

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 3/2020

Læknisfræðileg myndgreining ehf. og Íslensk myndgreining ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kærðu, dags. 22. september 2020, kærðu Læknisfræðileg myndgreining ehf. og Íslensk myndgreining ehf., hér eftir nefndar áfrýjendur, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 35/2020 frá 25. ágúst 2020 varðandi fyrirhuguð kaup Myndgreiningar ehf. á áfrýjendum.

Áfrýjendur krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfu áfrýjenda verði hafnað.

Þá kröfðust áfrýjendur þess einnig að þeim yrði veittur aðgangur að öllum þeim gögnum málsins sem Samkeppniseftirlitið aflaði undir rekstri þess. Var sú krafa tekin sérstaklega til úrskurðar af áfrýjunarnefnd samkeppnismála, og var úrskurður nefndarinnar birtur hinn 27. október 2020.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Mál þetta á rætur sínar að rekja til kaupa Myndgreiningar ehf. á öllum hlutum í áfrýjendum. Áfrýjendur sendu Samkeppniseftirlitinu bréf hinn 20. nóvember

2019, þar sem greint var frá því að fyrirhugað væri að sameina félögin, með þeim hætti að nýtt, óstofnað félag, myndi kaupa alla hluti í félögunum.

Samkeppniseftirlitið veitti hagsmunaaðilum tækifæri til að koma á framfæri umsögnum áður en Samkeppniseftirlitið tók ákvörðun um að beita heimild 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga nr. 44/2005 og krefja samrunaaðila um tilkynningu vegna samrunans og var sú ákvörðun tilkynnt þeim með bréfi, dags. 11. desember 2019.

Þann 9. mars 2020 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning vegna samrunans og óskuðu áfrýjendur í kjölfarið eftir flýtimeðferð en til vara að Samkeppniseftirlitið heimilaði áfrýjendum að framkvæma samrunann, sbr. 4. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið tilkynnti samrunaaðilum að það teldi rök ekki standa til þess að veita þeim undanþágu til að framkvæma samrunann á meðan málið væri til meðferðar. Með bréfi, dags. 26. mars 2020, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunatilkynningin teldist fullnægjandi í skilningi 17. gr. a. samkeppnislaga og að frestur Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann hefði byrjað að líða þann 10. mars 2020.

Í kjölfarið hófst frekari rannsókn Samkeppniseftirlitsins og var samrunaaðilum tilkynnt þann 15. apríl 2020 að Samkeppniseftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, með vísan til 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga.

Andmælaskjal var birt samrunaaðilum þann 29. júní 2020 þar sem fram kom sú frumniðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn væri skaðlegur samkeppni. Samrunaaðilum var gefið færi á að tjá sig um efni andmælaskjalsins og var frekari gagna aflað af hálfu Samkeppniseftirlitsins í kjölfarið.

Meðfram frekari gagnaöflun tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum, með bréfi, dags. 24. júlí 2020, að rannsókn málsins kæmi til með að taka lengri tíma en 70 virka daga. Samrunaaðilar gerðu athugasemdir við heimild Samkeppniseftirlitsins til framlengingar á rannsóknartímanum.

Með ákvörðun, dags. 25. ágúst 2020, komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að ógilda bæri samrunann, en í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir orðrétt:

Kaup Myndgreiningar ehf. á öllum hlutum í Læknisfræðilegri myndgreiningu ehf. og Íslenskri myndgreiningu ehf. fela í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Með vísan til forsenda þessarar ákvörðunar og með heimild í 17. gr. c samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið samrunann.

Í forsendum ákvörðunarinnar kom meðal annars fram að markaður málsins væri markaður fyrir myndgreiningu utan sjúkrahúsa á höfuðborgarsvæðinu. Með fyrirhuguðum samruna hefði keppinautum á skilgreindum markaði málsins fækkað úr þremur í tvo með alvarlegum skaðlegum áhrifum bæði fyrir greiðendur og notendur þjónustunnar. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins var því sú að markaðsráðandi staða myndaðist eða styrktist í kjölfar samrunans, eða samkeppni raskaðist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Eins og fram hefur komið tók áfrýjunarnefndin ákvörðun um að taka sérstaklega til úrskurðar hvort aðgengi áfrýjenda að gögnum málsins hefði verið fullnægjandi. Lauk þeim þætti málsins með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 27. október 2020.

Í kjölfarið var Samkeppniseftirlitinu veittur frestur til að skila inn athugasemdum vegna kæru áfrýjenda. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 7. nóvember 2020. Var áfrýjendum þá veitt tækifæri til að gera athugasemdir við greinargerð Samkeppniseftirlitsins, og bárust þær athugasemdir til áfrýjunarnefndar 30. nóvember 2020. Frekari andsvör af hálfu Samkeppniseftirlitsins bárust síðan 9. desember 2020. Munnlegur málflutningur fór fram hinn 8. janúar 2021. Uppkvaðning úrskurðar hefur dregist vegna umfangs málsins.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjenda

Áfrýjendur telja fyrir það fyrsta að ógilda beri hina kærðu ákvörðun á grundvelli þess að Samkeppniseftirlitið hafi ekki haldið þá lögmætu fresti sem bar að virða við töku hinnar umdeildu ákvörðunar. Er þessari málsástæðu áfrýjenda nánar lýst í kafla a. hér síðar.

Í annan stað telja áfrýjendur að hin kærða ákvörðun sé haldin grundvallarannmörkum varðandi þær forsendur sem byggt sé á við efnislegt mat á lögmæti samrunans. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins fullnægi ekki þeim kröfum sem gera verði þegar um svo íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Samkeppniseftirlitið byggi að verulegu leyti á gefnum forsendum um að almennt séð teljist atriði á borð við háa markaðshlutdeild og samþjöppunarstig jafngilda sönnun um skaðleg áhrif samruna á samkeppni. Þá sé lagt til grundvallar að samrunaaðilar starfi á markaði sem sé háður umtalsverðum aðgangshindrunum án þess að nein raunveruleg rannsókn hafi verið gerð varðandi þá forsendu. Rökstuðningur Samkeppniseftirlitsins fyrir því að samrunaaðilar muni öðlast óhæfilega mikinn efnahagslegan styrk, í því sérstaka lagaumhverfi sem gildi um veitingu heilbrigðisþjónustu og andspænis Sjúkratryggingum Íslands og stjórnvöldum heilbrigðismála, hvíli fyrst og fremst á því að Sjúkratryggingar Íslands séu andvíg samrunanum en einnig á röngu og ófullnægjandi mati á gögnum málsins. Er þessum málsástæðum og lagarökum sem að þessu líta nánar lýst í köflum b. - d. hér síðar. Í kafla e. er síðan vikið að þeim hagfræðilegu sjónarmiðum sem fram koma í greinargerðum aðila.

a. Frestur til töku hinnar kærðu ákvörðunar

Áfrýjendur telja að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin utan þeirra lögmæltu fresta sem gilda um töku ákvarðana í samrunamálum samkvæmt samkeppnislögum, sem leiði til þess að ógilda beri hina kærðu ákvörðun. Samkvæmt 17. gr. d. samkeppnislaga skuli taka ákvörðun eigi síðar en 70 virkum dögum eftir að tilkynning þar um hefur verið send samkeppnisyfirvöldum. Ef nauðsynlegt reynist

að afla frekari upplýsinga sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að framlengja þennan frest um allt að 20 virka daga.

Áfrýjendur benda á að meginregla samkeppnislaga sé að endanleg ákvörðun í samrunamáli liggi fyrir innan hinna almennu tímafresta. Í því máli sem hér um ræði hafi ekki verið skilyrði til að framlengja frest til töku endanlegrar ákvörðunar en slík heimild sé undantekning frá meginreglunni. Frestur Samkeppniseftirlitsins til að ógilda samrunann hafi runnið út þann 28. júlí 2020 og það leiði af ákvæði 17. gr. d. samkeppnislaga að þar sem það hafi ekki verið gert fyrir þann tíma falli niður heimild Samkeppniseftirlitsins til ógildingar á samrunanum.

Vísa áfrýjendur til þess að frá upphafi málsins hafi Samkeppniseftirlitið búið yfir nægum upplýsingum um samrunann til að geta verið á þeirri skoðun að það teldi "verulegar líkur" á því að samruninn drægi umtalsvert úr virkri samkeppni enda var samruninn ekki fyrirfram tilkynningarskyldur þar sem veltuviðmiðum samkeppnislaga var ekki náð. Var samruninn tilkynntur á grundvelli kröfu Samkeppniseftirlitsins um að slík tilkynning yrði lögð fram. Fullnægjandi upplýsingar voru gefnar um samrunann í samrunaskrá eins og staðfest hafi verið af hálfu Samkeppniseftirlitsins með bréfi 26. mars 2020. Hafi verið talin þörf á frekari upplýsingum beri að hafa í huga að Samkeppniseftirlitið hafði 95 virka daga til að afla þeirra upplýsinga áður en frestur þess rann út.

Þann 29. júní 2020 birti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal sitt þar sem kynnt var sú frumniðurstaða að samruninn hefði skaðleg áhrif á samkeppni. Var samrunaaðilum boðið að setja fram athugasemdir vegna þessa og veittur frestur í því skyni til 13. júlí 2020. Þá voru 14 dagar þar til Samkeppniseftirlitinu bar í síðasta lagi að taka ákvörðun í málinu. Það fái ekki staðist að það skapi Samkeppniseftirlitinu svigrúm til að framlengja frest til ákvarðanatöku að það hafi ekki haft nægan tíma til að bregðast við athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjali.

Þann 24. júlí 2020 barst samrunaaðilum tölvupóstur frá Samkeppniseftirlitinu þar sem tilkynnt var að nauðsynlegt væri að afla frekari gagna vegna málsins og þyrfti til þess viðbótarfrest. Með tölvupóstinum fylgdi bréf þar sem annars vegar var óskað eftir sjónarmiðum samrunaaðila varðandi viðbótarathugasemdir Sjúkratrygginga Íslands sem Samkeppniseftirlitið hafði aflað, dags. 21. júlí 2020.

Hins vegar var óskað eftir "upplýsingum um myndlestur annars vegar LM og hins vegar ÍM fyrir þriðju aðila á árunum 2017, 2018 og 2019, þ.e. heilbrigðisstofnanir á landsbyggðinni og mögulega þjónustu við erlenda aðila sundurgreint eftir viðskiptavinum."

Áfrýjendur mótmæla því að nauðsynlegt hafi verið að framlengja frest Samkeppniseftirlitsins til töku ákvörðunar um 20 virka daga. Sjónarmið samrunaaðila um hvaða þýðingu útboð af hálfu Sjúkratrygginga Íslands á heilbrigðisþjónustu eigi að hafa varðandi samkeppnislegt mat í málinu hafi legið fyrir frá upphafi og hafi það einungis verið áréttað með tölvupósti samrunaaðila frá 17. júlí 2020. Hvað varði þær upplýsingar sem óskað var eftir þá hafi þær snúið að myndlestri áfrýjenda fyrir þriðju aðila á tilteknu tímabili. Þá þegar lágu fyrir upplýsingar um að Læknisfræðileg myndgreining ehf. sinnti ekki úrlestrarþjónustu fyrir þriðju aðila þannig að upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins hafi enga þýðingu haft. Upplýsingar varðandi þjónustu Íslenskrar myndgreiningar ehf. í þessum efnum höfðu verið gefnar með fullnægjandi hætti í samrunaskrá þar sem fram komu tekjur félagsins, sundurliðaðar eftir árum, vegna úrlestrarþjónustu fyrir "heilbrigðisstofnanir á landsbyggðinni", þ.e. Heilbrigðisstofnun Suðurlands. Fyrirspurn Samkeppnis-eftirlitsins frá 24. júlí 2020 bætti engu við þær upplýsingar sem þegar lágu fyrir.

Áfrýjendur telja það engan veginn geta staðist að raunveruleg eða málefnaleg þörf hafi verið fyrir öflun viðbótargagna og þar sem skilyrði fyrir því voru ekki uppfyllt beri þegar af þeirri ástæðu að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi.

Það hafi auk þess enga sjálfstæða þýðingu við mat á þessu atriði þótt að á Samkeppniseftirlitinu hvíli skylda til að rannsaka mál nægjanlega, sbr. 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Þá skyldu ber að rækja innan þeirra tímafresta sem settir séu í samkeppnislögum og hefur Samkeppniseftirlitið ekki sjálfðæmi um að framlengja fyrirfram skilgreinda fresti til töku íþyngjandi stjórnvaldsákvörðunar án þess að einhverjar lögmatar ástæður séu fyrir slíkri framlengingu sem ekki megi rekja til stofnunarinnar sjálftrar.

Tilvísun Samkeppniseftirlitsins til dóms Hæstaréttar í máli nr. 277/2012 og að þá ályktun megi draga af þeim dómi að mat Samkeppniseftirlitsins um að framlengja fresti til að rannsaka mál sæti ekki neins konar mati eða endurskoðun, er mótmælt.

Tregða dómstóla til að hrófla við mati stjórnvalda að þessu leyti komi málinu ekki við enda hvíli sú skylda á áfrýjunarnefnd samkeppnismála, sem úrskurðaraðila á stjórnslustigi, að gæta þess með sama hætti og Samkeppniseftirlitinu, að réttra aðferða hafi verið gætt við töku hinnar kærðu ákvörðunar. Jafnframt er bent á að í tilvitnuðu dómsmáli hafi verið talið að settar hafi verið fram nýjar röksemdir undir lok hefðbundins frests sem réttlættu, í því máli, ákvörðun um viðbótarfrest.

Áfrýjendur hafna sjónarmiðum um að ákvæði laga nr. 103/2020, um breytingu á samkeppnislögum, hvað varði fresti til ákvarðanatöku í samrunamálum, sem tóku gildi þann 10. júlí 2020, hafi þau áhrif að frestur Samkeppniseftirlitsins til að taka endanlega ákvörðun í málinu hafi orðið 90 dagar frá því að stofnunin tilkynnti málsaðilum um að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á áhrifum samrunans. Meginreglan sé sú að við þær aðstæður að lög taki breytingum eftir að þau atvik verða sem löggin taka til, skuli ekki beita hinum nýju lögum með afturvirkum hætti nema til þess standi skýr lagaheimild. Um þessa fresti gildi því ákvæði samkeppnislaga eins og þau voru þegar samruni áfrýjenda var tilkynntur til Samkeppniseftirlitsins.

b. Gildissvið samkeppnislaga

Áfrýjendur telja það margstaðfest að samkeppnislög víki fyrir sérákvæðum laga um heilbrigðisþjónustu og með hliðsjón af gildandi réttarframkvæmd Samkeppniseftirlitsins þá gildi samkeppnislögin ekki heldur um neinar ákvarðanir sem heilbrigðisráðherra taki varðandi skiptingu fjármuna milli einkaaðila og opinberra aðila, ráðstöfun verkefna frá einkaaðilum til opinberra aðila o.s.frv. Samkeppniseftirlitið taki í ákvörðun sinni ófullnægjandi tillit til þessarar sérstöðu. Af því leiði að rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ætluðum samkeppnislegum áhrifum samrunans missir marks um leið og ályktanir og meginforsendur ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins verða sama marki brenndar.

Í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins vegna kæru áfrýjenda er við það miðað að kaup hins opinbera á læknisfræðilegri myndgreiningarþjónustu séu útboðsskyld samkvæmt lögum um opinber innkaup nr. 120/2016. Sé þetta lagt til grundvallar sé augljóst að það hafi grundvallarþýðingu við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna áfrýjenda að greina hvort og hvernig hið opinbera hafi staðið að

innkaupum á heilbrigðisþjónustu með hliðsjón af framangreindu regluverki. Enga heildstæða greiningu á því sé að finna í hinni kærðu ákvörðun.

Vísað er til þess að Sjúkratryggingar Íslands hafi, í samræmi við lög nr. 120/2016, staðið fyrir útboði á myndgreiningarþjónustu í fyrsta sinn á árinu 2017. Þó liggi fyrir að þar hafi ekki verið um hefðbundið útboð að ræða í neinum skilningi. Þannig mátti til dæmis hvorugur áfrýjenda taka þátt í því útboði. Þá virðist Samkeppniseftirlitið algerlega horfa framhjá því að niðurstaða útboðsins, þ.e. að Sjúkratryggingar Íslands skyldi semja við Myndgreiningu Hjartaverndar, var kærð af félaginu Klíníkin Ármúla ehf. til kærunefndar útboðsmála sem staðfesti með úrskurði sínum í máli nr. 25/2017 að Sjúkratryggingar Íslands hefðu brotið gegn kæranda við framkvæmd útboðsins og eftirfarandi samningagerð við Myndgreiningu Hjartaverndar. Af þeim úrskurði megi m.a. sjá að innkaup Sjúkratrygginga Íslands á myndgreiningarþjónustu sé felld undir VIII. kafla laga um opinber innkaup þar sem stofnunin geti valið á milli þess að notast við útboðsfyrirkomulag eða forauglýsingu.

Þá benda áfrýjendur á að á undanförunum mánuðum hafi borist fréttir af fyrirhuguðum útboðum af hálfu Sjúkratrygginga Íslands m.a. vegna þjónustu sérfræðilækna og þjónustu sjúkraþjálfara, en stofnunin hafi horfið frá fyrirætlunum sínum í þeim efnum. Sýni þetta að fyrirkomulag innkaupa á heilbrigðisþjónustu sé alfarið á hendi Sjúkratrygginga Íslands og heilbrigðisyfirvalda. Hið opinbera stýri því hvort og hve mikið af verkefnum geti ratað til einkaaðila og það geti auðveldlega tekið til sín verkefni án útboða og án þess að um þær ákvarðanir gildi ákvæði samkeppnislaga, og megi í því sambandi nefna sem dæmi að heilbrigðisyfirvöld hafi ákveðið á árinu 2017 að Landspítalinn skyldi taka við brjóstaskoðunum af Krabbameinsfélagi Íslands, án útboðs um þá þjónustu.

Ljóst sé að Sjúkratryggingar Íslands geti ákveðið að bjóða þjónustuna út að öllu leyti eða að hluta, geti hagað forsendum útboðs þannig að það taki til alls Evrópska efnahagssvæðisins og geti jafnframt ákveðið hverjir fái að taka þátt í útboðinu, þar á meðal geti Sjúkratryggingar Íslands staðið fyrir útboði þar sem samrunaaðilum sé meinaður aðgangur. Staða hins sameinaða félags verði alltaf sú að það sé nauðbeygt til að ná samningi við Sjúkratryggingar Íslands því að öðrum kosti er rekstrargrundvöllur félagsins brostinn.

Í þessu felist einnig að samruninn muni engin neikvæð áhrif hafa á stöðu Myndgreiningar Hjartaverndar eða hagsmuni Sjúkratrygginga Íslands. Ef Sjúkratryggingar Íslands vilja viðhalda fleiri en einum aðila í myndgreiningarþjónustu utan sjúkrahúsa þá geti Sjúkratryggingar Íslands einfaldlega auglýst eftir slíkum aðila á grundvelli heimilda sinna í lögum um sjúkratryggingar.

Í tengslum við framangreint vísa áfrýjendur einnig til skýrslu heilbrigðisráðherra um fimm ára aðgerðaáætlun heilbrigðisstefnu 2021 – 2025 þar sem m.a. kemur fram að innan tveggja ára eigi Sjúkratryggingar Íslands að annast alla samningagerð um kaup á heilbrigðisþjónustu fyrir hönd ríkisins, hvort sem um sé að ræða þjónustu opinberra aðila eða einkaaðila. Gangi þetta eftir blasi við að forsendur Samkeppniseftirlitsins fyrir skilgreiningu markaða í máli þessu séu brostnar auk þess sem samanburður verði að vera við þjónustu sem veitt sé af opinberum heilbrigðisstofnunum.

Áfrýjendur vísa til laga nr. 112/2008 um sjúkratryggingar en þar séu ákvæði sem lúti að samningum um heilbrigðisþjónustu, sbr. einkum 3. og 4. mgr. 40. gr. laganna, og athugasemdir við ákvæðin í frumvarpi til fyrrgreindra laga. Þar komi m.a. fram að reynist framboð af tiltekinni heilbrigðisþjónustu meira en þörf sé á eða unnt sé að semja um með hliðsjón af fjárheimildum þá sé heimilt á grundvelli hlutlægra og málefnalegra sjónarmiða að takmarka samningsgerð við hluta þeirra aðila sem veitt geta þjónustuna. Áfrýjendur benda einnig á að 4. mgr. 40. gr. laganna sé nánast samhljóða 2. mgr. 29. gr. laga um heilbrigðisþjónustu þar sem einkum sé fjallað um tvær aðferðir sem komi helst til greina við beitingu heimilda til að takmarka samningsgerð við hluta þeirra aðila sem geti veitt tiltekna heilbrigðisþjónustu; auglýsa eða leita beint til tiltekinna aðila. Einnig benda áfrýjendur á athugasemdir við 40. gr. framangreinds frumvarps til laga um sjúkratryggingar, þar sem fram komi m.a. að við túlkun og beitingu þeirra samningsheimilda sem kveðið sé á um í greininni beri að hafa í huga að frumvarpið hafi stöðu sérlega gagnvart ákvæðum samkeppnislaga.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins hafi verið vísað til þess að samrunaaðilar hafi ekkert lagt fram því til stuðnings að erlendir aðilar kæmu til með að taka þátt í útboði Sjúkratrygginga Íslands á þjónustu við myndgreiningar, ef til útboðs kæmi.

Að mati áfrýjenda er þessi afstaða Samkeppniseftirlitsins ómálefnaleg þar sem samrunaaðilar geti ekki sannað með óyggjandi hætti að erlendir aðilar myndu taka þátt í slíku útboði enda færi það langmest eftir þeim skilmálum sem útboðið færi eftir en útfærsla útboðsins yrði algerlega á hendi Sjúkratrygginga Íslands. Einnig sé ómálefnalegt að leggja til grundvallar að ef erlendir aðili mynda hefja starfsemi hér á landi myndi hann kaupa innlent fyrirtæki sem þegar væri starfandi og þannig myndi innkoma slíks aðila ekki auka samkeppni. Þá sé með sama hætti ómálefnalegt að vísa til þess sjónarmiðs Sjúkratrygginga Íslands að erlendir aðilar hafi hvorki tekið þátt í fyrra útboði Sjúkratrygginga Íslands né sýnt því áhuga að hefja starfsemi á sviði myndgreiningarþjónustu hér á landi. Hafi skilmálar útboðs Sjúkratrygginga Íslands á árinu 2017 verið með öllu óaðgengilegir fyrir slíka aðila og eftir litlu að slægjast. Áfrýjendur telja það einnig rangt og órökstutt að tungumálakröfur og sterk tengsl myndgreiningarfyrirtækja á Íslandi við lækna hér á landi standi í vegi fyrir innkomu erlendra aðila á þennan markað.

Áfrýjendur telja að í hinni kærðu ákvöðrun skorti á rökstuðning fyrir því hvernig það er fundið út að þau samkeppnislögmál sem samkeppnisreglum og Samkeppniseftirlitinu er ætlað að styðja, geti gilt um starfsemi samrunaaðila. Áfrýjendur benda m.a. á að fyrirtæki verða að geta treyst því að góð samkeppnisframmistaða skili þeim auknum viðskiptum, þ.e. að engir aðrir kraftar en samkeppniskraftar hafi þar veruleg áhrif. Þessar kringumstæður séu alls ekki fyrir hendi hvað varðar læknisfræðilega myndgreiningarþjónustu. Lög um heilbrigðisþjónustu byggja á allt annarri nálgun um samspil framboðs og eftirspurnar heldur en samkeppnislögin gera. Heilbrigðisþjónusta sé lögum samkvæmt fyrst og fremst opinber þjónusta.

Að mati áfrýjenda skauti Samkeppniseftirlitið yfir grundvallaratriði í málinu sem sé að ekki sé til staðar verðsamkeppni í neinum venjulegum skilningi milli samrunaaðila eða á milli einkaaðila yfirleitt varðandi veitingu myndgreiningarþjónustu. Verðsamkeppni sé þó sá þáttur sem mestu máli skipti ef þörf sé talin á því að vernda gangverk samkeppninnar í tilefni af t.d. samruna. Vegna þess lagaumhverfis sem gildi um starfsemi áfrýjenda þá séu þeir ekki í neinni aðstöðu til að „taka sér verð“ gagnvart viðskiptavinum á grundvelli efnahagslegs styrkleika síns. Þeir geti aðeins reynt að vera eins aðlaðandi kostur til samningagerðar við Sjúkratryggingar Íslands eins og mögulegt er.

Kjarni málsins sé að samruninn muni ekki færa hinu sameinaða félagi neinn slíkan efnahagslegan styrk að það geti beitt sér með neikvæðum hætti gagnvart hagsmunum viðskiptavina, keppinauta eða neytenda. Sköpun slíks efnahagslegs styrks eða aðstöðu til að raska samkeppni á annan hátt sé þó frumskilyrði fyrir því að tilefni og heimild sé til að ógilda samruna.

Sú forsenda sem Samkeppniseftirlitið gefi sér fyrir því að verðsamkeppni ríki í dag á markaði fyrir myndgreiningarþjónustu, þ.e. að einingaverð í samningi Myndgreiningu Hjartaverndar sé 15% lægra en í samningum áfrýjenda við Sjúkratryggingar Íslands, sé bæði röng og ómálefnaleg. Undir rekstri samrunamálsins og í kæru sé rökstutt að þessi einfaldi samanburður sem Samkeppniseftirlitið byggir á varðandi einingaverð sé rangur. Þjónusta Myndgreiningar Hjartaverndar sé dýrari fyrir Sjúkratryggingar Íslands en þjónusta samrunaaðila, m.a. af því að Myndgreining Hjartaverndar innheimti fyrir fleiri einingar vegna sömu myndgreiningar heldur en samrunaaðilar gera. Þrátt fyrir ábendingar samrunaaðila til Samkeppniseftirlitsins hafi þetta atriði ekki verið rannsakað nánar. Þá sé einingaverð Myndgreiningar Hjartaverndar ekki niðurstaðan af einhvers konar verðsamkeppni í hefðbundnum skilningi milli þess félags og samrunaaðila. Sjúkratryggingar Íslands ákveði einfaldlega að láta Myndgreiningu Hjartaverndar hafa samning um myndgreiningarþjónustu.

c. Skilgreining markaðar málsins

Áfrýjendur benda á að rekstrar- og lagaumhverfi samrunaaðila sé í grundvallaratriðum frábrugðið því sem gildi eftir atvikum almennt um atvinnustarfsemi sem eigi undir samkeppnislög. Starfsemi áfrýjenda falli undir 1. tl. 4. gr. laga um heilbrigðisþjónustu. Önnur ákvæði laganna, m.a. 1. og 2. mgr. 5. gr., 2. mgr. 6. gr., 2. og 3. mgr. 7. gr. og 28. gr., undirstriki að ákvörðun um hvaða þjónustu samrunaaðilar geti veitt og hvar hún skuli veitt sé á forræði ráðherra heilbrigðismála, í gegnum þá samninga sem ráðherrann, fyrir hönd íslenska ríkisins, ákveði að gera um það efni. Andspænis þessu regluverki standi engar forsendur til annars en að skilgreina landið allt sem einn markað í skilningi samkeppnisréttar, að svo miklu leyti sem það sé hægt, vegna lagaumgjarðar heilbrigðisþjónustu og þær forsendur sem rekstur samrunaaðila grundvallist á, einkum samninga þeirra við Sjúkratryggingar Íslands hverju sinni. Fyrir liggi að

samrunaaðilar þjónusti sjúklinga hvar sem þeir búi á Íslandi. Hvað varði úrlestur mynda sé ljóst að slík þjónusta geti átt sér stað hvar sem er í heiminum og í öllu falli hvar sem er á Íslandi.

Þá liggja fyrir að sú þjónusta sem samrunaaðilar hafi haft heimild til að veita, á grundvelli samninga þeirra við Sjúkratryggingar Íslands, lúti að myndgreiningarþjónustu í heild sinni, þ.e. töku mynda af ýmsu tagi (röntgen, ómskoðanir o.fl.) og úrlestri þeirra. Á þeim markaði starfi allir aðilar, einkaaðilar sem opinberir, sem veitt geti slíka þjónustu. Laga- og tæknilega sé ekkert því til fyrirstöðu að sjúklingar fari til rannsóknar hvert sem er, til samrunaaðila, annarra einkaaðila eða opinberra aðila. Öll atriði sem almennt hafi þýðingu við mat á staðgöngu séu eða geti verið sambærileg á milli allra þessara aðila. Þá geti það ekki ráðið úrslitum um skilgreiningu þjónustumarkaðar þótt einn aðili þyki tímabundið veita betri þjónustu en annar í formi t.d. styttri biðtíma eftir rannsókn. Áfrýjendur benda á að ekkert liggja fyrir um hver fjárfesting Landspítalans þyrfti að vera til þess að spítalinn gæti tekið við þeim rannsóknum sem einkaaðilar framkvæmi í dag, né heldur að hún sé af þeirri stærðargráðu að máli skipti fyrir íslenska ríkið. Engin úttekt liggja heldur fyrir um hver afkastageta Landspítalans sé eða geti verið.

Áfrýjendur telja að forsendur Samkeppniseftirlitsins fyrir skilgreiningu markaðar málsins geti ekki átt við. Sú staðreynd að sjúklingur geti sjálfur ákveðið hvert hann leitar eftir myndgreiningarþjónustu feli í sér að engar hindranir, hvað hann varði, séu til staðar varðandi það hvar þjónusta sé sótt. Að öllu öðru leyti ráðist það hvar samrunaaðilar veiti þjónustu og hvernig, af þeim samningi sem Sjúkratryggingar Íslands er tilbúið til að gera hverju sinni. Þannig ráði lögmál framboðs og eftirspurnar ekki för heldur ákvörðun ráðherra heilbrigðismála.

Þá telja áfrýjendur það hafa grundvallarþýðingu, við samanburð milli Íslands og annarra landa, varðandi rétta skilgreiningu markaðar og samkeppnisréttarleg atriði almennt, hvert laga- og rekstrarumhverfi fyrirtækja sé í mismunandi löndum og því séu gerðar athugasemdir við þann samanburð við önnur lönd sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Tilvísanir til erlendra fordæma hafi ekkert gildi nema um leið sé rökstutt að um sambærilegar aðstæður sé að ræða en Samkeppniseftirlitið hafi ekki talið þörf á að gera slíkan samanburð á laga- og rekstrarumhverfi eftir löndum.

d. Samkeppnisleg áhrif

Áfrýjendur telja að forsendur og niðurstöður Samkeppniseftirlitsins varðandi samkeppnisleg áhrif samrunans séu byggðar á mjög einfölduðum og gefnum forsendum um hvaða ályktanir megi almennt séð draga af atriðum á borð við markaðshlutdeild, samþjöppunarstig o.s.frv. Ranglega og/eða ófullnægjandi sé farið með grundvallarforsendur fyrir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins, t.d. varðandi aðgangshindranir að markaði, kaupendastyrk o.fl.

Að mati áfrýjenda stenst enga málefnalega skoðun að draga þær ályktanir sem Samkeppniseftirlitið gerir um ætlaðan efnahagslegan styrkleika hins sameinaða félags af útreikningum um markaðshlutdeild eins og hún kunni að líta út í dag enda fari markaðshlutdeild algjörlega eftir því hvort aðilar nái samningi við Sjúkratryggingar Íslands um veitingu heilbrigðisþjónustu með greiðsluþátttöku hins opinbera. Sama sé að segja um útreikninga á samþjöppunarstigi markaðarins (HHI stuðull). Þar sé ekkert hugað að ákvörðunum hins opinbera um hvernig heilbrigðisþjónusta sé almennt innt af hendi.

Áfrýjendur gera athugasemdir við þá ályktun Samkeppniseftirlitsins að það sé ekki algjörlega á valdi Sjúkratrygginga Íslands að ákveða verð fyrir þjónustu samrunaaðila. Að mati áfrýjenda sýni það nákvæmlega engan styrk þeirra gagnvart Sjúkratryggingum Íslands að þeir hafi ekki verið tilbúnir að breyta gildandi samningum, að ósk Sjúkratrygginga Íslands á miðju samningstímabili. Það sýni hins vegar styrk Sjúkratrygginga Íslands í samningssambandinu að undanfarin ár hafi samningar aðila ekki verið endurskoðaðir þar sem Sjúkratryggingar Íslands hafa ekki svarað ítrekuðum beiðnum samrunaaðila um endurskoðun og leiðréttingu á greiðslum til samræmis við samkeppnisaðila, né tilboðum frá samrunaaðilum.

Ályktanir Samkeppniseftirlitsins um að þetta sýni fram á að markaðsaðilar keppi í verðum standast ekki skoðun. Báðir áfrýjendur starfi á grundvelli samnings við Sjúkratryggingar Íslands sem skilgreini visst magn verkefna (rannsóknna) sem heimilt sé að framkvæma á samningsverði. Það verði alltaf keppikefli fyrir slíka aðila að falast eftir frekari verkefnum eftir atvikum á afsláttarkjörum sem annars væru unnin af hálfu opinberra þjónustuveitenda. Samruninn breytir engu þar um.

Eftir sem áður verði það á valdi Sjúkratrygginga Íslands að ákveða hvort slíku tilboði sé tekið eða ekki.

Þá lýsi Samkeppniseftirlitið því yfir að samrunaaðilar keppi sín á milli í fleiri þáttum til að vera aðlaðandi kostur fyrir Sjúkratryggingar Íslands og sjúklinga, m.a. með háu þjónustustigi, trausti og styttri biðtíma. Virðist þannig á því byggt að ef samruninn gangi eftir þá sé hætt á því að hið sameinaða félag muni minnka þjónustustig, hætt á láta traust skipta sig miklu máli og lengja biðtíma. Fyrir því sé enginn viðhlítandi rökstuðningur í hinni kærðu ákvörðun að samruninn muni hafa eða sé líklegur til að hafa þessi neikvæðu áhrif í för með sér vegna þess að tilverugrundvöllur hins sameinaða félags mun hér eftir sem hingað til byggja algerlega á því að Sjúkratryggingar Íslands sjái hag hins opinbera best borgið með því að gera samning við það félag. Þá sé sömuleiðis alveg augljóst að hið sameinaða félag muni búa við alla sömu hvata og samrunaaðilar gera í dag í sitt hvoru lagi, þ.e. að vera eins aðlaðandi kostur um tilvísanir frá læknum og hægt er. Stafi það einfaldlega af því m.a. að við hlið samrunaaðila sé starfandi allt hið opinbera heilbrigðiskerfi sem allur samanburður miðist við.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að því að bæði Sjúkratryggingar Íslands og Myndgreining Hjartaverndar hafi lýst yfir áhyggjum af samrunanum og að þær áhyggjur séu helsta vísbendingin um sterka stöðu áfrýjenda á hinum skilgreinda markaði málsins. Að mati áfrýjenda verði að gera þá kröfu til Samkeppniseftirlitsins að athugasemdir aðila, sem hafa eða telja sig hafa hagsmuni af því að samruninn verði ógiltur, séu virtar með öllum nauðsynlegum fyrirvörum og að raunverulega sé rannsakað hvort þær "áhyggjur" gefi í reynd tilefni til svo íþyngjandi ákvörðunar. Áfrýjendur telji augljóst að sú þjónusta sem aðili á borð við Myndgreiningu Hjartaverndar geti veitt, feli ekki í sér svar við þeim þörfum sem nútíma læknisfræði kallar á hvað varðar læknisfræðilega myndgreiningu. Til þess skorti m.a. þær forsendur sem liggi samruna áfrýjenda til grundvallar, þ.e. að skapa nægilega stóra einingu sem gefi kost á betri nýtingu búnaðar í þeim gæðaflokki sem þörf sé á og sérhæfingu hvað varði læknisfræðilega greiningu og ráðgjöf.

Sama megi segja um afstöðu Sjúkratrygginga Íslands og mat Samkeppniseftirlitsins á kaupendastyrk. Neikvæðri afstöðu Sjúkratrygginga Íslands sé leyft að leika lykilhlutverk í þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að

hafna samrunanum. Lagt sé til grundvallar að Sjúkratryggingar Íslands geti ekki sagt upp samningum við áfrýjendur en fyrir liggi að þeir samningar séu útrunnir eða við það að renna út á næstunni. Áfrýjendur benda á að ef ekkert verður að gert munu samrunaaðilar ekki geta framkvæmt rannsóknir frá og með áramótum 2020/2021 með kostnaðarþátttöku Sjúkratrygginga Íslands, sem feli í sér forsendubrest í huga sjúklinga um að rannsóknir séu gerðar hjá áfrýjendum.

Áfrýjendur telja sjónarmið um kaupendastyrk hvorki hafa verið rannsökuð nægilega né verið tekið tillit til athugasemda áfrýjenda hvað það varðar. Íslenska ríkið viðhafi þá stefnumótun að hér á landi sé rekið opinbert heilbrigðiskerfi. Íslenska ríkið ákveði, með misjöfnum hætti frá tíma til tíma, að kaupa eftir atvikum vissa heilbrigðisþjónustu af einkaaðilum í gegnum samninga við Sjúkratryggingar Íslands. Íslenska ríkið geti að sjálfsgöðu „hótað“ að hætta því en auka þess í stað þjónustu sem það þegar veiti innan opinberra heilbrigðisstofnana. Afkastageta opinberra heilbrigðisstofnana takmarkist aðeins af ákvörðunum íslenska ríkisins um hver hún skuli vera.

Þó að Landspítalinn geti ekki tekið við öllum verkefnum samrunaaðila í einu lagi eins og staðan sé í dag þá sé ljóst að stefna heilbrigðisyfirvalda sé að færa verkefni eins og hægt er úr einkarekstri og yfir til spítalans. Þetta megi m.a. ráða af síðari umsögn Sjúkratrygginga Íslands varðandi umfjöllun um þjónustu sérfræðilækna og stefnumótun heilbrigðisyfirvalda á undanförunum misserum. Breyting af þessu tagi myndi leiða til um 70% samdráttar hjá samrunaaðilum.

Þá geti Sjúkratryggingar Íslands hæglega ákveðið að minnka það rannsóknarmagn sem hinu sameinaða félagi væri heimilt að vinna með kostnaðarþátttöku ríkisins. Ef Sjúkratryggingar Íslands ákveði að draga úr innkaupum frá hinu sameinaða félagi þá losnar um tæki og starfsfólk sem að öllum líkindum færu þá til starfa hjá hinu opinbera.

Kaupendastyrkur Sjúkratrygginga Íslands felst þess vegna í því að það er lífsspursmál um afkomu og starfsemi hins sameinaða félags að vera nógu spennandi valkostur gagnvart Sjúkratryggingum Íslands, með tilliti til verðs og gæða, til þess að verkefnum fjölgi frekar en fækki og að ekki verði talin ástæða, að minnsta kosti ekki út frá hagkvæmnissjónarmiði, að færa verkefni frá einkaaðilum til opinberra aðila. Starfsemi áfrýjenda sitt í hvoru lagi geti ekki myndað þennan

samanburð með sambærilegum hætti og þaðan af síður starfsemi Myndgreiningar Hjartaverndar. Til þess séu einingarnar of litlar og möguleiki til sérhæfingar, tækjauppbyggingar og þróunar ekki til staðar.

Samkeppniseftirlitið færi fram þau rök í málinu að ef fallist yrði á sjónarmið áfrýjenda varðandi kaupendastyrk Sjúkratrygginga Íslands þá fæli það í raun í sér að ekki væri unnt að grípa til íhlutunar í neinn samruna á heilbrigðisviði þar sem um einn sjúkratryggingaraðila sé að ræða. Áfrýjendur telja ótækt að áfrýjunarnefndin leggi sjónarmið af þessu tagi til grundvallar niðurstöðu sinni. Enga samantekt né rannsókn/greiningu sé að finna í hinni kærðu ákvörðun á öllum þeim mörkuðum eða samanburður milli þeirra sem veiti stoð fyrir fullyrðingum af þessu tagi. Samanburður Samkeppniseftirlitsins við starfsemi lyfjaframleiðenda missir marks þegar af þeirri ástæðu að um gerólíka starfsemi sé að ræða. Samanburður við t.d. vegagerð sé sömuleiðis ótækur enda sinna fyrirtæki sem starfa við vegagerð verkefnum fyrir fjölda aðila og lúti ekki því lagaumhverfi sem samrunaaðilar gera á grundvelli laga um heilbrigðisþjónustu.

Með vísan til framangreinds sé ómálefnaleg sú forsenda Samkeppniseftirlitsins að Myndgreining Hjartaverndar hafi ekki bolmagn til að taka alfarið við veitingu myndgreiningarþjónustu. Staðreyndin sé sú að enginn einkaaðili hafi í dag bolmagn til að taka "alfarið við veitingu þjónustu við myndgreiningar". Þá geti hvorki áfrýjendur né aðrir einkaaðilar haft sérstök áhrif á það hvort viðskipti við þá aukast eða minnka, t.d. með auglýsingum eða öðru markaðsstarfi. Áfrýjendur séu bara þátttakendur í því að veita tiltekna heilbrigðisþjónustu á grundvelli forsendna sem alfarið séu skapaðar af hinu opinbera.

Áfrýjendur mótmæla því að staða Myndgreiningar Hjartaverndar sé sérstaklega veik en til þess aðila var stofnað með nánast engum fyrirvara til að taka við samningi við Sjúkratryggingar Íslands sem síðan hafi verið framlengdur.

Áfrýjendur benda jafnframt á að þjónusta við aðra aðila en Sjúkratryggingar Íslands sé hverfandi hluti af starfsemi þeirra og fráleitt að ímynda sér að hið sameinaða félag komi til með að hafa nokkurn hvata til að misbeita ætluðum markaðsstyrk gagnvart erlendum ósjúkratryggðum íþróttamönnum eða þeim öðrum örfáu aðilum sem samrunaaðilar veita þjónustu fyrir utan samning sinn við Sjúkratryggingar Íslands. Augljóst sé að hið sameinaða félag muni búa við mjög

sterkan hvata til að bjóða bestu hugsanlegu þjónustu, vegna mikilvægi samnings þess við Sjúkratryggingar Íslands og samanburðar við þá þjónustu sem aðrir geta veitt, þar á meðal opinberar heilbrigðisstofnanir.

Áfrýjendur benda á að Samkeppniseftirlitið hafi ekki svarað því hverjar séu þær tæknilegu og lagalegu hindranir sem koma í veg fyrir að erlendum aðili hasli sér völl á þessum markaði hér á landi. Lykilspurningin varðandi hversu líklegt megi telja að inn á markaðinn komi burðugur aðili sem geti veitt hinu sameinaða félagi samkeppnislegt aðhald sé hvort og hvernig Sjúkratryggingar Íslands hyggst standa að útboði um læknisfræðilega myndgreiningarþjónustu. Ef sú þjónusta, t.d. innkaup á læknisfræðilegri myndgreiningarþjónustu utan spítala, væri boðin út í heilu lagi þá hljóti að þurfa að svara því með rökstuddum hætti hvort erlendir aðilar séu ekki líklegir til þátttöku í slíku útboði. Erlendis starfi stórir aðilar á þessu sviði, t.d. Unilabs og Aleris, sem í krafti stærðar sinnar hafi yfir að ráða mun betri samningum um kaup á tækjum, verkferlum og gæðakerfi sem samrunaaðilar geti ekki keppt við. Augljóst sé að útboð um þjónustu að fjárhæð 200 milljónir króna til 12 mánaða veki ekki áhuga slíkra aðila en heildarútboð myndi gera það.

Áfrýjendur telja að útboð komi til með að fækka þeim aðilum sem geti starfað við þjónustuna eftir útboðið enda sé slíkt í eðli útboða. Ef þjónustan yrði boðin út og erlendum aðili fengi verkið yrði starfsemi annarra sjálfhætt. Við slíkar aðstæður yrði það starfsfólk verkefnalaust sem í dag starfar hjá samrunaaðilum. Sennilegt er að erlendum aðili myndi vilja nýta sér þessa stöðu.

Áfrýjendur telja það rangt og órökstutt að tungumálakröfur og sterk tengsl myndgreiningarfyrirtækja á Íslandi við lækna hér á landi standi í vegi fyrir innkomu erlendra aðila á þennan markað.

Í tengslum við þetta má nefna útboð á vegum Sjúkratrygginga Íslands varðaði augnsteinaaðgerðir. Fyrir útboðið voru tveir aðilar sem sinntu þessari þjónustu en eftir útboðið fækkaði þeim í einn. Eitt af skilyrðum þess að geta fengið samning við Sjúkratryggingar Íslands var að aðili hefði framkvæmt ákveðinn fjölda augnsteinaaðgerða á síðastliðnum 12 mánuðum. Augljóst sé að næst þegar Sjúkratryggingar Íslands bjóða þessa þjónustu út muni einungis eitt fyrirtæki uppfylla slíkar kröfur. Starfsemi hins aðilans hvað þessar aðgerðir varðar sé sjálfhætt án samnings við Sjúkratryggingar Íslands.

Samkeppniseftirlitið færir fram ýmis sjónarmið þess efnis að markaður málsins búi við töluverðar aðgangshindranir. Fullyrt sé að þær felist í því að starfsemin sé háð ýmsum leyfum, opinberu eftirliti, fjárfestingu í tækjum og mikilli sérþekkingu starfsfólks. Áfrýjendur benda á að engar af þessum fullyrðingum séu rökstuddar sérstaklega. Þá virðist það vera talið til aðgangshindrana í málinu að samrunaaðilar njóti trausts sem endurspeglar í því að læknar vísi gjarnan sjúklingum þangað til myndatöku. Áfrýjendur velti því fyrir sér hvort þær kringumstæður sem Samkeppniseftirlitið telji heppilegri fyrir samkeppni séu að samrunaaðilar veittu lélega þjónustu.

Því sé haldið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins að innkoma Myndgreiningar Hjartaverndar á markaðinn í lok árs 2017 gefi ekki til kynna að litlar aðgangshindranir séu að markaðnum. Það fyrirtæki sé enn lítið og samkvæmt ársreikningum hafi afkoma af starfseminni verið lök. Enn leyfi Samkeppniseftirlitið sér að draga einfaldar ályktanir án viðhlítandi rannsókna. Áfrýjendur benda á að þjónustan geti t.d. verið af öðrum gæðum.

Áfrýjendur hafna því að sá ávinningur sem sé af samrunanum sé ekki rökstuddur með fullnægjandi hætti. Samruninn muni leiða til fjárhagslegs sparnaðar eins og bent hafi verið á. Meira máli skipti að hann gefur hinu sameinaða félagi tækifæri til að bæta verulega gæði þeirrar þjónustu sem veitt sé. Svo virðist sem Samkeppniseftirlitið hafi ekki leitað álits annarra en Sjúkratrygginga Íslands á þessum sjónarmiðum samrunaaðila og þar sem Sjúkratryggingar Íslands hafi ekki fallist á sjónarmiðin sé þeim hafnað. Hvað varðar þau sjónarmið að ekki hafi verið sýnt nægjanlega fram á að ávinningur vegna samrunans muni skila sér til neytenda þá byggji það á sömu röngu forsendunum varðandi efnahagslegan styrk samrunaaðila og allt málið geri.

Áfrýjendur áréttu að eins og það telst augljóst að stækkun eininga í hinu opinbera heilbrigðiskerfi sé forsenda þess að hægt sé að veita hágæða heilbrigðisþjónustu á hagkvæman hátt þá gildir sú forsenda með nákvæmlega sama hætti um starfsemi áfrýjenda. Sameinað félag muni á grundvelli samlegðaráhrifa, aukinnar skilvirkni og upptöku nýrrar tækni, þ.á m. aukinnar sjálfvirkni með stuðningi gervigreindar, verða betur í stakk búið að bjóða fram betri þjónustu en hægt sé að veita í dag á eins hagkvæmum verðum og hægt er.

Áfrýjendur benda á að þeir hafi í málatilbúnaði sínum til Samkeppniseftirlitsins vísað til fjölda fræðigreina sem styðji málflutning þeirra um að slík sérhæfing sé undirstöðuatriði við áframhaldandi þróun læknisfræðilegrar myndgreiningar. Báðir áfrýjendur hafi yfir að ráða breiðri almennri þekkingu hvað varðar læknisfræðilega myndgreiningu. Ýmislegt skilur þessa aðila þó í sundur varðandi aðgengi að sérfræðiþekkingu. Það að sérfræðingur með sérþekkingu eða undirsérhæfingu innan ákveðins líffærakerfis lesi úr myndgreiningarránsóknum innan síns sérsviðs hafi mikla þýðingu í nákvæmi greininga sem geti að sjálfsögðu skipt sköpum fyrir þann sem gengst undir ránsóknina. Auk þess skipti miklu máli að safna sem mestri sérþekkingu undir sama þaki svo læknar geti ráðfært sig hver við annan. Augljós hagur sé í því fyrir myndgreiningardeildir að ná þeirri stærð að sérþekking lækna nýtist sem best, þannig að læknar noti sem mest af sínum tíma í úrlestur ránsókna á þeirra sérsviði. Þessi aukna nákvæmni í greiningu sé neytendum þjónustunnar (sjúklingum) augljóslega til góða auk þess að fækkun falskra jákvæðra greininga auki skilvirkni þar sem óþarfa ránsóknum og inngrípum fækki í kjölfarið. Auk þessa skapi aukin undirsérhæfing grundvöll fyrir upptöku nýrra ránsóknaraðferða og fjárfestingu í sérhæfðari búnaði.

Samkeppniseftirlitið tiltekur að samrunaaðilar hafi ekki útskýrt hvers vegna þeir geti ekki náð fram sömu hagsbótum, s.s. aukinni sérhæfingu í framkvæmd og úrlestri ránsókna, með öðrum og vægari hætti, t.d. með afmörkuðu samstarfi eða umfangsminni samruna. Áfrýjendur telja þessa forsendu eftirlitsins ómálefnalega enda hvíli ekki skylda á samrunaaðilum að sýna fram á að útilokað sé að ná einhverjum árangri með vísan til meiri gæða í ránsóknum með einhverju samstarfi.

Áfrýjendur telja ljóst að íslenskt heilbrigðiskerfi búi við miklar áskoranir, ekki síst varðandi mönnun m.t.t. þeirra krafna sem nútíma læknisfræði kallar á. Þessum áskorunum verði ekki mætt nema með nýrri tækni, innleiðingu gervigreindar, nýsköpun og hagræðingu til að mæta þeim þörfum fyrir fullkomna heilbrigðisþjónustu sem framundan er. Jafnframt sé vaxandi þörf fyrir hæft starfsfólk og ýtrustu nýtingu sérhæfingar og sérþekkingar.

e. Hagfræðileg sjónarmið

Áfrýjendur benda á að sá markaður sem þeir starfa á, búi við djúpstæðan samkeppnisbrest en hann felist alls ekki í samþjöppun eða efnahagslegum styrk þeirra einkaaðila sem veita myndgreiningarþjónustu heldur í því fyrirkomulagi um veitingu heilbrigðisþjónustu sem gildi hér á landi samkvæmt lögum um heilbrigðisþjónustu sem og í tilvist og fyrirferð hins opinbera við veitingu þjónustunnar. Bann við samruna áfrýjenda leysir engan vanda í því sambandi heldur þvert á móti auki hann. Bannið hindri tvo einkaaðila í þeirri viðleitni að auka gæði þjónustu sinnar og til að verða sterkari valkostur gagnvart þeirri myndgreiningarþjónustu sem sé veitt af hálfu hins opinbera.

Í álitsgerð Intellecon ehf., sem fylgdi með kæru, sé bent á að ekki fáist staðist að byggja ákvörðun um bann við samruna áfrýjenda nánast eingöngu á því hver áætluð "markaðshlutdeild" þeirra verði eftir samruna eða hvert "samþjöppunarstig" markaðarins verði samkvæmt HHI kvarða. Samkeppniseftirlitið haldi því fram að byggt sé á fleiri forsendum. Áfrýjendur bendi á að sú fullyrðing Samkeppniseftirlitsins að áfrýjendur séu nánustu og mikilvægustu keppinautar hvors annars, sé fullyrðing sem byggi á sömu gefnu forsendum og annað í málinu og horft sé framhjá þeim raunveruleika sem gildi um veitingu heilbrigðisþjónustu af hálfu einkaaðila á markaðnum. Þá telji áfrýjendur rangt og lítt rökstutt að aðgangshindranir séu á markaðnum. Varðandi afkastagetu annarra aðila á markaðnum, sem Samkeppniseftirlitið kveðst hafa litið til, sé að mati áfrýjenda erfitt að sjá hvaða þýðingu það atriði eigi að hafa. Áfrýjendur velti því fyrir sér hvaða kringumstæður Samkeppniseftirlitið telji að séu betri að þessu leyti fyrir neytendur þjónustunnar. Hvort það sé þegar til staðar séu margar litlar myndgreiningarstofur sem þannig gætu ekki veitt þjónustu af þeim gæðum sem þörf sé á en sem hver um sig hefði samt talsverða afkastagetu sem þó væri ekki hægt að nýta vegna þess að um þá umframþjónustu fengist ekki samningur við Sjúkratryggingar Íslands. Hvort það væri betra að mati Samkeppniseftirlitsins að horfið væri aftur til þess tíma þegar Sjúkratryggingar Íslands sömdu aðeins um fast magn rannsókna fyrir hvern einkaaðila á ári sem leiddi til þess að enginn hvati væri til staðar fyrir þá aðila að stytta biðtíma, auka gæði eða þróa þjónustu sína á nokkurn hátt. Augljóslega samrýmist sú nálgun ekki að neinu leyti þeim markmiðum sem samkeppnislögum sé ætlað að vernda.

Samkeppniseftirlitið telji ólíklegt að framboðið magn af myndgreiningarþjónustu sé minna en ef um væri að ræða fullkominn samkeppnismarkað. Stafi þetta af því að Sjúkratryggingar Íslands hafi takmarkaða möguleika á því að stýra því hversu margar myndgreiningar séu framkvæmdar hér á landi en faglegt mat læknis ráði því alla jafna hvort sjúklingar séu sendir í myndgreiningu eða ekki. Þessi röksemdafærsla gengur ekki upp af mati áfrýjenda. Sá fjöldi rannsókna sem samrunaaðilar geta framkvæmt með greiðsluþátttöku Sjúkratrygginga Íslands er fyrirfram ákveðinn í samningi. Jafnframt hafi Sjúkratryggingar Íslands það í sínu valdi hvort það rannsóknarmagn sem samrunaaðilar geta framkvæmt sé meira eða minna.

Að mati Samkeppniseftirlitsins standist ekki sú ályktun að fyrirtæki sem sinni læknisfræðilegri myndgreiningu keppi tæpast í verði þar sem verð sé ákvarðað í samningum við Sjúkratryggingar Íslands, þar sem ljóst sé að því meiri markaðsstyrk sem markaðsaðilar öðlist, þeim mun lakari verði staða Sjúkratrygginga Íslands í samningaviðræðum um greiðslu fyrir þjónustuna. Hvað þetta varðar benda áfrýjendur á að samningar milli þeirra og Sjúkratrygginga Íslands séu ekki gerðir nema á forsendum sem hugnast Sjúkratryggingum Íslands, bæði hvað varðar verð og einingafjölda. Samningsstaða samrunaaðila, hvort heldur saman eða sitt í hvoru lagi, sé veik. Til marks um það sé m.a. að einingaverð og kvóti (rannsóknarfjöldi) samrunaaðila hafi verið óbreyttur síðan 2016/2017 á sama tíma og einingaverð opinberra aðila hafi hækkað í tvígang.

Samkeppniseftirlitið kveði hið sama eiga við um fyrirhugað útboð Sjúkratrygginga Íslands en ljóst sé að eftir því sem mögulegum aðilum í útboðinu fækki þeim mun líklegra sé að það verð sem stofnunin þurfi að greiða fyrir þjónustuna hækki. Enn reisir Samkeppniseftirlitið lykilforsendum fyrir íhlutun sinni á gefnum almennum forsendum án þess að rökstutt sé hvers vegna og hvernig þær geti átt við um starfsemi samrunaaðila í því umhverfi sem um hana gildi.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að ágreiningur málsins snúi að ákveðnum grundvallarforsendum. Annars vegar að því hvort gildissvið samrunareglna samkeppnislaga nái til fyrirtækja sem starfa í heilbrigðisþjónustu og hins vegar að því hvort mælikvarðar samkeppnisréttar um efnislegt mat á samruna eigi við um

rekstur áfrýjenda. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að í því tilviki sem hér um ræðir séu áfrýjendur fyrirtæki sem stunda atvinnustarfsemi í skilningi 1. mgr. 2. gr. samkeppnislaga og sérlög sem gilda á heilbrigðissviði undanþiggi ekki starfsemi þeirra frá reglum samkeppnislaga um samruna. Þá sé einnig ljóst að rekstur áfrýjenda fari fram á samkeppnismarkaði. Þannig keppi áfrýjendur og Myndgreining Hjartaverndar um samninga við Sjúkratryggingar Íslands og um verð í þeim samningum. Sömu aðilar keppa einnig um gæði og skilvirkni þjónustu gagnvart notendum og um traust lækna sem ávísa sjúklingum sínum til þeirra.

a. Frestur til töku hinnar kærðu ákvörðunar

Samkeppniseftirlitið telur að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin innan lögmalets frests. Hvort sem ákvæði laga nr. 103/2020 hafi gilt um meðferð málsins eða ekki þá hafi frestur Samkeppniseftirlitsins til að taka ákvörðun varðandi ógildingu samrunans verið til 25. ágúst 2020. Hafi hin kærða ákvörðun verið tekin innan þess tímamarks.

Þann 29. júní 2020 voru samþykkt á Alþingi lög nr. 103/2020 um breytingu á samkeppnislögum og voru þau birt í A-deild Stjórnartíðinda 22. júlí 2020. Kveðið var á um það í 15. gr. laganna að þau öðluðust þegar gildi en þá var frestur Samkeppniseftirlitsins til að taka ákvörðun um ógildingu samrunans ekki útrunninn. Ekki var því um það að ræða að stofnunin hafi endurupptekið málið á grundvelli hinna nýju laga og þá hafi lögnum ekki verið beitt með afturvirkum hætti.

Með 7. gr. laganna var gerð sú breyting á 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga að frestur Samkeppniseftirlitsins til að taka ákvörðun um ógildingu samruna var lengdur í 90 virka daga en felld niður heimild stofnunarinnar til að framlengja frestinn um 20 virka daga teldi hún nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga. Lögin fjalli um málsmeðferð en ekki heimildina til að ógilda samruna. Ekki verði séð að lögin hafi verið óhagstæð fyrir áfrýjendur.

Almenna reglan sé sú að lög sem fjalli um málsmeðferð stjórnvalda gildi um þau mál sem stjórnvöld hafi til meðferðar nema annað sé sérstaklega tekið fram. Þannig verði að taka sérstaklega fram ef lög eigi ekki að gilda um þau mál sem stjórnvald hefur til meðferðar þegar lögin taka gildi, sbr. 2. mgr. 35. gr. (nú 2. mgr. 49. gr.) stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og 1. mgr. 36. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996.

Verði niðurstaða áfrýjunarnefndar sú að ákvæði laga nr. 103/2020 hafi ekki gilt um meðferð Samkeppniseftirlitsins á máli áfrýjenda liggi fyrir að stofnuninni hafi verið heimilt að framlengja þann frest sem hún hafði til að taka ákvörðun um ógildingu samrunans ef hún taldi nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga um hann, sbr. þágildandi 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga. Eðli málsins samkvæmt byggi mat á nauðsyn þess að afla frekari upplýsinga skv. þágildandi 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga fyrst og fremst á því hvort mál sé nægjanlega upplýst til að taka megi ákvörðun í því, sbr. 10. gr. stjórnslulaga.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að dómstólar hafi ekki talið ástæðu til að hrófla við því mati Samkeppniseftirlitsins að rannsaka þurfi mál nánar vegna nýrra eða ítarlegri röksemda samrunaaðila eða annarra gagna, sbr. dóm Hæstaréttar 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012. Samkeppniseftirlitið hafi þannig ákveðið svigrúm til mats á því hvort virkja beri frestinn. Málefnaleg sjónarmið voru að baki þeirri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að framlengja frestinn. Þá hafi dómstólar talið að rík skylda hvíli á Samkeppniseftirlitinu að vanda undirbúning ákvarðana sinna, meðal annars við afmörkun þess á hvaða markaði fyrirtæki starfar, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru ekki efni til að raska því mati að nauðsynlegt hafi verið að afla frekari upplýsinga í málinu. Þannig var talið nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga frá áfrýjendum um þá þjónustu sem þeir kváðust sinna, meðal annars vegna þeirrar afstöðu áfrýjenda að þeir „störfuðu á markaði fyrir „[alla] myndgreiningarþjónustu landsins“, sbr. bréf áfrýjenda, dags. 13. júlí 2020. Þá gerðu áfrýjendur ítarlegar athugasemdir við aðkomu hins opinbera að markaði málsins, í athugasemdum sínum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Af þeim sökum ákvað Samkeppniseftirlitið þann 14. júlí 2020 að leita umsagnar frá Sjúkra-tryggingum Íslands, sem er sérhæft stjórnvald á þessu sviði, um athugasemdirnar, og aftur í kjölfar viðbótarathugasemda áfrýjenda sem bárust 17. júlí 2020. Vakin sé athygli á því að þar kom fram, í ábendingu áfrýjenda um útboð Sjúkratrygginga Íslands, að þeir telji skilmála útboðsins „undirstrika skýrlega“ meginatriði málsins. Þannig töldu þeir þetta atriði hafa grundvallarþýðingu í málinu öfugt við það sem þeir haldi nú fram.

Umsagnir Sjúkratrygginga Íslands um athugasemdir og viðbótarathugasemdir áfrýjenda bárust Samkeppniseftirlitinu 21. og 22. júlí 2020. Þar sem umsagnirnar voru mjög neikvæðar fyrir áfrýjendur taldi Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga í málinu, þ.e. að afla sjónarmiða áfrýjenda um þær. Með hliðsjón af þessu og í ljósi þess hve skammur tími var eftir af fresti Samkeppniseftirlitsins til að fjalla um samrunann ákvað stofnunin að framlengja þann frest en með því var jafnframt tryggt að unnt væri að gæta með fullnægjandi hætti að upplýsinga- og andmælarétti áfrýjenda.

Svör áfrýjenda við sjónarmiðum og upplýsingabeidni stofnunarinnar, dags. 24. júlí 2020, bárust 30. júlí og 17. ágúst 2020. Að því er snerti upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins staðhæfa áfrýjendur að hinar umbeðnu upplýsingar hafi komið fram í samrunaskrá en sú fullyrðing á ekki við rök að styðjast. Þar komu aðeins fram ósundurliðaðar upplýsingar um greiningu Íslenskrar myndgreiningar ehf. á myndgögnum frá Heilbrigðisstofnun Suðurlands. Engar sundurliðaðar upplýsingar um þjónustu fyrir aðra aðila hafi komið þar fram. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. ágúst 2020, áréttaði stofnunin þess vegna beiðni sína um frekari upplýsingar frá áfrýjendum. Upplýsingar bárust frá áfrýjendum 17. sama mánaðar. Hin kærða ákvörðun ásamt rökstuðningi var síðan birt áfrýjendum 25. ágúst 2020.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að skýra beri heimild þess til að framlengja þann frest sem það hefur til að ógilda samruna með hliðsjón af heimild framkvæmdastjórnar ESB til að gera hið sama. Sá munur sé á heimild Samkeppniseftirlitsins annars vegar og heimild framkvæmdastjórnarinnar hins vegar að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að framlengja frestinn þegar það telji nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga á meðan framkvæmdastjórnin hafi aðeins slíka heimild í undantekningartilvikum, þ.e. ef hún þarf af ástæðum sem samrunaaðili ber ábyrgð á að afla frekari upplýsinga. Heimildirnar séu því ekki sambærilegar og þegar af þeirri ástæðu verði ekki stuðst við úrlausnir dómstóla ESB við skýringu hennar.

b. Gildissvið samkeppnislaga

Samkeppniseftirlitið telur að hægt sé að leggja málefnalegt mat á ætluð samkeppnisleg áhrif samrunans á þeim grunni að samkeppnislög gildi almennt um

veitingu heilbrigðisþjónustu. Líkt og ítarlega sé rakið í hinni kærðu ákvörðun nær gildissvið samkeppnislaga almennt til atvinnustarfsemi á sviði heilbrigðisþjónustu nema sérlæg kveði skýrlega á um annað. Slíkt megi jafnframt ráða af ákvæði 40. gr. þess frumvarps sem varð að lögum um Sjúkratryggingar Íslands, en þar komi fram að þegar um viðsemjendur Sjúkratrygginga Íslands sé að ræða, séu lög um sjúkratryggingar ekki sérlæg sem gilda eigi framar samkeppnislögum heldur gildi ákvæði samkeppnislaga um markaðshæðun viðsemjenda stofnunarinnar og fela þannig t.d. í sér bann við samkeppnishömlum.

Í hinni kærðu ákvörðun sé jafnframt áréttað að sú umgjörð og lagaumhverfi sem gildi um viðkomandi markaði geti haft áhrif við efnislegt mat á áhrifum samruna á samkeppni. Við hið samkeppnislega mat á samrunanum sé tekið tillit til þess laga- og rekstrarumhverfis sem áfrýjendur starfa eftir.

Ekkert í málinu bendi til þess að staða áfrýjenda hvað varðar veitingu myndgreiningarþjónustu muni breytast í grundvallaratriðum í náinni framtíð. Sjúkratryggingar Íslands hafa þannig við meðferð málsins gefið það skýrt til kynna að áfrýjendur séu mikilvægir keppinautar og veitendur myndgreiningarþjónustu og ekki sé fyrirsjáanlegt, a.m.k. í nánustu framtíð, að þjónustan verði færð til opinberra aðila. Áfrýjendur hafi báðir verið virkir aðilar á þessum markaði í meira en tvo áratugi. Afkastageta annarra aðila, þ.e. Myndgreiningar Hjartaverndar og Landspítala, bjóði heldur ekki upp á þann möguleika. Varðandi magn og umfang myndgreiningarþjónustu byggir samrunaaðilar á því að það sé enginn fasti. Í þessu samhengi bendir Samkeppniseftirlitið á að fjöldi myndgreininga fari eftir fjölda sjúklinga, þörfum þeirra, læknisfræðilegu mati og reglum um sjúkratryggingar. Þannig sé ljóst að um sé að ræða tiltölulega stöðugan fjölda rannsókna sem fari fjölgandi vegna fólksfjölgunar og breytinga í lýðfræðilegri samsetningu þjóðarinnar.

Í athugasemdum áfrýjenda komi fram að Sjúkratryggingar Íslands geti hagað forsendum útboðs þannig að það taki til alls Evrópska efnahagssvæðisins. Samkeppniseftirlitið áréttar að gögn málsins bendi til þess að ólíklegt sé að nýr aðili sem hafi raunverulegt vægi muni hefja starfsemi á markaðnum innan tiltölulega skamms tíma. Eigi það hvoru tveggja við um innlenda og erlenda aðila. Í útboði Sjúkratrygginga Íslands á árið 2017 sýndu engin erlend fyrirtæki því áhuga

að koma inn á markaðinn. Sjúkratryggingar Íslands telji það jafnframt ólíklegt að erlent fyrirtæki komi til með að taka þátt í næsta útboði, m.a. vegna þess að starfsemin þurfi að fara fram hér á landi, gerðar séu tungumálakröfur í heilbrigðisþjónustu hér á landi, tengsl myndgreiningarfyrirtækja við lækna séu mikilvæg og þá séu dæmi um að Sjúkratryggingar Íslands hafi gert kröfur um eignarhald starfsmanna sem bjóða þjónustuna. Á það jafnframt stoð í því sem fram hafi kom á fjarfundi Samkeppniseftirlitsins og áfrýjenda 19. maí 2020 þar sem áfrýjendur töldu ólíklegt að erlent fyrirtæki myndi hefja starfsemi hér á landi nema með því að kaupa hlut í fyrirtæki sem þegar væri starfandi á markaði.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í sjónarmiðum Sjúkratrygginga Íslands hafi komið fram að ef af samrunanum yrði væri ljóst að ekki væri hægt að halda útboð með hefðbundnum hætti þar sem engin samkeppni yrði fyrir hendi. Því sé jafnframt mótmælt að samruninn sem slíkur muni ekki hafa nein neikvæð áhrif á stöðu Myndgreiningar Hjartaverndar né á hagsmuni Sjúkratrygginga Íslands. Þá bendi Samkeppniseftirlitið á að engin sjónarmið hafa komið frá Sjúkratryggingum Íslands um að stofnunin hyggist bjóða út alla myndgreiningarþjónustu utan spítala í einu lagi eða að stofnunin hafi áhyggjur af því að áfrýjendur eða Myndgreining Hjartaverndar muni ekki hafa bolmagn til þess að taka þátt í útboðinu verði ekki af samrunanum. Því sé ljóst að framangreint séu einungis getgátur og hvergi hafi komið fram að útboðið yrði með því móti að öll myndgreiningarþjónusta utan spítala yrði boðin út í einu lagi. Raunar sé það verulega ólíklegt, sbr. sjónarmið Sjúkratrygginga Íslands um að stofnunin vilji stuðla að samkeppni á þessu sviði.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að það hafi ekki lagt nægilegt mat á þau útboð sem Sjúkratryggingar Íslands hafi og hyggst framkvæma við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna áfrýjenda. Áréttað sé að það form sem Sjúkratryggingar Íslands kjósi að nota við kaup á myndgreiningarþjónustu hafi takmarkað vægi samkvæmt hinni kærðu ákvörðun. Þannig hafa Sjúkratryggingar Íslands frá árinu 1993 keypt myndgreiningarþjónustu af einkaaðilum og byggi starfsemi samrunaaðila á þeim grunni. Sjúkratryggingar Íslands geta áfram ákveðið að gera samninga um heilbrigðisþjónustu, án þess að til útboðs komi, líkt og áfrýjendur bendi sjálfir á. Yrði torvelt að mati Samkeppniseftirlitsins, ef ekki ómögulegt, fyrir Sjúkratryggingar Íslands að semja ekki við áfrýjendur, líkt og stofnunin geri og hafi gert frá árunum 1993 og 1999 þegar áfrýjendur hófu starfsemi sína. Urðu engar

breytingar á því fyrirkomulagi þrátt fyrir útboð Sjúkratrygginga Íslands árið 2017 þar sem Myndgreining Hjartaverndar kom inn á markaðinn. Óháð því hvernig slík innkaup fara fram skipti samkeppni á milli þeirra aðila sem veita þjónustuna grundvallarmáli. Þá sé ljóst að ómögulegt verði að tryggja markað fyrir virka samkeppni í heilbrigðisþjónustu ef fallist yrði á sjónarmið áfrýjenda.

Varðandi úrskurð kæruneftndar útboðsmála í máli nr. 25/2017 þá fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að sá úrskurður hafi grundvallarvægi við samkeppnislegt mat í þessu máli. Líkt og rakið sé í hinni kærðu ákvörðun hafi fyrrgreint útboð verið takmarkað við nýjan aðila á markaði til þess að bregðast við takmarkaðri samkeppni í myndgreiningarþjónustu en á þeim tíma voru áfrýjendur einu starfandi aðilarnir á þessum markaði. Í þessu samhengi vísast til þess að markmið laga um opinber innkaup sé m.a. að stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni.

Áfrýjendur vísa til skýrslu heilbrigðisráðherra þar sem fram komi að stefna stjórnvalda sé að Sjúkratryggingar Íslands annist alla samningagerð um kaup á heilbrigðisþjónustu fyrir hönd ríkisins og við blasi að forsendur Samkeppniseftirlitsins fyrir skilgreiningu markaða í hinni kærðu ákvörðun séu brostnar, gangi þetta eftir. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þetta. Sá kafli skýrslunnar sem áfrýjendur vísa til fjalli um að tryggja skilvirk þjónustukaup. Þannig sé lögð áhersla á að fjármögnun heilbrigðisþjónustunnar byggi á skýrri sýn og tryggi að fjármunum sé varið til þeirrar þjónustu sem mest þörf sé fyrir á hverjum tíma og í samræmi við skynsamlega forgangs röðun. Sé markmiðið m.a. að Sjúkratryggingar Íslands annist alla samningsgerð um kaup á heilbrigðisþjónustu fyrir hönd ríkisins, hvort sem um sé að ræða þjónustu opinberra aðila eða einkaaðila.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á sjónarmið áfrýjenda um að umfjöllun um ábendingar samkeppnisyfirvalda til heilbrigðisstjórnvalda, um leiðir til að virkja betur samkeppni í heilbrigðisþjónustu, og nefnd viðleitni norræna samkeppnisyfirvalda og stjórnvalda á hinum Norðurlöndunum, sé ómálefnaleg. Umfjölluninni sé ætlað að sýna viðleitni samkeppniseftirlita á Norðurlöndunum, þ.á m. Samkeppniseftirlitsins, til að leggja áherslu á að yfirvöld innleiði samkeppnishvata í velferðarkerfið.

Áfrýjendur haldi því fram að kenningin um samkeppni sem drifkraft til aukinna gæða, lægra verðs o.s.frv. byggir á því að með samkeppni geti fyrirtæki tryggt sér ávinning sem hlýst af því að verða hlutskarpari en keppinautar. Til að hægt sé að ætlast til að fyrirtæki miði háttsemi sína við þetta þurfi fyrirtæki að geta treyst því að samkeppnislögmálin skili þeirri niðurstöðu. Samkeppniseftirlitið telur að drifkraftar samkeppninnar hafi skilað samrunaaðilum, hinu opinbera og sjúklingum ábata. Þannig hafi samkeppnisframmistaða samrunaaðila leitt til þess að Sjúkratryggingar Íslands hafi séð sér hag í því að semja við fyrirtækin en líkt og Sjúkratryggingar Íslands hafi bent á, keppi fyrirtækin beint við hvort annað, og einnig við Myndgreiningu Hjartaverndar, í þeirri þjónustu sem Sjúkratryggingar Íslands niðurgreiða. Einnig sé bent á að áfrýjendur, hvor í sínu lagi, hafi báðir verið reknir með mikilli arðsemi undanfarin ár og eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun gefi fjárhagsupplýsingar áfrýjenda til kynna töluverðan efnahagslegan styrkleika sameinaðs fyrirtækis, sem ásamt öðrum atriðum, styðji við mat Samkeppniseftirlitsins um sterka stöðu hins sameinaða fyrirtækis.

Jafnframt séu fjölmargir læknar, sérstaklega sérfræðilæknar sem reki sínar eigin stofur eða starfa á heilsugæslustöðvum, sem sendi sjúklinga í greiningar til samrunaaðila, eða um og upp úr 80% eftir því til hvaða markaðar sé horft. Þar geti biðtími, þjónustustig og sérhæfing haft áhrif, en á heimasíðu annars áfrýjenda, Læknisfræðilegrar myndgreiningar ehf., sé m.a. tekið fram að fyrirtækið kappkosti að veita góða þjónustu og halda biðlistum stuttum. Þá keppi aðilar á markaði fyrir myndgreiningar um hæft starfsfólk. Þá sé ljóst að fyrirtæki á markaði fyrir þjónustu við myndgreiningar geta áfram keppt sín á milli ef Sjúkratryggingar Íslands ákveða að halda útboð, líkt og ætlunin var fyrir árið 2021.

Ekki sé því fallist á það með áfrýjendum að engir samkeppnishvatar séu í þjónustu við myndgreiningar, eða að mat Samkeppniseftirlitsins á ætluðum skaðlegum áhrifum samrunans sé byggt á röngum forsendum eða ómálefnalegri nálgun.

c. Skilgreining markaðar málsins

Samkeppniseftirlitið telur að afmarka beri markað málsins bæði með hliðsjón af þeirri þjónustu sem sé seld á markaðnum svo og út frá landfræðilegu sjónarmiði. Sé það í samræmi við þær kröfur sem lög gera til samkeppnisyfirvalda um að þau afmarki markaðinn, sbr. dóm Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014.

Ekki sé hægt að fallast á sjónarmið áfrýjenda um að Samkeppniseftirlitið hafi skilgreint markað málsins án tillits til þess hvaða kraftar stjórni því hver sú þjónusta sé.

Samkeppniseftirlitið áréttar að við skilgreiningu markaðar málsins hafi stofnunin í tvígang aflað almennra sjónarmiða 35 hagsmunaaðila. Þá hafi verið höfð hliðsjón af erlendum fordæmum, aflað upplýsinga frá heimilislæknum sem vísi sjúklingum í myndgreiningar svo og frá þeim aðilum sem veita þjónustu við myndgreiningar, bæði opinberum fyrirtækjum og einkafyrirtækjum. Þá komi fram í hinni kærðu ákvörðun að í umfjöllun um samkeppnisleg áhrif samrunans sé til glöggvunar jafnframt litið til áhrifa þess á hlutdeild áfrýjenda ef þær myndgreiningar sem framkvæmdar séu á Landspítalanum, en væri að mati spítalans unnt að útvista, væru meðtaldar á hinum skilgreinda markaði. Þannig sé í hinni kærðu ákvörðun sérstaklega lagt mat á skilgreiningu markaða í málinu með hliðsjón af þeirri sérstöðu sem laga- og rekstrarumgjörð heilbrigðisþjónustu skapi.

Í hinni kærðu ákvörðun sé gerð ítarleg grein fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins á landfræðilegum markaði málsins og rökstutt að höfuðborgarsvæðið sé sjálfstæður landfræðilegur markaður fyrir þjónustu við myndgreiningar. Til að landsvæði geti talist sameiginlegt markaðssvæði sé almennt gerð krafa um að neytendur af hvoru svæði um sig kaupi eða sækji vörur eða þjónustu frá hinu svæðinu, sbr. meðal annars úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 4/2006, 5/2010 og 7/2018 og dómur Hæstaréttar frá 2. október 2008 í máli nr. 550/2007. Staðsetning þjónustu við myndgreiningar sé einn stærsti þátturinn í vali á því hvert sjúklingur fer í myndgreiningu, enda sé ferðakostnaður hár í samanburði við þann kostnað sem sjúklingar standi straum af vegna notkunar þjónustunnar. Þó Samkeppniseftirlitið hafi enga ástæðu til þess að draga í efa að áfrýjendur þjónusti sjúklinga af landsbyggðinni að einhverju leyti, þá séu engar vísbendingar um að sjúklingar af höfuðborgarsvæðinu séu sendir í myndgreiningu á landsbyggðina. Þá hafi ekki verið talin þörf á því í þessu máli að skipta markaðnum eftir myndatöku eða greiningu mynda.

Samkeppniseftirlitið bendir á að við skilgreiningu markaða í samrunamálum sé m.a. unnt að hafa hliðsjón af fordæmum í EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 277/2012. Eðli máls samkvæmt fari það eftir

aðstaðum í hverju og einu máli hvort og þá hvaða ályktanir sé unnt að draga af erlendum fordæmum. Í hinni kærðu ákvörðun komi fram að í því samhengi sem hin erlendu fordæmi voru skoðuð hafi ekki verið talin þörf á að gera ítarlegan samanburð á laga- og rekstrarumhverfi viðkomandi landa við Ísland. Enda sé í ákvörðuninni tekið að fullu tillit til þess lagaumhverfis sem samrunaaðilar starfa í. Ólíkt því sem haldið sé fram í kæru áfrýjenda sneri mat Samkeppniseftirlitins ekki að því að meta staðgöngu á milli einkaaðila og hins opinbera heldur hvaða þjónustu unnt sé að veita innan eða utan sjúkrahúsa. Þau fordæmi sem reifuð séu í hinni kærðu ákvörðun sýni að í ákvörðunum sínum hafi erlend samkeppnisyfirvöld gert skýran greinarmun á annars vegar þeirri þjónustu sem aðeins sjúkrahús geta veitt (inniliggjandi sjúklingar) og hins vegar þeirri þjónustu sem sjálfstætt starfandi fyrirtæki veita. Þá segi í hinni kærðu ákvörðun að „þrátt fyrir mismunandi rekstrarumhverfi spítala- og læknisþjónustu á milli landa eiga þessi sjónarmið einnig að einhverju leyti við hér á landi og því hægt að hafa þau til hliðsjónar við mat á fyrirhuguðum samruna LM og ÍM.“ Auk þess liggja fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins sem staðfesti að líta beri á markað málsins sem þjónustu við myndgreiningu utan sjúkrahúsa, líkt og gert hafi verið í ýmsum ákvörðunum erlendra samkeppnisyfirvalda. Það hafi því bæði verið málefnalegt og mikilvægt að horfa til úrlausna erlendra samkeppnisyfirvalda við töku hinnar kærðu ákvörðunar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að við skilgreiningu markaða í samrunamálum sé litið á markaðsaðstaður eins og þær birtast í raun og veru, ekki hvernig markaðir gætu mögulega starfað. Niðurstaða greiningar Samkeppniseftirlitsins hafi verið sú að Landspítalinn sinni fyrst og fremst inniliggjandi sjúklingum og öðrum sjúklingum sem þurfi að sækja aðra þjónustu á spítalanum. Samrunaaðilar og Myndgreining Hjartaverndar sinni hins vegar fyrst og fremst sjúklingum sem komi frá sjálfstætt starfandi sérfræðilæknum og/eða heilsugæslustöðvum. Þá séu engar vísbendingar um að uppbygging markaðarins að þessu leyti sé tímabundin eða muni breytast að þessu leyti í nánustu framtíð en Læknisfræðileg myndgreining ehf. hafi veitt þjónustu á þessum markaði frá árinu 1993 og Íslensk myndgreining ehf. frá árinu 1996. Ýmis atriði ráði því að sjúklingar og læknar þeirra leiti frekar til myndgreiningaraðila utan sjúkrahúsa, s.s. biðtími, staðsetning, umhverfi, þjónusta, afkastageta o.fl.

Áfrýjendur gagnrýni fullyrðingar Samkeppniseftirlitsins um að hið opinbera muni ekki, nema með töluverðri fjárfestingu, geta tekið yfir þau verkefni sem einkareknu fyrirtækin sinni og telja þær fullyrðingarnar með öllu órökstuddar. Þetta sé ekki rétt. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir upplýsingum um hámarksafkastagetu myndgreininga á Landspítalanum. Varðandi afkastagetu komi fram í hinni kærðu ákvörðun að Landspítalinn sinni aðallega inniliggjandi sjúklingum með þyngri sjúkdómaflokka en almennt sé sinnt á einkareknum stofnunum og vegna þess sé aðgengi sjúklinga utan Landspítalans mun takmarkaðra vegna getu Landspítalans til að sinna stærri hóp en sé í meðferð hjá stofnuninni sjálfri. Um 65% myndrannsóknna hjá Landspítalanum séu á sjúklingum sem séu innritaðir á spítalann sjálfan eða leiti til bráðamóttöku og gætu því ekki leitað annað um slíka þjónustu. Eftir standi að af þeim 132 þúsund myndrannsóknnum sem framkvæmdar séu af Landspítalanum á ári séu um 35% af þeim sjúklingahópi sem áfrýjendur geti sinnt eða um 46 þúsund myndrannsóknir. Þessi tala gæti lækkað ef unnin væri enn frekari greining á þessum hluta sjúklinga. Landspítalinn telji sig ekki starfa á sama markaði og áfrýjendur og þ.a.l. ekki vera í samkeppni við þá, sem eigi sér jafnframt stoð í umsögnum Myndgreiningu Hjartaverndar og Sjúkratrygginga Íslands.

Ekki hafi verið unnin frekari greining á því hver umrædd fjárfesting þyrfti að vera í tilviki Landspítalans til að stofnunin gæti tekið yfir allar þær myndrannsóknir sem einkareknu fyrirtækin sinna. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á markaði fyrir þjónustu við myndgreiningar staðfesti þó að Landspítalinn gæti ekki, að öllu óbreyttu, tekið yfir þau verkefni sem einkareknu fyrirtækin sinna. Óháð þessari niðurstöðu hafi í hinu samkeppnislega mati verið litið til myndgreininga sem Landspítalinn framkvæmir en gæti verið útvistað.

d. Samkeppnisleg áhrif

Samkeppniseftirlitið hafnar þeirri nálgun áfrýjenda að há markaðshlutdeild þeirra, sem er yfir 90% á hinum skilgreinda markaði málsins, og mikil samþjöppun veiti þeim ekki þann styrk sem gerist og gengur á öðrum mörkuðum. Sú þjónusta sem áfrýjendur veita sé mjög sérhæfð og fáir aðilar á Íslandi hafi bolmagn til að bjóða fram slíka þjónustu með skömmum fyrirvara og anna sömu afköstum og þeir hafi gert hingað til. Hár samþjöppunarstuðull orsakast af því að á markaðnum yrðu einungis tvö fyrirtæki eftir samruna, þar af annað þeirra með margföld umsvif á

við hitt, og með nær alla þá afkastagetu sem sé til staðar. Það veiti skýra vísbendingu um markaðsstyrk þeirra á markaði málsins, sem í samhengi við önnur atriði, sem nánar er fjallað um í hinni kærðu ákvörðun valdi því að hið sameinaða fyrirtæki yrði í markaðsráðandi stöðu og skapi aðstæður fyrir hið sameinaða fyrirtæki til þess að hindra virka samkeppni á markaðnum.

Áfrýjendur hafi haldið því fram að ályktanir Samkeppniseftirlitsins um að samrunaaðilar keppi í verðum standist ekki skoðun, þar sem bæði félögin starfi á grundvelli samninga við Sjúkratryggingar Íslands byggðum á magni og að það sé keppikefli fyrir slíkan aðila að falast eftir frekari verkefnum, eftir atvikum á afsláttarkjörum, sem annars væru unnin af hálfu opinberra þjónustuveitenda. Samruninn breyti því ekki. Á þetta fellst Samkeppniseftirlitið ekki. Um markað þessa máls gildi, líkt og um aðra samkeppnismarkaði sem byggjast á samningum, að samningar séu alla jafna gerðir þannig að þeir hugnist báðum aðilum. Kjarni þessa máls og sú breyting sem samruninn myndi hafa, gengi hann eftir, sé að þeir hvatar sem drífa áfrýjendur áfram til að keppa sín á milli, hvort sem er í verði, gæðum þjónustu og tæknilegum framförum, yrðu að engu. Að mati Samkeppniseftirlitsins myndi það að endingu skila verri niðurstöðu fyrir Sjúkratryggingar Íslands, sjúklinga og heilbrigðiskerfið.

Samkeppniseftirlitið vekur meðal annars athygli á að Sjúkratryggingar Íslands hafi bent á að ódýrari þjónusta væri veitt hjá Myndgreiningu Hjartaverndar. Þessi staða sýni að verðsamkeppni sé á markaðnum. Einnig megi benda á að annar áfrýjenda hafi boðið afslátt af einingum sem sýni með skýrum hætti að verðsamkeppni sé til staðar á markaðnum.

Áfrýjendur hafi vísað til þess að annar samrunaaðila hafi gert Sjúkratryggingum Íslands tilboð um framkvæmd tiltekinna umframverka á afslætti miðað við gildandi samning, en að því tilboði hafi ekki verið svarað. Samkeppniseftirlitið bendir á að í bréfi Sjúkratrygginga Íslands til Samkeppniseftirlitsins frá 21. júlí 2020 komi fram að þann 27. febrúar 2020 hafi Sjúkratryggingar Íslands fundað með umræddum samrunaaðila í kjölfar tilboðsins þar sem m.a. var rætt um gjaldskrárbreytingar. Strax í kjölfar fundarins reið heimsfaraldur Covid—19 yfir og voru ýmis málefni sem ekki voru talin bráðnauðsynleg sett á bið, þ.á m. þetta málefni. Það að a.m.k. annar samrunaaðilinn hafi gert Sjúkratryggingum Íslands

tilboð um framkvæmd tiltekinna umframverka á afslætti miðað við gildandi samning er að mati Samkeppniseftirlitsins skýr vísbending um að verðsamkeppni ríki á milli aðila á markaðnum. Samkeppni sem myndi hverfa yrði af samrunanum.

Samrunaaðilar keppi jafnframt sín á milli í fleiri þáttum í því skyni að vera aðlaðandi kostur, hvort heldur sem er fyrir Sjúkratryggingar Íslands sem greiða fyrir þjónustuna eða sjúklinga, m.a. með háu þjónustustigi, trausti og styttri biðtíma. Þetta séu m.a. þeir þættir sem geti haft áhrif á hvert læknar vísi sjúklingum sínum og þar með keppa aðilar á markaði fyrir þjónustu við myndgreiningar utan sjúkrahúsa sín á milli í þessum þáttum. Ekki er fallist á það með áfrýjendum að Samkeppniseftirlitið „skauti mjög létt yfir grundvallaratriði í málinu“ né að verðsamkeppni sé sá þáttur sem mestu máli skipti ef þörf sé talin á því að vernda gangverk samkeppninnar í tilefni af t.d. samruna. Samkeppniseftirlitið geri athugasemdir við þær fullyrðingar áfrýjenda að þeir eigi ekki í samkeppni að neinu marki að öðru leyti, m.a. hvað varðar gæði þjónustunnar eða samkeppni um sjúklinga. Meðal annars sé ljóst að samrunaaðilar kynni þjónustu sína gagnvart almenningi bæði á vefsíðum sínum og Facebook. Auk þess sinni áfrýjendur og Myndgreining Hjartaverndar kynningarstarfi gagnvart læknum sem ávísa síðan sjúklingum sínum í myndgreiningu. Í kjölfar samrunans muni þeir samkeppnishvatar sem hvíli á áfrýjendum nánast hverfa enda samanlögð markaðshlutdeild þeirra á skilgreindum markaði málsins veruleg og styrkur Myndgreiningar Hjartaverndar afar takmarkaður.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að áhyggjur Sjúkratrygginga Íslands og Myndgreiningar Hjartaverndar séu helsta vísbendingin um sterka stöðu áfrýjenda. Sjónarmið þessara aðila, einkum sérfræðistjórnvaldsins, hafi haft vægi við mat á samrunanum en Samkeppniseftirlitið hafi lagt sjálfstætt mat á sjónarmiðin og vægi þeirra fyrir málið.

Við rannsókn málsins hafi verið tekið fullt tillit til athugasemda samrunaaðila um kaupendastyrk Sjúkratrygginga Íslands og var sá þáttur rannsakaður ítarlega. Sá kaupendastyrkur sem Sjúkratryggingar Íslands kunni að búa yfir sé ekki með þeim hætti að hann geti rutt burt eða gert markaðsstyrk hins sameinaða fyrirtækis að engu. Styrkur samrunaaðila liggja í því að örðugt yrði fyrir Sjúkratryggingar Íslands að semja ekki við samrunaaðila um veitingu þjónustunnar, þar sem aðrir aðilar

hefðu ekki bolmagn til að veita hana í sama mæli. Þá sé heldur ekki raunhæft að ætla að Sjúkratryggingar Íslands ákveði að hætta að kaupa þjónustuna af einkaaðilum, og færi þjónustuna alfarið inn í hið opinbera kerfi.

Ef fallist yrði á sjónarmið áfrýjenda varðandi kaupendastyrk fæli það í raun í sér að ekki væri unnt að grípa til íhlutunar í neina samruna á heilbrigðissviði þar sem um einn sjúkratryggingaraðila er að ræða. Sambærileg aðstaða ætti þá t.d. einnig að eiga við um markaði fyrir lyf lyfjafyrirtækja vegna kostnaðarþátttöku ríkisins en reynslan sýni að kaupendastyrkur sjúkratryggingaraðila hafi ekki verið talinn koma í veg fyrir mögulegar samkeppnishindranir á því sviði, þ.á m. samruna lyfjaframleiðenda. Jafnframt má í þessu samhengi nefna fleiri markaði þar sem ríkið er stór kaupandi þjónustu einkafyrirtækja, svo sem framkvæmdir við vegagerð sem Vegagerðin býður út. Ljóst sé að íslenska ríkið hafi bolmagn til þess að sjá sjálft um slíkar framkvæmdir, en kýs að úthýsa því til einkafyrirtækja með útboðum. Þrátt fyrir að þeir markaðir séu ólíkir gildi samkeppnishvatar með sambærilegum hætti.

Varðandi aðgangshindranir þá bendir Samkeppniseftirlitið á að þegar lagt sé mat á það í samkeppnisrétti hvort aðgangshindranir séu að markaði sé álitamálið ekki hvort nýr aðili geti hafið starfsemi á viðkomandi markaði, heldur hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinatur sem reynist fær um að veita samrunafyrirtækinu nægilega virka samkeppni þannig að dregið verði úr markaðsstyrk þess eða skaðlegum áhrifum þess á samkeppni. Í því sambandi verður meðal annars að athuga hvort möguleikar nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum takmarkist af lagalegum eða tæknilegum hindrunum eða stöðu þeirra fyrirtækja sem þegar eru fyrir á markaðnum. Samkeppniseftirlitið telji ólíklegt að inn á markaðinn komi burðugur keppinatur sem kæmi til með að veita áfrýjendum nægilegt samkeppnislegt aðhald til þess að draga úr skaðlegum áhrifum á samkeppni. Því til viðbótar séu talsverðar laga- og tæknihindranir til staðar fyrir innkomu á markaðinn.

Það að Myndgreining Hjartaverndar hafi komið inn á markaðinn í lok árs 2017 í kjölfar útboðs Sjúkratrygginga Íslands gefi ekki til kynna að litlar aðgangshindranir séu fyrir hendi á skilgreindum markaði málsins. Það fyrirtæki sé enn lítið, með um 5% markaðshlutdeild, og samkvæmt ársreikningum þess hefur

afkoma af starfsemi félagsins verið lök. Á markaðnum sem um ræðir, þar sem tilvísandi læknar velja hvert þeir sendi sjúklinga sína, skipta tengsl við lækna máli og skortur á þeim getur skapað aðgangshindranir fyrir nýja aðila, þrátt fyrir að gæði þeirrar þjónustu sem nýju aðilarnir veita sé sambærileg þeirri þjónustu sem veitt sé af öðrum aðilum á markaðnum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að við rannsókn málsins hafi verið farið ítarlega yfir jákvæð áhrif samrunans og þá mögulegu hagræðingu sem af honum gæti skapast. Í samræmi við kafla X í viðauka 1 við reglur og málsmeðferð í samrunamálum, nr. 684/2008, þurfi þrjú atriði að vera uppfyllt svo unnt sé að taka tillit til hagræðingarraka við mat á lögmæti samruna sem að öðru leyti skaðar samkeppni og liggi sönnunarbyrðin á þessum þremur atriðum á samrunaaðilum. Fyrir það fyrsta þurfa samrunaaðilar að sýna fram á að fyrirhugaður samruni sé til hagsbóta fyrir neytendur, í öðru lagi þurfa samrunaaðilar að útskýra nákvæmlega hversu miklar hagsbæturnar séu og hvenær þær komi fram og í þriðja lagi hvort mögulegt sé að ná fram sömu hagsbótum með öðrum og vægari hætti en samruna.

Áfrýjendur sýndu fram á aðgerðir til hagræðingar í rekstri, en sýndu ekki fram á það með nægjanlega skýrum hætti hvernig neytendur myndu njóta hennar og hvenær hún komi fram. Þá rökstuddu samrunaaðilar ekki með fullnægjandi hætti að ekki væri hægt að ná fram sömu hagsbótum, s.s. aukinni sérhæfingu í framkvæmd og úrlestri rannsókna, með öðrum og vægari hætti, t.a.m. afmörkuðu samstarfi eða umfangsminni samruna sem næði að leiða til þeirrar hagræðingar sem stefnt væri að með samrunanum. Þessu til viðbótar sé hvati sameinaðs fyrirtækis til að skila ávinningnum til kaupenda og notenda þjónustunnar verulega takmarkaður vegna skaðlegra áhrifa samrunans á samkeppni.

Áfrýjendur hafa gagnrýnt þá kröfu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjendur útskýri hvers vegna ekki væri hægt að ná sömu hagsbótum og fælust í samrunanum með öðrum og vægari hætti. Samkeppniseftirlitið telur ekki ómálefnalegt að krefjast þess að samrunaaðilar útskýri á fullnægjandi hátt að ekki sé hægt að ná fram sömu hagsbótum og af samrunanum hljótast með öðrum og vægari hætti en samruna, enda sé sú krafa tiltekin í lið c) í 10. kafla í viðauka I við reglur nr. 684/2008, þar sem sérstaklega sé tiltekið að sönnunarbyrðin þar um hvíli á samrunaaðilum.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að með kröfum þess sé einkaaðilum til framtíðar ómögulegt að gera nauðsynlegar ráðstafanir til að þróa læknisfræði á sviði myndgreininga í átt til aukinna gæða, betri og skjótari greininga og þar með árangursríkari meðferða við sjúkdómnum. Samkeppniseftirlitið bendi á að aðalatriðið sé að áfram ríki það samkeppnislega aðhald, sem keppinautar á markaðnum hafi hingað til notið að því er snertir aukin gæði, aukna hagkvæmni og betri niðurstöður fyrir greiðendur og notendur þjónustunnar. Hætta sé á því að það yrði að engu við það að tveir mikilvægustu og sterkustu keppinautarnir renni saman. Báðir samrunaaðilar hafa verið starfandi í yfir tuttugu ár og náð að vaxa mikið og bæta þjónustu sína í krafti öflugrar samkeppni á markaðnum. Samkeppniseftirlitið telur hagsmunum neytenda best borgið með því að sú samkeppni fái áfram að njóta sín.

Varðandi rök áfrýjenda um frekari sérhæfingu í myndgreiningarþjónustu og mikilvægi þess að aðilar með sérþekkingu á ákveðnum sviðum skoði myndir sem teknar eru bendir Samkeppniseftirlitið á hlutverk Sjúkratrygginga Íslands að þessu leyti samkvæmt lögum, og aðrar aðferðir, þ.e. aðrar en samruna sem leiðir til yfirburðarstöðu samrunaaðila, sem unnt sé að nýta til þess að ná þessum hagsbótum fram.

Við mat á hagræðingarsjónarmiðum áfrýjenda telur Samkeppniseftirlitið jafnframt mikilvægt að árétta sjónarmið Sjúkratrygginga Íslands sem hafi gert alvarlegar athugasemdir við fyrirhugaðan samruna og ekki fallist á sjónarmið um mikilvægi hans m.t.t. öryggis og gæða þjónustunnar fyrir þá sem þurfa á henni að halda.

Jafnframt sé það mat Samkeppniseftirlitsins að jafnvel þó tilefni væri til að taka tillit til hagræðingarraka samrunaaðila væri, a.m.k. sú fjárhagslega hagræðing sem leiðir af samrunanum, allt að einu ekki nægjanleg til að vega upp á móti skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppni.

Að mati Samkeppniseftirlitsins leiða markaðir þar sem gangverk samkeppninnar fær að njóta sín til hagfelldrar niðurstöðu fyrir samfélagið og neytendur. Við samrunaeftilit er það ekki hlutverk Samkeppniseftirlitsins að hanna markaði, heldur að bera kennsl á samruna sem raska samkeppni. Kjarni þessa máls sé sá að á útboðsmarkaði þar sem fyrirtæki keppa sín á milli í verði, þjónustu, biðtíma o.s.frv. dregur samruni tveggja stærstu fyrirtækjanna úr hvötum allra fyrirtækja á

markaðnum til að keppa sín á milli. Slíkur samruni geti því haft neikvæð áhrif á hagsmuni neytenda.

e. Hagfræðileg sjónarmið

Samkeppniseftirlitið telur rétt að áréttta að ein meginástæða þess að þörf sé talin fyrir samkeppnislöggjöf og inngripi samkeppnisfirvalda í markaði sé sú að hagfræðilegar forsendur, m.a. um að margir aðilar séu á markaði, upplýsingar á markaði séu fullkomnar, vara sem verslað sé með sé einsleit og að allir aðilar á markaði séu verðþegar, standist ekki nema í algjörum undantekningartilvikum. Af þessari ástæðu sé sá samruni sem hér sé til skoðunar ekki frábrugðinn flestum þeim samrunum sem samkeppnisfirvöld rannsaka alla jafnan. Samkeppniseftirlitið hefur til að mynda beitt íhlutun á markaði fyrir lyf þar sem ríkið er stærsti greiðandinn og strangt regluverk sé til staðar eins og á við um myndgreiningar.

Vegna sjónarmiða áfrýjenda um að Samkeppniseftirlitið hafi byggt „nær eingöngu á því að skoða áætlaða samanlagða markaðshlutdeild þessara félaga eftir mögulegan samruna“, telur Samkeppniseftirlitið rétt að minna á að markaðshlutdeild aðila, samþjöppun og breyting hennar í kjölfar samruna sé aðeins einn þáttur af mörgum sem stuðst sé við varðandi rannsókn samruna en lagt hafi verið heildarmat á samkeppnisleg áhrif samrunans, s.s. á aðgangshindranir á markaðnum og hver afkastageta annarra aðila á markaðnum væri.

Varðandi sjónarmið áfrýjenda um að sá markaður sem mál þetta snúi að sé í raun einkeypismarkaður þá telur Samkeppniseftirlitið ólíklegt að framboðið magn af þjónustu, í þessu tilviki myndgreiningarþjónustu, sé minna en ef um væri að ræða fullkominn samkeppnismarkað. Meginástæða þess sé sú að Sjúkratryggingar Íslands hafi takmarkaða möguleika á því að stýra því hversu margar myndgreiningar séu framkvæmdar hér á landi en faglegt mat læknis ráði því alla jafna hvort sjúklingar séu sendir í myndgreiningu eða ekki. Það sem eftir standi í þessu einfalda dæmi sé þá hvort verð sé of lágt í samanburði við samkeppnismarkað. Telur Samkeppniseftirlitið afkomu samrunaaðila á sl. árum ekki benda til þess. Þá megi færa rök fyrir því að líkur séu á að jafnvægis magn, fjöldi myndgreininga, á þessum markaði sé meira en á fullkomunum

samkeppnismarkaði þar sem þeir sem ákveða hvort þörf sé á myndgreiningum bera þar lítinn kostnað í flestum tilvikum, þ.e. tilvísandi lækna og sjúklinga. Af samtölum Samkeppniseftirlitsins við Sjúkratryggingar Íslands og Landspítala undir rannsókn málsins megi ráða að hvorki sé áhugi né afkastageta til staðar hjá spítalanum til að taka við þeirri þjónustu í auknum mæli sem í dag sé veitt af einkaaðilum, og því hafi hið opinbera það ekki “í hendi sér” að framkvæma fleiri myndgreiningar á eigin vegum.

Í umfjöllun um fákeppni og fákeppnislíkön í sjónarmiðum áfrýjenda kemur fram að fyrirtæki sem sinna læknisfræðilegum myndgreiningum keppi tæpast í verði þar sem það sé ákvarðað í samningum við Sjúkratryggingar Íslands. Þessi ályktun stenst ekki að mati Samkeppniseftirlitsins. Það verð sem Sjúkratryggingar Íslands greiða fyrir myndgreiningarþjónustu hafi til þessa alla jafnan ákvarðast í samningum stofnunarinnar við markaðsaðila. Ljóst sé að því meiri markaðsstyrk sem markaðsaðilar öðlast, þeim mun lakari verður staða Sjúkratrygginga Íslands í samningaviðræðum um greiðslu fyrir þessa þjónustu. Leiðir það á endanum til þess að Sjúkratryggingar Íslands þurfi að greiða hærra verð fyrir sömu eða lakari þjónustu. Hið sama eigi við um fyrirhugað útboð Sjúkratrygginga Íslands. Skýrt sé að markaðsaðilar keppa í verðum þrátt fyrir að sjúklingar eða lækna verði ekki að miklu leyti varir við verðsamkeppni á milli þessara aðila, enda greiða Sjúkratryggingar Íslands fyrir þessa þjónustu að stærstum hluta.

Áhrif samkeppni á heilbrigðismarkaði séu jafnan í takt við það sem búast megi við á öðrum mörkuðum. Áhrif aukinnar samþjöppunar á meðal sjúkrahúsa leiði almennt til hærri gjaldtöku fyrir þá þjónustu sem þeir veita. Í þeim tilfellum þar sem markaðir séu þegar samþjappaðir geti verðhækkunin verið umtalsverð, oft hærri en 20%. Samkeppni á milli sjúkrahúsa auki gæði þeirrar þjónustu sem þau veita og á það sérstaklega við þar sem hið opinbera greiðir fyrir þjónustuna, s.s. í tilfalli NHS í Bretlandi.

Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir sjónarmið áfrýjenda um að litlar aðgangshindranir séu á markaðnum nema þær sem hið opinbera ákveður sjálft. Eins og ítarlega er rakið í ákvörðuninni eru til staðar aðgangshindranir inn á skilgreindan markað málsins. Að mati Samkeppniseftirlitsins gera þessar aðgangshindranir það ólíklegt að inn á markaðinn komi nýir aðilar, eða í þeim mæli að þeir

geti veitt sameinuðu fyrirtæki verulegt samkeppnislegt aðhald og þannig dregið úr markaðsstyrk þess eða skaðlegum áhrifum aukins markaðsstyrks á samkeppni.

V

Niðurstaða

1

Með hinni kærðu ákvörðun frá 25. ágúst 2020 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að kaup Myndgreiningar ehf. á öllum hlutum í Læknisfræðilegri myndgreiningu ehf. og Íslenskri myndgreiningu ehf. fæli í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga og ógilti samrunann með heimild í 17. gr. c. samkeppnislaga. Byggðist niðurstaða Samkeppniseftirlitsins einkum á því að með fyrirhuguðum samruna kæmi keppinautum á skilgreindum markaði málsins, sem væri markaður fyrir myndgreiningu utan sjúkrahúsa á höfuðborgarsvæðinu, til með að fækka úr þremur í tvo með alvarlegum skaðlegum áhrifum bæði fyrir greiðendur og notendur þjónustunnar. Var það þannig mat Samkeppniseftirlitsins að fyrirhugaður samruni kæmi til með að mynda eða styrkja markaðsráðandi stöðu áfrýjenda eða raska samkeppni að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga.

2

Samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið ógilt samruna telji það að samruninn hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Samkeppniseftirlitið getur sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis auk þess sem taka skal tillit til þess hvort markaður sé opinn eða aðgangur að honum hindraður.

Eins og meðal annars er rakið í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2001 skal við mat á því hvort ógilda beri samruna annars vegar hafa í huga þá meginreglu að samkeppnisyfirvöld skuli ekki hnekkja lögmætum samningum fyrirtækja nema nauðsyn beri til og að ótvírætt sé að lagaskilyrði séu fyrir hendi.

Hins vegar verði einnig að hafa í huga að samruni fyrirtækja sem styrkir eða kemur á markaðsráðandi stöðu er til þess fallinn að koma í veg fyrir virka samkeppni á viðkomandi markaði og ganga þannig gegn markmiðum samkeppnislaga.

3

Ágreiningur máls þessa snýst í fyrsta lagi um hvort Samkeppniseftirlitið hafi haldið sér innan lögmætra fresta þegar hin kærða ákvörðun var tekin. Í öðru lagi greinir aðila á um hvort gildissvið samrunareglna samkeppnislaga nái til starfsemi áfrýjenda sem grundvallast að langmestu leyti á samningi við Sjúkratryggingar Íslands um heilbrigðisþjónustu svo og hvort mælikvarðar samkeppnisréttar um efnislegt mat á samkeppnislegum áhrifum samruna eigi við um rekstur og starfsemi áfrýjenda og þann markað sem þeir starfa á.

Áfrýjendur vísa til þess að Samkeppniseftirlitið hafi ekki tekið ákvörðun um að ógilda samruna áfrýjenda innan þess frests sem stofnunin hefur samkvæmt samkeppnislögum til að grípa til slíkrar íhlutunar og þegar af þeirri ástæðu beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi. Þá telja áfrýjendur að við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans hafi ekki verið tekið tillit til þeirrar sérstöku aðstæðna sem eigi við um starfsemi áfrýjenda með hliðsjón af því rekstrar- og lagaumhverfi sem gildir um veitingu heilbrigðisþjónustu hér á landi. Því eigi ákvæði samkeppnislaga ekki við um starfsemi þeirra nema að mjög takmörkuðu leyti. Þannig sé ekki hægt að líta til atriða eins og hárrar markaðshlutdeildar og samþjöppunarstigs við mat á skaðlegum áhrifum samruna á samkeppni. Því til viðbótar telja áfrýjendur að markaður málsins hafi ekki verið skilgreindur með réttum hætti og engin raunveruleg rannsókn liggi að baki þeim fullyrðingum Samkeppniseftirlitsins að umtalsverðar aðgangshindranir séu að markaðnum. Loks hafi ekki verið tekið tillit til þeirra jákvæðu þátta sem samruninn muni sannanlega hafa í för með sér.

Samkeppniseftirlitið telur á hinn bóginn að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin innan lögmæts frests samkvæmt samkeppnislögum. Þá telur Samkeppniseftirlitið ljóst að áfrýjendur stundi atvinnustarfsemi í skilningi 1. og 2. gr. samkeppnislaga og þau sérlög sem gildi um heilbrigðisþjónustu undanþiggi ekki starfsemi áfrýjenda frá reglum samkeppnislaga um samruna. Ljóst sé af rannsókn málsins að rekstur áfrýjenda fari fram á samkeppnismarkaði og að samruni þeirra muni

hafa í för með sér veruleg skaðleg samkeppnisleg áhrif á skilgreindan markað málsins, sem sé myndgreiningarþjónusta á höfuðborgarsvæðinu utan sjúkrahúsa. Þá hafi rannsókn Samkeppniseftirlitsins jafnframt gefið til kynna að umtalsverðar aðgangshindranir séu að fyrrgreindum markaði.

4

Með lögum nr. 103/2020 voru gerðar ákveðnar breytingar á samkeppnislögum og öðluðust löggin gildi við birtingu þeirra í Stjórnartíðindum þann 22. júlí 2020. Með 7. gr. fyrrgreindra laga var gerð sú breyting á 17. gr. d. samkeppnislaga að ákvörðun um að ógilda samruna skal nú tekin eigi síðar en 90 virkum dögum eftir að Samkeppniseftirlitið hefur sent tilkynningu til þess aðila sem sent hefur stofnuninni fullnægjandi samrunatilkynningu, telji stofnunin ástæðu til frekari rannsókna á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Fyrir áður nefnda lagabreytingu hafði Samkeppniseftirlitið 70 virka daga til að taka slíka ákvörðun en stofnuninni var hins vegar heimilt að framlengja þann frest um allt að 20 virka daga ef talið væri nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga vegna málsins.

Ljóst er af gögnum málsins að Samkeppniseftirlitið tilkynnti áfrýjendum með bréfi, dags. 26. mars 2020, að innsend samrunatilkynning teldist fullnægjandi í skilningi 17. gr. a. samkeppnislaga og að frestur Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann hefði byrjað að líða þann 10. mars 2020. Þann 15. apríl 2020 tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjendum að það teldi ástæðu til frekari rannsókna á samkeppnislegum áhrifum samrunans með vísan til 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga. Með bréfi, dags. 24. júlí 2020, var samrunaaðilum síðan tilkynnt að rannsókn málsins kæmi til með að taka lengri tíma en 70 virka daga. Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins lá síðan fyrir 25. ágúst 2020.

Samkvæmt framansögðu urðu breytingar á ákvæðum samkeppnislaga varðandi þann frest sem Samkeppniseftirlitið hefur lögum samkvæmt til að ógilda samruna meðan rannsókn málsins stóð yfir af hálfu Samkeppniseftirlitsins á samkeppnislegum áhrifum fyrirhugaðs samruna áfrýjenda.

Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála er einsýnt að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin innan þess frests sem Samkeppniseftirlitið hefur samkvæmt ákvæði 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga og breytir engu í því sambandi hvort miðað sé við

fyrirgreint lagaákvæði eins og það var fyrir þá breytingu sem gerð var með 7. gr. laga nr. 103/2020 eða eftir gildistöku þeirrar breytingar. Er í því sambandi m.a. til þess að líta að almennt hefur verið litið svo á að lagabreytingar sem einvörðungu lúta að málsmeðferð fyrir stjórnvöldum og ekki eru íþyngjandi í garð málsaðila eru taldar gilda um þau mál sem þá þegar eru komin til meðferðar hjá stjórnvöldum og hafa ekki verið til lykta leidd þegar lagabreytingin tekur gildi, nema lög kveði skýrlega á um annað. Þannig hefði þurft að taka það sérstaklega fram í lögum nr. 103/2020 ef þau hefðu ekki átt að gilda um þau mál sem þá voru komin til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Þá verður heldur ekki séð að sú breyting sem gerð var með 7. gr. laga nr. 103/2020 hafi verið íþyngjandi í garð áfrýjenda. Þar að auki er það skoðun áfrýjunarnefndar að ekki sé tilefni til að hrófla við því mati Samkeppniseftirlitsins að ástæða hafi verið til að rannsaka málið frekar eftir að fyrir lágu nýjar og frekari röksemdir af hálfu samrunaaðila. Ætla verður Samkeppniseftirlitinu ákveðið svigrúm í þeim efnunum enda verður ekki annað séð af gögnum málsins en að málefnaleg sjónarmið hafi legið að baki fyrirgreindri ákvörðun stofnunarinnar að rannsaka málið frekar. Þá er einnig til þess að líta að rík skylda hvílir á Samkeppniseftirlitinu að vanda til undirbúnings ákvarðana sinna og rannsaka hvert og eitt mál með fullnægjandi hætti, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga.

Samkvæmt þessu telur áfrýjunarnefndin að Samkeppniseftirlitið hafi haldið sig innan lögboðinna fresta þegar umrædd ákvörðun var tekin.

5

Samkvæmt 2. gr. samkeppnislaga taka lögin til hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslunar og þjónustu, án tillits til þess hvort hún sé rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Lögin taka til samninga, skilmála og athafna sem hafa eða er ætlað að hafa áhrif hér á landi, sbr. 1. mgr. 3. gr. laganna. Ákvæði sérlaga ganga hins vegar framur ákvæðum samkeppnislaga hafi viðkomandi sérlög að geyma ákvæði sem eru ósamrýmanleg samkeppnislögum, sbr. m.a. úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 1/2003 og 4/1997.

Lög nr. 40/2007 um heilbrigðisþjónustu taka til skipulags heilbrigðisþjónustu hér á landi, og er markmið laganna að allir landsmenn eigi kost á fullkomnustu

heilbrigðisþjónustu sem á hverjum tíma er tók á því að veita í samræmi við ákvæði laganna, ákvæði laga um sjúkratryggingar, laga um réttindi sjúklinga svo og önnur lög sem við eiga hverju sinni. Samkvæmt 28. gr. laganna fer ráðherra með umboð ríkisins til samningsgerðar um veitingu heilbrigðisþjónustu og greiðsluþátttöku ríkisins vegna hennar en Sjúkratryggingar Íslands annast fyrrgreinda samningagerð samkvæmt lögum nr. 112/2008 um sjúkratryggingar, sbr. einnig 29. gr. laga um heilbrigðisþjónustu.

Í lögum um sjúkratryggingar er m.a. mælt fyrir um samninga um heilbrigðisþjónustu og endurgjald ríkisins fyrir þá þjónustu, sbr. 2. gr. laganna. Til heilbrigðisþjónustu samkvæmt lögnum telst hvers kyns heilsugæsla, lækningar, hjúkrun, almenn og sérhæfð sjúkrahúspjónusta, sjúkraflutningar, hjálpartækjapjónusta og þjónusta heilbrigðisstarfsmanna innan og utan heilbrigðisstofnana sem veitt er í því skyni að efla heilbrigði, fyrirbyggja, greina eða meðhöndla sjúkdóma og endurhæfa sjúklinga, sbr. 3. tl. 1. mgr. 3. gr. laganna. Af framangreindri skilgreiningu er ljóst að starfsemi áfrýjenda, þ.e. læknisfræðileg myndgreiningarþjónusta, fellur undir áður nefnda skilgreiningu og þar með gildissvið laganna.

Samkvæmt 40. gr. laga um sjúkratryggingar skulu samningar um heilbrigðisþjónustu gerðir í samræmi við stefnumörkun samkvæmt 2. gr. laganna m.a. um skipulag heilbrigðisþjónustu, forgangsröðun verkefna innan hennar, hagkvæmni og gæði þjónustunnar og aðgengi að henni. Við samningsgerðina skal hafa hagsmuni sjúkratryggðra að leiðarljósi. Í 3. mgr. 40. gr. laganna kemur fram að val á viðsejendum skuli fara fram á hlutlægum og málefnalegum forsendum og skal við valið taka mið af stefnumótun samkvæmt 2. gr. laga um heilbrigðisþjónustu, gæðum, hagkvæmni, kostnaði, öryggi, viðhaldi nauðsynlegrar þekkingar og jafnræði. Þá skal þess einnig gætt við samningsgerðina að ekki sé raskað þeirri þjónustu sem veita ber samkvæmt lögum um heilbrigðisþjónustu. Reynist framboð af tiltekinni heilbrigðisþjónustu meira en þörf er á eða unnt er að semja um með hliðsjón af fjárheimildum er heimilt á grundvelli hlutlægra og málefnalegra sjónarmiða, m.a. um hagkvæmni og gæði þjónustunnar, að takmarka samningsgerð við hluta þeirra aðila sem veitt geta þjónustuna, sbr. 4. mgr. 40. gr. laganna.

Í athugasemdum með því lagafrumvarpi sem varð að lögum nr. 112/2008 um sjúkratryggingar kemur fram varðandi 40. gr. frumvarpsins, sem fjallar eins og áður sagði um samninga um heilbrigðisþjónustu, að við túlkun og beitingu þeirra samningaheimilda sem kveðið sé á um í greininni verði að hafa í huga að frumvarpið, verði það að lögum, hafi stöðu sérlaga gagnvart ákvæðum samkeppnislaga. Í því felist að ákvæði laganna gangi frammar ákvæðum samkeppnislaga þegar þau teljast ósamrýmanleg samkeppnislögum. Samkeppnislög gildi því ekki um ákvarðanir sjúkratryggingastofnunarinnar um hvort leitað skuli samninga við einkaaðila eða samið við opinberar stofnanir um veitingu og rekstur heilbrigðisþjónustu eða aðrar slíkar ákvarðanir sem lúta að fyrirkomulagi á veitingu heilbrigðisþjónustu. Hins vegar gildi ákvæði samkeppnislaga um markaðshegðun viðsemjenda sjúkratryggingastofnunarinnar og fela þannig í sér bann við samkeppnishömlum, svo sem samráði og samstilltum aðgerðum, sem hafa að markmiði eða af þeim leiði að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað.

Samkvæmt 1. mgr. 92. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup skulu opinberir samningar um félagsþjónustu og aðra sérstæka þjónustu gerðir í samræmi við VIII. kafla laganna, þar sem kveðið er á um skyldu til útboðs, ef verðmæti samninganna er yfir þeim viðmiðunarfjárhæðum sem fram koma í 4. mgr. 23. gr. laganna. Hinu opinbera er þrátt fyrir fyrrgreint ákvæði 1. mgr. 92. gr. laganna frjálst að ákveða hvernig staðið skuli að framkvæmd verks eða veitingu þjónustu, einkum til að tryggja hátt gæðastig, öryggi eða viðráðanlegt verð, jafna meðferð og stuðla að almennum aðgangi og réttindum notenda í tengslum við opinbera þjónustu. Ákvæði laganna hafa þannig ekki áhrif á svigrúm opinberra aðila til að skilgreina þjónustu í almannabágu sem hefur almenna efnahagslega þýðingu, hvernig skipuleggja skuli þessa þjónustu og fjármagna hana, í samræmi við reglur um ríkisaðstoð, sem og hvaða sérstöku skuldbindingar skulu gilda um hana, sbr. 2. mgr. 92. gr. laganna.

Samkvæmt a-lið 1. mgr. 1. gr. reglugerðar nr. 1000/2016 um innkaup sem falla undir félagsþjónustu og aðra sérstæka þjónustu samkvæmt lögum um opinber innkaup, fellur heilbrigðisþjónusta, þ.m.t. læknisfræðileg myndgreiningarþjónusta, undir félagsþjónustu og aðra sérstæka þjónustu samkvæmt 92. gr. laga um opinber innkaup.

Ljóst er samkvæmt framangreindu að eftir gildistöku laga nr. 120/2016 um opinber innkaup er læknisfræðileg myndgreiningarþjónusta fyrir hið opinbera útboðsskyld samkvæmt VIII. kafla laganna að því gefnu að verðmæti samninga um slíka þjónustu sé yfir ákveðinni viðmiðunarfjárhæð og að ekki sé fyrir hendi skilyrði samningskaupa án undangenginnar útboðsauglýsingar samkvæmt 39. gr. laganna. Fleiri leiðir eru þó færar eins og nánar er getið í 2. mgr. 92. gr. að því tilskildu að innkaupaaðferð samræmist meginreglum um jafnræði, meðalhóf og gagnsæi við opinber innkaup. Er óheimilt að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða takmarka samkeppni með óeðlilegum hætti enda er markmið laga um opinber innkaup að tryggja jafnræði fyrirtækja, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu, sbr. 2. gr. laganna. Þá er einnig til þess að líta að samkvæmt 94. gr. laganna skal kaupandi við val á tilboði gæta að meginreglum við innkaup samkvæmt 15. gr. laganna. Loks er rétt að geta ákvæða 93. gr. laganna um birtingu tilkynninga. Aðalatriðið er að kaupandi sem hyggst gera opinberan samning um þjónustu verður að láta vita um þá fyrirætlun sína með sérstakri útboðstilkynningu eða forauglýsingu.

Markmið samkeppnislaga er að efla virka samkeppni í viðskiptum og vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins með því að vinna gegn óhæfilegum hindrunum, takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaðnum. Hagsmunir neytenda eru þar í fyrirrúmi. Ekki verður vikið frá ákvæðum samkeppnislaga nema skýr löggjöf og lagarök standi til þess. Eins og áður hefur verið rakið kemur fram í athugasemdum með því lagafrumvarpi sem varð að lögum nr. 112/2008 um sjúkratryggingar að ákvæði samkeppnislaga gildi um markaðshegðun viðsemjenda sjúkratryggingastofnunarinnar og feli þannig m.a. í sér bann við samkeppnishömlum, svo sem samráði og samstilltum aðgerðum sem hafi að markmiði eða af þeim leiði að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað.

Þrátt fyrir að rekstrar- og lagaumhverfi þeirrar starfsemi sem samrunaaðilar hafa með höndum hafi á margan hátt verið frábrugðið því sem almennt gerist um hefðbundna atvinnustarfsemi felur það ekki í sér ákvæði sem með ótvíræðum hætti geta talist andstæð fyrrgreindum ákvæðum samkeppnislaga um markaðshegðun

viðsemjenda sjúkratryggingarstofnunar. Kjarni málsins er samkvæmt framansögðu sá að fyrirtæki á umræddum markaði verða að hlíta ákvæðum samkeppnislaga um markaðshegðun sína með þeim frávikum og sérstökum sjónarmiðum sem leiða kann af því rekstrar- og lagaumhverfi sem hér á við.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið er það niðurstaða áfrýjunarnefndar að samrunareglur samkeppnislaga taki til mats á samkeppnislegum áhrifum þess samruna sem áfrýjendur fyrirhuguðu enda er ákvæðum samkeppnislaga ætlað að gilda um markaðshegðun viðsemjenda Sjúkratrygginga Íslands, sbr. 40. gr. laga um sjúkratryggingar.

6

Við mat á samruna samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga er nauðsynlegt í upphafi að skilgreina þann markað sem við á hverju sinni. Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgöngurvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu. Markaðurinn er þannig skilgreindur með tvennum hætti, annars vegar með tillit til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að ræða og hins vegar með tillit til þess markaðssvæðis (landsvæðis) sem til greina kemur. Markaðssvæðið er ákvarðað út frá því svæði þar sem samkeppnisskilyrði eru nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnislegu tilliti.

Viðtekin venja er í samkeppnisrétti að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008. Þrátt fyrir mikilvægi þess að skilgreina þann markað sem við á hverju sinni verður að hafa í huga að slíkar markaðsskilgreiningar geta aldrei orðið nákvæmar og verða því aðeins notaðar til viðmiðunar. Almennt verður að ætla samkeppnisyfirvöldum nokkurt svigrúm til að ákvarða og skilgreina viðkomandi markað út frá fyrirbyggjandi gögnum og rannsóknum sem gerðar eru í því skyni að greina og ákvarða þann markað sem er til skoðunar hverju sinni. Mikilvægt er að afmörkun og skilgreining markaða, þ.á m. landfræðilegra markaða, eigi sér stað með hliðsjón af þeim aðstæðum sem uppi eru hverju sinni og því er nauðsynlegt að gerðar séu eins ítarlegar rannsóknir á

viðkomandi markaði eins og frekast er unnt og að tryggt sé að hlutlægni sé gætt við skilgreiningu markaða.

Samkeppniseftirlitið hefur skilgreint markað þess máls sem hér um ræðir sem þjónustu fyrir læknisfræðilega myndgreiningu utan sjúkrahúsa á höfuðborgarsvæðinu. Áfrýjendur hafa aftur móti talið að í ljósi þeirrar lagaumgjarðar sem sé um heilbrigðisþjónustu hér á landi séu ekki forsendur til annars en að skilgreina landið allt sem eitt markaðssvæði fyrir læknisfræðilega myndgreiningarþjónustu enda þjónusti áfrýjendur sjúklinga á öllu landinu auk þess sem úrlestur slíkra mynda geti átt sér stað hvar sem er. Þar sem sjúklingar geti sjálfir ákveðið hvert þeir leiti eftir þjónustu feli það í sér að ekki séu hindranir hvað þá varðar, hvar þjónustan sé sótt.

Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun aflaði Samkeppniseftirlitið margvíslegra upplýsinga og gagna við meðferð málsins í því skyni að skilgreina markað þess. Í því sambandi var m.a. aflað upplýsinga frá öllum þeim er veita myndgreiningarþjónustu hér á landi, bæði einkaaðilum sem opinberum aðilum, svo og frá heimilislæknum sem vísa sjúklingum í myndgreiningu. Því til viðbótar var einnig ákveðið við rannsókn málsins að líta sérstaklega til þeirra áhrifa sem það hefði á starfsemi áfrýjenda ef þær myndgreiningar sem nú eru framkvæmdar innan Landspítalans, en sem unnt væri að útvísta, væru taldar með á hinum skilgreinda markaði málsins, en það var gert með hliðsjón af þeirri sérstöðu sem skapast af laga- og rekstrarumgjörð heilbrigðisþjónustu.

Við skilgreiningu hins landfræðilega markaðar hefur verið talið að til að landsvæði geti talist sameiginlegt markaðssvæði sé almennt gerð krafa um að neytendur af hvoru svæði um sig kaupi eða sækji vöru eða þjónustu yfir á hitt svæðið, sbr. meðal annars úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 4/2006 og 7/2018 og dómi Hæstaréttar frá 2. október 2008 í máli nr. 550/2007. Þrátt fyrir að áfrýjendur veiti sjúklingum af öllu landinu þjónustu með myndgreiningu verður ekki horft framhjá því að lítið sem ekkert er um að sjúklingar af höfuðborgarsvæðinu séu sendir eða leiti eftir slíkri þjónustu á landsbyggðinni. Í ljósi þeirrar staðreyndar er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að höfuðborgarsvæðið teljist vera sjálfstæður landfræðilegur markaður fyrir þjónustu við myndgreiningar.

Varðandi staðgöngu á milli þeirrar myndgreiningarþjónustu sem annars vegar er veitt innan sjúkrahúsanna og hins vegar utan þeirra af sjálfstætt starfandi fyrirtækjum er til þess að líta að gögn málsins gefa til kynna að sú myndgreiningarþjónusta sem veitt er innan sjúkrahúsanna snýr nær eingöngu að inniliggjandi sjúklingum og þeim sjúklingum sem þurfa að sækja þjónustu innan viðkomandi sjúkrahúss, aðra en myndgreiningarþjónustu. Myndgreiningarþjónusta einkarekinna fyrirtækja, þ.á m. þjónusta áfrýjenda, tekur hins vegar fyrst og fremst til sjúklinga sem vísað er til þeirra af sjálfstætt starfandi sérfræðilæknum og/eða heilsugæslustöðvum. Svo virðist sem mjög lítil staðganga sé milli þjónustu opinberra aðila og einkarekinna fyrirtækja, en því til viðbótar verður ekki séð að sjúkrahúsin geti, miðað við núverandi aðstæður, tekið nema að mjög litlu leyti við þeirri þjónustu sem hin einkareknu fyrirtæki hafa nú með höndum varðandi myndgreiningarþjónustu.

Með hliðsjón af framansögðu er að mati áfrýjunarnefndar ekki tilefni til að hrófla við þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að markaður málsins teljist vera læknisfræðileg myndgreiningarþjónusta utan sjúkrahúsa á höfuðborgarsvæðinu.

7

Þegar lagt er mat á þau samkeppnislegu áhrif, sem samruni áfrýjenda kann að hafa í för með sér, er fyrir það fyrsta til þess að líta að einungis þrjú einkarekin fyrirtæki hafa með höndum læknisfræðilega myndgreiningarþjónustu hér á landi og við samruna áfrýjenda kæmi þeim til með að fækka í tvö. Samanlögð markaðshlutdeild áfrýjenda á skilgreindum markaði málsins er nú yfir 90% og því ljóst að staða þeirra á þeim markaði yrði að óbreyttu mjög sterk eftir samruna. Þá gefa gögn málsins jafnframt til kynna að Landspítalinn og önnur sjúkrahús í landinu eru að óbreyttu ekki í stakk búin að taka við þeirri myndgreiningarþjónustu, sem nú er sinnt af einkaaðilum, utan sjúkrahúsanna. Þrátt fyrir að áfrýjendur séu háðir því að ná samningum við Sjúkratryggingar Íslands um veitingu myndgreiningarþjónustu með greiðsluþátttöku hins opinbera verður ekki horft framhjá því að staða áfrýjenda við þá samningsgerð tekur með ákveðnum hætti mið af núverandi stöðu þeirra á markaðnum.

Ljóst er af gögnum málsins að fyrir hendi er ákveðin samkeppni milli þeirra sem starfa á skilgreinum markaði málsins þrátt fyrir að þeir séu háðir því að ná samningum við Sjúkatryggingar Íslands um verkefni og umfang þeirra. Samkeppni þeirra er að hluta til í verðum, þar sem aðilar á markaðnum hafa m.a. verið að veita ákveðin afsláttarkjör frá samningsverðum, en auk þess er samkeppni varðandi ýmsa þætti sem varða gæði þjónustunnar, s.s. biðtíma og þjónustustig. Þá er samkeppni um tilvísanir um myndgreiningarþjónustu frá sjálfstætt starfandi sérfræðilæknum og heilsugæslustöðvum.

Þá verður ekki fram hjá því litið að Sjúkatryggingar Íslands verða lögum samkvæmt að ná markmiðum sínum á hverjum tíma með kaupum á ákveðnu magni myndgreiningarþjónustu sem stenst gæðakröfur og eðlileg verð. Samningsstaða Sjúkratrygginga Íslands kann því augljóslega að breytast til hins verra komi til samruna áfrýjenda.

Samkvæmt framansögðu er að mati áfrýjunarnefndar viðbúið að þeir samkeppnishvatar sem nú þegar eru fyrir hendi á skilgreindum markaði málsins kæmu til með að minnka við samruna áfrýjenda.

Ekki er um það deilt að kaupendastyrkur Sjúkratrygginga Íslands er verulegur og hefur sú staðreynd áhrif á rekstrarumhverfi áfrýjenda. Engu að síður tekur staða áfrýjenda mið af því að aðrir aðilar sem eru fyrir á markaðnum hafa takmarkaða getu til að taka við aukinni myndgreiningarþjónustu og þá hefur rannsókn Samkeppniseftirlitsins einnig gefið til kynna að sjúkrahúsin geta að óbreyttu ekki bætt við síkum verkefnum nema að takmörkuðu leyti. Stefnubreyting af hálfu hins opinbera í þeim efnum kann hins vegar að hafa veruleg áhrif fyrir áfrýjendur ef af henni verður. Það er því niðurstaða áfrýjunarnefndar að staða Sjúkratrygginga Íslands varðandi kaup á myndgreiningarþjónustu muni ekki vega upp á móti þeim neikvæðu samkeppnislegu áhrifum sem verða samkvæmt framansögðu komi til samruna áfrýjenda.

Þegar lagt er mat á það hvort aðgangshindranir séu að viðkomandi markaði verður ekki horft fram hjá þeirri staðreynd að áfrýjendur hafa um langt skeið haft mjög háa hlutdeild á skilgreindum markaði málsins. Staða þeirra á markaðnum verður í ljósi þess að teljast sterk og hefur svo verið í langan tíma. Áfrýjunarnefndin tekur undir þann rökstuðning sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að rannsókn

málsins gefi til kynna að til staðar séu aðgangshindranir inn á skilgreindan markað málsins. Þær aðgangshindranir gera það að verkum að ólíklegt er að á næstunni komi inn á markaðinn burðugir keppinautar í þeim mæli að þeir geti veitt sameinuðu fyrirtæki áfrýjenda verulegt samkeppnislegt aðhald þannig að dregið verði úr markaðsstyrk þess eða skaðlegum áhrifum þess á samkeppni.

Samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Fallast má á sjónarmið áfrýjenda um að samruni þeirra kunni á margan hátt að hafa jákvæðan ávinning í för með sér, s.s. hvað varðar fjárhagsleg og fagleg samlegðaráhrif, sem m.a. skili sér í fjárhagslegum sparnaði og aukinni sérhæfingu. Að mati áfrýjunarnefndar verður hins vegar ekki talið að sá ávinningur komi til með að vega upp á móti þeim neikvæðu samkeppnislegu áhrifum sem samruninn kæmi til með hafa í för með sér.

Kaup Myndgreiningar ehf. á öllum hlutum í Læknisfræðilegri myndgreiningu ehf. og Íslenskri myndgreiningu ehf. felur í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga. Að mati áfrýjunarnefndarinnar mun samruninn samkvæmt framansögðu leiða til þess að markaðsráðandi staða myndist eða styrkist eða samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti og hafi þannig skaðleg áhrif á þá samkeppni sem fyrir er á hinum skilgreinda markaði málsins.

8

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið er kröfum áfrýjenda um að fella úr gildi hina kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 35/2020 frá 25. ágúst 2020 hafnað.

Úrskurðarorð

Kröfu áfrýjenda, Læknisfræðilegrar myndgreiningar ehf. og Íslenskrar myndgreiningar ehf., um að fella úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 35/2020 frá 25. ágúst 2020 er hafnað.

Reykjavík, 11. mars 2021

Björn Jóhannesson formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson