



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

DKK-1.4245.3.2020.JBG

Warszawa, 21 grudnia 2020 r.

DECYZJA nr DKK - 237/2020

Na podstawie art. 154 § 2 i art. 155 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 256 i 695) i art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **zmienia** punkt I sentencji decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-263/2019 z 23 grudnia 2019 r. w zakresie dotyczącym terminu wykonania warunku, poprzez zastąpienie słów „w ciągu 12 miesięcy od daty wydania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów” słowami „do 1 marca 2021 r.”.

UZASADNIENIE

W dniu 7 marca 2019 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej również „Prezesem Urzędu”, wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającej na przejściu przez DOZ S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „DOZ”) kontroli nad Medix sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie (dalej „Medix”), 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 2020 r., poz. 1076 i 1086), zwanej dalej „ustawą *o ochronie konkurencji*”. W dniu 23 grudnia 2019 r. Prezes Urzędu decyzją nr DKK-263/2019 wyraził zgodę na dokonanie przedmiotowej koncentracji pod warunkiem, że w ciągu 12 miesięcy od daty wydania decyzji Prezesa Urzędu wyrażającej zgodę na dokonanie ww. koncentracji, DOZ w sposób trwały i nieodwracalny wyzbędzie się zorganizowanego zespołu składników materialnych i niematerialnych

przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej w postaci apteki zlokalizowanej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a, w szczególności:

- praw i obowiązków wynikających z umowy najmu, dzierżawy bądź własności powierzchni przeznaczonej do prowadzenia apteki zlokalizowanej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a,
- praw i obowiązków wynikających z umów leasingu składników majątkowych wykorzystywanych wyłącznie w aptece zlokalizowanej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a,
- składników majątkowych apteki zlokalizowanej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a, wykorzystywanych wyłącznie w tej aptece,
- praw i obowiązków wynikających z umów pracowniczych pracowników, których aktualnym miejscem pracy jest wyłącznie apteka zlokalizowana w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a, przy czym:
 - a) wyzbycie się powyższych praw może nastąpić wyłącznie na rzecz inwestora, który:
 - nie będzie należał do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, której częścią jest DOZ ani nie będzie kontrolowany wyłącznie lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez żaden podmiot należący do tej grupy kapitałowej, oraz
 - daje gwarancję kontynuowania działalności aptecznej w aptece zlokalizowanej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a, w tym w szczególności posiada wystarczające zasoby finansowe, praktyczną wiedzę specjalistyczną oraz niezbędne doświadczenie,
 - b) nabycie przez niezależnego inwestora ww. składników materialnych i niematerialnych nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na lokalnych rynkach aptecznych, wyznaczonych odległością do 1 km od przejmowanych aptek Medix zlokalizowanych w Tczewie przy ul. Wojska Polskiego 16a, przy ul. Sobieskiego 38a oraz przy ul. Jedności Narodu 16/2,
 - c) niezależny inwestor powinien zostać zaakceptowany przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przed nabyciem ww. składników materialnych i niematerialnych. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może odmówić akceptacji – w terminie 21 dni od przedstawienia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów informacji na temat inwestora – jeżeli nabycie przez tego inwestora ww. składników materialnych i niematerialnych, doprowadzi

do istotnego ograniczenia konkurencji na lokalnych rynkach aptecznych, wyznaczonych odległością do 1 km od przejmowanych aptek Medix zlokalizowanych w Tczewie, przy ul. Wojska Polskiego 16a, przy ul. Sobieskiego 38a oraz przy ul. Jedności Narodu 16/2, lub w przypadku, gdy inwestor ten nie daje gwarancji kontynuowania działalności aptecznej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a, w tym w szczególności nie posiada wystarczających zasobów finansowych, praktycznej wiedzy specjalistycznej oraz niezbędnego doświadczenia w zakresie prowadzenia działalności aptecznej bądź niespełniony jest warunek jego niezależności od DOZ,

- d) umowa z niezależnym inwestorem będzie zawierała stosowną klauzulę zabezpieczającą nieprzerwane prowadzenie przez inwestora działalności aptecznej w aptece w Tczewie przy ul. Sobieskiego 38a przez okres dwóch lat od daty nabycia ww. składników materialnych i niematerialnych przez inwestora oraz zobowiązującą inwestora przez ten sam okres do niezbywania lub nieobciążania składników materialnych i niematerialnych służących do prowadzenia apteki w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a przez inwestora, w sposób, który mógłby mieć negatywny wpływ na możliwość kontynuowania działalności operacyjnej tej apteki. Klauzula będzie w realny sposób, tj. z uwzględnieniem np. postanowień o karze umownej, w wysokości adekwatnej do wysokości przeprowadzonej koncentracji, zabezpieczać praktyczną możliwość jej wyegzekwowania,
- e) klauzula, o której mowa w pkt powyżej powinna zostać zaakceptowana przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przed zawarciem umowy. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może odmówić akceptacji – w terminie 21 dni od przedstawienia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów treści umowy – jeżeli klauzula ta nie będzie spełniać wymogów, o których mowa w pkt d powyżej.

Jednocześnie Prezes Urzędu w pkt II sentencji decyzji nr DKK-263/2019 nałożył na DOZ obowiązek złożenia informacji dotyczących realizacji warunku w terminie 30 dni od daty jego realizacji lub upływu terminu jego wykonania.

Po wydaniu tej decyzji, pismem z 19 listopada 2020 r. (otrzymanym 26 listopada b.r.), uzupełnionym pismem z 4 grudnia 2020 r. (otrzymanym tego samego dnia) DOZ złożył do Prezesa Urzędu wniosek o akceptację wskazanego przez siebie inwestora, jako potencjalnego



nabywcy zorganizowanego zespołu składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej w postaci apteki zlokalizowanej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a. Prezes Urzędu Pismem z 7 grudnia 2020 r. zaakceptował wskazanego przez DOZ inwestora jako nabywcę ww. apteki. Jednocześnie z pismem z 4 grudnia 2020 r. DOZ złożył wniosek o przedłużenie do 1 marca 2021 r. terminu wykonania warunku, o którym mowa w pkt I sentencji decyzji Prezesa Urzędu nr DKK-263/2019 r. z 23 grudnia 2019 r. Pismami z 8 i 10 grudnia 2020 r. DOZ uzupełnił ww. pismo z 4 grudnia 2020 r.

W uzasadnieniu DOZ wskazał, że trwający stan zagrożenia epidemicznego oraz stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 – wywołującym chorobę COVID-19 spowodował, że prowadzenie przez DOZ poszukiwań potencjalnego inwestora, który mógłby zostać zaakceptowany przez Prezesa UOKiK był niemożliwy przez część 2020 r. kiedy nastąpiło zamknięcie działania gospodarki albo znaczenie utrudnione - w późniejszej części 2020 r. Okoliczności związane z sytuacją epidemiczną w Polsce spowodowały [*tajemnica przedsiębiorstwa*] apteki zlokalizowanej w Tczewie, przy ul. Sobieskiego 38a (dalej: „zbywana apteka”), [*tajemnica przedsiębiorstwa*]. Tym samym apteka ta stała się [*tajemnica przedsiębiorstwa*] dla potencjalnych nabywców, którzy mogliby zostać zaakceptowani przez Prezesa UOKiK (biorąc pod uwagę wymogi wskazane w DKK-263/2019 r. z 23 grudnia 2019 r.). Dodatkowo, [*tajemnica przedsiębiorstwa*], znalezienie inwestora utrudnione było przez istniejące uwarunkowania regulacyjne, z których wynika konieczność posiadania przez inwestora odpowiedniego statusu umożliwiającego uzyskanie zezwolenia administracyjnego na prowadzenie apteki. Wymóg ten dodatkowo zawęził grono pomiotów, które mogłyby nabyć zbywaną aptekę.

Wskazane okoliczności utrudniły i znacząco przedłużyły sam proces poszukiwań inwestora, jak również utrudniają dokonanie czynności technicznych związanych ze sfinalizowaniem procesu nabycia apteki przez inwestora po uzyskaniu akceptacji przez Prezesa UOKiK, obejmujących inwentaryzację zbywanej apteki i przygotowanie jej do przekazania inwestorowi.

Z tego względu, wydłużenie terminu na realizację określonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów warunku do 1 marca 2021 r. znacząco zwiększy szanse na zakończenie procesu związanego z nabyciem zbywanej apteki przez zaakceptowanego przez Prezesa UOKiK inwestora.



Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji* od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego, dotyczące wznowienia postępowania, uchylecia, 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 postępowania¹. Omawiany przepis nie wyklucza jednakże możliwości wszczęcia postępowania nadzwyczajnego z urzędu.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu postanowił w dniu 4 grudnia 2020 r. wszczęć z urzędu na podstawie art. 155 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 256 i 695) w zw. z art. 82 ust. 1 i 83 ustawy *o ochronie konkurencji*, postępowanie administracyjne w celu zmiany decyzji Prezesa Urzędu nr DKK-263/2019 r. z 23 grudnia 2019 r., o czym zgodnie z art. 61 § 4 powiadomił DOZ pismem z 9 grudnia 2020 r.

Prezes Urzędu ustalił i stwierdził, co następuje:

Jak wspomniano powyżej, zgodnie z art. 82 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji* od decyzji Prezesa Urzędu stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego, dotyczące wznowienia postępowania, uchylecia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji. Niemniej jednak takie środki może Prezes Urzędu podjąć z Urzędu. Ustawa *o ochronie konkurencji* nie reguluje kwestii związanych ze zmianą decyzji. Stosownie do art. 83 tej ustawy w sprawach nieuregulowanych stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego.

Zgodnie z art. 155 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 uchYLECIE decyzji,
- przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchYLECIE lub zmianie takiej decyzji,
- za uchYLECIEM lub zmianą decyzji przemawia interes społeczny lub słuszny interes strony.

¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 25 czerwca 2001 r.(XVII Ama 31/01), *niepubl.*



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

Zgodnie z wyrokiem NSA z 26 listopada 2010 r., I OSK 164/10, LEX nr 745112, 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 państwowej. 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 NSA z 5 stycznia 2007 r., I OSK 586/06, LEX nr 320845).

W niniejszej sprawie występuje tożsamość sprawy administracyjnej w znaczeniu materialnym. Występują w niej te same podmioty: DOZ i Medix, oraz dotyczy tego samego przedmiotu i tego samego stanu prawnego w niezmienionym stanie faktycznym, tj. zgody na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez DOZ kontroli nad Medix pod warunkiem wyzbycia się przez DOZ określonych aktywów materialnych i niematerialnych. DOZ zwrócił się do Prezesa Urzędu o zmianę terminu realizacji warunku. Z formalnego punktu widzenia pismo DOZ nie może zainicjować wszczęcia postępowania przez Prezesa Urzędu, z uwagi na brzemienne art. 82 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji*. Należy jednakże wskazać, że chociaż tryb postępowania przewidziany w art. 155 Kpa nie przewiduje działania na wniosek, to pismo złożone przez DOZ w sprawie zmiany decyzji w zakresie terminu realizacji warunku, należy uznać za wyrażenie przez stronę zgody na dokonanie stosownej zmiany decyzji (tak m.in. A. Matan (w):/G. Łaszczyca, Cz. Martysz i A. Matan, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Tom II, Zakamycze 2005 i powołany tam wyrok NSA z 13 grudnia 1996 r. sygn. akt III SA 1214/95, LEX 27429, wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2016 r. II SA/Wa 495/16). Zatem złożenie przez DOZ pisma o zmianę decyzji jest jednoznaczne z wyrażeniem przez stronę zgody na zmianę decyzji w zakresie przez nią wskazanym, w trybie postępowania wszczętego przez organ z urzędu.



W niniejszej sprawie zmianie decyzji z 23 grudnia 2019 r. w zakresie wnioskowanym przez DOZ 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 NSA z 9 maja 2005 r. sygn. akt OSK 1746/04, LEX nr 172172, wyrok WSA w Gliwicach z 21 stycznia 2008 r., sygn. akt IV SA/GL 825/07, opublikowany w LEX nr 489238, 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 naruszenia 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 NSA z 3 lipca 2003 r., II OSK 771/07).

Po rozważeniu argumentacji przedstawionej przez DOZ Prezes Urzędu stwierdził, że zachodzą określone w art. 155 Kpa przesłanki zmiany decyzji Prezesa Urzędu z 23 grudnia 2019 r. nr DKK-263/2019 w zakresie wnioskowanym przez DOZ, tj. w zakresie wydłużenia terminu realizacji warunku nałożonego na DOZ, o którym mowa w pkt I sentencji powyższej decyzji.

W ocenie Prezesa Urzędu argumenty przedstawione przez DOZ przemawiają za zmianą decyzji we wnioskowanym zakresie. W szczególności zmiana decyzji jest uzasadniona słusznym interesem strony. Wydłużenie terminu realizacji warunku ma na celu zakończenie procesu nabywania przez inwestora zbywanej apteki. Pozwoli to DOZ na ostateczne sfinalizowanie transakcji, a tym samym wywiązanie się z warunku nałożonego na DOZ decyzją Prezesa Urzędu nr DKK-263/2019.



Odnosząc się natomiast do interesu społecznego, należy zauważyć, że w niniejszej sprawie zmiana decyzji w zakresie wnioskowanym przez DOZ, a więc przedłużenie o ok. 2 miesiące terminu wykonania warunku, nie stoi w sprzeczności z interesem społecznym. Należy w tym miejscu podkreślić, 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 DOZ jest zobowiązany zrealizować warunkową decyzję Prezesa Urzędu, w szczególności sytuację związaną z pandemią, która przynajmniej przez pierwsze miesiące 2020 r. utrudniała wykonanie warunku z niezależnych od DOZ przyczyn, których nie można było przewidzieć na etapie przyjmowania warunku. Skutki dla całej gospodarki wywołane nadzwyczajną sytuacją związaną z epidemią COVID-19 wpływały bez wątpienia na spowolnienie procesu związanego z poszukiwaniem odpowiedniego inwestora i wpływają na możliwość ostatecznego zakończenia transakcji. Uwzględnienie powyższych okoliczności i przedłużenie terminu wykonania przez DOZ warunku o ok. 2 miesiące nie będzie w ocenie organu antymonopolowego naruszało interesu społecznego.

Z uwagi zatem na fakt, iż za zmianą decyzji z 23 grudnia 2019 r. przemawia słuszny interes strony, która wyraziła zgodę na zmianę decyzji, zmiana ta nie stoi w sprzeczności z interesem społecznym, a 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 (j. t. Dz. U. z 2020 r., poz. 1575 z późn. 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 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 (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 755 z późn. zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł.

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:

1. **DOZ S.A., Warszawa**
2. aa (decyzja)

