

Łódź, dnia 16 sierpnia 2013 r.

Samodzielny Publiczny Specjalistyczny
Szpital Zachodni im. Jana Pawła II w
Grodzisku Mazowieckim

Śląski Związek Pracodawców Zakładów
Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Zabrze
(zrzeszający podmioty lecznicze określone w
załączniku nr 1 do niniejszego zawiadomienia)

Zrzeszenie Szpitali Powiatowych i Miejskich
Województwa Łódzkiego
(zrzeszający podmioty lecznicze określone w
załączniku nr 2 do niniejszego zawiadomienia)

Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr
Józefa Psarskiego w Ostrołęce

Powiatowe Centrum Zdrowia w Brzezinach
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Powiatowe Centrum Zdrowia Spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w
Otwocku

III Szpital Miejski im. dr Karola Jonschera w
Łodzi

Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w
Bełchatowie

reprezentowani przez
Katarzynę Fortak – Karasińską
FORTAK & KARASIŃSKI
Radcowie Prawni Sp. P.
ul. Gdańska 77a lok. 3
90-613 Łódź

Szanowna Pani
Małgorzata Krasnodębska – Tomkiel
Prezes
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

**Zawiadomienie do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów dotyczące podejrzenia stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia
praktyk ograniczających konkurencję**

Office in Brussels
Square de Meeüs 40
1000 Brussels
Tel.: +32(0)2 401 68 11
Fax: +32(0)2 401 12 12

Biuro w Warszawie
ul. Wiejska 17/13
00-480 Warszawa
Tel.: (+48 22) 857 09 90

Biuro w Łodzi
ul. Gdańska 77a/3
90-613 Łódź
Tel.: (+48 42) 676 90 20
Fax: (+48 42) 678 90 25
www.fandk.com.pl



Działając w imieniu moich Mocodawców, na podstawie art. 86 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331 z późn. zm. zwanej dalej „uokik”) niniejszym zawiadamiam o podejrzeniu stosowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia praktyk ograniczających konkurencję, polegających na naruszeniu art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 6) uokik poprzez nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i w konsekwencji narzucanie szpitalom (będącym świadczeniodawcami) uciążliwych warunków umów przynoszących Funduszowi nieuzasadnione korzyści w postaci przyjętego jednostronnie przez NFZ sposobu kwalifikowania do zapłaty i rozliczania świadczeń zdrowotnych w lecznictwie szpitalnym. Narzucony przez NFZ system rozliczania udzielonych świadczeń sprowadza się do tego, że w pierwszej kolejności rozliczane są i podlegają zapłacie świadczenia ratujące życie, pomimo iż zostały udzielone później w stosunku do świadczeń planowych, co powoduje, iż szpitale nie otrzymują zapłaty za prawidłowo udzielone w ramach przyznanego limitu świadczenia planowe.

UZASADNIENIE

Opis stanu faktycznego

Z dniem 1 stycznia 2011 roku Narodowy Fundusz Zdrowia wprowadził model rozliczania świadczeń do zapłaty przez Oddziały Wojewódzkie NFZ, polegający w szczególności na tym, że świadczeniodawca (szpital) sprawozdaje wykonane świadczenie tzw. komunikatem I fazy, a po zakończeniu jego weryfikacji, NFZ udostępnia świadczeniodawcy komunikat zwrotny, który jest albo pozytywny (tzn. świadczenie może być rozliczone) albo negatywny (tzn. świadczenie nie może być rozliczone)

Stworzenie modelu związane jest z koniecznością funkcjonowania systemu komputerowego, który służy realizacji jego założeń. System informatyczny służący sprawozdawaniu i rozliczaniu świadczeń zdrowotnych został opracowany w taki sposób, iż realizując powyższy model, przyjmuje wykonane świadczenia do rozliczenia w następującej kolejności:

- w pierwszej kolejności uznawane są świadczenia ratujące życie dla świadczeniobiorców z tytułem uprawnienia innym niż ubezpieczony;
- następnie świadczenia inne niż ratujące życie dla świadczeniobiorców z tytułem uprawnienia innym niż ubezpieczony;
- następnie świadczenia ratujące życie dla świadczeniobiorców z tytułem uprawnienia ubezpieczony;
- następnie świadczenia inne niż ratujące życie dla świadczeniobiorców z tytułem uprawnienia ubezpieczony.

System został tak opracowany, iż sprawdza kolejność uznawania świadczeń do zapłaty, wymagając aby były rozliczane w ww. kolejności. W przypadku, gdy kolejność byłaby odmienna od ww., system będzie odrzucał pozycje do czasu wskazania ich w odpowiedniej, często odmiennej od rzeczywistości, kolejności.

Skutki przedmiotowej sytuacji można zobrazować na następującym przykładzie: jeżeli szpital w ramach limitu może wykonać operacje u dwóch pacjentów i przeprowadzi je w ramach planowych świadczeń, a później – w czasie tego samego okresu rozliczeniowego – będzie musiał jeszcze wykonać taką samą operację kolejnym dwóm osobom, które trafiły do szpitala w trybie nagłym np. po wypadku komunikacyjnym, to NFZ zapłaci szpitalowi tylko za

pacjentów, którzy trafili do tej placówki po wypadku. Natomiast podmiot leczniczy zostaje pozbawiony możliwości otrzymania zapłaty za wykonane uprzednio (w ramach limitu) operacje planowe.

Narzucony przez NFZ system rozliczeń de facto sprowadza się do:

- niemożności rozliczenia przez Świadczeniodawcę i uzyskania zapłaty za świadczenia planowe udzielone w ramach limitu;
- dokonywania przez NFZ zapłaty za świadczenia ratujące życie udzielone poza limitem przysługującym Świadczeniodawcy w danym okresie rozliczeniowym (miesiąc) w miejsce uprzednio udzielonych świadczeń planowych;
- „wypierania” z rozliczenia świadczeń planowych przez udzielone czasowo później świadczenia ratujące życie.

Przedmiotowe działanie NFZ – u wynika z dwóch obecnie obowiązujących Zarządzeń Prezesa NFZ:

- Zarządzenia Nr 103/2012/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 24 grudnia 2012 roku w sprawie określenia szczegółowych komunikatów sprawozdawczych XML dotyczących świadczeń ambulatoryjnych i szpitalnych (I fazy) (poprzednio obowiązujące Zarządzenie Nr 45/2012/DSOZ z dnia 18 lipca 2012 roku o tożsamej treści)
- Zarządzenia Nr 96/2012/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 21 grudnia 2012 roku w sprawie określenia szczegółowego komunikatu XML dotyczącego przekazywania w postaci elektronicznej danych zawartych w rachunku i komunikatu XML dotyczącego rozliczenia świadczeń ambulatoryjnych i szpitalnych, zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze oraz deklaracji POZ / KAOS. (poprzednio obowiązujące Zarządzenie Nr 89/2011/DSOZ z dnia 1 grudnia 2011 roku o tożsamej treści)

Zgodnie z Zarządzeniem Nr 103/2012/DSOZ, w stosunku do umów zawartych do 2010 roku włącznie (tj. umów z modelem wskazywania świadczeń do zapłaty przez świadczeniodawcę poprzez przekazywanie komunikatów II fazy), w załączniku nr 2 do przedmiotowego Zarządzenia (str. 12) została określona kolejność uznawania świadczeń do zapłaty, która prezentuje się w sposób określony w niniejszym piśmie w opisie bezprawnego działania Narodowego Funduszu Zdrowia.

Natomiast Zarządzenie Nr 96/2012/DSOZ w załączniku nr 2 (str. 2) sankcjonuje ww. kolejność uznawania świadczeń do zapłaty w stosunku do umów z modelem naliczania świadczeń do zapłaty po stronie OW NFZ (tj. umów zawieranych od 1 stycznia 2011 roku).

Warunki, jakie muszą być spełnione dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 6) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Stosownie do art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 6) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, którego naruszenie jest zarzucane Narodowemu Funduszowi Zdrowia w niniejszej sprawie „zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców”; „nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.”

Analiza powyższych przepisów prowadzi do wniosku, iż aby stwierdzić, iż doszło do naruszenia art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 6) uokik konieczne jest dowiedzenie, iż:

- kwestionowane działanie jest podejmowane przez podmiot będący przedsiębiorcą;
- przedsiębiorca ten zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym;
- przedsiębiorca ten narzuca uciążliwe warunki umów, przynoszące mu nieuzasadnione korzyści.

Ponadto zgodnie z art. 1 ust. 1 uokik „Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.” Jak jednoznacznie wynika z powyższego przepisu, aby wszcząć postępowanie antymonopolowe należy wykazać również naruszenie przez przedsiębiorcę interesu publicznego.

Narodowy Fundusz Zdrowia jako przedsiębiorca.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ilekroć w ww. ustawie mowa jest o „przedsiębiorcy” – „rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także

a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (...).”

Natomiast co do pojęcia „usług użyteczności publicznej” w orzecznictwie uznano, że na potrzeby przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów znaczenie pojęcia „usług użyteczności publicznej” można ustalić poprzez wskazanie celu, któremu działalność ta ma służyć (por. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. prof. T. Skoczego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 124-125)

Pojęcie użyteczność publiczna przybliżyła ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 z późn. zm.), wskazując, że gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. C. Banasinskiego i E. Piontka, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 57.).

Z kolei w myśl art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2001r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy określone w art. 7 ust. 1 ww. ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Jak wynika z orzecznictwa usługi o charakterze użyteczności publicznej są ukierunkowane przede wszystkim na zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa takich jak zaopatrywanie ludności w wodę, gaz, energię elektryczną, zapewnienie opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, komunikacji oraz utrzymywanie dróg publicznych (Por. wyrok Sadu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r. sygn. akt III SK 22/04, OSNP 2006, nr 3, poz. 46)

Ponadto w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie zdefiniowano również pojęcia „organizowania” usług użyteczności publicznej. Zgodnie z poglądami orzecznictwa termin ten należy odnosić do działalności polegającej na tworzeniu podstaw świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców i działań zmierzających do uzyskania ładu w

zakresie określonej działalności rynkowej. W doktrynie organizowanie tych usług rozumiane jest jako kreowanie stosownych warunków (ekonomicznych, finansowych, technicznych, organizacyjnych) umożliwiających świadczenie usług zupełnie innym podmiotom. „Za organizujące usługi o charakterze użyteczności publicznej uważa się te podmioty, które dzięki specjalnej pozycji nadanej im przez prawo lub wskutek uprawnień korporacyjnych mogą kształtować zachowania innych uczestników rynku, ingerując tym samym w stan konkurencji” (por. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. prof. T. Skoczego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 129).

Należy również wskazać, iż pojęcie przedsiębiorcy z punktu widzenia prawa konkurencji należy odnieść do wszystkich osób i organizacji, które uczestniczą w obrocie gospodarczym i tym samym mają możliwość wpływania na warunki konkurencji, również, gdy nie są one nastawione na osiąganie zysku. Zasadniczą przesłanką traktowania podmiotów, które nie przynoszą zysków jako przedsiębiorców jest ich zaangażowanie się w działalność ekonomiczną. W konsekwencji rygorom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podlegają różnego rodzaju tzw. instytucje niedochodowe.

Stosownie do art. 96 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, NFZ jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. W myśl art. 97 ww. ustawy Fundusz w szczególności zarządza środkami finansowymi pochodzącymi ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. W tym zakresie Fundusz działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych. Do zakresu działania NFZ należy również określanie jakości i dostępności oraz analiza kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz monitorowanie ich realizacji i rozliczanie. Natomiast stosownie do art. 97 ust. 5 powołanej ustawy, Fundusz nie wykonuje działalności gospodarczej.

Reasumując powyższe rozważania nie ma wątpliwości, iż świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych przez NFZ są usługami o charakterze użyteczności publicznej, zaś Fundusz wykonując wskazane powyżej zadania prowadzi działalność w zakresie organizowania tych usług. Tym samym należy uznać, iż Narodowy Fundusz Zdrowia jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Powyższe stanowisko jest zgodne z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w wyroku z dnia 5 lutego 2003 r. sygn. akt XVII AmA 18/02 stwierdził, iż kasy chorych (będące poprzednikiem prawnym Narodowego Funduszu Zdrowia) są podmiotami, które organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej. Sąd ten stwierdził także, iż „wprawdzie nigdzie w ustawie nie zostało sprecyzowane, co dokładnie można uznać za działalność o charakterze użyteczności publicznej, niejednolite są również poglądy doktryny w tej dziedzinie, jednakże zdaniem Sądu można ustalić ich zakres poprzez wskazanie celu, któremu ma służyć ich realizacja. W przypadku usług medycznych celem tym jest ochrona zdrowia społeczeństwa. Ponieważ ochrona zdrowia lokalnej społeczności została wymieniona wśród zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego (art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym), a zadania własne gmin z reguły traktowane są jako zadania o charakterze użyteczności publicznej, można przyjąć, iż świadczenie usług medycznych należy także do kategorii usług o takim właśnie charakterze.

Zdaniem Sądu takie właśnie cechy w swoim działaniu przejawiają kasy chorych, w związku z tym należy uznać, iż wypełniają znamiona podmiotów organizujących usługi o charakterze użyteczności publicznej określonych w art. 4 ust. 1a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.”

Jednocześnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 kwietnia 2004 r. sygn. akt III SK 24/04 orzekł, że z dniem 1 kwietnia 2003 r. regionalne kasy chorych przekształciły się z mocy prawa w oddziały wojewódzkie Funduszu, a Narodowy Fundusz Zdrowia stał się z mocy prawa podmiotem wszelkich praw i obowiązków kas chorych. Można zatem stwierdzić, iż w świetle cytowanego wyżej wyroku, NFZ, podobnie jak kasy chorych, jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie, który w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt VI ACa 530/08 wskazał, że „Zadania z zakresu ochrony zdrowia są zadaniami o charakterze użyteczności publicznej, ich realizacja służy zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty. Usługi zdrowotne, których świadczenie NFZ organizuje zawierając umowy ze świadczeniodawcami to usługi o charakterze użyteczności publicznej. (...) Usługami o charakterze użyteczności publicznej są – z uwagi na publiczny charakter systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego – w tym powszechny charakter objętych nim świadczeń zdrowotnych – usługi wykonywane przez zakłady opieki zdrowotnej (...). Zatem działalność Funduszu polegająca na zawieraniu umów ze świadczeniodawcami o finansowanie świadczeń zdrowotnych jest niewątpliwie organizowaniem usług o charakterze użyteczności publicznej, wobec czego NFZ jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Za przedsiębiorcę bowiem stosownie do art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o okik uważa się zarówno osoby świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, jak i organizujące ich świadczenie, tj. takie, które mogą mieć pośredni wpływ na konkurencję, stwarzając faktyczne lub prawne podstawy świadczenia usług użyteczności publicznej przez przedsiębiorców.”

W świetle powyższych rozważań Narodowy Fundusz Zdrowia – który w oparciu o przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych organizuje powszechny system ubezpieczenia zdrowotnego w Polsce – jest zatem przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z uwagi na publiczny charakter systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, w tym powszechny charakter objętych nim świadczeń, usługi zdrowotne finansowane w ramach tego systemu są uznawane za usługi użyteczności publicznej. Ich świadczenie organizuje NFZ, zarządzając środkami finansowymi przeznaczonymi na zapewnienie ubezpieczonym gwarantowanych ustawowo świadczeń opieki zdrowotnej oraz zawierając umowy ze świadczeniodawcami, którzy udzielają tych świadczeń ubezpieczonym. Działalność NFZ podlega zatem ograniczeniom wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym w szczególności w zakresie nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Ustalenie pozycji dominującej Narodowego Funduszu Zdrowia na rynku właściwym

Dla stwierdzenia, iż w niniejszej sprawie doszło do naruszenia art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wykazać w dalszej kolejności należy, że NFZ zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym. Zgodnie z art. 4 pkt 10

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą na rynku, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.” Definicję rynku właściwego zawiera natomiast art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stosownie do którego jest to „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.” Pod pojęciem towarów, zgodnie z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rozumieć należy natomiast „rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.”

Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości (por. E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 49).

Trafnie zauważył również Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Wyroku z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 19/01, iż „niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Rynek właściwy wyznacza zatem płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym.”

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, na którym działalność prowadzi NFZ, jest krajowy rynek organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. W aspekcie przedmiotowym rynek ten obejmuje ogół czynności, które stwarzają stosowne warunki umożliwiające udzielanie ww. świadczeń przez świadczeniodawców. W ramach prowadzonej w omawianym zakresie działalności Fundusz zarządza środkami finansowymi pochodzącymi ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, określa jakość i dostępność świadczeń opieki zdrowotnej oraz analizuje ich koszty, prowadzi postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zawiera ww. umowy oraz monitoruje ich wykonanie i rozliczanie. NFZ zarządza zatem środkami finansowymi przeznaczonymi na zapewnienie ubezpieczonym gwarantowanych ustawowo świadczeń opieki zdrowotnej oraz zawiera umowy ze świadczeniodawcami, którzy udzielają tych świadczeń ubezpieczonym. NFZ kreuje zatem (pod względem finansowym, ekonomicznym i organizacyjnym) warunki udzielania przez świadczeniodawców świadczeń opieki zdrowotnej, do których zaliczane są między innymi świadczenia w rodzaju: leczenie szpitalne.

Jednocześnie, mając na uwadze kryterium wyznaczenia rynku właściwego, jakim jest substytucyjność towarów należy uznać, iż substytutem świadczenia opieki zdrowotnej

udzielanego w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego nie jest świadczenie udzielane odpłatnie bądź w ramach ubezpieczenia komercyjnego ze względu na konieczność poniesienia kosztów usługi lub kosztów ubezpieczenia komercyjnego (por. wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt VI ACa 530/08).

W ujęciu geograficznym przedmiotowy rynek ma wymiar krajowy. Za takim określeniem rynku przemawia to, iż działalność w zakresie organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych prowadzona jest przez NFZ na terenie kraju na jednakowych zasadach wynikających z obowiązujących przepisów. Fundusz obejmuje swoim zasięgiem cały kraj, na którym to obszarze panują z woli ustawodawcy takie same warunki konkurencji. Na rynku tym NFZ, jako organizator reprezentuje ubezpieczonych, zawierając ze świadczeniodawcami wybranymi w odpowiednich postępowaniach umowy na realizację świadczeń opieki zdrowotnej.

Na terenie kraju NFZ jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych. Tylko jemu ustawodawca przyznał bowiem uprawnienie do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel oraz do zawierania umów ze świadczeniodawcami w celu zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Przesądza to o zajmowaniu przez Fundusz pozycji co najmniej dominującej, a wręcz monopolistycznej na rynku właściwym.

Analiza narzucania przez Narodowy Fundusz Zdrowia uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści

Zawiadamiający pragną zauważyć, iż praktyka narzucania przez przedsiębiorcę (w analizowanym przypadku NFZ) uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści jest praktyką o charakterze eksploatacyjnym. Podejmujący się jej stosowania przedsiębiorca wykorzystuje posiadaną przewagę rynkową, a niejednokrotnie swoistego rodzaju sytuację przymusową swojego kontrahenta, który nie ma możliwości sprzedaży swoich usług innemu podmiotowi, który byłby uprawniony do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych (jak ma to miejsce na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych). Narzucając w takiej sytuacji korzystne ze swojego punktu widzenia warunki umów dominant doprowadza do sytuacji znacznej dysproporcji świadczeń stron zawartego kontraktu, w tym w stosunku do świadczeń, jakie zostałyby zaoferowane w warunkach istniejących na konkurencyjnym rynku.

W doktrynie oraz w praktyce orzeczniczej ukształtowały się następujące przesłanki praktyki polegającej na narzucaniu uciążliwych warunków umów:

1. narzucenie warunków umów;
2. uciążliwość narzuconych warunków umów;
3. uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści.

Dopiero kumulatywne spełnienie ww. przesłanek przesądza o istnieniu praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 6 okiku.

Narzucanie warunków umów

Przesłanka narzucania warunków umownych wymaga ustalenia, czy warunki te zostały przez strony ustalone dobrowolnie, czy też w warunkach wskazujących na wymuszenie akceptacji określonych postanowień za pomocą siły rynkowej posiadanej przez kontrahenta. „Narzucanie” wymaga działania, aktywności dominanta, który wykorzystując posiadaną siłę rynkową, zmusza swojego kontrahenta do przyjęcia uciążliwego warunku umownego wbrew jego woli.

Analizując przedstawiony stan faktyczny należy zauważyć, iż stosunek prawny pomiędzy Funduszem a świadczeniodawcami regulowany jest przez:

- 1) akty prawne, określone w § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 roku *w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej* (Dz. U. z 2008 r. nr 81 poz. 484) to jest przez:
 - a) Ustawę z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210 poz. 2135);
 - b) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 roku *w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej* (Dz. U. nr 81 poz. 484);
 - c) warunki wymagane od świadczeniodawców określone przez Prezesa Funduszu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 i art. 159 ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.
 - d) odrębne przepisy powszechnie obowiązującego prawa.
- 2) umowę zawartą pomiędzy świadczeniodawcą a dyrektorem właściwego oddziału wojewódzkiego NFZ (art. 132 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych Dz. U. Nr 210 poz. 2135).

Powyższe wyliczenie, obejmujące umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także akty prawne opisane w § 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia wyczerpuje katalog źródeł regulujących stosunek prawny pomiędzy świadczeniodawcami a Narodowym Funduszem Zdrowia.

Odnosząc się do przedstawionych w pkt 1) aktów prawnych określonych w § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 roku *w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej* Zawiadający pragną zauważyć, iż obydwa Zarządzenia Prezesa Funduszu, na podstawie których wprowadzono kwestionowany mechanizm rozliczania świadczeń, zostały wydane na podstawie art. 102 ust. 5 pkt 21 i 25 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Wobec czego należy jednoznacznie i stanowczo stwierdzić, iż takie zarządzenia nie mieszczą się w katalogu aktów regulujących stosunek pomiędzy Funduszem oraz Świadczeniodawcami, zawartym w § 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 roku.

Okoliczność, iż Zarządzenie Nr 96/2012/DSOZ zostało dodatkowo wydane w oparciu o § 23 ust. 8 załącznika do przywoływanego Rozporządzenia Ministra Zdrowia nie ma w niniejszej sprawie znaczenia, z uwagi na fakt, iż przedmiotowy przepis nie daje jakiegokolwiek podstawy

to określenia kolejności uznawania świadczeń do zapłaty, nakładając jedynie obowiązek przekazywania Funduszowi rachunków w formie pisemnej i elektronicznej.

Ponadto przyglądając się bliżej podstawom prawnym wydania kwestionowanych Zarządzeń, należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 102 ust. 5 u.ś.o.z do zakresu działania Prezesa Funduszu należy w szczególności:

- pkt 21 – nadzór nad realizacją zadań oddziałów wojewódzkich Funduszu;
- pkt 25 - ustalanie jednolitych sposobów realizacji ustawowych zadań realizowanych przez oddziały wojewódzkie Funduszu.

Z analizy powyższego wyliczenia jednoznacznie wynika, iż działania Prezesa NFZ podejmowane na podstawie art. 102 ust. 5 pkt 21 i 25 u.ś.o.z mogą mieć charakter wewnętrzny i regulować jedynie kwestie wewnętrzne dotyczące funkcjonowania oddziałów wojewódzkich Funduszu.

Natomiast odnosząc się do wymienionej w pkt 2) umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej to zgodnie z utrwalonym w tym zakresie orzecnictwem (por. Wyrok SN z 10.12.2004 III CK 134/04, OSP 2005, z. 6, poz. 79) jest to umowa nazwana, której istotne cechy zostały uregulowane w ww. ustawie, w tym fakt, iż zgodnie z art. 155 ust. 4 umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zgodnie z art. 136 pkt 4) ustawy umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej określa w szczególności zasady rozliczeń pomiędzy Funduszem a świadczeniodawcami. W związku z powyższym stosując, zgodnie z art. 155 ust.1 ustawy, art. 77 § 1 Kodeksu Cywilnego jakakolwiek zmiana postanowień umownych, w tym dotyczących rozliczania udzielonych świadczeń, powinna przybrać formę pisemną i stanowić aneks do umowy. W tym miejscu należy stanowczo podkreślić, iż zapisy Zarządzenia 103/2012/DSOZ oraz 96/2012/DSOZ nie zostały w jakikolwiek sposób inkorporowane do obowiązujących ze Świadczeniodawcami umów. Oczywiście zatem jest, iż takie działania, które nie zostały inkorporowane do obowiązujących umów, nie mogą, w sposób wiążący, narzucać drugiej stronie stosunku cywilnoprawnego postanowień, dotyczących tak istotnych kwestii umownych jak zapłata za usługę.

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić z całą stanowczością, iż forma wprowadzenia przez Fundusz nowego sposobu rozliczania udzielonych świadczeń stanowi rażące naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego i zmierza do obejścia prawa.

Dlatego też nakazy te nie powinny być wiążące dla drugiej strony umowy tj. świadczeniodawców. Jednakże z uwagi na fakt, iż jest to jedyna metoda rozliczeń z Funduszem, świadczeniodawcy są niejako przymuszeni do realizacji postanowień niezawartych w dokumentach regulujących, łączący ich z NFZ – em, stosunek cywilnoprawny.

Uciążliwość narzuconych warunków umów

Zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 stycznia 2005 r. XVII Ama 89/03 „dokonując oceny uciążliwości warunków umów należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umów.” W przypadku ustalenia, że w warunkach istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, a więc w realiach

konkurencyjnego rynku wypełnianie przez kontrahenta kwestionowanych warunków byłoby niemożliwe, uzasadniony jest wniosek, że mają one charakter uciążliwy.

Zawiadamiający w tym miejscu pragną wyjaśnić, iż przy stosowaniu narzuconego przez NFZ systemu rozliczania polegającego na tym, że w pierwszej kolejności rozliczane są i podlegają zapłacie świadczenia ratujące życie, pomimo iż zostały udzielone później w stosunku do świadczeń planowych, prawidłowe zarządzanie podmiotem leczniczym i bilansowanie jego działalności, w ramach prawidłowego gospodarowania, jest niemożliwe. Załóżmy np., iż podmiot leczniczy w ramach danego okresu rozliczeniowego może udzielić 10 świadczeń zdrowotnych danego rodzaju. Na 2 dni przed zakończeniem okresu rozliczeniowego świadczeniodawca udzielił 5 świadczeń planowych. Nie chcąc doprowadzić do niewykonania kontraktu udzielił kolejnym 4 osobom świadczeń planowych pozostawiając 1 świadczenie na ewentualny przypadek „nagły”. Ostatniego dnia okresu rozliczeniowego do podmiotu leczniczego karetka przywozi 6 poszkodowanych w wypadku pacjentów, którym szpital, w ramach powyższej umowy, udziela świadczeń zdrowotnych „ratujących życie”. Przy rozliczaniu udzielonych świadczeń system informatyczny Funduszu w pierwszej kolejności płaci za te świadczenia „nagłe” i tylko 4 „planowe”. Konsekwencją takiego działania jest fakt, iż pomimo dołożenia należytej staranności przez kierownika podmiotu leczniczego, nie udaje mu się bilansować działalności jednostki. Przedmiotowe działanie pogłębia trudną sytuację finansową podmiotów leczniczych. Zgodnie bowiem z art. 15 ustawy z dnia 11 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (Dz. U. Nr 112 poz. 654) „podmiot leczniczy nie może odmówić udzielenia świadczenia zdrowotnego osobie, która potrzebuje natychmiastowego udzielenia takiego świadczenia ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia.” Przy takim obowiązku nałożonym przez ustawodawcę oraz przy zastosowanym przez Narodowy Fundusz Zdrowia sposobie rozliczania udzielonych świadczeń, należy jeszcze raz podkreślić, iż bilansowanie działalności podmiotów leczniczych jest niemożliwe.

Zawiadamiający pragną zatem zaznaczyć, iż działanie Funduszu poprzez narzucanie ww. warunków jednoznacznie wypełnia przesłankę uciążliwości. W ramach konkurencyjnego rynku żaden podmiot nie pozwoliłby sobie na brak przewidywalności podejmowanych działań, a w konsekwencji niemożność bilansowania swojej działalności. W przypadku funkcjonowania krajowego rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych na zasadach konkurencyjnych Świadczeniodawcy zrezygnowaliby z zawierania umów z podmiotem, który postawiłby warunków rozliczania świadczeń w sposób narzucony przez Funduszu w analizowanym przypadku i zawarliby kontrakty z podmiotem oferującym uczciwe zasady płatności za wykonane świadczenia. Jednakże funkcjonując na monopolistycznym krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych Świadczeniodawcy nie mają możliwości nieprzyjęcia warunków stawianych przez Fundusz. Wiązałoby się to bowiem z koniecznością zakończenia prowadzenia działalności w przedmiotowym zakresie.

Uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści przez Fundusz

Samo stwierdzenie uciążliwego charakteru narzuconych warunków nie jest jeszcze tożsame z nadużyciem pozycji dominującej. Niezbędne jest bowiem wykazanie ostatniej przesłanki istnienia analizowanej praktyki, tj. nieuzasadnionych korzyści, jakie mają być konsekwencją narzuconych przez przedsiębiorcę swojemu kontrahentowi uciążliwych warunków umów.

Przesłanka uzyskiwania nieuzasadnionych korzyści wiąże się z oceną, czy w danym wypadku osiągnane korzyści mają uzasadniony, czy nieuzasadniony charakter. Zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 stycznia 2005 r. XVII Ama 89/03 opubl. Dz. Urz. Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 2005 r. Nr 2 poz. 25 podstawę tej oceny stanowić powinna ekwiwalentność świadczeń. Nieuzasadnione korzyści określają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętej w stosunkach danego rodzaju, a więc odbiegają od korzyści osiągniętych w warunkach standardowych. Nieuzasadnione korzyści powinny przy tym być osiągnięte kosztem kontrahenta i pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi warunkami umów (por. wyrok SN z 5 stycznia 2007 r. III SK 17/06).

Zawiadamiający pragną w tym miejscu zauważyć, iż prawną konsekwencją przyjętego przez NFZ systemu rozliczeniowego jest to, iż Świadczeniodawca ma znacznie utrudnioną możliwość dochodzenia na drodze sądowej zapłaty za świadczenia ponadlimitowe udzielone jako „ratujące życie”. Art. 19 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przewiduje podstawę prawną do dochodzenia zapłaty za świadczenia ponadlimitowe, jedynie wówczas, gdy udzielone są one w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia. Zaś system rozliczeniowy przyjęty przez NFZ powoduje, iż niezapłacone pozostają świadczenia planowe, mimo, iż udzielone zostały czasowo przed świadczeniami ratującymi życie, w ramach normalnej działalności leczniczej.

Powyższa sytuacja w wielu przypadkach powoduje, iż Świadczeniodawcy nie otrzymują zapłaty za wykonane przez siebie, często niezwykle kosztowne, świadczenia zdrowotne, co prowadzi do zaburzenia równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, a w konsekwencji do nieekwiwalentności świadczeń. Natomiast Fundusz uzyskuje nieuzasadnioną korzyść gdyż rozlicza świadczenia „ratujące życie”, które na podstawie art. 19 u.ś.o.z. zobowiązany jest sfinansować, w ramach wcześniej już wykorzystanego przez Świadczeniodawców na świadczenia planowe limitu kontraktu. Takie działanie powoduje po stronie NFZ uzyskanie nieuzasadnionej korzyści w postaci możliwości rozliczania świadczeń nagłych (które podlegałyby zapłacie niezależnie od przyznanego limitu), w ramach limitu przyznanego na daną usługę w kontrakcie, co w konsekwencji prowadzi do braku zapłaty za udzielone wcześniej zgodnie z umową świadczenia planowe.

Reasumując powyższe rozważania jednoznacznie należy stwierdzić, iż kwestionowane działania Narodowego Funduszu Zdrowia wypełniają w pełni dyspozycję art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik, spełniając zarówno przesłankę narzucania warunków umów, ich uciążliwości oraz nieuzasadnionych korzyści jakie powstały po stronie Funduszu.

Naruszenie przez Fundusz interesu publicznego.

W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju i ochrony konkurencji, a także podejmowana w interesie publicznym ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Ustawa antymonopolowa należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny.

Zgodnie z orzecnictwem antymonopolowym (patrz Wyrok Sadu Antymonopolowego z dn. 24.01.1991r. sygn. akt XV Amr 8/90) „naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska.” Ustawa antymonopolowa w odniesieniu do konkurencji chroni interes

publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego.

W okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż zakwestionowane działania Funduszu spełniają powyższy wymóg. Działania te bowiem bez wątpienia wywierają istotny wpływ na warunki funkcjonowania przedsiębiorców (Świadczeniodawców) na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przez co oddziałują również na sytuację szerokiego kręgu osób objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym korzystających z ww. świadczeń.

Zakwestionowane zachowania oddziałują negatywnie w stosunku do podmiotów udzielających świadczeń opieki zdrowotnej w omawianym rodzaju poprzez niemożność bilansowania działalności podmiotów leczniczych i przewidywania skutków finansowych udzielnych świadczeń, jak i w stosunku do szerokiego kręgu konsumentów (Świadczeniobiorców) poprzez ograniczenie przez Świadczeniodawców przyjmowania pacjentów i w konsekwencji wydłużenie czasu oczekiwania na zabiegi tzw. „planowe”.

Na zakończenie Zawiadamiający pragną podkreślić, iż kwestionowane działanie Funduszu odnosi się do wszystkich szpitali, funkcjonujących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W związku z powyższym niniejsze zawiadomienie jest w pełni zasadne i winno skutkować wszczęciem przez Prezesa UOKiK postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję.

Załączniki:

1. wykaz podmiotów leczniczych zrzeszonych w Śląskim Związku Pracodawców Zakładów Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Zabrze,
2. wykaz podmiotów leczniczych zrzeszonych w Zrzeszeniu Szpitali Powiatowych i Miejskich Województwa Łódzkiego,
3. odpisy pełnomocnictw wraz z opłatami skarbowymi.

LD/M/1193 *Katarzyna Fortak-Karasińska*

RADCA PRAWNY