



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
w Warszawie
RWA-411/3/08/MŁ**

Warszawa, dnia 10 lipca 2009 r.

DECYZJA nr RWA - 9/2009

I) Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) i stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego:

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów;

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na nadużywaniu przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynkach usług świadczeń zdrowotnych, wskutek przyjęcia za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej okoliczności realizowania przez oferenta, w dniu złożenia oferty, leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia **i nakazuje zaniechanie jej stosowania.**

II) Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stosownie do jej art. 33 ust. 6 oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego:

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nakłada się na Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 1.145.512 PLN (słownie: jeden milion sto czterdzieści pięć tysięcy pięćset dwanaście złotych), płatną do budżetu państwa z tytułu dopuszczenia się naruszenia określonego w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W dniu 30 czerwca 2008 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako organ antymonopolowy) wpłynęło złożone w trybie art. 86 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia. Powyższe zawiadomienie zostało złożone przez Falc Medycyna Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Spółka).

Ww. Spółka zawiadamiała w swym wystąpieniu o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez przyjęcie w Zarządzeniu Nr 71/2007/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 27 września 2007 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (dalej również jako Zarządzenie), kryterium porównania ofert naruszającego interes prawny świadczeniodawcy, który nie miał dotychczas zawartej umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych z Narodowym Funduszem Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej jako NFZ lub Fundusz)

Swój zarzut Spółka oparła na tym, iż kryterium *ciągłość*, użyte również w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.) w § 2 ust. 1 pkt 4 lit. b Zarządzenia zinterpretowano jako *ryzyko przerwania procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń, realizowanego w dniu złożenia oferty na podstawie umowy zawartej z NFZ*. Tak interpretowana *ciągłość* oceniana jest poprzez szczegółowy parametr określony w Załączniku nr 1 do tego Zarządzenia jako realizacja procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń w dniu złożenia oferty na podstawie umowy zawartej z Funduszem.

Przyjęcie takiej oceny dla kryterium *ciągłość* z założenia skutkuje stworzeniem nierównych warunków konkursowych dla uczestników, gdyż preferuje, te podmioty, które wcześniej (w chwili zawierania umowy) współpracowały z Funduszem w ramach zawartych z nim umów.

Po analizie przedmiotowego Zawiadomienia organ antymonopolowy uznał, iż zasygnalizowana w nim kwestia daje podstawy do wszczęcia z urzędu postępowania antymonopolowego. Wobec powyższego, postanowieniem z dnia 15 września 2008 r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie, pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, na rynku usług świadczeń zdrowotnych, wskutek uznania realizowania w dniu złożenia oferty procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy z NFZ, za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy antymonopolowej.

Postanowieniem z dnia 15 września 2008 r. Prezes UOKiK, zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu antymonopolowym zawiadomienie Falc Medycyna Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego (pismo z dnia 7 października 2008 r.), a także w pismach składanych w trakcie postępowania antymonopolowego, Fundusz odniósł się do stawianego mu zarzutu podnosząc, co następuje.

1. Fundusz podniósł, iż nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W szczególności brak jest podstaw jurystycznych do przyjęcia, iż NFZ jest osobą prawną organizującą usługi o charakterze użyteczności publicznej. NFZ jest podmiotem realizującym zadania władzy publicznej w zakresie zapewnienia obywatelom równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych tj. organizacji systemu ubezpieczenia zdrowotnego. Podniesiono, iż w przypadku Funduszu nie zachodzą przesłanki wytworzone na gruncie orzecznictwa Sądu Pierwszej Instancji oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a pozwalające na przyznanie podmiotowi *zdolności antymonopolowej* w sprawach o naruszenie wspólnotowego zakazu praktyk ograniczających konkurencję określonego w art. 81 i 82 TWE (pismo NFZ z dnia 7 października 2008 r.).

2. NFZ stwierdził, iż jest on jedynie płatnikiem i organizuje udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie organizacji systemu opieki zdrowotnej finansowanego ze środków publicznych, którą to działalność należy odróżnić od działalności użyteczności publicznej.

3. Fundusz wskazał także, iż zgodnie z orzecznictwem ETS oraz stanowiskiem Komisji Europejskiej na gruncie art. 82 TWE, zasadnym jest pogląd o dopuszczalności zwolnienia określonych zachowań podmiotu posiadającego na rynku właściwym pozycję dominującą pod warunkiem spełnienia wymogu obiektywnej zasadności takich zachowań oraz proporcjonalności wprowadzonych *restrykcji*. Według NFZ kwestionowane w tym postępowaniu praktyki są obiektywnie uzasadnione i nie stanowią praktyki ograniczającej konkurencję (pismo NFZ z dnia 7 października 2008 r.).

4. Fundusz dokonał analizy terminu *ciągłość*, zastosowanego zarówno w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210 poz. 2135 z późn. zm.) jak i w Zarządzeniu Prezesa NFZ z dnia 27 września 2007 r. nr 71/2007/DSOZ w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych. Zgodnie ze stanowiskiem Funduszu pojęcie *ciągłość*, o którym mowa w przedmiotowym Zarządzeniu dotyczy możliwości kontynuacji leczenia przez tego samego pacjenta u tego samego świadczeniodawcy. Nie stanowi ono warunku koniecznego ubiegania się przez świadczeniodawcę o zawarcie umowy, aczkolwiek w przypadku, gdy oferent nie spełnia tego warunku, wygranie postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych może wymagać zdobycia przez oferenta większej liczby punktów w innych kryteriach.

Fundusz wskazał także argumenty mające uzasadniać przyjętą przez siebie ocenę kryterium *ciągłość* w przedmiotowym Zarządzeniu. NFZ stwierdził, że niewybranie danego świadczeniodawcy w kolejnym postępowaniu konkursowym w zdecydowanej większości przypadków zakłóca proces leczenia, a także skutkuje *przerwaniem ciągłości kolejki oczekujących na udzielenie świadczenia*, o której mowa w art. 20 ustawy o świadczeniach. Zdaniem Funduszu, w takim wypadku pojawia się też problem udostępnieniu nowemu świadczeniodawcy dokumentacji medycznej pacjenta. Wskazano także na ewentualne niekorzystne skutki wynikające z konieczności przeniesienia pacjentów znajdujących się w trakcie leczenia szpitalnego u świadczeniodawcy, który nie został wybrany w kolejnym

postępowaniu konkursowym. Zdaniem Funduszu, istotne dla *ciągłości* leczenia są też osobiste relacje pacjenta z lekarzem.

Fundusz stwierdził, iż wprowadzenie do oceny ofert przedmiotowego parametru wynikało z konieczności rozwiązania powyższych problemów, a nie z faworyzowania świadczeniodawców posiadających zawartą z nim umowę w dniu złożenia oferty. NFZ stanął także na stanowisku, iż korzyści jakie odnoszą pacjenci z tytułu możliwości kontynuowania leczenia u tego samego świadczeniodawcy przeważają nad negatywnymi skutkami tej praktyki dla konkurencji.

5. Fundusz przekazał (pisma NFZ z dnia 30 października 2008 r. oraz 5 lutego 2009 r.) informacje liczbowe na temat postępowań w sprawie zawarcia umowy przeprowadzonych na podstawie ww. Zarządzenia, stanowiące odpowiedź na wezwanie Prezesa UOKiK (pismo z dnia 25 listopada 2008 r.) do przekazania szczegółowych danych liczbowych dotyczących postępowań w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych, które zostały przeprowadzone na podstawie przedmiotowego Zarządzenia oraz do przekazania dokumentów (analiz, raportów, danych statystycznych etc.) przemawiających za słusnością zastosowanej w Zarządzeniu oceny kryterium *ciągłość* w przypadku ratownictwa medycznego i transportu sanitarnego.

W odpowiedzi Fundusz oświadczył, iż *uzasadnieniem niezbędności zastosowania (powielania) powyższych kryteriów była chęć stworzenia schematu ofert porównywalnego dla wszystkich rodzajów świadczeń*. Poinformował on także, że *m.in. w związku uwagami zgłaszanymi przez świadczeniodawców oraz po analizie problemu, podjęto decyzję, że należy nie uwzględniać powyższego parametru oceny do umów na udzielanie świadczeń zdrowotnych zawieranych w 2009 r. w przypadku pomocy doraźnej i transportu sanitarnego oraz leczenia uzdrowiskowego*.

6. W odpowiedzi na wezwanie Prezesa UOKiK (pismo z dnia 3 marca 2009 r.) do przekazania informacji o wysokości przychodu osiągniętego w roku poprzednim wraz z dokumentami go potwierdzającymi, w tym wyniku finansowego obliczonego dla potrzeb podatku dochodowego od osób prawnych (CiT-8), Fundusz przekazał zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) przez podatnika podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2008 r. (CiT-8) oraz Informację o odliczeniach od dochodu i od podatku oraz o dochodach wolnych i zwolnionych od podatku również za rok 2008 (CiT-8/O) /pismo Funduszu z dnia 6 kwietnia i 11 maja 2009 r. /. Z deklaracji CiT-8 wynika, iż przychód Funduszu bez przychodów, o których mowa w art. 2 ust. 1, art. 21 i 22 ustawy z dnia 25 lutego 1992 r., o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm.), z zastrzeżeniem art. 7 ust. 3 ww. ustawy, wyniósł 52 495 264 056,28 PLN. Z kolei z deklaracji CiT-8/O wynika, iż dochody wolne od podatku wyniosły 2 885 662 603,04 PLN. Fundusz jednocześnie zastrzegł, iż w obecnej chwili sprawozdanie finansowe za rok 2008 jest w trakcie badania przez biegłych rewidentów i zaprezentowane dane mogą ulec pewnej zmianie.

Strona została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu. Stronie zostało umożliwione zapoznanie się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy oraz wypowiedzenia się co do niego, z czego strona skorzystała (notatka służbowa z dnia 10 czerwca 2009 r.).

Prezes UOKiK ustalił w niniejszej sprawie, co następuje

Zasady funkcjonowania, organizację i zadania Funduszu określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.). W jej świetle Narodowy Fundusz Zdrowia jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną¹. W jego skład wchodzi centrala Funduszu oraz oddziały wojewódzkie Funduszu. Zgodnie z art. 97 ust. 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, do zakresu działania Funduszu należy w szczególności:

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

Krąg osób „ubezpieczonych” w rozumieniu ww. ustawy jest szeroki i obejmuje on także osoby nie objęte obowiązkowym ubezpieczeniem zdrowotnym.

NFZ zarządza środkami finansowymi pochodzącymi głównie z należnych składek na ubezpieczenie zdrowotne, a do jego zadań należy między innymi przeprowadzanie konkursu ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie ich realizacji i rozliczanie.

Podstawą udzielania świadczeń zdrowotnych finansowanych przez NFZ jest umowa o udzielanie świadczeń zdrowotnych zawarta pomiędzy Funduszem i świadczeniodawcą, 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 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych).

Pojęcie świadczeń zdrowotnych zostało zdefiniowane w art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91 poz. 408 z późn. zm.) oraz art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z powyższymi aktami prawnymi są świadczenia zdrowotne są to działania służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania.

Zawieranie przez Fundusz umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych odbywa się po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert albo rokowań, jednak podstawowym

¹ Powołanie do życia Funduszu związane było z przejęciem przez niego wszystkich kompetencji Kas Chorych, które przed powstaniem NFZ realizowały tożsame co NFZ zadania. Z dniem powstania Funduszu został on następcą prawnym Kas Chorych, a co za tym idzie wszedł w prawa i obowiązki swojego poprzednika.

trybem postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych jest konkurs ofert. Konkurs ofert składa się z części jawnej i niejawnej. W części niejawnej konkursu ofert mogą być przeprowadzone negocjacje z oferentami w celu ustalenia:

- 1) liczby planowanych do udzielenia świadczeń zdrowotnych;
- 2) ceny za udzielane świadczenia zdrowotne.

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 (art. 134 ust. 1. ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych).

Przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych dotyczących konkursu ofert i rokowań nie stosuje się do zawierania umów ze świadczeniodawcami:

- 1) udzielającymi świadczeń w zakresie podstawowej opieki zdrowotnej;
- 2) wykonującymi czynności w zakresie zaopatrzenia w środki pomocnicze i wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi.

Prezes Funduszu na podstawie art. 102 ust. 5 pkt 25 i art. 146 pkt 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wydaje zarządzenia w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Ww. ustawa w Dziale VI określa zasady, według których prowadzone są postępowania w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami. I tak, art. 146 ww. ustawy wskazuje, iż Prezes Funduszu określa:

- 1) przedmiot postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej,
- 2) kryteria oceny ofert,
- 3) warunki wymagane od świadczeniodawców.

Natomiast zgodnie z 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.

Jak wynika z powyższego, zgodnie z przywołaną ustawą Prezes Funduszu określa kryteria oceny ofert w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a porównanie ofert dokonuje się w szczególności poprzez ustawowe kryterium *ciągłość*. W literaturze prawniczej zauważono, że w myśl tego konkretnego kryterium należy uwzględnić zapewnienie świadczeniobiorcy kontynuacji procesu leczenia².

² Zob. J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Warszawa, 2007.

W poszczególnych okresach (latach) przeprowadzania postępowań obowiązywały następujące zarządzenia Prezesa Funduszu określające kryteria oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej:

a) w roku 2005: Zarządzenie Nr 26/2004 z dnia 13 października 2004 r. Zgodnie z ww. zarządzeniem przy ocenie kryterium *ciągłość* uwzględniano w szczególności zapewnienie świadczeniobiorcy kontynuacji procesu leczenia. Oceny ofert wg tego kryterium dokonywano odrębnie dla każdego zakresu świadczeń z zastrzeżeniem, iż maksymalna możliwa liczba punktów do zdobycia przez świadczeniodawcę nie mogła przekroczyć 10% maksymalnej sumy punktów możliwych do zdobycia ze wszystkich kryteriów wynoszącej 100 pkt. Szczegółowe parametry oceny dla poszczególnych zakresów świadczeń nie zostały wprowadzone zarządzeniem. Ocena ofert była dokonywana w systemie informatycznym na bazie schematów przekazanych przez Centralę NFZ. Przykładowo w przypadku poradni logopedycznej oferentom posiadającym umowę z NFZ przyznawano 10 pkt w kryterium *ciągłość* oraz kolejne 10 pkt w kryterium *kompleksowość*³.

b) w roku 2006: Zarządzenie Nr 88/2005 z dnia 13 października 2005 r. Zgodnie z ww. zarządzeniem kryterium *ciągłość* interpretowane było jako możliwość udzielenia świadczenia w innych rodzajach, spełnienie wymagań, określonych dla zakresu w dniu złożenia oferty. Kryterium to było oceniane (interpretowane) różnorako, w zależności od konkretnego zakresu i tak w szczególności:

- w zakresie *Leczenie szpitalne wg specjalności* poprzez parametr: ustalone zasady współpracy i koordynacji działań z podmiotem prowadzącym rehabilitację w oparciu o zachowanie zasady kontynuacji leczenia;
- w zakresie *Rehabilitacja lecznicza – oddział rehabilitacji dziennej* poprzez parametr: sformalizowane zasady współpracy ze szpitalami/oddziałami szpitalnymi w sprawie kierowania pacjentów do rehabilitacji;
- w zakresie *Świadczenia odrębnie kontraktowane – hemodializa* poprzez parametry szczegółowe: ustalone zasady współpracy i koordynacji działań (procedury), dotyczące kwalifikacji do przeszczepu oraz odsetek osób zgłoszonych i zakwalifikowanych do przeszczepu nie mniejszy niż 7% osób dializowanych w ośrodku w poprzednim roku;
- w zakresie *Świadczenia odrębnie kontraktowane – dializa otrzewnowa*, poprzez parametr szczegółowy: ustalone zasady współpracy i koordynacji działań (procedury), dotyczące kwalifikacji do przeszczepu;
- w kilku zakresach świadczeń kryterium *ciągłość* oceniane było jako złożenie oferty także w innych zakresach świadczeń (przykładowo oferowanie usług na innych, ściśle określonych oddziałach szpitalnych).

W Zarządzeniu Nr 88/2005 kryterium to nie było oceniane poprzez *ryzyko przerwania procesu leczenia świadczeniobiorców, w ramach danego zakresu świadczeń, realizowanego w dniu złożenia oferty na podstawie umowy zawartej z Funduszem*.

c) w roku 2007: Zarządzenie Nr 46/2006 z dnia 23 sierpnia 2006 roku oraz zmieniające je Zarządzenie Nr 99/2006 z dnia 27 października 2006 r. Zgodnie z ww. zarządzeniem *ciągłość* oceniano poprzez możliwość udzielenia świadczenia w innych rodzajach, spełnienie

³ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 11 maja 2006 r. nr RPZ-12/2006.

wymagań, określonych dla zakresu w dniu złożenia oferty. W Zarządzeniu Nr 46/2006 kryterium to nie było oceniane poprzez ryzyko przerwania procesu leczenia świadczeniobiorców, w ramach danego zakresu świadczeń, realizowanego w dniu złożenia oferty na podstawie umowy zawartej z Funduszem.

d) w roku 2008: Zarządzenie Nr 71/2007/DSOZ z dnia 27 września 2007 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Zgodnie z ww. zarządzeniem przy ocenie kryterium *ciągłość* uwzględniano w przypadku wszystkich zakresów świadczeń - realizację procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń w dniu złożenia oferty na podstawie umowy zawartej z Funduszem.

e) w roku 2009: Zarządzenie Nr 86/2008/DSOZ z dnia 16 października 2008 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zmienione przez:

- Zarządzenie nr 99/2008/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 28 października 2008 r.,
- Zarządzenie nr 108/2008/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 28 listopada 2008 r.,
- Zarządzenie Nr 20/2009/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 25 marca 2009 r. (weszło w życie z dniem 1 kwietnia 2009 r.).

W przedmiotowych zarządzeniach na rok 2009 r. podtrzymano ocenę kryterium *ciągłość*, poprzez parametr szczegółowy występujący w Zarządzeniu, które weszło z życie z dniem 27 września 2007 r. Parametr ten nie jest stosowany w przypadku trzech zakresów świadczeń: ratownictwa medycznego, transportu sanitarnego i lecznictwa uzdrowiskowego. Do ww. zakresów został zastosowany jedynie szczegółowy parametr oceny kryterium *ciągłość* określony w załączniku nr 1 do ww. Zarządzenia jako *deklaracja spełnienia wymagań w dniu złożenia oferty i okresie realizacji umowy*. Powyższe wymagania odnoszą się do odpowiednich zarządzeń Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w poszczególnych rodzajach świadczeń opieki zdrowotnej.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje

Postępowanie w niniejszej sprawie dotyczy zarzutu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję o której mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku usług świadczeń zdrowotnych, wskutek uznania realizowania w dniu złożenia oferty procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia, za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Interes publiczny

W sprawach, które jak niniejsza sprawa, dotyczą zarzutu stosowania praktyk ograniczających konkurencję należy uwzględnić publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jej celem jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona konsumentów. W czasie postępowania i przy wydawaniu decyzji Prezes UOKiK jest tym samym rzecznikiem interesu publicznego. Wynika to również z jego zadań w strukturze administracji publicznej – m.in. z art. 7 k.p.a. Decyzja administracyjna może bowiem dotyczyć nie tylko stron, lecz jej skutki mogą rozciągać się także na inne osoby – osoby fizyczne, jednostki organizacyjne⁴.

Nie każde naruszenie prawa przez przedsiębiorcę uzasadnia wdrożenie przez Prezesa UOKiK postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, że jej celem jest słuzenie interesom publicznym, a użyte w art. 1 tej ustawy sformułowanie *w interesie publicznym* oznacza, iż ochrona konkurencji podejmowana jest przez Prezesa UOKiK w interesie państwa, niezależnie od działań jednostek i niezależnie od ich interesów⁵.

Pojęcie naruszenia interesu publicznoprawnego nie może być pojmowane mechanicznie i oceniane ilościowo. Naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce nie tylko wówczas gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami obu ustaw dotknięty został *szerszy krąg uczestników rynku*, ale zawsze wtedy, gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska⁶. Z drugiej strony wyłączona jest możliwość podejmowania przez Prezesa UOKiK działań w celu ochrony interesów indywidualnych⁷. O naruszeniu zakazu praktyk ograniczających konkurencję decyduje naruszenie przez przedsiębiorcę, w następstwie stosowania zabronionych praktyk, interesu publicznego⁸. Instrumenty przewidziane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK może wykorzystać, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji⁹.

Organ antymonopolowy uznał, że w niniejszej sprawie przedmiotem ochrony ustawowej jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania całego rynku na którym działają przedsiębiorcy, którzy byli chociażby potencjalnymi adresatami praktyki Prezesa NFZ, która jest przedmiotem niniejszego postępowania. Kwestionowana praktyka NFZ dotyczy wszystkich finansowanych przez NFZ świadczeń, w których podstawą zawarcia umowy ze świadczeniodawcą jest postępowanie w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, oceniane w oparciu o kryteria, do których należy zaliczyć kryterium *ciągłość*. Sprawa, którą rozpatruje Prezes UOKiK, dotyczy zatem naruszenia samej instytucji konkurencji. Tym samym jest ona prowadzona w interesie publicznym.

Tylko bowiem w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają

⁴ B. Adamiak, J. Borkowski: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 1996, s. 57.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r. (sygn. akt III SK 40/07).

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r. (sygn. akt III SK 40/07). Por. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2002 r. (sygn. akt I CKN 112/99), wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r. (I CKN 496/01).

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98).

⁸ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 7 lipca 2001 r. (sygn. akt XVII 82/00); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2003 r. (sygn. akt I CKN 527/01).

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98).

gwarancję realizacji zasady konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Mogą bowiem współzawodniczyć pomiędzy sobą w celu osiągnięcia maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży swoich towarów lub usług i zaspakajać należycie potrzeby odbiorców tych towarów lub usług.

W tym stanie rzeczy Prezes UOKiK uznał za bezsprzeczne, że niniejsza sprawa dotyczy naruszenia interesu publicznego.

Strona postępowania

Zakaz praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów odnosi się do przedsiębiorców, którzy posiadają pozycję dominującą na rynku właściwym oraz dopuszczają się nadużywania przedmiotowej pozycji. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przedsiębiorcę należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także m.in. 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 ww. ustawy).

NFZ jest osobą prawną, która została utworzona na mocy ustawy. W procesie kontraktowania umów określa zasady i warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, to znaczy, że organizowany jest system opieki zdrowotnej¹⁰. Organizowanie systemu opieki zdrowotnej jest realizowaniem obowiązków w zakresie ochrony zdrowia ubezpieczonych, czyli organizowaniem zadań publicznych w zakresie określonym w art. 68 konstytucji RP¹¹. Biorąc to pod uwagę uznać należy, iż NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W tym miejscu Prezes UOKiK pragnie się odnieść do podnoszonego przez NFZ w trakcie postępowania antymonopolowego zarzutu braku po stronie Funduszu legitymacji do bycia stroną w postępowaniu antymonopolowym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a to ze względu na brak przymiotu przedsiębiorcy, którego takie postępowanie może dotyczyć.

Organ antymonopolowy nie zgadza się z argumentacją podaną przez NFZ. Fundusz w trakcie postępowania stwierdzał, że wprawdzie status przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym miały Regionalne Kasy Chorych, ale nie świadczy to o statusie NFZ, gdyż ten jest ich sukcesorem tylko w zakresie stosunków majątkowych i pracowniczych.

Wobec tego należy podnieść, 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 organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej¹²), 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 ze zm.) osobowość prawną, instytucje te odpowiadały pojęciu przedsiębiorcy rozumianym jako podmiot organizujący świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej, gdyż

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

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VIA Ca 530/08).

¹² Wyrok SOKiK z dnia 5 lutego 2003 r. (sygn. akt XVII Ama 18/02).

kreowały rynek usług publicznych, a tym samym mogły podlegać ocenie z punktu widzenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹³,

NFZ wchodząc na mocy przepisów prawa 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 dotychczasowej linii orzeczniczej¹⁴. Nie jest zatem słuszny pogląd Funduszu, iż sukcesja dotyczyła jedynie stosunków majątkowych i pracowniczych.

W dalszej kolejności należy podnieść, że 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 w ramach publicznego systemu opieki zdrowotnej umów ze świadczeniodawcami o finansowanie świadczeń zdrowotnych jest niewątpliwie organizowaniem usług o charakterze użyteczności publicznej, wobec czego NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy antymonopolowej.

Odrzucić należy też argument NFZ, iż nie może być on uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z uwagi na przesłanki wynikające z praktyki stosowania prawa wspólnotowego. W uzasadnieniu należy podnieść, co następuje.

Przepisy krajowego prawa ochrony konkurencji obowiązują równolegle do przepisów wspólnotowego prawa konkurencji, w szczególności do art. 81 i 82 Traktatu WE. Zasady rozstrzygania kolizji między krajowymi a wspólnotowymi regułami konkurencji składającymi się na prawo antymonopolowe normuje art. 3 rozporządzenia Rady Nr 1/2003 w sprawie stosowania art. 81 i 82 Traktatu WE. Jeżeli praktyka nie może wpływać na handel wewnątrzspółnotowy, sądy krajowe stosują jedynie krajowe prawa konkurencji. Nie można więc mówić o tym, by z prawa wspólnotowego wynikał obowiązek dokonywania prowspółnotowej wykładni krajowych przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ przepisy te – w przeciwieństwie np. do tych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które dotyczą ochrony zbiorowych interesów konsumentów – nie implementują postanowień dyrektyw wspólnotowych¹⁵.

Niezależnie od powyższego Prezes UOKiK pragnie podkreślić konsekwentnie prezentowany w swoim dotychczasowym orzecznictwie pogląd, iż podmiotowy zakres zastosowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję powinien być zasadniczo kształtowany z uwzględnieniem dorobku prawa wspólnotowego¹⁶. Jeszcze w okresie przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej taką „prowspółnotową” wykładnię pojęcia przedsiębiorcy poparł Sąd Najwyższy, jednoznacznie stwierdzając, iż wątpliwości co do

¹³ E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 34.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2004 r. (sygn. akt III SK 24/04).

¹⁵ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 13 lipca 2006 r. (sygn. akt III SZP 3/06); wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VIA Ca 530/08).

¹⁶ Por. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 lipca 2004 r. nr RWA-21/2004.

zakresu tego pojęcia powinny być rozstrzygane w oparciu o wykładnię funkcjonalną, tak aby uzyskać rezultat zgodny z prawem Unii Europejskiej¹⁷.

Nie ulega zarazem wątpliwości, że wykładnia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uwzględniająca interpretację art. 81 i 82 Traktatu WE nie może prowadzić do wykładni *contra legem*. Tak więc nawet jeżeli na gruncie art. 81 i 82 Traktatu WE NFZ nie miałby przymiotu przedsiębiorstwa (co nie jest oczywiste, bo w tej sprawie nie rozstrzygała dotąd ani Komisja Europejska, ani sądy wspólnotowe), to na potrzeby polskiego prawa antymonopolowego trzeba uznać NFZ za przedsiębiorcę – ze względu na treść art. 4 ust 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis ten stanowi jednoznacznie, że przedsiębiorcą jest podmiot, który organizuje usługi użyteczności publicznej. NFZ organizuje takie usługi, a więc jest przedsiębiorcą.

Tym samym organ antymonopolowy stwierdza, że NFZ przysługuje przymiot przedsiębiorcy – w znaczeniu art. 4 pkt 1 lit. a ww. ustawy, a tym samym działania Funduszu mogą być przedmiotem oceny w świetle przepisów tej ustawy.

Rynek właściwy

Działania przedsiębiorców, które stanowią praktykę ograniczającą konkurencję ujawniają się na rynku właściwym w danej sprawie. Rynek ten określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Ustalenie zatem rynku właściwego w sprawie ma istotne znaczenie dla prawidłowego zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Rynkiem właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest 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.

Rynek właściwy (relewantny) dla praktyki ograniczającej konkurencję wyznacza się pod względem przedmiotowym (rynek produktowy) oraz terytorialnie (rynek geograficzny).

Rynek właściwy jest więc efektem połączenia rynku towarów wzajemnie wymiennych i geograficznym zasięgiem terytorium, na którym do tej wymiany produktów dochodzi.

Rynkiem właściwym w tym postępowaniu jest krajowy rynek organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych. Za takim określeniem rynku wskazuje to, iż przedmiotowa działalność prowadzona jest przez NFZ wyłącznie na terenie kraju. Fundusz obejmuje swoim zasięgiem cały kraj, na którym to obszarze panują z woli ustawodawcy takie same warunki konkurencji. Na rynku tym NFZ, jako organizator reprezentuje ubezpieczonych, zawierając ze świadczeniodawcami wybranymi w postępowaniach (konkursach i rokowaniach) umowy na realizację świadczeń zdrowotnych, za wyjątkiem świadczeń wysokospecjalistycznych zastrzeżonych dla ministra właściwego do spraw zdrowia. NFZ jest jedynym podmiotem uprawnionym na podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz do zawierania umów ze

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98).

świadczeniodawcami w celu zabezpieczenia świadczeń zdrowotnych, tj. do organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych na terenie kraju.

Jakkolwiek czynności związane z organizowaniem świadczeń zdrowotnych podejmowane są zarówno przez NFZ, jak i przez ubezpieczycieli prywatnych, to uczestnikami rynku właściwego, zdefiniowanego jak wyżej, jest tylko Fundusz (a nie także ubezpieczyciele prywatni), a to dlatego, że tylko on zarządza środkami publicznymi, podczas gdy podstawą aktywności pozostałych organizatorów są środki prywatne. Sprawia to, iż ubezpieczyciele prywatni oraz NFZ nie są dla siebie konkurentami i działają na różnych rynkach produktowych. Fundusz jako ustawowy monopolista nie musi konkurować o środki publiczne z innymi podmiotami, gdyż pozostają one w jego wyłącznej gestii. Inaczej sprawa ma się w przypadku ubezpieczycieli prywatnych, którzy to konkurują między sobą, a źródłem ich finansowania są środki stanowiące zbiór rozłączny w stosunku do źródła finansowania Funduszu. Jednocześnie usługi medyczne *zapewniane* pacjentom poprzez ubezpieczenia u prywatnych ubezpieczycieli jak i te uzyskiwane przez pacjentów (nie posiadających ww. ubezpieczenia) od świadczeniodawców nie na podstawie posiadania przez nich statusu ubezpieczonego w rozumieniu ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, nie są substytucyjne do tych zapewnionych na podstawie umowy zawartej przez Fundusz ze świadczeniodawcą¹⁸. Tak, więc żadne inne usługi nie stanowią substytutu dla usług medycznych świadczonych w ramach organizowania przez NFZ świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych.

Pozycja dominująca

W świetle art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez pozycję dominującą należy rozumieć pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, konsumentów i kontrahentów. Przyjmuje się, iż pozycję taką posiada przedsiębiorca, którego udział w rynku przekracza 40%.

Na rynku, na którym NFZ działa jako organizator. 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 zdrowotnych¹⁹. Na tak wyznaczonym rynku NFZ jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia zdrowotne (usługi medyczne) na terenie kraju, gdyż tylko jemu ustawodawca powierzył funkcję płatnika świadczeń opieki zdrowotnej i organizatora tych usług.

Tak, więc NFZ jest jedynym podmiotem, któremu przyznano uprawnienie do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz do zawierania umów ze świadczeniodawcami w celu zabezpieczenia świadczeń zdrowotnych, tj. do organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych na terenie kraju.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić posiadanie przez Fundusz pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych.

¹⁸ Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VI Aca 530/08).

¹⁹ Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt VI Aca 530/08).

Nadużywanie pozycji dominującej

Sam fakt dysponowania pozycją dominującą na rynku właściwym nie stanowi jeszcze naruszenia prawa, podobnie jak legalne wzmocnienie tej pozycji wskutek wzrostu potencjału ekonomicznego. Sankcjonowaniu w trybie przewidzianym w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podlega bowiem nie samo posiadanie na rynku pozycji dominującej, ale jej nadużywanie²⁰. Przedsiębiorca zajmujący na rynku pozycję dominującą podlega ograniczeniom wynikającym z ww. ustawy, gdy bezprawnie jej nadużywa.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał, że NFZ naruszył zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, zakazaną praktykę nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym stanowi przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Oznacza to, iż zakazane są działania dominanta, których konsekwencją może być występowanie skutków antykonkurencyjnych. Określony w powoływanym przepisie zakaz nakłada na przedsiębiorców obowiązek takiego działania, by nie stwarzało to innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej. Obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji ciąży nie tylko na organach państwa, ale również na przedsiębiorcach dominujących na rynku, których pozycja rynkowa pozwala na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników²¹. Ta praktyka jest więc antykonkurencyjna i określa sytuację, w której przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na rynku negatywnie oddziałuje na stan konkurencji na rynku.

Posiadanie pozycji dominującej przez NFZ na rynku właściwym zostało wykazane powyżej.

W niniejszej sprawie należy rozstrzygnąć, czy NFZ poprzez uznanie realizowania w dniu złożenia oferty procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy z Funduszem, za parametr oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, nie nadużył posiadanej przez siebie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych, przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Skutki nadużywania przez Fundusz pozycji dominującej na rynku właściwym ujawniają się na powiązanych rynkach świadczeń zdrowotnych. Na rynki te Fundusz w istotnie wpływał, ze względu na pozycję zajmowaną na rynku zdominowanym, wywołując na nim sprzeczne z prawem antymonopolowym zaburzenia relacji konkurencyjnych pomiędzy świadczeniodawcami.

Immanentną cechą tak postrzeganych rynków powiązanych jest to, iż gra prowadzona pomiędzy jego uczestnikami tj. świadczeniodawcami a Funduszem, nie ma jak w przypadku tradycyjnych rynków produktowych charakteru ciągłego, przejawiającego się w permanentnych fluktuacjach popytu, podaży i cen oraz wielokrotnych zachowaniach dostosowawczych graczy, lecz ogranicza się do – w zasadzie – jednorazowego, w dłuższym, najczęściej dwuletnim okresie czasu, zetknięcia się, w trakcie postępowań w sprawie zawarcia umów o udzielenie świadczeń zdrowotnych, zapotrzebowania zgłaszanego przez

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 22 lutego 2008 r. (sygn. akt VI ACa 985/07).

²¹ E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 113.

zamawiającego i propozycji jego zaspokojenia przez przedsiębiorców posiadających zdolność świadczenia pożądaných usług medycznych.

Pochodną opisaną wyżej struktury i organizacji rynku jest to, że oceny działań Funduszu wobec świadczeniodawców biorących udział w postępowaniach nie sposób dokonywać wyłącznie w kontekście hipotetycznych nieskrępowanych mechanizmów rynkowych, a to dlatego, że z woli ustawodawcy, aktywna i ciągła konkurencja wewnątrz rynkowa została zastąpiona jednorazową konkurencją przedsiębiorców o dostęp do rynku, z uprzywilejowaną z mocy prawa pozycją Funduszu jako „kreatora” rynku.

Tak, więc określona w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyka ograniczająca konkurencję może zarazem wywoływać skutki zarówno na rynku, na którym działa przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, jak i na innych związanych z nim rynkach²². Taka sytuacja ma miejsce właśnie w rozpatrywanym przypadku. Niniejsza sprawa dotyczy bowiem antykonkurencyjnego oddziaływania przez NFZ na rynki usług świadczeń zdrowotnych (usług medycznych) w poszczególnych zakresach, wskutek wykorzystania pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych.

W ocenie Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez Fundusz art. 9 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek uznania realizowania w dniu złożenia oferty procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia, za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Nie ulega wątpliwości, że podmiot posiadający silną pozycję dominującą ma możliwość oddziaływania na stan konkurencji na inne rynki bezpośrednio z nim powiązane. Podkreślenia wymaga okoliczność, że istotą tej praktyki dominanta (w tym wypadku NFZ) jest wpływ na mechanizm konkurencji (w tym konkurencję potencjalną), nie zaś samych konkurentów.

Działania NFZ w zakresie organizowania świadczenia usług wywołują skutki nie na rynku organizowania świadczeń zdrowotnych, na którym ma on pozycję dominującą ale na rynku ich wykonywania. Okoliczność, że praktyka ujawnia się na rynku niezdominowanym nie wpływa na zmianę kwalifikacji działań jako praktyki nadużycia pozycji dominującej na rynku, na którym silna pozycja daje przedsiębiorcy władzę (siłę) rynkową nad uczestnikami innych rynków właściwych.

W ocenie Prezesa UOKiK przesłanki zakazu określonego w art. 9 ust. 2 pkt 5 spełnia kwestionowana w tym postępowaniu praktyka NFZ. Istotą antykonkurencyjnego charakteru praktyki NFZ jest to, że zgodnie z Zarządzeniem Nr 71/2007/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 27 września 2007 r., a następnie kilkakrotnie nowelizowanym Zarządzeniem Nr 86/2008/DSOZ z dnia 16 października 2008 r., dla oceny ofert zgłoszonych w postępowaniu o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zastosowano kryterium *ciągłość* oceniane m.in. poprzez szczegółowy parametr określony w Załączniku nr 1 do tychże zarządzeń jako realizacja procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń w dniu złożenia oferty na podstawie umowy zawartej z Funduszem. Tak oceniane kryterium *ciągłość* ma zdaniem NFZ niwelować ryzyko przerwania procesu leczenia

²² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 11 grudnia 2000 r. (sygn. akt XVII Ama 45/00).

świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń, realizowanego w dniu złożenia oferty na podstawie umowy zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia. W praktyce jednak przede wszystkim ogranicza ono konkurencję.

Nie istnieją ani prawne, ani jakiegokolwiek inne powody, dla których rynki usług świadczeń zdrowotnych (usług medycznych) nie mógłby być rynkami konkurencyjnymi, a działający na nim przedsiębiorcy nie mieliby między sobą konkurować, zarówno ceną, jak i wszelkimi innymi warunkami świadczenia usług w ramach obowiązującego stanu prawnego. Tym samym działania NFZ na krajowym rynku organizowania świadczeń zdrowotnych (który to jest bezpośrednio związany z rynkiem usług świadczeń zdrowotnych), mogą podlegać ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z Zarządzeniem na 2008 r. podmiotom, które spełniają przedmiotowy parametr oceny przyznawane jest 5 punktów jednostkowych, a pozostałym 0. W zależności od rodzaju świadczenia, niniejszemu parametrowi została przyporządkowana waga skalująca, która kształtuje się na poziomie od 10 (np. w przypadku leczenia uzdrowiskowego) do 45 (w przypadku transportu sanitarnego). Sprawia to, iż w postępowaniach o zawarcie umowy dyskryminowani są przedsiębiorcy, którzy nie spełniają przedmiotowego kryterium. Jest to okoliczność, która nie powinna być brana pod uwagę przy zawieraniu umowy o świadczenia zdrowotne. To, że dany świadczeniodawca nie miał poprzednio zawartej umowy z NFZ nie wyklucza bowiem jego kwalifikacji do świadczenia usług medycznych finansowanych ze środków publicznych. Świadczy to tylko o tym, że albo wcześniej nie przystępował do konkursów organizowanych przez NFZ, albo że przystępował ale NFZ nie podpisywał z nim umowy. Na spełnienie tego kryterium przedsiębiorcy nie mają zatem *de facto* wpływu, bowiem to Fundusz decyduje o zawarciu umowy ze świadczeniodawcą.

Co ważne, sam Fundusz nie potrafił właściwie uzasadnić zastosowania takiego parametru oceny. NFZ nie potrafił podać żadnych merytorycznych argumentów na zastosowanie zakwestionowanego parametru w przypadku ratownictwa medycznego, transportu sanitarnego, lecznictwa uzdrowiskowego. Znamienne jest to, iż do świadczeń dla których sam NFZ nie potrafił przytoczyć argumentów za słusnością zastosowania zakwestionowanego parametru należał transport sanitarny, czyli świadczenie dla którego niniejszy parametr miał największe znaczenie (zastosowano przy nim największą wagę) w porównaniu do innych świadczeń ocenianych na podstawie przedmiotowego parametru.

Co więcej, jeszcze przed zakończeniem postępowania NFZ ostatecznie wycofał się ze stosowania kwestionowanego parametru w przypadku ww. świadczeń. Z analizy Zarządzeń Prezesa NFZ wynika zatem, że Fundusz w jednym roku przypisywał największą wagę skalującą dla przedmiotowego parametru, uznając, że jest to bardzo istotne przy porównaniu ofert, a w kolejnym (po wszczęciu postępowania przez organ antymonopolowy) roku całkowicie się z niego wycofuje uznając jego stosowanie za zbyt czyste. Dobitnie świadczy to o tym, iż wprowadzenie tego szczegółowego parametru nie było podyktowane potrzebą jak najlepszego porównania ofert świadczeniodawców, czy też troską Funduszu o pacjenta.

W tym miejscu nie można też oprzeć się wrażeniu, że skoro Fundusz wprowadził parametr, którego rolą nie było porównywanie wartości ofert, tylko promowanie dotychczasowych kontrahentów NFZ, to świadczy to o tym, że NFZ zmierzał do tego, aby dla własnej wygody, zmniejszyć ryzyko tego, iż w kolejnym okresie kontraktowania świadczeń będzie musiał współpracować z innym (nowym) podmiotem. Z tego wynika, że kryterium *ciągłość* NFZ rozumiał i interpretuje jako ciągłość współpracy NFZ z konkretnym

świadczeniodawcą, a nie jako szczegółowy parametr służący zmniejszeniu ryzyka przerwania procesu leczenia świadczeniobiorców.

Z niewiadomych przyczyn NFZ przyjął, iż zawarcie przez dany podmiot umowy z NFZ w przeszłości stanowi samo w sobie rękojmię zachowania ciągłości udzielania świadczeń opieki zdrowotnej. NFZ błędnie – według Prezesa UOKiK – przyjmuje, że jest mniejsze ryzyko przerwania przez taki podmiot ciągłości świadczenia usług aniżeli przez podmiot, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku, posiada stosowne możliwości techniczne i nawet świadczy usługi medyczne, ale nie na podstawie umowy z NFZ. Zdaniem Prezesa UOKiK, prawdopodobieństwo zachowania ciągłości procesu leczenia jest porównywalne w przypadku podmiotu mającego zawartą umowę z NFZ (udzielającego świadczeń w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego) jak i podmiotu, który świadczy usługi medyczne odpłatnie (nie w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego).

Należy również zwrócić uwagę na to, że zastosowana w zarządzeniach Prezesa NFZ z roku 2007 i 2008 interpretacja ustawowego kryterium *ciągłość* jest diametralnie różna od tej, prezentowanej w poprzednich Zarządzeniach Prezesa Funduszu. W tym miejscu należy także podnieść, że kwestionowana interpretacja ustawowego kryterium *ciągłość* zawarta w § 2 ust. 1 pkt 4 powyższych zarządzeń, jest również niezgodna z tym, co wynika z ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. W świetle ustawy kryterium *ciągłość* ma zapewnić zmniejszenie ryzyka przerwania procesu leczenia świadczeniobiorców. Intencją ustawodawcy było zapewnienie świadczeniobiorcom możliwości kontynuacji leczenia. W żadnym stopniu nie można tego utożsamiać z zapewnieniem świadczeniobiorcom kontynuacji leczenia dokładnie przez tego samego świadczeniodawcę, z którym Fundusz ma podpisaną umowę w dniu złożenia oferty, a do tego właśnie zmierza interpretacja kryterium *ciągłość* zawarta w ww. Zarządzeniach Prezesa NFZ oraz sposób jego oceny. W świetle ww. Zarządzeń ocena tego kryterium w rzeczywistości zmierza do zapewnienia *kontynuacji* realizacji procesu leczenia przez podmiot, który dotychczas go realizował, a nie do tego, aby zmniejszyć ryzyko przerwania procesu leczenia świadczeniobiorców. NFZ wprowadził zatem kryterium nie tylko sprzeczne z regułami konkurencji, ale zarazem niewynikające z ww. ustawy.

O sprzeczności działań NFZ z ww. ustawą świadczy też to, że *de facto* ograniczają one możliwość zawarcia przez NFZ umowy z konkurentami dotychczasowych kontrahentów (świadczeniodawców, z którymi zawarł umowy w poprzednich latach). Tymczasem ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych ma realizować zasadę konkurencyjnego wyboru przez NFZ świadczeniodawcy, na podstawie konkurencyjnego postępowania konkursowego.

Ustanowienie przez Prezesa NFZ kwestionowanego szczegółowego parametru oceny pozostaje w sprzeczności z art. 134 ww. ustawy, który stanowi, iż Fundusz 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. Faworyzowanie przez NFZ swoich dotychczasowych kontrahentów niewątpliwie nie jest przejawem równego traktowania przez NFZ oferentów.

Zdaniem Prezesa UOKiK do oceny spełnienia przez świadczeniobiorcę kryterium *ciągłość*, w takim znaczeniu, w jakim rozumiane jest ono w ustawie o świadczeniach opieki

zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, uzasadnione i wystarczające jest zastosowanie innego szczegółowego parametru, który występuje w zarządzeniach Prezesa NFZ na rok 2008 i 2009. Parametrem tym jest ocena spełnienia wymagań (warunków koniecznych) dla danego świadczenia, rozumiana jako dysponowanie przez oferenta określonym sprzętem, personelem etc., niezbędnym dla nieprzerwanego świadczenia pacjentom usług medycznych przez świadczeniodawcę. Brak jest natomiast podstaw do faworyzowania podmiotów posiadających umowę zawartą z Funduszem, kosztem tych podmiotów, które w dniu złożenia oferty realizują dany proces leczenia, aczkolwiek nie na podstawie umowy z Funduszem oraz podmiotów, które spełniają warunki konieczne, lecz nie realizują procesu leczenia świadczeniobiorców. Zdaniem Prezesa UOKiK, obie te grupy podmiotów mają realną możliwość realizowania procesu leczenia i spełniają ustawowe kryterium ciągłości.

Preferencyjna ocena przez NFZ ofert podmiotów posiadających umowę zawartą z Funduszem **zaburza właściwą konkurencję**. W skrajnym przypadku może to być wręcz przyczyną umocnienia się *status quo* w przyszłości przez rokrocznie wybieranie oferty tych samych podmiotów i utrudnienie możliwości wygrania konkursu przez nowy podmiot. Praktyka NFZ może zmuszać podmioty pragnące zawrzeć umowy z Funduszem, które nie zawierały z nim umów wcześniej do zaoferowania usług na poziomie zbliżonym do ponoszonych kosztów, z uwagi na konieczność uzyskania dodatkowych punktów w innych kryteriach oceny niż *ciągłość*. Zdaniem Prezesa UOKiK, jest niezrozumiałe dlaczego podmiot, który nie świadczy usług w ramach umowy z NFZ w chwili przeprowadzania postępowania, a też będący profesjonalnym uczestnikiem rynku, musiałby obniżyć swoją cenę, a podmiot realizujący już taką umowę nie musiałby już tego robić – przy zachowaniu pozostałych kryteriów na tym samym poziomie.

Trzeba także zaznaczyć, że zakwestionowany przez Prezesa UOKiK szczegółowy parametr oceny faworyzuje świadczeniodawców posiadających w dniu złożenia oferty umowy z Funduszem, nawet jeżeli poziom ich usług był niezadowalający. Taka okoliczność jest bardzo niekorzystna dla świadczeniobiorców zwłaszcza w tak specyficznej i ważnej dziedzinie jako ochrona zdrowia. Antykonkurencyjne działanie NFZ, chociaż bezpośrednio skierowana jest do przedsiębiorców (świadczeniodawców), pośrednio **godzi również w interesy konsumentów (świadczeniobiorców)**.

Konkurencja, będąc podstawowym mechanizmem gospodarki²³, 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 kosztów²⁴. Bezpośrednio sprzyja to dobrobytowi konsumentów. Ograniczenie konkurencji prowadzi więc w ostatecznym rozrachunku do naruszenia interesu konsumentów. Tak jest też w rozpatrywanej sprawie.

Antykonkurencyjne działania NFZ naruszają interes konsumentów w ten sposób, że pozbawiają ich możliwości korzystania ze świadczeń na wysokim poziomie, co byłoby możliwe w przypadku istnienia niezakłóconej konkurencji. Niezakłócona przez NFZ konkurencja między dotychczasowymi świadczeniodawcami i takimi, którzy dopiero chcą wejść na rynki świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, zachęciłaby ich do rywalizacji, np. poprzez poprawę poziomu świadczeń i zmniejszenia ich ceny.

²³ K. Strzyczkowski: Prawo gospodarcze publiczne, Warszawa 2007, s. 87.

²⁴ S. Gronowski: Ustawa antymonopolowa. Komentarz. 2. wydanie, Warszawa 1999, s. 30.

Korzyści z tej rywalizacji odczuliaby konsumenci. W obecnej sytuacji konsumenci zostali tych korzyści pozbawieni. Uprzywilejowanie przez NFZ przedsiębiorców już mających z nim zawartą umowę oznacza bowiem, że w postępowaniu konkursowym mogą oni wygrać z przedsiębiorcami, którzy nie zawarli jeszcze takiej umowy, nawet gdyby ci ostatni zapewniali lepszy poziom świadczeń. W konsekwencji praktyka NFZ z jednej strony zniechęca nowych świadczeniodawców do wejście na rynki świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, a z drugiej strony – nie skłania dotychczasowych kontrahentów NFZ do polepszania jakości świadczeń, skoro wygraną w postępowaniu konkursowym może im zapewnić już sam fakt wcześniejszego zawarcia umowy z NFZ.

W ten sposób zakwestionowana w niniejszej decyzji praktyka NFZ prowadzi do naruszenia interesów konsumentów. Stanowi to dodatkowe uzasadnienie interwencji Prezesa UOKiK z wykorzystaniem instrumentów prawa antymonopolowego. Te bowiem służą w ostateczności dobrobytowi konsumentów²⁵.

O tym jak ważne dla ostatecznego wyniku postępowania jest przedmiotowy parametr oceny zakwestionowany w niniejszej decyzji, może świadczyć chociażby to, iż w decyzjach wydawanych przez Prezesa Funduszu wobec przedsiębiorców (uczestników konkursów na świadczenie usług opieki zdrowotnej), uzasadniających niepodpisanie umowy, jako uzasadnienie wskazuje się wprost *niespełnienie wymogów w kryterium ciągłość*²⁶. Oznacza to, że kryterium to może w praktyce zaważyć na zawarciu przez NFZ umowy z konkretnym świadczeniodawcą.

Ocenianie ofert za pomocą przedmiotowego kryterium szczegółowego, wprowadza warunek niemożliwy do spełnienia przez świadczeniodawców, którzy wcześniej nie współpracowali z Funduszem, nawet jeżeli są w pełni profesjonalnymi uczestnikami rynku. Skutkiem tego jest nierówny dostęp do rynku dla podmiotów gospodarczych, a tym samym stosowanie działań sprzecznych z zasadami wolnej konkurencji i ze szkodą dla konsumentów.

Prezes UOKiK pragnie się odnieść do argumentu NFZ, który podnosił, że kolejki w dostępie do świadczeń oraz przepisy dotyczące dokumentacji medycznej niejako wymuszają na nim faworyzowanie podmiotów z którymi ma już podpisane umowy.

Zdaniem Prezesa UOKiK, takie praktyki NFZ, które naruszają postanowienia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie mogą być uzasadniane ewentualnością pojawienia się takich problemów organizacyjnych jak chociażby te dotyczące kolejki oczekujących na udzielenie świadczenia, czy też przekazania dokumentacji medycznej, a także osobistej więzi pacjenta z lekarzem, na co wskazywał NFZ. Takie podejście przekreślałoby w ogóle zasadność cyklicznego przeprowadzania postępowań, w tym konkursów. NFZ jest instytucją wyspecjalizowaną, powołaną dla realizacji zadań określonych ustawą o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Trudności, jakie w tym zakresie napotyka, w żadnym stopniu nie usprawiedliwiają naruszenia prawa²⁷.

Przyjęcie za słuszne stanowiska NFZ byłoby równoznaczne z odrzuceniem założenia *racjonalnego ustawodawcy*, który wprowadził do systemu prawnego normy prawne dotyczące zasad przeprowadzania przedmiotowych postępowań oraz kryteria oceny ofert

²⁵ Potrzeba interwencji w przypadku ograniczenia konkurencji pojawia się, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do skutków, które godzą w dobrobyt konsumenta. Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2006 r. (sygn. akt III SK 15/06).

²⁶ Por. decyzja Prezesa NFZ nr 11/2008/DSM z dnia 29 lutego 2008 r.

²⁷ Wyrok SOKiK z dnia 17 grudnia 2007 r. (sygn. akt XVII Ama 62/07).

z jednej strony, a normy dotyczące kolejek w dostępie do świadczeń i dokumentacji medycznej z drugiej. Zdaniem NFZ bowiem, te normy są ze sobą sprzeczne i nie dają się ze sobą pogodzić. Zdaniem Prezesa UOKiK, taki pogląd jest chybiony, a normy te nie są ze sobą sprzeczne i nie ma żadnych podstaw dla uznania ich za sprzeczne. Ponadto zauważyć należy, iż w Zarządzeniu kwestionowaną ocenę kryterium *ciągłość* ustalono wobec wszystkich zakresów świadczeń nie ustanawiając wyjątków, podczas, gdy kolejki w dostępie do świadczeń, na które powołuje się NFZ dotyczą jedynie świadczeń opieki zdrowotnej w szpitalach oraz świadczeń specjalistycznych w ambulatoryjnej opiece zdrowotnej (art. 20 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych).

Przyjmując za słuszne twierdzenia NFZ, należałoby w ogóle zakwestionować przepisy prawne, dotyczące kryteriów oceny ofert w postępowaniach o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Zdaniem Prezesa UOKiK, zachowania ciągłości udzielanych świadczeń nie można utożsamiać z zachowaniem ciągłości udzielania tych samych świadczeń przez ten sam podmiot. Zachowanie ciągłości udzielanych świadczeń nie wymaga tego, aby w każdym okresie kontraktowania świadczeniodawcą był ten sam podmiot.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, należy uznać iż zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Kara pieniężna

- Stosownie do 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. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.

Zdaniem Prezesa UOKiK, w niniejszej sprawie zasadne jest nałożenie na NFZ kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podkreślenia wymaga, że ww. ustawa wprowadziła zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk, o którym mowa w art. 6 lub 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną.

W niniejszej sprawie skorzystanie z tej ustawowej kompetencji Prezesa UOKiK jest uzasadnione z uwagi na udowodnione naruszenie przez NFZ określonego w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazu nadużywania pozycji dominującej w sposób określony w sentencji niniejszej decyzji oraz na charakter i uciążliwość stosowanych przez NFZ praktyk ograniczających konkurencję, determinującą stopień naruszenia interesu publicznoprawnego.

- Nakładając karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy Prezes UOKiK wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak Fundusz. Podmioty profesjonalnie działające na

rynku powinny mieć możliwość przewidzenia, że podejmowane przez nie działania będą uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej.

W świetle obowiązujących przepisów prawa nieumyślność naruszenia przepisów ustawy nie wyklucza istnienia podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, choć zarazem może stanowić podstawę do złagodzenia wymiaru kary. Należy zarazem stwierdzić, że zdaniem Prezesa UOKiK, opisane w niniejszej decyzji działania Funduszu mogły mu się kojarzyć z nieuchronnością naruszenia art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zdaniem organu antymonopolowego, Prezes NFZ formułując kwestionowany parametr oceny, w rzeczywistości nie stworzył parametru oceny i nie dokonał również interpretacji kryterium ciągłość, o której mowa w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych i co dopuszcza ww. ustawa. Prezes NFZ w rzeczywistości stworzył nowe kryterium o treści tożsamej z treścią przedmiotowego parametru.

Co prawda katalog kryteriów, na podstawie których dokonuje się porównania ofert w postępowaniach o zawarcie umowy, wymienionych w ww. ustawie nie jest zamknięty, to art. 148 przedmiotowej ustawy wyraźnie stanowi, iż mogą to być kryteria, które zmierzają właśnie do porównania ofert. A jak sam Fundusz przyznaje, przesłanką ustalenia takiego parametru była przede wszystkim *chęć stworzenia schematu oceny ofert porównywalnego dla wszystkich rodzajów świadczeń*. Takiego *schematu* w żaden sposób nie można utożsamiać z kryterium porównywania ofert, która to okoliczność uzasadnia twierdzenie, iż działania Funduszu miały charakter umyślny.

Zatem zdaniem Prezesa UOKiK, Fundusz poprzez przyjęcie za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, realizowania w dniu złożenia oferty procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy z NFZ, mógł mieć świadomość bezprawności podejmowanych działań, skoro przedmiotowe kryterium było sprzeczne z ustawą podstawową dla działalności, którą Fundusz prowadzi, tj. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Fundusz wprowadził parametr, którego rolą nie było porównywanie wartości ofert, tylko promowanie dotychczasowych kontrahentów NFZ, co świadczy o tym, że NFZ zmierzał do tego, aby dla własnej wygody, zmniejszyć ryzyko tego, iż w kolejnym okresie kontraktowania świadczeń będzie musiał współpracować z innym (nowym) podmiotem. Fundusz nie potrafił też właściwie uzasadnić zastosowania takiego parametru oceny.

- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa UOKiK, który decyduje o tym w każdym konkretnym przypadku, kierując się założeniem, że sankcja musi spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą). Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, Prezes UOKiK powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 ustawy).

Biorąc pod uwagę stopień naruszenia interesu publicznoprawnego w niniejszej sprawie, organ antymonopolowy postanowił nałożyć na NFZ karę pieniężną. Prezes UOKiK kierował się następującymi względami:

- Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes UOKiK w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia. Dokonując tej oceny Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że o wadze naruszenia decydują następujące grupy okoliczności: dotyczące **(a)** natury naruszenia, **(b)** charakterystyki usługi, **(c)** czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy oraz **(d)** szkody dla uczestników rynku będące konsekwencją naruszenia.

- W kwestii **natury naruszenia** Prezes UOKiK wyróżnia (i) 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, (ii) naruszenia poważne, do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów, (iii) 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.

W ocenie Prezesa UOKiK praktyka NFZ, której dotyczy niniejsza sprawa, mieści się, ze względu na swoją naturę, w ostatniej ze wskazanych kategorii, co skłania do sklasyfikowania jej w przedziale od powyżej 0,01 do 0,2 odsetka dochodu Funduszu stanowiący wyjściową podstawę do obliczania kary.

W celu ustalenia odsetka właściwego w tym konkretnym przypadku, a mieszczącego się w przedziale właściwym dla naruszeń mniej poważnych, Prezes UOKiK uwzględnił, iż w niniejszej sprawie wykazano, że w praktyce uciążliwość naruszenia, którego dopuścił się Fundusz, dotknęła znaczne grono przedsiębiorców. Do tego grona należy zaliczyć nie tylko przedsiębiorców, którzy wzięli udział w którymś z postępowań organizowanych przez NFZ, ale i tych, którzy tego nie uczynili z uwagi na to, że ich oferty zostałyby odrzucone ze względu na niespełnianie kwestionowanego kryterium jak to miało miejsce np. w przypadku ww. decyzji Prezesa NFZ z dnia 29 lutego 2008 r. i innych, gdzie nie otrzymanie punktów mierzonych z przedmiotowego szczegółowego parametru oceny utożsamiane było z niespełnieniem wymogów kryterium *ciągłość*. Skoro bowiem kryteria oceny były jawne, mogły one skutecznie przekonać potencjalnych oferentów, iż składanie oferty z góry skazane jest na niepowodzenie, jeżeli dany potencjalny oferent nie świadczył usług w ramach kontraktu z NFZ w momencie składania ofert. Fundusz formalnie nie wykluczał wprawdzie udziału w postępowaniach podmiotom, z które nie realizowały umowy już w chwili złożenia oferty, jednak było wiadome, iż brak punktów przy jednym z parametrów szczegółowych może istotnie obniżyć szanse oferentowi na wygranę konkursu (rokowań).

Jakkolwiek niniejsza decyzja dotyczy przypadku nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze, to uzasadnione jest nałożenie na NFZ kary pieniężnej. Przy czym ze względu na samą naturę naruszenia wysokość kary pieniężnej należało określić na poziomie 0,15% przychodu Funduszu.

- Wychodząc z założenia, że wymiar kary pieniężnej nakładanej za stosowanie przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję powinien być uzależniony od tego, jaki jest **wpływ stwierdzonego naruszenia** na rynki usług medycznych finansowanych ze

środków publicznych, Prezes UOKiK rozważył, czy ustalona wyżej wartość kary powinna podlegać dalszej modyfikacji. Wobec tego Prezes UOKiK zauważył, że w niniejszej sprawie:

- Konsekwencją stwierdzonego naruszenia są bezpośrednio negatywne skutki dla uczestników rynku (świadczeniodawców);
- NFZ przeciwdziałał ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
- Naruszenie zostało przez Fundusz wprowadzone w życie, a kwestionowane zasady obowiązują w praktyce na podstawie decyzji organów Funduszu wydawanych w związku z przeprowadzanymi postępowaniami. Fundusz już po zawiadomieniu go o wszczęciu postępowania antymonopolowego kontynuował praktykę przyjmując również na kolejny rok, kwestionowany przez organ antymonopolowy – parametr oceny, za wyjątkiem trzech zakresów świadczeń;
- Naruszenie, którego dopuścił się Fundusz, miało wpływ rzeczywisty na konkurencję, a nie tylko potencjalny;
- Fundusz ma w zakresie organizowania świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych pozycję monopolisty, co ma wpływ na rzeczywiste skutki naruszenia;
- Z drugiej strony brak jest, zdaniem Prezesa UOKiK, podstaw, by uważać, że skutki zakazanej praktyki, której dopuścił się NFZ były nieodwracalne lub trudne do odwrócenia.

Wobec powyższego Prezes UOKiK uznał, że z uwagi na rzeczywisty wpływ naruszenia na konkurencję, ocenę wpływu naruszenia na rynek, okoliczność, iż naruszenie ma wpływ na bardzo ważną dziedzinę funkcjonowania państwa jaką jest ochrona zdrowia, a także to iż skutki naruszenia są odwracalne są podstawy do modyfikacji poziomu kary, jaką należałoby nałożyć na Fundusz poprzez 15 % podwyższenie kary.

- Prezes UOKiK uwzględnił następnie **okres trwania naruszenia** NFZ. Na taką potrzebę wskazuje wprost treść art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes UOKiK uznał, że okres naruszenia może wpływać na zwiększenie wysokości kary, która wynika z oceny natury naruszenia i czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy, jeżeli długotrwałość stosowania praktyki prowadziłyby do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa ono na szkody ponoszone przez innych uczestników rynku w tym kontrahentów i konsumentów, co miało miejsce w tym konkretnym przypadku.

Odnosząc to do rozpatrywanej sprawy Prezes UOKiK uznał, że okres stosowania przez NFZ zakwestionowanych zasad można określić jako długotrwały (kwestionowane zasady przyjęto już w zarządzeniu Prezesa NFZ, które weszło w życie w dniu 27 września 2007 r.)co uzasadnia wzrost kary o 15%.

- Ustalając wysokość nałożonej na NFZ kary pieniężnej, Prezes UOKiK rozważył również, czy w sprawie występują **okoliczności łagodzące lub obciążające**.

Zdaniem Prezesa UOKiK, brak jest okoliczności łagodzących. W szczególności należy zauważyć, że NFZ nie zaniechał naruszenia, a tym bardziej nie usunął dobrowolnie jego skutków. Nie można także stwierdzić, by w toku postępowania NFZ szczególnie przysłużył się do jego szybkiego i sprawnego przeprowadzenia. Przez większość okresu

prowadzenia postępowania Fundusz zachowywał się biernie, choć niewątpliwie przekazywał informacje i dokumenty żądane przez Prezesa UOKiK.

W sprawie występuje natomiast okoliczność obciążająca, która wpływa na ustalenie kary na wyższym poziomie tj.:

- uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. W okresie poprzedzającym wydanie niniejszej decyzji NFZ był adresatem prawomocnych decyzji Prezesa UOKiK stwierdzających naruszenie przez NFZ zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję²⁸.

Biorąc pod uwagę występującą w sprawie okoliczność obciążającą, Prezes UOKiK uznał, że uzasadnione jest dodatkowe podwyższenie wysokości kary o 10%.

W rozpatrywanym przypadku, kara nałożona zgodnie z przedstawioną wyżej metodyką wyniosłaby 114.551.228 PLN (słownie złotych: sto czternaście milionów pięćset pięćdziesiąt jeden tysięcy dwieście dwadzieścia osiem) co stanowi 0,218% przychodu Funduszu. Jako podstawę obliczenia kary przyjęto przychód osiągnięty przez Fundusz w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. 2008, który wynosił 52.495.264.056,28 PLN.

Przy ustalaniu wysokości ostatecznej kary pieniężnej Prezes UOKiK uznał zarazem, że w niniejszej sprawie z uwagi na jej **wyjątkowy** charakter, kara na ww. poziomie w sposób rażący odbiegałaby od globalnej oceny sprawy. Stanowi to przesłankę ustalenia ostatecznej wysokości kary na poziomie obniżonym 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 to, że wpływ NFZ na osiągany przychód jest znikomy, co wynika stąd, że NFZ pełni funkcję swoistego dystrybutora publicznych środków pieniężnych, którymi wynagradzania są świadczeniodawcy usług zdrowotnych. 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.

Powyższe okoliczności uzasadniają nadzwyczajne obniżenie kary i ustalenie jej na poziomie 1% kary obliczonej wyżej. W ocenie Prezesa UOKiK ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi zawinienia Funduszu. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes UOKiK 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.

Uwzględniając przychód w 2008 r., ustalony na podstawie przekazanych przez Fundusz dokumentów finansowych, nałożona na NFZ kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i jednocześnie po wyjątkowym obniżeniu kary stanowi **0,002 % kary maksymalnej**, przewidzianej za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ww. ustawy.

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

²⁸ Decyzja Prezesa UOKiK nr RWA 5/2003 z dnia 13 czerwca 2003 r., decyzja Prezesa UOKiK nr RDG 13/2004 z dnia 10 września 2004 r.,

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy o ochronie konkurencji oraz wskazane wyżej okoliczności obciążające i łagodzące przesadzają o zasadności nałożenia na NFZ kary pieniężnej w wysokości **1.145.512 PLN** (słownie złotych: jeden milion sto czterdzieści pięć tysięcy pięćset dwanaście złotych).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeka się jak w sentencji.

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 na następujące konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie.

Otrzymuje:

Narodowy Fundusz Zdrowia
ul. Grójecka 186
02-390 Warszawa