do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz do zawierania umów ze świadczeniodawcami.

Ta nadana NFZ z mocy prawa pozycja, bezsprzecznie wyczerpuje znamiona, o których mowa w art. 4 ust. 9 Ustawy i powoduje, iż jego działania, które były bezpośrednio związane z organizacją konkursu na zawieranie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych na rok 2005 i wyborem świadczeniodawców, mogą być rozpatrywane pod kątem, ewentualnego naruszenia jej zapisów, w szczególności poprzez niezgodne z prawem, „nadużycie”.

Rozstrzygając, czy miało miejsce nadużycie pozycji dominującej, Prezes Urzędu uwzględni, w pierwszym rzędzie, następujące okoliczności:

Na rozpatrywanym rynku właściwym funkcjonuje tylko jeden nabywca, tj. NFZ, reprezentujący wobec świadczeniodawców (w tym zakładów opieki zdrowotnej) cały potencjalny i rzeczywisty popyt na nie mające substytutów usługi związane z realizacją powszechnych świadczeń zdrowotnych w ramach ubezpieczenia w NFZ.

Wyróżniającą cechą tego rynku jest to, iż gra rynkowa prowadzona pomiędzy jego uczestnikami, tj. potencjalnymi świadczeniodawcami i NFZ (jako zamawiającym usługi), nie ma, jak w wypadku większości innych rynków, charakteru ciągłego, przejawiającego się w

nieustających zmianach popytu, podaży i cen, a w konsekwencji wielokrotnych zachowaniach dostosowawczych uczestników rynku, lecz ogranicza się do jedynie raz w roku zgłaszanego przez NFZ zapotrzebowania i propozycji jego zaspokojenia przedstawianych przez przedsiębiorców posiadających zdolność świadczenia pożądaných usług, ubiegających się o zawarcie w tym przedmiocie stosownych umów z NFZ.

Konsekwencją powyższej struktury rynku jest to, że oceny treści umów zawartych z kontrahentami przez NFZ, nie sposób dokonywać wyłącznie w kontekście nieskrępowanych mechanizmów rynkowych, ponieważ z woli ustawodawcy, aktywna i ciągła konkurencja na rynku została zastąpiona jednorazową (w określonym przedziale czasowym) konkurencją przedsiębiorców o dostęp do rynku, z uprzywilejowaną, z mocy prawa, pozycją NFZ jako jedyne go kontraktującego usługi opieki medycznej.

Ustawodawca, przyznając NFZ wyłączne uprawnienia do kształtowania przedmiotowego rynku postanowił, mocą art. 139 ust. 1 ustawy o świadczeniach zdrowotnych, iż zawieranie przez niego umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych powinno odbywać się po uprzednim przeprowadzeniu postępowania – co do zasady - bądź to w trybie konkursu ofert, bądź to rokowań. Zgodnie z art. 142 ust. 5 pkt 1 ww. ustawy „W części niejawnego konkursu ofert komisja może wybrać ofertę lub większą liczbę ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowość i dostępność oraz przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia”. Natomiast na mocy art. 148 ww. ustawy „Porównanie ofert w toku postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej obejmuje w szczególności:

- 1) ciągłość, kompleksowość, dostępność, jakość udzielanych świadczeń, kwalifikacje personelu, wyposażenie w sprzęt i aparaturę medyczną, na podstawie wewnętrznej oraz zewnętrznej oceny, która może być potwierdzona certyfikatem jakości lub akredytacją;
- 2) ceny i liczby oferowanych świadczeń opieki zdrowotnej oraz kalkulacje kosztów.”

Skoro zatem w sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania NFZ jest jedynym podmiotem dokonującym oceny ofert i kontraktującym usługi na rynku świadczeń zdrowotnych udzielanych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, zajmuje niekwestionowaną pozycję dominującą. Posiada więc na tym rynku siłę, przy użyciu której może wpływać na konkurencję, ale i działać w dużym stopniu niezależnie od zachowania swych kontrahentów, a w szczególności eksploatować swoją pozycję rynkową ich kosztem.

W związku z powyższym pierwsza z przesłanek praktyk określonych w art. 8 ust. 2 pkt 3 i 5 została spełniona.

Zarzućane praktyki ograniczające konkurencję

Posiadanie pozycji dominującej samo przez się nie narusza prawa. Narusza prawo dopiero jej nadużywanie, przejawiające się w stosowaniu zakazanych praktyk ograniczających konkurencję.

Wnioskodawca sformułował swoje zarzuty w taki sposób, iż część kwestionowanych przez niego zachowań NFZ naruszać miała zakaz sformułowany w punkcie 3, a część zakaz określony w punkcie 5 ustępu 2 artykułu 8 Ustawy.

Art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy

Zakaz z art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy dotyczy stosowania w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji.

Zdaniem Prezesa Urzędu nieuzasadniony okazał się zarzut wnioskodawcy dotyczący nieudostępnienia mu przez NFZ protokołu z oceny ofert oraz indywidualnych kryteriów oceny wnioskodawcy i konkurujących z nim oferentów.

Komisja konkursowa NFZ dokonuje oceny ofert złożonych przez uczestniczących w postępowaniu świadczeniodawców, pod względem kryteriów określonych w art. 148 ustawy o świadczeniach zdrowotnych, przy czym definicje zawartych w tym przepisie pojęć zawierają „Kryteria oceny ofert” podane w Załączniku do zarządzenia Prezesa Funduszu (NFZ) Nr 26/2004. Zgodnie z pismem NFZ z dnia 17 marca 2005 r. w postępowaniu na rok 2005 r. oceny tej dokonywała komisja konkursowa przy wykorzystaniu systemu informatycznego, który po wprowadzeniu danych z ofert przypisał im wartość punktową. Następnie na podstawie tych ocen komisja dokonywała wyboru świadczeniodawcy z którym zawierała umowę.

Sama ocena ofert stanowi więc czynność finalną komisji, prowadzącą do zawarcia umowy z wybranym świadczeniodawcą (-ami). Fakt udostępnienia ocen nie wpływa na pozycję kontraktową oferenta, a co najwyżej może mieć znaczenie w postępowaniu zmierzającym do zakwestionowania rozstrzygnięcia komisji konkursowej. Wnioskodawca nie zarzucił, że NFZ podał te informacje jakimkolwiek z podmiotów biorących udział w postępowaniu. Fakt nieudostępniania informacji dotyczących oceny ofert złożonych w postępowaniu konkursowym przeprowadzonym przez NFZ nie stwarza zatem w ocenie Prezesa Urzędu zróżnicowanych warunków konkurencji. Nie stanowi to bowiem ani przejawu zróżnicowania warunków umów ani też przejawu odmiennej oceny ofert, prowadzącej do odmowy zawarcia umów objętych niniejszym postępowaniem z wnioskodawcą.

Zaznaczyć należy, że w ocenie Prezesa Urzędu przepis art. 142 ustawy o świadczeniach zdrowotnych, na który powołał się NFZ, nie ustanawia zakazu ujawniania przez NFZ oceny ofert złożonych w postępowaniu. Przepis ten wskazuje jedynie na to, że istnieją dwie części postępowania – w części jawnej komisja m. in. otwiera oferty i to w obecności oferentów, a w części niejawnej komisja obraduje, dokonuje oceny ofert i wybiera oferty spełniające kryteria określone w art. 148 i art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy o świadczeniach zdrowotnych, już bez udziału oferentów. Wyodrębnienie części niejawnej i jawnej ma zatem na celu jedynie zapewnienie rzetelności i sprawności przeprowadzenia postępowania konkursowego. Sama ocena ofert nie stanowi tajemnicy i może być udostępniana. Okoliczność ta nie miała jednak wpływu na zasadność zarzutu JAR-MEDIK wobec NFZ w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z uwagi na to orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Prezes Urzędu stwierdził jednak, że zachowanie NFZ polegające na zastosowaniu niejednorodnych kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu konkursowym na rok 2005, a w konsekwencji odmowa zawarcia z wnioskodawcą umów w zakresie poradni logopedycznej oraz poradni gruźlicy i chorób płuc stanowi praktykę zakazaną w myśl ww. przepisu Ustawy.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Antymonopolowego z 12 września 2002 r. w sprawie XVII Ama 101/01: „(...) pojęcie „umowa” w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy interpretować szeroko uznając, iż obejmuje ono swym znaczeniem także etap poprzedzający zawarcie umowy, szczególnie w sytuacji kiedy krąg podmiotów z którymi mają zostać zawarte umowy w drodze przetargu wyłaniany jest wg niejednoznacznych kryteriów”. Stąd także w niniejszej sprawie Prezes Urzędu przyjął, że przepisem art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy objęte jest postępowanie konkursowe przeprowadzane przez NFZ w celu wyłonienia spośród oferentów podmiotu lub podmiotów, z którymi umowa zostanie zawarta.

NFZ oświadczył, że ocena ofert dokonywana była z uwzględnieniem kryteriów wskazanych w art. 148 ustawy o świadczeniach zdrowotnych, za pomocą systemu informatycznego. W przypadku jednak wnioskodawcy i jego konkurentów komisja wzięła pod uwagę ocenę merytoryczną ofert, nie uwzględniając kwestii zaoferowanej ceny. Zaproponowana cena jednak w przypadku wnioskodawcy wpływała w zasadniczy sposób na ocenę jego oferty zarówno dla poradni logopedycznej jak i poradni gruźlicy i chorób płuc sprawiając, że były one najlepsze. Ani przepis art. 148 ani art. 142 ust. 5 pkt 1 (przepisy te podają tożsame kryteria oceny ofert) ustawy o świadczeniach zdrowotnych nie przewiduje uprawnienia komisji konkursowej do pominięcia kryterium ceny – wszystkie wskazane w tych przepisach kryteria muszą być uwzględnione, z tym że przypisuje się im różną wartość punktową i to już wpływa na zróżnicowanie oceny. NFZ w konsekwencji przyznał jednak, że nieuwzględnienie ceny było błędem komisji i w związku z tym zaprosił wnioskodawcę do rokowań w wyniku których w dniu 15 kwietnia 2005 r. zawarto umowy w ww. zakresach.

Prezes Urzędu zwrócił jednak uwagę na to, że ocena poszczególnych ofert dokonana przez NFZ (patrz Tabela 1 i 2) nie była konsekwentna.

Odnosząc się do kryterium dostępności NFZ nie wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął, iż nie bierze pod uwagę usług świadczonych w soboty, podczas gdy wyłączenie takie nie wynika z żadnych dokumentów regulujących wymogi wobec oferentów oraz samo postępowanie konkursowe. W „Szczegółowych materiałach informacyjnych w przedmiocie postępowania w sprawie zawierania umów o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna” mowa jest o zapewnieniu pięciodniowego dnia pracy w przypadku zatrudnienia dwóch specjalistów, jednak nie wymienia się dni, w jakich usługi powinny być wykonywane.

W przypadku poradni chorób płuc i gruźlicy NFZ słusznie uznał, że dostępność pięć dni w tygodniu zasługuje na wyższą ocenę niż dostępność zaproponowana przez wnioskodawcę – 3 dni w tygodniu (bez soboty). Różnica punktów przyznanych obu ofertom zmieniłaby się jednak przy uwzględnieniu wspomnianych wyżej sobót jako dnia świadczenia usług, co miałyby z kolei wpływ na ogólną ocenę ofert.

W przypadku poradni logopedycznej NFZ ocenił jednakowo obie oferty pod względem dostępności, z tym że oferta wnioskodawcy obejmowała dodatkowo sobotę, a zatem – zgodnie z ww. wywodami – jeden dzień więcej.

Drugim kryterium mającym wpływ na ocenę konkurencyjnych ofert była ciągłość. Zgodnie z „Kryteriami oceny ofert” pod pojęciem tym rozumieć należy zapewnienie świadczeniobiorcy kontynuacji procesu leczenia. Dla NFZ w przedmiotowym postępowaniu konkursowym ciągłość oznaczała zawarcie ze świadczeniodawcą umowy w poprzednim roku. W taki sposób jednak startujący w konkursie świadczeniodawcy, którym nie udało się zawrzeć umowy z NFZ w roku poprzednim, tracą punkty w porównaniu z tymi podmiotami,

które poprzednio zawarły umowy z NFZ. W przypadku poradni gruźlicy i chorób płuc NFZ oceniło ofertę Pawła Sukienniczaka na 10 pkt – 5 pkt za umowę w 2004 r. i 5 pkt za ciągłość. Ocena ta jest niezrozumiała. Punkty za ciągłość w kryterium ciągłości wynikają z określonych faktów – faktem tym jest umowa w 2004 r., a zatem nieznanym jest powód przyznania kolejnych 5 pkt.

Z kolei w ramach oceny ofert z zakresu poradni logopedycznej NFZ przedstawił taką samą ocenę wymogów spełnianych przez oferentów w ramach kryterium kompleksowości i ciągłości, jednakże w przypadku każdego z kryteriów wziął pod uwagę zawarcie umów w 2004 r. W ten sposób NFZ dokonał nieprawidłowej oceny kryterium kompleksowości porównywanych ofert, co wpłynęło na ich ocenę ogólną. Słusznie zauważył wnioskodawca, że praktycznie kryterium to w ogóle nie zostało ocenione. Ponadto w kryterium jakości NFZ przyznał wnioskodawcy 9 punktów, podczas gdy suma punktów dla poszczególnych wymogów wyniosła 16 punktów.

Okoliczności te uzasadniają zatem zarzut wnioskodawcy co do bezpodstawnej odmowy zawarcia z nim umowy w ww. zakresach przez NFZ, tym bardziej że samo kryterium ceny decydowało już o atrakcyjności oferty wnioskodawcy. W związku z tym odmowa zawarcia umowy prowadzi do nierównego traktowania oferentów i ma charakter dyskryminacyjny.

Należy też zauważyć, że postępowaniu w trybie rokowań przeprowadzonym w kwietniu 2005 r. wnioskodawca złożył prawie taką samą ofertę jak w postępowaniu konkursowym przeprowadzonym w grudniu 2004 r. (różnica dotyczy tylko ilości świadczeń) i tym razem NFZ zawarł z nim umowę. NFZ przyznał zatem, że pierwotna odmowa zawarcia umowy z JAR-MEDIK była nieuzasadniona.

Z uwagi na to, że zgodnie z oświadczeniem wnioskodawcy ujętym w piśmie z dnia 20 lutego 2006 r. w dniu 15 kwietnia 2005 r. NFZ zawarł z nim umowy w ww. zakresach, a co do poprzedzającego zawarcie umów postępowania JAR-MEDIK nie wnosi zastrzeżeń, należało stwierdzić, że zakazana praktyka, której dopuścił się NFZ została zaniechana z dniem 15 kwietnia 2005 r.

Zgodnie z art. 10 ust. 1. i 2 Ustawy nie wydaje się decyzji nakazującej zaniechania stwierdzonych praktyk, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy albo związku przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub w art. 8. W takim przypadku Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Z uwagi na to orzeczono jak w pkt 4 sentencji.

Art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy

Praktyka przewidziana w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy ma charakter ściśle antykonkurencyjny, a często występuje w zbiegu z innymi naruszeniami przepisów Ustawy wymienionymi w jej art. 8 ust. 2.

Istotą tej praktyki jest stwarzanie barier dla rozwoju konkurencji, które negatywnie oddziałują na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników.

Wolna konkurencja oznacza dostęp do rynku na równych prawach dla wszystkich przedsiębiorców. Przedsiębiorcy rywalizują o to, aby w drodze oferowania lepszych cen lub warunków świadczenia usług pozyskać jak największą liczbę kontrahentów. Mechanizmy rynkowe funkcjonują efektywniej, gdy na rynku działa więcej przedsiębiorców.

NFZ rozstrzygając przedmiotowe postępowanie konkursowe dla powiatu jarocińskiego zawarł umowę z jednym tylko oferentem, spośród występujących odpowiednio:

- dla poradni gruźlicy i chorób płuc – dwóch świadczeniodawców
- dla poradni logopedycznej – czterech świadczeniodawców.

W ten sposób NFZ doprowadził do tego, że na rynku udzielania świadczeń zdrowotnych z zakresu poradni chorób płuc i gruźlicy oraz poradni logopedycznej finansowanych ze środków publicznych, na terenie powiatu jarocińskiego, funkcjonować miał tylko jeden podmiot w każdym z tych zakresów.

Przepisy ustawy o świadczeniach zdrowotnych oraz przepisy wykonawcze do tej ustawy nie nakładają na NFZ obowiązku zawierania umowy z więcej niż jednym świadczeniodawcą, a przepis art. 29 tej ustawy mówi o możliwości wyboru świadczeniodawcy przez ubezpieczonych spośród świadczeniodawców wyłonionych w konkursie przez NFZ.

NFZ wytłumaczył, że wybór tylko jednego świadczeniodawcy w ww. zakresach dla powiatu jarocińskiego uzasadniony był małą, o połowę mniejszą liczbą świadczeń przewidzianych na rok 2005 w stosunku do roku 2004. W związku z tym całość przewidzianych świadczeń zarówno z zakresu poradni logopedycznej jak poradni gruźlicy i chorób płuc wykonywać miały podmioty, których oferta uzyskała najlepszą ocenę. W ten sposób NFZ mógł racjonalnie zagospodarować niewielką liczbą świadczeń.

W związku z tym postanowiono jak w pkt 2 sentencji.

Prezes Urzędu stwierdził, że udział w komisji konkursowej NFZ lekarza czynnie wykonującego zawód w formie indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej z zakresu chorób płuc i gruźlicy rozpatrującej złożone oferty nie miał wpływu na ukształtowanie się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku właściwym w niniejszej sprawie. Zgodnie z informacją NFZ Regina Czaja złożyła oświadczenia w których zawiadomiła, że nie jest związana faktycznie ani prawnie zarówno z Pawłem Sukienniczakiem jak i z przedstawicielami JAR-MEDIK, a lokal w którym prowadziła praktykę prywatną w Kaliszu jest własnością dr Andrzeja Kowalskiego, z którym NFZ nie zawarł umowy. Należy też zauważyć, że komisja konkursowa obraduje w składzie trzyosobowym, co utrudnia dopuszczenie się zachowań sprzyjających naruszeniom prawa.

Prezes Urzędu uznał, że sam fakt uczestnictwa w trzyosobowej komisji konkursowej lekarza, który prowadzi działalność pod tym samym adresem co oferent, z którym zawarto umowę w omawianym zakresie świadczeń, nie stanowił bariery uniemożliwiającej wnioskodawcy dostęp do rynku. Trudno bowiem jednoznacznie stwierdzić, że skład komisji ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania konkursowego. Trudno również doszukać się jednoznacznego związku przyczynowego pomiędzy udziałem w komisji Reginy Czaja a wyborem oferty Pawła Sukienniczaka. Nie można dopatrywać się w powoływaniu składu komisji przez NFZ woli stawiania barier w dostępie do rynku, chęci wyboru jednego świadczeniodawcy i niedopuszczenia do rynku innego. Nie da się też uniknąć w takim środowisku, jak środowisko lekarskie, związków czy kontaktów pomiędzy członkami komisji – lekarzami, a oferentami – również w większości lekarzami, i to na terenie jednego województwa.

Zdaniem Prezesa Urzędu NFZ nie dopuścił się powołaniem do składu komisji konkursowej Reginy Czaja, stosowania zakazanej praktyki, określonej w art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

W związku z tym orzeczono jak w punkcie 3 sentencji decyzji.

Prezes Urzędu postanowił nie nakładać na NFZ kary pieniężnej.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8 Ustawy.

Z treści przepisu wynika, iż nałożenie kary ma charakter fakultatywny. W związku z tym Prezes Urzędu w ramach uznania administracyjnego decyduje czy zasadne jest w danej sprawie nałożenie kary. Ustawa nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary. W art. 104 Ustawy jedynie wskazano, iż ustalając wysokość kary Prezes Urzędu winien wziąć pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Na decyzję o ukaraniu przedsiębiorcy stosującego praktyki ograniczające konkurencję musi mieć wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego podjętymi działaniami oraz cele jakie kara ma osiągnąć. Rozważając te okoliczności Prezes Urzędu uznał przede wszystkim, iż nie ma podstaw do represyjnego oddziaływania na NFZ, albowiem w toku postępowania współpracował z Prezesem Urzędu, przedstawiając wszelkie informacje, dokumenty i wyjaśnienia niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, wykraczające nawet poza zakres zadawanych pytań. Ponadto zgodnie z oświadczeniami wnioskodawcy NFZ zaniechał stosowania stwierdzonych praktyk i zawarł z wnioskodawcą umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych na rok 2005 zgodnie z ofertami wnioskodawcy.

Natomiast cel prewencyjny i edukacyjny spełni, w przekonaniu organu antymonopolowego, sama decyzja stwierdzająca w jednym punkcie stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przez NFZ. W gruncie rzeczy bowiem wskazuje ona na to, w czym przejawiało się zachowanie NFZ niezgodne z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponadto Prezes Urzędu zwrócił uwagę na to, że kara wypłacona zostałaby ze środków budżetowych do budżetu Państwa. W związku z tym byłoby to zarówno niecelowe, jak i nastąpiłoby z poszkodowaniem ubezpieczonych, z których składek środki te są także tworzone. Mogłoby to w konsekwencji doprowadzić do obniżenia ochrony ubezpieczeniowej pacjentów.

We wniosku o wszczęcie postępowania JAR-MEDIK wniósł o przyznanie mu zwrotu kosztów poniesionych w związku z przedmiotowym postępowaniem, zgodnie ze spisem kosztów, który zobowiązał się dostarczyć.

Pismem z dnia 2 maja 2006 r. wnioskodawca sprecyzował, iż żąda przyznania kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Zgodnie z art. 69 Ustawy zasadne jest żądanie przez JAR-MEDIK zwrotu następujących kosztów poniesionych do celowego dochodzenia praw przed Prezesem Urzędu:

- uiszczonej opłaty od wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego
- kosztów wynagrodzenia radcy prawnego reprezentującego wnioskodawcę w niniejszej sprawie; do ustalenia wysokości tych kosztów stosuje się na podstawie art. 69 ust. 3 Ustawy przepis § 14 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.), zgodnie z którym wynagrodzenie wynosi 360,00 zł.

W związku z tym, że żądania wnioskodawcy zostały uwzględnione w części Prezes Urzędu, na mocy art. 70 ust. 1 Ustawy, rozdzielił koszty stosunkowo nakładając na NFZ obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez wnioskodawcę w ¼ części.

Z uwagi na to orzeczono jak w pkt 5 sentencji.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 Ustawy i art. 479(28) § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu, w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia decyzji.

Na postanowienie zawarte w punkcie 5 niniejszej decyzji, na podstawie art. 78 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 2 k.p.c., przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Poznaniu w terminie tygodnia od dnia doręczenia.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Zastępcą Dyrektora Delegatury w Poznaniu
Jarosław Krüger

Otrzymują:

1. Zakład Usługowo – Handlowy

JAR-MEDIK sp. z o.o.

Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej

Ul. Hallera 9, 63-200 Jarocin

2. Narodowy Fundusz Zdrowia Wielkopolski Oddział Wojewódzki w Poznaniu

Ul. Grunwaldzka 158, 60-309 Poznań