



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

RGD.411-7/05/06

Gdańsk, dnia 31 sierpnia 2006r.

DECYZJA NR RGD.20/2006

- I. Na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2005r., Nr 244, poz. 2080) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zmianą), w związku z art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie [...], po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w S. oraz Związku Pracodawców Ochrony Zdrowia z siedzibą w K., działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nie stwierdza się stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...], polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, ograniczonym przestrzennie do obszaru województwa zachodniopomorskiego, poprzez żądanie spełniania przez świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie z Funduszem, na rok 2005, umów w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, następujących wymogów wynikających z załącznika do zarządzenia Prezesa NFZ Nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r. pn. „Szczegółowe materiały informacyjne o przedmiocie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”:
- „Warunkiem koniecznym jest wykonanie w pracowni co najmniej 14.000 badań cytologicznych-ginekologicznych rocznie” (8.3.2),
 - „Kwalifikacje i doświadczenia personelu: Cytotechnicy (co najmniej 2): wykonywanie co najmniej 7.000 badań rocznie przez jednego cytotechnika” (8.3.2),
 - „Jakość sprzętu: Mikroskopy wysokiej jakości; Preferowanie urządzeń do automatycznego barwienia preparatów cytologicznych i nakrywania szkiełek” (odpowiednio 8.5.1 i 8.5.2).
- II. Na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2005r., Nr 244, poz. 2080) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zmianą), w związku z art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie [...], po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w S. oraz Związku Pracodawców Ochrony Zdrowia z siedzibą w K., działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nie stwierdza się stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...], polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, ograniczonym przestrzennie do obszaru województwa zachodniopomorskiego, poprzez żądanie spełniania przez świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie z Funduszem, na rok 2005, umów w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”:

rencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2005r., Nr 244, poz. 2080) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zmianą), w związku z art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie [...], po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w S. oraz Związku Pracodawców Ochrony Zdrowia z siedzibą w K.,

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nie stwierdza się stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...], polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, ograniczonym przestrzennie do obszaru województwa zachodniopomorskiego, poprzez żądanie spełniania przez świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie z Funduszem, na rok 2005, umów w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, następujących wymogów wynikających z załącznika do zarządzenia Prezesa NFZ Nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r. pn. „Szczegółowe materiały informacyjne o przedmiocie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”:

- „Warunkiem koniecznym jest wykonanie w pracowni co najmniej 14.000 badań cytologicznych-ginekologicznych rocznie” (8.3.2),
- „Kwalifikacje i doświadczenia personelu: Cytotechnicy (co najmniej 2): wykonywanie co najmniej 7.000 badań rocznie przez jednego cytotechnika” (8.3.2),
- „Jakość sprzętu: Mikroskopy wysokiej jakości; Preferowanie urządzeń do automatycznego barwienia preparatów cytologicznych i nakrywania szkiełek” (odpowiednio 8.5.1 i 8.5.2).

III. Na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2005r., Nr 244, poz. 2080) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zmianą), w związku z art. 10 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy o ochronie [...], po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w S. oraz Związku Pracodawców Ochrony Zdrowia z siedzibą w K.,

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznaje się za ograniczającą konkurencję praktykę, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...], polegającą na nadużywaniu przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na rynku świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, ograniczonym przestrzennie do obszaru województwa zachodniopomorskiego, poprzez żądanie spełniania przez świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie z Funduszem, na rok 2005, umów w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap dia-

gnostyczny, następującego wymogu wynikającego z załącznika do zarządzenia Prezesa NFZ Nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r. pn. „Szczegółowe materiały informacyjne o przedmiocie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”:

- o „Warunkiem koniecznym jest posiadanie aktualnej, pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego w dziedzinie patomorfologii na prowadzenie przesiewowych badań cytologicznych” (8.1), i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 13 października 2005r.

IV. Na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2005r., Nr 244, poz. 2080) i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zmianą), w związku z art. 10 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy o ochronie [...], po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w S. oraz Związku Pracodawców Ochrony Zdrowia z siedzibą w K., działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznaje się za ograniczającą konkurencję praktykę, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...], polegającą na nadużywaniu przez Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na rynku świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, ograniczonym przestrzennie do obszaru województwa zachodniopomorskiego, poprzez żądanie spełniania przez świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie z Funduszem, na rok 2005, umów w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, następującego wymogu wynikającego z załącznika do zarządzenia Prezesa NFZ Nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r. pn. „Szczegółowe materiały informacyjne o przedmiocie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”:

- o „Warunkiem koniecznym jest posiadanie aktualnej, pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego w dziedzinie patomorfologii na prowadzenie przesiewowych badań cytologicznych” (8.1), i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 13 października 2005r.

UZASADNIENIE

W dniu 11 kwietnia 2005r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej Prezesem Urzędu lub organem antymonopolowym, wpłynęło, datowane na dzień 1 marca 2005r., pismo Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w S., zwanej dalej Izbą, skarżącą lub wnioskodawczynią, wnoszącej o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Narodowemu Funduszowi Zdrowia z siedzibą w Warszawie, zwanemu dalej NFZ, Funduszem lub skarżonym, w związku z podejrzeniem nadużywania przez ten podmiot pozycji dominującej na rynku organizowania świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubez-

pieczeniem zdrowotnym poprzez żądanie spełniania przez świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie z Funduszem, na rok 2005, umów w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, określonych „wymagań”, które to zachowanie miałyby wyczerpywać znamiona praktyk zakazanych z mocy art. 8 ust. 2 pkt 4 i art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005r., Nr 244, poz. 2080), zwanej dalej ustawą o ochronie [...].

W uzasadnieniu wystąpienia Izba podniosła m.in., co następuje.

- Fundusz, jako państwowa jednostka organizacyjna posiadająca osobowość prawną, działa na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. Nr 210, poz. 2135 ze zmianami), zwanej dalej ustawą o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], oraz statutu nadanego mu przez Prezesa Rady Ministrów.
- Zgodnie z art. 97 ust. 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], do zakresu działania Funduszu należy m.in.:
 - przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie ich realizacji i rozliczanie (pkt 2);
 - opracowywanie, wdrażanie, realizowanie i finansowanie programów zdrowotnych (pkt 4).
- Prezes Funduszu, wypełniając obowiązek wynikający z art. 97 ust. 3 pkt 2, określa, z mocy art. 146, przedmiot postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, kryteria oceny ofert oraz warunki wymagane od świadczeniodawców, przy czym, zgodnie z treścią art. 134 ust. 1, „jest obowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy [...] i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.”
- Tymczasem, nie zważając na powołane uregulowania prawne, skarżony, organizując i prowadząc konkurs w sprawie zawarcia na rok 2005 umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, umieścił w „Szczegółowych materiałach informacyjnych o przedmiocie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”, postanowienia sprzeczne z zasadami, o których mowa w art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej [...].
- W przekonaniu Izby należą do nich zawarte w punkcie 8 powołanego załącznika następujące „Wymagania szczególne dla oferentów”:
 - „wykonanie w pracowni co najmniej 14.000 badań cytologicznych-ginekologicznych rocznie” (8.3.2),
 - zatrudnianie cytotechników (co najmniej dwóch) i „wykonywanie co najmniej 7.000 badań rocznie przez jednego cytotechnika” (8.3.2),

- „posiadanie mikroskopów wysokiej jakości” (8.5.1) oraz preferowanie „urządzeń do automatycznego barwienia preparatów cytologicznych i nakrywania szkiełek” (8.5.2).
- „posiadanie aktualnej, pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego w dziedzinie patomorfologii na prowadzenie przesiewowych badań cytologicznych” (8.1),
- Zdaniem skarżącej, warunek dopuszczający do konkursu wyłącznie świadczeniodawców dysponujących pracownikami diagnostycznymi realizujących co najmniej 14.000 badań cytologicznych rocznie *„dyskryminuje większość tego typu placówek Polsce, [...] wykonujących mniejsze ilości badań”*, a zarazem *„umacnia pozycję na rynku tylko dużych ośrodków akademickich”*; równocześnie, uzasadnienie tego warunku jest o tyle wątpliwe, o ile *„brak [...] wiarygodnych dowodów na to, że pracownie wykonujące więcej niż 14.000 badań rocznie wykonują je lepiej (wyższa jakość [...]), wiarygodniej (niższa częstotliwość nietrafnej diagnozy), taniej, szybciej.”* Wadą ograniczenia wynikającego z zapisu postanowienia punktu 8.3.2 jest i to, że w załączniku *„nie podano, w jaki sposób Fundusz [...] ma weryfikować wymóg wykonania przez dany podmiot 14.000 badań rocznie”*, co *„rodzi możliwość szeregu nieprawidłowości w toku postępowania konkursowego”*.
- Nie do przyjęcia jest także warunek nakładający na świadczeniodawcę obowiązek zatrudniania dwóch cytotechników i wykonania przez każdego z nich co najmniej 7.000 badań rocznie, a to zarówno dlatego, że *„w Polsce brak jest zawodu medycznego +cytotechnika+”*, bowiem *„nie istnieje kształcenie w tym kierunku na poziomie szkolnictwa zawodowego, średniego czy też wyższego”* (podstawą nabywania umiejętności w tym przedmiocie jest praktyka zawodowa i kursy organizowane przez różne podmioty), jak i z tego powodu, że *„brak jest dowodów, że cytotechnicy wykonujący mniej niż 7.000 badań rocznie dokonują oceny preparatów mikroskopowych na gorszym poziomie”*
- Istotne wątpliwości Izby budzą ponadto zarówno żądanie posiadania przez ubiegających się o zawarcie z NFZ umów *„mikroskopów wysokiej jakości”*, jak i preferowanie przy wyborze świadczeniodawców tych podmiotów, które dysponują *„urządzeniami do automatycznego barwienia preparatów cytologicznych i nakrywania szkiełek”*. W pierwszym wypadku jako źródło zagrożenia dla *„równego traktowania”* i *„zachowania uczciwej konkurencji”* postrzegany jest możliwy, wynikający z niedostatku *„podstawowej specyfikacji technicznej”*, subiektywizm oceny *„wysokiej jakości”* przez komisję konkursową, w drugim zarówno *„brak [...] jakichkolwiek przesłanek w dostępnej literaturze fachowej do twierdzenia, że [takie] urządzenie [...] poprawia [...] jakość i wpływa na ocenę merytoryczną”*, jak i fakt, iż *„urządzenia tego rodzaju są bardzo drogie i dostępne tylko w większych pracowniach diagnostycznych”*.
- W końcu, jako niczym nieuzasadnione, a jednocześnie zagrażające *„uczciwej konkurencji”*, należy traktować warunkowanie przez NFZ przystąpienia danego podmiotu do konkursu od uprzedniego uzyskania zgody konsultanta krajowego bądź konsultanta wojewódzkiego w dziedzinie patomorfologii, a to zarówno z tego powodu, że o takich uprawnieniach nie wspomina rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 25 października 2002r. w sprawie konsultantów krajowych i wojewódzkich (Dz.U. Nr 188, poz. 1582 ze zmianą), jak i z tej przyczyny, że w

przedmiotowej sprawie zarówno konsultant krajowy, jak i konsultanci wojewódzcy są „na ogół kierownikami lub pracownikami dużych akademickich pracowni diagnostycznych, które były, są lub potencjalnie mogą być głównym beneficjentem kontraktów zawieranych z Narodowym Funduszem Zdrowia [...] (taka sytuacja ma miejsce w województwie zachodniopomorskim)”.

Prezes Urzędu, wzięwszy pod uwagę treść wniosku i zawarte w nim żądanie Izby, wszczął przeciwko Funduszowi, postanowieniem nr 129 z dnia 11 kwietnia 2005r., postępowanie antymonopolowe w przedmiocie i zakresie, o których mowa w wystąpieniu wnioskodawczyni z dnia 1 marca 2005r.

Skarżony, odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu przeciwko niemu postępowania antymonopolowego, wniósł, najpierw pismem z dnia 25 kwietnia 2005r., a następnie pismem z dnia 27 maja 2005r., o uznanie, iż „w toku przeprowadzania procedury konkursu ofert na zawieranie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie programy profilaktyczne i promocja zdrowia profilaktyka raka szyjki macicy etap diagnostyczny na rok 2005 nie stosował praktyk ograniczających konkurencję i nie nadużył pozycji dominującej na rynku realizacji powszechnych ubezpieczeń zdrowotnych”, albowiem:

- w świetle ustawy o ochronie [...], ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późniejszymi zmianami) oraz w związku z przepisami ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], brak jest podstaw do twierdzenia, iż NFZ jest podmiotem mogącym podlegać rygorom pierwszej z tych ustaw, a w konsekwencji – do prowadzenia przeciwko niemu postępowania antymonopolowego, które to przesłanki powinny skutkować umorzeniem postępowania już wszczętego,
- gdyby nawet przyjąć, że stanowisko odnośnie „*stricte formalnych aspektów postępowania*” nie zasługuje na uwzględnienie, to dla ostatecznego rozstrzygnięcia sporu istotne znaczenie powinno mieć to, iż Prezes NFZ, wydając zarządzenie nr 19/2004 z dnia 13 października 2004r. oraz zarządzenie nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r. w sprawie przyjęcia „Szczegółowych materiałów informacyjnych o przedmiocie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”, brał pod uwagę „*uzasadnienie merytoryczne [...] opracowane [...] przez specjalistyczne zespoły rzeczoznawców*”.

Już po wszczęciu niniejszego postępowania z wnioskiem analogicznym, jak Izba, wystąpił do Prezesa Urzędu, pismem z dnia 20 kwietnia 2005r., Związek Pracodawców Ochrony Zdrowia z siedzibą w K., zwany dalej Związkiem; postanowieniem nr 233 z dnia 1 lipca 2005r. organ antymonopolowy dopuścił Związek do udziału w postępowaniu – w charakterze strony.

W TRAKCIE POSTĘPOWANIA USTALONO, CO NASTĘPUJE.

1. Zważywszy na to, że „*rak szyjki macicy jest drugim co do częstości nowotworem u kobiet w Polsce – stanowi 8,6% nowotworów*”, zważywszy na to, że, jak dotąd, „*w Polsce nie wdrożono [w tym zakresie] programu aktywnej profilaktyki opartego na ogólnopolskim standardzie*”, Minister Zdrowia, na podstawie umowy nr 11/B/2004/1374/3057 z dnia 26 kwietnia 2004r., zlecił Funduszowi reali-

zacie „Ogólnopolskiego programu profilaktyki raka szyjki macicy”, celem którego miałyby być „zmniejszenie o 20-40% umieralności kobiet [...] do roku 2014”, a przez to „obniżenie wskaźnika umieralności do poziomu osiągniętego w przodujących, w tym zakresie, krajach Unii Europejskiej”.

2. W załączniku nr 2 do „Ogólnopolskiego programu profilaktyki ...” zdefiniowano „Wymagania (standard) minimum dotyczące Pracowni (Zakładu) Patomorfologii wykonującej diagnostykę cytologiczną ginekologiczną” w następujących kategoriach: kwalifikacje i doświadczenie personelu, jakość preparatów cytologicznych, jakość sprzętu, sposób ustalania rozpoznania oraz kontrola jakości.¹
3. Zgodnie z umową zawartą przez Fundusz, czynności zleceńbiorky miały obejmować:
 - przeprowadzenie przez jego oddziały wojewódzkie, według obowiązujących w tej mierze przepisów, postępowań w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych,
 - zawarcie umów z podmiotami wybranymi w trakcie postępowań konkursowych,
 - nadzór nad wykonaniem przez te podmioty świadczeń określonych w „Ogólnopolskim programie profilaktyki ...”,
 - dokonywanie rozliczeń z tytułu wykonania świadczeń.
4. Środki finansowe na realizację „Ogólnopolskiego programu profilaktyki ...” zabezpieczono w ustawie budżetowej na rok 2004 w części 46 „Zdrowie”, dziale 851 „Ochrona zdrowia”, rozdziale 85149 „Programy polityki zdrowotnej”.
5. W dniu 20 maja 2004r. Zarząd NFZ przyjął uchwałę nr 137/2004 w sprawie upoważnienia dyrektorów oddziałów wojewódzkich do przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych w 2004r. w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia oraz określenia przedmiotu postępowania, warunków wymaganych od świadczeniodawców oraz kryteriów oceny spełniania tych warunków.
6. W powołanej wyżej uchwale Zarządu NFZ, dotyczącej m.in. „Programu profilaktyki raka szyjki macicy – etap podstawowy” oraz „Programu profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny”, określono: terminy ogłoszenia konkursu ofert i zamieszczenia materiałów konkursowych na stronie internetowej (do dnia 31 maja), składania ofert (do dnia 15 czerwca), otwarcia ofert (do dnia 18 czerwca), ogłoszenia rozstrzygnięcia konkursu (nie później niż do dnia 29 czerwca), rozpoczęcia świadczenia usług (z dniem 1 lipca 2004r.).
7. Mając na uwadze, iż do momentu podjęcia działań przez Ministerstwo Zdrowia badania cytologiczne ginekologiczne były, w większości, prowadzone:

¹ Zważywszy na to, że organów władzy i administracji państwowej nie uznaje się, w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie [...], za przedsiębiorców, nawet jeżeli swoim działaniem mogłyby ograniczać bądź ograniczają konkurencję, wątpliwości dotyczących zgodności z powołaną ustawą zapisów „Ogólnopolskiego programu profilaktyki raka szyjki macicy” (wraz z załącznikiem pn. „Wymagania (standard) minimum dotyczące Pracowni (Zakładu) Patomorfologii wykonującej diagnostykę cytologiczną ginekologiczną”) nie sposób byłoby kierować wprost pod adresem zleceńbiorky, nie jest natomiast wykluczona, w tym kontekście, ocena zleceńbiorky realizującego ten program, tj. NFZ (patrz też: punkt 22 uzasadnienia niniejszej decyzji).

- „przez osoby nie posiadające wystarczającego doświadczenia praktycznego w ocenie mikroskopowej”, mimo, iż „jest to [...] procedura wysokospecjalistyczna, która powinna być wykonywana przez specjalistów patomorfologów i nadzorowanych przez nich cytotechników, a zatem tylko przez tych specjalistów, których głównym profesjonalnym zajęciem jest diagnostyka mikroskopowa”,
- „w małych pracowniach bez sprzętu wysokiej jakości oraz należytego doświadczenia, które wykonują tylko kilkaset do tysiąca badań cytologicznych rocznie”,
- „w pracowniach jednoosobowych, co uniemożliwia wdrożenie zasad kontroli jakości”,

w konkursie ofert przyjęto, za „Ogólnopolskim programem profilaktyki ...”, stanowiącym załącznik do umowy nr 11/B/2004/1374/3057 z dnia 26 kwietnia 2004r., m.in. jako minimalny wymóg dla pracowni, które miałyby prowadzić diagnostykę cytologiczną, „co najmniej 20 000 badań cytologicznych rocznie, w tym 7 000 badań na jednego cytotechnika rocznie”.

8. Określenie standardów na poziomie, o którym mowa w punkcie 7, spowodowało, jak wynika z wystąpienia z dnia 8 lipca 2004r. skierowanego przez NFZ do Ministerstwa Zdrowia, iż „w niektórych oddziałach wojewódzkich [...] żadna oferta nie spełnia tak wysokich kryteriów; sytuacja ta dotyczy m.in. oddziału dolnośląskiego, lubuskiego, opolskiego, podlaskiego, pomorskiego i warmińsko-mazurskiego”; równocześnie, stan ten stał się podstawą prośby Funduszu o wyrażenie „zgody na obniżenie [...] wymagań”.
9. Niezależnie od działań Funduszu, w związku z koniecznością zapewnienia nadzoru merytorycznego, gwarantującego „odpowiednią jakość działań o charakterze populacyjnym, finansowanych ze środków Ministerstwa Zdrowia”, decyzją Ministra Zdrowia z dnia 14 lipca 2004r., został powołany Zespół Koordynacyjny programów „Ogólnopolski program profilaktyki raka szyjki macicy” oraz „Populacyjny program wykrywania raka piersi metodą mammografii przesiewowej” będących elementami „Narodowego Programu Zwalczenia Chorób Nowotworowych 2004-2007”.
10. W odpowiedzi na wystąpienie Funduszu z dnia 8 lipca 2004r. Ministerstwo Zdrowia stanęło na stanowisku, w piśmie z dnia 22 lipca 2004r., iż „w celu utrzymania wysokiej jakości świadczeń nie można obniżyć wymagań dotyczących pracowni patomorfologicznych”.
11. Pierwsze posiedzenie Zespołu Koordynacyjnego odbyło się w siedzibie Ministerstwa Zdrowia w dniu 28 lipca 2004r.; w pochodzącej z dnia 2 sierpnia 2004r. „Notatce służbowej [...]”, w części odnoszącej się do stanu strony podażowej rynku świadczeń zdrowotnych związanych z etapem diagnostycznym programu profilaktyki raka szyjki macicy, znalazło się m.in. zdanie: „Niepokój Zespołu wzbudziła duża ilość świadczeniodawców oraz rozdrobnienie liczby badań na poszczególne placówki.”
12. Wobec trudności, o których mowa w punkcie 8, Fundusz, przygotowując konkurs ofert na rok 2005r., „zmienił wymóg wykonywania określonej liczby badań obniżając tę liczbę do 5000, w tym 2000 badań przypadających na jednego cy-

totechnika" i propozycję tę umieścił w projekcie „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, w wersji datowanej na dzień 21 września 2004r.

13. Mając na uwadze kwestie podniesione w trakcie spotkania Zespołu Koordynacyjnego, które odbyło się w dniu 20 września 2004r., w szczególności sugestię, by w komisjach konkursowych „*bezwzględnie zasiadał merytorysta*” (patrz: „Notatka służbowa ...” z dnia 22 września 2004r.), do projektu, o którym mowa w punkcie 12, Fundusz wprowadził, z dniem 22 września 2004r., do części „Wymagania szczególne dla oferentów”, zapis o treści: „Warunkiem koniecznym jest posiadanie aktualnej, pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego w dziedzinie patomorfologii na przeprowadzanie przesiewowych badań cytologicznych”.
14. W dniu 24 września 2004r., projekt „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, w wersji z dnia 22 września 2004r., został przedłożony na posiedzeniu Zespołu, celem „*zapoznania się i dokonania oceny merytorycznej.*” Ponieważ uwagi Zespołu wpłynęły już po oddaniu „*materiałów konkursowych*” do zatwierdzenia Prezesowi NFZ, załącznik do zarządzenia nr 19/2004 z dnia 13 października 2004r. został przyjęty, po dokonaniu korekty ilości badań, które miałyby wykonać jeden cytotechnik (przed zmianą: 2.000, po zmianie: 2.500), w brzmieniu odpowiadającym tej wersji.
15. Zważywszy na zastrzeżenia Zespołu odnoszące się do przedstawionych mu dokumentów, Prezes NFZ zmienił, zarządzeniem nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r., zarządzenie nr 19/2004 z dnia 13 października 2004r. w ten sposób, iż nadał załącznikowi „Szczegółowe materiały informacyjne ...” brzmienie uwzględniające te zastrzeżenia, a to poprzez przyjęcie, że „warunkiem koniecznym jest wykonanie w pracowni co najmniej 14 000 badań cytologicznych-ginekologicznych” oraz „zatrudnienie przynajmniej 2 cytotechników, z których każdy wykonywałby co najmniej 7.000 badań rocznie”.
16. Do ogłoszonego przez Prezesa NFZ w dniu 16 lutego 2005r. konkursu ofert na zawieranie przez Narodowy Fundusz Zdrowia umów, na rok 2005, o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, na obszarze województwa zachodniopomorskiego przystąpienie deklarowali następujący świadczeniodawcy:
 - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PAM z siedzibą w S.,
 - Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Meditest” Diagnostyka Medyczna z siedzibą w P.,
 - Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w K.,
 - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej z siedzibą w G.

W sytuacji, kiedy jedynie Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PAM z siedzibą w S. spełniał wszystkie niezbędne wymagania wynikające ze „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, w tym posiadał pisemną zgodę na przeprowadzanie przesiewowych badań cytologicznych udzieloną przez konsultanta wojewódzkiego w dziedzinie patomorfologii, tylko on otrzymał możliwość świadczenia w roku 2005 usług będących przedmiotem konkursu (oferty pozostałych placówek zostały odrzucone zarówno z powodu braku przedmiotowej zgody, jak i ze względu na to, że w różnym stopniu spełniały pozostałe kryteria).

17. Decyzją z dnia 23 czerwca 2005r. Minister Zdrowia zalecił Funduszowi dokonanie zmiany:
- zarządzenia Prezesa NFZ nr 19/2004 z dnia 13 października 2004r. w sprawie przyjęcia „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, w części „Wymagania szczególne dla oferentów”, w zakresie punktu 8 zdanie pierwsze o treści: „Warunkiem koniecznym jest posiadanie aktualnej, pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego w dziedzinie patomorfologii na przeprowadzanie przesiewowych badań cytologicznych”,
 - zarządzenia Prezesa NFZ nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r. zmieniającego zarządzenie nr 19/2004 z dnia 13 października 2004r., w części „Wymagania szczególne dla oferentów”, w zakresie punktu 8 ust. 1 o treści: „Warunkiem koniecznym jest posiadanie aktualnej, pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego w dziedzinie patomorfologii na przeprowadzanie przesiewowych badań cytologicznych”,
- w taki sposób, żeby przedmiotowa zgoda nie była już jednym z wymagań w postępowaniach konkursowych prowadzonych na podstawie „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”.
18. Zarządzeniem nr 86/2005 z dnia 13 października 2005r. Prezes NFZ zatwierdził do realizacji w roku 2006 pięć profilaktycznych programów zdrowotnych, w tym: „Program profilaktyki raka szyjki macicy”.
19. Zarządzeniem nr 87/2005 z dnia 13 października 2005r. Prezes NFZ wprowadził do stosowania w postępowaniach w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, dotyczących świadczeń udzielanych od dnia 1 stycznia 2006r., „Szczegółowe materiały informacyjne ...”, w których, w stosunku tych, które stanowiły załącznik do zarządzenia nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r.:
- uchylił, zgodnie z zaleceniem zawartym w decyzji Ministra Zdrowia z dnia 23 lipca 2005r., zapis dotyczący konieczności posiadania przez świadczeniodawców zgody na przeprowadzanie przesiewowych badań cytologicznych wydanej przez konsultanta wojewódzkiego lub krajowego w dziedzinie patomorfologii,
 - obniżył wymagania w zakresie ilości badań, jaką świadczeniodawca powinien wykonać rocznie – z 14.000 do 8.000, a co za tym idzie ilość badań, którą rocznie powinien wykonać jeden cytotechnik – z 7.000 do 4.000, albowiem przy wymogu realizacji 14.000 badań rocznie w niektórych województwach, np. małopolskim, możliwości finansowania przez Fundusz świadczeń w tym zakresie istotnie przewyższały „*zdolności wykonawcze*” podmiotów spełniających tak wysokie kryteria.
20. W opiniach dotyczących przedmiotu niniejszego postępowania przekazanych Prezesowi Urzędu przez Ministerstwo Zdrowia, pismami z dnia 3 marca i 22 maja 2006r., podniesiono m.in., iż:
- Zapisy zawarte w zaakceptowanym przez Ministra Zdrowia dokumencie pn. „Ogólnopolski program profilaktyki ...” stanowiły podstawę do „*sformułowania, zgodnie z obowiązującymi w NFZ zasadami, dokumentacji konkursowej. Podpisując umowę Zleceniobiorca zobowiązał się do przestrzegania wszyst-*

kich zawartych w programie zapisów. Jego zadaniem była realizacja programu zgodnie z zatwierdzonym dokumentem."

- Żądania Funduszu, by przyszli świadczeniodawcy spełniali warunki stawiane pracownikom patomorfologii wykonującym diagnostykę cytologiczną ginekologiczną, zawarte w załączniku do zarządzenia Prezesa NFZ nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r., a dotyczące kwalifikacji i doświadczenia personelu oraz jakości posiadanego sprzętu, *„były wypełnieniem zobowiązania Funduszu."*
- Wymóg posiadania aktualnej, pisemnej zgody na prowadzenie badań cytologicznych udzielonej przez konsultanta wojewódzkiego lub krajowego w dziedzinie patomorfologii został ustalony przez Zespół Koordynujący programy profilaktyczne, powołany przez Ministra Zdrowia, przy czym *„zgoda ta miała być potwierdzeniem posiadania przez oferenta właściwego przygotowania kadrowego i sprzętowego do wykonywania przedmiotowych świadczeń, gdyż konsultanci wojewódzcy mają najlepsze rozeznanie wśród placówek mieszczących się na terenie danego województwa."*
- Dopuszczenie do postępowań konkursowych każdego świadczeniodawcy byłoby niewskazane, bowiem *„spowodowałoby zdecydowane obniżenie jakości wykonywanych świadczeń"*.
- „Ogólnopolski program profilaktyki ...” spełnia kryteria kontroli jakości przestrzegane w diagnostyce cytologicznej w krajach Unii Europejskiej i w innych krajach o niskiej umieralności z powodu raka szyjki macicy.

MAJĄC NA WZGLĘDZIE USTALONY STAN FAKTYCZNY, ORGAN ANTYMONOPOLOWY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE.

PRZEDMIOT POSTĘPOWANIA ANTYMONOPOLOWEGO.

21. Przedmiotem niniejszego postępowania jest rozstrzygnięcie, czy działania Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Warszawie polegające na dopuszczeniu do udziału w konkursie ofert na zawieranie umów o udzielanie, w roku 2005, na obszarze województwa zachodniopomorskiego, świadczeń zdrowotnych w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, wyłącznie tych świadczeniodawców, którzy spełniali wymogi: wykonania co najmniej 14.000 badań cytologicznych ginekologicznych rocznie, zatrudniania nie mniej niż dwóch cytotechników, z których każdy wykonywałby rocznie przynajmniej 7.000 badań, posiadania odpowiednich mikroskopów i, opcjonalnie, urządzeń do automatycznego barwienia preparatów cytologicznych oraz automatycznego nakrywania szkiełek, a także swoistej „akredytacji” uzyskanej od konsultanta wojewódzkiego lub konsultanta krajowego w dziedzinie patomorfologii, powinny być uznane, jak chciałoby tego Okręgowa Izba Lekarska z siedzibą w S. oraz Związek Pracodawców Ochrony Zdrowia z siedzibą w K., za sprzeczne z zakazem nadużywania pozycji dominującej poprzez:
 - uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...]),

- przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...]).

LEGITYMACJA BIERNA FUNDUSZU DO UCZESTNICTWA W POSTĘPOWANIU ANTYMONOPOLOWYM.

22. Kwestią wymagającą rozważenia jest, w pierwszej kolejności, to, czy Funduszowi przysługuje przymiot przedsiębiorcy – w znaczeniu art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie [...] i czy, tym samym, jego działania mogą podlegać ocenie Prezesa Urzędu pod kątem ewentualnego naruszenia przepisów tej ustawy.

Odpowiednio do treści ww. przepisu, przez przedsiębiorcę rozumie się nie tylko przedsiębiorcę, o którym mowa w ustawie z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zmianami), ale również m.in. osoby fizyczne i prawne, a także jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, które to usługi nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu powołanej wyżej ustawy.

Do dnia 31 marca 2003r. obowiązek organizowania świadczeń na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym spoczywał na Regionalnych Kasach Chorych, które, jako instytucje samorządowe, reprezentujące ubezpieczonych, posiadające z mocy art. 66 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 lutego 1997r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 ze zmianami) osobowość prawną, nie spełniały, co prawda, pierwszego kryterium przytoczonej definicji, tzn. nie prowadziły, wskutek zakazu wynikającego z art. 4 ust. 7 tej ustawy, działalności gospodarczej (w sensie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej), spełniały jednak bezsprzecznie drugi warunek, tzn. „*kreowały [szeroko rozumiany] rynek usług publicznych*”, a tym samym mogły podlegać ocenie z punktu widzenia przepisów ustawy o ochronie [...].²

Analogiczne stanowisko organ antymonopolowy zajmuje w odniesieniu do Funduszu, utworzonego, z dniem 1 kwietnia 2003r., z mocy ustawy z dnia 23 stycznia 2003r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia, który, będąc na podstawie art. 36 ust. 1 ww. ustawy państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, został powołany nie tylko do wykonywania zadań wynikających z art. 39 ust. 1 pkt 1 oraz art. 39 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, ale także do zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych ubezpieczonym, w szczególności poprzez wstąpienie w prawa i obowiązki Kas Chorych wynikające z umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy między nimi a świadczeniodawcami (art. 198 ust. 1), przez co stał się podmiotem wszelkich praw i obowiązków przynależnych dotychczasowych Regionalnym Kasom Chorych (art. 202 ust. 1).

Zważywszy na fakt, iż podobne rozwiązania systemowe przyjęto w obowiązującej w dacie wydania niniejszej decyzji ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], zważywszy, nadto, na dotychczasowe orzecznictwo Prezesa Urzędu oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w innych, podobnych spr-

² Por. w tej kwestii: Modzelewska-Wąchal E., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 34.

wach³, organ antymonopolowy stwierdza, iż Funduszowi przysługuje przymiot przedsiębiorcy – w znaczeniu art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie [...], a w konsekwencji – działania skarżonego mogą być przedmiotem oceny w świetle przepisów tej ustawy.

NARUSZENIE INTERESU PUBLICZNEGO.

23. Mając na względzie treść art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie [...], stanowiącego, iż określa ona „warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowania w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”, Prezes Urzędu rozważył, czy w sytuacji zbieżności zachowań Funduszu z hipotezą art. 8 ust. 2 pkt 4 oraz art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy istnieją przesłanki pozwalające uznać, iż zachowania te naruszałoby nie tylko interes prywatny wnioskodawców, ale także, co dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu istotne, interes publiczny.

Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001r., sygn. akt I CKN 1217/98, *„ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny [...] jej celem jest służenie interesom publicznym. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych”*; z publicznoprawnego charakteru ustawy o ochronie [...] wynika zatem, iż, co do zasady, znajduje ona zastosowanie wtedy i tylko wtedy, gdy ma miejsce naruszenie interesu publicznego utożsamianego z powstaniem, utrzymaniem i niezakończonym rozwojem konkurencji na określonym rynku; jednocześnie – jako zagrażające bądź naruszające konkurencję należy uznać jedynie takie zachowania przedsiębiorców, które dotyczą sfery interesów szerokiego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji jako zjawiska właściwego mechanizmom gospodarowania⁴.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy sporne między stronami działania Funduszu wymóg ten spełniają, a to dlatego, że wywierają, bez wątpienia, istotny wpływ na warunki funkcjonowania na rynku właściwym przedsiębiorców, którzy na nim funkcjonują lub mogą funkcjonować (tu: potencjalnych i rzeczywistych świadczeniodawców usług zdrowotnych na rzecz Funduszu), przez co oddziałują również na sytuację szerokiego kręgu osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym.

Mając na względzie wskazane wyżej okoliczności organ antymonopolowy stwierdza, iż spełniona jest przesłanka, wynikająca z art. 1 ust. 1 ustawy o

³ Por. m.in. prawomocne decyzje Prezesa Urzędu: nr RGD.13/2004 z dnia 10 września 2004r., nr RGD.18/2004 z dnia 1 października 2004r., nr RGD.38/2004 z dnia 31 grudnia 2004r. oraz nr RGD.23/2005 z dnia 11 kwietnia 2005r., ale także wyroki Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: z dnia 23 lutego 2004r., sygn. akt XVII Ama 14/03, oraz z dnia 7 marca 2005r., sygn. akt XVII Ama 15/04.

⁴ W pewnych okolicznościach nawet naruszeniu interesu indywidualnego może być przypisany wymiar publicznoprawny; taka sytuacja ma miejsce wtedy, gdy, jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 lutego 2004r., sygn. akt III SK 2/04, *„indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywoływać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.”*

ochronie [...], pozwalająca na postawienie Funduszowi zarzutu naruszenia przepisów tej ustawy.

RYNEK WŁAŚCIWY I POZYCJA ZAJMOWANA NA NIM PRZEZ FUNDUSZ.

24. Realizacja postulatu zapewnienia poprawności metodologicznej rozstrzygnięcia wymaga od Prezesa Urzędu, aby działania Funduszu, zaskarżone przez Izbę i Związek, były rozpatrywane nie tylko w kontekście tzw. rynku właściwego, określonego w art. 4 ust. 8 ustawy, jako „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”, ale i pod kątem ewentualnego nadużycia przez skarżonego przedsiębiorcę pozycji dominującej, przez którą rozumie się, zgodnie z art. 4 ust. 9 ustawy, „pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%”.
25. Z powołanej definicji rynku właściwego wynika, iż jego delimitacja powinna uwzględniać przynajmniej dwa składniki, tj. przedmiotowy, wskazujący na towar lub usługę „uznawane przez [...] nabywców za substytuty”, oraz przestrzenny, identyfikujący obszar, na którym, w odniesieniu do danego towaru lub usługi, „panują zbliżone warunki konkurencji”; w niektórych stanach faktycznych, charakteryzujących się zmienną w czasie dynamiką procesów rynkowych, istotnymi przeobrażeniami mechanizmu i instrumentów konkurencji, niezbędne staje się, ponadto, uwzględnienie składnika czasowego.

Wyznaczaniu elementów składowych rynku właściwego (przedmiotowego, terytorialnego, czasowego) powinno, w każdym wypadku, towarzyszyć dążenie do możliwie wąskiej jego segmentacji, a to dlatego, że w przeciwnym razie mogłyby zaistnieć trudności w znalezieniu przedsiębiorców o pozycji dominującej, w rezultacie czego przepisy ustawy o ochronie [...], mające zapobiegać jej nadużywaniu, straciłyby, w istocie, rację bytu ze szkodą zarówno dla konsumentów, jak i dla konkurentów.

Takie podejście znajduje uzasadnienie tak w rozstrzygnięciach Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (por. m.in. wyroki z dnia 18 grudnia 1990r., sygn. akt XVII Amr 7/90; z dnia 4 października 1993r., sygn. akt XVII Amr 29/93; z dnia 31 maja 1995r., sygn. akt XVII Amr 9/95), jak i w judykaturze Unii Europejskiej⁵. Równocześnie, korzystanie z tej dyrektywy powinno być jednak na tyle rozważne i wyważone, by nie dopuścić do sytuacji, w której rynek właściwy obejmowałby, po delimitacji, wyłącznie towar (usługę) jednego rodzaju, wytwarzane (świadczone) przez jednego producenta (usługodawcę), bowiem, jak podnosi się w piśmiennictwie, „w rzeczywistości nie chodzi jednak o wyodręb-

⁵ Por. Gronowski S., Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1996, s. 75.

nienie możliwie wąsko zakreślonych rynków, lecz o wyznaczenie tego jednego, właściwego w prowadzonej sprawie.⁶

Biorąc pod uwagę zarówno treść definicji sformułowanej w art. 4 ust. 8 ustawy o ochronie [...], jak i stanowisko orzecznictwa, Prezes Urzędu uznaje, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy składnik przedmiotowy rynku właściwego konstrytuują usługi (świadczenia) zdrowotne (szerzej: ogół czynności związanych z organizowaniem, finansowaniem i realizacją ze środków publicznych świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym) w zakresie „profilaktyki raka szyjki macicy – etapu diagnostycznego”, natomiast składnik przestrzenny tego rynku – obszar województwa zachodniopomorskiego.

Podstawową przesłanką uzasadniającą przyjęte na użytek niniejszego postępowania określenie aspektu terytorialnego rynku właściwego (obszar województwa zachodniopomorskiego) jest to, że konkursy ofert na zawieranie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych są organizowane przez oddziały wojewódzkie Narodowego Funduszu Zdrowia, a kontrakty zawierane w zdecydowanej większości rodzajów usług, w tym w powołanym wyżej zakresie przedmiotowym, ze świadczeniodawcami mającymi swoje siedziby na terenie działania danego oddziału NFZ.

26. Usytuowanie NFZ na rynkach świadczeń zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, w tym na rynku zdefiniowanym, jak w punkcie 25, jest pochodną zapisów obowiązującej do dnia 31 marca 2003r. ustawy z dnia 6 lutego 1997r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, wprowadzającej w art. 1 „powszechne obowiązkowe ubezpieczenia zdrowotne” i zlecającej wszelkie czynności z nimi związane, postanowieniem art. 4 ust. 1, Regionalnym Kasom Chorych, których następcą prawnym, z mocy ustawy z dnia 1 kwietnia 2003r. o powszechnym ubezpieczeniu w NFZ, a następnie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], jest skarżony.

Oznacza to, w konsekwencji, iż na rynku właściwym Fundusz zajmuje szczególną, uprzywilejowaną pozycję: wyłącznie jemu, w warunkach przypisanego ustawowo „*monopolu*”, przyznano, w celu zabezpieczenia świadczeń należnych ubezpieczonym na podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], uprawnienie do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz zawierania umów ze świadczeniodawcami.

Ta, nadana Funduszowi z mocy prawa, pozycja, wyczerpuje bezsprzecznie znamiona, o których mowa w art. 4 ust. 9 ustawy o ochronie [...], i powoduje, iż te jego działania, które były bezpośrednio związane z organizacją i przebiegiem konkursu na zawieranie umów o udzielanie od dnia 1 stycznia 2005r. świadczeń zdrowotnych w zakresie profilaktyki raka szyjki macicy – etapu diagnostycznego, mogą być rozpatrywane pod kątem, ewentualnego, niewłaściwego jej wykorzystania.

PRAKTYKI OGRANICZAJĄCE KONKURENCJĘ.

⁶ Por. Skoczny T., Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym w świetle orzecznictwa, Warszawa 1994, s. 81.

27. Posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej nie stanowi, *per se*, naruszenia prawa; naruszenie prawa ma miejsce dopiero wówczas, gdy następuje takie wykorzystanie tej pozycji przez dominanta, które prowadzi bądź to do ograniczenia samodzielności innych uczestników rynku, bądź to do wymuszenia ich udziału w procesach gospodarczych temu rynkowi właściwych na zasadach narzuconych, z reguły mniej korzystnych niżby to wynikało z działania nieskrępowanych mechanizmów konkurencji.
28. Rozstrzygając, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy miało miejsce nadużycie pozycji dominującej zajmowanej przez NFZ, Prezes Urzędu uwzględnił, co najmniej, następujące okoliczności:
- rynek właściwy, będący przedmiotem analizy, posiada, z jednej strony, strukturę zbliżoną do monopsonu, w ramach którego funkcjonuje tylko „kolektywny” nabywca, tj. Fundusz, reprezentujący cały potencjalny i rzeczywisty popyt na, nie mające substytutów, usługi związane z realizacją powszechnych świadczeń zdrowotnych i podmioty te świadczenia oferujące, z drugiej zaś strukturę zbliżoną do monopolu, w którym ten sam Fundusz, jako organizator świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którym nie przysługuje swoboda bezpośredniego nawiązywania stosunków umownych ze świadczeniodawcami, reprezentuje, wobec świadczeniobiorców, stronę podażową;
 - immanentną cechą tak postrzeganego rynku jest to, iż „gra” prowadzona pomiędzy jego uczestnikami, tj. potencjalnymi świadczeniodawcami i Funduszem (jako zamawiającym usługi), nie ma, jak w wypadku tradycyjnych rynków, charakteru ciągłego, przejawiającego się w permanentnych fluktuacjach popytu, podaży i cen oraz wielokrotnych zachowaniach dostosowawczych „graczy”, lecz ogranicza się do, w zasadzie, jednorazowego, w dłuższym, najczęściej rocznym lub kilkuletnim, okresie czasu, zetknięcia się zapotrzebowania zgłaszanego przez zamawiającego i propozycji jego zaspokojenia przedstawianych przez przedsiębiorców posiadających zdolność świadczenia pożądanых usług, ubiegających się, w wypadku akceptacji dla swoich ofert bądź w wypadku akceptacji dla oferty im przedstawianej (przez Fundusz) o podpisanie w tym przedmiocie stosownych umów;
 - ustawodawca, przyznając NFZ wyłączne uprawnienia do kształtowania przedmiotowego rynku i ukierunkowując jego aktywność, m.in. z powodu tego, że powinien działać na rzecz i we właściwie pojętym interesie ubezpieczonych, na zapewnienie odpowiedniej efektywności ponoszonych wydatków publicznych, postanowił, mocą art. 139 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], iż zawieranie przez Fundusz umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej odbywa się po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert lub rokowań;
 - pochodną opisanej struktury i organizacji rynku jest to, że oceny tak procedur konkursowych, jak i zawieranych na podstawie tych procedur umów z kontrahentami, nie sposób dokonywać wyłącznie w kontekście hipotetycznych „nieskrępowanych mechanizmów rynkowych”, a to dlatego, że z woli ustawodawcy, aktywna i ciągła konkurencja wewnątrzrynkowa została zastąpiona jednorazową (w określonym przedziale czasowym) konkurencją przedsiębiorców o dostęp do rynku, z uprzywilejowaną, z mocy prawa, pozycją Funduszu – jako „kreatora”, ale i „regulatora” tego rynku.

ART. 8 UST. 2 PKT 4 USTAWY O OCHRONIE [...].

29. Istotą transakcji wiązanej, tj. praktyki, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...], jest przymuszanie kontrahenta, przez przedsiębiorcę dominującego na rynku właściwym, do akceptacji, w umowie łączącej strony, świadczenia wykraczającego poza przedmiot tej umowy, przy czym świadczenie to może dotyczyć dowolnych sfer działalności, tak z rynku zdominowanego, jak i niepowiązanego z nim rynku konkurencyjnego.

Jak podnosi się w literaturze przedmiotu, „*transakcja wiązana ma miejsce wówczas, gdy świadczenie dodatkowe nie ma rzeczowego lub zwyczajowego związku z przedmiotem umowy*”, a „*dla uznania narzucenia spełnienia dodatkowego świadczenia za legalne wystarczy, aby wystąpił choć jeden z tych związków*.”^{7, 8}

Wobec braku w ustawie o ochronie [...] definicji pojęć „*rzeczowego*” i „*zwyczajowego związku z przedmiotem umowy*”, w piśmiennictwie proponuje się m.in. dwa testy mające ułatwić orzekanie o istnieniu, bądź nieistnieniu, takiego związku: pierwszy – odwołuje się do „*natury produktów będących przedmiotem umowy podstawowej i świadczenia dodatkowego: ich konstrukcji, składu, trwałości, przeznaczenia*” i rozstrzyga, iż „*związek rzeczowy występuje wówczas, jeżeli dane świadczenie gwarantuje prawidłową, zgodną z wolą i oczekiwaniami stron realizację zasadniczej umowy*”, drugi – nawiązuje natomiast do „*zwyczaju rozumianego jako wyraz określonego doświadczenia społecznego*”, [...] *typowej praktyki rynkowej pod warunkiem, że nie jest to zwyczaj przedsiębiorcy dominującego*”, przy czym w tym wypadku uzyskanie jednoznacznego wskazania jest o tyle trudniejsze, o ile konieczne dla realizacji tego celu może okazać się nawet „*posłużenie się dostępnymi środkami dowodowymi, łącznie z ekspertyzami biegłych*”.⁹

30. W świetle uwag poczynionych w punkcie 29, organ antymonopolowy zbadał, czy warunkowaniu przez Fundusz udziału zainteresowanych przedsiębiorców w konkursie ofert na zawieranie umów o udzielanie, w roku 2005, na obszarze województwa zachodniopomorskiego, świadczeń zdrowotnych w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: program profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, od spełnienia wymogów kwestionowanych przez Izbę i Związek we wniosku o wszczęcie niniejszego postępowania, można przypisać znamiona uzależniania zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez kontrahenta przedsiębiorcy dominującego świadczenia niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem tej umowy.

Analizując tę kwestię Prezes Urzędu odrzucił najpierw, jako, jego zdaniem, do oceny zachowania Funduszu nieodpowiednią, wykładnię gramatyczną art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...], bowiem wiąże ona praktykę zakazaną z mocy

⁷ Modzelewska-Wąchal E., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 111.

⁸ Por. też Gronowski S., Ustawa antymonopolowa. Komentarz, wydanie 2 rozszerzone, Warszawa 1999, s. 232, gdzie wskazuje się, iż: „*Uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę świadczenia wiążanego dopuszczalne jest w tych wszystkich przypadkach, gdy świadczenia obu stron pozostają ze sobą w funkcjonalnym związku, przyczyniającym się zapewnienia właściwego przebiegu działalności gospodarczej, choćby tylko jednego uczestnika umowy.*”

⁹ Modzelewska-Wąchal E., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 111.

tego przepisu wprost z aktem „zawierania umowy”, która miałyby połączyć dominanta i jego kontrahenta, podczas gdy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zarzuty stawiane skarżonemu odnoszą się nie tyle do stadium „zawierania umowy”, ile do stadium wstępnego, preselekcyjnego, obejmującego ogół procedur „dopuszczających” zainteresowanych przedsiębiorców do konkursu ofert na „zawieranie umów”, poprzedzającego przyjmowanie i porównanie ofert oraz wybór, na tej podstawie, tych spośród uczestników konkursu, którzy przedstawili oferty najkorzystniejsze ostatecznie otrzymają od NFZ propozycję podpisania kontraktu na świadczenie określonych usług zdrowotnych na rzecz osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym (tu: usług związanych z profilaktyką raka szyjki macicy na etapie diagnostycznym).

Następnie, zważywszy zarówno na wskazane ograniczenia wykładni gramatycznej, jak i specyfikę przedmiotu niniejszego postępowania, a w szczególności na to, iż zawarcie umowy na rok 2005 przez potencjalnych świadczeniodawców tym zainteresowanych nie było możliwe m.in. bez uprzedniego spełnienia przez nich spornych między stronami zapisów „Wymagań szczególnych dla oferentów” stanowiących załącznik do zarządzenia Prezesa NFZ nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r., warunkującego „dopuszczenie” tych podmiotów do dalszych stadiów postępowania konkursowego, organ antymonopolowy uznał za niezbędne, przy weryfikacji zgodności z prawem konkurencji kontestowanych przez Izbę i Związek działań Funduszu, przyjęcie rozszerzającej interpretacji pojęcia „umowa”, pozwalającej na objęcie jego zakresem znaczeniowym także tych stadiów poprzedzających jej „zawarcie”, bez których samo „zawarcie” byłoby niemożliwe.¹⁰

W końcu, w kontekście tak zdefiniowanego pojęcia „umowy”, Prezes Urzędu, nie mając wątpliwości co do „rzecowego związku” pomiędzy wymogami dotyczącymi kwalifikacji i doświadczenia personelu oraz jakości sprzętu świadczeniodawców, a przedmiotem postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: programy profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, uznał żądanie ich spełnienia przez potencjalnych oferentów za dopuszczalne, a przez to nienaruszające zakazu wynikającego z art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...].

Takie stanowisko organ antymonopolowy wywiódł zarówno ze zbieżności zapisów „Wymagań (standardu) minimum dotyczących Pracowni (Zakładu) Patomorfologii wykonującej diagnostykę cytologiczną ginekologiczną”, stanowiących

¹⁰ Por. w tej kwestii podobne stanowisko organu antymonopolowego zajęte na tle stanu faktycznego dotyczącego całokształtu procedur związanych z zawieraniem umów na rynku sprzedaży surowca drzewnego, wymagającego oceny zachowania skarżonego przedsiębiorcy w kontekście ewentualnego naruszenia zakazu wynikającego z przepisu art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie [...] (decyzja Prezesa Urzędu DL WR 13/2001 z dnia 31 maja 2001r., sygn. akt RWR.522-S-2/2000/AW), potwierdzone następnie orzeczeniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który uznał m.in., iż „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 (podkr. organu antymonopolowego), szczególnie wtedy, kiedy krąg podmiotów z którymi mają zostać zawarte umowy w drodze przetargu wyłaniany jest wg niejednoznacznych kryteriów” (wyrok z dnia 12 września 2002r., sygn. akt XVII Ama 101/01); por. także prawomocną decyzję Prezesa Urzędu RPZ 12/2006 z dnia 11 maja 2006r. (sygn. akt RPZ-411/1/05/JK).

załącznik do „Ogólnopolskiego programu profilaktyki ...”, realizacja którego, jak podniosło Ministerstwo Zdrowia w swoim piśmie z dnia 3 marca 2006r., „*odbywała się poprzez Narodowy Fundusz Zdrowia w ramach zadań zleconych przez Ministra Zdrowia*”, oraz zapisów „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...” przyjętych zarządzeniem Prezesa NFZ nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r., jak i z tego, że z powołanego programu wynika w sposób oczywisty „*funkcjonalny*” związek pomiędzy spełnianiem przez potencjalnych świadczeniodawców warunków „*jakościowych*”, a realizacją, poprzez działania wynikające z umów, o których zawarciu mogliby ubiegać się w konkursach ofert ogłaszanych przez Fundusz, jego celu głównego i celów pośrednich.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono, jak w punkcie I sentencji.

31. Zajęcie stanowiska podobnego, jak w punkcie 30, w odniesieniu do „*rzeczowego bądź zwyczajowego związku*” pomiędzy koniecznością uzyskania, jeszcze przed „*dopuszczeniem*” do konkursu ofert, „*akredytacji*” na prowadzenie przesiewowych badań cytologicznych od konsultanta wojewódzkiego bądź konsultanta krajowego w dziedzinie patomorfologii, a przedmiotem tego konkursu, trudno byłoby uzasadnić, z co najmniej następujących powodów:

Po pierwsze, jak wynika z treści art. 66a ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zmianami), „*minister właściwy do spraw zdrowia może powołać konsultantów krajowych [...] do wykonywania zadań opiniodawczych, doradczych i kontrolnych* [podkr. Prezesa Urzędu] dla organów administracji państwowej, rządowej, podmiotów tworzących zakłady opieki zdrowotnej oraz Narodowego Funduszu Zdrowia, a także do prowadzenia nadzoru nad stroną merytoryczną doskonalenia zawodowego lekarzy i lekarzy stomatologów, szkolenia podyplomowego farmaceutów oraz osób wykonujących inne zawody medyczne”, natomiast zgodnie z art. 66a ust. 3 ustawy, „*wojewoda albo właściwi wojewodowie w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia mogą powołać konsultanta wojewódzkiego do wykonywania zadań, o których mowa w ust. 1, odpowiednio na obszarze województwa lub kilku województw, w dziedzinach określonych w ust. 1.*”

Ani z przywołanych przepisów ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, ani rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie konsultantów krajowych i wojewódzkich nie wynika, aby do kompetencji konsultanta krajowego bądź konsultanta wojewódzkiego w dziedzinie patomorfologii należało wydawanie jakichkolwiek zgód, w tym, w szczególności, „*pisemnej zgody [...] na przeprowadzanie przesiewowych badań cytologicznych*”, której posiadanie było warunkiem niezbędnym „*dopuszczenia*” przedsiębiorcy do konkursu ofert na zawieranie, na rok 2005, umów o udzielanie świadczeń w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: programy profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny.

Po drugie, o konieczności uzyskania przedmiotowej zgody nie wspomina się, odmiennie niż w wypadku wymogów dotyczących kwalifikacji i doświadczenia personelu świadczeniodawców oraz jakości posiadanego przez nich sprzętu, w „*Wymaganiach (standardzie) minimum ...*”, stanowiących załącznik do „Ogólnopolskiego programu profilaktyki ...”; wymóg ten został przez skarżonego wprowadzony dopiero do „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, przyjętych zarządzeniem Prezesa NFZ nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r. – jako realiza-

cja swoiście rozumianej sugestii Zespołu Koordynacyjnego, by w komisjach konkursowych „bezwzględnie zasiadał merytorysta”.

Po trzecie, zgoda konsultanta, która, z założenia, miała być „potwierdzeniem posiadania przez oferenta właściwego przygotowania kadrowego i sprzętowego do wykonywania przedmiotowych świadczeń”, w istocie nie poszerzała wiedzy komisji konkursowej o świadczeniodawcy zainteresowanym przedmiotem konkursu, bowiem, jak przyznał to nawet sam Fundusz, choć dopiero po rezygnacji z tego wymogu, „opis szczegółowych wymagań wobec oferentów oraz informacje zawarte w ofercie pozwalają komisji konkursowej samodzielnie dokonać oceny ofert”.

Po czwarte, zważywszy na „dodatkowy pozaustawowy” charakter żądania zawartego w punkcie 8.1 „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, Minister Zdrowia zalecił, decyzją z dnia 23 czerwca 2005r., dokonanie w nich zmiany w taki sposób, by uczestnictwo w konkursie ofert na zawieranie umów o udzielanie świadczeń w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: programy profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny nie było już uzależnione od posiadania zgody na prowadzenie przesiewowych badań cytologicznych uzyskanej od konsultanta wojewódzkiego lub krajowego w dziedzinie patomorfologii; zalecenie to Prezes NFZ wprowadził w życie zarządzeniem nr 87/2005 z dnia 13 października 2005r.

Wobec powyższego, nie znajdując wystarczających przesłanek wskazujących na istnienie „rzecowego bądź zwyczajowego związku” pomiędzy zgodą konsultanta wojewódzkiego lub krajowego, formalnie niezbędną do wzięcia udziału w konkursie, a przedmiotem umów, których postępowanie konkursowe miało dotyczyć, organ antymonopolowy uznał żądanie spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 8.1 „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, za nielegalne i orzekł, zważywszy na zaniechanie przez Fundusz jego stosowania z dniem 13 października 2005r., jak w punkcie III sentencji.

ART. 8 UST. 2 PKT 5 USTAWY O OCHRONIE [...].

32. Przedmiotem praktyk ograniczających konkurencję, zakazanych z mocy art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...], jest podejmowanie przez przedsiębiorcę dominującego różnorodnych działań ukierunkowanych na nielegalne tworzenie barier uniemożliwiających bądź utrudniających innym przedsiębiorcom dostęp do rynku właściwego, a przez to dążenie do wywierania nieuprawnionego wpływu zarówno na mechanizm funkcjonowania tego rynku, jak i na jego strukturę.

Spektrum stanów faktycznych mieszczących się w hipotezie tego przepisu jest na tyle szerokie, że znajduje on stosunkowo częste zastosowanie w orzecznictwie związanym z nadużywaniem pozycji dominującej; praktyki objęte tym przepisem mogą godzić zarówno w konkurentów, jak i w interesy konsumentów, a do ich sprawców zaliczają się podmioty gospodarcze prowadzące działalność tak na rynkach typu podażowego, jak i popytowego.

33. W ocenie Prezesa Urzędu żądanie spełnienia przez potencjalnych świadczeniodawców określonych warunków wymienionych w punktach 8.3.2, 8.5.1 i 8.5.2 „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, będących załącznikiem do zarządzenia Prezesa NFZ nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r., trudno uznać,

wbrew twierdzeniom Izby i Związku, za sprzeczne z prawem nadużycie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...].

Takie stanowisko organu antymonopolowego wynika przede wszystkim stąd, że NFZ, prowadząc konkursy ofert i zawierając na podstawie ich wyników umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych, powinien, z woli ustawodawcy, działać na rzecz i we właściwie pojętym interesie osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, a wypełnieniu tej powinności miałby sprzyjać, w szczególności, wybór tych spośród przedsiębiorców, którzy zapewniają m.in. *„najlepszą gwarancję udzielania świadczeń medycznych pod względem jakości”*.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy znaczenie tego generalnego kryterium było, co należy podkreślić, tym większe, że wiązało się z realizacją przez skarżonego, na zlecenie Ministerstwa Zdrowia, programu profilaktycznego mającego na celu *„zmniejszenie o 20-40% umieralności kobiet na raka szyjki macicy do roku 2014”*, a doświadczenia innych krajów, uzyskane w podobnych okolicznościach, jednoznacznie wskazują na to, że notowany w tych krajach *„spadek umieralności [...] spowodowany został głównie wprowadzeniem ogólnokrajowych programów aktywnej profilaktyki [...] opartych o wykonywanie i interpretację badań przez pracownice diagnostyki cytologicznej spełniające wymagania wysokiej jakości (podkr. Prezesa Urzędu)”*.

Okoliczności te znalazły najpierw odzwierciedlenie w przygotowanych przez Fundusz, w związku z konkursem ofert na rok 2004, „Szczegółowych materiałach informacyjnych ...”, obejmujących m.in. część dotyczącą „Wymagań szczególnych dla oferentów”, w której, za „Wymaganiami (standardem) minimum dotyczącymi Pracowni (Zakładu) Patomorfologii wykonującej diagnostykę cytologiczną ginekologiczną”, będącymi załącznikiem do „Ogólnopolskiego programu profilaktyki ...”, dokładnie powtórzono te z nich, które wiązały się z kwalifikacjami i doświadczeniem personelu oraz jakością sprzętu medycznego, a następnie w podobnych materiałach dotyczących konkursu na rok 2005, w których na niezmiennym poziomie pozostawiono wcześniejsze wymagania w zakresie jakości sprzętu, ale wobec tego, że w *„niektórych oddziałach wojewódzkich [...] żadna oferta [w konkursie na rok 2004 – dop. Prezesa Urzędu] nie spełniała [...] kryteriów”*, obniżono wymagania w zakresie poziomu kwalifikacji i doświadczenia personelu.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, iż wymogi stawiane przez Fundusz potencjalnym świadczeniodawcom, niewątpliwie wysokie, bo, zgodnie z oświadczeniem Ministerstwa Zdrowia, spełniające kryteria kontroli jakości przestrzegane w diagnostyce cytologicznej krajów Unii Europejskiej i innych krajów o niskiej umieralności z powodu raka szyjki macicy, mogły dla nich stanowić i stanowiły, czego dowodzą wyniki konkursów w roku 2004 i 2005, istotną i trudną do przekroczenia barierę dostępu do rynku właściwego, nie sposób jednak podzielić poglądu Izby i Związku, jakoby rodzaj i *„wysokość”* tych barier oraz związana z tym niemożność ich pokonania przez większość zainteresowanych przedsiębiorców miały dowodzić *„nierównego traktowania”* oraz *„niezachowania uczciwej konkurencji”*, a przez to niezgodności działań skarżonego z ustawą o ochronie [...].

Jeżeli Fundusz, jak wynika to z pisma Ministerstwa Zdrowia, do którego Prezes Urzędu zwrócił się z prośbą o zajęcie stanowiska w przedmiocie prowadzonego

przez strony sporu, „*podpisując umowę [...] zobowiązał się do przestrzegania wszystkich zawartych w programie zapisów*”; jeżeli podpisał tę umowę przyjął i stosował objęte nią postanowienia, w tym te, które odnosiły się do poziomu kwalifikacji personelu i jakości sprzętu, wobec wszystkich potencjalnych oferentów, co, jak stwierdziło Ministerstwo, „*było wypełnieniem zobowiązania*”; jeżeli niezależnie od tego, że zainteresowanie konkursami wykazywali oferenci o różnej skali prowadzonej działalności i odmiennym poziomie spełnienia kryteriów jakościowych, nie ustalili tych kryteriów w ten sposób, by ich spełnienie było możliwe dla wszystkich chętnych świadczeniodawców, to żadne z tych zachowań nie wyczerpuje, zdaniem organu antymonopolowego, znamion praktyki ograniczającej konkurencję zakazanej z mocy art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...], co mając na uwadze orzeczono, jak w punkcie II sentencji.

34. Z kolei, po analizie, w świetle art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...], konieczności posiadania przez świadczeniodawców ubiegających się o udział konkursie ofert „aktualnej, pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego w dziedzinie patomorfologii na prowadzenie przesiewowych badań cytologicznych”, Prezes Urzędu uznał, odmiennie niż w wypadku żądania spełnienia warunków, o których mowa w punktach 8.3.2, 8.5.1 i 8.5.2 „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, iż wymóg ten miał bądź mógł mieć istotny, przy tym negatywny, wpływ na stan i rozwój konkurencji po stronie podażowej rynku właściwego.

Najpierw dlatego, o czym wspomniano już badając zarzuty Izby i Związku pod kątem ewentualnego naruszenia zakazu art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie [...], że wydawanie przez konsultantów przedmiotowej zgody nie wynikało ani z przepisów prawa, ani z łączącej Ministerstwo Zdrowia i Fundusz umowy, a jedynie i wyłącznie z sugestii Zespołu Koordynacyjnego wnoszącego, by w komisjach konkursowych „*bezwzględnie zasiadał merytorysta*”.

Następnie z tego powodu, że ani w „Szczegółowych materiałach informacyjnych ...”, ani w żadnym z pozostałych dokumentów związanych z organizacją konkursu ofert na zawieranie, na rok 2005, umów o udzielanie świadczeń w rodzaju: programy profilaktyczne i promocja zdrowia, w zakresie: programy profilaktyki raka szyjki macicy – etap diagnostyczny, nie zdefiniowano „*zobiektywizowanych i transparentnych kryteriów i procedur*”, którymi konsultanci mieliby posługiwać się przy podejmowaniu tego rodzaju decyzji, przez co decyzjom tym właściwa mogła być nawet daleko posunięta uznaniowość, subiektywizm, tym bardziej prawdopodobne, że w niektórych województwach (także w województwie zachodniopomorskim) konsultanci byli, jednocześnie, kierownikami dużych, akademickich placówek ochrony zdrowia konkurujących z innymi przedsiębiorcami o uzyskanie dostępu do wykonywania świadczeń ze środków publicznych.

W końcu, również z tej przyczyny, że o ile w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej [...], w art. 152, przyznano przedsiębiorcom, którym interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, określone środki odwoławcze, o tyle „*subiektywna*” odmowa „*akredytacji*” na prowadzenie przesiewowych badań cytologicznych otrzymana od konsultanta uniemożliwiła zainteresowanemu przedsiębiorcy, w sposób definitywny,

wobec braku jakichkolwiek środków odwoławczych, dalszy udział już we właściwych procedurach konkursowych.

Dodatkowo, na rzecz stanowiska Prezesa Urzędu w analizowanej kwestii zdaje się przemawiać także, powołana już uprzednio, decyzja Ministra Zdrowia z dnia 23 czerwca 2005r. stwierdzająca niezgodność treści punktu 8.1 „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...” z dyspozycją normy art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach zdrowotnych [...] i uzasadniająca zalecenie rezygnacji przez skarżonego z tego warunku m.in. tym, że *„przedmiotowa zgoda [...] jest pozaustawowym wymogiem, który może prowadzić do nierównego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy”, w szczególności „poprzez ograniczenie [...] dostępu do ubiegania się o zawarcie umowy [...] znacznemu gronu mogących się o nie ubiegać”.*

Z uwagi zarówno na powyższe argumenty, jak i odstąpienie przez skarżonego z dniem 13 października 2005r., od stosowania spornego między stronami postępowania warunku w kolejnych, organizowanych po roku 2005, postępowaniach konkursowych, organ antymonopolowy orzekł, jak w punkcie IV sentencji.

KARA PIENIĘŻNA.

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

Nakładanie kary w trybie powołanego przepisu odbywa się na podstawie uznania administracyjnego, co oznacza, że organ antymonopolowy rozstrzyga zarówno o tym, czy karę tę nałoży, jak i o tym, jaka będzie, w wypadku podjęcia w tym przedmiocie decyzji pozytywnej, jej ostateczna wysokość, z tym, że o ile zakres uznania administracyjnego nie jest niczym ograniczony (ustawa o ochronie [...] nie zawiera żadnego katalogu przesłanek, od spełnienia których decyzja o nałożeniu kary miałaby być uzależniona), o tyle w odniesieniu do drugiej kwestii zastosowanie znajduje przepis art. 104 ustawy o ochronie [...], nakazujący uwzględnienie przy wymiarze kary w szczególności: okresu, stopnia oraz okoliczności uprzedniego naruszenia ustawy, jak i dążenie do wyważenia właściwej proporcji między jej funkcjami prewencyjną i represyjną.

Wobec tego, że NFZ, poprzez wprowadzenie do „Szczegółowych materiałów informacyjnych ...”, przyjętych zarządzeniem Prezesa NFZ nr 30/2004 z dnia 4 listopada 2004r., wymogu uzyskania przez świadczeniodawców „pisemnej zgody Konsultanta Wojewódzkiego lub Konsultanta Krajowego na przeprowadzanie przesiewowych badań cytologicznych”, warunkującego uczestnictwo w konkursie ofert, przekroczył zakazy wynikające tak z art. 8 ust. 2 pkt 4, jak i z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...], Prezes Urzędu stwierdził, iż okoliczność ta w stopniu wystarczającym uzasadniałaby nałożenie na skarżonego kary pieniężnej.

Równocześnie, mając na uwadze, iż:

- praktyka, której skarżony dopuścił się względem świadczeniodawców, może być zaklasyfikowana, wskutek jej ograniczonego oddziaływania na rynek właściwy i powodowanego tym stosunkowo nieznacznego wpływu na interes publiczny, jako umiarkowane naruszenie prawa konkurencji,
- w trakcie niniejszego postępowania skarżony nie tylko współdziałał aktywnie z organem antymonopolowym, przekazując wszelkie informacje, wyjaśnienia i dokumenty niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, ale, nadto, zaniechał zachowań rynkowych sprzecznych z zakazami, o których mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 i art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie [...],
- nie bez znaczenia dla decyzji o nałożeniu bądź odstąpieniu od nałożenia na skarżonego kary pieniężnej jest zarówno to, że jej zapłata do budżetu Państwa nastąpiłaby ze środków z tego budżetu uprzednio uzyskanych, jak i to, że w wyniku zmniejszenia się, wskutek zapłaty kary, ilości środków będących w dyspozycji Funduszu, realna stałaby się groźba uszkodzenia ubezpieczonych na skutek obniżenia przysługującego im poziomu ochrony zdrowotnej,

Prezes Urzędu od nałożenia na NFZ kary pieniężnej odstąpił, bowiem uznał, iż cel represyjny i prewencyjny prawa konkurencji spełni już samo wydanie decyzji administracyjnej, wskazującej w punktach III i IV sentencji, na zachowanie, które to prawo naruszyło.

POUCZENIE

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080), 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 Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku.

Z upoważnienia Prezesa UOKiK
Dyrektor Delegatury UOKiK w Gdańsku
Roman Jarząbek