

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 7/2016

**Logaland ehf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

##### Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 30. nóvember 2016 hefur Logaland ehf. (hér eftir nefnt áfrýjandi), kært til áfrýjunarnefndar samkeppnismála ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2016 um að ekki væru forsendur til að aðhafast frekar í tilefni af erindi áfrýjanda frá 30. nóvember 2012.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og lagt verði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið til rannsóknar og málsmeðferðar að nýju.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

#### II

##### Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Áfrýjandi kvartaði til Samkeppniseftirlitsins, með bréfi dags. 30. nóvember 2012, undan háttsemi Landspítala, og eftir atvikum Ríkiskaupa, við innkaup á heilbrigðisvörum. Samkeppniseftirlitið tók erindi áfrýjanda til formlegrar rannsóknar og tilkynnti Landspítala og Ríkiskaupum um það með bréfum, dags. 15. mars 2013. Í bréfunum kemur fram að það falli ekki undir valdsvið Samkeppniseftirlitsins að úrskurða um það hvort þágildandi lög nr. 84/2007 um opinber innkaup hafi verið brotin, en að það sé í verkahring Samkeppniseftirlitsins að fjalla um hvort markmiðum samkeppnislaga nr. 44/2005 sé fylgt og gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni. Óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt eftir tilteknum gögnum og sjónarmiðum þeirra til málsins.

Við meðferð málsins óskaði áfrýjandi í tvígang eftir að Samkeppniseftirlitið beitti heimild sinni skv. 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til töku bráðabirgðaákvörðunar en í hvorugu tilvikinu var

fallist á beiðnina. Þá var jafnframt leyst úr tveimur kröfum um afhendingu gagna við meðferð málsins. Annars vegar var um að ræða aðgang áfrýjanda að tölvupóstum starfsmanna Landspítala sem afhentir voru Samkeppniseftirlitinu 15. maí 2013. Því máli lauk með afhendingu gagna til áfrýjanda. Hins vegar var um að ræða beiðni Landspítala um aðgang að fylgiskjali nr. 5 með upphaflegu erindi áfrýjanda. Því máli lauk með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2015, þar sem fallist var á beiðnina.

Samkeppniseftirlitið kynnti áfrýjanda í tvígang frummat stofnunarinnar í tilefni af erindi hans. Fyrst í bréfi, dags. 27. ágúst 2014, og svo á fundum vorið 2015 þar sem fram kom það frummat Samkeppniseftirlitsins að ekki væru forsendur til að beita bannákvæðum samkeppnislaga í málinu. Í frummatinu voru jafnframt gerðar athugasemdir við ákveðna þætti í innkaupum Landspítala og lagðar til tilteknar lausnir. Í kjölfarið átti Samkeppniseftirlitið í viðræðum við Landspítala um hugsanlega lausn málsins sem leiddi til þess að Landspítalinn gaf út yfirlýsingu, dags. 9. júní 2016, um tilteknar úrbætur á innkaupaháttum sínum. Meðferð málsins lauk 2. nóvember 2016 með töku hinnar kærðu ákvörðunar.

### III

#### **Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni**

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins, sem svar við kæru áfrýjanda, barst 13. desember 2016. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust áfrýjunarnefndinni 21. desember 2016 og svör Samkeppniseftirlitsins við þeim 29. desember 2016.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist þar sem nefndin var ekki fullskipuð fyrr en 11. janúar 2017, en með bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins þann dag var Eva Dís Pálmadóttir hæstaréttarlögmaður skipuð tímabundið í nefndina til að fjalla um fram komna kæru.

### IV

#### **Röksemdir málsaðila**

##### **1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda**

Áfrýjandi byggir á því að Landspítalinn sé fyrirtæki sem fari með atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga, að öðru leyti en við veitingu heilbrigðisþjónustu, og því komi til álita að beita ákvæði 11. gr. samkeppnislaga í málinu. Bendir áfrýjandi á að við skýringu á því hvað sé fyrirtæki og atvinnurekstur í skilningi laganna þurfi að líta til eldri samkeppnislaga nr. 8/1993 og lögskýringargagna með þeim, en 2. gr. núgildandi samkeppnislaga sé óbreytt frá eldri

samkeppnislögum. Telur áfrýjandi að út frá þeim gögnum verði ekki ályktað sem svo að ætlan löggjafans hafi verið að undanskilja heilbrigðisþjónustu og rekstur sjúkrahúsa frá gildissviði samkeppnislaga við kaup á heilbrigðisvörum.

Þá telur áfrýjandi að fyrrgreindur skilningur hans á hugtakinu fyrirtæki falli best að hagsmunum sjúklinga. Það stuðli fremur að bættri heilbrigðisþjónustu að samkeppnislög nái yfir kaup Landspítalans á heilbrigðisvörum, enda gæti Landspítalinn annars bolað seljendum á markaði heilbrigðisvara út af markaði og þannig dregið úr samkeppni.

Þá vísar áfrýjandi til þess að Samkeppniseftirlitið og forverar þess hafi áður talið starfsemi Landspítala falla undir gildissvið samkeppnislaga sbr. t.d. ákvarðanir samkeppnisráðs nr. 11/1994, 12/1994, 41/1998 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2002.

Einnig bendir áfrýjandi á að Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafa talið að hafi opinber aðili með höndum einhverja tegund af atvinnurekstri teljist aðilinn almennt séð vera fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga. Komi þessi sjónarmið m.a. fram í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2013. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005 hafi opinber aðili verið talinn fyrirtæki með atvinnurekstur þegar kom að miðlun upplýsinga þrátt fyrir að rekstur hans væri að meginstefnu grunnhlutverk ríkisins.

Áfrýjandi telur að ráða megi af ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins að við mat á því hvort tiltekin starfsemi hins opinbera sé undanskilin samkeppnislögum verði að horfa til eðlis þeirra verkefna sem stofnunin sinnir. Slík verkefni falli aðeins utan bannregla samkeppnislaga ef þau séu í þágu almannahagsmuna og hluti af grundvallarverkefnum ríkisins. Við athugun á þessu hafi verið horft til þess hvort það skipti máli að viðkomandi verkefni séu þess eðlis að þau þurfi ekki nauðsynlega að vera unnin af opinberum aðila og hvort samkeppni ríki í raun um þau.

Varðandi vísun Samkeppniseftirlitsins til þess að ekki væri sjálfgefið að Landspítalinn teldist fyrirtæki með atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga með vísan til dóms dómstóls ESB frá 11. júlí 2006 í máli nr. C-205/03 bendir áfrýjandi að erfitt sé að draga víðtækar ályktanir frá þessum dómi, sem sé umdeildur og einsdæmi í dómaframkvæmd dómstóls ESB, og bundinn við tilteknar staðreyndir í málinu.

Áfrýjandi telur að Landspítalinn sé markaðsráðandi kaupandi sem hafi misnotað aðstöðu sína gagnvart honum. Hafi ætlan löggjafans verið að undanskilja heilbrigðisþjónustu og rekstur sjúkrahúsa alfarið frá samkeppnislögum hefði sú undanþága átt að koma fram í lögum.

Bendir áfrýjandi á að hann saki Landspítalinn um alvarleg brot og að einstakt sé að svo skýr sönnunargögn liggja fyrir um brotastarfsemi í opinberum innkaupum. Telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 með því að rannsaka ekki brot Landspítalans betur en raun bar vitni. Áfrýjandi hafi til dæmis ítrekað komið þeim

skilaboðum á framfæri að taka þyrfti til sérstakrar skoðunar ákveðin tölvupóstsamskipti en það hafi ekki verið gert með fullnægjandi hætti.

Þá bendir áfrýjandi á að ekkert bendi til þess að Landspítalinn hafi breytt hegðun sinni undir meðferð málsins. Það eitt að Landspítalinn hafi gefið út yfirlýsingu um aðgerðir til að bæta innkaupahætti breyti því ekki að skýr brot gegn samkeppnislögum hafi verið framin, brot sem beri að rannsaka eins og önnur brot gegn samkeppnislögum sem framin séu af einkaaðilum.

Einnig leggur áfrýjandi áherslu á rétt aðila til að fá raunhæfa úrlausn í málum, telji þeir að brotið hafi verið á sér. Hafi áfrýjandi leitaði með málið til þar til bærra yfirvalda, sem beri að bregðast við og taka málið til afgreiðslu og vísa þeim þáttum sem varða kunni refsingu til lögreglunnar, sbr. 42. gr. samkeppnislaga. Að mati áfrýjanda hafi þau gögn sem hann hafi lagt fram í upphafi málsins bent til alvarlegra brota á 18. gr. laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins og 136 gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

Áfrýjandi telur að ekki sé forsvaranlegt að ljúka málinu, með vísan til yfirlýsingar þeirrar sem Landspítalinn hafi lagt fram, enda hafi slík yfirlýsing takmarkaða þýðingu, sem sjáist best á því að Landspítalinn haldi enn uppteknum hætti gagnvart áfrýjanda, sbr. gögn sem fylgdu kærinni.

Áfrýjandi byggir á því að ef hin kærða ákvörðun fái að standa óbreytt hafi það þá þýðingu að Landspítalinn sé með öllu óbundinn af samkeppnislögum. Þar sem lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup sleppi sé spítalinn fær um að misnota markaðsráðandi stöðu sína sem kaupandi á hvern þann hátt sem honum hugnist. Slíkt fyrirkomulag sé skaðlegt samkeppni og vöruúrvali, hækki verð og dragi úr ráðdeild með skattfé.

## **2. Málástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins**

Samkeppniseftirlitið byggir á því að í ljósi aðstæðna í málinu séu hvorki forsendur til þess að beita bannreglum samkeppnislaga né ákvæðum samkeppnislaga sem heimila aðgerðir vegna háttsemi opinberra aðila sem hafi skaðleg áhrif á samkeppni.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ákvörðun þess hafi byggt á því að Landspítali og Ríkiskaup séu opinberir aðilar sem ekki sé sjálfgefið hvort teljist fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið telur að sú háttsemi sem hafi verið til skoðunar í málinu eigi ekki undir undantekningarreglu c. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga m.a. með vísan til tilgangs ákvæðisins og lögskýringargagna. Þá hafi Landspítali við meðferð málsins breytt hegðun sinni og gefið út yfirlýsingu um bætt innkaupahætti. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki hafi legið fyrir nægjanlegar vísbendingar um brot gegn 10. eða 11. gr. samkeppnislaga til að tilefni væri til að beita viðkomandi ákvæðum laganna í málinu. Niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hafi aðeins verið beint að Landspítala, ekki Ríkiskaupum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé fjallað efnislega um þau atriði sem áfrýjandi kvartaði yfir í erindi sínu frá 30. nóvember 2012. Þá sé í ákvörðuninni fjallað um aðrar lögbundnar heimildir Samkeppniseftirlitsins til að bregðast við háttsemi opinberra aðila.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að valdsvið annars vegar eftirlitsins og hins vegar kærunefndar útboðsmála skarist með umtalsverðum hætti í málinu. Sé svigrúm Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa inn í innkaup Landspítala með bindandi hætti verulega takmarkað. Þá hafi Landspítali við meðferð málsins lýst yfir tilteknum úrbótum á verkferlum við innkaup.

Samkeppniseftirlitið bendir á að kæra áfrýjanda byggi að miklu leyti á því að nýtt tilvik, sem ekki hafi verið upplýst um við rannsókn málsins, eigi að leiða til þess að málið verði aftur tekið til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Um sé að ræða ný gögn sem varði samskipti Landspítala við birgja áfrýjanda og hafi ekki legið fyrir við rannsókn málsins, en rannsóknartímabil þess varði einkum tilvik sem hafi átt sér stað á árunum 2009-2013. Því verði að mati Samkeppniseftirlitsins að líta á þetta nýja tilvik sjálfstætt og með aðgreindum hætti frá niðurstöðu þessa máls.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að reglur samkeppnislaga nái bæði til starfsemi hins opinbera sem feli í sér atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga og til starfsemi hins opinbera sem feli ekki í sér slíka starfsemi. Bannreglur samkeppnislaga gildi þannig um háttsemi fyrirtækja en önnur ákvæði laganna, þ.á m. c. liður 1. mgr. 8. gr. og b. liður 1. mgr. 16. gr. laganna, geta átt við um aðra háttsemi hins opinbera sem kunni að skaða samkeppni. Starfsemi á sviði heilbrigðisþjónustu geti þannig falið í sér atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga enda sé hvergi í hinni kærðu ákvörðun tekið fram að Landspítalinn sé alfarið undanþeginn ákvæðum samkeppnislaga. Rekstur á sviði heilbrigðisþjónustu sem þannig sé í samkeppni við einkaaðila kunni því að teljast atvinnurekstur í skilningi 4. gr. samkeppnislaga og skoða verði í hverju tilviki hvort tiltekin háttsemi eða rekstur hins opinbera teljist vera atvinnurekstur eða ekki.

Samkeppniseftirlitið bendir á að lang stærsti hluti starfsemi Landspítala sé á sviði sem einungis spítalinn eða aðrir opinberir aðilar hafa færi á að veita hér á landi. Þá sé yfirgnæfandi hluti þess kostnaðar sem falli til við þjónustuna greiddur úr sameiginlegum sjóðum. Innkaup séu ekki aðgreind sérstaklega.

Samkeppniseftirlitið vísar til stuðnings hinni kærðu ákvörðun til dóms dómstóls ESB frá 11. júlí 2006 í máli nr. C-205/03, *FENIN gegn framkvæmdastjórn ESB*, og til dóms Hæstaréttar í máli nr. 304/2006. Í dómi ESB hafi verið fjallað um sambærilegt álitaefni og í þessu máli, þ.e. hvort bannreglur samkeppnisreglna geti átt við um innkaup opinberra heilbrigðisstofnana. Hafi dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að heilbrigðisyfirvöld teldust ekki fyrirtæki þegar þau keyptu heilbrigðisvörur til notkunar í opinberu heilbrigðiskerfi sem rekið sé á grundvelli samstöðu.

Varðandi heimild til að forgangsraða málum vísar Samkeppniseftirlitið til 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga og bendir á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í ýmsum úrskurðum sínum á undanförunum árum skýrt inntak heimildarinnar. Hafi nefndin m.a. staðfest að heimildin taki bæði til að þess að hafna því að hefja rannsókn og að fella niður rannsókn sem þegar sé hafin. Samkeppniseftirlitið telur að í ljósi aðstæðna í þessu máli hafi verið málefnalegt að ljúka því með þeim hætti sem gert hafi verið í hinnar kærðu ákvörðun.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að hafa brotið gegn ákvæðum stjórnslulaga við meðferð málsins. Að mati Samkeppniseftirlitsins hafi rannsókn málsins, sem leiddi til hinnar kærðu ákvörðunar, ekki aðeins verið fullnægjandi miðað við eðli hennar heldur einnig vönduð og ítarleg. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að það sé á forræði eftirlitsins en ekki málsaðila að meta hvort tilefni sé til að kæra tiltekna starfsmenn til lögreglu, sbr. 1. mgr. 42. gr. samkeppnislaga. Hafi það aldrei komið til álita við meðferð þessa máls að beina því til lögreglu. Áréttað er að í kæru til áfrýjunarnefndar sé aðeins vísað til þess að Landspítali hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga, en brot gegn þeirri grein varði ekki refsingu samkvæmt 41. gr. a. laganna. Hvað varði meint brot gegn almennum hegningarlögum eða lögum um réttindi og skyldur opinberra starfsmanna geti slík mál sætt kæru til lögreglu án aðkomu Samkeppniseftirlitsins.

## V

### Niðurstaða

#### 1

Í málinu krefst áfrýjandi þess að felld verði úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að aðhafast ekki frekar í tilefni af erindi hans er varðaði innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum og að lagt verði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið til meðferðar að nýju. Heldur áfrýjandi því annars vegar fram að Landspítali sé fyrirtæki sem stundi atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga og því hafi komið til álita að beita ákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Hins vegar heldur áfrýjandi því fram að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 10. gr. stjórnslulaga með því að rannsaka ekki meint brot Landspítalans „nánar en raun bar vitni“. Þar sem málsmeðferð hafi ekki verið fullnægjandi hafi Samkeppniseftirlitinu ekki verið heimilt að beita 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga um forgangsraðun mála eins og gert hafi verið.

#### 2

Við upphaf meðferðar málsins hjá Samkeppniseftirlitinu var áfrýjanda kynnt afstaða eftirlitsins til mögulegrar skörunar á valdsviði þess og kærunefndar útboðsmála sem starfar á grundvelli laga um opinber innkaup. Var þetta ítrekað þegar Samkeppniseftirlitið kynnti frummat sitt. Eins og rakið er í ákvörðuninni var niðurstaða Samkeppniseftirlitsins reist á því

að hvorki væru forsendur til þess að beita bannreglum samkeppnislaga né þeim ákvæðum laganna sem heimila aðgerðir vegna háttsemi opinberra aðila sem hefur skaðleg áhrif á samkeppni. Byggti það á framangreindum sjónarmiðum um skörun á valdsviði Samkeppniseftirlitsins og kærunefndar útboðsmála, gildissviði samkeppnislaga og þeim aðgerðum sem Landspítalinn hafði þegar gripið til og fjallað er um í hinni kærðu ákvörðun. Þá var að auki vísað til heimildar Samkeppniseftirlitsins til að forgangsraða málum.

## 3

Í hinni kærðu ákvörðun er fjallað um það hvenær starfsemi hins opinbera teljist vera atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga. Eins og þar kemur fram verður við mat á því að horfa til eðlis verkefnanna, hvort þau séu í þágu almannahagsmuna og séu hluti af grundvallarverkefnum ríkisins. Skipt geti máli hvort opinberir aðilar þurfi nauðsynlega að sinna verkefnunum og hvort samkeppni ríki í raun um það verkefni sem viðkomandi aðili vinnur.

Áfrýjunarnefndin tekur undir með Samkeppniseftirlitinu að starfsemi á sviði heilbrigðisþjónustu geti falið í sér atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga, ef hann er í samkeppni við einkaaðila. Skoða verði í hverju tilviki fyrir sig hvort tiltekin háttsemi eða rekstur hins opinbera teljist vera atvinnurekstur eða ekki. Hér vísast einnig til dóms Hæstaréttar 2. febrúar 2017 í máli nr. 273/2015 varðandi nánari sjónarmið um þetta.

Langstærsti hluti starfsemi Landspítala er á sviði sem einungis spítalinn eða aðrir opinberir aðilar hafa færi á að veita hér á landi. Á það bæði við um bráðaþjónustu og ýmsar sérhæfðar lækningar sem eingöngu verða veittar á sjúkrahúsi. Yfirgnæfandi hluti þess kostnaðar sem fellur til við þjónustuna á Landspítala er greiddur úr sameiginlegum sjóðum en ákvörðun um gjaldtöku af notendum þjónustunnar er ekki á forræði Landspítalans. Innkaup fyrir þann hluta rekstrarins sem kann að vera í samkeppni við einkaaðila eru ekki skilin frá öðrum innkaupum spítalans.

## 4

Áfrýjunarnefndin tekur undir það mat Samkeppnisyfirlitsins að ekki sé sjálfsgefið að Landspítali teljist vera fyrirtæki í atvinnurekstri í skilningi samkeppnislaga. Túlkun áfrýjanda á eldri samkeppnislögum og athugasemdum í lagafrumvarpi breytir ekki þeirri niðurstöðu, enda er það ekki niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í máli þessu að Landspítalinn sé með öllu óbundinn af samkeppnislögum eða að öll heilbrigðisþjónusta sé undanþegin lögunum. Þá tekur áfrýjunarnefndin undir forsendur Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun um að auk framangreindra sjónarmiða um gildissvið samkeppnislaga skipti máli skörun á valdsviði kærunefndar útboðsmála og Samkeppniseftirlitsins, en fyrrnefnda nefndin hefur eins og fram

kemur í gögnum málsins þegar fjallað um ýmis af umkvörtunarefnum áfrýjanda. Hið sama á við um forsendur ákvörðunarinnar er varða breytta hegðun Landspítala í tilefni af yfirlýsingu spítalans frá 9. júní 2016 um aðgerðir til að bæta innkaup spítalans á heilbrigðisvörum.

Að þessu virtu, og að öðru leyti með vísan til hinnar kærðu ákvörðunar, er hún staðfest um þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að ekki hafi verið nægilegar vísbendingar um brot gegn bannákvæðum samkeppnislaga þannig að tilefni væri til þess að beita þeim í málinu.

Þá gerir áfrýjunarnefndin ekki athugasemdir við niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins varðandi ákvæði 16. gr. samkeppnislaga í málinu.

## 5

Áður en ákvörðunin var tekin aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um kæruefni áfrýjanda. Þannig lágu fyrir sjónarmið áfrýjanda og Landspítala um hina kærðu háttsemi og lagagrundvöll málsins áður en ákvörðun var tekin auk annarra gagna. Liggja þessi gögn fyrir í málinu. Samkvæmt því verður að telja að málið hafi verið nægilega upplýst áður en ákvörðunin var tekin. Verður því ekki fallist á að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins hafi ekki verið í samræmi við 10. gr. stjórnslulaga. Að auki skal á það bent að áfrýjandi á þann kost að beina nýju erindi til Samkeppniseftirlitsins telji hann að önnur atvik og upplýsingar, sem urðu til eftir það tímabil sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins tók til og sem ekki var byggt á í ákvörðun eftirlitsins, geti leitt til annarar niðurstöðu.

## 6

Samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga tekur Samkeppniseftirlitið ákvörðun um það hvort erindi sem berst stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsóknar. Þar er jafnframt mælt fyrir um að við afgreiðslu mála samkvæmt lögum sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að raða málum í forgangsröð.

Mat á því hvort erindi gefi tilefni til rannsóknar skal byggt á málefnalegum sjónarmiðum, sbr. m.a. 2. mgr. 9. gr. regna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, en þar er einnig getið einstakra atriða sem talið er að skipt geti máli við það mat þó ekki sé um tæmandi talningu að ræða. Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar hefur verið litið svo á að hið sama eigi að þessu leyti við um beitingu heimildar til að forgangsraða málum, sbr. t.d. mál nr. 10/2010, 4/2010, 2/2012, 3/2012, 4/2012, 2/2013, 6/2013, 1/2014, 4/2014 og 2/2016. Hefur áfrýjunarnefndin játað Samkeppniseftirlitinu ákveðið svigrúm við mat á því hvernig fjármunum stofnunarinnar er varið til brýnustu verkefna á hverjum tíma en ákvarðanir eftirlitsins um að hætta rannsókn eða hafna því að rannsaka mál sæta endurskoðun nefndarinnar. Hér verður jafnframt að hafa í huga að ekki er sjálfgefið að sá sem telur að samkeppnislög hafi verið brotin eigi lögvarinn rétt á því að rannsókn sé hafin á meintu broti.



Eins og fram hefur komið fól hin kærða ákvörðun það í sér að ekki yrði af frekari málsmeðferð vegna erindis áfrýjanda með vísan til þess að ekki væru nægar vísbendingar um m.a. meint brot Landspítala á 10. og 11. gr. samkeppnislaga þar sem Landspítali væri opinber aðili sem ekki væri sjálfgefið að gæti talist fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga þegar um væri að ræða innkaup á vörum og þjónustu til lækninga. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins fól í sér mat á staðreyndum málsins, sem m.a. voru upplýstar við meðferð þess. Verður ekki séð að matið hafi verið ómálefnalegt í ljósi þeirra sjónarmiða sem Samkeppniseftirlitið tilgreinir um stöðu Landspítala á markaði varðandi viðskipti með þessar tilteknu vörur. Samkvæmt því verður að telja að fullnægjandi grundvöllur hafi verið fyrir þeirri ákvörðun að aðhafast ekki frekar í málinu.

7

Með vísan til alls framanritaðs verður röksemdum áfrýjanda hafnað um ógildingu á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. nóvember 2012, enda byggja þær að mati áfrýjunarnefndarinnar á fullnægjandi lagagrundvelli og málefnalegu mati á atvikum málsins.

### **Úrskurðarorð:**

Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2016 frá 2. nóvember 2016 er staðfest.

Reykjavík, 16. febrúar 2017

Eva Dís Pálmadóttir, formaður

Brynhildur Benediksdóttir

Kristín Benediksdóttir