



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK 2-400/9/05/BP

Warszawa, dn. 14 grudnia 2005 r.

DECYZJA Nr DOK- 163/2005

Na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

odmawia wszczęcia postępowania antymonopolowego,

z wniosku TVN S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie uznania za praktyki ograniczające konkurencję następujących działań:

1. zawarcia przez Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, TNS OBOP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PBS Sopot sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zawierającego uzgodnioną wcześniej klauzulę wyłączności dostarczenia na rzecz Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie przez TNS OBOP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PBS Sopot sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie wyników badań wyborczych 2005, a przez to spełniającego przesłanki praktyki polegającej na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (art. 5 ust. 1 pkt. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*) oraz na wertykalnej zmowie przetargowej (art. 5 ust. 1 pkt. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*);
2. nadużycia przez Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie jej pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt. 5 ustawy *o ochronie konkurencji*

i konsumentów, którego skutkiem jest zamknięcie rynku badań wyborczych 2005 dla innych nadawców telewizyjnych, w tym dla TVN S.A., na polskim rynku nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych lub rynku rozpowszechniania reklamy telewizyjnej oraz polskim rynku badań wyborczych 2005.

Uzasadnienie

W dniu 4 sierpnia 2005 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu) wpłynął wniosek TVN S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: TVN lub Wnioskodawca) o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz o wydanie na podstawie art. 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* decyzji uznającej za praktyki ograniczające konkurencję następujących działań: **(a)** zawarcia przez Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: TVP), TNS OBOP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: OBOP) i PBS Sopot sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (dalej: PBS) porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zawierającego uzgodnioną wcześniej klauzulę wyłączności dostarczenia na rzecz TVP przez OBOP i PBS wyników badań wyborczych 2005, a przez to spełniającego przesłanki praktyki polegającej na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (art. 5 ust. 1 pkt. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*) oraz na wertykalnej zmowie przetargowej (art. 5 ust. 1 pkt. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*) oraz **(b)** nadużycia przez TVP jej pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, których skutkiem jest zamknięcie rynku badań wyborczych 2005 dla innych nadawców telewizyjnych, w tym dla TVN S.A. oraz **(c)** nakazanie zaniechania stosowania tych praktyk.

TVN wniósł również o rozważenie przez Prezesa Urzędu możliwości wydania decyzji, o której mowa w art. 88 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

TVN w przedmiotowym wniosku jako rynki właściwe wskazał: **(a)** polski rynek badań wyborczych 2005, **(b)** polski rynek nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych powiązany z rynkiem rozpowszechniania reklamy telewizyjnej. Według Wnioskodawcy wyznaczenie drugiego z tych rynków jest warunkiem stwierdzenia pozycji dominującej TVP, natomiast antykonkurencyjne skutki zarzucanych praktyk wystąpią na obu rynkach.

W uzasadnieniu wniosku Wnioskodawca stwierdził, iż w kwietniu 2005 r. OBOP i PBS przedstawiły TVN, TVP i telewizji Polsat wspólną ofertę przeprowadzenia badań wyborczych dotyczących wyborów parlamentarnych i prezydenckich w 2005 r. metodą exit poll. TVN przystąpił do negocjacji, które miały doprowadzić do zawarcia stosownej umowy, które prowadził z PBS (jako liderem ośrodków do negocjacji z TVN; liderem ośrodków do negocjacji z TVP był OBOP). W lipcu 2005 r. TVN otrzymał informację, iż w wyniku postępowania przetargowego w trybie zamówień publicznych, ogłoszonego przez TVP w celu zakontraktowania badań wyborczych 2005, TVP, OBOP i PBS są w trakcie podpisywania umowy, która zawiera klauzulę wyłączności przeprowadzenia badań wyborczych na rzecz zamawiającego – TVP.

Wnioskodawca stwierdził, iż OBOP i PBS są dwoma wiodącymi w Polsce ośrodkami badania opinii publicznej, i jako jedyne posiadają doświadczenie w prowadzeniu badań realizowanych w Polsce w dniu wyborów przed lokalami wyborczymi i polegających na szacowaniu wyników tychże wyborów. Zdaniem TVN, jedynie te dwa ośrodki są w stanie przeprowadzić wiarygodne, oparte o doświadczenie i przyjęte standardy badania wyborcze exit poll, które są warunkiem koniecznym realizacji audycji telewizyjnej pt. „wieczór wyborczy” (zarówno przez TVP, jak i TVN).

Zdaniem Wnioskodawcy, TVP posiada niekwestionowaną pozycję dominującą na ściśle i bezpośrednio powiązanych rynkach nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych oraz rozpowszechniania reklam telewizyjnych.

Wnioskodawca wskazał, iż zakontraktowanie wyników badań prowadzonych łącznie przez OBOP i PBS na wyłączność TVP jest klasycznym porozumieniem ograniczającym konkurencję i jest wymierzona bezpośrednio w rzeczywistych konkurentów TVP, czyli we Wnioskodawcę.

TVN wskazał również, iż umowa zawarta między TVP a OBOP i PBS spełnia przesłanki wertykalnej zmowy przetargowej, gdyż TVP przed ogłoszeniem przetargu знаła warunki, na jakich OBOP i PBS oferują przeprowadzenie badań wyborczych. Zdaniem TVN jest to przejaw uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu, warunków składanych ofert, a w szczególności prac i ceny. Zdaniem Wnioskodawcy, wymagania zawarte w przetargu ogłoszonym przez TVP mogły spełnić jedynie OBOP i PBS, występujące zarówno jako konsorcjum, jak i osobno.

Zdaniem TVN, zawarcie umowy jest w największym stopniu wynikiem jednostronnych działań TVP, gdyż jeszcze w połowie lipca 2005 r. OBOP i PBS deklarowały zawarcie umowy na przeprowadzenie badań zarówno z TVP jak i z TVN w postaci umowy wielostronnej. Zdaniem Wnioskodawcy, z przyjętego ostatecznie rozwiązania, korzyści odniesie tylko TVP, w postaci całkowitego braku konkurencji lub istnienia tylko ograniczonej konkurencji – słabszej jakościowo w skutek korzystania z gorszej lub droższej prognozy wyborczej lub w postaci spowodowania strat w reputacji TVN.

Zdaniem Wnioskodawcy narzucona oferentom przez organizatora przetargu – TVP w specyfikacji przetargowej, a później w umowie klauzula wyłączności dostaw powoduje całkowite zamknięcie rynku polskich badań wyborczych 2005 dla innych nadawców telewizyjnych konkurujących z TVP na polskim rynku rozpowszechniania ogólnodostępnych programów telewizyjnych, w tym w szczególności w segmencie emitowania „wieczorów wyborczych”.

Zdaniem TVN, w wyniku zarzucanych TVP, OBOP i PBS działań kolektywnych i jednostronnych, jedni klienci nadawców telewizyjnych – widzowie dostaną ofertę węższą lub gorszej jakości, a inni – reklamodawcy zapłacą za to więcej. W wyniku czego nastąpi rażące naruszenie mechanizmu konkurencji i ostatecznie naruszenie interesu konsumentów.

Przed wydaniem postanowienia o wszczęciu lub decyzji o odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 43 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, mające na celu uzyskanie dodatkowych informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego.

Z uwagi na fakt, iż wniosek TVN nie zawierał wszystkich istotnych informacji niezbędnych do oceny zasadności wszczęcia postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu, dnia 9 sierpnia 2005 r., na podstawie art. 43 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wszczął postępowanie wyjaśniające (sygn. DOK 2-400/9/05/BP), w celu wstępnego ustalenia, czy zasady zawierania umów o przeprowadzenie badań wyborczych metodą exit poll przez Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie oraz TNS OBOP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie nie stanowią naruszenia przepisów ww. ustawy. Niniejsze postępowanie Prezes Urzędu zamknął, na podstawie art. 43 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* dnia 7 października 2005 r. (dalej: postępowanie wyjaśniające).

W związku z prowadzonym postępowaniem Prezes Urzędu, przeprowadził analizę rynku badań wyborczych przeprowadzanych metodą exit poll, warunków konkurencji na nim panujących oraz zasad i warunków zawierania umów zlecających przeprowadzenie badania opinii wyborczej metodą exit poll. Celem analizy było przede wszystkim ustalenie czy ze względu na specyfikę metody badawczej, rzeczywiście jedynymi ośrodkami badania opinii i rynku mogącymi przeprowadzić badanie opinii wyborczych metodą exit poll są OBOP i PBS oraz czy klauzula wyłączności zawierana w umowach których przedmiotem jest wykonanie tego rodzaju badań jest zwyczajowo przyjętą praktyką na rynku lub immanentną cechą umowy.

W ramach postępowania wyjaśniającego, Prezes Urzędu skierował pisma zarówno do nadawców telewizyjnych jak też do ośrodków badania opinii i rynku oraz wydawców czasopism i gazet.

Poniższa tabela (Tabela Nr 1) przedstawia przedsiębiorców, których Prezes Urzędu wezwał do udzielenia odpowiedzi oraz treść skierowanych do nich pytań.

Tabela Nr 1

**Przedsiębiorcy wezwani przez Prezesa Urzędu do udzielenia informacji
oraz treść pytań zadanych przez Prezesa Urzędu**

Nazwa przedsiębiorców uczestniczących w analizie rynku	Treść pytań
<p>1. Fundacja Centrum Badania Opinii Społecznej z siedzibą w Warszawie</p> <p>2. SMG/KRC Poland Media S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>3. IPSOS w Polsce z siedzibą w Warszawie</p> <p>4. Pentor Group Instytut Badania Opinii i Rynku z siedzibą w Warszawie</p> <p>5. Instytut Stosowanych Nauk Społecznych z siedzibą w Warszawie</p> <p>6. ACNielsen Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p>	<p>1. Proszę zaprezentować metodę przeprowadzania badań wyborczych metodą „exit poll”, w szczególności proszę wyjaśnić czy metoda ta jest objęta prawem patentowym, czy wiąże się z jakimikolwiek opłatami licencyjnymi, czy do przeprowadzenia badań konieczny jest zakup specjalistycznego sprzętu bądź zatrudnienie specjalistów, czy przeprowadzanie badań wyborczych metodą „exit poll” wiąże się z jakimiś dodatkowymi kosztami w odróżnieniu od innych metod badań?</p> <p>2. Czy prowadzona przez Państwa agencja badania rynku i opinii posiada w swojej ofercie usługę przeprowadzania badań wyborczych metodą „exit poll”?</p> <p>3. Jakie agencje badania rynku i opinii przeprowadzają na polskim rynku badania wyborcze metodą „exit poll”?</p>
<p>1. TNS OBOP z siedzibą w Warszawie</p> <p>2. PBS sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie</p>	<p>1. Z jakich powodów w kwietniu 2005 r. OBOP i PBS wystąpiły do nadawców telewizyjnych ze wspólną ofertą przeprowadzenia badań wyborczych metodą „exit poll”?</p> <p>2. Którzy z nadawców telewizyjnych wykazali zainteresowanie ww. ofertą (proszę przedstawić właściwe informacje, nawet jeżeli były to tylko kontakty telefoniczne).</p> <p>3. Z którymi nadawcami telewizyjnymi OBOP i PBS rozpoczęły negocjowanie warunków oferty? Proszę przesłać dokumenty informujące o warunkach negocjowanej oferty (np. istotne warunki zamówienia). Proszę również wyjaśnić, czy zawarta została ostateczna umowa na przeprowadzenie badań wyborczych metodą „exit poll” pomiędzy OBOP i PBS, a którymkolwiek nadawcą telewizyjnym, jeżeli tak proszę przesłać kopię umowy.</p>

	<p>4. Proszę zaprezentować metodę przeprowadzania badań wyborczych metodą „exit poll” stosowaną przez OBOP / PBS, w szczególności proszę wyjaśnić czy metoda ta jest objęta prawem patentowym, czy wiąże się z jakimikolwiek opłatami licencyjnymi, czy do przeprowadzenia badań konieczny jest zakup specjalistycznego sprzętu bądź zatrudnienie specjalistów, czy przeprowadzanie badań wyborczych metodą „exit poll” wiąże się z jakimiś dodatkowymi kosztami w odróżnieniu od innych metod badań?</p> <p>5. Jakie agencje badania rynku i opinii przeprowadzają na polskim rynku badania wyborcze metodą „exit poll”? Czy OBOP i PBS jako jedyne oferują na polskim rynku badania wyborcze metodą „exit poll”?</p>
<p>1. Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie</p>	<p>1. Proszę przesłać treść specyfikacji przetargu ogłoszonego przez TVP w maju 2005 r. na przeprowadzenie badań wyborczych min. metodą „exit poll”.</p> <p>2. Jakie agencje przystąpiły do ww. przetargu?</p> <p>3. Czy istnieją jakieś racjonalne przesłanki, uzasadniające wprowadzenie do umowy z ewentualnym zwycięzcą przetargu wyłączności na świadczenie ww. badań?</p> <p>4. Czy na podstawie ww. przetargu TVP podpisała już umowę/umowy? Jeżeli tak, proszę przesłać kopie zawartych umów, a jeżeli są one w fazie negocjacji treść aktualnych projektów umów.</p>
<p>1. INFAS – Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH z siedzibą w Niemczech</p>	<p>1. Proszę zaprezentować metodę przeprowadzania badań wyborczych metodą „exit poll”, w szczególności proszę wyjaśnić czy metoda ta jest objęta prawem patentowym, czy wiąże się z jakimikolwiek opłatami licencyjnymi, czy do przeprowadzenia badań konieczny jest zakup specjalistycznego sprzętu bądź zatrudnienie specjalistów, czy przeprowadzanie badań wyborczych metodą „exit poll” wiąże się z jakimiś dodatkowymi kosztami w odróżnieniu od innych metod badań?</p> <p>2. Czy prowadzona przez Państwa agencja badania rynku i opinii posiada w swojej ofercie usługę przeprowadzania badań wyborczych metodą „exit poll”? Ile czasu zajęłoby Państwa agencji przygotowanie do przeprowadzenia takiego badania?</p> <p>3. Czy przeprowadzali już Państwo w Polsce badania opinii wyborczych metodą „exit poll”? Jeżeli tak to kiedy?</p> <p>4. Czy zamierzają Państwo przeprowadzić w Polsce badania opinii wyborczych metodą exit poll w związku z nadchodzącymi wyborami prezydenckimi i parlamentarnymi oraz referendum w sprawie konstytucji europejskiej? Czy zawarli Państwo już w tym zakresie umowy ze zleceniodawcami? Jeżeli tak, to proszę podać nazwy zleceniodawców. Czy w treści ww. umów umieszczony został warunek, z którego wynika, że zleceniodawca nabywa wyniki badań na wyłączność?</p> <p>4. Jaki jest cel umieszczania klauzuli wyłączności w umowach dotyczących przeprowadzenia badania opinii publicznej? Czy jest to częsta praktyka czy dotyczy tylko niektórych przypadków? Jakiego rodzaju badań najczęściej dotyczy?</p> <p>5. Proszę podać przykładowe agencje badania opinii i rynku, które przeprowadzają badania wyborcze metodą „exit poll”?</p>
<p>1. Telewizja Polsat S.A. z siedzibą w Warszawie</p>	<p>1. Czy Telewizja Polsat zamierza zlecić agencji badania opinii i rynku przeprowadzenie badania opinii publicznej metodą exit poll w zakresie opinii wyborczych w czasie nadchodzących wyborów prezydenckich i parlamentarnych oraz referendum w sprawie konstytucji europejskiej? Jeżeli tak, proszę podać nazwę agencji, z którą zawarli Państwo umowę lub z którą dopiero negocjują.</p> <p>2. Jakie agencje badania rynku i opinii przeprowadzają na polskim rynku badania wyborcze metodą „exit poll”?</p> <p>3. Czy w treści umów zawieranych przez Telewizję Polsat i na zlecenie Telewizji Polsat z agencjami badania opinii i rynku w zakresie przeprowadzenia badań opinii publicznej na dany temat (nie tylko metodą exit poll) umieszczany jest warunek, z którego wynika, że Telewizja Polsat nabywa wyniki badań na wyłączność? Czy jest to częsta praktyka czy dotyczy tylko niektórych przypadków? Jakiego rodzaju badań najczęściej dotyczy? Jaki jest cel umieszczania klauzuli wyłączności w takich umowach?</p>

<p>1. TVN S.A. z siedzibą w Warszawie</p>	<p>1. Czy TVN negocjuje lub zawarło już umowę z agencją badania opinii i rynku w zakresie przeprowadzenia badań opinii wyborczych metodą exit poll w odniesieniu do najbliższych wyborów parlamentarnych, prezydenckich i referendum konstytucyjnego? Jeżeli tak, proszę przesłać treść umowy lub umów.</p> <p>2. Czy dotychczas umowy zawierane przez TVN z agencjami badania opinii i rynku w zakresie przeprowadzania badań opinii publicznej na dany temat (nie tylko metodą exit poll) zawierały zapisy o wyłączności wyników badań na rzecz TVN? Jeżeli tak, proszę podać cel zawierania w ww. umowach klauzuli wyłączności. Czy jest to częsta praktyka czy dotyczy raczej niektórych przypadków? Jakiego rodzaju badań najczęściej dotyczy?</p>
<p>1. Wydawnictwo Presspublica sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie 2. Axel Springer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 3. Agora z siedzibą w Warszawie 4. Bonnier Business Polska z siedzibą w Warszawie</p>	<p>1. Czy w treści umów zawieranych przez Państwa i na Państwa zlecenie z agencjami badania opinii i rynku w zakresie przeprowadzenia badań opinii publicznej na dany temat (nie tylko metodą exit poll) umieszczany jest warunek, z którego wynika, że nabywacie Państwo wyniki badań na wyłączność? Czy jest to częsta praktyka czy dotyczy tylko niektórych przypadków? Jakiego rodzaju badań najczęściej dotyczy? Jaki jest cel umieszczania klauzuli wyłączności w takich umowach?</p> <p>2. Czy zawarli Państwo (lub są na etapie negocjowania warunków) umowy z agencjami badania opinii i rynku w zakresie przeprowadzenia badań opinii wyborczych w odniesieniu do nadchodzących wyborów prezydenckich, parlamentarnych i traktatu konstytucyjnego? Jeżeli tak to proszę podać nazwy agencji. Czy są to badania metodą exit poll?</p>
<p>1. Gfk Polonia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 2. Centrum im. Adama Smitha Fundacja Akcji Gospodarczej z siedzibą w Warszawie 3. Expert Monitor sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu 4. BBS Obserwator – Biuro Badań Społecznych z siedzibą w Krakowie 5. Synovate z siedzibą w Warszawie 6. IQS&Quant Group z siedzibą w Warszawie</p>	<p>1. Proszę zaprezentować metodę przeprowadzania badań wyborczych metodą „exit poll”, w szczególności proszę wyjaśnić czy metoda ta jest objęta prawem patentowym, czy wiąże się z jakimikolwiek opłatami licencyjnymi, czy do przeprowadzenia badań konieczny jest zakup specjalistycznego sprzętu bądź zatrudnienie specjalistów, czy przeprowadzanie badań wyborczych metodą „exit poll” wiąże się z jakimiś dodatkowymi kosztami w odróżnieniu od innych metod badań?</p> <p>2. Czy prowadzona przez Państwa agencja badania rynku i opinii posiada w swojej ofercie usługę przeprowadzania badań wyborczych metodą „exit poll”? Ile czasu zajęłoby Państwa agencji przygotowanie do przeprowadzenia takiego badania?</p> <p>3. Czy zamierzają Państwo przeprowadzić badania opinii wyborczych metodą exit poll w związku z nadchodzącymi wyborami prezydenckimi i parlamentarnymi oraz referendum w sprawie konstytucji europejskiej? Czy zawarli Państwo już w tym zakresie umowy ze zleceniodawcami? Jeżeli tak, to proszę podać nazwy zleceniodawców. Czy w treści ww. umów umieszczony został warunek, z którego wynika, że zleceniodawca nabywa wyniki badań na wyłączność?</p> <p>4. Czy w umowach dotyczących przeprowadzenia badania opinii publicznej zawieranych z kontrahentami umieszczane są klauzule wyłączności? Czy jest to częsta praktyka czy dotyczy tylko niektórych przypadków? Jakiego rodzaju badań najczęściej dotyczy?</p> <p>5. Jakie agencje badania opinii i rynku przeprowadzają na polskim rynku badania wyborcze metodą „exit poll”?</p>
<p>1. Polska Grupa Badawcza Estymator / PGB z siedzibą w Warszawie</p>	<p>1-5. jak powyżej</p>

Źródło: opracowanie własne

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, ww. przedsiębiorcy złożyli stosowne wyjaśnienia i przedłożyli żądane dokumenty.

Prezes Urzędu ustalił co następuje:

Zarzucana przez wnioskodawcę praktyka polegać miałaby na zawarciu pomiędzy TVP a OBOP i PBS porozumienia ograniczającego konkurencję poprzez zawarcie umowy dotyczącej przeprowadzenia badań wyborczych 2005 (badanie exit poll), którego wyniki byłyby zastrzeżone na wyłączność TVP oraz na wertykalnej zmowie przetargowej, czego skutkiem miało być wyeliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, a także na nadużywaniu przez TVP pozycji dominującej, czego skutkiem miało być zamknięcie rynku badań wyborczych 2005 dla innych nadawców telewizyjnych. Wnioskodawca określił rynek właściwy w sprawie jako polski rynek nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych lub rynek rozpowszechniania reklamy telewizyjnej oraz polski rynek badań wyborczych 2005. Z uzasadnienia wniosku wynika, że rynek nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych i rynek rozpowszechniania reklamy telewizyjnej został wskazany przez wnioskodawcę, ponieważ na tym rynku TVP posiada pozycję dominującą.

W pierwszej kolejności zasadne wydaje się precyzyjne wyjaśnienie produktu będącego przedmiotem umowy, tj. badania wyborczego exit poll. Nazwa exit poll (badanie przy wyjściu) jest nazwą zwyczajową, zaś samo badanie to badanie ilościowe tj. wywiad kwestionariuszowy przeprowadzany na próbie respondentów, reprezentatywnych dla populacji celowej, z wykorzystaniem metod statystyczno-matematycznych przy doborze próby i obliczeniach wyników. Badanie exit poll ma najczęstsze zastosowanie w celu określenia przybliżonych wyników wyborów w dniu wyborów prezydenckich, parlamentarnych, samorządowych oraz frekwencji wyborczej. Badanie metodą exit poll polega na przeprowadzeniu wywiadów z wyborcami opuszczającymi lokale wyborcze i ma na celu uzyskanie informacji o tym, jak wyborcy głosowali. Badanie realizowane jest metodą reprezentacyjną, na specjalnie dobranej zbiorowości lokali wyborczych i wyborców. Na podstawie zebranych w ten sposób danych ustala się za pomocą metod statystyki matematycznej szacunkowe wyniki wyborów, a także określa błąd statystyczny, jakim obarczone są te szacunki. Badanie exit poll prowadzi się najczęściej przy użyciu ankiety papierowej. Ankieterzy tworzący zespoły obsługujące dany lokal wyborczy zliczają osoby wychodzące z lokalu oraz proszą wybrane osoby o wypełnienie ankiety, która przypomina kartę do głosowania i wrzucenie jej do przygotowanej „urny ankieterskiej”. Ankieta oprócz listy kandydatów lub komitetów wyborczych zawiera pytania o głosowanie w poprzednich wyborach i dane społeczno demograficzne, tak, aby w audycji telewizyjnej pt. „wieczór wyborczy” można było pokazać jak głosowali wyborcy różnych grup społecznych, zawodowych, wiekowych itp. lub też jak zmieniły się preferencje wyborcze w odniesieniu do

poprzednich wyborów. Ankieterzy w określonych godzinach opróżniają „urny ankieterskie” i przekazują za pomocą dostępnych środków łączności (mogą to być telefony komórkowe wypożyczone od jednej z sieci komórkowych w Polsce, albo telefony prywatne ankieterów za zwrotem kosztów połączeń) zbiorcze informacje do bazy danych. Zamiast ankiety papierowej wrzucanej przez respondenta do urny można stosować również wywiad kwestionariuszowy, którego wyniki ankieter od razu wprowadza przy użyciu laptopa do danych przekazywanych centrali. W centrali spływające sukcesywnie z terenu informacje (bez znaczenia czy pozyskane z ankiet papierowych, czy wersji elektronicznych) są przetwarzane tak, aby uzyskać za pomocą metod statystyczno-matematycznych wyniki, z możliwością obserwowania jak zmieniają się wraz z upływem czasu. Aby badanie zostało zrealizowane sprawnie ankieterzy muszą niemal na bieżąco przysyłać wyniki do ośrodka badawczego, co oznacza, że musi być zachowana łączność z wykorzystaniem telefonów komórkowych bądź innych urządzeń, które spełniają takie wymagania. Realizacja badania może więc wymagać specjalnego szkolenia sztabu ankieterów, jeżeli nie uczestniczyli oni jeszcze w tego typu badaniach. Samo badanie jak i metoda badawcza nie są chronione prawami patentowymi, ani obciążone opłatami licencyjnymi. Nie stanowią też specjalistycznej wiedzy chronionej na zasadach know-how czy tajemnic prawnie chronionych. Są to powszechnie znane metody badawcze, wykorzystujące dostępne metody i reguły statystyczno-matematyczne. Takie same badania i metody badawcze są powszechnie wykorzystywane także np. w przypadku badania satysfakcji z usług supermarketu czy z obsługi w instytucjach, bankach, firmach. W badaniach exit poll wykorzystuje się powszechnie stosowane w badaniach ilościowych narzędzia badawcze, w tym powszechnie dostępne oprogramowanie komputerowe do przetwarzania danych (np. pakiet statystyczny SPSS Dimensions, SAS, Statistica). Ośrodek badawczy może wprawdzie stworzyć własny program obliczeniowy, ale nie jest to konieczne. Z punktu widzenia realizacji exit poll nie trzeba tworzyć specjalnej sieci ankieterskiej. W obecnych realiach rynkowych ośrodek badawczy może do tego wykorzystać zwykłą sieć ankieterką własną lub innego ośrodka badawczego, nawet przysposobić do tego celu zrekrutowane osoby bez większego doświadczenia ankieterskiego. Oprócz skali przeprowadzanego badania – tysiące ankietowanych jednego dnia, badanie exit poll ma jedną szczególną cechę, która je wyróżnia. Jest to jedyne badanie w pełni i natychmiastowo weryfikowalne dzięki późniejszym danym z Państwowej Komisji Wyborczej. W związku, z czym nawet najmniejsza pomyłka jest następnego dnia szeroko omawiana przez większość mediów. Jest to powód, dla którego niektóre ośrodki badawcze z rezerwą odnoszą się do tego badania, gdyż boją się popełnić

błąd i doznać uszczerbku na wizerunku. Jednakże każdy ośrodek badawczy posiadający odpowiednie zaplecze – rozbudowaną sieć ankietek, bogate doświadczenie w dużych badaniach ilościowych może podjąć się realizacji tego typu badań sam lub w konsorcjum z innym ośrodkiem badawczym.

Prezes Urzędu zebrał informacje od 15 przedsiębiorców działających na rynku badania opinii i rynku (nie są to wszystkie ośrodki badawcze działające na rynku polskim i europejskim) i ustalił co następuje.

Trzy ośrodki badania opinii i rynku działające na rynku polskim posiadają doświadczenie w przeprowadzaniu badań wyborczych metodą exit poll w Polsce: OBOP i PBS w wyborach ogólnopolskich, Expert Monitor sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - w wyborach samorządowych.

Ośrodek badania opinii i rynku – Expert Monitor z siedzibą we Wrocławiu posiada w swojej ofercie badanie typu exit poll. W 2002 r. Expert Monitor przeprowadzał takie badanie w czasie wyborów na prezydenta Warszawy. W związku z nadchodzącymi wyborami parlamentarnymi i prezydenckimi Expert Monitor również miał zamiar przeprowadzić badania opinii wyborczych metodą exit poll. W związku z tymi planami wysłał ofertę na realizację takiego sondażu potencjalnym klientom.

OBOP i PBS posiadają doświadczenie w przeprowadzaniu badań wyborczych metodą exit poll w wyborach ogólnopolskich, np. wybory parlamentarne w 2001 r. W dniu 29 lipca 2005 r. OBOP i PBS jako konsorcjum zawarło z TVP umowę na przeprowadzenie badań wyborczych exit poll w wyborach parlamentarnych i prezydenckich 2005.

Dwa ośrodki badawcze posiadają doświadczenie w przeprowadzaniu badań opinii wyborczych metodą exit poll w Europie: Holding GfK z którym związany jest GfK Polonia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wybory w Chorwacji i Słowenii) i INFAS – Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH z siedzibą w Niemczech (wybory w Niemczech).

Od 1996 r. niemiecki ośrodek badania opinii i rynku - INFAS – Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH z siedzibą w Niemczech, regularnie przeprowadza badania opinii wyborczych metodą exit poll, na zlecenie Pierwszego Programu Telewizji Niemieckiej – ARD.

Dnia 6 września 2005 r. GfK Polonia z siedzibą w Warszawie zawarła umowę z TVN i Wydawnictwem Presspublica na przeprowadzenie badania exit poll w dniu wyborów parlamentarnych i prezydenckich.

Dodatkowo jeszcze pięć ośrodków badawczych deklaruje możliwość przeprowadzenia takiego badania w przypadku otrzymania zlecenia: Fundacja Centrum Badania Opinii Społecznej z siedzibą w Warszawie, SMG/KRC Poland Media S.A. z siedzibą w Warszawie, ACNielsen Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, BBS Obserwator – Biuro Badań Społecznych z siedzibą w Krakowie, IPSOS w Polsce z siedzibą w Warszawie.

Centrum Badania Opinii Społecznej (CBOS) z siedzibą w Warszawie już w latach 90-tych było przygotowane do przeprowadzenia takiego badania, złożyło nawet ofertę przetargową TVP, lecz nie zostało wybrane. Obecnie CBOS deklaruje, że w celu przygotowania się do przeprowadzenia badania potrzebowałoby około 2 miesięcy.

Pięciu przedsiębiorców: Instytut Stosowanych Nauk Społecznych z siedzibą w Warszawie, Synovate z siedzibą w Warszawie, Polska Grupa Badawcza Estymator/PGB z siedzibą w Warszawie, IQS&Quant Group z siedzibą w Warszawie, Centrum im. Adama Smitha Fundacja Akcji Gospodarczej z siedzibą w Warszawie; nie posiada doświadczenia w przeprowadzaniu badań opinii wyborczych metodą exit poll i deklaruje brak zamiaru przeprowadzenia takiego badania w przyszłości.

Z informacji zebranych przez Prezesa Urzędu w czasie postępowania wyjaśniającego wynika, że duże ośrodki badania opinii i rynku, przy założeniu, że badanie metodą exit poll nie znajduje się w ich stałej ofercie, potrzebowałyby od 2 tygodni do 3 miesięcy na przygotowanie się do przeprowadzenia takiego badania.

Ustalenia Prezesa obrazuje poniższa tabela (Tabela Nr 2), która przedstawia przedsiębiorców działających na szeroko rozumianym rynku badania opinii i rynku, w tym na rynku badań wyborczych metodą exit poll, którzy zostali wezwani przez Prezesa Urzędu do udzielenia informacji o ww. rynku

Tabela Nr 2

Obszar działalności ośrodków badania opinii i rynku w zakresie badań opinii wyborczych metodą exit poll

	Liczba	Nazwy przedsiębiorców
Przedsiębiorcy wezwani przez Prezesa Urzędu do udzielenia informacji będący agencjami badania opinii i rynku	15	Fundacja Centrum Badania Opinii Społecznej, SMG/KRC Poland Media S.A., IPSOS w Polsce, Pentor Group Instytut Badania Opinii i Rynku, Instytut Stosowanych Nauk Społecznych, ACNielsen Polska sp. z o.o., TNS OBOP, PBS Sopot, INFAS – Instytut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH**, GfK Polonia sp. z o.o., Centrum im. Adama Smitha Fundacja Akcji Gospodarczej, Expert Monitor sp. z o.o., BBS Obserwator – Biuro Badań Społecznych, Synovate, IQS&Quant Group, Polska Grupa Badawcza Estymator/PGB.
Przedsiębiorcy, którzy udzielili odpowiedzi na ww. wezwanie	15	Jak wyżej
Przedsiębiorcy posiadający doświadczenie w	5	PBS,

przeprowadzaniu badań opinii wyborczych metodą exit poll		TNS OBOP, Expert Monitor (wybory samorządowe), Holding GfK (wybory w Chorwacji i Słowenii) Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH (wybory w Niemczech)
Przedsiębiorcy, którzy w przeszłości oferowali przeprowadzenie badań wyborczych metodą exit poll ale nie doszło do ich realizacji	1	CBOS
Przedsiębiorcy deklarujący możliwość przeprowadzenia badań opinii wyborczych w Polsce metodą exit poll w 2005 r.	10	CBOS, SMG/KRC, ACNielsen, GfK Polonia, Obserwator, Expert Monitor, IPSOS, PBS, TNS OBOP, Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH
Przedsiębiorcy deklarujący brak zainteresowania w przeprowadzeniu ww. badań	5	Instytut Stosowanych Nauk Społecznych, Synovate, Estymator, IQS&Quant Group, Centrum im. Adama Smitha Fundacja Akcji Gospodarczej
Przedsiębiorcy, którzy w wyniku zawartych umów przeprowadzili badanie opinii wyborczych w Polsce metodą exit poll w zakresie wyborów prezydenckich i parlamentarnych w 2005 r.	3	PBS, TNS OBOP, GfK Polonia
Czas, jaki byłby potrzebny przedsiębiorcom deklarującym możliwość przeprowadzenia badań opinii wyborczych metodą exit poll do przygotowania się do realizacji badania przy założeniu, że nie posiadają go w obecnej ofercie	2mies. 3mies. 2 tyg. Kilka mcy 7-8 tyg 1-2mies Kilka tyg.	CBOS SMG/KRC ACNielsen Pentor GfK Polonia IPSOS Expert Monitor

W związku z powyższym należy stwierdzić, że produkt oferowany przez OBOP i PBS (zarówno jako konsorcjum jak i osobno) – badanie wyborcze metodą exit poll - może być oferowany przez inne ośrodki badawcze. Inne ośrodki badawcze mogą oferować produkt charakteryzujący się tą samą ceną i tą samą jakością. Fakt posiadania przez OBOP i PBS doświadczenia w przeprowadzaniu badań opinii wyborczych metodą exit poll w odniesieniu do wyborów ogólnopolskich nie powoduje zwiększenia prawdopodobieństwa uzyskania dokładniejszych wyników badań od ośrodka nie posiadającego takiego doświadczenia. Ośrodek nie posiadający doświadczenia w przeprowadzaniu badań wyborczych w Polsce w czasie ogólnopolskich wyborów, może otrzymać równie dokładne, co OBOP i PBS wyniki badań.

W czasie wyborów parlamentarnych w dniu 25 września 2005 r. badania opinii wyborczych metodą exit poll przeprowadziło zarówno konsorcjum OBOP/PBS, jak i GfK Polonia. Wyniki otrzymane przez ww. ośrodki różnią się od oficjalnych wyników podanych przez Państwową Komisję Wyborczą w dniu 27 września 2005 r. Jednakże zakres błędu obliczeniowego popełniony przez konsorcjum OBOP/PBS, jak i GfK Polonia jest zbliżony, co obrazuje poniższa tabela (Tabela Nr 3). Zakres błędu popełnionego przez konsorcjum

OBOP/PBS wynosił od 0,01 do 2,53. Natomiast zakres błędu popełnionego przez GfK Polonia wynosił od 0,2 do 2,21. W odniesieniu do frekwencji błąd popełniony przez OBOP/PBS wynosił 2,57, a przez GfK Polonia 3,01.

Tabela Nr 3

Wyniki badań opinii wyborczych metodą exit poll z godziny 20.00, 25 września 2005 r.

Ugrupowanie	PKW	OBOP/PBS	GfK Polonia	Odchylenie OBOP/PBS	Odchylenie GfK Polonia
Pis	26,99	27,6	28,26	0,61	1,27
PO	24,14	24,1	26,35	0,04	2,25(Urząd: 2,21)
Samobrona	11,41	10,5	10,21	0,91	1,20
SLD	11,31	11,3	11,11	0,20(Urząd: 0,01)	0,20
LPR	7,97	10,5	8,32	2,53	0,35
PSL	6,96	5,9	5,71	0,94(Urząd: 1,06)	1,25
SdPi	3,89	3,2	3,25	0,69	0,64
PD	2,35	2,7	2,71	0,35	0,36
Błąd				6,27	7,52
Frekwencja	40,57%	38%	37,56%	2,57	3,01

Źródło: www.wirtualnemedia.pl, 28 września 2005 r.

Prawidłowość obliczeń została zweryfikowana przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Z informacji dostępnych publicznie wynika, iż również w czasie pierwszej tury wyborów prezydenckich w dniu 9 października 2005 r. badania opinii wyborczych metodą exit poll przeprowadziło zarówno konsorcjum OBOP/PBS, jak i GfK Polonia. Wyniki otrzymane przez ww. ośrodki różnią się od oficjalnych wyników podanych przez Państwową Komisję Wyborczą w dniu 10 października 2005 r. Jednakże zakres błędu obliczeniowego popełniony przez konsorcjum OBOP/PBS, jak i GfK Polonia jest zbliżony, co obrazuje poniższa tabela (Tabela Nr 4). Zakres błędu popełnionego przez konsorcjum OBOP/PBS wynosił od 0,00 do 2,07. Natomiast zakres błędu popełnionego przez GfK Polonia wynosił od 0,01 do 2,25. W odniesieniu do frekwencji błąd popełniony przez OBOP/PBS wynosił 0,76, przez GfK Polonia 0,54.

Tabela Nr 4

Wyniki badań wyborczych metodą exit poll z godz. 20.00, 9 października 2005 r. w porównaniu z wynikami wyborów przedstawionymi przez Państwową Komisję Wyborczą w dniu 10 października 2005 r.

Kandydat	PKW	OBOP/PBS	GfK Polonia	Odchylenie OBOP/PBS	odchylenie GfK Polonia
Donald Tusk	36,33	38,4	38,58	2,07	2,25
Lech Kaczyński	33,10	32,1	33,30	1,00	0,20
Andrzej Lepper	15,11	13,2	13,44	1,91	1,67
Marek Borowski	10,33	10,3	9,37	0,00(Urząd: 0,03)	0,96
J. Kalinowski	1,80	1,8	1,93	0,00	0,13
J. Korwin-Mikke	1,43	1,7	1,46	0,33(Urząd: 0,27)	0,03
H. Bochniarz	1,26	1,5	1,31	0,24	0,05
Liwiusz Iłasz	0,21	0,3	0,22	0,09	0,01
S. Tymiński	0,16	0,2	0,05	0,04	0,09(Urząd: 0,11)

L. Bubel	0,13	0,1	0,02	0,03	0,11
Jan Pyszko	0,07	0,1	0,02	0,03(Urząd: 0,06)	0,04(Urząd: 0,05)
Adam Słomka	0,06	0,1	0,02	0,04(Urząd: 0,05)	0,02(Urząd: 0,04)
Frekwencja	49,74%	50,5%	49,2%	0,76	0,54

Źródło: www.virtualnemedial.pl, 11 października 2005 r.

Prawidłowość obliczeń została zweryfikowana przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W związku z powyższym, Prezes Urzędu ustalił, iż przedsiębiorcy działający na rynku badania opinii mają jednakowe szanse uczestniczenia w rynku badań wyborczych prowadzonych metodą exit poll a posiadane doświadczenie w przeprowadzaniu takich badań w czasie wcześniejszych wyborów (OBOP/PBS) nie wyklucza popełnienia błędu obliczeniowego, który jak obrazuje Tabela Nr 3 jest bardzo zbliżony do błędu obliczeniowego ośrodka nie posiadającego doświadczenia na rynku polskim (Holding GfK posiada doświadczenie na rynku Chorwacji i Słowenii).

Kwestią, do której należy się bezwzględnie odnieść jest, tzw. klauzula wyłączności zawierana w umowach na przeprowadzenie badań opinii i rynku. Na podstawie zebranego w czasie postępowania wyjaśniającego materiału dowodowego, Prezes Urzędu ustalił, iż umieszczana w umowach dotyczących przeprowadzenia badań opinii i rynku klauzula wyłączności, zapewniająca zleceniodawcy badania wyłączną własność wyników badań, jest zwyczajowo przyjętą praktyką na rynku. Klauzula wyłączności w odniesieniu do badań przeprowadzanych na konkretne zlecenie nie budzi wątpliwości. Większość umów dotyczących przeprowadzenia badań odwołuje się do standardów wynikających z zaleceń Europejskiego Stowarzyszenia Badania Opinii i Rynku - ESOMAR wraz z postanowieniami Międzynarodowego Kodeksu Postępowania w Badaniach Rynkowych i Społecznych. Kodeks ESOMAR w pkt. 20 stanowi, iż „wyniki badań przeprowadzonych przez agencję badania opinii i rynku pozostają własnością Klienta i Badacz nie może ich ujawnić osobom trzecim bez jego zgody”. W Polsce Organizacja Firm Badania Opinii i Rynku zaleca stosowanie w umowach ze zleceniodawcami „Wzorcowej umowy o świadczenie usług badania rynku zalecanej przez EFAMRO”, której pkt. 4.5. stanowi, iż „wyniki i pliki z danymi pozostają wyłączną własnością zleceniodawcy”¹.

¹ Organizację Firm Badania Opinii i Rynku (OFBOR) powołali przedstawiciele czołowych firm badawczych jako związek pracodawców, przekonani, że w interesie zarówno badaczy, jak i użytkowników badań, leży przestrzeganie zasad działalności warsztatowej i etyki w badaniach marketingowych i społecznych. Dlatego OFBOR za swój podstawowy cel przyjął stanowienie i propagowanie standardów profesjonalizmu w procesie badania opinii i rynku oraz tworzenie warunków niezależnej i obiektywnej oceny przestrzegania tych standardów. Wychodząc od międzynarodowych regulacji etycznych w tej dziedzinie - przede wszystkim propagowanych przez ESOMAR (światowa organizacja ośrodków badawczych założona w 1948 r. zrzeszająca 4000 ośrodków w 100 krajach) -

TVN, zawierając w 2001 roku umowę z PBS na przeprowadzenie badań wyborczych metodą exit poll, zastrzegł nabycie przez TVN wyników badań na wyłączność. Również umowa zawarta dnia 6 września 2005 r. pomiędzy TVN i Presspublica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wydawca Rzeczpospolitej) a GfK Polonia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dotycząca przeprowadzenia badań wyborczych 2005 metodą exit poll zawiera klauzulę wyłączności nabycia wyników badań przez zleceniodawców – TVN i Presspublica.

W odniesieniu do klauzuli wyłączności zastosowanej w umowie pomiędzy TVP a OBOP i PBS, Prezes Urzędu w czasie postępowania wyjaśniającego ustalił, iż jej celem było uniemożliwienie posługiwania się przez OBOP i PBS rezultatami badań przeprowadzonych na zlecenie TVP dla potrzeb realizacji innych umów z innymi ewentualnymi zleceniodawcami. Ze względu na to, iż wartość zamówienia na przeprowadzenie badania przekraczałaby 6000 euro, TVP zobowiązana była do ogłoszenia przetargu. Ogłaszając przetarg, TVP zawarła klauzulę wyłączności, jako zwyczajowo zawierany w tego typu umowach - warunek zawarcia umowy. Brak takiej klauzuli w praktyce mógłby oznaczać możliwość posługiwania się przez ośrodki badania opinii i rynku rezultatami badań przeprowadzonych na zlecenie TVP dla potrzeb realizacji innych umów. Naruszenie obowiązku nieujawniania innym podmiotom wyników badań zamówionych przez TVP byłoby w praktyce nie do zweryfikowania. W analizowanej umowie zawarte zostały równocześnie klauzule uprawniające TVP do pełnego dysponowania wynikami badań, w związku z czym TVP może za odpłatnością umożliwić dostęp zainteresowanych do wyników badań.

OBOP i PBS formułując w kwietniu 2005 r. wspólną ofertę przeprowadzenia badań wyborczych metodą exit poll w 2005 r. skierowały ją do wszystkich trzech nadawców (TVN, TVP, Polsat) oferujących ogólnodostępne programy publicystyczno-informacyjne. Wszyscy nadawcy dysponowali jednakową szansą prowadzenia negocjacji z OBOP i PBS. Wszyscy nadawcy znali wstępne warunki oferty. Fakt, iż w treści przewidywanej umowy mogła zostać zawarta klauzula wyłączności był ogólnie znany i ogólnie stosowany na rynku. Istniała więc w zasadzie pewność, iż umowa zawarta między OBOP i PBS a wszystkimi lub jednym z nadawców również będzie zawierała klauzulę wyłączności nabycia wyników badań przez zamawiającego lub zamawiających. Nie powoduje wątpliwości również fakt, iż każdy

OFBOR przygotowuje własne zbiory zasad przeznaczone dla rynku polskiego. Oceną realizacji i przestrzegania tych regulacji zajmuje się Komisja Odpowiedzialności Zawodowej wykorzystująca w tym celu niezależny Sąd Arbitrażowy

z przedsiębiorców, zarówno potencjalni zlecający badanie – nadawcy telewizyjni, jak i ośrodki badania opinii i rynku – OBOP i PBS, dopuszczał możliwość zawarcia umowy na wyłączność.

W marcu 2005 r. TVP sformułowała specyfikację istotnych warunków zamówienia realizowanego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie badania szacunkowych wyników wyborów parlamentarnych i prezydenckich w roku 2005 oraz w przypadku, kiedy w dniu wyborów parlamentarnych lub prezydenckich odbędzie się Referendum w sprawie Traktatu Konstytucyjnego Unii Europejskiej szacunkowe wyniki tego referendum. W planowanej specyfikacji, TVP zawarła stosowne klauzule wyłączności.

Dnia 4 kwietnia 2005 r. OBOP i PBS zawarły „Umowę konsorcjum” w celu wspólnego złożenia oferty w przetargu zorganizowanym przez TVP na przeprowadzenie badania dotyczącego „Szacunkowych wyników wyborów parlamentarnych i prezydenckich w roku 2005 oraz w przypadku, kiedy w dniu wyborów parlamentarnych lub prezydenckich odbędzie się Referendum w sprawie Traktatu Konstytucyjnego Unii Europejskiej szacunkowe wyniki tego referendum”.

Dnia 26 kwietnia 2005 r. OBOP i PBS przedstawiły TVN, TVP i telewizji Polsat wspólną „Ofertę badań wyborczych – exit poll wybory parlamentarne i prezydenckie 2005”.

TVN od początku zadeklarował swój udział w badaniach wyborczych proponowanych powyższą ofertą, w tym celu prowadził negocjacje z PBS. TVN nie prowadził w tym zakresie rozmów z OBOP.

Dnia 29 kwietnia 2005 r. TVP ogłosiła postępowanie przetargowe na szacunkowe wyniki wyborów parlamentarnych i prezydenckich w roku 2005 oraz w przypadku kiedy w dniu wyborów parlamentarnych lub prezydenckich odbędzie się referendum w sprawie Traktatu Konstytucyjnego UE szacunkowe wyniki tego referendum. Termin składania ofert wyznaczyła do dnia 14 maja 2005 r. Dnia 13 maja 2005 r. OBOP i PBS złożyły jako konsorcjum wspólną ofertę TVP.

Otwarcie ofert przez TVP nastąpiło 23 czerwca 2005 r. Jedynym oferentem było konsorcjum OBOP/PBS. Cena zaproponowana przez oferenta znacznie przekracza kwotę zadeklarowaną przez Komisję Przetargową. Komisja Przetargowa nie unieważniła przetargu, a Zarząd TVP podniósł budżet badania.

Dnia 19 lipca 2005 r. OBOP poinformował TVN, iż przystąpił wraz z PBS do przetargu ogłoszonego przez TVP, a po podpisaniu umowy z TVP, nie będzie mógł przeprowadzić badania wyborczego exit poll na rzecz innych niż TVP podmiotów.

27 lipca 2005 r. TVN otrzymał od PBS ofertę – projekt umowy, której stroną miałby być wyłącznie PBS. Projekt tej umowy zakładał prawo PBS do wykonania na rzecz jednej dodatkowej stacji telewizyjnej badań wyborczych objętych przedmiotową umową z jednoczesnym obniżeniem ceny ponoszonej przez TVN.

Dnia 28 lipca 2005 r. TVN poinformował PBS, że nie jest zainteresowany zawarciem umowy na proponowanych przez PBS warunkach.

Dnia 29 lipca 2005 r. została podpisana umowa między TVP a OBOP/PBS zawierająca klauzulę wyłączności wyników badań na rzecz TVP.

Dnia 6 września 2005 r. TVN i Presspublica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wydawca Rzeczpospolitej) zawarli z GfK Polonia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie umowę dotyczącą przeprowadzenia badań wyborczych 2005 metodą exit poll, która zawiera klauzulę wyłączności nabycia wyników badań przez zleceniodawców – TVN i Presspublica.

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Zgodnie z art. 85 ust. 1 i ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, odmówić wszczęcia postępowania antymonopolowego, jeżeli w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono zakazu określonego w art. 5, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 6 i 7, lub zakazu określonego w art. 8.

Zgodnie z powyżej cytowanym przepisem, warunkiem odmowy wszczęcia postępowania antymonopolowego na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest stwierdzenie, iż w sposób **oczywisty** z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że:

- nie naruszono zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, czyli iż porozumienie zawarte przez TVP, OBOP i PBS zawierające uzgodnioną wcześniej klauzulę wyłączności dostarczenia na rzecz TVP przez OBOP i PBS wyników badań wyborczych 2005 nie ogranicza dostępu do rynku ani nie eliminuje z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
- nie naruszono zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, czyli iż porozumienie zawarte przez TVP, OBOP i PBS zawierające

uzgodnioną wcześniej klauzulę wyłączności dostarczenia na rzecz TVP przez OBOP i PBS wyników badań wyborczych 2005 nie jest wertykalną zmwą przetargową,

– nie naruszono zakazu określonego w art. 8 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, którego skutkiem jest zamknięcie rynku badań wyborczych 2005 dla innych nadawców telewizyjnych, w tym dla TVN

na polskim rynku badań wyborczych 2005 oraz na polskim rynku nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych powiązanych z rynkiem rozpowszechniania reklamy telewizyjnej są rynkami właściwymi w przedmiotowej sprawie.

I. Zarzut dotyczący zawarcia porozumienia.

Stosownie do art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym poprzez ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem oraz poprzez uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Kwestią zasadniczą w trakcie rozpatrywania spraw z zakresu porozumień ograniczających konkurencję jest wyznaczenie rynku właściwego, na którym dana praktyka miałaby mieć miejsce. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt. 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* rynek właściwy to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Wnioskodawca w swoim wniosku o wszczęcie postępowania określił rynek właściwy jako polski rynek badań wyborczych 2005 oraz polski rynek nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych lub rynek rozpowszechniania reklamy telewizyjnej.

Zdaniem organu antymonopolowego, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy OBOP i PBS oraz TVP rynkiem właściwym jest polski rynek badań opinii i rynku, za czym przemawiają następujące argumenty.

W odniesieniu do aspektu produktowego tego rynku należy stwierdzić, że towarem w przypadku zarzucanej praktyki jest usługa polegająca na wykonaniu badania wyborczego w wyborach (parlamentarnych i prezydenckich) w 2005 r. (badanie exit poll). Usługa ta jest jednak jedną z wielu usług, jakie mogą być świadczone przez przedsiębiorców działających na szerszym rynku, tj. na rynku badania opinii i rynku. Z ustaleń organu antymonopolowego wynika, że przedsiębiorcy działający na rynku badania opinii i rynku, którzy nie mają w swojej ofercie przeprowadzania badań wyborczych metodą exit poll są w stanie przygotować i przeprowadzić tego rodzaju badanie w krótkim czasie (od 2 tygodni do 3 miesięcy). Występuje tu zatem substytucja podaży usługi badania wyborczego i innych usług świadczonych przez tych przedsiębiorców. Badanie wyborcze metodą exit poll jest zwykłym badaniem kwestionariuszowym przeprowadzanym na próbie respondentów reprezentatywnych dla populacji celowej z wykorzystaniem metod statystyczno – matematycznych przy doborze próby i obliczeniach wyników. Wyróżnikiem badań exit poll jest fakt, że badanie to przeprowadzane jest po wyjściu respondentów (w przypadku niniejszej sprawy) z lokali wyborczych. Należy wyraźnie podkreślić, że badanie takie może być prowadzone przez przedsiębiorców, którzy prowadzą działalność na szeroko pojętym rynku badań opinii i rynku, a także, że nie istnieją wyspecjalizowani przedsiębiorcy, którzy prowadziliby wyłącznie badania metodą exit poll. Segmentowanie zatem rynku badań opinii i rynku na węższe subryniki i traktowanie ich jako odrębne rynki produktowe byłoby zabiegiem sztucznym i nieodpowiadającym rzeczywistości.

W odniesieniu do aspektu geograficznego rynku badań opinii i rynku należy stwierdzić, że rynkiem właściwym jest rynek polski. Przedsiębiorcy, czy instytucje zamawiający określone badanie kierują się, co do zasady, do ośrodków badających opinie i rynek, którzy mają siedziby na terytorium RP. Można wprawdzie stwierdzić, że przedsiębiorca działający poza terytorium Polski jest w stanie zorganizować i przeprowadzić badanie opinii i rynku w Polsce (np. INFAS), jednak jest to utrudnione z uwagi na np. konieczność zatrudnienia polskojęzycznych ankieterów wynajęcie lub przewiezienie infrastruktury, zorganizowanie biura. W związku z powyższymi barierami (w szczególności dodatkowe koszty) należy uznać, że zlecenie przeprowadzenia badań wyborczych w Polsce, przedsiębiorcy z siedzibą poza granicami Polski oraz z przedsiębiorcą, który ma siedzibę w Polsce i tym samym wykonane przez nich usługi nie są względem siebie substytucyjne. Dodać należy, że przy wskazaniu braku substytucyjności nie jest brany pod uwagę fakt braku doświadczenia przedsiębiorcy działającego w Polsce w przeprowadzaniu takich badań na

terytorium RP. Potwierdza to fakt zawarcia umowy pomiędzy TVN i GfK Polonia (spółka ta nie posiadała doświadczenia na rynku polskim) i przeprowadzenie przez tego ostatniego z powodzeniem badania wyborczego 2005 w Polsce.

Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 4 lit a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumieniem ograniczającym konkurencję może być umowa zawarta pomiędzy przedsiębiorcami. Przepis ten wskazuje jedynie na formę zawarcia porozumienia. Konieczne jest jednak wykazanie, że umowa ta spełnia przesłanki wynikające z art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. TVP, OBOP o PBS zawarły wprawdzie umowę cywilnoprawną dotyczącą przeprowadzenia badań wyborczych 2005. Spełnione jest zatem jedynie kryterium zawarte w art. 4 pkt 4 ustawy.

W świetle art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem (przesłanki alternatywne) jest ograniczenie konkurencji. Organ antymonopolowy, odmawiając wszczęcia postępowania na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów musi wykazać, że umowa zawarta między przedsiębiorcami (co do celu lub skutku) w sposób **oczywisty** nie narusza zakazu z art. 5 ustawy. Nie wystarczy tu zatem uprawdopodobnienie faktu nienaruszania zakazu ale **pewność**, że zakaz ten nie został naruszony. Z informacji uzyskanych przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania wyjaśniającego wyraźnie wynika, że z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Organ antymonopolowy stoi na stanowisku, że ani celem ani skutkiem umowy zawartej pomiędzy TVP a OBOP i PBS nie było ograniczenie konkurencji. Umieszczana w umowach dotyczących przeprowadzenia badań opinii i rynku klauzula wyłączności, zapewniająca zleceniodawcy badania wyłączną własność wyników badań, jest zwyczajowo przyjętą praktyką na rynku. Klauzula wyłączności w odniesieniu do badań przeprowadzanych na konkretne zlecenie nie budzi wątpliwości. Zawieranie takiej klauzuli ma na celu uniemożliwienie posługiwania się przez ośrodki badawcze rezultatami badań przeprowadzonych na zlecenie jednego przedsiębiorcy (który za nie zapłacił) dla potrzeb realizacji innych umów z innymi ewentualnymi zleceniodawcami. Potwierdzeniem tego stanowiska jest fakt, iż umowy zawarte przez TVN z PBS w 2001 r. oraz z GfK Polonia w 2005 r. również przewidują wyłączność wyników badań na rzecz TVN. Nie można zatem uznać, że celem zawarcia w umowie pomiędzy TVP a PBS i OBOP klauzuli wyłączności na

przeprowadzone badania było ograniczenie konkurencji ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

W sposób oczywisty należy również stwierdzić, że w wyniku tej umowy, konkurencja nie została zakłócona (brak skutku). Działający na rynku badań opinii i rynku, konkurencyjny względem OBOP i PBS, ośrodek badawczy – GfK Polonia z powodzeniem przeprowadził badanie opinii wyborczych exit poll na rzecz TVN. Wynika z tego, że TVN (przedsiębiorca „nieobjęty porozumieniem”) bez większego trudu zawarł umowę z innym niż PBS i OBOP przedsiębiorcą, który wykonał na jego rzecz badanie wyborcze 2005. Potencjalnie, konkurencyjne ośrodki badawcze były również gotowe do przeprowadzenia takiego badania w przypadku otrzymania zlecenia. Nie można w takim stanie rzeczy twierdzić, że umowa zawarta pomiędzy TVP a PBS i OBOP wpłynęła w jakikolwiek sposób na ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku innych nadawców telewizyjnych lub wydawców prasy w zakresie możliwości przeprowadzenia na ich rzecz badań wyborczych 2005.

Jedynie dodatkowo należy stwierdzić, że na rynku nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych powiązanych z rynkiem rozpowszechniania reklamy konkurencja również nie została zakłócona, dwaj konkurenci: TVP i TVN zrealizowali audycje pt. „wieczór wyborczy”, w związku z tym reklamodawcy posiadali wybór pomiędzy czasem reklamowym oferowanym przez TVP a TVN, a widzowie wybór pomiędzy dwoma substytucyjnymi audycjami. Można zatem - idąc dalej - stwierdzić, że zaistniały na rynku stan faktyczny przyczynił się do rozwoju konkurencji.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu stwierdza, że w przedmiotowej sprawie w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że TVP, OBOP i PBS nie naruszyły zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, gdyż porozumienie zawarte przez TVP, OBOP i PBS zawierające uzgodnioną wcześniej klauzulę wyłączności dostarczenia na rzecz TVP przez OBOP i PBS wyników badań wyborczych 2005 nie ogranicza dostępu do rynku ani nie eliminuje z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Na podstawie zebranego w czasie postępowania wyjaśniającego materiału dowodowego, Prezes Urzędu uznał, iż na polskim rynku badania opinii i rynku istnieje konkurencja obecna i potencjalna. Uczestnikami ww. rynku jest kilka ośrodków badawczych oferujących substytucyjne względem siebie produkty. Badania wyborcze 2005 przeprowadziło zarówno konsorcjum OBOP/PBS jak i GfK Polonia. Pozostałe ośrodki badawcze działające na polskim rynku, dysponują możliwością przeprowadzenia tego rodzaju badań, a jeden z nich – Expert Monitor

dysponuje w tym zakresie praktycznym doświadczeniem na rynku polskim (w wyborach samorządowych). Nie istnieją również bariery technologiczne, finansowe ani naukowe wejścia na rynek, rynek ten jest otwarty na potencjalną konkurencję.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy stwierdzić, że jak wynika z zebranego w czasie postępowania wyjaśniającego materiału dowodowego, postępowanie przetargowe na przeprowadzenie badań wyborczych 2005 przewidujące klauzulę wyłączności, zapewniającą TVP wyłączną własność wyników badań w sposób **oczywisty** nie spełnia warunków wertykalnej zmony przetargowej pomiędzy OBOP i PBS a TVP. Celem lub skutkiem zorganizowanego przetargu nie było ograniczenie konkurencji na rynku badań wyborczych 2005. OBOP i PBS formułując w kwietniu 2005 r. wspólną ofertę przeprowadzenia badań wyborczych w 2005 r. skierowały ją do wszystkich trzech nadawców (TVN, TVP, Polsat) oferujących ogólnodostępne programy publicystyczno-informacyjne. Wszyscy nadawcy znali wstępne warunki oferty i planowany sposób realizacji badania opinii wyborczych. Fakt, iż w treści przewidywanej umowy mogła zostać zawarta klauzula wyłączności, jak to przedstawił powyżej w ustaleniach Prezes Urzędu, był ogólnie znany i ogólnie stosowany na rynku. Istniała więc pewność, iż umowa zawarta między OBOP i PBS a wszystkimi lub jednym z nadawców również będzie zawierała klauzulę wyłączności nabycia wyników badań przez zamawiającego lub zamawiających. Nie budzi wątpliwości fakt, iż każdy z przedsiębiorców, zarówno potencjalni zlecający badanie – nadawcy telewizyjni, jak również ośrodki badawcze – OBOP i PBS, dopuszczał możliwość zawarcia umowy na wyłączność. Celem stosowanej powszechnie w tego typu umowach klauzuli zapewniającej wyłączność wyników badań dla zamawiającego nie jest działanie na niekorzyść konkurentów ale konieczność zabezpieczenia przez zleceniodawcę swoich interesów. Żaden przedsiębiorca nie może działać na swoją szkodę. Zawarcie przez TVP, OBOP i PBS umowy na warunkach zbliżonych do treści oferty OBOP/PBS z 26 kwietnia 2005 r. nie stanowi naruszenia prawa konkurencji, szczególnie z uwagi na fakt, iż umowa ta była skutkiem przetargu publicznego, ustalającego jednakowe warunki dla wszystkich oferentów w Polsce i Unii Europejskiej, które były znane tym oferentom. Każdy ośrodek badawczy mógł złożyć swoją ofertę. Ofertę złożyło jedynie konsorcjum OBOP/PBS.

Prezes Urzędu stwierdza, że w przedmiotowej sprawie w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że TVP,

OBOP i PBS nie naruszyły zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt. 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, gdyż TVP, OBOP i PBS nie zawarli porozumienia polegającego na uzgodnieniu pomiędzy organizatorem przetargu i oferentami klauzuli wyłączności dostarczenia na rzecz TVP przez OBOP i PBS wyników badań wyborczych 2005, w związku z czym nie dopuścili się zawarcia zmowy przetargowej.

Odnosząc się do powyższego Prezes Urzędu stwierdza, iż fakt zawarcia w umowie pomiędzy TVP a OBOP i PBS klauzuli zapewniającej wyłączność wyników badań na rzecz zamawiającego – TVP, **nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania antymonopolowego pod zarzutem naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.**

II. Zarzut nadużywania pozycji dominującej.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 pkt. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Tak jak w przypadku zakazu wynikającego z art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zasadniczą kwestią w przypadku rozstrzygnięcia spraw z zakresu nadużywania pozycji dominującej jest wyznaczenie rynku właściwego, na którym dana praktyka miałaby mieć miejsce. Wnioskodawca wskazując we wniosku rynki właściwe był w pełni świadomy, że TVP nie posiada na polskim rynku badań opinii i rynku pozycji dominującej. Podmiot ten bowiem w ogóle nie działa na tak określonym rynku. Niemniej jednak wskazano, że TVP posiadając pozycję dominującą na polskim rynku nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych oraz powiązanim z nim rynku rozpowszechniania reklamy telewizyjnej może wykorzystywać swoją silną pozycję rynkową w celu niezgodnego z prawem przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na tych rynkach, poprzez zamknięcie możliwości skorzystania przez innych nadawców telewizyjnych lub wydawców pracy z usługi przeprowadzenia na ich rzecz badań wyborczych 2005.

W ślad za twierdzeniem wnioskodawcy należy uznać, że rynkiem właściwym w przypadku zarzutu z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest rynek nadawania programów telewizyjnych (nazywany też rynkiem widza, widowni), który ma charakter pierwotny w stosunku do rynku rozpowszechniania reklam telewizyjnych.

Powodem tej zależności jest fakt, iż udział w oglądalności na rynku widza jest czynnikiem decydującym o sukcesie nadawców na rynku reklam telewizyjnych. Stąd nadawcy programów telewizyjnych konkurują między sobą o udział w oglądalności. Dotyczy to szczególnie telewizji komercyjnej, finansowanej z reklam ale także nadawców publicznych, przynajmniej częściowo finansowanych z reklam. Udział w oglądalności jest ważnym czynnikiem dla wszystkich nadawców, nawet dla tych, którzy w ogóle nie nadają reklam – jest to bowiem istotny wskaźnik atrakcyjności i stopnia akceptacji poszczególnych kanałów ze strony opinii publicznej.

Oba te rynki są ze sobą powiązane w ten sposób, iż pozycja zajmowana przez przedsiębiorcę na rynku nadawania programów telewizyjnych ma bezpośredni wpływ na jego pozycję zajmowaną na rynku rozpowszechniania reklam telewizyjnych. Oznacza to, iż im większa jest oglądalność programu danego przedsiębiorcy, tym większe są jego przychody z reklam.

Jak wynika z powyższego, na rynku nadawania programów telewizyjnych, nadawcy konkurują między sobą o udział w oglądalności, natomiast na rynku rozpowszechniania reklam telewizyjnych nadawcy konkurują o przychody z reklam.

Charakterystyczną i trwałą cechą rynku nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych jest to, iż TVP zajmuje na nim pozycję lidera, którego udział w rynku znacznie odbiega od udziałów konkurentów. TVP osiąga udziały w oglądalności (telewizji ogólnodostępnej) znacznie przewyższające udziały w oglądalności swoich konkurentów. W większości zbadanych przez Prezesa Urzędu w 2001 r. przypadkach udziały te wynosiły ponad 40%. Dodatkowo brak jest jakichkolwiek czynników, które wskazywałyby na to, iż tak wysoki udział TVP w oglądalności (telewizji ogólnodostępnej) w 2001 r. mógł w 2005 r. zmniejszyć się na tyle, by w sposób znaczący wpłynąć na sytuację na rynku i tym samym zmienić na nim strukturę konkurencji.

Przewaga TVP nad obecnymi jej konkurentami na rynku telewizji ogólnodostępnej (TVN i Polsat) przejawia się m. in. w tym, iż TVP nadaje kilka wzajemnie skoordynowanych i uzupełniających się kanałów ogólnodostępnych (TVP1, TVP2, TVP3) oraz posiada większy zasięg techniczny. Dodatkowo dla potencjalnych konkurentów jedną z barier wejścia na rynek nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych jest konieczność uzyskania koncesji przyznawanej przez Przewodniczącą Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

Udziały w oglądalności wraz z pozostałymi czynnikami tj. wielością kanałów i zasięgiem technicznym świadczą o posiadaniu przez TVP pozycji dominującej na rynku

nadawania programów telewizyjnych co ma bezpośredni wpływ na jej pozycję na rynku rozpowszechniania reklam telewizyjnych w telewizji ogólnodostępnej.

Kolejną cechą polskiego rynku rozpowszechniania reklam telewizyjnych w telewizji ogólnodostępnej jest to, że TVP zwyczajowo ustala poziom cen, do których dostosowują się inni nadawcy telewizyjni. Na rynku wykształcił się i przyjął mechanizm, zgodnie z którym TVP – jako lider cenowy – kształtuje ceny emisji reklam. Tym samym, stacje o mniejszej oglądalności, a więc mniej skuteczne w docieraniu do grup docelowych, aby stać się atrakcyjnym medium dla reklamodawców, zmuszone są – odpowiednio do swoich wyników oglądalności – obniżać ceny emisji reklam. W następstwie powyższego mechanizmu, TVP ustalając swój cennik wpływa na poziom cen u konkurentów. Maksymalizacja zysków ze sprzedaży reklam, do której dążą nadawcy, sprawia, iż dopasowują oni swoje oferty do potrzeb reklamodawców.

Udział w oglądalności na rynku nadawania programów telewizyjnych jest czynnikiem decydującym o sukcesie nadawców na rynku reklam telewizyjnych.

Z przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu analizy porównawczej przychodów osiągniętych przez TVP, Polsat i TVN ze sprzedaży reklam w roku 2001 wynika, iż TVP na rynku rozpowszechniania reklam telewizyjnych w telewizji ogólnodostępnej zajmuje pozycję dominującą.

Ponadto, nie jest wykluczone, iż w przypadku TVP ma zastosowanie tzw. „trippen efekt”. Efekt taki ma miejsce wtedy, gdy jeden nadawca ma udział w rynku istotnie większy niż jego konkurenci. W związku z tym, reklamodawcy zakładają, iż kupując czas reklamowy u wiodącego na rynku nadawcy osiągną większą widownię i że efektywność ich wydatków na reklamę będzie wyższa. W konsekwencji kierują się oni raczej do TVP. Taki mechanizm sprawia, iż rynek działa na rzecz największego nadawcy czyli TVP, co prawdopodobnie przyczyni się do tego, iż TVP będzie przez dłuższy czas podmiotem dominującym na rynku.

Na podstawie ustaleń dokonanych w decyzjach: Nr DDI-110/2002 z dnia 16 grudnia 2002 r. oraz Nr DDI-111/2002 z dnia 16 grudnia 2002 r., Prezes Urzędu uznał, iż na polskim rynku nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych powiązanych z rynkiem rozpowszechniania reklamy telewizyjnej TVP posiada pozycję lidera, a z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że jest to pozycja dominująca. Uczestnikami tych rynków są również m. in. TVN i telewizja Polsat. Dokładne określenie pozycji TVP byłoby konieczne, gdyby postępowanie wyjaśniające uprawdopodobniłoby antymonopolowy charakter działań TVP, OBOP i PBS zarzucany przez Wnioskodawcę. Samo posiadanie przez

przedsiębiorcę pozycji dominującej nie stanowi naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Dopiero wykorzystanie pozycji dominującej w celu ograniczenia konkurencji na rynku powoduje, iż działanie to mogą stanowić praktykę naruszającą konkurencję i być zakazane. Jednak, jak uznał Prezes Urzędu, zarzucane przez Wnioskodawcę działania TVP, OBOP i PBS nie mają charakteru antymonopolowego (co będzie wykazane poniżej), nie doszło również do zagrożenia lub naruszenia interesu publicznego, stąd nie jest konieczne określanie dokładnej pozycji TVP już na etapie postępowania wyjaśniającego. Byłoby to konieczne w przypadku wszczęcia postępowania antymonopolowego.

W ocenie organu antymonopolowego - opartej na informacjach zawartych we wniosku oraz uzyskanych w trakcie postępowania wyjaśniającego - w sposób **oczywisty** wynika, że nie naruszono zakazu określonego w art. 8 ust. 2 pkt. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, czyli że TVP nie nadużyła posiadanej pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, a przez to nie zamknęła rynku badań opinii i rynku (w tym badań wyborczych 2005) dla innych nadawców telewizyjnych, w tym TVN.

Prezes Urzędu podkreśla, iż zgodnie z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów*, posiadanie pozycji dominującej nie jest zakazane. Zakazane jest dopiero jej nadużywanie. Stąd przyjmując, iż TVP posiada na rynku wskazanym przez Wnioskodawcę pozycję dominującą, w celu wszczęcia postępowania antymonopolowego należy uprawdopodobnić zarzut nadużywania pozycji dominującej.

Na podstawie zebranego w czasie postępowania wyjaśniającego materiału dowodowego, Prezes Urzędu stwierdza, iż TVP ogłaszając powyższy przetarg i specyfikację istotnych warunków zamówienia działała zgodnie z procedurami wynikającymi z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. 2004, Nr 19, poz. 177 ze zm.). Przetarg ten był skierowany do wszystkich przedsiębiorców z całej Unii Europejskiej, zawierał jednakowe dla wszystkich warunki i wymagania, w związku z czym nie istnieje żadne podejrzenie ograniczania w ten sposób dostępu do rynku lub eliminowania z rynku jakichkolwiek przedsiębiorców. W przetargu tym OBOP i PBS jako jedyny oferent wystąpiły jako konsorcjum i złożyły wspólna ofertę. Z informacji uzyskanych przez Prezesa Urzędu w postępowaniu wyjaśniającym wynika, iż umowa pomiędzy TVP a OBOP i PBS została podpisana właśnie w wyniku przeprowadzonego przez TVP przetargu na wykonanie badania „Szacunkowych wyników wyborów parlamentarnych i prezydenckich w roku 2005 oraz

w przypadku kiedy w dniu wyborów parlamentarnych lub prezydenckich odbędzie się referendum w sprawie Traktatu Konstytucyjnego Unii Europejskiej szacunkowych wyników tego referendum”. Umieszczenie przez TVP w specyfikacji przetargowej warunku zawarcia umowy na wyłączność, było uzasadnione i racjonalne ze względów ekonomicznych przedsiębiorcy, nie stanowiło również przelamania ogólnie stosowanej na rynku praktyki zawierania umów, co zostało wykazane jako oczywiste w ustaleniach Prezesa Urzędu. Zawarcia na powyższej podstawie umowy TVP z OBOP i PBS nie można uznać za niezgodne z prawem.

Działający na rynku badań opinii i rynku, konkurencyjny względem OBOP i PBS, ośrodek badawczy – GfK Polonia z powodzeniem przeprowadziła badanie opinii wyborczych exit poll na rzecz TVN. Potencjalnie konkurencyjne ośrodki badawcze były również gotowe do przeprowadzenia takiego badania w przypadku otrzymania zlecenia. Fakt zawarcia umowy na wyłączność w obliczu zaprezentowanych powyżej informacji dotyczących dużej konkurencji na rynku badań opinii i rynku również nie może być uznany za zamknięcie rynku badań wyborczych dla innych nadawców.

Prezes Urzędu stwierdza, że w przedmiotowej sprawie w sposób **oczywisty** z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że TVP, nie nadużyła posiadanej pozycji dominującej na polskim rynku nadawania ogólnodostępnych programów telewizyjnych i powiązanych z rynkiem rynku rozpowszechniania reklamy telewizyjnej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, a przez to nie ograniczyła dostępu do polskiego rynku badań opinii i rynku innym nadawcom telewizyjnym, w tym TVN lub wydawcom prasy. Podkreślenia po raz kolejny wymaga fakt, że konkurenci TVP mogli zawrzeć umowę na przeprowadzenia badań wyborczych 2005 z innymi przedsiębiorcami działającymi na rynku badania opinii i rynku. Jednocześnie zawierana w tego rodzaju umowach klauzula wyłączności wyników badań jest normalną (nie budzącą wątpliwości) cechą kontraktowania. Nie można zarzucić TVP nadużywania pozycji dominującej w sytuacji, gdy ponosi ona duże koszty zleconej usługi, a następnie jej wyniki w postaci badań wyborczych zastrzega sobie na wyłączność.

Odnosząc się do powyższego, Prezes Urzędu stwierdza, iż działanie TVP w zakresie zawarcia umowy pomiędzy TVP a OBOP i PBS, zapewniającej wyłączność wyników badań na rzecz zamawiającego – TVP, **nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania**

antymonopolowego pod zarzutem naruszenia przez TVP przepisu art. 8 ust. 2 pkt. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Konkludując należy stwierdzić, że zarzuty TVN dotyczące zawarcia porozumienia pomiędzy TVP a OBOP i PBS ograniczającego dostęp do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, z umowy przetargowej oraz nadużywania przez TVP pozycji dominującej, którego skutkiem jest zamknięcie rynku badań wyborczych 2005 dla innych nadawców telewizyjnych **w sposób oczywisty** nie spełniają przesłanek art. 8 i art. 5 ustawy (w zakresie nie wyłączonym art. 6 i 7 ustawy). W trakcie postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu zostało jednoznacznie wykazane, że w przypadku zawierania umów na przeprowadzenie badań opinii publicznej (w tym badań exit poll), klauzula wyłączności jest ich immanentną cechą. Jest ona uzasadniona ekonomicznie. Jeżeli zleceniodawca płaci zleceniobiorcy określona (dużą) kwotę za przeprowadzenie badania, to jest rzeczą oczywistą, że wyniki tego badania są jego własnością i nie dopuści, aby były one udostępniane przez zleceniobiorcę innym zainteresowanym. Jednocześnie, postępowanie wykazało, że na rynku obecnych jest wiele firm, które są w stanie w krótkim czasie przygotować i przeprowadzić takie badanie (dowód: TVN zawarło umowę za przeprowadzenie badań przedwyborczych 2005 z GFK Polonia we wrześniu 2005 r.). Pomędzy TVP a OBOP i PBS nie istniała również zmowa przetargowa, bowiem specyfikacja przetargu organizowanego przez TVP była ogólnie znana, przy tym nie zawierała żadnych zapisów, które wskazywałyby na zawarcie porozumienia przetargowego. Klauzula wyłączności zawarta w tej specyfikacji, jak wcześniej wykazano, również nie budzi zastrzeżeń. W odniesieniu do zarzutu nadużywania pozycji dominującej przez TVP poprzez zamknięcie rynku badań wyborczych 2005 dla innych nadawców telewizyjnych należy stwierdzić, że taki zarzut mógłby znaleźć swoje potwierdzenie, jedynie w sytuacji, gdyby specyfikacja warunków przetargu organizowanego przez TVP zawierała zapisy skutkujące zamknięciem tego rynku. Uznając zapis dotyczący wyłączności przeprowadzenia badań dla TVP za uzasadniony ekonomicznie, co wykazano powyżej, należy stwierdzić, że specyfikacja nie nosiła znamion nadużywania pozycji dominującej przez tego przedsiębiorcę.

Prezes Urzędu, odmawiając wszczęcia postępowania antymonopolowego, odmawia również wydania decyzji na podstawie art. 88 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wnioskowanej przez TVN.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy *kodeks postępowania cywilnego*, od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Z upoważnienia

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

p.o. ZASTĘPCY DYREKTORA

Departamentu Ochrony Konkurencji

Elżbieta Witkowska-Grochowalska

Otrzymuje:

Piotr Walter

Prezes Zarządu

TVN S.A.

ul. Wiertnicza 166

02-952 Warszawa