



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

DKK-1.4245.2.2020.ES

Warszawa, 26 maja 2021 r.

DECYZJA nr DKK - 122/2021

Na podstawie art. 155 oraz art. 154 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 256 ze zm.), w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **zmienia** decyzję nr DKK-51/2019¹ z dnia 25 lutego 2019 r. w zakresie dotyczącym terminu wykonania przez Air Products and Chemicals, Inc. z siedzibą w Delaware (USA) warunku określonego w pkt I.1 sentencji tej decyzji, poprzez jego przedłużenie o **[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]**.

UZASADNIENIE

W dniu 9 lutego 2018 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej również „Prezesem Urzędu” lub „Prezesem UOKiK”, wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającej na przejściu przez Air Products and Chemicals, Inc. z siedzibą w Delaware, USA, (dalej „Air Products”) kontroli nad ACP Europe S.A. z siedzibą w Luksemburgu i Eurocylinder NV z siedzibą w Heusden-Zolder, Belgia (dalej łącznie „ACP”), tj. koncentracji określonej w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (j.t. Dz. U. z 2021 r., poz. 275 - dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”). W dniu 25 lutego 2019 r. Prezes Urzędu decyzją nr DKK-51/2019² wyraził zgodę na dokonanie przedmiotowej koncentracji m.in. pod warunkiem, że:

I. Air Products spowoduje, że:

1. w ciągu **[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]** od daty wydania decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej zgodę na dokonanie ww. koncentracji, Air Products spowoduje, że Air Products lub jej właściwa spółka zależna wyzbędzie się w sposób trwały i nieodwracalny aktywów produkcyjnych,

¹ Ujednoliconą wersję decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

² Ujednoliconą wersję decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

obejmujących sprzęt do oczyszczania i skraplania surowego CO₂, które umożliwią ich nabywcy wytwarzanie ciekłego CO₂, o rocznych teoretycznych zdolnościach produkcyjnych nie niższych niż 76 650 ton, przy czym:

- a. wyzbycie się ww. aktywów produkcyjnych nastąpi na rzecz niezależnego inwestora lub inwestorów, którzy:
 - (i) nie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której częścią jest Air Products, i nie są współkontrolowani przez żaden podmiot lub podmioty z tej grupy oraz
 - (ii) nie prowadzili działalności w zakresie produkcji ciekłego CO₂ w Polsce w chwili wydania decyzji Prezesa UOKiK, chyba że strona trzecia nieprowadząca działalności w zakresie produkcji ciekłego CO₂ w Polsce w chwili wydania decyzji rozpoczęła już budowę aktywów produkcyjnych ciekłego CO₂ o mocy co najmniej 76 650 ton, w chwili przedstawiania potencjalnego inwestora Prezesowi UOKiK przez Air Products, do zatwierdzenia zgodnie z punktem 1b poniżej;
 - b. niezależny inwestor powinien zostać zaakceptowany przez Prezesa UOKiK przed nabyciem przez niego ww. aktywów produkcyjnych. Prezes UOKiK może – w terminie 21 dni od dnia przedstawienia inwestora Prezesowi UOKiK do zatwierdzenia – odmówić akceptacji inwestora, jeśli nie daje on gwarancji kontynuowania sprzedaży ciekłego CO₂; taka gwarancja będzie rozumiana jako posiadanie finansowych zasobów, sprawdzonej wiedzy specjalistycznej, a także możliwości i bodźców do utrzymania i rozwijania w sposób rentowny i aktywny sprzedaży ciekłego CO₂ w konkurencji do Grupy, do której należy Air Products, i innych konkurentów; brak odpowiedzi Prezesa UOKiK w powyższym terminie rozumiany będzie jako akceptacja proponowanego inwestora;
 - c. wyzbycie się tych aktywów produkcyjnych nie będzie obejmowało najstarszej linii produkcyjnej w zakładzie we Włocławku, chyba że zostanie ona doprowadzona do stanu technicznego podobnego do stanu technicznego innych instalacji w Polsce należących do Air Products i ACP Europe S.A. z siedzibą w Luksemburgu oraz ich spółek zależnych;
 - d. **[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]** termin wskazany w punkcie 1 powyżej nie obejmuje czasu trwania postępowania administracyjnego przed Prezesem UOKiK zainicjowanego zgłoszeniem zamiaru koncentracji, polegającej na nabyciu aktywów wskazanych w punkcie 1 powyżej, złożonym przez inwestora zaakceptowanego przez Prezesa UOKiK lub procedurą opartą na art. 155 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 256 ze zm.).
2. Air Products lub jej właściwa spółka zależna zaoferuje polskim klientom hurtowym Air Products i ACP Europe S.A. z siedzibą w Luksemburgu lub – odpowiednio – ich właściwych spółek zależnych w zakresie ciekłego CO₂, którzy odbierają produkt z zakładów produkcyjnych (ang. *ex-works*), tj. Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, przedłużenie okresów obowiązywania ich umów z tymi klientami,

od ich bieżącej daty wygaśnięcia aż do **[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]**, przy czym dla każdego okresu, dla którego wolumeny nie zostały uzgodnione w umowach istniejących i wiążących w chwili wydania decyzji Prezesa UOKiK, Air Products lub jej właściwa spółka zależna zaoferuje dostarczenie wolumenów nie niższych od uzgodnionych dla takiego samego okresu w roku poprzedzającym, na warunkach nie mniej korzystnych niż uzgodnione dla takiego samego okresu w roku poprzedzającym, ale jeśli przestoje instalacji produkcyjnych nastąpią w innych okresach lub będą miały inną długość niż w roku poprzedzającym, Air Products lub jej właściwa spółka zależna będzie uprawniona do odpowiedniego dostosowania wolumenów. Jednocześnie Air Products oraz jej spółki zależne nie będą odmawiały sprzedaży, zwłaszcza w przypadku zwiększonego zapotrzebowania ze strony Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, bez obiektywnego uzasadnienia. Air Products lub jej odpowiednia spółka zależna będzie zobowiązana do realizacji wyżej wymienionego obowiązku przedłużenia umów poprzez zaoferowanie, przed wygaśnięciem danej umowy, tylu 1-rocznych przedłużeń, ile będzie konieczne, aby przedłużyć okres obowiązywania tej umowy, co najmniej do **[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]**.

3. Air Products oraz jej spółki zależne nie będą stosować wobec Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie cen ciekłego CO₂ ponad cenę maksymalną obliczoną w sposób przedstawiony w punkcie 4 poniżej. Jeśli na skutek zastosowania formuły przedstawionej w punkcie 4 poniżej $P_{maksymalna}$ będzie niższa niż aktualna cena Air Products lub jej właściwej spółki zależnej, spółka ta będzie zobowiązana do obniżenia swojej ceny do poziomu nie wyższego niż nowa $P_{maksymalna}$. Air Products lub jej odpowiednia spółka zależna zaoferuje Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie wprowadzenie formuły cenowej, o której mowa w punkcie 4 poniżej, bezpośrednio do umów z – odpowiednio - Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie.
4. Cena maksymalna dla Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie zostanie ustalona na poziomie ceny ciekłego CO₂ obowiązującej w odpowiednich umowach z Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie w dacie wydania decyzji Prezesa Urzędu i zostanie utrzymana przez okres obowiązywania aktualnych umów z Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, ale w każdym wypadku nie krócej niż do **[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]**. Air Products i jej spółki zależne będą mogły podnieść ceny w umowach hurtowych, gdy wzrosną wskaźniki regulujące koszty produkcji ciekłego CO₂ w zakładach wytwórczych w Tarnowie i we Włocławku, ale tylko do poziomu wynikającego z zastosowania następującego wzoru:

$$P_{maksymalna} = P_{fixed} + P_{cpi} + P_{elec} + P_{labour}$$

gdzie:

- $P_{maksymalna}$ oznacza maksymalną cenę, którą Air Products oraz jej spółki zależne mogą stosować; pierwsza $P_{maksymalna}$ zostanie obliczona w terminie 30 dni od publikacji CPI, Elec1 i Labour za 2019 r.; każda kolejna $P_{maksymalna}$ zostanie obliczona w terminie 30 dni od dnia publikacji CPI, Elec1 i Labour za każdy kolejny rok; nowa $P_{maksymalna}$, jeśli będzie miała zastosowanie, znajdzie zastosowanie począwszy od miesiąca następującego po zakończeniu miesiąca, w którym została obliczona;
- $P_{pierwotna}$ oznacza cenę hurtową ciekłego CO₂ obowiązującą w umowie z właściwym klientem spośród: Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie na dostawę ciekłego CO₂ z danego źródła ciekłego CO₂ w dacie wydania decyzji przez Prezesa Urzędu; jeżeli w dacie wydania decyzji obowiązują różne ceny dla różnych wolumenów, np. dla wolumenów odbieranych w różnych okresach roku lub dla wolumenów powyżej lub poniżej określonego progu, każda taka cena będzie stanowiła osobną $P_{pierwotna}$, a formuła będzie miała zastosowanie osobno do każdego takiego wolumenu;
- P_{fixed} oznacza część ceny maksymalnej ciekłego CO₂, która pozostanie stała i nie będzie podlegała zmianom z upływem czasu; $P_{fixed} = P_{pierwotna} \times 45\%$;
- P_{cpi} oznacza część ceny maksymalnej ciekłego CO₂, która zmienia się wraz ze zmianą wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych; $P_{cpi} = P_{cpi\text{poprzednia}} \times CPI/100$; $P_{cpi\text{poprzednia}}$ oznacza P_{cpi} obliczoną dla roku poprzedzającego rok, w którym obliczana jest $P_{maksymalna}$; pierwsza $P_{cpi\text{poprzednia}} = P_{pierwotna} \times 5\%$;
- P_{elec} oznacza część ceny maksymalnej ciekłego CO₂, która zmienia się wraz ze zmianą cen energii; $P_{elec} = P_{elec\text{poprzednia}} \times Elec1/Elec0$; $P_{elec\text{poprzednia}}$ oznacza P_{elec} obliczoną dla roku poprzedzającego rok, w którym obliczana jest $P_{maksymalna}$; pierwsza $P_{elec\text{poprzednia}} = P_{pierwotna} \times 35\%$;
- P_{labour} oznacza część ceny maksymalnej ciekłego CO₂, która zmienia się wraz ze zmianą kosztów pracy; $P_{labour} = P_{labour\text{poprzednia}} \times Labour/100$; $P_{labour\text{poprzednia}}$ oznacza P_{labour} obliczoną dla roku poprzedzającego rok, w którym obliczana jest $P_{maksymalna}$; pierwsza $P_{labour\text{poprzednia}} = P_{pierwotna} \times 15\%$;
- CPI oznacza roczny indeks cen towarów i usług konsumpcyjnych opublikowany przez GUS dla roku poprzedzającego rok, w którym obliczana jest $P_{maksymalna}$; (historyczne wartości tej zmiennej są dostępne na stronie internetowej: <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/roczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych/>);
- Elec1 oznacza średnią roczną cenę sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym opublikowaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki dla roku poprzedzającego rok, w którym obliczana jest $P_{maksymalna}$ (historyczne wartości tej zmiennej są dostępne na stronie internetowej: <https://www.ure.gov.pl/pl/energia-elektryczna/ceny-wskazniki/7852.Srednia-cena-sprzedazy-energii-elektrycznej-na-ryнку-konkurencyjnym-roczna-i-kwa.html>);

- Elec0 oznacza średnią roczną cenę sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym opublikowaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki dla roku poprzedzającego rok, do którego odnosi się Elec1 (historyczne wartości tej zmiennej są dostępne na stronie internetowej: <https://www.ure.gov.pl/pl/energia-elektryczna/ceny-wskazniki/7852,Srednia-cena-sprzedazy-energii-elektrycznej-na-rynku-konkurencyjnym-roczna-i-kwa.html>);
- Labour oznacza roczny wskaźnik przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w przemyśle produkcji chemikaliów i wyrobów chemicznych opublikowany przez GUS dla roku poprzedzającego rok, w którym obliczana jest $P_{maksymalna}$ (wskaźnik ten jest publikowany w numerze 12 Biuletynu Statystycznego GUS dla każdego roku; historyczne wartości tego wskaźnika dla lat 2017-2015 są dostępne w Tablicy 19 Biuletynów Statystycznych GUS Nr: 12/2017 (<http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/inne-opracowania/informacje-o-sytuacji-spoeczno-gospodarczej/biuletyn-statystyczny-nr-122017,4,71.html>), 12/2016 (<http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/inne-opracowania/informacje-o-sytuacji-spoeczno-gospodarczej/biuletyn-statystyczny-nr-122016,4,59.html>), i 12/2015 (<http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/inne-opracowania/informacje-o-sytuacji-spoeczno-gospodarczej/biuletyn-statystyczny-nr-122015,4,47.html>)).

Formuła ta dotyczy wyliczenia maksymalnej potencjalnej ceny. Klienci mogą nadal negocjować cenę poniżej wyliczonej w powyższy sposób ceny maksymalnej.

5. Air Products lub jej właściwa spółka zależna złoży Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie oficjalne wiążące oferty zmiany aktualnych umów z Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, zmierzające do inkorporowania formuły wskazanej w punkcie 4 powyżej do tych umów [***ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów***], przy czym do okresu, na który taka zmiana umowy zostanie zaoferowana, odpowiednie zastosowanie będzie miał punkt I.2 *in fine*.
 6. Jeżeli Air Products lub jej spółka zależna podpisze jakiegokolwiek umowy z innymi nabywcami hurtowymi ciekłego CO₂ z zakładów zlokalizowanych w Polsce na sprzedaż hurtową ciekłego CO₂ odbieranego z zakładów produkcyjnych (ang. *ex-works*) lub umowy z Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Messer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie na dodatkowe ilości, przekraczające ilości zakontraktowane w dacie wydania decyzji Prezesa Urzędu, mechanizm opisany w punktach 2-4 powyżej będzie również miał zastosowanie do takich nowych umów i formuła wskazana w punkcie 4 powyżej zostanie formalnie implementowana do takich nowych umów [***ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów***]. W przypadku takich umów w pierwszym roku $P_{pierwotna}$ będzie oznaczać najwyższą cenę hurtową ciekłego CO₂ dla danego lub podobnego wolumenu, obowiązującą w dniu zawarcia takiej nowej umowy.
- II. Prezes UOKiK może zmienić decyzję na podstawie art. 155 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (t.j. Dz. U. z 2020 r, poz. 256 ze zm.) poprzez zwolnienie Air Products z obowiązku opisanego w punkcie I powyżej, jeżeli przed

upływem terminu na zbycie aktywów wskazanego w punkcie I.1 powyżej, zaistnieje wyraźny dowód na to, że niezależny podmiot trzeci, lub niezależne podmioty trzecie, rozpoczął w Polsce budowę nowej instalacji lub nowych instalacji do produkcji ciekłego CO₂ o łącznych teoretycznych zdolnościach produkcyjnych wynoszących co najmniej 153 600 ton rocznie, przy czym:

- a. co najmniej 76 650 ton z tych zdolności produkcyjnych musi pochodzić od niezależnych podmiotów trzecich, które nie miały zakładu lub zakładów produkcyjnych ciekłego CO₂ w Polsce w dniu wydania decyzji Prezesa Urzędu;
- b. nie obejmuje to zakładu obecnie budowanego przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe Puławy S.A. w Puławach lub żadnego nowego zakładu lub zakładów ciekłego CO₂ Grupy, do której należy Air Products.

III. Na podstawie art.19 ust.3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na Air Products obowiązek przedstawiania Urzędowi ochrony Konkurencji i Konsumentów regularnych sprawozdań podsumowujących wykonanie warunku. Sprawozdania będą składane za dany rok kalendarzowy do końca pierwszego kwartału roku następnego, aż do upływu terminu na zbycie aktywów wskazanego w punkcie I.1 powyżej.

Po wydaniu tej decyzji pismem doręczonym Prezesowi Urzędu 14 października 2020 r. Air Products (dalej również „Wnioskodawca”) wniosła o przedłużenie o **[tajemnica przedsiębiorstwa]** terminu wykonania warunku, o którym mowa w pkt I.1 decyzji Prezesa Urzędu nr DKK-51/2019³ z 25 lutego 2019 r.

W uzasadnieniu Air Products wskazała, że wybuch pandemii Covid-19 poważnie wpłynął w 2020 r. i będzie nadal wpływać na planowaną transakcję. Wnioskodawca podkreślił, że transakcja obejmuje **[tajemnica przedsiębiorstwa]**. Realizacja transakcji wymaga wcześniejszego wynegocjowania i podpisania określonych dokumentów transakcyjnych pomiędzy Air Products a **[tajemnica przedsiębiorstwa]**. Pandemia Covid-19 drastycznie opóźniła te negocjacje bowiem zespoły **[tajemnica przedsiębiorstwa]** koncentrowały swoje wysiłki na walce ze spowodowanym przez COVID-19 kryzysem wewnątrz ich własnych organizacji w celu zapewnienia ciągłości prowadzonej przez nie działalności (np. utrzymania funkcjonowania zakładów produkcyjnych i biur pomimo ograniczeń i niższego poziomu obsady kadrowej). Problemy te stanowiły centrum zainteresowania kadry zarządzającej i personelu (w tym specjalistów ds. technicznych, finansowych i innych), którzy stanęli wobec konieczności opracowania i wdrożenia planów utrzymania ciągłości działalności. Nowe projekty inwestycyjne (zwłaszcza projekty podmiotów trzecich, **[tajemnica przedsiębiorstwa]**), zeszły w związku z powyższym na dalszy plan. Z tych względów **[tajemnica przedsiębiorstwa]** nie mogły zaangażować się i nie angażowały się w działania konieczne do ewaluacji transakcji planowanej przez Air Products ani w negocjowanie dokumentów transakcyjnych. Ze względu na związane z pandemią ograniczenia wprowadzone w Polsce i innych krajach europejskich ograniczone były możliwości organizowania niezbędnych bezpośrednich spotkań **[tajemnica przedsiębiorstwa]** i umożliwienie jej przeprowadzenia niezbędnych wizji lokalnych nie było

³ Ujednolicona wersja decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

możliwe. **[tajemnica przedsiębiorstwa]**. Podróże międzynarodowe i spotkania bezpośrednie były – i nadal są – utrudnione nie tylko z uwagi na wymogi prawne, ale również ze względu na procedury wewnętrzne wprowadzone przez wiele firm. Przykładowo **[tajemnica przedsiębiorstwa]**.

Air Products wskazała również, że **[tajemnica przedsiębiorstwa]**.

Jak wynika z powyższego, pandemia COVID-19 znacząco opóźniła proces negocjowania dokumentów transakcyjnych, którego finalizacja jest niezbędna dla realizacji transakcji, bowiem w pierwszym okresie praktycznie wykluczyła możliwość prowadzenia jakichkolwiek negocjacji. Związane z pandemią ograniczenia prawne, procedury wewnętrzne i obawy będą wywierać wpływ na organizacje zaangażowane w transakcję jeszcze przez wiele miesięcy. Dotyczy to nie tylko **[tajemnica przedsiębiorstwa]**, ale również innych podmiotów, które są lub będą zaangażowane w transakcję, takich jak dostawcy sprzętu, usługodawcy, organy wydające pozwolenia oraz sama Air Products.

Jednocześnie dalsze opóźnienia transakcji spowodowane pandemią są nieuniknione i biorąc pod uwagę dotychczasowy jej wpływ na transakcję oraz liczbę podmiotów w nią zaangażowanych, na które pandemia prawdopodobnie będzie mieć wpływ w przyszłości, w ocenie Air Products przyszłe opóźnienie będzie nie krótsze niż **[tajemnica przedsiębiorstwa]**. Lecz można racjonalnie przyjąć, że poza już powstałym **[tajemnica przedsiębiorstwa]** opóźnieniem, pandemia dodatkowo opóźni transakcję o nie mniej niż **[tajemnica przedsiębiorstwa]**.

Air Products wskazała również, że ma słuszny interes w zmianie decyzji w szczególności wtedy, gdy nie może jej wykonać ze względu na okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W istocie pandemia COVID-19 była całkowicie nieprzewidywalna nie tylko dla Air Products, ale również dla rządów państw i organizacji ds. zdrowia. Air Products nie była w stanie uniknąć jej negatywnego wpływu na prowadzoną przez siebie działalność (a tym bardziej na działalność **[tajemnica przedsiębiorstwa]** i innych podmiotów), ponieważ ten negatywny wpływ stanowił bezpośredni skutek wprowadzenia środków mających na celu ochronę życia i zdrowia ludzi. Wobec powyższego, interes Air Products w przedłużeniu terminu łącznie o **[tajemnica przedsiębiorstwa]**, który to okres stanowi sumę czasu, jaki Air Products już straciła z powodu pandemii COVID-19 oraz czasu, jaki z tego samego powodu prawdopodobnie straci w przyszłości, jest w pełni słuszny i godny ochrony. W ocenie Air Products wyżej opisane opóźnienie nastąpiło pomimo dołożenia przez nią nadzwyczajnej staranności i zapobiegliwości. Air Products rozpoczęła przygotowywanie procesu zbycia już w pierwszej połowie 2019 roku, tj. niezwłocznie po wydaniu decyzji nr DKK-51/2019⁴. **[tajemnica przedsiębiorstwa]**.

Dołożyła więc wszelkich starań, aby jak najszybciej sfinalizować transakcję, nie była i nie mogła być jednak przygotowana na pandemię skutkującą *lockdownem* dla jednej trzeciej światowej populacji, bezprecedensowym zatrzymaniem aktywności gospodarczej oraz drastyczną zmianą sytuacji jego kontrahentów, dostawców, klientów, pracowników i organów władzy publicznej.

⁴ Ujednolicona wersja decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

W ocenie Air Products zmiana decyzji jest również zgodna z interesem społecznym, bowiem na podstawie punktów I.2-I.6 decyzji nr DKK-51/2019⁵ Air Products podlega obecnie mechanizmowi kontroli cen. Z tego względu Air Products nie może podnieść cen dla klientów hurtowych, chyba że byłoby to uzasadnione wzrostem kosztów i wyłącznie w zakresie, w jakim pozwala na to formuła cenowa wskazana w ww. decyzji. Air Products pozostanie objęta tym mechanizmem *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, a polski rynek będzie chroniony przed nieuzasadnionymi wzrostami cen. Niedotrzymanie przez Air Products terminu wskazanego w ww. decyzji nie leży w interesie społecznym. Air Products bardzo wcześnie rozpoczęła proces zbycia aktywów i robi wszystko co w jej mocy, aby jak najszybciej sfinalizować transakcję. Biorąc pod uwagę wpływ, jaki pandemia wywarła na działalność gospodarczą w Polsce, w interesie społecznym leży umożliwienie Air Products realizacji transakcji, ponieważ przyczyni się ona do stymulacji aktywności rynkowej.

Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego, dotyczące wznowienia postępowania, uchylenia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji. Powyższe oznacza, że strona nie może skutecznie składać środków prawnych o wszczęcie trybu nadzwyczajnego. Potwierdza to orzecznictwo Sądu Antymonopolowego, który jednoznacznie stwierdził, że od ostatecznej decyzji Prezesa Urzędu nie przysługuje wznowienie postępowania⁶. Omawiany przepis nie wyklucza jednakże możliwości wszczęcia postępowania nadzwyczajnego z urzędu.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu postanowił w dniu 14 października 2020 r. wszcząć z urzędu na podstawie art. 155 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r., poz. 256 ze zm. – dalej także „Kpa”) w zw. z art. 82 ust. 1 i 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postępowanie administracyjne w celu zmiany decyzji Prezesa Urzędu nr DKK-51/2019⁷ z 25 lutego 2019 r., o czym zgodnie z art. 61 § 4 Kpa powiadomił Air Products pismem z 10 lutego 2021 r. Pismem z 27 kwietnia 2021 r. Air Products wyraziła zgodę na przedłużenie terminu wykonania warunku, o którym mowa w ww. decyzji, o *[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]*.

Prezes Urzędu ustalił i stwierdził, co następuje:

Jak wspomniano powyżej, zgodnie z art. 82 ust 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów od decyzji Prezesa Urzędu stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego, dotyczące wznowienia postępowania, uchylenia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji. Niemniej jednak takie środki Prezes Urzędu może podjąć z urzędu. Ustawa o ochronie konkurencji nie reguluje

⁵ Ujednolicona wersja decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

⁶ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 25 czerwca 2001 r. (XVII Ama 31/01), *niepubl.*

⁷ Ujednolicona wersja decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

kwestii związanych ze zmianą decyzji. Stosownie do art. 83 tej ustawy w sprawach nieuregulowanych stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego.

Zgodnie z art. 155 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kpa decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ja wydał, jeżeli spełnione są łącznie następujące przesłanki:

- strona wyraziła zgodę na zmianę lub uchylenie decyzji,
- przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji,
- za uchyleniem lub zmianą decyzji przemawia interes społeczny lub słuszny interes strony.

W takiej sytuacji zgodnie z art. 155 w zw. z art. 154 § 2 Kpa organ właściwy wydaje decyzję w sprawie uchylenia lub zmiany dotychczasowej decyzji.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 listopada 2010 r. (I OSK 164/10), tryb zmiany decyzji administracyjnej zawarty w art. 155 Kpa, służy – co do zasady – zmianie decyzji niewadliwych. Wzruszenie decyzji ostatecznej na podstawie art. 155 Kpa jest jednak możliwe tylko wówczas, gdy spełnione są łącznie wskazane wyżej przesłanki. Ocena, czy w konkretnej rozpatrywanej sprawie istnieją przesłanki przemawiające za wzruszeniem decyzji ostatecznej, należy do organu administracji publicznej. Z powyższego wynika, że celem postępowania prowadzonego na podstawie art. 155 Kpa nie jest ponowne merytoryczne rozstrzygnięcie zaskarżonej sprawy, lecz dokonanie weryfikacji wydanej już decyzji ostatecznej wyłącznie na podstawie przesłanek w tym przepisie wymienionych. W konsekwencji prawna możliwość zastosowania trybu przewidzianego w art. 155 Kpa uwarunkowana jest prowadzeniem postępowania w ramach tego samego stanu prawnego i faktycznego oraz z udziałem tych samych stron (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 stycznia 2007 r., I OSK 586/06).

W niniejszej sprawie występuje tożsamość sprawy administracyjnej w znaczeniu materialnym. Występują w niej te same podmioty – Air Products i ACP oraz dotyczy ona tego samego przedmiotu i stanu prawnego w niezmienionym stanie faktycznym, tj. zgody na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez Air Products kontroli nad ACP pod warunkiem wyzbycia się przez Air Products określonych aktywów produkcyjnych. Air Products zwróciła się do Prezesa Urzędu o zmianę terminu realizacji warunku. Z formalnego punktu widzenia pismo Air Products nie może zainicjować wszczęcia postępowania przez Prezesa Urzędu, z uwagi na brzemienne art. 82 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Należy wskazać, że tryb postępowania przewidziany w art. 155 Kpa nie przewiduje działania na wniosek. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 grudnia 1996 r. sygn. akt III SA 1214/95 i wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 września 2016 r. II SA/Wa 495/16, podania złożone przez stronę w sprawie zmiany decyzji, uważa się za wyrażenie przez stronę zgody na dokonanie stosownej zmiany decyzji. Zatem złożenie przez Air Products pisma o zmianę decyzji jest jednoznaczne z wyrażeniem przez stronę zgody na zmianę decyzji w trybie postępowania wszczętego przez organ z urzędu.

W niniejszej sprawie zmianie decyzji nr DKK-51/2019⁸ z dnia 25 lutego 2019 r. w zakresie zmiany terminu realizacji warunku nałożonego na Air Products nie sprzeciwiają się także żadne przepisy szczególne.

Możliwość uchylecia lub zmiany decyzji ostatecznej w trybie art. 155 Kpa musi być uzasadniona ponadto interesem społecznym lub słusznym interesem strony (wyrok WSA w Olsztynie z 17 lutego 2011 r., II SA/OI 964/10). Słuszny interes strony, o którym mowa w tym przepisie, należy rozumieć jako interes prawny, a nie jako interes faktyczny, podobnie jak słuszny interes obywateli, o którym mowa w art. 7 Kpa (por. wyrok WSA w Warszawie z 20 stycznia 2012 r., VII SA/Wa 994/11). W judykaturze podkreśla się, że uwzględnienie interesu strony w rozumieniu art. 155 Kpa należy rozumieć w ten sposób, iż mając do wyboru możliwość korzystniejszego dla strony rozstrzygnięcia, niepozostającego jednakże w kolizji z obowiązującym porządkiem prawnym, organ działając w granicach uznania administracyjnego, przyjmuje ten sposób orzekania, zmieniając decyzję mniej korzystną dla strony (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 maja 2005 r. sygn. akt OSK 1746/04, wyrok WSA w Gliwicach z 21 stycznia 2008 r., sygn. akt IV SA/GL 825/07, wyrok WSA w Warszawie z 20 września 2016 r., sygn. akt II SA/Wa 495/16.). Z kolei interes społeczny, w rozumieniu art. 155 Kpa, nie może sprowadzać się do nienaruszenia przepisów prawa, skoro warunkiem dopuszczalności wzruszenia decyzji w trybie art. 155 Kpa jest stwierdzenie, że stan prawny powstały wskutek uchylecia lub zmiany decyzji będzie zgodny z prawem (por. wyrok WSA w Warszawie z 16 marca 2006 r., V SA/Wa 1952/05). Przesłanka zgodności wzruszenia decyzji z interesem społecznym i interesem strony oznacza, że organ administracji nie może w rozpoznaniu sprawy na podstawie tych przepisów nie ustosunkować się do celowości wzruszenia decyzji (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 lipca 2003 r., II OSK 771/07).

Po rozważeniu argumentacji przedstawionej przez Air Products Prezes UOKiK stwierdził, że zachodzą określone w art. 155 Kpa przesłanki zmiany decyzji Prezesa Urzędu z dnia 25 lutego 2019 r. nr DKK-51/2019⁹ w zakresie wydłużenia terminu realizacji warunku nałożonego na Air Products, o którym mowa w pkt I.1 sentencji powyższej decyzji.

W ocenie Prezesa Urzędu argumenty przedstawione przez Air Products przemawiają za zmianą decyzji poprzez przedłużenie terminu przewidzianego na realizację warunku. Zmiana decyzji jest uzasadniona słusznym interesem strony. Wydłużenie terminu realizacji warunku ma na celu dokończenie procesu uzgadniania dokumentów transakcyjnych a w efekcie zbycie aktywów produkcyjnych, do czego Air Products została zobowiązana przez Prezesa Urzędu. Pozwoli to Air Products na ostateczne sfinalizowanie transakcji, a tym samym wywiązanie się z warunku nałożonego na Air Products decyzją Prezesa Urzędu nr DKK-51/2019¹⁰.

Odnosząc się natomiast do interesu społecznego, należy zauważyć, że generalnie każde wydłużenie terminu na realizację warunku nałożonego przez Prezesa Urzędu przedłuża utrzymywanie niekorzystnej sytuacji na rynku. Jednakże w ocenie organu antymonopolowego w niniejszej sprawie należy uwzględnić szczególne okoliczności rynkowe, w jakich Air Products jest zobowiązana zrealizować warunkową decyzję Prezesa Urzędu, w szczególności przedłużającą się sytuację związaną z pandemią, która znacznie utrudnia wykonanie warunku

⁸ Ujednolicona wersja decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

⁹ Ujednolicona wersja decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

¹⁰ Ujednolicona wersja decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

z niezależnych od Air Products przyczyn, których nie można było przewidzieć na etapie przyjmowania warunku. Skutki dla całej gospodarki wywołane nadzwyczajną sytuacją związaną z epidemią COVID-19 wpływają bez wątpienia na spowolnienie całego procesu negocjacyjnego z *[tajemnica przedsiębiorstwa]* i ostateczne zakończenie transakcji.

Odnosząc się jednakże, do okresu przedłużenia należy wskazać, że zmiana decyzji w zakresie wnioskowanym przez Air Products tj. przedłużenie terminu na realizację warunku o *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, nie jest w ocenie organu antymonopolowego uzasadniona. Podkreślić należy, że pierwotny termin na realizację warunku wynosił *[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]* i jedynie około *[tajemnica przedsiębiorstwa]* z tego terminu *[tajemnica przedsiębiorstwa]* na okres epidemii wywołanej COVID-19. Epidemia ta z pewnością ograniczyła, ale nie uniemożliwiła realizacji warunku. Nawet zatem w okresie pandemii, Air Products - poza okresami całkowitego lockdownu - mogła podejmować kroki zmierzające do realizacji warunku. Ponadto w ocenie organu antymonopolowego ryzyka związane z realizacją warunku zawartego w ww. decyzji DKK-51/2019¹¹ powinien ponosić także podmiot, który zgodził się na ten warunek.

Uwzględniając powyższe okoliczności, zdaniem organu antymonopolowego uzasadnione jest przedłużenie terminu na wykonanie przez Air Products warunku o *[ograniczono prawo wglądu na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów]*. Przedłużenie terminu o taki okres nie będzie w ocenie organu antymonopolowego naruszało interesu społecznego. Jak słusznie zauważył wnioskodawca, na podstawie punktów I.2-I.6 decyzji Air Products podlega obecnie mechanizmowi kontroli cen, który ma obowiązywać Air Products do *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, a polski rynek CO2 będzie chroniony przed nieuzasadnionymi wzrostami cen.

Z uwagi zatem na fakt, iż za zmianą decyzji z dnia 25 lutego 2019 r. przemawia słuszny interes strony, która wyraziła zgodę na zmianę decyzji, zmiana ta nie stoi w sprzeczności z interesem społecznym, także nie sprzeciwiają się temu przepisy szczególne, orzeczono, jak w sentencji.

Pouczenie:

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 1 oraz § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r., poz. 1575), 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 miesiąca od dnia jej doręczenia.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2020 r., poz. 755 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł.

¹¹ Ujednoliconą wersję decyzji po sprostowaniu postanowieniem nr DKK-28/2019 r. z 27 lutego 2019 r.

Zgodnie z art. 103 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie. Spółka handlowa powinna wykazać także, że jej wspólnicy albo akcjonariusze nie mają dostatecznych środków na zwiększenie majątku spółki lub udzielenie spółce pożyczki.

Stosownie do treści art. 117 § 1, § 3 i § 4 zd. 1 Kodeksu postępowania cywilnego, strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego. Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

PREZES
URZĘDU
OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
Tomasz Chróstny

Otrzymuje:

Air Products and Chemicals Inc., USA

