



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 17 marca 2009 r.

DKK1-421/4/09//MAB

DECYZJA nr DKK - 11/09

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) **umarza się**, wszczęte na wniosek Farmacol S.A. z siedzibą w Katowicach, postępowanie antymonopolowe w sprawie zamiaru koncentracji, określonej w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na przejęciu przez Farmacol S.A. z siedzibą w Katowicach kontroli nad Cefarm Białystok S.A. z siedzibą w Białymstoku.

UZASADNIENIE

W dniu 7 stycznia 2009 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej również „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji, określonej w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji”, polegającej na przejęciu przez Farmacol S.A. z siedzibą w Katowicach, dalej „Farmacol”, kontroli nad Cefarm Białystok S.A. z siedzibą w Białymstoku, dalej „Cefarm Białystok”.

Uwzględniając fakt, iż zgłoszenie spełniało wymogi określone przepisami ustawy o ochronie konkurencji, w dniu 7 stycznia 2009 r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w sprawie przedmiotowej koncentracji.

W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Z przedłożonych dokumentów wynika, że zamiar koncentracji polega na przejęciu przez Farmacol kontroli nad Cefarm Białystok poprzez nabycie do 100% akcji tej Spółki od Skarbu Państwa. Podstawą zgłoszenia zamiaru koncentracji jest decyzja Ministra Skarbu Państwa o udzieleniu wyłączności negocjacyjnej w procesie prywatyzacji spółki Cefarm Białystok spółce Farmacol¹.

Termin wyłączności negocjacyjnej dla spółki Farmacol ustalony pierwotnie do końca stycznia 2009 roku, został wydłużony do dnia 13 lutego 2009 roku². Jednakże negocjacje nie doprowadziły do podpisania umowy. Jak wynika z informacji powszechnie dostępnych oferta Farmacol nie była satysfakcjonująca dla Skarbu Państwa³. W związku z powyższym w dniu 20 lutego 2009 r. Minister Skarbu Państwa poinformował, że *w związku z upływem terminu wyłączności negocjacyjnej w procesie prywatyzacji spółki Cefarm Białystok udzielonej firmie Farmacol, w którym nie doszło do ostatecznego porozumienia co do warunków umowy sprzedaży akcji, Minister Skarbu Państwa w dniu 19 lutego 2009 roku, podjął decyzję o wyrażeniu zgody na podjęcie negocjacji w procesie prywatyzacji przedmiotowej Cefarm Białystok z pozostałymi dwoma inwestorami, tj.: PHOENIX Pharma Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. w Łodzi⁴.*

W oparciu o przedstawione powyżej ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Stosownie do treści art. 13 ustawy o ochronie konkurencji zgłoszeniu Prezesowi Urzędu podlega zamiar koncentracji przedsiębiorców osiągających określone w tym przepisie progi obrotowe. Jak wynika z powołanego przepisu zgłoszeniu podlega zamiar koncentracji. Należy

¹ Komunikat MSP z dnia 12 grudnia 2008 r.

<http://prywatyzacja.msp.gov.pl/portal.php?serwis=pr&dzial=196&id=5642&search=660>

² Komunikat MSP z dnia 30 stycznia 2009 r.

<http://prywatyzacja.msp.gov.pl/portal.php?serwis=pr&dzial=196&id=5799&search=660>

³ <http://www.informacje.farmacja.pl/rec-act-wiecej-id-8009.html>

⁴ Komunikat MSP z dnia 20 lutego 2009 r.

http://prywatyzacja.msp.gov.pl/portal/pr/196/5952/Proces_prywatyzacji_Spolki_pn_Cefarm_Bialystok_SA.html

również wskazać, że we wspomnianym przepisie nie chodzi o subiektywne, rozumiane jako pewien stan psychiczny, przekonanie przedsiębiorcy o chęci przeprowadzenia transakcji o charakterze koncentracyjnym. W takiej sytuacji bowiem niemożliwa jest pełna analiza przez organ antymonopolowy ewentualnej koncentracji.

W związku z powyższym trzeba przyjąć, że zamiar koncentracji winien być realny oraz sprecyzowany, gdyż tylko w takiej sytuacji możliwa jest poprawna ocena antymonopolowa zamierzonej transakcji. Powoduje to, że zamiar ten musi być skonkretyzowany przez podjęcie czynności prawnych, np. zawarcie umowy przedwstępnej, umowy ramowej, publiczne wezwanie do sprzedaży akcji, czy też, jak w niniejszej sprawie, podjęcie decyzji przez Ministra Skarbu Państwa o przyznaniu wyłączności negocjacyjnej. Oznacza to, że taka konkretyzacja zamiaru koncentracji stanowi konieczny i nieodłączny element i przedmiot sprawy antymonopolowej z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorstw. Zaistnienie tego elementu jest warunkiem powstania obowiązku notyfikacji zamiaru koncentracji przedsiębiorców. Co więcej, istnienie skonkretyzowanego zamiaru koncentracji przedsiębiorców musi istnieć przez cały okres zawisłości sprawy przed organem antymonopolowym, aż do jej rozstrzygnięcia w formie decyzji.

Powyższe ustalenia wskazują zatem, iż przedmiotowa sprawa nie podlega normom określonym w art. 13 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym zgłoszeniu Prezesowi Urzędu podlega zamiar koncentracji. Tym samym, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z bezprzedmiotowością postępowania, która uniemożliwia organowi antymonopolowemu merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy. Uzasadniając powyższe należy wskazać, iż przedmiot niniejszego postępowania zaistniał od momentu przyznania Farmacol wyłączności negocjacyjnej i złożenia przez tę Spółkę oferty zakupu Cefarm Białystok. Jednakże w toku postępowania Farmacol utracił wyłączność na negocjacje z Ministrem Skarbu Państwem oraz jego oferta została odrzucona. Co więcej wyłączność negocjacyjna została przyznana konkurentom Farmacol, tj. PHOENIX Pharma Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polskiej Grupie Farmaceutycznej S.A. z siedzibą w Łodzi.

Dział VI ustawy *o ochronie konkurencji* regulujący postępowanie przed Prezesem Urzędu nie normuje sytuacji, gdy postępowanie staje się bezprzedmiotowe. Zgodnie jednak z art. 83 tej ustawy, w sprawach nieuregulowanych w ustawie *o ochronie konkurencji*, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) dalej

„kpa”. Zastosowanie tu będzie miał art. 105 § 1 kpa, zgodnie z którym organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe.

Jak wskazuje się w orzecznictwie sądowym organ administracji państwowej rozpoznając sprawę w trybie postępowania administracyjnego załatwia ją przez wydanie decyzji pozytywnej albo negatywnej. Sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a. wtedy, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej w formie decyzji administracyjnej ingerencji organu administracyjnego. Wówczas jakiegokolwiek rozstrzygnięcie pozytywne czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne⁵.

Interpretując pojęcie bezprzedmiotowości NSA wskazał, że *bezprzedmiotowość postępowania zachodzi wówczas, gdy brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, co powoduje, że nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty⁶*. W innym orzeczeniu sąd administracyjny wskazał także, że *bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której mowa w art. 105 § 1 k.p.a., to brak przedmiotu postępowania. Tym przedmiotem jest zaś konkretna sprawa, w której organ administracji państwowej jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu. Sprawa administracyjna jest więc konsekwencją istnienia stosunku administracyjnoprawnego; takiej sytuacji prawnej, w której strona ma prawo żądać od organu administracyjnego skonkretyzowania jej indywidualnych uprawnień wynikających z prawa materialnego. Postępowanie w takiej sprawie staje się bezprzedmiotowe, jeżeli braknie któregoś z elementów tego stosunku materialnoprawnego⁷*. Co istotne, nie istnieje jedna generalna przyczyna bezprzedmiotowości i w związku z tym w *każdej indywidualnej sprawie administracyjnej należy poszukiwać konkretnej przyczyny bezprzedmiotowości, mając na uwadze treść art. 105 § 1 k.p.a., który upoważnia organ do umorzenia postępowania, gdy z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe⁸*. Ponadto należy wskazać, iż przesłanka umorzenia może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania - co zostanie ujawnione w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym - lub też może zaistnieć w toku postępowania.

⁵ Wyrok NSA z dn. 18 maja 1998 r. (II SA 76/98), niepubl.

⁶ Wyrok NSA z dn. 10 czerwca 1998 r. (IV SA 1225/96), niepubl.

⁷ Wyrok NSA z dn. 26 marca 1998 r. (II SA 70/98), niepubl.

⁸ Wyrok NSA z dn. 28 marca 2003 r. (II SA 1432/01), niepubl.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy należy stwierdzić, że przedmiot niniejszego postępowania przestał istnieć. Przestał istnieć bowiem stosunek materialnoprawny umożliwiający Prezesowi Urzędu władcze orzeczenie o prawach i obowiązkach Farmacol.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

Robert Kamiński

Otrzymuje:

Farmacol S.A.