



Helsedepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2002/386
MA2-M5 HRHA 553.3

Saksbeh.:

Dato: 27.10.2003

■ **Staten/spesialisthelsetjenesten - konkurranseloven § 2-2 d) - bindende avtaler for offentlige laboratorier**

Konkurransetilsynet viser til brev av 14. mars 2002 fra Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) vedrørende ovennevnte. Kopi av brevet med vedlegg følger vedlagt.

1 Sakens bakgrunn

Fylkeskommuner har tidligere hatt samarbeidsavtaler med fylkenes legekantor. Avtalene har inneholdt tilbud om dekning av kostnader ved kommunikasjonsløsninger, nærmere bestemt såkalte EDI-servere. Ved avtaleinngåelse har det enkelte legekantor blant annet forpliktet seg til å benytte fylkessykehusenes laboratorier. Videre står det i avtalen at utstyr som fylkessykehusene har betalt ikke skal benyttes til kommunikasjon med andre enn fylkessykehusenes laboratorier uten fylkessykehusenes samtykke.

Den norske lægeförening (Dnlf) klaget i brev av 15. februar 2000 avtalene inn for Konkurransetilsynet. Tilsynet avsluttet saken med svarbrev til Dnlf av 15. mai 2001. I brevet fra Konkurransetilsynet heter det at samarbeidsavtalen ikke strider mot forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 3-1 til 3-4. Videre vurderte tilsynet avtalen til ikke å ha konkurransebegrensende virkninger som aktualiserte inngrep etter konkurranseloven § 3-10.

Tilsynet viste i brev av 15. mai 2001 til kap. 2.6.4 i Ot.prp. nr. 66 (2000-2001). Ot.prp. ble gitt i forbindelse med helseforetaksloven. Kapitlet lyder som følger:

”Laboratorie- og radiologiske tjenester er sentrale medisinske servicefunksjoner både i og utenfor sykehus. Tjenestene er så vidt sentrale for logistikken i sykehus at det som utgangspunkt vil være uheldig om ansvaret for tjenestene skulle legges til et annet nivå. I en effektiv organisering av sykehus er dimensjonering og rutiner for prioritering av slike tjenester avgjørende for å unngå ”flaskehals” i tjenesteproduksjonen. Det vil også være naturlig at ansvaret for laboratorie- og radiologiske tjenester utenfor sykehus sees i sammenheng, og at driftsavtaler med private aktører videreføres.”

Konkurransetilsynet antok med henvisning til ovenfor refererte kapittel at statlig overtakelse av sykehusene på sikt ville kunne bety endrede rammevilkår for de private laboratoriene.

De tidligere samarbeidsavtalene mellom fylkeskommunene og fylkenes legekantor hevdes å ekskludere alternative leverandører av laboratorietjenester, herunder private leverandører.

Konkurransetilsynet bes i brevet fra HSH om å gjenoppta saken, da helsereformen ikke synes å ha bidratt til å redusere konkurransebegrensningen mellom private og offentlige laboratorier.

2 Rammevilkår for offentlige og private laboratorier

I en statlig tiltaksplan for 2001-2003 fra Sosial- og helsedepartementet ved navn "*Elektronisk samhandling i helse- og sosialsektoren*" fremlegges følgende mål:

- 1) Storskala utbredelse av elektronisk samhandling
- 2) Sykehus og andre aktører i helsevesenet skal ta i bruk elektroniske journalsystemer som støtter samhandlingen.

Målet om elektronisk samhandling gjelder blant annet for kommunikasjonen mellom laboratorier og legekantor.

Denne saken omhandler EDI-servere, hvilket er nødvendig i kommunikasjonen mellom legekantor og laboratorium. Legekantor bærer normalt en anskaffelseskostnad i forbindelse med finansiering av en slik server.

Private medisinske laboratorier og medisinske laboratorier som er styrt av offentlige virksomheter konkurrerer i de samme markedene. Offentlig subsidiering av egne laboratorier gir derfor private laboratorier relativt mindre gunstige rammebetingelser. Videre vil en utbredelse av den formen for eksklusivitetsavtaler som ovenfor er beskrevet ta bort deler av kundegrunnlaget til private medisinske laboratorier.

3 Forholdet til konkurranseloven

Konkurransemyndighetene skal i henhold til konkurranseloven § 2-2 føre tilsyn med konkurransen i de ulike markeder. Herunder skal de blant annet påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å forsterke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter.

Bestemmelsen påpeker at konkurransemyndighetene kan foreslå endringer i vedkommende regulering med sikte på å forsterke konkurransen. Reguleringen må foreslås endret slik at skadevirkningene for konkurransen begrenses samtidig som at formålet med reguleringen i alt vesentlig ivaretas.

Videre kan Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 3-10 ved enkeltvedtak eller forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål om å sørge for effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse. Dette omfatter blant annet vilkår, avtaler og handlinger som kan opprettholde eller styrke en dominerende stilling i et marked ved hjelp av konkurransehennende metoder.

I henhold til helseforetaksloven § 2 andre ledd er et regionalt helseforetak "virksomhet som eies av staten alene og som er opprettet i medhold av § 8. Regionale helseforetak legger til rette for spesialisthelsetjenester, forskning, undervisning og andre tjenester som står naturlig i sammenheng med dette." Ethvert lokalt helseforetak er eid av et regionalt helseforetak alene.

I henhold til konkurranseloven § 1-3 omfatter loven ervervsvirksomhet av enhver art, uten hensyn til hvilke varer eller tjenester virksomheten gjelder, og uansett om den er privat eller drives av stat eller kommune. Problemstillingen blir dermed om helseforetakenes drift av laboratorier er ervervsvirksomhet i konkurranselovens forstand. Det legges til grunn i denne saken at laboratoriene det er snakk om er laboratorier som er en organisatorisk del av et sykehus.

I henhold til konkurranseloven § 1-2 a) er ervervsvirksomhet all slags økonomisk virksomhet, varig eller leilighetsvis. Forarbeidene¹ gir veiledning til hvordan bestemmelsen er å forstå. Her heter det i relasjon til § 1-2 at "(...) *det sentrale avgrensningskriteriet for lovens virkeområde er hvorvidt det dreier seg om virksomhet av økonomisk eller kommersiell art.*" Det heter videre: "*Uttrykket "økonomisk virksomhet", som benyttes i § 1-2, vil i hovedsak omfatte all virksomhet som består i produksjon, utveksling eller distribusjon av varer eller tjenester, selv om virksomheten ikke har mulighet til eller som formål å gå med overskudd eller være selvfinansierende.*"

Helseforetakenes drift av laboratorier må anses for å være tjenesteproduksjon, noe som indikerer at laboratoriedriften er økonomisk virksomhet. Dette gjelder også sykehuslaboratoriene. Det følger av konkurranseloven § 1-3 at også statlig virksomhet kan være ervervsvirksomhet i lovens forstand. Det vil imidlertid gå en grense mellom offentlig ervervsvirksomhet og offentlig myndighetsutøvelse. Helseforetakene må antas å være underlagt regler for offentlig myndighetsutøvelse, se for eksempel helseforetaksloven § 5. Dette forhindrer imidlertid ikke at deler av helseforetakenes virksomhet vil være underlagt konkurranselovens regler. Det antas at når sykehusene driver laboratorievirksomhet, vil dette være en form for økonomisk virksomhet som kan anses som ervervsvirksomhet i konkurranselovens forstand. Det generelle utgangspunktet må være at salg av varer og tjenester som også selges av private må betraktes som ervervsvirksomhet.² I forarbeidene til konkurranseloven³ heter det at "*konkurranseloven kommer til anvendelse på all økonomisk virksomhet, selv om virksomheten skulle finne sted i et organ som utøver offentlig myndighet. Det avgjørende vurderingstemaet vil være virksomhetens art, dvs. om det i det konkrete tilfellet dreier seg om virksomhet av økonomisk eller kommersiell natur, i motsetning til offentlig myndighetsutøvelse.*" Medisinsk laboratorievirksomhet drives både i regi av offentlige og private foretak, noe som tyder på at slik virksomhet må regnes som ervervsvirksomhet. Det er ikke et vilkår i konkurranseloven § 1-2 at den økonomiske virksomheten drives mot vederlag.

Tilsynet konkluderer med dette med at helseforetakenes laboratoriedrift er ervervsvirksomhet i konkurranselovens forstand.

4 Konkurransetilsynets vurdering

1. januar 2002 fant statlig overtakelse av sykehusene sted. I den forbindelse er det opprettet fem regionale helseforetak som har det overordnede ansvaret for helsetjenestene innenfor sitt geografiske område. De enkelte sykehus inngår i selvstendige helseforetak og har større frihet når det gjelder styring og forvaltning av egne ressurser. Det er opprettet ca. 50 helseforetak i hele landet. Hvert helseforetak skal sørge for best mulig drift i tråd med de helsepolitiske mål og økonomiske rammer som eierne og Stortinget har satt. Helseforetakenes inntekter kommer gjennom offentlige bevilgninger. Konkurransetilsynet legger til grunn at situasjonen for det enkelte legekantor og det enkelte sykehuslaboratorium ikke er endret vesentlig etter 1. januar 2002.

Konkurransetilsynet ser at finansiering og utplassering av EDI-servere bidrar til rasjonaliseringsgevinster i kommunikasjonen mellom sykehus og legekantor. Slik tilsynet ser det kunne imidlertid rasjonaliseringsgevinstene vært enda større dersom andre laboratorier, herunder private, hadde tilgang til å sende og motta elektronisk informasjon til og fra vedkommende server. Praktisering av avtalene på en slik måte at private aktører i markedet for laboratorietjenester stenges ute representerer etter Konkurransetilsynets oppfatning en konkurransevridning i markedet for denne tjenester.

¹ Ot. prp. nr. 97 (1998-99) s. 10

² Evensen m/flere: "Konkurranseloven med kommentarer", 1999, s. 2.

³ Ot. prp. nr. 97 (1998-99) s. 31

Medisinske laboratorietjenester tilbys både av private og offentlige aktører. Laboratorievirksomheten i sykehus er helt eller delvis finansiert med offentlige midler. Når en offentlig virksomhet er subsidiert og samtidig tilbyr tjenester i konkurranse med private aktører, kan dette representere en begrensning i konkurransen mellom private og offentlige aktører. Det kan imidlertid tenkes at det eksisterer samproduksjonsgevinster i helseforetakene slik at produksjon av laboratorietjenester ved sykehuslaboratorier er den mest effektive måten å sørge for tjenestene på.

Helseforetakenes bruk av eksklusivitetsavtaler innebærer at eksisterende og potensielle konkurrenter i praksis er avskåret fra å selge sine laboratorietjenester til de legekantor som er omfattet av avtalene. Konkurransetilsynet ser at det kan være nødvendig for helseforetakene å finansiere og utplassere EDI-servere, da dette sannsynligvis effektiviserer og bedrer kvaliteten på informasjonsutvekslingen mellom legekantor og laboratorium. Etter Konkurransetilsynets oppfatning anses det imidlertid som lite sannsynlig at effektivitetsgevinstene mer enn oppveier tapet ved den konkurransebegrensning som følger av eksklusivitetsavtalene.

Dersom helseforetakene gir legekantor muligheten til å benytte utplasserte EDI-servere i kommunikasjon med private laboratorier, vil det oppstå et gratispassasjerproblem så fremt finansieringskostnadene ikke fordeles på en hensiktsmessig måte.

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 3-10 gripe inn mot eksklusivitetsavtalene. Tilsynet ser imidlertid at problemstillingen er mer generell. På bakgrunn av ovenstående vil Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 2-2 d) påpeke følgende overfor Helsedepartementet:

”Avtalene om at EDI-servere kun kan brukes i kommunikasjon mellom legekantor og sykehuslaboratorier, er uheldig sett ut i fra et konkurranse- og effektivitetsperspektiv. Problemet kan løses ved at bruk av serverne gjøres tilgjengelig for andre tilbydere til kostnadsbaserte priser.”

Vedlegg:

Kopi av brev av 14. mars 2002 fra Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon med vedlegg.

Kopi:
Arbeids- og administrasjonsdepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon
Postboks 2900 Solli
0230 Oslo