

Porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego.

Glosa do decyzji

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr RŁO 4/2016
z dnia 1 września 2016 r.

I. Stan faktyczny

Omawiana decyzja Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) nr RŁO 4/2016 (dalej: Decyzja), została wydana w postępowaniu antymonopolowym, w przedmiocie ograniczenia konkurencji w postępowaniach konkursowych na realizację programu zdrowotnego „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013–2016” (dalej: Program), ogłoszonych przez Ministra Zdrowia 25 kwietnia 2013 r. (edycja I) i 7 marca 2014 r. (edycja II). Postępowania te zostały przeprowadzone w trybie konkursu ofert, na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. 2015, poz. 581 ze zm.; dalej: uśoz). Ministerstwo Zdrowia podało do publicznej wiadomości kosztorys Programu, w tym maksymalny koszt pojedynczego cyklu procedury in vitro – 7.510 zł i wysokość budżetu na realizację całego Programu – 247.199.500 zł.

UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające w niniejszej sprawie w związku z anonimowym zawiadomieniem o podejrzeniu zawarcia przez uczestników ww. postępowań porozumienia cenowego, zakazanego na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2015, poz. 184 ze zm.; dalej: ustawa antymonopolowa). Wątpliwości, co do naruszenia konkurencyjności wskazanych postępowań konkursowych wynikały z faktu, iż większość biorących w nich udział oferentów należała wówczas do Związku Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu z siedzibą w Łodzi (dalej: Związek).

Związek jest dobrowolnym zrzeszeniem pracodawców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie udzielania świadczeń medycznych m.in. leczenia niepłodności. Do jego celów statutowych należy w szczególności dbałość o podwyższenie standardu usług medycznych z zakresu leczenia niepłodności oraz udział w tworzeniu i realizowaniu zasad rynkowego systemu ochrony zdrowia w Polsce. Zadaniem Związku jest ochrona praw jego członków i reprezentowanie ich wobec dysponentów publicznych i prywatnych środków przeznaczonych na ochronę zdrowia, organów władzy, administracji publicznej, samorządu terytorialnego, innych związków, organizacji i instytucji. W analizowanym przez UOKiK okresie, tj. w latach 2013–2014 Związek zrzeszał ponad dwudziestu członków, posiadających łącznie niemalże 30 klinik.

W I edycji konkursu członkowie Związku złożyli 25 spośród 37 ofert konkursowych. W 24 ofertach członków Związku cena za jeden cykl procedury in vitro wynosiła od 7.500 do 7.510 zł. W tym

samym postępowaniu 6 przedsiębiorców nienależących do Związku wskazało w ofertach kwoty mieszczące się w powyższym zakresie cenowym.

W drugim konkursie natomiast, na 40 ofert – 27 zgłosili członkowie Związku. 18 ofert złożonych przez podmioty zrzeszone w Związku przewidywało cenę w granicach 7.500–7.510 zł za jeden cykl świadczenia. Taka cena została zaoferowana również przez 6 oferentów spoza Związku.

Analiza ofert złożonych w obu postępowaniach wykazała, że średnia cena za jeden cykl świadczenia w ofertach złożonych przez członków Związku w 2013 r. wyniosła 7.488,40 zł, w 2014 r. zaś – 7.407,76 zł. Dla porównania, średnia cena wskazana w ofertach złożonych przez podmioty nienależące do Związku w latach 2013 i 2014 to odpowiednio 7.112,41 i 7.375,38 zł.

W skontrolowanych przez UOKiK postępowaniach konkursowych cena stanowiła jedno z kryteriów oceny i wyboru ofert, za które można było otrzymać maksymalnie 20 na 100 punktów. Należy jednak wskazać, że szczegółowe informacje dotyczące oceny ofert i wagi tego kryterium nie były oferentom znane i zostały upublicznione dopiero w postępowaniu ogłoszonym w 2014 r., po upływie terminu składania ofert.

II. Antykonkurencyjne porozumienie

Przeprowadzona przez UOKiK kontrola przebiegu postępowań konkursowych i działalności Związku w zakresie objętym tymi postępowaniami ujawniła liczne naruszenia zasady uczciwej konkurencji – jednej z najważniejszych zasad postępowań o zawarcie umowy w sprawie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (art. 134 uśoz).

Zgodnie z wyjaśnieniami i ujawnioną korespondencją elektroniczną, wysyłąną z adresu służbowego prezesa zarządu Związku, w okresie między ogłoszeniem każdego z konkursów a terminem złożenia ofert odbyło się kilka spotkań członków Związku, w których uczestniczyły podmioty potencjalnie konkurujące o realizację Programu.

Czynności kontrolne UOKiK wykazały, że podczas spotkań członków Związku planowano „przyjąć dla zaangażowanych ośrodków, wspólną politykę co do wypełniania ofert do MZ w sprawie realizacji programu” i ustalić zasady uczestnictwa tych podmiotów w postępowaniu konkursowym. W wyniku tych spotkań powstały i zostały rozesłane członkom Związku wytyczne odnoszące się do treści ofert konkursowych, m.in. rekomendacje ustanowienia ceny świadczenia w wysokości 7.510 zł, tj. ceny maksymalnej, opublikowanej przez Ministerstwo Zdrowia.

O naruszającej uczciwą konkurencję współpracy podmiotów biorących udział w postępowaniu konkursowym w 2013 r. świadczy także skierowana do członków Związku wiadomość o treści: „Wczoraj 15.05 wraz z (...) złożyliśmy o godz. 10 oferty w MZ. (...) My z Łodzi pokazaliśmy sobie oferty przed zaklejeniem by nie było później domysłów i podejrzeń”. Co więcej, prezes Związku potwierdził, że bezpośrednio przed złożeniem ofert w Ministerstwie Zdrowia kilku członków Związku okazało sobie nawzajem treść ofert w zakresie ceny, a inni zadeklarowali zaproponowaną w ofercie cenę świadczenia.

W 2014 r. natomiast, przedstawiciele członków Związku uczestniczyli w spotkaniu, które zgodnie z ujawnioną korespondencją elektroniczną, miało dotyczyć „wspólnego stanowiska wobec ogłoszonego konkursu leczenia niepłodności metodą in vitro”. Zrzeszeni w Związku przedsiębiorcy twierdzili, że „(...) jest to (...) szansa by sobie zaufać co przełoży się na nasze dochody przez następne dwa lata i mniejszy stres przy sporządzaniu oferty. (...) brak porozumienia to (...) mniejsze zyski przy

większej ilości pracy (...). Członkowie Związku w sposób jawny wyrażali chęć współpracy w zakresie konkursu ofert, oświadczając m.in. co następuje: „(...) powinniśmy zrobić wszystko by w trakcie tego konkursu stracić jak najmniej nerwów i być pewnym wzajemnego zachowania członków Związku wobec siebie (...)” oraz „Wydaje się być słusznym byśmy uzgodnili treść składanych ofert, których kopie powinny być przekazane do Związku, tak by poszczególne Kliniki rywalizujące na danym terenie nie obawiały się nieuczciwego zachowania konkurenta”. Wydawanie przez Związek zaleceń i rzeczywistą ich realizację przez jego członków potwierdza m.in. fragment wiadomości – „(...) deklaruje utrzymanie ceny oferowanej przez MZ, co również rekomenduje Związek”.

O ustalaniu ceny oferowanych usług ewidentnie świadczą również załączone do korespondencji dokumenty, zawierające m.in. stwierdzenia: „W trakcie zebrania ustalono poniższe rekomendacje dotyczące konkursu ofert na rządowe programy in vitro. (...) Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagane Rozrodo rekomenduje; utrzymanie ceny na dotychczasowym poziomie biorąc pod uwagę inflację oraz wzrost innych kosztów stałych i zmiennych naszych firm w latach 2015–2016”.

Konkurencyjnemu charakterowi postępowań konkursowych organizowanych w ramach Programu przeczą również ustalenia dokonane bezpośrednio między oferentami, np. „Proponuje jednak aby z danego regionu po pokazaniu sobie ofert wspólnie wysłać lub wspólnie zawieźć zaklejone już oferty do MZ”.

Ponadto, na jednym z zebrań Związku w 2014 r. podjęto uchwałę o powołaniu Zespołu Negocjacyjnego, reprezentującego jego członków w negocjacjach z Ministerstwem Zdrowia.

III. Argumentacja władz i członków Związku

Wobec powyższych dowodów, jednoznacznie świadczących o antykonkurencyjnym charakterze działań Związku, prezes zarządu Związku argumentował, że spotkania członków miały umożliwić im jedynie wymianę opinii, wypracowanie tzw. dobrych praktyk przy realizacji Programu oraz wzajemną pomoc, w przypadku pojawienia się wątpliwości dotyczących Programu. Ich głównym celem miało być ustalenie wspólnego stanowiska dotyczącego nieprawidłowości, jakie zdaniem Związku pojawiały się w toku postępowań, m.in. braku precyzyjnych kryteriów oceny ofert, sposobu podziału budżetu przeznaczanego na realizację Programu i procedury odwoławczej. Zdaniem prezesa „Rekomendacje nie miały charakteru wiążącego dla członków Związku będąc bardziej próbą nadania racjonalności konkursowi organizowanemu przez Ministerstwo Zdrowia w obliczu niejasnych i niezrozumiałych warunków”.

Prezes Związku wyjaśniał, że ujawniona w toku postępowania antymonopolowego korespondencja miała promować etyczne zachowania członków Związku względem siebie i budować ich wzajemne zaufanie. Zdaniem prezesa Związek jedynie sugerował uczestnikom postępowania konkursowego by „nie walczyć ceną, lecz jakością”. Działania Związku adresowane do jego członków, biorących udział w postępowaniu konkursowym w 2014 r., miały natomiast charakter prośby, której celem było m.in. uniknięcie stosowania w ofertach cen „dumpingowych”. Wskazanie w ofercie zbyt niskiej ceny stanowiłoby bowiem zagrożenie, że stanie się ona dla Ministerstwa Zdrowia i Narodowego Funduszu Zdrowia punktem odniesienia do oceny innych ofert.

Podobną argumentację przedstawiły w postępowaniu antymonopolowym również niektóre z podmiotów należących do Związku. Zgodnie z przedstawionymi przez nie wyjaśnieniami, temat

postępowań konkursowych był przedmiotem niezobowiązującej dyskusji członków Związku. Jakikolwiek ewentualne zalecenia i propozycje Związku nie miały charakteru wiążącego i nie groziły za niezastosowanie się do nich żadne sankcje. Podjęcie tego tematu przez członków Związku miało na celu jedynie zapobieżenie stosowaniu cen „dumpingowych” oraz zapewnienie odpowiednich standardów oferowanych świadczeń. W ocenie większości członków Związku, zaoferowana przez nich maksymalna cena za cykl procedury zapłodnienia pozaustrojowego, wskazana przez Ministerstwo Zdrowia, odzwierciedlała rzeczywisty koszt usługi. Pojawiły się nawet głosy, że była ona niższa od cen komercyjnych i odbiegała od rzeczywistych stawek rynkowych.

W toku postępowania UOKiK Związek wielokrotnie podkreślał, że nie naruszył swoim działaniem uczciwej konkurencji poprzez zarzucane mu porozumienie, ponieważ rekomendowana przez Związek cena, tj. 7.510 zł za jeden cykl świadczenia, była powszechnie znana i traktowana przez oferentów jako cena sugerowana przez organizatora konkursu – Ministerstwo Zdrowia. Ponadto cena stanowiła tylko jedno z wielu kryteriów oceny ofert, których waga i sposób zastosowania w ocenie ofert nie był uczestnikom postępowań konkursowych znany w chwili składania ofert.

Zgodnie z powyższą argumentacją, zdaniem Związku, nie było możliwe zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję, mającego rzeczywisty wpływ na wynik postępowania konkursowego i zaburzającego uczciwą konkurencję na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego. Związek zapewniał o braku antykonkurencyjnego charakteru oraz skutku podejmowanych przez Związek i jego członków działań.

IV. Decyzja UOKiK

Ujawnione przez UOKiK działania Związku, dotyczące postępowań konkursowych na realizację Programu, w szczególności treść korespondencji członków Związku, wydają się w sposób oczywisty świadczyć o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję.

W celu dokonania odpowiedniej kwalifikacji i rzetelnej oceny wykrytych w toku postępowania antymonopolowego praktyk ograniczających konkurencję, a także właściwego przypisania odpowiedzialności za naruszenie ustawy antymonopolowej, UOKiK przeprowadził kompleksową analizę stanu faktycznego.

Podstawowym zagadnieniem podlegającym ocenie UOKiK była kwestia czy Związek może być adresatem przepisów ustawy antymonopolowej i ponosić odpowiedzialność za antykonkurencyjne zachowania. Oczywiście wydaje się, że zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję kierowany jest do przedsiębiorców. Należy jednak mieć na uwadze, że zgodnie z ustawą antymonopolową – ilekroć jest w niej mowa o przedsiębiorcy, należy to pojęcie rozumieć również jako m.in. związek przedsiębiorców. Zgodnie z definicją, związkiem przedsiębiorców są natomiast izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, jak również związki tych organizacji. Zgodnie z powyższym, UOKiK w uzasadnieniu do Decyzji jednoznacznie stwierdził, że „Adresatem zakazów praktyk ograniczających konkurencję są obok przedsiębiorców, także ich związki”. Związek Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności i Wspomagania Rozrodu jest zatem zobowiązany do przestrzegania ustawy antymonopolowej i może być stroną postępowania antymonopolowego.

Właściwa ocena porozumienia Związku wymagała również określenia rynku właściwego, czyli rynku 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. Ze względu na specyfikę badanego rynku produktowego, na którym nie istnieje żaden substytut, rynek ten określono jako rynek świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego. Natomiast rynek geograficzny został w niniejszym postępowaniu antymonopolowym oznaczony jako rynek krajowy, ze względu na ogólnopolski zasięg konkursów ofert i fakt, że organizatorem postępowania było Ministerstwo Zdrowia – centralny organ administracji.

Przedmiotem analizy UOKiK, była także właściwa kwalifikacja antykonkurencyjnych praktyk Związku. Zdaniem UOKiK jego działania przyjęły formę porozumienia ograniczającego konkurencję, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej. Przepis ten przewiduje zakaz zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Jednocześnie należy podkreślić, że pojęcie porozumienia jest w ustawie antymonopolowej interpretowane bardzo szeroko. Obejmuje bowiem nie tylko umowy i niektóre ich postanowienia, lecz także uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez przedsiębiorców lub ich związki oraz uchwały i inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Zgodnie z ustaleniami Prezesa UOKiK, działania Związku przyjęły właśnie formę „innych aktów związku przedsiębiorców”. „Inne akty” obejmują w szczególności „statuty, okólniki i inne akty wewnętrzne oraz wytyczne bądź zalecenia o charakterze nieformalnym, których celem jest wywarcie wpływu na określone zachowanie członków związku”. Ponadto zdaniem UOKiK, wyrażonym w uzasadnieniu do Decyzji, porozumieniem mogą być także rekomendacje związku przedsiębiorców, co do treści umów jego członków, a także „zachowania faktyczne związku przedsiębiorców, które nie muszą przyjąć formy pisemnej, w szczególności zalecenia określonego zachowania członków związku, wyrażone podczas spotkania”.

Należy podkreślić, że zgodnie z doktryną prawa na antykonkurencyjny charakter porozumienia nie ma wpływu brak sankcji za nieprzestrzeganie zaleceń Związku, kierowanych do jego członków. Prezes UOKiK stwierdził natomiast, że mimo braku formalnych sankcji, w jego ocenie „Związek niejednokrotnie podejmował działania, które miały uświadomić członkom Związku swoisty moralny obowiązek określania w składanych ofertach cen na ustalonym poziomie. Postępowanie takie miało być wyrazem lojalności i uczciwości”. Ponadto w ocenie UOKiK członkowie Związku mogli czuć się zobowiązani do realizacji zaleceń Związku, z uwagi na wynikające ze statutu Związku zobowiązanie członków do przestrzegania statutu, regulaminów i uchwał władz Związku.

Oceniając natomiast przesłankę istnienia antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia, Prezes UOKiK jednoznacznie stwierdził, że działania Związku polegające na koordynowaniu zachowań rynkowych członków w zakresie tworzenia ofert, miały na celu ograniczenie konkurencji. Wobec argumentów członków i władz Związku UOKiK wyjaśnił, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny, antykonkurencyjny cel porozumienia powinien być oceniany w sposób obiektywny i nie jest uzależniony od rzeczywistych intencji, umyślności i świadomości stron porozumienia. Natomiast, mimo że co do zasady ocena celu porozumienia powinna obejmować nie tylko jego treść, lecz także m.in. jego kontekst gospodarczy, to zdaniem Prezesa UOKiK „[w] przypadku porozumień

cenowych, ich sprzeczność z prawem można wywieść z samego brzmienia porozumienia”. Mając powyższe na uwadze, działania podejmowane przez Związek, w szczególności ujawnione w treści korespondencji elektronicznej rekomendacje dotyczące ceny jednego cyklu procedury, którą otrzymali jego członkowie, nie pozostawiają zdaniem UOKiK wątpliwości, co do spełnienia przesłanki antykonkurencyjnego celu porozumienia.

W związku z alternatywnym charakterem przesłanki antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia, w omawianym przypadku UOKiK nie miał obowiązku wykazania jego skutków. Analiza ofert złożonych w postępowaniach konkursowych przez członków Związku wykazała jednak, że „działania Związku przyczyniły się do wzrostu cen w stosunku do poziomu, jakiego można było oczekiwać w przypadku braku porozumienia”. Widoczne było również znacznie mniejsze zróżnicowanie cenowe ofert złożonych przez członków Związku w porównaniu z ofertami podmiotów niezrzeszonych.

Dodatkowym aspektem badanym przez UOKiK była również przesłanka ciągłego charakteru praktyki ograniczającej konkurencję, zaczerpnięta z orzecznictwa Komisji Europejskiej. Koncepcja ciągłego charakteru praktyki dotyczy porozumień trwających co do zasady wiele lat, na które składają się różne praktyki i porozumienia, które stanowią „część całego ciągu wysiłków podejmowanych przed przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji”, tj. jedno ciągłe naruszenie.

W ocenie UOKiK, koncepcji tej odpowiadają właśnie antykonkurencyjne praktyki Związku dotyczące konkursów ofert na wykonanie Programu realizowanego w latach 2013–2016. Zdaniem Prezesa UOKiK, podjęte przez Związek działania podczas I edycji konkursu obejmowały bowiem również następne edycje postępowań konkursowych na realizację tego samego Programu. O takim zamiarze świadczą przede wszystkim rekomendacje Związku z 2014 r. odnoszące się wprost do zaleceń z roku poprzedniego. W związku z powyższym, w uzasadnieniu do Decyzji wskazano, że „powtarzalne i jednorodne zachowania Związku w postępowaniach konkursowych w 2013 r. i 2014 r. były przejawem realizowania jednolitego porozumienia mającego wspólny cel w postaci ograniczenia konkurencji i praktyki o charakterze ciągłym”.

Przeprowadzona w toku postępowania antymonopolowego analiza stanu faktycznego i przepisów ustawy antymonopolowej potwierdziła, że działania Związku spełniają przesłanki zakazanego na gruncie ustawy antymonopolowej porozumienia cenowego. W związku z powyższym, Decyzją z dnia 1 września 2016 r. nr RŁO 4/2016, Prezes UOKiK uznał zawarcie przez Związek porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego, polegającego na ustalaniu cen w ofertach składanych przez członków Związku, biorących udział w postępowaniach konkursowych na realizację programu zdrowotnego „Program – Leczenie Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013–2016”, ogłoszonych przez Ministra Zdrowia 25 kwietnia 2013 r. i 7 marca 2014 r., za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 6 ust. pkt 1 ustawy antymonopolowej. W następstwie wskazanego naruszenia, Prezes UOKiK nałożył na Związek karę pieniężną w wysokości 13.211 zł. Zgodnie z ustawą antymonopolową na przedsiębiorcę, który choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, może zostać nałożona kara pieniężna o maksymalnej wysokości 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Z uwagi na fakt, że Związek w okresie trzyletnim poprzedzającym

rok nałożenia kary nie osiągnął średniego obrotu o równowartości co najmniej 100.000 euro, maksymalna kara mogła w omawianym przypadku wynieść 10.000 euro, tj. 42.615 zł.

W uzasadnieniu do Decyzji Prezes UOKiK podkreślił, że nałożenie kary pieniężnej nie jest obligatoryjne i jest ona przyznawana w ramach uznania administracyjnego, po przeprowadzeniu indywidualnej, kompleksowej analizy naruszenia. Przy ustalaniu jej wysokości uwzględnia się wiele czynników, m.in. okoliczności i naturę naruszenia ustawy antymonopolowej, okres, stopień, skutki rynkowe i ich zasięg, a także funkcje, jakie ta kara powinna pełnić. W ocenie Prezesa UOKiK, wymierzona w niniejszej sprawie wysokość kary jest adekwatna do stopnia naruszenia ustawy antymonopolowej i wystarczająco dolegliwa by zapobiec podobnym naruszeniom w przyszłości.

V. Ocena Decyzji

Biorąc pod uwagę wszystkie ujawnione w toku postępowania antymonopolowego okoliczności faktyczne, należy zgodzić się z dokonaną przez UOKiK oceną działań Związku jako zakazanego porozumienia cenowego związku przedsiębiorców.

Wykazany w postępowaniu antymonopolowym fakt powstania związku na dwa dni po ogłoszeniu I edycji konkursu ofert na realizację Programu, charakter i tematyka spotkań członków Związku oraz ujawnione przez UOKiK maile prezesa zarządu Związku do jego członków (zawierające rekomendacje dotyczące postępowań konkursowych, m.in. w zakresie ceny świadczenia) nie pozostawiają wątpliwości, co do naruszenia przez Związek uczciwej konkurencji.

Mimo że Związek nie podjął uchwały ani nie przedsięwziął innych działań o charakterze formalnym, a także nie zastrzegł swoich rekomendacji żadnymi sankcjami, to ewidentnie jego działania miały na celu koordynowanie zachowań rynkowych członków Związku i ujednoczenie treści składanych przez nich ofert. Ponadto, zachowanie podmiotów należących do Związku, polegające na ujawnianiu cen zawartych w konkurujących ze sobą w jednym postępowaniu ofertach, wzajemne okazywanie ich treści oraz wspólne składanie ofert w sposób oczywisty narusza konkurencyjny charakter postępowania w trybie konkursu ofert.

Zawarte przez Związek porozumienie jest horyzontalnym porozumieniem cenowym, uznanym przez doktrynę prawa za należące do najgroźniejszych i najcięższych naruszeń konkurencji. Zawarcie przez konkurentów rynkowych porozumienia przeczy bowiem idei samodzielności rynkowej podmiotów, będącej przesłanką konieczną istnienia na rynku uczciwej konkurencji. Tak surowa ocena tego typu współpracy przedsiębiorców wynika w szczególności z faktu, iż porozumienia cenowe zawsze wpływają niekorzystnie na rynek, powodując m.in. wzrost cen towarów i usług, spadek ich jakości i dostępności.

W przypadku analizowanych przez UOKiK postępowań konkursowych porozumienie cenowe dotyczące świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych miało szczególnie groźny charakter, ponieważ dotyczyło rozporządzania przez Ministerstwo Zdrowia środkami państwowymi, których właściwe gospodarowanie leży w interesie publicznym. W uzasadnieniu do omawianej Decyzji, Prezes UOKiK podkreślił ten fakt, oceniając, że tego typu porozumienia „powinny być ścigane oraz karane, nawet jeżeli wywołany przez nie skutek ma jedynie charakter potencjalny”. Powyższe stanowisko, choć radykalne, wydaje się być jednak słuszne, szczególnie po dokonaniu analizy obliczeń sporządzonych przez UOKiK w toku postępowania antymonopolowego. Wykazały one bowiem, że obniżenie średniej ceny pojedynczego cyklu procedury zaledwie o kilkadziesiąt złotych, przy założeniu

maksymalnie trzech cykli dla każdej z 15 tys. par, mogłoby przynieść w skali całego Programu oszczędność nawet ponad 1 miliona zł. Wskazane powyżej obniżenie cen było natomiast możliwe, o czym świadczą wyjaśnienia niektórych przedsiębiorców spoza Związku. W odpowiedzi na zapytanie Prezesa UOKiK, dotyczące oceny kosztu pojedynczego cyklu świadczenia, podmioty nienależące do Związku wyjaśniły, że co do zasady procedura wspomagania rozrodu metodą zapłodnienia pozaustrojowego jest wykonywana na tych samych zasadach przez każdego świadczeniodawcę w kraju, cena zaproponowana przez oferentów powinna być zatem porównywalna. Może się ona jednak różnić w zależności od wysokości planowanego zysku, przyjętych przez dany podmiot standardów jakościowych, kosztów własnych, np. płac i innych kosztów administracyjnych, sprzętu i aparatury.

W związku z powyższym, należy zgodzić się z oceną dokonaną przez UOKiK, zgodnie z którą omawiane porozumienie Związku zaliczono do bardzo poważnych naruszeń ustawy antymonopolowej. Jego skutek mógł mieć bowiem znaczący wpływ na niekorzystne wydatkowanie środków budżetu państwa i doprowadzić do zmniejszenia ilości świadczeń zdrowotnych dostępnych dla par biorących udział w Programie.

Wątpliwą kwestią jest natomiast wysokość nałożonej na Związek kary pieniężnej. W mojej ocenie orzeczona kara nie pełni funkcji ani represyjnej, ani dyscyplinującej, ponieważ nie jest wystarczająco dolegliwa. Z tego samego powodu nie ma także prewencyjnego charakteru – nie odstraszy przedsiębiorców od podejmowania antykonkurencyjnych działań.

Wysokość wymierzonej w omawianej Decyzji kary (13.211 zł), uwidacznia niedoskonałość obowiązującego prawa. W uzasadnieniu Decyzji Prezes UOKiK podkreślał bowiem wagę naruszenia, jego groźne dla konkurencji rynkowej skutki, ogólnopolski zasięg porozumienia oraz umyślny charakter naruszenia ustawy antymonopolowej. Postępowanie antymonopolowe wykazało, że antykonkurencyjne działania Związku były prowadzone w sposób jawny i bezpośrednio dążyły do celu, jakim było ograniczenie konkurencji na krajowym rynku świadczeń w zakresie leczenia niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego.

Z uwagi na fakt, iż porozumienie zostało zawarte przez związek przedsiębiorców, przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej brany jest pod uwagę obrót osiągnięty przez ten związek. W mojej ocenie ustawa antymonopolowa i wymierzający na jej podstawie karę pieniężną w niniejszej sprawie Prezes UOKiK pomija fakt, że korzyści powstałe w wyniku naruszenia konkurencji przez Związek, w rzeczywistości odniósłby nie sam Związek, lecz przede wszystkim jego członkowie. Przepisanie odpowiedzialności za naruszenie ustawy antymonopolowej poszczególnym przedsiębiorcom (członkom związku biorącym udział w porozumieniu) skutkowałoby natomiast nałożeniem kary na każdego z nich, każdorazowo w odniesieniu do obrotu danego podmiotu. Takie zasady wymierzania kary pieniężnej w mojej ocenie miałyby rzeczywisty wpływ na kształtowanie zachowań przedsiębiorców i przestrzeganie przepisów ustawy antymonopolowej w przyszłości.

Analizowana Decyzja wskazuje w mojej ocenie sposób uchronienia się przedsiębiorców od dolegliwych skutków wykrytego przez UOKiK antykonkurencyjnego porozumienia, poprzez zawarcie w tym celu związku przedsiębiorców, na którym spocznie cały ciężar ewentualnej odpowiedzialności.

Emilia Kasjanowicz

Aplikant radcowski w KRK Kieszkowska Rutkowska Kolasiński

e-mail: emilia.kasjanowicz@krklegal.pl