

**Stanowisko podsumowujące propozycję regulacji dotyczącej cen i marż sztywnych
zaprezentowanej w projekcie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego
przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.**

I.

Projekt ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych („Ustawa”) przewiduje sztywne ceny zbytu leków oraz sztywne marże stosowane o obrocie lekami. Rozwiązanie to, moim zdaniem, ocenić należy jednoznacznie negatywnie. O ile, na etapie prac rządowych nad projektem Ustawy, można było mieć nadzieję, że projektodawcy wiarygodnie uzasadnią konieczność wprowadzenia takich regulacji, w szczególności wartościami nadrzędnymi, takimi jak ochrona zdrowia, czy dobro pacjenta, o tyle w chwili obecnej, stwierdzić należy, że proponowanym rozwiązaniem wcale nie przyswieca ochrona powyższych wartości, lecz potrzeba „uszczelnienia” istniejącego systemu refundacyjnego, niestety kosztem pacjentów. Nie kwestionując konieczności stworzenia transparentnego i „szczelnego” systemu refundacji leków, stwierdzić należy, że nie może się to odbywać kosztem osób nabywających leki. Państwo powinno poszukiwać innych rozwiązań, które zniwelują niewydolność systemu refundacyjnego, nie obarczając kosztami jego naprawy wszystkich obywateli. Podkreślenia wymaga, że uzasadnienie do projektu Ustawy w przedmiotowym zakresie koncentruje się właśnie na konieczności „uszczelnienia” systemu refundacyjnego. W zakresie zaś ochrony pacjenta zdaje się sugerować, że fakt, iż można w chwili obecnej nabyć w szczególnych sytuacjach lek za 1 grosz jest „manipulacją”, z której pacjent nawet nie zdaje sobie sprawy i że znacznie korzystniej byłoby dla niego (pacjenta), gdyby musiał za ten sam lek zapłacić np. 10 zł. Projektodawca zdaje się nazywać patologią fakt, że apteki konkurując ze sobą, starają się obniżyć ceny leków poniżej ceny maksymalnej określonej przepisami, ponieważ generuje to „turystykę refundacyjną”, podczas kiedy moim zdaniem powinno to być postrzegane jako naturalne i pożądane zjawisko w systemie gospodarki rynkowej – zjawisko oczywiście korzystne dla pacjentów.

W konsekwencji, należy w całej rozciągłości zgodzić się z opinią do projektu Ustawy wyrażoną przez Prof. Pawła Sarneckiego na etapie prac sejmowych.

II.

Znamiennym jest, że znaczna część uznanych ekonomistów i prawników postrzega proponowane regulacje jako jednoznacznie negatywne. Jest to krytyka związana z faktem wprowadzania ograniczeń nieproporcjonalnych do zakładanych celów. Podnosi się szeroko niekonstytucyjność proponowanych regulacji, która wydaje się być bardzo prawdopodobna. Zgodnie z przepisami Konstytucji RP, wolność prowadzenia działalności gospodarczej, znamienna w ustrojach demokratycznych, powinna być regułą, a jej ograniczenie może mieć miejsce tylko ze względu na ważny interes publiczny. Przy czym „ważny interes publiczny” nie może oznaczać, że państwo wprowadza restrykcje wszędzie tam, gdzie nie może poradzić sobie systemowo z zaistniałym problemem. Takie postrzeganie „ważnego interesu publicznego” prowadzi niechybnie do stosowania kar aresztu w ramach prewencji ogólnej - „na wszelki wypadek”. Ważny interes publiczny, to interes obywateli, a nie interes organów administracji. Ta oczywista prawda znajduje swoją egzemplifikację w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, którym ustrojodawca wymienia w sposób

wyczerpujący katalog wartości uzasadniających możliwość ograniczenia wolności gospodarczej w imię interesu publicznego.

W opinii do projektu Ustawy, zleconej przez Biuro Analiz Sejmowych, sporządzonej przez Panią dr Annę Jacek z Uniwersytetu Rzeszowskiego w dniu 7 grudnia 2010 r. wyrażnie się stwierdza, że *ustalenie cen i marż sztywnych (...) likwiduje konkurencję cenową między aptekami. Powyższe uniemożliwia sprzedaż aptekarzowi leku po niższej cenie, a tym samym może spowodować zwiększenie wydatków gospodarstw domowych na leki.* I dalej: *Wskazywane w uzasadnieniu zjawiska patologiczne, jak turystyka lekowa czy zjawisko marnotrawienia leków nie powinny być eliminowane poprzez pozbawienie Klientów aptek możliwości zakupu leków za niższą, promocyjną cenę. Brak jest uzasadnienia dla ograniczenia rozwijającej się pomiędzy aptekami konkurencji i marketingu. Wprowadzenie cen sztywnych uniemożliwi dokonanie obniżki cen przez producentów, czego skutkiem może być utrzymywanie się ich wyższego poziomu.* We wcześniejszej swojej opinii (z dnia 1 grudnia 2010 r.), sporządzonej na zlecenie Biura Analiz Sejmowych, powołana powyżej Autorka również stwierdza, że *przedstawiony projekt ustawy budzi również wątpliwości pod względem zgodności z art. 20 Konstytucji RP stanowiącym zasadę społecznej gospodarki rynkowej. Podstawowe elementy, które Państwo powinno zagwarantować to m.in. własność prywatna, wolność gospodarcza, wolność umów, wolna konkurencja, kształtowanie cen za pomocą mechanizmów rynkowych.* Biuro Analiz Sejmowych uzyskało zatem dwie opinie do projektu Ustawy, wskazujące, że wymaga on dopracowania w szczególności pod kątem zgodności z Konstytucją RP, a przynajmniej podjęcia próby wykazania istnienia przesłanki „konieczności w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”, jako przesłanki, która uzasadniałaby ograniczenie wolności gospodarczej. Z poglądami tymi należy, moim zdaniem, całkowicie zgodzić się. Nie podjęto jednak kroków zmierzających do dopracowania projektu Ustawy. W dniu 24 stycznia 2011 r. Biuro Analiz Sejmowych uzyskało trzecią opinię odnośnie do przedmiotowego projektu – opinię, zgodnie z którą projekt nie budzi zastrzeżeń co do jego zgodności z Konstytucją RP. Opinia ta budzi natomiast w sposób oczywisty istotne kontrowersje prawne.

III.

Koncentrując się na treści opinii przedłożonej Biuru Analiz Sejmowych, sporządzonej przez Panią Prof. dr hab. Marię Królikowską – Olezak, Panią dr Annę Górczyńską oraz Panią mgr Weronikę Wiśniewską (Kancelaria Adwokacka Eurokancelaria) z dnia 24 stycznia 2011 r., wskazać należy, że – w mojej ocenie - analiza przedstawiona w przedłożonym materiale jest niewystarczająco pogłębiona, przez co prowadzi do wątpliwych wniosków.

1. W części opinii dotyczącej zasady społecznej gospodarki rynkowej wskazano, iż określenie „społeczna” oznacza, że wolność rynku może zostać ograniczona ze względów społecznych. I dalej, wskazuje się, że uspołecznienie gospodarki oznacza interwencję państwa w dziedzinie gospodarczej o charakterze wspomagania, inicjowania koordynacji prywatnych inicjatyw gospodarczych, które przez pryzmat projektowanej ustawy przekształcą system refundacji w ten sposób, by w ramach publicznych środków finansowych odpowiadał w możliwie najwyższym stopniu aktualnemu zapotrzebowaniu społecznemu w zakresie zaopatrzenia w leki (...). Powyższe jest jedynym fragmentem opinii „dowodzącym”, że projektowana regulacja nie godzi w zasadę społecznej gospodarki rynkowej, bowiem w dalszej części tego fragmentu, zawarte są już zupełnie irrelewantne z punktu widzenia zgodności z Konstytucją RP rozważania na temat dopuszczalności wprowadzania ograniczeń w prowadzeniu działalności aptekarskiej ale na gruncie przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczących swobód wspólnotowych. Pomijając już fakt, że powyższe wywody nie znajdują odzwierciedlenia ani w orzecznictwie Trybunału

Konstytucyjnego ani też w doktrynie prawa publicznego gospodarczego, jak i w treści doktryn politycznogospodarczych, które legły u podstaw modelu społecznej gospodarki rynkowej. Społeczne ma być państwo nie zaś rynek w jego efektywnościowej i konkurencyjnej funkcji. Stąd też, projektowane rozwiązania w zakresie usztywnienia cen i marż godzą w zasadę społecznej gospodarki rynkowej, wyrażonej w art. 20 Konstytucji RP, bowiem zabraniają przedsiębiorcom (aptekom) na obniżanie cen leków, z oczywistą startą dla pacjentów, do czego Autorki przedmiotowej opinii się nie odnoszą. Proponowane regulacje dotyczące cen i marż sztywnych eliminują całkowicie tę niewielką przestrzeń do konkurowania, jaką wyznaczały „stare przepisy” ustalające ceny i marże maksymalne. Odbierają przedsiębiorcy możliwość samodzielnego decydowania oraz podejmowania działań zmierzających do zjednania sobie konsumentów, ponieważ utracili najważniejsze narzędzie w tym aspekcie – cenę.

2. Z częścią przedmiotowej opinii dotyczącą cen i marż sztywnych trudno konstruktywnie polemizować, bowiem jest ona niejednoznaczna i momentami niezrozumiała. W pierwszej kolejności Autorki cytują fragmenty uzasadnienia do projektu Ustawy, a następnie orzeczenia Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego potwierdzające, iż ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej możliwe są jedynie ze względu na ważny interes publiczny, mają charakter wyjątku i muszą być rozważane ściśle, a nie w sposób rozszerzający, a także, iż zasada proporcjonalności oznacza, iż cel regulacji ustawowej powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu. Z cytowanymi orzeczeniami nie sposób się nie zgodzić, są one bowiem oczywiste i potwierdzają tak literalne brzmienie przepisów Konstytucji, jak i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów powszechnych. Moim jednak zdaniem, opinia w żaden sposób nie dokonuje rzetelnej subsumpcji projektowanych regulacji dotyczących cen i marż sztywnych do przepisów Konstytucji RP oraz do cytowanych w niej orzeczeń TK i SN. Autorki opinii powinny w pierwszej kolejności jednoznacznie zidentyfikować dobro nadrzędne, dla którego mają zostać ograniczone inne wartości konstytucyjne i na tak przedstawionym schemacie uzasadnić proporcjonalność podjętych działań. Natomiast opinia w omawianym fragmencie koncentruje się na fakcie, że ceny zbytu leków będą negocjowane pomiędzy podmiotem odpowiedzialnym a organami państwa, co w myśl zaprezentowanych rozważań ma doprowadzić do „wynegocjowania ceny jak najniższej”. Niejasnym jest jednak skąd taki odważny i jednoznaczny wniosek. Przecież oczywistym jest, że strona biznesowa będzie dążyła do wynegocjowania cen wyższych, zaś strona rządowa cen niższych, a zatem przyjmując nawet wariant optymistyczny, doprowadzi to do co najwyżej uśrednienia ceny zbytu leków. Cóż stoi na przeszkodzie, aby tak wynegocjowaną cenę leków określić ustawowo jako maksymalną, pozostawiając aptekarzom możliwość dalszej jej obniżki z korzyścią dla pacjentów? Tym bardziej, że owe „negocjacje” odbywają się na płaszczyźnie podmiot odpowiedzialny – organ administracji, a sprzedaż ostatecznym odbiorcom odbywa się o dwa szczeble obrotu niżej, czyli na poziomie aptek, które w procesie negocjacji udziału nie biorą, a jednocześnie kalkulując opłacalność prowadzonej działalności gospodarczej miałyby potencjalną możliwość obniżenia ceny sprzedawanych produktów, która proponowaną regulacją zostaje im odebrana. Do takiego rozumowania opinia w ogóle się nie odnosi, odwołując się w następnym akapicie ponownie do uzasadnienia projektu Ustawy, zgodnie z którym *urządowe uregulowanie cen i marż i nadanie im sztywnego charakteru ma na celu wyeliminowanie antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców*. Nie wiadomo jednak, czy Autorki opinii podzielają zacytowany pogląd projektodawcy, bowiem treść opinii nie zawiera jego oceny. W mojej ocenie, uzasadnienie projektu Ustawy w cytowanym fragmencie jednoznacznie przeczy zasadzie gospodarki rynkowej, nawet z jej konstytucyjnym społecznym aspektem. Podstawowym atrybutem gospodarki rynkowej jest

możliwość konkurencyjności pomiędzy przedsiębiorcami. To konkurencja na rynku prowadzi do kreowania dobrobytu dla konsumentów i jest to zjawisko oczywiste. Antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorców są zaś „ścigane” przez powołane do tego organy – w Polsce Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Usztywnienie cen faktycznie „eliminuje” zachowania antykonkurencyjne, bowiem w ogóle eliminuje konkurencję na rynku, zastępując je „sterowaniem ręcznym”.

Dalsze rozważania opinii dotyczące sztywnych cen i marż stanowią wskazanie kolejnego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zachowania zasady proporcjonalności, z którym oczywiście należy się zgodzić. Następnie, w mojej ocenie, bez żadnej analizy usiłuje się wykazać, iż projektowane rozwiązania uzasadnione są potrzebą zwiększenia dostępności do towarów refundowanych i mieszczą się w zakresie art. 22 Konstytucji RP. Brak jest jednak konkretnego uzasadnienia, w jaki sposób usztywnienie cen i marż przyczyni się do zwiększenia dostępności do towarów refundowanych i dlaczego poziom dostępności miałby być niższy przy zachowaniu cen i marż o charakterze maksymalnym, jak jest w chwili obecnej.

3. Konkludując, w moim przekonaniu, przedmiotowa opinia w swej istocie nie przeprowadza żadnej merytorycznej analizy w zakresie zgodności z Konstytucją RP wprowadzenia cen i marż sztywnych, jednocześnie wyciągając z przeprowadzonych rozważań jednoznaczny wniosek, iż projektowana regulacja jest zgodna z Konstytucją RP.

IV.

Zasadnym jest również odniesienie się do stanowiska Ministra Zdrowia przedstawionego w piśmie z dnia 19 stycznia 2011 r. skierowanym do Pana Andrzeja Orzechowskiego, Przewodniczącego Podkomisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia przedmiotowego projektu Ustawy. Treść przedstawionego stanowiska zdaje się sugerować, że wprowadzenie sztywnych cen i marż leków nie ogranicza możliwości prowadzenia działalności gospodarczej. Uzasadniane jest to faktem, iż ceny leków mogą przecież zostać obniżone, jako skutek złożenia tzw. wniosku cenowego do organu administracji, za który to wniosek pobiera się obniżoną opłatą (sic!). Jednocześnie wskazuje się, że konkurencja cenowa na rynku leków nie jest ograniczona, tylko „przeniesiona” na poziom bardziej przejrzysty, tj. negocjacji cen pomiędzy podmiotem odpowiedzialnym a organem administracji. Moim zdaniem, jest to argumentacja całkowicie chybiona. Wolność prowadzenia działalności gospodarczej polega bowiem na możliwości podejmowania decyzji rynkowych samodzielnie przez przedsiębiorcę, który na tym rynku działa. Nazywanie wolnością prowadzenia działalności gospodarczej sytuacji, w której podmiot działający na rynku musi obligatoryjnie uzgadniać swoje decyzje rynkowe z organem administracji, w sposób oczywisty nie mieści się w granicach wolności działalności gospodarczej. Wskazać należy, że Autorzy stanowiska nie uzasadniają też dostatecznie konieczności i proporcjonalności wprowadzania ograniczenia wolności działalności gospodarczej wskutek ustalenia cen i marż sztywnych. Po raz kolejny podejmuje się próbę udowodnienia, iż ceny i marże sztywne służą ważnemu interesowi publicznemu, jakim jest „uszczerbnienie” systemu refundacyjnego. Nie kwestionując takiej konieczności, w mojej ocenie, podejmowane środki nie spełniają kryterium „konieczności w demokratycznym państwie prawnym” uzasadniającej zawężenie wolności gospodarczej, o którym mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Uważam, iż organy administracji powinny poszukiwać innych rozwiązań, które skutkować będą poprawą jakości systemu, zamiast obciążać kosztami jego naprawy wszystkich pacjentów.

V.

W całej rozciągłości należy zgodzić się natomiast z opinią z dnia 24 października 2010 r. wyrażoną odnośnie do projektowanej Ustawy przez Pana Prof. dr hab. Pawła Sarneckiego. Stanowi ona logiczny, zrozumiały i spójny wywód sporządzony w oparciu o obowiązujące przepisy Konstytucji RP. Prof. P. Sarnecki wyraźnie wskazuje, że aktualnie obowiązujące ceny i marże maksymalne,

czyli zakaz podwyższania cen leków (pomimo, iż stanowi ograniczenie działalności gospodarczej) odpowiada zasadzie społecznej gospodarki rynkowej, bowiem chroni słusne interesy ekonomiczne pacjentów. W żaden sposób nie można jednak podobnie ocenić regulacji, która zakazuje obniżania cen leków. Zakaz obniżania cen leków, nie spełnia również konstytucyjnej przesłanki proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń do celów, jakie w zamian zostaną osiągnięte. Jak słusnie wskazuje Prof. Sarnecki, nie można nie wyrazić zdziwienia treścią uzasadnienia do projektu Ustawy, w którym wskazuje się na potrzebę obniżenia współczynnika współpłacenia pacjentów w obszarze leków refundowanych, a jako środek do osiągnięcia tak obranego celu zakazuje się aptekarzom obniżenia cen leków. Autor opinii wskazuje, jak większość ekspertów, że wskazane w uzasadnieniu do projektu „zjawiska patologiczne” takie, jak: nabywanie leków za 1 grosz, „turystyka refundacyjna”, czy niejednolite marże hurtowe, to dobrodziejstwo wolnego rynku, a nie „patologie”. W konkluzji Prof. Sarnecki wyraźnie stwierdza, że projektowana regulacja – w zakresie wskazanych jej przepisów (dotyczących sztywnych cen i marż) – narusza w wielu swych aspektach konstytucyjną wolność działalności gospodarczej podmiotów objętych jej ramami.

VI.

W konkluzji stwierdzić jeszcze raz należy, że przedmiotowa regulacja dotycząca wprowadzenia sztywnych cen i marż leków budzi poważne wątpliwości w zakresie zgodności z przepisami Konstytucji RP, w szczególności przepisami art. 20, art. 22 oraz art. 31 ust. 3.

