

*Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/1996  
(Álit Samkeppnisráðs nr. 12/1995)*

**Össur hf. gegn Samkeppnisráði**

**I.**

Með bréfi, dags. 17. janúar 1996, er barst áfrýjunarnefnd sama dag, hefur Aðalsteinn E. Jónasson, hdl., fyrir hönd Össurar hf., kært [álit Samkeppnisráðs nr. 12/1995](#), dags. 20. desember 1995. Í álitinu kemur m.a. fram að Samkeppnisráð telur ekki forsendur fyrir því að grípa til aðgerða á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 vegna útboðs Ríkiskaupa f.h. Tryggingastofnunar ríkisins til kaupa á spelkum, gervilimum og bæklunarskóm.

Áfrýjandi krefst þess að áfrýjunarnefndin ógildi framangreinda ákvörðun sem felst í álit Samkeppnisráðs og að beitt verði heimildum 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 um íhlutun.

Samkeppnisráð krefst þess að álit Samkeppnisráðs nr. 12/1995, dags. 20. desember 1995, verði staðfest.

**II.**

Málavextir eru þeir að áfrýjandi tók þátt í útboði Ríkiskaupa vegna Tryggingastofnunar ríkisins nr. 10105 á spelkum, gervilimum og bæklunarskóm. Um var að ræða svonefnt lokað útboð. Áfrýjandi sendi inn tilboð í spelkur og gervilimi. Öllum tilboðum áfrýjanda í gervilimi var tekið en tilboðum í spelkur var sumum tekið en öðrum hafnað. Allmörg fyrirtæki tóku þátt í útboðinu og voru samningar gerðir við átta fyrirtæki um hluta af því sem fyrirtækin gerðu tilboð í.

Með bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 22. mars 1995, kom áfrýjandi fram með kæru vegna ofangreinds útboðs. Í erindinu krefst áfrýjandi þess að útboðið verði ógilt og það endurtekið ef talið verði eðlilegt að viðhafa útboð um þessa

vöru og þjónustu. Áfrýjandi telur að ekki hafi verið staðið rétt að útboðsmeðferðinni og úrvinnslu tilboða af hálfu Tryggingastofnunar ríkisins. Þá kemur einnig fram í erindinu að áfrýjandi telur að útboð af þessu tagi fái almennt ekki staðist samkvæmt samkeppnislögum.

Erindi áfrýjanda var sent Tryggingastofnun ríkisins til umsagnar. Umsögn Tryggingastofnunar barst með bréfi, dags. 5. apríl 1995. Með bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 29. maí s.á., bárust athugasemdir áfrýjanda við umsögn Tryggingastofnunar. Athugasemdir áfrýjanda voru sendar Tryggingastofnun til umsagnar. Umsögn við þær athugasemdir barst með bréfi, dags. 17. ágúst 1995.

Með ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 34/1995, dags. 20. desember 1995, var tekið á þeim þætti í erindi áfrýjanda er varðar framkvæmd útboðsins. Með ákvörðuninni var erindinu vísað frá Samkeppnisráði.

Samdægurs fjallaði Samkeppnisráð um þann hluta erindis áfrýjanda sem snýr að því hvort slíkt útboð sem hér um ræðir sé almennt andstætt samkeppnislögum. Niðurstaða ráðsins kemur fram í álitinu nr. 12/1995, sem birt var á grundvelli d-liðar 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga. Í álitinu segir m.a.:

„Það er mat Samkeppnisráðs að útboð Tryggingastofnunar á stoðtækjum við þær aðstæður sem ríkja á þeim markaði þegar stofnunin greiðir stærstan hluta í kostnaði tækjanna geti takmarkað samkeppni. Á hinn bóginn er það sjálfstætt athugunarefni hvort útboð nr. 10105 hafi verið með þeim hætti að lagalegar forsendur séu fyrir því að samkeppnisyfirvöld grípi til aðgerða á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga. Í því sambandi verður að hafa hugfast að gerðar eru að lögum ríkar kröfur til beitingar íþyngjandi stjórnvaldsaðgerða, sem aðgerðir á grundvelli 17. gr. eru.“

Ennfremur segir í álitinu:

„Þegar útboðsmeðferðin í máli þessu er virt verður ekki betur séð en það hafi verið markmið Tryggingastofnunar að lágmarka skaðleg áhrif á samkeppni. Þannig samþykkir stofnunin tilboð frá mörgum fyrirtækjum fyrir hvern vörflokk og kemur með því í veg fyrir að valkostum viðskiptavina fækki meira en nauðsynlegt er. Einnig virðist þess vera

gætt af hálfu stofnunarinnar að enginn þeirra keppinauta er tóku þátt í útboðinu útilokist frá markaðnum. Þegar ofangreint er virt telur Samkeppnisráð ekki hafa verið sýnt fram á nægilegar forsendur fyrir því að grípa til aðgerða á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga vegna útboðs Tryggingastofnunar.“

Loks segir í álitinu:

„Samkeppnisráð beinir þeim tilmælum til Tryggingastofnunar ríkisins að stofnunin taki í framtíðinni ríkt tillit til stöðu sinnar og þeirra samkeppnislegu áhrifa sem hún hefur á markaði fyrir þann búnað og þau tæki sem hún tekur þátt í að greiða fyrir þá sem tryggðir eru samkvæmt almannatryggingalögum. Vísast í því sambandi til ákvæða samkeppnislaga.

Útboð Tryggingastofnunar á stoðtækjum felur í sér forræðisstefnu sem ekki er í anda góðra samkeppnishátta. Með því að hverfa frá þessari stefnu til aukinnar upplýsingamiðlunar og fastrar greiðsluþátttöku í einstökum stoðtækjum getur Tryggingastofnun stuðlað að virkari samkeppni á markaðnum.“

### III.

Áfrýjandi telur að eftirfarandi hluti í álitni Samkeppnisráðs nr. 12/1995 feli í sér „ákvörðun“ í skilningi 9. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sem sé því kæránleg til áfrýjunarnefndar.

„Þegar ofangreint er virt telur Samkeppnisráð ekki hafa verið sýnt fram á nægilegar forsendur fyrir því að grípa til aðgerða á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga vegna útboðs Tryggingastofnunar.“

Áfrýjandi lítur svo á að útboð á spelkum, gervilimum og bæklunarskóm stangist á við ákvæði 1. gr. og 17. gr. samkeppnislaga, einkum í ljósi þess að Tryggingastofnun sé, því sem næst, eini kaupandinn á umræddum útboðsvörum.

Áfrýjandi bendir á að Tryggingastofnun niðurgreiði kostnað þeirra sem þurfa á hjálpartækjum að halda og að aðeins sé heimilt að vísa því fólki til aðila sem gert hafa samning við Tryggingastofnun um smíði og hönnun slíkra tækja. Eftir útboð, það sem hér er til umræðu, gerði Tryggingastofnun samning við alla nema einn útboðsaðila, en einungis var gerður samningur við einstaka aðila um hluta af þeim tilboðum sem þeir gerðu. Áfrýjandi segir þetta hafa í för með sér að þessir aðilar eigi enga möguleika á því að selja þá vöruflokka sem ekki var gerður samningur um. Í ljósi ofangreinds telur áfrýjandi að, það að bjóða út hjálpartækjabúnað, geti ekki staðist ákvæði samkeppnislaga. Áfrýjandi kveður afleiðingar útboðsins vera m.a.:

- takmörkun á frelsi í atvinnurekstri í skilningi a. liðar 1. gr. samkeppnislaga. Meðan samningur Tryggingastofnunar sé í gildi sé útilokað fyrir nýja aðila að koma inn á þennan markað. Þá segir áfrýjandi að hann útilokist frá markaðnum að því er varðar þær vörur sem ekki var samið um og þurfi því að hætta að þróa og framleiða þær vörur. Þetta kveður áfrýjandi stangast á við markmið samkeppnislaga, sbr. a. og c. lið 1. gr. samkeppnislaga, og að jafnframt stangist þetta á við b. lið 1. mgr. 17. gr. þeirra laga.

- fákeppni í skilningi b. liðar 1. gr. samkeppnislaga.

- óhagkvæm nýting framleiðsluþátta þjóðfélagsins í skilningi b. liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Val viðskiptavina minnkar, þar sem þeir sem þurfa að kaupa stoðtæki verða að eiga viðskipti við þá aðila sem Tryggingastofnun hefur samið við.

Að mati áfrýjanda er hagsmunum ríkisins og almannahagsmunum ekki best borgið með því að hafa útboð á hjálpartækjabúnaði, heldur með því að hafa fasta greiðsluþátttöku í einstökum stoðtækjum. Með því væri komið í veg fyrir þær óhagkvæmu afleiðingar sem að framan greinir.

Áfrýjandi telur að Samkeppnisráði beri að grípa til aðgerða á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga. Að mati áfrýjanda gæti bann eða fyrirmæli til Tryggingastofnunar, þess efnis að viðhafa ekki aftur útboð á umræddum búnaði og að taka upp fasta greiðsluþátttöku, ekki talist íþyngjandi stjórnvaldsaðgerð. Áfrýjandi bendir m.a. á að banninu yrði beint til opinbers aðila og yrði því ekki um hefðbundna stjórnvaldsaðgerð að ræða í skilningi stjórnvaldsáhrættar. Þá kveður áfrýjandi að slík fyrirmæli gætu ekki verið

íþyngjandi þar sem þau væru til þess fallin að hlúa að hagsmunum neytandans sem og hagsmunum hins opinbera.

Að mati áfrýjanda hefur hið almenna heimildarákvæði 41. gr. laga um almannatryggingar, nr. 117/1993, engin áhrif á mat á því hvort grípa eigi til íhlutunar skv. 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Þrátt fyrir ákvæðið verði að meta aðstæður hverju sinni og athuga hvort útboðsmeðferðin kunni að stangast á við ákvæði annarra laga.

#### **IV. Niðurstöður**

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt, að álit nr. 12/1995, sem kært er til áfrýjunarnefndar, feli í reynd í sér ákvörðun í skilningi 9. gr. samkeppnislaga. Við munnlegan flutning málsins fyrir áfrýjunarnefnd var því lýst yfir af hálfu talsmanns Samkeppnisráðs, að fallist væri á nefndan skilning áfrýjanda, og að um ákvörðun hafi verið að ræða, sem væri kæránleg. Með vísan til framangreinds og þess að álitinu felst ákvörðun um að beita ekki íhlutun skv. 17. gr. samkeppnislaga, má fallast á að álitid feli í sér ákvörðun sem sé kæránleg til áfrýjunarnefndarinnar.

Í kærinni er þess krafist að ákvörðun Samkeppnisráðs verði ógilt og heimildum 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga um íhlutun verði beitt, sem „feli í sér bann eða fyrirmæli“ til Tryggingastofnunar ríkisins um „að viðhafa ekki útboð aftur á þeim hjálpartækjabúnaði sem mál þetta fjallar um.“

Álíta verður að útboðsfyrirkomulag við kaup á vörum og þjónustu á vegum opinberra aðila, sem m.a. er mælt fyrir um í lögum nr. 52/1987 um opinber innkaup, sé í anda samkeppnislaga og efli að jafnaði virka samkeppni. Í ákveðnum tilfellum er opinberum aðilum skylt að bjóða innkaup út á hinu Evrópska efnahagssvæði.

Í 41. gr. laga um almannatryggingar, nr. 117/1993, er sjúkratryggingadeild stofnunarinnar heimilað að beita útboði við gerð samninga, vegna þeirrar þjónustu sem stofnuninni ber að veita skv. lögnum. Skv. 33. gr. laganna er hlutverk sjúkratryggingadeildar Tryggingastofnunar ríkisins, auk þess að annast sjúkratryggingar skv. lögnum, m.a. að veita styrki til að afla

hjálpartækja. Í ákvæðinu er mælt fyrir um það að Tryggingaráð setji reglur um greiðslu slíkra styrkja, auk þess sem mælt er fyrir um það, að afla skuli greiðsluheimildar Tryggingastofnunar ríkisins fyrirfram.

Skilja verður útboðsmeðferð Tryggingastofnunar ríkisins svo, að greiðslupátttaka (styrkir) stofnunarinnar á samningstímanum skuli miðast við kaup sjúklunga á hjálpartækjum frá þeim aðilum sem buðu lægst verð í hvern vöruflokk. Fallast má á það með Samkeppnisráði, að í því felist ákveðið forræði um það hvert viðkomandi sjúklingur beinir viðskiptum sínum. Þó verður útboðsmeðferð, eins og hér háttar til, ekki bönnuð af þeim ástæðum. Er þá sérstaklega haft í huga, hvernig greiðslupátttöku Tryggingastofnunar ríkisins er háttað á þessu sviði.

Ljóst er einnig að vegna markaðsaðstæðna hér á landi, getur útboð með þeim hætti sem hér er til umfjöllunar, haft skaðleg áhrif á samkeppni, ef ekki er réttilega að þeim staðið. Er þá sérstaklega haft í huga að styrkveitingar Tryggingastofnunar ríkisins hafa það jafnan í för með sér að þeir sem á hjálpartækjum þurfa að halda beina viðskiptum sínum fyrst og fremst til þeirra aðila sem samning hafa við Tryggingastofnun.

Af þessu leiðir, að Tryggingastofnun ríkisins ber við útboð og val á samningsaðilum, að gæta þess að brjóta ekki gegn markmiðum samkeppnislaga svo sem þeim er m.a. lýst í 1. gr. laganna. Veruleg frávík að því leyti kunna að leiða til afskipta samkeppnisyfirvalda. Upplýst er að við umrætt útboð hafi Tryggingastofnun áskilið sér rétt til að „skipta kaupunum milli bjóðenda“, auk þess sem upplýst þykir að Tryggingastofnun ríkisins hafi að öðru leyti haft að markmiði að „lágmarka skaðleg áhrif á samkeppni“, svo sem byggt er á í ákvörðun Samkeppnisráðs.

Með vísan til framanritaðs verður ekki fallist á það með áfrýjanda, að lagaskilyrði séu fyrir hendi til að samkeppnisyfirvöld geti almennt með íhlutunaraðgerðum bannað útboð Tryggingastofnunar ríkisins við val á þeim aðilum sem stofnunin beinir viðskiptum til.

Að öllu þessu virtu, og með vísan til forsendna Samkeppnisráðs að öðru leyti, er ekki unnt að fallast á kröfugerð áfrýjanda í máli þessu.

V.  
Úrskurðarorð:

**„Kröfum áfrýjanda í máli þessu er hafnað.“**