

## Stosowanie prawa konkurencji w odniesieniu do działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego – różnice w polskim i unijnym podejściu

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Przedsiębiorca, do którego ma zastosowanie unijne prawo konkurencji
  1. Posiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na komercyjne oferowanie lub dostarczanie dóbr lub usług
  2. Nieposiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na niekomercyjne oferowanie lub dostarczanie dóbr lub usług
  3. Posiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na nabywanie dóbr lub usług w celu prowadzenia działalności gospodarczej
  4. Nieposiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na nabywanie dóbr lub usług w celu innym niż prowadzenie działalności gospodarczej
- III. Przedsiębiorca, do którego ma zastosowanie polskie prawo konkurencji
  1. Odróżnienie możliwości kształtowania konkurencji od wykonywania prerogatyw władzy publicznej
  2. Określenie zakresu kształtowania konkurencji przez przedsiębiorców zdefiniowanych w art. 4 pkt 1 lit. a) uokik i wyznaczenie granic możliwej ingerencji Prezesa UOKiK
- IV. Podsumowanie

### Streszczenie

Niniejszy artykuł poświęcony jest problematyce stosowania prawa konkurencji do oceny działań podmiotów wykonujących zadania publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego. Do tego typu organów zalicza się przede wszystkim podmioty operujące w obszarze redystrybucji składek zdrowotnych i składek na ubezpieczenie społeczne. Dlatego w artykule zawarto analizę działań Narodowego Funduszu Zdrowia oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Przedstawiono również różnice w podejściu do identyfikacji takich podmiotów jako przedsiębiorców podlegających prawu konkurencji na gruncie polskiego i unijnego prawa konkurencji. Wbrew niektórym opiniom, szczególne zadania realizowane przez te podmioty nie uzasadniają całkowitego wyłączenia ich spod kontroli antymonopolowej. Postulowane jest zastosowanie

\* Radca prawny; współnik w kancelarii Kieszowska Rutkowska Kolasiński Kancelaria Prawna sp. j.; doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

polskiego prawa konkurencji do wszystkich przejawów ich działań, które mogą kształtować konkurencję.

**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji; kształtowanie konkurencji; definicja przedsiębiorcy; podmioty wykonujące zadania publiczne; solidaryzm społeczny

## I. Wprowadzenie

Niedawno dobiegły końca prace legislacyjne związane z tzw. pakietem antykolejkowym, tj. zestawem ustaw mających polepszyć sytuację w ochronie zdrowia. W ich trakcie pojawił się także ważny wątek dotyczący prawa konkurencji. Mianowicie na początkowym etapie prac przewidywano zmianę art. 97 ust. 5 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych<sup>1</sup> (dalej: ustawa o świadczeniach), poprzez wprowadzenie rozwiązania, iż Narodowy Fundusz Zdrowia (dalej: NFZ) nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup> (dalej: uokik). W przypadku wprowadzenia tego rozwiązania, NFZ zostałby całkowicie wyłączony spod kontroli Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK)<sup>3</sup>.

Na etapie konsultacji przez Radę Ministrów ten kontrowersyjny przepis został na szczęście wykreślony z projektu. Jednakże prace nad nim wywołały szereg komentarzy dotyczących problemu stosowania prawa konkurencji do podmiotów wykonujących funkcje publiczne, w szczególności zaś, jak to miało miejsce w tym przypadku, funkcje publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego<sup>4</sup>. Podnoszono, iż szczególne zadania, jakie realizuje NFZ, związane ze zbieraniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i redystrybuowaniem ich na potrzeby ubezpieczonych, uzasadniają wyłączenie tego podmiotu spod kontroli antymonopolowej. W celu wzmocnienia argumentacji sformułowano m.in. tezę, iż takie rozwiązanie byłoby zgodne z orzecznictwem sądów unijnych.

Jak zwykle w tego typu sprawach bywa, ocena konkretnych sytuacji zależy od dokładnego zbadania okoliczności ich indywidualnych stanów faktycznych. Odwołując się do aksjologii uokik, która w art. 1 stanowi o „rozwoju i ochronie konkurencji” oraz funkcji, jaką ta ustawa pełni w polskim systemie prawnym, nieuzasadnionym wydaje się wychodzenie z generalnego założenia, iż wykonywanie funkcji publicznych zwalnia dane podmioty z kontroli antymonopolowej zawsze i w każdych okolicznościach. Oprócz wykonywanych funkcji publicznych, podmioty te podejmują działania, które kształtują konkurencję rynkową. Faktem jest, iż trudno znaleźć jakąkolwiek instytucję publiczną – poza tymi, których zakres działalności ogranicza się wyłącznie do działalności politycznej – której co najmniej pewne działania nie podlegałyby prawu konkurencji<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2008, Nr 164, poz. 1027, t.j. z późn. zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.).

<sup>3</sup> Szerzej na ten temat M. Kolasiński, *Ile nadzoru antymonopolowego nad rynkiem zdrowia*, „Rzeczpospolita”, 19.05.2014.

<sup>4</sup> Ministerstwo Zdrowia definiuje zasady solidaryzmu społecznego w następujący sposób: „System ubezpieczenia zdrowotnego w Polsce jest oparty na zasadzie solidaryzmu społecznego. Wynika z tego, że czynniki ryzyka (związane z wiekiem, stanem zdrowia, płcią itp.) są rozłożone na wszystkich ubezpieczonych, natomiast świadczenia dla osób o skrajnie złej sytuacji finansowej są finansowane z budżetu państwa. W ramach tej zasady jedna składka ubezpieczonego zapewnia prawo do świadczeń opieki zdrowotnej członkom rodziny. Ubezpieczenie zdrowotne gwarantuje, że wszyscy ubezpieczeni – bez względu na wysokość opłacanej składki – otrzymują kompleksową pomoc medyczną w zależności od potrzeb zdrowotnych. Wszyscy mają równy dostęp do tych samych świadczeń opieki zdrowotnej. Składka jest naliczana proporcjonalnie do wysokości zarobków ubezpieczonego, nie odgrywają tu żadnej roli: wiek, płeć, przebyte choroby czy ryzyko zdrowotne związane z wykonywaną pracą lub uprawianymi sportami”. Pobrano z: <http://www.mz.gov.pl/system-ochrony-zdrowia/powszechnie-ubezpieczenie-zdrowotne/zasady-solidaryzmu-spoecznego>.

<sup>5</sup> T. Prosser, *EU competition law and public services, [w:] Health systems governance in Europe. The role of European Union law and policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 321–322. Pobrano z: [http://www.euro.who.int/\\_data/assets/pdf\\_file/0005/138164/E94886\\_ch07.pdf](http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0005/138164/E94886_ch07.pdf).

Ze względu na obszerność tematyki, poza zakresem niniejszego artykułu pozostawiono dokładne omówienie zastosowania prawa konkurencji w odniesieniu do różnych podmiotów wykonujących funkcje publiczne<sup>6</sup>. Przedmiotem analizy objęto natomiast przykłady dwóch najważniejszych podmiotów, które działają na zasadach solidaryzmu społecznego w systemie ubezpieczeń zdrowotnych i społecznych, mianowicie NFZ i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ZUS).

Opracowanie stanowi próbę praktycznego spojrzenia na problem rozróżnienia sytuacji, kiedy te podmioty mogą podlegać prawu konkurencji, a kiedy, ze względu na wykonywane funkcje z zakresu solidaryzmu społecznego, zastosowanie do nich tego prawa nie ma uzasadnienia. Dokonanie przedmiotowego podziału nastrocza poważnych problemów. O ile bowiem istnieje wiele decyzji Prezesa UOKiK oraz wyroków sądowych potwierdzających naruszenia prawa konkurencji przez NFZ (np. w zakresie dyskryminacji świadczeniodawców kontraktujących z NFZ), o tyle brak jest decyzji i wyroków wyjaśniających, jakie czynności tych podmiotów nie są objęte oceną prawa konkurencji. Nie ma też wytycznych Prezesa UOKiK, które ułatwiałyby analizę czy dany podmiot wykonujący funkcje publiczne w pewnych okolicznościach może być uznany za przedsiębiorcę, czy też nie.

W obliczu powołanych niejasności interpretacyjnych praktycy sięgają pomocniczo do unijnych orzeczeń i dokumentów dotyczących podobnej tematyki. Trzeba jednak pamiętać o tym, iż uokik operuje pojęciem „przedsiębiorcy” tylko co do istoty odpowiadającym definicji wypracowanej w orzecznictwie unijnym<sup>7</sup>. Powoduje to, iż nie można bezkrytycznie przenosić unijnych rozstrzygnięć i analiz dotyczących podmiotów wykonujących funkcje publiczne do spraw polskich. Należy przy tym pamiętać, iż prawo konkurencji nie stanowi porządku zharmonizowanego w ramach Unii Europejskiej. Wynikająca z tego faktu krajowa autonomia w sferze kreowania krajowych norm dotyczących prawa konkurencji stanowi istotne tło dalszych wywodów. Kwestia braku jasności co do stosowania unijnego dorobku orzeczniczego w polskim prawie konkurencji została zasadnie wskazana m.in. przez M. Etela<sup>8</sup>: *„Warto bowiem wyraźnie zaznaczyć, że państwo członkowskie UE może posługiwać się własną (krajową) definicją oznaczającą podmioty wykonujące działalność gospodarczą, natomiast dopiero w stanach faktycznych zawierających element unijny (tzw. aspekt transgraniczny lub łącznik unijny) związane jest wykładnią pojęcia ukształtowaną w *acquis de l'union*”*. W powołanej publikacji M. Etel zawarł także, zdaniem autora, trafną propozycję wykładni pojęcia przedsiębiorcy na gruncie uokik, mającą także kluczowe znaczenie dla oceny statusu w świetle prawa konkurencji podmiotów, które działają na zasadach solidaryzmu społecznego.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie postulowanego podejścia do zastosowania prawa konkurencji wobec NFZ i ZUS. Powołane przykłady możliwych naruszeń prawa przez te podmioty są przy tym jedynie hipotezą badawczą na potrzeby analizy prawnej przedstawionej w niniejszym artykule i nie mogą być interpretowane jako sugestia rzeczywistego zaistnienia takich naruszeń. Wręcz przeciwnie, w założeniu niniejsze opracowanie ma mieć walor poznawczy, który pozwoli uniknąć potencjalnych naruszeń prawa konkurencji.

<sup>6</sup> Pośród obszerniejszych opracowań dotyczących tego tematu można polecić m.in. G. Materna, *Adresaci zakazu praktyk ograniczających konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, EPS 2009, nr 6, s. 29 i n.; G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Oficyna, Warszawa 2009.

<sup>7</sup> E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex nr 93487.

<sup>8</sup> Maciej Etel, *Kilka uwag dotyczących pojęcia „przedsiębiorcy” w prawie ochrony konkurencji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 3(3), s. 77.

Z uwagi na fakt, iż w powołanych wyżej dyskusjach dotyczących statusu NFZ w świetle prawa konkurencji komentatorzy odwoływali się do prawa unijnego, konstrukcję rozważań w artykule oparto na porównaniu rozwiązań unijnych i polskich. W celu rozszerzenia bazy porównawczej dyskursu w zakresie prawa unijnego odwołano się do dokumentu, którego treść szczególnie odpowiada przedmiotowi niniejszego artykułu. Chodzi mianowicie o wytyczne przygotowane przez byłego<sup>9</sup> brytyjski organ antymonopolowy Office of Fair Trading<sup>10</sup> (dalej: Wytyczne OFT), które odnoszą się m.in. do zastosowania unijnego prawa konkurencji do podmiotów wykonujących funkcje publiczne.

## II. Przedsiębiorca, do którego ma zastosowanie unijne prawo konkurencji

Na wstępie należy zaznaczyć, iż na gruncie prawa unijnego pojęciem znaczeniowo odpowiadającym „przedsiębiorcy” w prawie polskim jest „przedsiębiorstwo”. W celu zachowania spójności nazewnictwa w dalszej części artykułu zarówno na potrzeby prawa polskiego, jak i unijnego używany będzie termin „przedsiębiorca”.

W prawie unijnym nie wypracowano jednej obowiązującej definicji przedsiębiorcy, pochodzi ona z orzecznictwa. Wynika z niego, iż o przedsiębiorcy można mówić wtedy, kiedy, niezależnie od jego formy prawnej, podmiot ten jest zaangażowany w prowadzenie działalności gospodarczej (*economic activity*<sup>11</sup>). Nie musi być ona wyłącznym przedmiotem jego aktywności. Jeżeli jednak, poza innymi działaniami, dany podmiot podejmuje działalność gospodarczą, w tym zakresie powinien być uznany za przedsiębiorcę i podlegać regułom unijnego prawa konkurencji. To stanowisko nosi miano tzw. funkcjonalnego podejścia do definicji przedsiębiorcy, powodującego konieczność podejmowania zawsze indywidualnej analizy czy w danym stanie faktycznym i w odniesieniu do konkretnych czynności dany podmiot wykonuje funkcje przedsiębiorcy, czy też inne funkcje.

Stąd też w Wytycznych OFT poddano ocenie dwie formy działalności rynkowej podmiotów wykonujących funkcje publiczne, tj. oferowanie/dostarczanie oraz nabywanie dóbr lub usług, pod kątem tego, kiedy mogą stanowić działalność gospodarczą podlegającą prawu konkurencji.

W efekcie analiz przymiotów prowadzenia działalności gospodarczej przypisano oferowaniu/dostarczaniu dóbr lub usług tylko wtedy, kiedy ma charakter komercyjny, niezależnie od tego czy przynosi zysk, czy też nie. Natomiast oferowanie/dostarczanie dóbr lub usług niemające komercyjnego charakteru uznano za wykonywanie usług publicznych.

Z kolei w przypadku aktywności zakupowej podmiotów wykonujących funkcje publiczne Wytyczne OFT uznają, iż działalnością gospodarczą jest jedynie taka działalność zakupowa, kiedy nabywane dobra lub usługi są wykorzystywane w celu prowadzenia działalności gospodarczej przez te podmioty. W przypadku zaś, kiedy podmioty te kupują dobra lub usługi nie na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej (np. tylko na własne potrzeby), takiej działalności podmiotów wykonujących funkcje publiczne nie uznaje się za działalność gospodarczą podlegającą kontroli antymonopolowej.

Zbiornicze graficzne zestawienie tego podziału przedstawiono w tabeli 1.

<sup>9</sup> Z dniem 1 kwietnia 2014 r. Office of Fair Trading został zastąpiony przez Competition and Markets Authority, który powstał poprzez połączenie wspomnianego Office of Fair Trading oraz Competition Commission.

<sup>10</sup> *Public bodies and competition law. A guide to the application of the Competition Act 1998*, December 2011, OFT 1389. Pobrano z: <https://www.gov.uk/government/publications/public-bodies-and-competition-law>.

<sup>11</sup> Np. sprawa C-41/90 *Höfner & Elster v. Macrotron* [1991] ECR I-1979, par. 21.

**Tabela 1.** Stanowisko przedstawione w Wytycznych OFT w kwestii statusu w świetle unijnego prawa konkurencji podmiotów wykonujących funkcje publiczne

	<b>Status podmiotów wykonujących funkcje publiczne w świetle unijnego prawa konkurencji</b>	
	<b>Przedsiębiorcy</b>	<b>Nie – przedsiębiorcy</b>
<b>Definicja</b>	wszelkie podmioty niezależnie od ich formy prawnej, <u>ze względu na zaangażowanie w działalność gospodarczą</u>	wszelkie podmioty niezależnie od ich formy prawnej, <u>ze względu na brak zaangażowania w działalność gospodarczą</u>
<b>Rodzaje aktywności</b>		
<b>Oferowanie lub dostarczanie dóbr lub usług</b>	1) gdy oferowanie lub dostarczanie dóbr lub usług ma komercyjny charakter (niezależnie od tego czy dotyczy działalności generującej zysk)	2) gdy oferowanie lub dostarczanie dóbr lub usług nie ma komercyjnego charakteru, a charakter wyłącznie socjalny (w szczególności redystrybucyjna działalność z zakresu ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego)
<b>Nabywanie dóbr lub usług</b>	3) gdy nabywane dobra lub usługi wykorzystywane są następnie w celu prowadzenia działalności gospodarczej	4) gdy nabywane dobra lub usługi nie są wykorzystywane następnie w celu prowadzenia działalności gospodarczej

Źródło: Opracowanie własne.

Jak wynika z tabeli 1, koncepcja funkcjonalnego podejścia do zastosowania unijnego prawa konkurencji w stosunku do podmiotów wykonujących funkcje publiczne opiera się na dokładnej analizie konkretnych aktywności tych podmiotów. Poniżej przedstawiono przykłady takiej analizy, odwołując się do kolejnych punktów tabeli 1.

### **1. Posiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na komercyjne oferowanie lub dostarczanie dóbr lub usług**

Jeżeli pozwalają na to przepisy regulujące ich działalność, organy wykonujące funkcje publiczne często wykorzystują swoje zasoby lokalowe, taborowe, finansowe i inne do funkcjonowania na rynku w formie komercyjnej, niejako pobocznej i uzupełniającej wobec ich głównego zakresu działania.

Przykładowo, podmiot wykonujący funkcje publiczne może dysponować budynkiem w atrakcyjnej lokalizacji, w którym komercyjnie wynajmuje powierzchnie biurowe czy powierzchnie sal konferencyjnych. Zdarza się też, iż podmioty wykonujące funkcje publiczne dysponują własną drukarnią, która świadczy odpłatnie usługi także podmiotom trzecim. W przypadku oferowania lub sprzedaży tego typu usług nie ma podstaw, aby w tym zakresie działalność podmiotów wykonujących funkcje publiczne wyłączać spod oceny prawa konkurencji.

Tego typu sytuacja była oceniana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *MOTOE*<sup>12</sup>, gdzie poza wykonywaniem zadań z zakresu władzy publicznej, podmiot podejmował

<sup>12</sup> Sprawa C-49/07, *MOTOE v. Elliniko Dimisio* [2008] ECR-I-4863, par. 25.

działania o charakterze gospodarczym, związane z reklamą, sponsoringiem i ubezpieczeniami. W wyroku stwierdzono:

„Co się tyczy ewentualnego wpływu wykonywania prerogatyw władzy publicznej na uznanie osoby prawnej, takiej jak ELPA, za przedsiębiorstwo w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji, należy stwierdzić, jak uczyniła to rzecznik generalna w pkt 49 swej opinii, że okoliczność, iż jednostka dysponuje, w zakresie wykonywania części swej działalności, prerogatywami władzy publicznej, nie stanowi sama w sobie przeszkody w uznaniu jej za przedsiębiorstwo w świetle wspólnotowego prawa konkurencji w zakresie pozostałej części działalności o charakterze gospodarczym (wyrok z dnia 24 października 2002 r. w sprawie C82/01 P *Aéroports de Paris* przeciwko *Komisji*, Rec. s. I9297, pkt 74). Rozróżnienia między działalnością wynikającą z wykonywania prerogatyw władzy publicznej a działalnością gospodarczą należy dokonywać odrębnie dla każdego rodzaju działalności wykonywanej przez daną jednostkę”.

## 2. Nieposiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na niekomercyjne oferowanie lub dostarczanie dóbr lub usług

To przede wszystkim w tym zakresie przejawia się redystrybucyjna rola podmiotów, które działają na zasadach solidaryzmu społecznego, powiązana z zarządzaniem przez te podmioty składkami płaconymi przez ubezpieczonych.

Ograniczone zasoby finansowe pochodzące ze zbieranych składek, a jednocześnie koncepcja solidaryzmu społecznego przewidująca objęcie opieką zdrowotną i społeczną ogółu obywateli powodują, że zbieranie składek i rozdzielanie przysługujących w zamian za nie świadczeń wykonywane są niekoniecznie w najbardziej obiektywny sposób. Ten solidaryzm społeczny daje podstawy do niestosowania także prawa konkurencji w sytuacjach, kiedy określone podmioty działają w zakresie wykonywania zadań publicznych związanych z redystrybuując ograniczonych dóbr.

Należy przy tym podkreślić, iż aby działania tych podmiotów nie podlegały ocenie na gruncie prawa konkurencji, muszą mieć one wyłącznie charakter socjalny. Aktywność, która zasadniczo ma cechy komercyjne, podlega nadal kontroli antymonopolowej, nawet jeżeli częściowo nosi cechy działalności socjalnej<sup>13</sup>.

W odniesieniu do podmiotów operujących w zakresie obowiązkowych systemów ubezpieczeń podlegających kontroli państwowej, sądy unijne uznawały ich działalność za wyłącznie socjalną, kiedy spełnione były trzy przesłanki, tj. systemy ubezpieczeń zapewniały ubezpieczonym świadczenia niezależnie od ich statusu finansowego i stanu zdrowia, nie brały pod uwagę poziomu składek ubezpieczonych na potrzeby dostarczania świadczeń oraz nie były działalnością zyskową<sup>14</sup>.

## 3. Posiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na nabywanie dóbr lub usług w celu prowadzenia działalności gospodarczej

W oparciu o rozstrzygnięcia w sprawie FENIN<sup>15</sup> w Wytycznych OFT wskazano, iż w przypadku, kiedy podmioty wykonujące funkcje publiczne są uznawane za przedsiębiorców w zakresie

<sup>13</sup> Np. sprawa C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751, par. 86.

<sup>14</sup> Wytyczne OFT, s. 17–18; np. Sprawa C-159/91, *Poucent and Pistre* [1993] ECR I-637, par. 10.

<sup>15</sup> Sprawa C-205/03, *FENIN v. Commission* [2006] ECR I-6295.

prowadzonej przez nie działalności gospodarczej, to także ich działalność zakupowa na te potrzeby powinna być uważana za działalność gospodarczą.

Dzieje się tak najczęściej w sytuacji, kiedy produkty lub usługi są kupowane przez ww. podmioty jako wkład do formułowania własnych produktów lub usług.

#### **4. Nieposiadanie statusu przedsiębiorcy ze względu na nabywanie dóbr lub usług w celu innym niż prowadzenie działalności gospodarczej**

Także w tym zakresie stanowisko przedstawione w Wytycznych OFT odwołuje się do rozstrzygnięcia w sprawie *FENIN*. Przedmiotem tej sprawy była skarga Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), organizacji skupiającej dostarczających produkty i usługi do hiszpańskich szpitali. FENIN poskarżył się Komisji Europejskiej, iż organizacje zarządzające hiszpańskim systemem ochrony zdrowia nadużywały swojej pozycji dominującej poprzez odraczanie płatności za dostawy zaległych na rzecz członków FENIN. Komisja Europejska, a następnie Sąd Pierwszej Instancji, odrzuciły skargę z uwagi na fakt, iż organizacje zarządzające hiszpańskim systemem ochrony zdrowia nie działały jako przedsiębiorcy w ramach zakupów od członków FENIN.

Podmioty te nie działały jako przedsiębiorcy, ponieważ nie kupowały tych produktów lub usług w celu prowadzenia działalności gospodarczej, ale na potrzeby realizacji bezpłatnych świadczeń w ramach ubezpieczenia opartego na zasadzie solidaryzmu społecznego. O tym czy podmiot wykonujący funkcje publiczne działał jako przedsiębiorca nie decydowała tu więc sama działalność zakupowa, ale cel, dla którego była ona prowadzona.

#### **5. Konkluzje**

Z analizy wszystkich ww. punktów wynika zatem jednoznacznie, iż **w świetle orzecznictwa unijnego niezbędnym warunkiem zastosowania unijnego prawa konkurencji do jakiegokolwiek podmiotu niezależnie od jego formy prawnej, a zatem przyznania takiemu podmiotowi statusu przedsiębiorcy na gruncie prawa unijnego konkurencji, istnieje możliwość przypisania mu prowadzenia działalności gospodarczej.**

Stąd też potrzebna jest tak dokładna analiza poszczególnych przejawów aktywności tych podmiotów, decydująca o możliwości zastosowania do nich prawa konkurencji. Należy przy tym podkreślić, iż powyższe konkluzje dotyczą wyłącznie stosowania unijnego prawa konkurencji.

Tymczasem w praktyce zawodowej autora zdarza się analizować interpretacje prawne, prowadzone nie na gruncie unijnego, ale wyłącznie polskiego prawa konkurencji, które wprost odwołują się np. do powołanej sprawy FENIN, aby uzasadnić brak możliwości zastosowania polskiego prawa konkurencji do oceny działalności NFZ czy ZUS. Przykładowo, powoływane są argumenty, że NFZ lub ZUS nie nabywają od dostawców usług na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej, ale jedynie w celu dostarczenia świadczeń osobom ubezpieczonym, dlatego też nie mogą być uznane za przedsiębiorcę na potrzeby prawa konkurencji (zgodnie z tokiem rozumowania przedstawiony w pkt 4 powyżej).

Biorąc to pod uwagę, należy stwierdzić, iż **o ile taki sposób analizy działań podmiotów wykonujących funkcje publiczne, w szczególności podmiotów, które działają na zasadach solidaryzmu społecznego w systemie ubezpieczeń zdrowotnych i społecznych, jest uzasadniony zastosowaniem unijnego prawa konkurencji, o tyle nie powinien on być stosowany na gruncie polskiego prawa konkurencji, o czym szerzej w pkt III.**

### III. Przedsiębiorca, do którego ma zastosowanie polskie prawo konkurencji

Unijna koncepcja przedsiębiorcy na potrzeby stosowania prawa konkurencji tylko co do zasady<sup>16</sup> odpowiada definicji przedsiębiorcy na potrzeby stosowania polskiego prawa konkurencji.

Art. 4 pkt 1 uokik stanowi, iż przez „przedsiębiorcę” rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>17</sup> (dalej: usdg). Uokik zawiera przy tym dodatkowo także odrębną, rozszerzającą w stosunku do usdg kategorię przedsiębiorcy. Jest to podmiot określony w art. 4 pkt 1 lit. a) uokik, tzn. osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

W oparciu o decyzje opublikowane na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów należy stwierdzić, iż to ten przepis był dotychczas wykorzystywany przez Prezesa UOKiK do uzasadnienia statusu NFZ jako przedsiębiorcy. Najczęściej NFZ uznawano za podmiot dominujący w zakresie organizowania systemu opieki zdrowotnej<sup>18</sup>.

Niestety uokik nie zawiera definicji legalnej pojęcia „usługi o charakterze użyteczności publicznej”. Stosując wykładnię systemową należy się w tym przypadku posłużyć ustawą o gospodarce komunalnej<sup>19</sup> (dalej: ukg). Zgodnie z dyspozycją art. 1 ust. 2 ukg, poprzez zadania o charakterze użyteczności publicznej należy w szczególności rozumieć aktywność, której celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się przy tym na rozszerzającą wykładnię pojęcia „usługi użyteczności publicznej”. Powoływana jest m.in. uchwała Trybunału Konstytucyjnego<sup>20</sup>, w której wskazano:

„Należy zgodzić się z Prokuratorem Generalnym, że zadania określone w pkt 4 ust. 1 art. 4, jako mające charakter „użyteczności publicznej” należy rozumieć możliwie najszerzej i wydaje się, że winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym między innymi: zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych itp.”.

Analiza art. 97 ustawy o świadczeniach, który zawiera otwarty katalog zakresu działalności NFZ, niebicie wskazuje, iż instytucja ta m.in. poprzez „określanie jakości i dostępności oraz analizę kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej” realizuje cel o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa. Ze względu na specyfikę działania NFZ bezspornym jest, iż jego aktywność jest

<sup>16</sup> Jak wskazano wyżej, poza zakresem niniejszego artykułu pozostaje szczegółowa analiza rozbieżności w obu definicjach, ponieważ nie ma ona wpływu na główny wątek analizy opracowania.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2013, Nr 672 t.j.z późn. zm.).

<sup>18</sup> Np. Decyzja Prezesa UOKiK z 23 grudnia 2013 r., Nr RWR 42/2013; Decyzja Prezesa UOKiK z 28 grudnia 2011 r., Nr RKT 51/2011; Decyzja Prezesa UOKiK z 16 marca 2011 r., Nr DOK – 2/2011.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. 2011, Nr 45, poz. 236 z późn. zm.).

<sup>20</sup> Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt. W 8/96.



„bieżąca” i „nieprzerwana” pod względem świadczenia konkretnych usług dostępnych dla każdego płatnika w celu zaspokojenia istotnych potrzeb zdrowotnych.

Analogicznie, art. 68 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych<sup>21</sup> (dalej: usus) wśród licznych zadań stawianych przed ZUS wymienia np. „ustalenie uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych oraz wypłacanie tych świadczeń (...)” i tym samym nie pozostawia wątpliwości, iż zinstytucjonalizowany poprzez usus model solidaryzmu społecznego zaspokaja na „bieżąco” i „nieprzerwanie” potrzeby ludności w drodze świadczenia usług dostępnych dla każdego objętego dobrodziejstwem zabezpieczenia społecznego.

Konkludując, uzasadnione zdaje się być utożsamianie działalności NFZ z „organizacją usług o charakterze użyteczności publicznej”<sup>22</sup>, aktywność ZUS zawiera się zaś w „świadczeniu usług o charakterze użyteczności publicznej”<sup>23</sup>. Spełnienie tych przesłanek pozwala na zastosowanie art. 4 pkt 1 lit. a) uokik i uznanie wyżej przedstawionych podmiotów za „przedsiębiorców” w rozumieniu uokik (a więc definitywnie szerzej niż w usdg).

**Z powyższego wynika także, że na potrzeby stosowania polskiego prawa konkurencji status przedsiębiorców uzyskują podmioty mogące nie być uznawanymi za przedsiębiorców w orzecznictwie wydawanym na tle stosowania unijnego prawa konkurencji.**

Konkluzja ta ma znaczenie praktyczne, ponieważ powoduje konieczność zastosowania dużej ostrożności w odwoływaniu się do orzeczeń unijnych w trakcie analizy, wyłącznie na gruncie polskiego prawa konkurencji, zachowań podmiotów wykonujących funkcje publiczne. Oceny Komisji Europejskiej czy sądów unijnych, iż działania określonej kategorii podmiotów nie naruszają unijnego prawa konkurencji mogą bowiem wynikać wyłącznie z faktu, iż te podmioty nie mają przymiotu przedsiębiorców na gruncie prawa unijnego, ponieważ nie wykonują działalności gospodarczej. Jednocześnie tego rodzaju podmioty niewykonujące działalności gospodarczej mogą być przedsiębiorcami na gruncie polskiego prawa konkurencji, a ich zachowania mogą naruszać to prawo.

Powstają przy tym zasadnicze wątpliwości, rozważane poniżej, do jakiego stopnia polskie prawo konkurencji może ingerować w działalność podmiotów organizujących lub świadczących usługi o charakterze użyteczności publicznej.

## 1. Odróżnienie możliwości kształtowania konkurencji od wykonywania prerogatyw władzy publicznej

Jak słusznie wskazuje M. Etel „(...) *ratio legis* ustawy antymonopolowej ukazuje, że celem definicji pojęcia przedsiębiorcy w uokik **nie jest określenie podmiotów uznawanych za przedsiębiorców, lecz określenie podmiotów, które mogą zakłócić, ograniczyć lub wyeliminować konkurencję** i w konsekwencji związane ich zakazami przewidzianymi przepisami tej ustawy”<sup>24</sup>.

Dalej M. Etel wskazuje, iż „Definicja przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 uokik nie została zatem przyjęta w celu identyfikacji przedsiębiorcy. Jej priorytetowym założeniem jest bowiem ochrona

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2013, poz. 1442 z późn. zm.).

<sup>22</sup> Jako potwierdzenie tego stanowiska w orzecznictwie można podać np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2012 r., sygn. VI ACa 1142/11 (niepublikowany), w którym uznano, iż NFZ organizując usługi zdrowotne poprzez zawieranie umów ze świadczeniobiorcami, świadczy usługi o charakterze użyteczności publicznej. Dalszy wywód Sądu stanowił wypełnienie dyspozycji wspomnianego art. 4 pkt 1a) uokik, a więc – uznanie, iż usługi te służą zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

<sup>23</sup> Brak jest na stronie internetowej: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl) jakichkolwiek decyzji Prezesa UOKIK, których rozważano tę kwestię.

<sup>24</sup> M. Etel, Kilka uwag dotyczących pojęcia „przedsiębiorcy” w prawie ochrony konkurencji, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 3(3), s. 80.

konkurencji i uczestników opartego na konkurencji rynku przed działaniem przedsiębiorców **oraz innych podmiotów, których zachowania mogą konkurencję kształtować**<sup>25</sup>.

Z kolei M. Szydło wskazuje, iż ta definicja art. 4 pkt 1 uokik ma na celu objęcie kontrolą antymonopolową tych podmiotów, które **nie prowadząc działalności gospodarczej w rozumieniu komercyjnym, wywierają jednak wpływ na konkurencję rynkową z uwagi na pełnione funkcje**. Pozostawienie ich poza zakresem pojęcia „przedsiębiorca” mogłoby wywołać niekorzystne następstwa z punktu widzenia konieczności ochrony wartości gwarantowanych uokik<sup>26</sup>.

W celu zastosowania polskiego prawa konkurencji do podmiotów wykonujących lub organizujących usługi o charakterze użyteczności publicznej nie chodzi zatem, jak w przypadku zastosowania prawa unijnego, o udowodnienie, że taki podmiot prowadzi działalność gospodarczą i w ramach jej wykonywania negatywnie wpływa na konkurencję. Nie ma więc potrzeby analizować, jak w sprawie FENIN czy i w jakim zakresie NFZ lub ZUS wykonują działalność gospodarczą.

Konieczne jest natomiast zidentyfikowanie okoliczności, w jakich NFZ lub ZUS, nawet nie wykonując działalności gospodarczej, swoimi działaniami kształtują konkurencję i czy nie czynią tego sprzecznie z regułami polskiego prawa konkurencji. Możliwość kształtowania konkurencji jest zasadniczym problemem interpretacyjnym, wyznaczającym barierę stosowania wobec NFZ lub ZUS prawa konkurencji.

Za przykłady kształtowania konkurencji należałoby uznać okoliczności, w których te podmioty mogą swoim działaniem wpływać na sytuację rynkową przedsiębiorców funkcjonujących na rynku (szerzej na ten temat niżej w pkt 2). **Natomiast wykonywanie przez NFZ czy ZUS przydzielonych im zadań publicznych niemających obiektywnego wpływu na działalność przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, należałoby uznać za obszar pozostający poza kontrolą prawa konkurencji.**

Art. 97 ust. 2 ustawy o świadczeniach, zgodnie z którym, w zakresie środków pochodzących ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, NFZ działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych oraz osób uprawnionych do tych świadczeń na podstawie przepisów o koordynacji. Do zakresu działania NFZ należy również w szczególności określanie jakości i dostępności świadczeń opieki zdrowotnej. Te prerogatywy NFZ nie podlegają kontroli antymonopolowej, a Prezes UOKiK nie jest prawidłowym adresatem potencjalnych skarg pacjentów, np. na długie kolejki oczekiwania na zabiegi finansowe przez NFZ czy też na jakość tych zabiegów.

W odniesieniu do ZUS takim zadaniem publicznym wyłączonym spod oceny prawa konkurencji może być np. wskazana w art. 68 ust. 1 usus realizacja przepisów o ubezpieczeniach społecznych, a w szczególności stwierdzanie i ustalanie obowiązku ubezpieczeń społecznych czy ustalanie uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych oraz wypłacanie tych świadczeń. W efekcie, gdy praktyka ZUS w kwestii przyznawania uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych budzi wątpliwości, osoby niezadowolone z tej praktyki nie mają podstaw do złożenia zawiadomienia do Prezesa UOKiK o nadużywaniu przez ZUS pozycji dominującej.

To tylko w tej warstwie działań NFZ i ZUS przejawia się solidaryzm społeczny dający podstawy do niestosowania prawa konkurencji w sytuacjach, kiedy określone podmioty działają w zakresie wykonywania zadań publicznych związanych z redystrybuując ograniczonych dóbr. **Jednocześnie**

<sup>25</sup> Ibidem, s. 81.

<sup>26</sup> M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna 2010, Lex nr 113057.

**te zadania NFZ i ZUS, wykonywane w ramach solidaryzmu społecznego i nie kształtujące konkurencji rynkowej, nie są przeszkodą dla kontrolowania tych podmiotów na gruncie prawa konkurencji w odniesieniu do ich działań kształtujących konkurencję.**

Warto przedstawić tę dystynkcję na konkretnych przykładach. Zasada solidaryzmu społecznego realizowana przez NFZ wyraża się m.in. w określaniu jakości i dostępności świadczeń opieki zdrowotnej. NFZ podejmuje więc m.in. decyzje w kwestii standardu usług kupowanych od świadczeniodawców na rzecz pacjentów, którym należą się świadczenia z tytułu płaconych składek. Organizując przetarg na świadczenie usług zdrowotnych, NFZ określa więc wymagania, co do zakresu tych usług oraz rodzaju personelu, urządzeń i wyrobów, za pomocą których mają być one świadczone. Pacjenci mogą być niezadowoleni z tego, iż za płaconą składkę NFZ gwarantuje im tylko pewien standard lub zakres usługi. Jednak pacjenci nie mogą poskarżyć się Prezesowi UOKiK na NFZ, ponieważ prerogatywy do określenia standardu usług w ramach posiadanych środków finansowych stanowią realizację zasad solidaryzmu społecznego przez NFZ. Jeżeli jednak, określiwszy już te standardy, NFZ zbiera oferty od świadczeniodawców na dostarczenie usług według tych standardów, a następnie zawiera z nimi umowy, to czynności te powinny być już traktowane jako działania kształtujące konkurencję oferentów tego rodzaju usług i podlegać ocenie na gruncie prawa konkurencji. Jeżeli zdarzyłoby się, iż świadczeniodawcy byłiby dyskryminowani przez NFZ w wyborze ofert, nie powinno mieć znaczenia, że te oferty były składane na dostarczenie usług będących świadczeniami z tytułu płaconych składek zdrowotnych.

Podobnie rzecz się ma w przypadku ZUS, który samodzielnie decyduje komu należy się świadczenie emerytalne i Prezes UOKiK nie ma uprawnień, aby ingerować w te kompetencje. Jeżeli jednak w celu realizacji tych kompetencji ZUS musiałby zakupić usługi zewnętrzne od niezależnych przedsiębiorców, np. ekspertyzę lekarską czy usługi pocztowe polegające na przesłaniu świadczeń socjalnych ubezpieczonym, także w tym zakresie kształtowałby konkurencję oferentów tego typu usług.

## **2. Określenie zakresu kształtowania konkurencji przez przedsiębiorców zdefiniowanych w art. 4 pkt 1 lit. a) i wyznaczenie granic możliwej ingerencji Prezesa UOKiK**

Art. 4 pkt 1 lit. a) uokik przyznaje status przedsiębiorcy podmiotom wymienionym w tym przepisie, ponieważ z uwagi na wykonywane przez nie działania organizowania lub świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej, nawet nie będące działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej<sup>27</sup>, kształtują one konkurencję.

Jednoznacznie z tego wynika, iż wykonywanie lub świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej jest niezbędną przesłanką do nadania danemu podmiotowi statusu przedsiębiorcy. Natomiast rodzi wątpliwości inna kwestia, tzn. do jakich działań tak określonego przedsiębiorcy mogą mieć zastosowanie przepisy prawa konkurencji.

W dotychczasowej praktyce Prezesa UOKiK przeważały decyzje, w których nadużycie pozycji dominującej NFZ stwierdzano w ramach kontraktowania usług opieki zdrowotnej, a więc kupowania tych usług od świadczeniodawców na potrzeby realizacji świadczeń na rzecz osób ubezpieczonych. Prezes UOKiK utożsamiał proces kontraktowania usług opieki zdrowotnej z organizowaniem

<sup>27</sup> W doktrynie podnoszone są głosy, iż zgodnie z prawidłową interpretacją za przedsiębiorcę należy także uznać podmiot organizujący lub świadczący usługi użyteczności publicznej mające charakter działalności gospodarczej. Szerzej na ten temat w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex nr 61572.

systemu opieki zdrowotnej, np.: „Innymi słowy, w procesie kontraktowania umów określa on zasady i warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, co oznacza, że organizuje system opieki zdrowotnej. Organizowanie systemu opieki zdrowotnej jest realizowaniem obowiązków w zakresie ochrony zdrowia ubezpieczonych, czyli organizowaniem zadań publicznych w zakresie określonym w art. 68 Konstytucji RP”<sup>28</sup>.

W przeważającej części decyzji Prezesa UOKiK przeciwko NFZ nie ma jednak odpowiedzi na pytanie: czy w ramach kontraktowania od dostawców zewnętrznych usług innych niż usługi opieki zdrowotnej, NFZ podlega także regułom prawa konkurencji, czy też nie. Jest to konsekwencją charakteru zarzutów stawianych w tym sprawach – tj. zarzutów nadużycia pozycji dominującej NFZ w ramach zawierania kontraktów ze świadczeniodawcami na dostawę usług opieki zdrowotnej. W tych sprawach fakt organizowania opieki zdrowotnej, czyli usług o charakterze użyteczności publicznej, decydował więc jednocześnie o dwóch kwestiach – po pierwsze, że NFZ można było uznać za przedsiębiorcę w świetle art. 4 pkt 1 lit. a) uokik; po drugie, że NFZ na tak określonym rynku organizowania usług opieki zdrowotnej miał pozycję dominującą. Naturalną kolejną rzeczą było, iż w sytuacjach o naruszenie pozycji dominującej przez NFZ stwierdzano to naruszenie na rynku właściwym organizowania usług związanych z usługami opieki zdrowotnej.

Natomiast w sytuacji, kiedy zarzut może dotyczyć nie nadużycia pozycji dominującej, ale niedozwolonego porozumienia z udziałem NFZ, to naruszenie prawa niekoniecznie musi być związane z zakupem usług opieki zdrowotnej. Mogą to być także inne usługi lub towary związane z funkcjonowaniem NFZ.

Nie ma niestety ugruntowanego orzecznictwa rozstrzygającego kwestię czy w celu oceny na gruncie prawa konkurencji działań NFZ, w zakresie zakupu tych innych usług lub towarów, muszą być one w jakikolwiek sposób powiązane ze świadczeniem usług zdrowotnych.

W jednej z nielicznych spraw przeciwko NFZ dotyczących nabywania przez NFZ nie usług zdrowotnych, ale innych towarów, Prezes UOKiK stwierdził zawarcie niedozwolonego porozumienia pomiędzy NFZ a dostawcą oprogramowania komputerowego „na krajowym rynku programów komputerowych działających w Narodowym Funduszu Zdrowia”<sup>29</sup>. W decyzji stwierdzono, że wyznaczenie rynku właściwego w tej sprawie wymagało przedstawienia struktury rynków, które „wzajemnie się przeplatają i wpływają na siebie”. Jako pierwszy taki rynek wskazano krajowy rynek organizowania świadczeń zdrowotnych, na którym działa NFZ. Następnie wyjaśniono, że „**Aby rynek ten mógł sprawnie funkcjonować niezbędne są określone narzędzia wspomagające jego funkcjonowanie.** Narzędzia takie stanowią między innymi programy komputerowe działające w NFZ, a służące rejestracji i monitorowaniu oraz rozliczaniu świadczeń zdrowotnych wykonywanych przez świadczeniodawców w ramach zawartych z NFZ kontraktów-umów”<sup>30</sup>. Z tego względu, jako drugi rynek właściwy, na jaki niedozwolone porozumienie miało wpływ, wskazano właśnie krajowy rynek programów komputerowych działających w Narodowym Funduszu Zdrowia.

Z powyższego wynika, iż oceniając naruszenie prawa konkurencji w ramach zakupu przez NFZ nie usług opieki zdrowotnej, ale innych towarów (w tym przypadku programów komputerowych), Prezes UOKiK przyjął, iż te inne towary mają pomocniczy charakter w stosunku do usług

<sup>28</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r., Nr RŁO 57/2013, s. 34.

<sup>29</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26 października 2009 r., Nr RLU 21/2009, s. 2.

<sup>30</sup> Ibidem, s. 40.

opieki zdrowotnej. Treść zacytowanego stwierdzenia nie daje jednak pewności czy zdaniem Prezesa UOKiK ten pomocniczy charakter towarów został podkreślony w ramach zwykłego opisu ich cech, czy też pomocniczość tych towarów wobec usług opieki zdrowotnej stanowiła przesłankę niezbędną do oceny, czy w ramach ich zakupu NFZ może naruszać prawo.

**Zdaniem autora, działania zakupowe NFZ powinny podlegać prawu konkurencji niezależnie do tego czy można wykazać pomocniczość kupowanych towarów lub usług w stosunku do usług opieki zdrowotnej organizowanych przez NFZ, czy też nie.**

Art. 4 pkt 1 lit. a) uokik odwołuje się do usług użyteczności publicznej tylko w celu wskazania, że podmiot świadczący lub organizujący usługi o charakterze użyteczności publicznej podlega regulacjom prawa konkurencji, jest na potrzeby uokik uznawany za przedsiębiorcę. Przepis ten nie mówi jednak o tym, iż działalność tak zidentyfikowanego podmiotu może być oceniana na gruncie prawa konkurencji tylko wtedy, kiedy wywiera wpływ na konkurencję w związku z czynnościami zakupowymi towarów lub usług powiązanych z usługami użyteczności publicznej.

Zresztą trudno byłoby nawet wiarygodnie zidentyfikować w praktyce granicę, kiedy to powiązanie występowałoby, a kiedy nie. W cytowanej wyżej sprawie Prezes UOKiK uznał za narzędzie wspomagające organizowanie świadczeń zdrowotnych programy komputerowe służące rejestracji i monitorowaniu oraz rozliczaniu świadczeń zdrowotnych wykonywanych przez świadczeniodawców. Prawdopodobnie więc, tak samo powinno być traktowanie kontraktowanie przez NFZ np. zakupu szaf na akta, ponieważ mogą być one używane do przechowywania dokumentów rozliczeń ze świadczeniodawcami, czy biurka dla urzędników NFZ zajmujących się obsługą kontraktów ze świadczeniodawcami. Podobnie zakup przez NFZ usług reklamowych w celu informowania społeczeństwa o swojej działalności powinien być także uznawany za zakup „narzędzia wspomagającego funkcjonowanie rynku organizowania świadczeń zdrowotnych”. Mało prawdopodobne jest znalezienie działań zakupowych NFZ, które nie miałyby choćby pośredniego charakteru wspomagającego działania ZUS jako organizatora systemu opieki zdrowotnej.

Dodatkową argumentacją jest także to, iż art. 4 pkt 1 lit. a) uokik nie jest skonstruowany tak, jak np. art. 4 pkt 1 lit. c) uokik, który status przedsiębiorcy przyznaje osobie fizycznej posiadającej kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej, ale tylko w sytuacjach, kiedy ta osoba podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji. Ta definicja ma więc mieszany charakter podmiotowo-przedmiotowy. Tylko jeżeli jej dwa elementy są spełnione, osoba fizyczna może podlegać regułom prawa konkurencji. Jeżeli natomiast dana osoba fizyczna nawet kontroluje przedsiębiorcę, ale nie wykonuje dalszych działań koncentracyjnych, nie jest uznawana za przedsiębiorcę na gruncie uokik. Tymczasem, art. 4 pkt 1 lit. a) uokik nie wprowadza takiej podmiotowo-przedmiotowej definicji, a jedynie test podmiotowy – kto spełnia warunki przewidziane w tym przepisie jest uznawany za przedsiębiorcę.

**A przedsiębiorca powinien przestrzegać prawa konkurencji we wszystkich jego działaniach mogących kształtować konkurencję, niezależnie od tego, jakich rynków właściwych one dotyczą i czy są one powiązane z zasadniczym zakresem usług o charakterze użyteczności publicznej, które świadczy lub organizuje ten podmiot.**

Nie waga w wymiarze społecznym określonych usług świadczonych lub organizowanych przez dany podmiot decyduje bowiem czy działalność tego podmiotu jest objęta prawem konkurencji. Gdyby tak było, ustawodawca powinien zapewne przyjąć, iż regulacjami prawa konkurencji

powinny być także objęte podmioty nieprowadzące działalności gospodarczej, ale świadczące lub organizujące równie ważne społecznie usługi, np. o charakterze religijnym. To nie jest jednak rola prawa konkurencji. To, że ustawodawca kazał na potrzeby uokik uznawać za przedsiębiorców podmioty świadczące lub organizujące usługi o charakterze użyteczności publicznej wynika zapewne z faktu **wagi ekonomicznej** tego typu usług, a tym samym ich przełożenia na stan konkurencji rynkowej. Będąc przedsiębiorcami w zakresie świadczenia lub organizowania tego typu usług określone podmioty mogą kształtować, i w praktyce kształtują, konkurencję nie tylko na rynkach właściwych związanych z tymi usługami, lecz także na jakichkolwiek innych rynkach właściwych, które, jak określił Prezes UOKiK w cytowanej wyżej decyzji, „wzajemnie się przeplatają i wpływają na siebie”. Stąd kontrolą antymonopolową w świetle prawa konkurencji powinna być objęta całość, a nie tylko wycinek działań tego typu przedsiębiorców kształtujących konkurencję.

Ta konkluzja odnosi się zarówno do NFZ, którego dotyczyły powoływane wyżej decyzje Prezesa UOKiK, jak i do ZUS, w stosunku do którego Prezes UOKiK nie wydawał dotychczas decyzji w sprawie naruszenia prawa konkurencji. Jednakże, jak wskazano wyżej, ZUS także może być uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a) uokik, a zatem aktualne pozostają wobec niego uwagi przedstawione w stosunku do NFZ.

## V. Podsumowanie

Celem artykułu było przedstawienie na konkretnych przykładach podejścia do zastosowania prawa konkurencji wobec podmiotów wykonujących funkcje publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego. Zdaniem autora, interpretacja przedstawiona w artykule pozostaje w zgodzie z założeniami aksjologicznymi wyrażonymi w art. 1 uokik, iż ustawa ta ma na celu stworzenie warunków do wspierania oraz ochrony konkurencji dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego.

Choć NFZ i ZUS są przedsiębiorcami w świetle art. 4 pkt 1 lit. a) uokik, często są utożsamiane z organami administracji wykonującymi wyłącznie funkcje polityczne, z zakresu imperium państwa, niepodlegające prawu konkurencji. Tymczasem zarówno NFZ, jak i ZUS, będąc przedsiębiorcami w świetle uokik, podejmują działania zakupowe wartości dziesiątek czy setek milionów złotych, kształtujące konkurencję po stronie dostawców określonych towarów lub usług, często na wiele lat. Z doniesień prasowych wynika, iż działania te budzą zastrzeżenia pod kątem potencjalnych naruszeń prawa konkurencji, w szczególności w trakcie organizowanych przetargów<sup>31</sup>. Wypowiadają się też krytycznie na ten temat organy państwowe<sup>32</sup>. Postulowane byłoby, aby w polskim orzecznictwie antymonopolowym dotyczącym tych podmiotów wypracowano podejście, które pozwoliłoby na kontrolowanie wszystkich ich działań, które mogą mieć wpływ na kształtowanie przez nie konkurencji rynkowej.

Niewątpliwie dodatkowym ułatwieniem dla praktyków byłoby przygotowanie przez Prezesa UOKiK wytycznych, podobnych do Wytycznych OFT, które kompleksowo odnosiłyby się do problematyki stosowania prawa konkurencji do podmiotów podlegających uokik ze względu na świadczenie lub organizowanie przez nie usług o charakterze użyteczności publicznej, ze szczególnym uwzględnieniem usług świadczonych w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego.

<sup>31</sup> Np. *Nowy szpital na wojnie z NFZ. Zarzut: ustawianie przetargów*, Gazeta Wyborczej. Pobrano z: [http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,10039683,Nowy\\_Szpital\\_na\\_wojnie\\_z\\_NFZ\\_Zarzut\\_ustawianie\\_przetargow.html](http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,10039683,Nowy_Szpital_na_wojnie_z_NFZ_Zarzut_ustawianie_przetargow.html).

<sup>32</sup> Np. informacja Naczelnej Izby Kontroli: *Kolegium NIK o przetargach informatycznych w ZUS*. Pobrano z: <http://www.nik.gov.pl/aktualnosci/kolegium-nik-o-przetargach-informatycznych-w-zus.html>.