

DELEGATURA UOKiK W KATOWICACH

Katowice, dnia 28.12.2006r.

RKT-410-04/06/MF

DECYZJA Nr RKT-92/2006

Na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080; Dz.U. z 2006r. Nr 157, poz. 1119 i Nr 170, poz. 1217) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy 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; Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68)

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

odmawia się wszczęcia postępowania antymonopolowego na wniosek Szpitala im. Stanisława Leszczyńskiego z siedzibą w Katowicach w sprawie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez producentów tlenu medycznego tj. Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, BOC Gazy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Messer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, co miałyby stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadnienie

W dniu 23.01.2004r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Organem Antymonopolowym) wpłynął wniosek Szpitala im. Stanisława Leszczyńskiego z siedzibą w Katowicach (zwany dalej Szpitalem) o wszczęcie postępowania antymonopolowego. W uzasadnieniu wskazano na fakt drastycznego wzrostu cen tlenu medycznego, który zdaniem Szpitala nie był uzasadniony jakimikolwiek przesłankami merytorycznymi. Analiza aktualnej sytuacji na rynku wyczerpuje znamiona nieformalnych porozumień – uzgodnień pomiędzy dostawcami, którego celem jest wyeliminowanie konkurencji i podział wpływów na rynku. W załączeniu przesłano korespondencję prowadzoną pomiędzy Szpitalem i Linde Gaz Polska Sp. z o.o. (zwana dalej spółką Linde).

W związku z wystosowaniem przez Organ Antymonopolowy dwóch wezwań do uzupełnienia braków wniosku Szpital w piśmie z dnia 26.03.2004r. stwierdził, że przez porozumienie rozumie uzgodnienie dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców wnioskowane z faktu jednoczesnego podwyższenia cen tlenu medycznego. Jego zdaniem w porozumieniu wzięli udział dostawcy tlenu medycznego tj. spółka Linde, BOC Gazy Sp. z o.o. (zwana dalej spółką BOC) oraz Messer Polska Sp. z o.o. (zwana dalej spółką Messer). Szpital powtórnie stwierdził, że fakt istotnej podwyżki cen tlenu medycznego nie był uzasadniony jakimikolwiek przesłankami merytorycznymi i zdaniem tego podmiotu Organ Antymonopolowy powinien przeanalizować, czy zmiana prawa farmaceutycznego nie

spowodowała nieuzasadnionej zmiany cen tlenu. W załączeniu Szpital przesłał faktury wystawione przez spółkę Linde za dostawę tlenu medycznego.

Po kolejnym wezwaniu do uzupełnienia braków wniosku Szpital w piśmie z dnia 4.05.2004r. podtrzymał podstawę prawną złożenia wniosku tj. art. 5 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Poinformował, że nie posiada żadnych środków władczych dla dochodzenia podstaw zachowania spółki Linde, a wszystkie fakty przekazał we wcześniejszej korespondencji. Jako dowód mający stanowić potwierdzenie zarzutów Szpital przesłał tabelę zawierającą zestawienie cen stosowanych przez spółki Linde, BOC i Messer za tlen medyczny, za dzierżawę butli, transport 1 butli oraz za dostawę i dzierżawę zbiorników do przechowywania przedmiotowego produktu. Nie wskazał jednak w jaki sposób dane zawarte w w/w tabeli miałyby dowodzić o fakcie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Szpital stwierdził również, że przesłane dotychczas dokumenty są wystarczające do wszczęcia postępowania antymonopolowego. Wskazał również, że możliwość zaopatrzenia się w tlen medyczny od innego producenta niż spółka Linde jest ograniczona ponieważ w Szpitalu zainstalowane są zbiorniki na tlen ciekły tego producenta.

W związku z tym, że Szpital nie przedstawił jakichkolwiek dowodów i okoliczności na poparcie zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez producentów tlenu medycznego tj. spółki Linde, BOC i Messer, Organ Antymonopolowy biorąc jednak pod uwagę ciężar postawionych zarzutów w dniu 20.08.2004r. wszczął postępowanie wyjaśniające, w celu wstępnego ustalenia, czy w opisanej sprawie nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono co następuje.

Tlen medyczny jest gazem, który występuje jako gaz sprężony (GOX) lub gaz skroplony (LOX). Znajduje on zastosowanie w medycynie w zakresie tlenoterapii. Wskazaniem do tlenoterapii są wszystkie postacie niedotlenienia. Tlenoterapia jest szczególnie korzystna u pacjentów z prawidłowym zużyciem tlenu, u których stwierdza się zmniejszoną prężność tlenu w mieszanej krwi żyłnej podczas oddychania powietrzem atmosferycznym.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 pkt 32 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2004r. Nr 53, poz. 533 z późn. zm.) tlen medyczny jest produktem leczniczym, czyli substancją lub mieszaniną substancji, której przypisuje się właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt, lub podawaną człowiekowi lub zwierzęciu w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia czy modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu ludzkiego lub zwierzęcego.

Na terenie kraju produkcją tlenu medycznego w okresie od 2002r. zajmowali się następujący przedsiębiorcy.

- Linde Gaz Polska Sp. z o.o.,
- Messer Polska Sp. z o.o.,
- BOC Gazy Sp. z o.o.,
- Air Liquide Polska Sp. z o.o.,
- Temis Chojnice,
- ZNTK Łapy S.A.,
- ZPUH Spawmet Chojnice,

Udziały poszczególnych producentów tlenu medycznego w rynku kształtują się następująco (w %):

Tlen medyczny sprężony	2001	2002	2003
Spółka Linde	(...) %	(...) %	(...)%
Spółka BOC	(...) %	(...)%	(...)%
Spółka Messer	(...) %	(...)%	(...)%
Pozostali	(...) %	(...) %	(...)%

Tlen medyczny ciekły	2001	2002	2003
Spółka Linde	(...)%	(...)%	(...)%
Spółka BOC	(...)%	(...)%	(...)%
Spółka Messer	-	-	-
Pozostali	(...)%	(...)%	(...)%

Z informacji przedstawionych przez w/w spółki wynika, że pozostali przedsiębiorcy działający na rynku posiadają nikły w nim udział. Potwierdza to również analiza postępowań przetargowych, w których zasadniczo brali udział Uczestnicy postępowania. Dodać należy, że spółka Messer zakupuje ciekły tlen medyczny (LOX) od spółki BOC, a następnie wytwarza z niego sprężony tlen medyczny (GOX) i sprzedaje odbiorcom.

Przedmiotowe informacje dotyczące udziału w rynku spółek Linde, BOC i Messer potwierdzają dane zawarte w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 6.06.2006r. *Case No COMP/M.4141 Linde/BOC*. Zgodnie z nimi spółka Linde posiada udział w rynku około (...)% , spółka BOC (...)% , a spółka Messer (...)% .

Cena w PLN za 1 m³ tlenu medycznego w butli 1,6 m³ (10 litrów) kształtowała się następująco zgodnie z cennikami standardowymi obowiązującymi u niżej wymienionych przedsiębiorców [\[Załącznik nr 1 – tajemnica przedsiębiorstwa\]](#).

Data	Spółka Linde	Spółka BOC	Spółka Messer
Styczeń 2002	[...]	[...]	[...]
Luty 2002	[...]	[...]	[...]
Marzec 2002	zmiana ceny [...]	[...]	[...]
Kwiecień 2002	[...]	[...]	[...]
Maj 2002	[...]	[...]	[...]
Czerwiec 2002	[...]	[...]	[...]
Lipiec 2002	[...]	[...]	[...]
Sierpień 2002	zmiana ceny [...]	[...]	[...]
Wrzesień 2002	[...]	[...]	[...]
Październik 2002	[...]	[...]	[...]
Listopad 2002	[...]	[...]	[...]
Grudzień 2002	[...]	[...]	[...]
Styczeń 2003	[...]	[...]	[...]
Luty 2003	[...]	[...]	[...]
Marzec 2003	[...]	[...]	[...]
Kwiecień 2003	[...]	[...]	zmiana ceny [...]
Maj 2003	[...]	[...]	[...]
Czerwiec 2003	[...]	[...]	[...]
Lipiec 2003	[...]	[...]	[...]
Sierpień 2003	[...]	[...]	[...]
Wrzesień 2003	[...]	[...]	[...]
Październik 2003	[...]	[...]	[...]

Listopad 2003	[...]	zmiana ceny [...]	[...]
Grudzień 2003	[...]	[...]	[...]
Styczeń 2004	[...]	[...]	[...]
Luty 2004	[...]	[...]	[...]
Marzec 2004	[...]	[...]	[...]
Kwiecień 2004	[...]	[...]	[...]
Maj 2004	[...]	[...]	[...]
Czerwiec 2004	[...]	[...]	[...]
Lipiec 2004	[...]	[...]	[...]

Cena w PLN za 1 m³ tlenu medycznego w butli 6,4 m³ (40 litrów) kształtowała się następująco zgodnie z cennikami standardowymi obowiązującymi u niżej wymienionych przedsiębiorców [\[Załącznik nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa\]](#)..

Data	Spółka Linde	Spółka BOC	Spółka Messer
Styczeń 2002	zmiana ceny [...]	[...]	[...]
Luty 2002	[...]	[...]	[...]
Marzec 2002	zmiana ceny [...]	[...]	[...]
Kwiecień 2002	[...]	[...]	[...]
Maj 2002	[...]	[...]	[...]
Czerwiec 2002	[...]	[...]	[...]
Lipiec 2002	[...]	[...]	[...]
Sierpień 2002	zmiana ceny [...]	[...]	[...]
Wrzesień 2002	[...]	[...]	[...]
Październik 2002	[...]	[...]	[...]
Listopad 2002	[...]	[...]	[...]
Grudzień 2002	[...]	[...]	[...]
Styczeń 2003	[...]	[...]	[...]
Luty 2003	[...]	[...]	[...]
Marzec 2003	[...]	[...]	[...]
Kwiecień 2003	[...]	[...]	zmiana ceny [...]
Maj 2003	[...]	[...]	[...]
Czerwiec 2003	[...]	[...]	[...]
Lipiec 2003	[...]	[...]	[...]
Sierpień 2003	[...]	[...]	[...]
Wrzesień 2003	[...]	[...]	[...]
Październik 2003	[...]	[...]	[...]
Listopad 2003	[...]	zmiana ceny [...]	[...]
Grudzień 2003	[...]	[...]	[...]
Styczeń 2004	[...]	[...]	[...]
Luty 2004	[...]	[...]	[...]
Marzec 2004	[...]	[...]	[...]
Kwiecień 2004	[...]	[...]	[...]
Maj 2004	[...]	[...]	[...]
Czerwiec 2004	[...]	[...]	[...]
Lipiec 2004	[...]	[...]	[...]

W spółkach Linde, BOC i Messer sprzedaż tlenu medycznego zgodnie z cennikiem stanowi bardzo niewielką część sprzedaży ogółem.

W związku z tym, iż sprzedaż po cenach zawartych w standardowym cenniku stanowi bardzo niewielką część sprzedaży ogółem w/w przedsiębiorców wskazali oni podstawy stosowania dla kontrahentów upustów, które wynoszą do kilkudziesięciu % od ceny podstawowej.

Spółka Messer wskazała następujące przesłanki do stosowania upustów:

- ilość sprzedawanego produktu,
- wielkość opakowania (butli),
- koszty transportu zawarte w cenie gazu,
- warunki dostawy, w szczególności terminy,
- ewentualna potrzeba dokonania dodatkowych inwestycji na potrzeby danego kontraktu,
- długość trwania umowy,
- możliwość regulacji cen w czasie trwania umowy,
- zdolność płatnicza kontrahenta,
- termin płatności,
- zapis w umowie zakazujący cesji wierzytelności.

Spółka Linde stwierdziła, że podstawą stosowania upustów są:

- wielkość sprzedaży,
- forma produktu (gaz ciekły lub sprężony) oraz wielkość opakowania,
- zakres współpracy z określonym kontrahentem (stopień kompleksowości danej oferty, tzn. czy tlen medyczny jest jedynym sprzedawanym produktem, czy też realizowana jest sprzedaż innych produktów i usług),
- długość zawartej umowy,
- długość i warunki dotychczasowej współpracy,
- wiarygodność finansowa kontrahenta,
- forma i termin płatności,
- stopień ryzyka finansowego wynikający z zawartego kontraktu,
- szczegółowe wymagania kontrahenta,
- odległość klienta od miejsca składowania lub produkcji,
- deklarowana częstotliwość zamówień.

Spółka BOC podniosła następujące argumenty przemawiające za stosowaniem upustów:

- koszty produkcji tlenu medycznego w zależności od miejsca wytwarzania, z którego tlen dostarczany jest do odbiorcy,
- koszty dostawy tlenu do odbiorcy takie jak: odległość odbiorcy od miejsca wytwarzania tlenu, częstotliwość dostaw, wielkość samochodu dostawczego oraz ilość odbiorców w rejonie dystrybucji,
- status własnościowy opakowań do tlenu medycznego,
- koszty instalacji i utrzymania istniejącej infrastruktury do przechowywania tlenu u klienta,
- status finansowy odbiorcy.

Jako przyczyny wzrostu cen tlenu medycznego przedmiotowi przedsiębiorcy wskazali na następujące okoliczności.

Spółka Messer stwierdziła, że przyczyną zmian cen sprzedaży tlenu medycznego był wzrost cen zakupu tego tlenu w postaci ciekłej od jego producenta spółki BOC, zmiana standardów wytwarzania i wiążący się z tym wzrost kosztów oraz wzrost kosztów transportu. Przystosowując swoją działalność do nowych wymogów prawnych spółka Messer zobowiązana została do modernizacji instalacji napełniających butle sprężonym tlenem

medycznym, dostosowania zasad pełnienia butli do nowych wymogów prawnych – w tym rozbudowania systemu zapewnienia jakości – a także uzyskania zezwolenia na wytwarzanie oraz pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego.

Wymogi te wynikały z następujących przepisów:

- ustawa z dnia 31 października 2001r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo farmaceutyczne, ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz.U. Nr 126, poz. 1382 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2004r. Nr 53, poz. 533 z późn. zm.),
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 26 lipca 2002r. w sprawie procedur Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz.U. Nr 144, poz. 1216),
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 26 września 2002r. w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać osoba wykwalifikowana odpowiedzialna za jakość i kontrole serii produktu leczniczego przed wprowadzeniem na rynek (Dz.U. Nr 161, poz. 1339), które zostało zastąpione rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 2 lutego 2006r. w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać osoba wykwalifikowana odpowiedzialna za jakość i kontrolę serii produktu leczniczego przed wprowadzeniem na rynek (Dz.U. Nr 23, poz. 178),
- rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 17 lutego 2003r. w sprawie monitorowania bezpieczeństwa produktów leczniczych (Dz.U. Nr 47, poz. 405).

Dostosowanie działalności spółki Messer do w/w regulacji prawnych wiązało się z koniecznością poniesienia przez nią dodatkowych kosztów w wysokości około [\[Załącznik Nr 3, pkt 1 – tajemnica przedsiębiorstwa\]](#).

Spółka Linde wskazała, że wyżej przedstawione regulacje prawne miały istotny wpływ na zmianę cen. Spowodowały one konieczność rezygnacji ze sprzedaży tlenu medycznego poprzez dotychczasową sieć dystrybucyjną a co z tym się wiąże ograniczenie sieci dystrybucji oraz zmniejszenie ilości miejsc wytwarzania tlenu medycznego. Następstwem tego było dokonanie znaczących inwestycji oraz zmian organizacyjno – strukturalnych. Spółka przeznaczyła na inwestycje i remonty związane z dostosowaniem produkcji, analityki, obiektów, butli oraz zbiorników do wymogów prawnych kwotę około [\[Załącznik Nr 3, pkt 2 – tajemnica przedsiębiorstwa\]](#).

Na przedmiotowe koszty składają się również koszty związane z koniecznością wydzielenia osobnych transportów medycznych, ścisłą kontrolą jakościową, odpowiednim nadzorem nad produkcją produktów leczniczych oraz przygotowaniem projektu wprowadzającego tzw. indywidualną kontrolę butli (ICC). W związku ze zmianą statusu prawnego tlenu medycznego, który obecnie jest produktem leczniczym konieczne było wprowadzenie dodatkowych procedur dostosowujących butle, zbiorniki i instalacje do nowych przepisów.

Spółka BOC podniosła, że cena tlenu medycznego zawarta w cenniku była ustalana na bazie ceny tlenu technicznego, ponieważ produkcja tlenu technicznego do pewnego momentu procesu technologicznego jest taka sama. Następnie cena ta była powiększona proporcjonalnie o wszystkie pozostałe koszty dotyczące tlenu medycznego w przeliczeniu na wielkość produkcji oraz z uwzględnieniem inflacji za okres pomiędzy kolejnymi cenami zawartymi w cenniku. Uwzględniano również wzrost średniego poziomu przeterminowanego zadłużenia klientów dokonujących zakupu tlenu medycznego.

Ponadto na wzrost cen miały wpływ następujące koszty związane z inwestycjami dotyczącymi produkcji i dystrybucji tlenu medycznego: zakup nowych palet transportowych, wprowadzenie nowego systemu zarządczo – księgowego SAP, dostosowanie butli do nowych przepisów, zakup samochodu dostawczego, zakup nowych butli itd. Łączna wartość tych

inwestycji przekroczyła [Załącznik Nr 3, pkt 3 – tajemnica przedsiębiorstwa]. Stale wzrastał również udział przeterminowanych wierzycieli w stosunku do szpitali [Załącznik Nr 3, pkt 4– tajemnica przedsiębiorstwa].

Przedmiotowi przedsiębiorcy wskazali lokalizację miejsc, w których produkowany jest przez nich tlen medyczny.

Spółka Linde wytwarza w/w produkt w zakładach produkcyjnych w: Warszawie, Tarnowie, Lublinie, Pszczynie, Łodzi, Bydgoszczy i Kościanie. Spółka Messer wyłącznie w zakładzie w Chorzowie. Do sierpnia 2003r. produkcja tlenu odbywała się również w zakładzie w Policach. Spółka BOC produkcję prowadzi w zakładach w: Kędzierzynie – Koźlu, Częstochowie, Oświęcimiu, Poznaniu, Brzegu Dolnym i Siewierzu.

Spółki Linde, BOC i Messer są członkami Polskiej Fundacji Gazów Technicznych z siedzibą w Warszawie. Jednym z jej celów jest działalność na rzecz rozwoju technologii i bezpieczeństwa w zakresie produkcji, sprężania, upłynniania i procesów przetwarzania gazów i substancji gazowych, projektowania pojemników, zbiorników ciśnieniowych i innych urządzeń używanych do przechowywania i transportu gazów, upowszechnianie standardów i procedur w zakresie obsługi i bezpieczeństwa wytwarzania oraz transportu gazami.

W ramach fundacji działa m.in. Komitet Techniczny nr 4 ds. gazów medycznych. W jego skład wchodzi przedstawiciele w/w przedsiębiorców oraz Air Liquide Polska Sp. z o.o. Celem jego działania jest przede wszystkim:

- upowszechnienie standardów i procedur w zakresie wytwarzania i dystrybucji gazów medycznych zgodnie z wymaganiami Dobrej Praktyki Wytwarzania i Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej,
- podnoszenie kwalifikacji zawodowych osób zatrudnionych przy wytwarzaniu i dystrybucji gazów medycznych,
- podnoszenie poziomu świadomości personelu szpitalnego w zakresie przestrzegania wymogów ustawy Prawo farmaceutyczne i przepisów wykonawczych,
- ustalenie ogólnych standardów postępowania z produktami leczniczymi jakimi są gazy medyczne,
- współpraca z instytucjami państwowymi przy nowelizacji i tworzeniu nowych norm i standardów w zakresie wytwarzania i dystrybucji produktów leczniczych.

Spółki BOC, Linde i Messer przesłały wszystkie dokumenty związane z uczestnictwem ich przedstawicieli w Komitecie Technicznym nr 4 ds. gazów medycznych przy PFGT.

Uczestnicy postępowania pozostają we wzajemnych kontaktach handlowych w związku z prowadzoną przez siebie działalnością w zakresie produkcji gazów. Zawarli oni następujące umowy handlowe:

- umowa z dnia 1.10.1999r. zawarta pomiędzy spółką BOC i Aga Gaz Sp. z o.o. (której następcą prawnym jest spółka Linde) w sprawie dostaw ciekłego tlenu, ciekłego azotu i ciekłego argonu realizowanych przez spółkę BOC Gazy na rzecz spółki Aga Gaz,
- umowa z dnia 21.10.2003r. zawarta pomiędzy spółkami BOC i Linde, której przedmiotem jest kontynuacja napełniania należących do drugiej strony butli z acetylenem i tlenem technicznym,
- umowa z dnia 1.02.2002r. zawarta pomiędzy spółkami BOC i Linde dotycząca sprzedaży helu gazowego sprężonego w butlach lub wiązках,
- porozumienie z dnia 1.06.1999r. zawarte pomiędzy spółkami BOC i Linde dotyczące wzajemnych dostaw gazów technicznych (SWAP),
- umowa z dnia 23.12.2003r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i Linde dotycząca zezwolenia na wzajemne pełnienie butli,

- umowa z dnia 1.04.2004r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i Linde dotycząca ustalenia zasad wzajemnej współpracy dotyczącej sprzedaży skroplonego tlenu i azotu z tlenowni TG-PL w Warszawie,
- umowa z dnia 1.04.2004r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i Linde dotycząca ustalenia zasad wzajemnej współpracy dotyczącej sprzedaży skroplonego dwutlenku węgla w Oddziale Messer Polska Sp. z o.o. w Kędzierzynie- Koźlu,
- umowa z dnia 1.08.2002r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i Linde dotycząca sprzedaży helu gazowego sprężonego w butlach lub wiązках,
- umowa z dnia 1.12.2003r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i BOC w sprawie wytwarzania tlenu medycznego ciekłego,
- umowa z dnia 1.12.2003r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i BOC w sprawie dostawy ciekłego tlenu, ciekłego azotu oraz ciekłego argonu przez BOC Gazy do Messer Polska,
- umowa z dnia 1.12.2003r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i BOC dotycząca wymiany na zasadach SWAP ciekłego dwutlenku węgla pomiędzy BOC Gazy i Messer Polska oraz dostawie ciekłego dwutlenku węgla z Messer Polska do BOC Gazy,
- umowa z dnia 6.03.2003r. zawarta pomiędzy spółkami Messer i BOC dotycząca sprzedaży czynników chłodniczych w butlach.

W toku postępowania wyjaśniającego Organ Antymonopolowy zwrócił się do szpitali na terenie całego kraju o udzielenie informacji dotyczących dokonywanego przez nie zakupu tlenu medycznego wraz z przesłaniem całej dokumentacji związanej z udzieleniem zamówień publicznych na zakup tego produktu począwszy od 2002r.

10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką – SPZOZ w Bydgoszczy przesłał wszystkie dokumenty związane z nabywaniem tlenu medycznego i stwierdził, że nie ma żadnego zdania w zakresie oceny warunków konkurencji panujących na rynku sprzedaży tego produktu.

Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Zamościu wyraził stanowisko, że w dotychczasowej procedurze przetargowej oferty na dostawę tlenu medycznego składało 2 oferentów za wyjątkiem 2005r., kiedy ofertę złożył tylko jeden przedsiębiorca. W takiej sytuacji trudno zatem mówić o jakiegokolwiek konkurencji na rynku sprzedaży tego produktu.

Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej stwierdził, iż wprowadzone w ostatnich latach nowe przepisy prawne miały wpływ na znaczną zmianę cen tlenu ponieważ jednocześnie określiły, że tlen medyczny jest wyrobem leczniczym. Jego zdaniem na rynku sprzedaży tlenu medycznego istnieje wiele podmiotów i w ostatnich latach nie zaobserwowano istotnych zmian mających w negatywny sposób oddziaływać na odbiorców tego produktu. Ceny tlenu medycznego różnych producentów kształtują się na porównywalnym poziomie.

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej „Zagórze” w Sosnowcu wskazał, że nowe przepisy prawne mogły mieć wpływ na wzrost cen tlenu z uwagi na to, że stał się on lekiem. Konkurencja na rynku sprzedaży tlenu medycznego jest mała ponieważ na rynku polskim działalność taką prowadzi tylko kilku przedsiębiorców. Spowodowane jest to tym, że tlen medyczny jest specyficznym produktem wymagającym odpowiedniego transportu i magazynowania. W ostatnich kilku latach nie zauważono zmian na rynku, które w negatywny sposób oddziałują na odbiorców tego produktu.

Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie wyraziło pogląd, że w ostatnim czasie nie obserwowało warunków konkurencji panujących na rynku. W

ostatnich latach rynek producentów tlenu medycznego uległ zawężeniu ze względu na postępującą koncentrację wśród producentów.

Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA w Szczecinie wyraził opinię, że warunki konkurencji na rynku sprzedaży tlenu medycznego nie są typowe i porównywalne do innych wyrobów medycznych. W postępowaniach przetargowych brak jest ofert konkurencyjnych, co powoduje udzielanie zamówień jednemu dostawcy. Taki stan rzeczy powoduje, że konkurencja w tym segmencie rynku nie funkcjonuje.

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 Akademickie Centrum Kliniczne Akademii Medycznej w Gdańsku stwierdziło, że wprowadzone nowe regulacje prawne mogły mieć wpływ na wzrost ceny tlenu medycznego. Odnośnie oceny warunków konkurencji na rynku Szpital nie udzielił informacji.

Szpital im S. Leszczyńskiego w Katowicach, w oparciu o którego wniosek wszczęto niniejsze postępowanie wyjaśniające, wskazał, że przyczyną wzrostu cen tlenu medycznego była próba przerwania na odbiorców tego produktu kosztów dostosowania działalności producentów do nowych przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne. Poinformował również, że nie dysponuje dokumentami wskazującymi, iż producenci tlenu zawarli nielegalne porozumienie ograniczające konkurencję.

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiej Akademii Medycznej w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka i Matki im. Jana Pawła II w Katowicach wyraził stanowisko, że nie może potwierdzić, czy wprowadzenie nowych przepisów prawnych mogło mieć wpływ na znaczną zmianę cen tlenu medycznego. Wynika to z faktu, że obecnie szpital kupuje tlen ciekły taniej niż w okresie poprzednim. Natomiast nastąpił duży wzrost cen za tlen medyczny sprężony.

Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi ograniczył się do przedstawienia własnej opinii o nieistnieniu jego zdaniem barier ograniczających zakup tlenu u dowolnego producenta i stwierdził, że ze względu na proces łączenia przedsiębiorców aktualnie istnieje bardzo mały wybór dostawców tego produktu.

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku stwierdził, że w zakresie możliwości zaopatrywania się w tlen medyczny istnieje bariera w postaci zapisu zawartego w umowie z dostawcą tego produktu zgodnie z którym szpital nie może zaopatrywać się w tlen wykorzystując urządzenie konkretnego dostawcy u żadnego innego dostawcy. Jego zdaniem wprowadzenie nowych przepisów prawnych miało wpływ na wzrost wysokości cen tlenu medycznego. JW. Ocenie tego szpitala istnieje system rejonizacji dostaw tlenu ponieważ północną Polskę obsługuje spółka Messer, a pozostali przedsiębiorcy nie są zainteresowani dostawą tego produktu.

Spółki Linde, BOC i Messer przesłały zestawienia postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy o zamówieniach publicznych w których brały udział w latach 2001 – 2004. Przedmiotowe dane zostały zestawione w tabele nr 1-3 i włączone do akt sprawy.

Organ Antymonopolowy zważył co następuje.

Zgodnie z art. 44 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, np. w sprawie naruszenia przepisów art. 5 tej ustawy, może być wszczęte na wniosek lub z urzędu. Jednakże art. 85

ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Prezes Urzędu może, w drodze decyzji odmówić wszczęcia postępowania antymonopolowego, jeżeli w sposób oczywisty z informacji zawartych we wniosku wynika, iż nie naruszono zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłącznym na podstawie art. 6 i 7, lub zakazu określonego w art. 8 tej ustawy.

Stosownie do art. 85 ust. 2 ustawy, przed wydaniem postanowienia o wszczęciu lub decyzji o odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające mające na celu uzyskanie dodatkowych informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego. Ponieważ w niniejszej sprawie informacje dostarczone przez Szpital nie stanowiły wystarczającej podstawy do rozstrzygnięcia w powyższym zakresie - zostało przeprowadzone postępowanie wyjaśniające.

Szpital im. St. Leszczyńskiego zarzucił spółkom Messer, Linde i BOC zawarcie porozumienia polegającego na bezpośrednim lub pośrednim ustaleniu cen tlenu medycznego, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Analiza dokumentów zgromadzonych w postępowaniu wyjaśniającym nie wskazuje na fakt, iż takie porozumienie zostało zawarte. Szpital nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, jak również sugestii w oparciu o jakie fakty domniemywa zawarcie takiego porozumienia. Jediną przedstawioną przez niego okolicznością jest wzrost cen za tlen medyczny w ostatnich latach. Jak wskazały w/w spółki przyczyną wzrostu cen była przede wszystkim zmiana charakteru tego produktu, który został zakwalifikowany jako produkt leczniczy. Stąd też przedmiotowi przedsiębiorcy ponieśli szereg nakładów na przystosowanie swojej działalności do nowych wymogów prawnych. Również koszty produkcji i obrotu tlenem będącego produktem leczniczym są znacznie wyższe niż w przypadku innych gazów technicznych. Przedmiotowe stanowisko przedstawiła również znaczna część ankietowanych szpitali, w tym Wnioskodawca, który stwierdził, że przyczyną wzrostu cen tlenu medycznego była próba przerwania na odbiorców tego produktu kosztów dostosowania działalności producentów do nowych przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne. Stąd też należy stwierdzić, iż na rynku produkcji i dystrybucji tlenu medycznego nastąpiły bardzo istotne zmiany, które miały wpływ na wzrost ceny tego produktu.

Organ Antymonopolowy szczegółowo przeanalizował wszystkie umowy łączące spółki Linde, BOC i Messer, w tym te które dotyczyły innych produkowanych przez nie gazów niż tlen medyczny. Ocena treści tych umów nie wskazuje na to, iż w/w przedsiębiorcy dokonali zawarcia nielegalnych porozumień w zakresie stosowanych cen na rynku.

W toku postępowania wyjaśniającego zebrano również szereg dokumentów związanych z uczestnictwem przedstawicieli w/w przedsiębiorców w Komitecie Technicznym nr 4 ds. gazów medycznych przy Polskiej Fundacji Gazów Technicznych. Analiza protokołów z posiedzeń i prowadzonej korespondencji nie wskazuje na to, że w pracach komitetu dokonywano jakichkolwiek uzgodnień w zakresie cen zarówno w sposób bezpośredni, jak i pośredni. Kwestia stosowanych cen na rynku oraz sposobu ich ustalania nie była w ogóle przedmiotem prac w/w Komitetu.

Szczegółowej analizie poddano również wysokość cen oferowanych w przetargach przez spółki BOC, Linde i Messer, których zestawienie zostało zawarte w tabelach nr 1, 2 i 3 załączonych do akt sprawy. Jakkolwiek dane w w/w tabelach wskazują na wzrost cen tlenu medycznego oferowanego przez wszystkich w/w producentów, brak jest jakichkolwiek przesłanek wskazujących na to, iż wzrost ten nastąpił w wyniku wspólnych uzgodnień. Również wzrost cen zawartych w cennikach standardowych poszczególnych producentów

następował co najmniej z półroczną różnicą. Przy czym, jak wskazali producenci, sprzedaż zgodnie z cennikiem stanowi margines sprzedaży ogółem i jest realizowana wyłącznie w stosunku do indywidualnych klientów (w szczególności konsumentów zakupujących pojedyncze butle z tym gazem).

Biorąc wszystkie w/w okoliczności pod uwagę nie ma podstaw do postawienia w/w przedsiębiorcom zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na bezpośrednim lub pośrednim ustaleniu cen tlenu medycznego, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Kolejną z zarzucanych przez Szpital im. Leszczyńskiego praktyk jest podział przez spółki Linde, BOC i Messer rynków zbytu tlenu medycznego, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Analiza ofert składanych w przetargach przez w/w przedsiębiorców wskazuje, że działają oni praktycznie na obszarze całego kraju we wszystkich województwach. Nic nie wskazuje na fakt, aby przedmiotowi przedsiębiorcy dokonali podziału wpływów na rynku krajowym według określonego klucza tzn. według regionu Polski (np. Śląsk, Mazowsze, Pomorze Gdańskie), według województw (np. łódzkie, dolnośląskie, podkarpackie), według miast (np. Kraków, Warszawa, Białystok), według szpitali w danym mieście itd. Innymi słowy w/w dane nie prowadzą do wniosku, aby uczestnicy dokonali podziału rynku według kryteriów terytorialnych, podmiotowych lub też asortymentowych.

Sam fakt, iż w wielu postępowaniach ofertę składał tylko jeden z w/w przedsiębiorców nie stanowi dowodu, iż do zawarcia porozumienia rzeczywiście doszło. Analiza akt sprawy wskazuje, że na okoliczność składania oferty przez poszczególnych przedsiębiorców niejednokrotnie ma wpływ fakt, czy na terenie określonego szpitala zainstalowana jest infrastruktura medyczna służąca do przechowywania tlenu medycznego należąca do innego przedsiębiorcy. W związku z tym, iż wymiana tej infrastruktury wiąże się z określonymi kosztami, kompleksowa oferta przedsiębiorcy, którego infrastruktura jest zabudowana w szpitalu jest zwykle dla tego szpitala korzystniejsza od ofert innych przedsiębiorców. Taka sytuacja nie wynika jednak ze wspólnych uzgodnień spółek Linde, BOC i Messer.

Ponadto ze względu na ograniczone środki finansowe będące w posiadaniu szpitali, w przypadku gdy szpital ogłosił maksymalną kwotę, jaką jest w stanie przeznaczyć na zakup tlenu medycznego w określonym postępowaniu przetargowym, producenci tlenu nie stawiali do tych przetargów uznając, iż oferowana maksymalna kwota zapłaty jest zbyt niska.

Stosunkowo najslabszą aktywnością na rynku charakteryzuje się spółka Messer, która bierze udział w najmniejszej liczbie postępowań w trybie przepisów o zamówienia publicznych na dostawę tlenu medycznego. Wynika to jednak z faktu, iż przedsiębiorca ten nie produkuje tlenu medycznego w postaci ciekłej, a kupuje go od spółki BOC i w oparciu o ten produkt wytwarza tlen medyczny sprężony.

Wyniki analizy treści umów zawartych pomiędzy spółkami Linde, BOC i Messer zarówno dotyczących tlenu medycznego, jak i innych gazów technicznych również nie pozwala na stwierdzenie, że przedmiotowi przedsiębiorcy dokonali jakichkolwiek uzgodnień w sprawie podziału rynków zbytu tlenu medycznego. W/w kwestia nie była także poruszana w pracach przedstawicieli w/w spółek w ramach Komitetu Technicznego nr 4 ds. gazów medycznych przy Polskiej Fundacji Gazów Technicznych

Stąd też brak jest podstaw do przedstawienia w/w przedsiębiorcom zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na podziale rynków zbytu, o którym stanowi art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Szpital im. St. Leszczyńskiego przedstawił spółkom Linde, BOC i Messer również zarzut zawarcia porozumienia polegającego na uzgadnianiu warunków składanych ofert w przetargach na dostawę tlenu medycznego w szczególności dotyczących zakresu prac lub ceny, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak wskazano to we wcześniejszej części niniejszej decyzji Wnioskodawca nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, iż w/w przedsiębiorcy dopuścili się zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. W związku z tym szczegółowo przeanalizowano postępowania w sprawach zamówień publicznych prowadzone przez Szpital im. Leszczyńskiego oraz pozostałe ankietowane szpitale wskazane we wcześniejszej części niniejszej decyzji począwszy 2002r. Jednakże ocena uczestnictwa przez w/w przedsiębiorców w postępowaniach w trybie przepisów o zamówieniach publicznych na dostawę tlenu medycznego nie prowadzi do wniosku, aby w tych postępowaniach dopuścili się wspólnych uzgodnień w zakresie warunków składanych ofert. Ankietowane szpitale nie zaobserwowały w tym zakresie również żadnych nieprawidłowości, a małą liczbę ofert uzasadnia bardzo wysoki stopień koncentracji na rynku (oprócz spółek Linde, BOC i Messer działalność tą faktycznie prowadzi tylko Air Liquide Sp. z o.o.).

Również informacje zawarte w tabelach nr 1, 2 i 3 załączonych do akt sprawy w zakresie wysokości oferowanych cen przez spółki Linde, BOC i Messer w poszczególnych przetargach nie wskazują na jakąkolwiek regułę w tym zakresie, która mogłaby być wynikiem wspólnych uzgodnień.

Wskazać ponadto należy, że treść umów zawartych pomiędzy w/w przedsiębiorcami oraz dokumenty związane z udziałem ich przedstawicieli w pracach Komitetu nr 4 ds. gazów medycznych przy Polskiej Fundacji Gazów Technicznych również w żaden sposób nie uzasadniają tezy wspólnego uzgadniania warunków składanych ofert w przetargach na dostawę tlenu medycznego.

W tych okolicznościach stawianie zarzutu zawarcia porozumienia zdefiniowanego w art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i polegającego na uzgadnianiu przez spółki Linde, BOC i Messer przystępujące do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny należy uznać za nieuzasadnione.

W związku z powyższymi ustaleniami brak jest podstaw do wszczęcia i prowadzenia postępowania antymonopolowego pod zarzutem stosowania praktyk ograniczających konkurencję polegających na zawarciu przez spółki Linde, BOC i Messer porozumień określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W tym miejscu należy stwierdzić, że Organ Antymonopolowy po zakończeniu postępowania wyjaśniającego pismem z dnia 25.10.2006r. w sposób obszerny poinformował Szpital o ustaleniach poczynionych w jego wyniku i, że z ustaleń tych nie wynika by spółki Linde, BOC i Messer zawarły zarzucane im porozumienie ograniczające konkurencję. W związku z tym zwrócono się do Szpitala o zajęcie stanowiska, czy podtrzymuje wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego przez Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, BOC Gazy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Messer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie pod zarzutem naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czy też wycofuje przedmiotowy wniosek. W przypadku podtrzymania wniosku zwrócono się do Szpitala o dostarczenie dowodów na poparcie postawionego zarzutu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez w/w producentów tlenu medycznego.

W odpowiedzi Szpital podtrzymał zarzuty zawarte we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego. I wskazał m.in., że do stwierdzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest wymagane wykazanie jakichkolwiek ustnych czy pisemnych ustaleń między jego uczestnikami. Oznacza to, że bez względu na formę każde uzgodnienie skierowane przeciw osobom trzecim może prowadzić do ograniczenia konkurencji jeżeli taki był jego cel. Do ustalenia zaś jaki był cel porozumienia wystarczy stwierdzenie, że jego uczestnicy ograniczyli swoją swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Zdaniem Szpitala ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza żadnych wymogów co do formy umowy, może zatem dojść do jej zawarcia zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej.

Ponadto Szpital wskazał, że od porozumień w formie uzgodnionych działań odróżnia się działania paralelne polegające na podobnym dostosowaniu się przedsiębiorców do zmienionych warunków rynkowych; w tym do zachowań konkurentów. Gdy dostosowanie się do zmienionych warunków rynkowych poprzedzone jest dowolnym uzgodnieniem, traktuje się je jako porozumienie.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń należy zgodzić się z twierdzeniami Szpitala, że do zawarcia porozumienia może dojść w dowolnej formie, przy czym przesłanką konieczną do stwierdzenia porozumienia ograniczającego konkurencję jest dokonanie jakichkolwiek uzgodnień pomiędzy przedsiębiorcami działającym na rynku, które wywołują lub mogą wywołać antykonkurencyjne skutki.

Jak wskazano powyżej ustalenia postępowania wyjaśniającego nie pozwalają jednak na przyjęcie tezy, że spółki Linde, Messer i BOC dokonały wspólnych uzgodnień, a tym samym dopuściły się naruszenia konkurencji na rynku. Wspólne uzgodnienia mogą być dokonywane w jakiegokolwiek formie, brak jest jednak przesłanek i dowodów, że do nich doszło. Szpital jak wskazano wcześniej pomimo kilkukrotnych wezwań, ani nie wskazał okoliczności, które miałyby świadczyć, że do wspólnych uzgodnień doszło, ani tym bardziej dowodów na poparcie swojego stanowiska. Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest podstaw do wszczęcia postępowania antymonopolowego w zakresie opisanym we wniosku przez Szpital.

Stąd należało orzec jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 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 Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach
Alicja Kral