



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY**

DOK-1.410.3.2019.JM.JS

Warszawa, 28 września 2020 r.

DECYZJA NR 3/2020

- I.** Na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.) oraz na podstawie art. 3 ust. 1 oraz art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1, z dnia 04.01.2003 r., str. 1-25), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, w toku którego **uprawdopodobniono**, że Stowarzyszenie Komunikacji Marketingowej SAR z siedzibą w Warszawie stosowało antykonkurencyjne praktyki będące porozumieniem w rozumieniu art. 4 pkt. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zarazem decyzjami związku przedsiębiorców lub praktykami uzgodnionymi w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 1–388) polegające na:
- A.** uzgodnieniu odmowy uczestnictwa w konkursach, w których nie została zaoferowana wymagana przez stowarzyszone agencje brandingowe opłata za udział w etapie kreatywnym;
 - B.** organizowaniu wymiany informacji dotyczących uczestnictwa w konkursach pomiędzy podmiotami stowarzyszonymi;
- co mogło naruszać zakazy określone w art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 ust. 1 lit. b) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zakresie wskazanym w pkt. I.A niniejszej decyzji, a także art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zakresie wskazanym w pkt. I.B niniejszej decyzji;
- oraz po **przyjęciu zobowiązań** Stowarzyszenia Komunikacji Marketingowej SAR (dalej: „SAR”) do:

1. zastąpienia Kodeksu Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design oraz prezentacji pt. "Przetargowe Fair Play" opracowaniem pt. „Biała Księga Branży Komunikacji Marketingowej – najlepsze praktyki i narzędzia w przetargach na branding” (zawierającym rekomendacje dedykowane dla branży usług brandingowych; dalej: „**Biała Księga Branding**”), w której znajdują się zapisy wskazujące, że zasady i sposób uczestnictwa w przetargu są indywidualną decyzją każdego uczestnika postępowania przetargowego (niezależnie od tego, czy klient stosuje opłaty za uczestnictwo w przetargu);
2. podjęcia przez członków Polskiego Klubu Brandingu SAR uchwały, której przedmiotem będzie:
 - a) uchylenie w całości Kodeksu Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design;
 - b) wskazanie, że prezentacja pt. „Przetargowe Fair Play” oraz projekt pn. „Wzór Porozumienia Przetargowego” tracą walor opracowań rekomendowanych i promowanych przez SAR i że zaleca się zaniechanie ich wykorzystywania;
3. podjęcia przez członków SAR uchwały, której przedmiotem będzie wskazanie, że:
 - a) wszelkie standardy i dobre praktyki przetargowe, promowane przez SAR wśród podmiotów działających na rynku usług marketingowych mają charakter rekomendacji, które nie wiążą swoich adresatów (w tym w szczególności członków SAR);
 - b) wszelkie decyzje dotyczące zastosowania poszczególnych rekomendowanych standardów i dobrych praktyk w związku z organizacją i uczestnictwem w procesach przetargowych i konkursowych powinny być podejmowane samodzielnie i autonomicznie przez każdy z zainteresowanych podmiotów;
 - c) SAR zobowiązuje się nie udostępniać swoim członkom lub innym podmiotom narzędzi zwiększających transparentność informacji dotyczących postępowań przetargowych lub konkursowych, ponad tę wynikającą ze źródeł publicznie dostępnych;
4. przesłania do członków SAR pisma, którego przedmiotem będzie jednoznaczne wskazanie na charakter i naturę prawną rekomendacji promowanych przez SAR w przedmiocie organizacji i uczestnictwa w przetargach;
5. dokonania z każdym członkiem SAR modyfikacji umowy ramowej (która była podpisywana z takim członkiem z chwilą przystąpienia do SAR) w taki sposób, że zostanie usunięte postanowienie wskazujące, że członek SAR ma obowiązek

stosowania przy zawieraniu umów z klientami zasad przetargowych promowanych przez SAR. Modyfikacja umowy ramowej nastąpi poprzez zawarcie aneksu do obecnej umowy ramowej lub zawarcie nowej umowy ramowej, zastępującej poprzednio łączące strony uzgodnienia;

6. rekomendowania tylko takich działań, które są zgodne z unijnym oraz krajowym prawem ochrony konkurencji

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na **SAR obowiązek wykonania powyższych zobowiązań.**

II. Na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Stowarzyszenie Komunikacji Marketingowej SAR obowiązek wykonania:

1. zobowiązania określonego w pkt I.1 poprzez publikację Białej Księgi Branding na stronie www.dobryprzetarg.com.pl w terminie **7 (siedmiu) dni roboczych** od daty uprawomocnienia się decyzji;
2. zobowiązania określonego w pkt. I.2 w terminie **1 (jednego) miesiąca** od daty uprawomocnienia się decyzji;
3. zobowiązania określonego w pkt. I.3 w terminie **2 (dwóch) miesięcy** od daty uprawomocnienia się decyzji;
4. zobowiązań określonych w pkt. I.4 i I.5 w terminie **3 (trzech) miesięcy** od daty uprawomocnienia się decyzji.

III. Na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Stowarzyszenie Komunikacji Marketingowej SAR **obowiązek złożenia sprawozdania** o stopniu realizacji zobowiązań, w terminie miesiąca od dnia upływu terminu, wskazanego w pkt II.4 powyżej, poprzez dostarczenie następujących dokumentów i danych:

1. informacji o dacie publikacji Białej Księgi Branding na stronie www.dobryprzetarg.com.pl;
2. potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii uchwały podjętej przez członków Polskiego Klubu Brandingu SAR uwzględniającej zobowiązanie z pkt. I.2;
3. potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii uchwały podjętej przez członków SAR uwzględniającej zobowiązanie z pkt. I.3;

4. informacji o liczbie członków SAR, do których wysłano pismo uwzględniające zobowiązanie z pkt. I.4 wraz z listą tych agencji wskazującą jednocześnie, które agencje potwierdziły otrzymanie i zapoznanie się z przesłaną wiadomością.
5. informacji o liczbie członków SAR, z którymi podpisano aneks do obecnej umowy ramowej lub zawarto nową umowę ramową zgodnie z pkt. I.5 wraz z listą tych członków.

UZASADNIENIE

- (1) Postępowanie antymonopolowe w sprawie, której dotyczy niniejsza decyzja, zostało wszczęte po uprzednim przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes Urzędu”) postępowania wyjaśniającego o sygn. akt DOK-1.400.1.18.JM.JS.
- (2) W ramach postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu przeprowadził przeszukanie w siedzibie Stowarzyszenia Komunikacji Marketingowej SAR z siedzibą w Warszawie oraz dwóch agencjach członkowskich.
- (3) Analiza informacji i dokumentów zebranych w toku postępowania wyjaśniającego dała podstawę do stwierdzenia, że w związku z działaniami SAR-u mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.; dalej: „u.o.k.k.”) oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 1–388; dalej: „TFUE”). W związku z tym, Prezes Urzędu wszczął 12 grudnia 2019 r. postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Stowarzyszenie Komunikacji Marketingowej SAR porozumienia ograniczającego konkurencję. Pismem z tego samego dnia Prezes Urzędu zawiadomił stronę postępowania o wszczęciu postępowania antymonopolowego.
- (4) 31 stycznia 2020 r. SAR przedstawił swoje stanowisko w sprawie wraz z wnioskiem o wydanie decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 u.o.k.k .
- (5) Pismem z dnia 31 stycznia 2020 r. SAR złożyło wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 u.o.k.k. Złożone zobowiązania zostały następnie zmodyfikowane przez SAR w pismach z dnia 27 kwietnia 2020 r., 27 maja 2020 r. oraz 22 września 2020 r. Ostatecznie SAR zobowiązało się do:
 1. zastąpienia Kodeksu Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design oraz prezentacji pt. ”Przetargowe Fair Play” opracowaniem pt. „Biała Księga

Branży Komunikacji Marketingowej – najlepsze praktyki i narzędzia w przetargach na branding” (zawierającym rekomendacje dedykowane dla branży usług brandingowych), w której znajdą się zapisy wskazujące, że zasady i sposób uczestnictwa w przetargu są indywidualną decyzją każdego uczestnika postępowania przetargowego (niezależnie od tego, czy klient stosuje opłaty za uczestnictwo w przetargu);

2. podjęcia przez członków Polskiego Klubu Brandingu SAR uchwały, której przedmiotem będzie:
 - a) uchylenie w całości Kodeksu Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design;
 - b) wskazanie, że prezentacja pt. „Przetargowe Fair Play” oraz projekt pn. „Wzór Porozumienia Przetargowego” tracą walor opracowań rekomendowanych i promowanych przez SAR i że zaleca się zaniechanie ich wykorzystywania;
3. podjęcia przez członków SAR-u uchwały, której przedmiotem będzie wskazanie, że:
 - a) wszelkie standardy i dobre praktyki przetargowe, promowane przez SAR wśród podmiotów działających na rynku usług marketingowych mają charakter rekomendacji, które nie wiążą swoich adresatów (w tym w szczególności członków SAR-u);
 - b) wszelkie decyzje dotyczące zastosowania poszczególnych rekomendowanych standardów i dobrych praktyk w związku z organizacją i uczestnictwem w procesach przetargowych i konkursowych powinny być podejmowane samodzielnie i autonomicznie przez każdy z zainteresowanych podmiotów;
 - c) SAR zobowiązuje się nie udostępniać swoim członkom lub innym podmiotom narzędzi zwiększających transparentność informacji dotyczących postępowań przetargowych lub konkursowych, ponad tę wynikającą ze źródeł publicznie dostępnych;
4. przesłania do członków SAR-u pisma, którego przedmiotem będzie jednoznaczne wskazanie na charakter i naturę prawną rekomendacji promowanych przez SAR w przedmiocie organizacji i uczestnictwa w przetargach;
5. dokonania z każdym członkiem SAR modyfikacji umowy ramowej (która była podpisywana z takim członkiem z chwilą przystąpienia do SAR) w taki sposób, że zostanie usunięte postanowienie wskazujące, że członek SAR ma obowiązek stosowania przy zawieraniu umów z klientami zasad przetargowych promowanych przez SAR. Modyfikacja umowy ramowej nastąpi poprzez zawarcie aneksu do obecnej

umowy ramowej lub zawarcie nowej umowy ramowej, zastępującej poprzednio łączące strony uzgodnienia;

6. rekomendowania tylko takich działań, które są zgodne z unijnym oraz krajowym prawem ochrony konkurencji.
- (6) Stosując art. 11 ust. 4 rozporządzenia Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu¹ (dalej: „**Rozporządzenie 1/2003**”) w dniu 25 sierpnia 2020 r. Prezes Urzędu przedstawił Komisji Europejskiej projekt decyzji w przedmiotowej sprawie.
- (7) Pismem z dnia 3 sierpnia 2020 r. SAR został zawiadomiony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy i wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów. Strona skorzystała z możliwości zapoznania się z aktami sprawy.
- (8) Część informacji, na których Prezes Urzędu opiera niniejszą decyzję podlega ochronie prawnej i nie może być podana do wiadomości publicznej. Wobec powyższego informacje tego rodzaju zostaną zastąpione nawiasami kwadratowymi wraz z oznaczeniem „[INFORMACJA CHRONIONA]” i pozostaną niewidoczne w publicznie dostępnej treści decyzji.
- (9) Niniejsza decyzja zawiera przedstawienie struktury uzasadnienia decyzji.

Słownik pojęć

- (10) Poniżej przedstawiono słownik pojęć używanych w dalszej części decyzji:
- (11) **Agencje brandingowe** – typ wyspecjalizowanych agencji marketingowych. Agencje brandingowe zajmują się tworzeniem wizerunku firmy lub marki, na który składają się m.in.: nazwa, logotyp, identyfikacja wizualna a także działania brandingowe (zaplanowanie strategii komunikacji marketingowej oraz jej realizacja) i rebrandingowe.
- (12) **Agencje marketingowe** – nazywane również agencjami komunikacji marketingowej, lub potocznie agencjami reklamowymi. Specjalizują się w projektowaniu i realizowaniu usług komunikacji marketingowej, tj. przekazu określonej informacji marketingowej do konkretnych grup odbiorców (bądź rynku jako całości). Wśród agencji marketingowych wyróżnia się wyspecjalizowane agencje, zajmujące się konkretnym kanałem komunikacji (np. agencje interaktywne, zajmujące się marketingiem w internecie).

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. UE L 1 z 4.1.2003 r., str. 1-25.

- (13) **Bezpłatny konkurs** – konkurs na usługi agencji marketingowych, w których klient nie oferuje agencjom opłaty za udział w etapie kreatywnym konkursu, czyli tzw. *rejection fee*.
- (14) **Biała Księga** – „Biała Księga Branży Komunikacji Marketingowej. Najlepsze praktyki i narzędzia przetargowe” – dokument zawierający wskazówki dotyczące organizacji konkursów na usługi agencji marketingowych. Został opracowany przez SAR oraz Polskie Stowarzyszenie Menadżerów Logistyki i Zakupów, we współpracy z klientami reprezentującymi branżę często korzystające z usług agencji marketingowych.
- (15) **Biała Księga Branding** – rozdział Białej Księgi Branży Komunikacji Marketingowej zawierający wskazówki dotyczące organizacji konkursów na usługi agencji brandingowych.
- (16) **KBD** – Klub Brand Design (obecnie Polski Klub Brandingu) – klub działający w ramach Stowarzyszenia Komunikacji Marketingowej SAR, zrzeszający agencje brandingowe.
- (17) **Kodeks KBD** – Kodeks Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design – dokument przygotowany przez Klub Brand Design i obowiązujący zrzeszone w nim agencje brandingowe. Reguluje wzajemne stosunki agencji brandingowych oraz ich postępowanie wobec klientów, w tym m.in. kwestie przystępowania do bezpłatnych konkursów.
- (18) **Konkurs** – sposób wyboru przez klienta najlepszej agencji do współpracy. W branży często nazywany jest przetargiem.
- (19) **Platforma przetargowa** – strona internetowa udostępniona i zarządzana przez SAR, która miała służyć agencjom do rejestracji konkursów.
- (20) **Prezentacja „Przetargowe Fair Play”** – prezentacja stworzona przez Klub Brand Design, zawierająca wskazówki jak powinien być zorganizowany konkurs na usługi agencji brandingowych.
- (21) **Rejection fee** – wynagrodzenie oferowane za samo uczestnictwo agencji marketingowej w etapie kreatywnym konkursu, gdzie agencja przedstawia już rozwiązanie kreatywne, a nie jedynie jego pomysł (np. prezentuje projekt opakowania). Nie we wszystkich konkursach jest oferowane *rejection fee*.
- (22) **SK** – Sąd Koleżeński jest to specjalny organ utworzony wewnątrz SAR-u, którego zadaniem jest pilnowanie etyki i zasad pracy branży reklamowej oraz opiniowanie i rozwiązywanie konfliktów pomiędzy członkami SAR.
- (23) **Stowarzyszenie Komunikacji Marketingowej SAR** – stowarzyszenie zrzeszające podmioty zajmujące się profesjonalną komunikacją marketingową (agencje marketingowe). Stowarzyszenie zajmuje się m.in. dbaniem o utrzymywanie standardów branży, poprzez

wydawanie wytycznych branżowych. W ramach stowarzyszenia działają mniejsze kluby, zrzeszające wyspecjalizowane typy agencji, m.in. Klub Brand Design.

- (24) **Wzór porozumienia przetargowego** – propozycja wzoru umowy zawieranej przez agencje brandingowe z klientami. Wzór został przygotowany przez Klub Brand Design.

Prezes Urzędu na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalił, co następuje:

- (25) Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie była ocena, w aspekcie krajowych i unijnych przepisów o ochronie konkurencji, wydawanych przez SAR zaleceń odnośnie do zachowania agencji brandingowych w konkursach organizowanych przez klientów, które to zalecenia mogły mieć na celu ograniczenie konkurencji. Prezes Urzędu analizował również, czy SAR koordynował działania swoich członków w zakresie wymiany informacji za pomocą specjalnie stworzonej w tym celu platformy przetargowej.

1. Usługi oferowane przez agencje marketingowe

- (26) Członkami SAR są agencje marketingowe. Agencje marketingowe to podmioty zajmujące się szeroko pojętym tworzeniem i dostarczaniem usług komunikacji marketingowej. Zapewniają one prace kreatywne polegające na budowaniu wizerunku marki lub produktu oraz planują (a czasami również zapewniają) przekaz informacji marketingowych do konkretnych grup odbiorców bądź rynku jako całości, korzystając przy tym z różnorodnych kanałów (np. prasa, media społecznościowe, telewizja) i narzędzi (np. reklama, marketing bezpośredni, promocja).

- (27) Wśród agencji marketingowych wyróżnić można różne typy agencji, w zależności od tego w jakim rodzaju komunikacji marketingowej się specjalizują. Nie jest przy tym możliwe jednoznaczne wskazanie wszystkich kategorii agencji marketingowych, ze względu na różnorodność usług, które świadczą takie podmioty oraz brak ścisłego rozgraniczenia między tymi usługami. Niemniej jednak wśród agencji marketingowych można wskazać następujące rodzaje:

- (i) agencje full-service – odpowiedzialne są za tworzenie i wykonanie koncepcji i strategii kampanii reklamowych;
- (ii) agencje interaktywne – zajmują się realizacją zadań związanych z Internetem;
- (iii) domy mediowe – zajmują się produkcją reklam telewizyjnych i radiowych;
- (iv) agencje brandingowe – zajmują się tworzeniem wizerunku firmy lub marki, na który składają się m.in.: nazwa, logotyp, identyfikacja wizualna a także działania brandingowe i rebrandingowe;

- (v) agencje eventowe – zajmują się planowaniem, organizacją i nadzorem nad przebiegiem wszelkiego rodzaju wydarzeń i akcji.

2. Strona postępowania

- (28) Stowarzyszenie Komunikacji Marketingowej SAR z siedzibą w Warszawie jest stowarzyszeniem wpisanym do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej oraz do rejestru przedsiębiorców prowadzonych przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000177032.
- (29) SAR zrzesza podmioty zajmujące się profesjonalną komunikacją marketingową. Wśród 138 członków (na dzień 17 kwietnia 2019 r.)² znajdują się różne rodzaje agencji marketingowych (m.in. agencje full service, domy mediowe, agencje brandingowe, interaktywne). SAR zajmuje się przede wszystkim reprezentowaniem swoich członków w procesie tworzenia i popularyzowania standardów relacji między agencjami a ich klientami. SAR podejmuje też działania na rzecz edukacji uczestników rynku, organizuje szkolenia oraz konkursy i konferencje.
- (30) W ramach SAR-u działa kilka wyspecjalizowanych klubów zrzeszających agencje danego rodzaju. Kluby powstają w oparciu o postanowienia zawarte w Statucie SAR. Posiadają one wybieralny zarząd, własny regulamin (który jest zatwierdzany przez SAR), przyjmują członków zwyczajnych i wspierających, którzy stają się automatycznie również członkami SAR. Zgodnie z § 4 Statutu SAR kluby powoływane są przez SAR, który także decyduje o ich rozwiązaniu. Zatem kluby nie są autonomicznymi jednostkami.
- (31) Jednym z klubów działających w ramach SAR jest Polski Klub Brandingu SAR (wcześniej Klub Brand Design, dalej: „**KBD**”). KBD powstał w 2008 r. i liczy 19 członków (stan na dzień 17 kwietnia 2019 r.)³. Członkowie KBD są też członkami SAR-u. Głównym celem działalności KBD jest podnoszenie standardu usług projektowych, w tym m.in. poprawienie standardów pracy oraz komunikacji między twórcą a klientem.
- (32) Członkowie KBD spotykali się regularnie, zarówno w ramach oficjalnych spotkań, jak i nieoficjalnych spotkań, w tym w ramach cyklu „Po pracy o pracy”. Na spotkaniach były omawiane bieżące problemy branży i projekty podejmowane przez KBD.

² Zgodnie ze stroną internetową SAR (<http://portfolio.sar.org.pl/agencje/>). Na dzień 24 sierpnia 2020 r. na stronie internetowej SAR było wskazanych 121 agencji członkowskich.

³Zgodnie ze stroną internetową KBD (<http://polskiklubbrandingu.pl/#CZ%C5%81ONKOWIE>). Na dzień 16 sierpnia 2020 r. na stronie internetowej KBD było wskazanych 21 członków KBD

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 24 marca 2014 r. (15:02); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: Spotkanie Członków KBD, 26.03.2014, g. 15.00, w SAR, k. 561;
 - Podsumowanie spotkania KBD_24_11.doc, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 3 marca 2016 r. (15:14); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Już dzisiaj! – Nieformalne spotkanie projektantów. Po pracy, o pracy, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 6 czerwca 2016 r. (14:07); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] i inni; temat: Spotkanie Klubu Brand Design i Agencji Consultingowe, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 21 września 2017 r. (09:54); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re: PILNE sprawy Klubowe, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 7 listopada 2017 r. (15:08); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] temat: RE Podsumowanie prac klubu na najbliższe ty godnie⁴, k. 561.

3. Kontekst działań rynkowych opisanych w niniejszej decyzji

3.1. Konkursy na prace agencji marketingowych

- (33) Klienci szukając agencji marketingowej, której zlecą swoje usługi, mogą zdecydować o zorganizowaniu konkursu, w którym wybiorą najlepszą spośród kilku (kilkunastu) agencji. Konkursy te, nazywane często w branży przetargami, różnią się w zależności od rodzaju komunikacji marketingowej, którego dotyczy zlecenie oraz preferencji klienta, co do szczegółów organizacji takiego konkursu.
- (34) Ogólny schemat konkursów wygląda co do zasady w następujący sposób:
- (i) klient wybiera agencje, które będą zaproszone do konkursu – klient robi rozeznanie wśród agencji oferujących dane usługi, często wysyłając przy tym RFI (*request for information*) do wielu agencji z prośbą o wskazanie m.in. referencji, doświadczenia, sposobu pracy;
 - (ii) w sytuacji, gdy klient nie ma jeszcze sprecyzowanego pomysłu na działania komunikacyjne wysyła do agencji zapytania o rozwiązania (RFP - *request for proposal*). W odpowiedzi agencje przedstawiają swoje wstępne pomysły strategiczne;

⁴ Pisownia oryginalna.

- (iii) klient przygotowuje tzw. *brief*, czyli podsumowanie swoich oczekiwań co do usługi (m.in. opis marki, do jakich odbiorców ma trafić przekaz, podstawowe założenia dotyczące usługi marketingowej, wstępny budżet), a następnie rozsyła go do wybranych agencji wraz z zapytaniem ofertowym (RFQ - *request for quotation*);
- (iv) agencje, które zdecydowały się na wzięcie udziału w konkursie biorą udział w tzw. *debriefingu* – dostają rozszerzone informacje na temat zlecenia, klient odpowiada również na pytania agencji. *Debriefing* jest grupowy bądź indywidualny dla każdej z agencji. Następnie agencje, w odpowiedzi na RFQ, przygotowują już swoje rozwiązania kreatywne i wykonawcze dla pomysłów (np. pomysł na spot telewizyjny) oraz precyzyjną ofertę cenową – jest to tzw. etap kreatywny konkursu;
- (v) klient na podstawie zaprezentowanych rozwiązań wybiera agencję, która wykona zlecenie.

3.1.1. Specyfika konkursów na prace agencji brandingowych

- (35) Konkursy na usługi agencji brandingowych wyróżniają się spośród pozostałych konkursów na usługi agencji marketingowych tym, że często agencje brandingowe muszą przedstawić klientowi prawie gotowy produkt (np. logo bądź opakowanie), aby klient mógł go ocenić. Zdarza się także, że klient wymaga przygotowania, już na etapie konkursu, dwóch lub trzech linii kreatywnych dla produktu, co dodatkowo zwiększa koszty ponoszone przez agencje brandingowe.
- (36) Aby zrekompensować koszty poniesione przez agencje brandingowe w trakcie przygotowywania oferty oraz zachęcić je do startowania w konkursach, na rynku wykształciła się praktyka oferowania przez klientów gwarantowanego wynagrodzenia za udział w etapie kreatywnym konkursu, tj. za przedstawienie swojego rozwiązania w odpowiedzi na zapytanie ofertowe. Wynagrodzenie to nazywane jest *rejection fee*. W przypadku, gdy oferta danej agencji zostanie wybrana, *rejection fee* jest zaliczane na poczet przyszłego wynagrodzenia tej agencji.
- (37) Praktyka oferowania agencjom brandingowym *rejection fee* nie jest jednak stosowana we wszystkich konkursach i zależy od konkretnego przypadku. W konkursach, w których klient oferuje *rejection fee*, jej wysokość jest ustalana przez klienta, czasem po negocjacjach z agencjami (możliwe jest więc, że różnym agencjom startującym w jednym konkursie zostanie zaoferowana opłata w różnej wysokości).

3.2. Wytyczne branżowe

- (38) SAR w ramach swojej działalności rekomenduje pewne konkretne rozwiązania w zakresie konkursów na usługi agencji marketingowych i prowadzi działalność mającą na celu rozpropagowanie tych rozwiązań zarówno wśród agencji jak i klientów. W tym celu, SAR opracował dokument pod nazwą „Biała Księga Branży Komunikacji Marketingowej. Najlepsze praktyki i narzędzia przetargowe”, który zawiera ogólne wskazówki dotyczące wszystkich konkursów oraz oddzielne rozdziały dla konkursów na usługi różnych typów wyspecjalizowanych agencji (m.in. agencji PR, agencji eventowych), w tym rozdział poświęcony brandingowi – Biała Księga Branding. Dokument został przygotowany z inicjatywy SAR oraz Polskiego Stowarzyszenia Menadżerów Logistyki i Zakupów, we współpracy z klientami reprezentującymi branżę, które najczęściej korzystają z usług agencji marketingowych. Biała Księga, jako całość (wszystkie rozdziały), została przyjęta 24 listopada 2017 r. przez organizacje zrzeszające przedstawicieli różnych stron rynku.
- (39) Biała Księga składa się z 10 rozdziałów: jednego ogólnego i dziewięciu szczegółowych odnoszących się do poszczególnych gałęzi branży marketingowej. Osiem rozdziałów (oprócz rozdziału dotyczącego brandingu i rozdziału dotyczącego usług digitalowych) zostało już opublikowane na stronie internetowej, dwa pozostałe nadal są jeszcze dopracowywane i dopiero po skończeniu zostaną opublikowane. Zgodnie z oświadczeniem SAR-u, rozdział dotyczący brandingu zostanie opublikowany dopiero po wprowadzeniu w nim zmian będących przedmiotem zobowiązań nakładanych w niniejszej decyzji.
- (40) KBD ma ponadto swój własny „Kodeks Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design” (dalej: „**Kodeks KBD**”), który funkcjonuje niezależnie od Białej Księgi. Kodeks KBD powstał w 2008 r. i obowiązywał agencje brandingowe należące do KBD. Kodeks KBD był podpisywany przez członków zarządu i wspólników agencji przystępujących do KBD, którzy mieli obowiązek zapoznania z nim wszystkich pracowników. Agencje zobowiązane były poinformować władze KBD o każdym znanym im fakcie naruszenia Kodeksu KBD.

Dowód: Kodeks Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design, k. 479-484.

- (41) W 2009 r. KBD stworzył również prezentację „Przetargowe Fair Play”, która była materiałem pomocniczym przy przekazywaniu klientom zaleceń jak powinien wyglądać konkurs. Prezentacja była dostępna na stronie internetowej KBD w okresie od 2011 r. do września 2019 r.

Dowód: Prezentacja pt. Przetargowe Fair Play, k. 16-22.

4. Koordynacja działań agencji brandingowych w zakresie *rejection fee*

(42) Wytyczne branżowe zalecają oferowanie przez klientów opłaty za udział w etapie kreatywnym konkursu, szczególnie w przypadku konkursów na usługi agencji brandingowych. W niektórych dokumentach dotyczących agencji brandingowych, pojawia się również wskazówka, że wysokość oferowanego *rejection fee* powinna wynosić 50% budżetu etapu kreatywnego konkursu. Wytyczne te ponadto zalecają agencjom brandingowym aby nie brały udziału w tzw. bezpłatnych konkursach, tj. takich, gdzie klient nie oferuje *rejection fee*.

- Dowód:**
- Biała Księga Branży Komunikacji Marketingowej, k. 411-477;
 - Kodeks Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design, k. 479-484;
 - Prezentacja pt. Przetargowe Fair Play, k. 16-22.

(43) W punkcie 22 Kodeksu KBD zostało wskazane, że *„celem klubu jest (...) m.in. dążenie do wyeliminowania tzw. darmowych przetargów kreatywnych, przez które rozumie się składanie ofert lub/i świadczenie usług projektowych bez zagwarantowanego przez odbiorcę usług wynagrodzenia nie niższego niż 50 procent wartości budżetu pierwszego etapu kreatywnego, w którym prezentowane są/będą koncepcje graficzne lub/wzornicze stanowiące przedmiot przetargu. Powyższy cel Członkowie Klubu powinni realizować poprzez odmowę przystępowania do darmowych przetargów kreatywnych z zachowaniem formy pisemnej dostarczając jako załącznik regulację dotyczące zasad przetargów kreatywnych Klubu”*.

- Dowód:** Kodeks Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design k. 479-484;

(44) Również w Białej Księdze zalecane jest stosowanie *rejection fee*:

1. *„Rekomendujemy stosowanie opłat za uczestnictwo za etap przetargu, w którym Klient oczekuje od Agencji prac kreatywnych (projektowanie graficzne różnych materiałów reklamowych, tworzenie tekstów reklamowych). Rekomenduje się również opłatę za przetarg (niezależnie od etapu) w sytuacji, kiedy Klient odwołuje przetarg, narażając zaproszone Agencje na poniesienie kosztów w postaci prac i zadań (kreatywnych, strategicznych, innych), zleconych Agencji przez Klienta w ramach zorganizowanego postępowania”*.
2. *„Stosowanie opłat dla uczestników przetargu, z wyłączeniem zwycięskiej Agencji, jest dodatkową przesłanką, aby nie zwiększać liczby oferentów ponad potrzebę. Rekomenduje się nie zapraszanie do przetargu więcej niż 4-5 Agencji, ograniczając ich liczbę do 2-3 na kolejnym etapie przetargu, gdzie oczekuje się już wykonania prac kreatywnych i tym samym, gdzie konieczne będzie zastosowanie opłat za przetarg”*.

Dowód: Biała Księga Komunikacji Marketingowej, k. 411-477.

- (45) SAR przygotował również wzór umowy pn. „Porozumienie Przetargowe”, który w pkt. 3 przewiduje, że „[z] tytułu udziału w Przetargu i przekazania Klientowi Projektów, Klient zapłaci Agencji wynagrodzenie w wysokości opisanej w załączniku 1 do niniejszego porozumienia w terminie 7 dni od dnia przekazania Projektów.”. Agencje mogły w każdym momencie zapoznać się z tym wzorem (także przed przystąpieniem do konkursu) ponieważ „Porozumienie przetargowe” udostępnione było najpierw na stronie internetowej KBD, a później na stronie internetowej SAR.

Dowód:

- Wzór umowy pn. „Porozumienie przetargowe”, k. 486-489;
- Pismo SAR do Prezesa Urzędu z 22 kwietnia 2020 r., k. 385-397.

- (46) Przed podjęciem decyzji o wzięciu udziału w konkursie, agencje brandingowe często pytały klientów m.in. o kwestię *rejection fee*. Co najmniej od czerwca 2013 r. część agencji od razu wskazywała klientom na obowiązek niebrania przez nie udziału w bezpłatnych konkursach wynikający z członkostwa w KBD. Wysyłały przy tym prezentację pod nazwą „Przetargowe Fair Play” przygotowaną przez KBD, w której wskazano że „(...) *przystępując do przetargu kreatywnego, proponujemy naszym Klientom równą inwestycję w kreację dla ich marek, a mianowicie: 50% honorariów za strategię i design (...)*”.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 6 lipca 2010 r. (17:08); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: BRIEF opakowanie : [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 20 stycznia 2011 r. (12:35); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: konkurs na nowy CI, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 5 czerwca 2013 r. (12:10); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: Zaproszenie do złożenia oferty [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

- (47) Również wcześniej, przed 2013 r., agencje brandingowe powoływały się na bycie członkiem KBD przy negocjacjach z klientem dotyczących zarówno oferowania *rejection fee* przez organizatora konkursu jak i wysokości tej opłaty. Agencje informowały przy tym klientów, że celem KBD „*jest propagowanie na rynku profesjonalnych standardów wykonywania zawodu m.in. poprzez unikanie udziału w tzw. darmowych przetargach kreatywnych*”. Ponadto agencje brandingowe, wprost wskazywały klientom, że „*[j]ako członek Klubu [Klubu Brand Design – przypis wł.] wraz z innymi podpisaliśmy się pod zasadami określającymi reguły przetargowe, co zobowiązuje nas do niebrania udziału w bezpłatnych przetargach*”.

- Dowód:**
- Dokument z 11 czerwca 2010 r. „Wyjaśnienia DIAGEO.doc”, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 16 czerwca 2010 r. (15:02); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA] – pismo, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 14 czerwca 2011 r. (12:40); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: Brief – projekt dla nowej [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 26 października 2012 r. (13:58); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 13 lutego 2013 r. (14:36); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA] przetarg – odmowa, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 22 maja 2013 r. (11:05); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 7 lipca 2016 r. (11:39); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(48) Część agencji członkowskich KBD określiło nieprzystępowanie do bezpłatnych konkursów jako obligatoryjne dla członków klubu. W korespondencji z innymi członkami SAR-u wskazano, że *„każdy członek PKB zobowiązany jest nie przystępować do przetargu tego typu bez rejection fee, nie ma w tej sytuacji czegoś takiego jak ryzyko biznesowe wstrzymywania przetargu, powiedziałbym raczej, że w tej sytuacji istnieje wyłącznie ryzyko biznesowe niewstrzymywania przetargu”*.

Dowód: Wiadomość e-mail z 16 lutego 2018 r. (15:24); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: [INFORMACJA CHRONIONA] dotychczasowe przetargi, k. 138a.

(49) Z korespondencji wewnętrznej pracowników agencji wynika ponadto, że przynajmniej część agencji brandingowych przestrzegała zasady niebrania udziału w bezpłatnych konkursach kreatywnych. Agencje nie decydowały się przy tym na udział w takim konkursie niezależnie od innych czynników, które mogły je do tego zachęcać np. prestiżu konkursu. [INFORMACJA CHRONIONA] w artykule „Klient nie nasz pan” wskazuje: *„[k]lient próbuje nas przekonać, abyśmy również przystąpili [do konkursu – przy. własny] bez rejection fee. Nie bierzmy takich ofert nawet pod uwagę”*.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 05 kwietnia 2011 r. (16:22); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: przetarg – logotyp – zaproszenie, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 28 września 2011 r. (14:03); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 138a;
 - Wiadomość e-mail z 3 września 2015 r. (12:09); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 10 września 2015 r. (10:54); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 14 września 2015 r. (20:14); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA] / marketing miejsca + koncepcja⁵ funkcjonalno-przestrzenna, k. 561;
 - Artykuł prasowy „Klient nie nasz pan” z 16 czerwca 2016 r., k. 562-563.

(50) W artykule prasowym pt. „Klient nie nasz pan” przedstawiciele agencji brandingowych wskazali również że: *„jeśli zaś klient nie przewiduje RF [rejection fee – przypis wł.], zrzeczone w ramach KBD agencje wycofują się z takiego postępowania – to nasza ustna umowa, której się trzymamy. Jeśli ktoś z klubu by się wyłamał, prędzej, czy później wyjdzie to na jaw”*.

Dowód: Artykuł prasowy „Klient nie nasz pan” z 16 czerwca 2016 r., k. 562-563.

(51) Powyższe potwierdził również [INFORMACJA CHRONIONA] w wykładzie na konferencji Element Talks w 2015 r. *„usiedliśmy z naszą konkurencją do stołu (...) i po prostu zawarliśmy taką ustną umowę, zobowiązaliśmy się, że po prostu nie startujemy w niepłatnych przetargach”*.

Dowód: Nagranie wideo [INFORMACJA CHRONIONA] - Kulisy przetargów udostępnione 16 maja 2016 r. w serwisie youtube.com, dostęp 7 kwietnia 2020 r. (zgrane na płytę DVD), k. 595.

(52) W przypadku, gdy któraś z agencji brandingowych nie przestrzegała zasady niebrania udziału w bezpłatnych konkursach, zachowanie to było uważane przez inne agencje jako „psucie rynku” i wywoływało reakcję w postaci zwrócenia się do SAR-u w celu upomnienia takiej agencji.

⁵ Pisownia oryginalna.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 5 listopada 2012 r. (16:01); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 138a;
 - Wiadomość e-mail z 17 lutego 2014 r. (15:01); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re: brzydki przetarg, k. 561.

(53) Agencje brandingowe zgłaszały do SAR-u również konkursy, w których klient nie oferował *rejection fee* w celu zainicjowania interwencji stowarzyszenia u klienta i skłonienia klienta do zmiany praktyki w tym zakresie.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 26 stycznia 2018 r. (08:32); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] i inni (SAR); temat: Zgłoszenie przetargu, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 9 lutego 2018 r. (10:41); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA] kategoria Design, k. 561.

(54) Czynnikiem wpływającym na decyzję o przystąpieniu przez agencję brandingową do konkursu była także sama wysokość *rejection fee* oferowanego przez klienta. Zgodnie z wytycznymi, zarówno KBD jak i SAR-u, opłata powinna wynosić 50% budżetu etapu kreatywnego konkursu. W niektórych przypadkach, agencje brandingowe od razu przy pytaniu klienta o *rejection fee* wskazywały tę wysokość, powołując się przy tym na zasady KBD. Również SAR w odpowiedzi na zapytanie klienta o wysokość *rejection fee* dla agencji brandingowych wskazywał, że opłata powinna być na poziomie 50% budżetu etapu kreatywnego.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 12 kwietnia 2016 r. (11:44); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 21 czerwca 2017 r. (10:59); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(55) [INFORMACJA CHRONIONA] w wykładzie na konferencji Element Talks w 2015 r. wypowiedział się następująco odnośnie do wysokości *rejection fee*: „(...) *nie pracujemy za darmo, tylko wykonujemy pewną pracę, która jest płatna. Takim jakby minimum, na który się godzimy (...) jest 50 % honorariów za strategię i design. (...) Natomiast przy dużych projektach, które są bardziej skomplikowane, które wymagają już dalszego pójścia w strategię, to najczęściej są to etapy, które są płatne w stu procentach*”.

Dowód: Nagranie wideo [INFORMACJA CHRONIONA] - Kulisy przetargów udostępnione 16 maja 2016 r. w serwisie youtube.com, dostęp 7 kwietnia 2020 r. (zgrane na płytę DVD), k. 595.

(56) Część klientów zapraszając agencję brandingową do przetargu sama pytała, jaka kwota *rejection fee* byłaby zadowalająca. Jednocześnie, gdy oczekiwana przez agencję kwota była zbyt wysoka dla klienta, mógł on ostatecznie nie zdecydować się na zaproszenie agencji do konkursu.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 26 sierpnia 2010 r. (12:58); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: zaproszenie do udziału w konkursie, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 5 czerwca 2017 r. (11:52); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: FW: Wytyczne SAR-Księga Identyfikacji Wizualnej, k. 138a;
- Wiadomość e-mail z 5 czerwca 2017 r. (11:47); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re: ?????!!!!, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 12 lipca 2012 r. (16:16); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: Kosztorys na opakowania dla marki [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(57) W przypadku, gdy kwota oferowana przez klienta była niesatysfakcjonująca dla agencji brandingowej, miała ona możliwość negocjacji tej kwoty, co jednak nie zawsze przynosiło efekty. Z materiału dowodowego wynika, że zdarzało się, iż agencje brandingowe nie decydowały się na udział w konkursie, jeżeli kwota *rejection fee* była zbyt niska. Z możliwością indywidualnej negocjacji stawki *rejection fee* wiązał się również fakt, że stawki dla poszczególnych agencji brandingowych w tym samym konkursie mogły się różnić.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 21 czerwca 2017 r. (14:59); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 18 lutego 2009 r. (11:06); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA], [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: przetarg – rejection fee, k. 138a.

(58) W trakcie negocjacji wysokości *rejection fee*, klienci używali m.in. argumentu, że inne agencje brandingowe zgodziły się na proponowaną stawkę. W takiej sytuacji, agencja negocjująca wyższą stawkę była zainteresowana tym, która z konkurencyjnych agencji zgodziła się na

niższą wysokość *rejection fee*. Takie informacje były sprawdzane na platformie przetargowej (akapity (100) - (102) decyzji). Ponadto, zdarzało się też że na platformie przetargowej agencje podawały jako powód rezygnacji z konkursu że „[n]ie uczestniczymy w darmowych przetargach”. Powody rezygnacji z udziału w konkursie były widoczne dla wszystkich agencji, które zgłosiły na platformie udział w danym konkursie.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 18 lutego 2009 r. (11:06); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA], [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: przetarg – rejection fee, k. 138a;
 - Wiadomość e-mail z 8 stycznia 2013 r. (17:21); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA], [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: PRZETARGI / zabawny rozwój sytuacji ☺, k. 561.

(59) SAR również starał się ustalać, które z agencji brandingowych zgodziły się na wzięciu udziału w konkursie, w którym było oferowane *rejection fee* poniżej ustalonych standardów w wysokości 50%.

- Dowód:** Wiadomość e-mail z 7 czerwca 2017 r. (09:50); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA] PP sprawdzenie ze zgłoszonymi, k. 561.

(60) W sytuacji, gdy klient nie chciał wypłacić *rejection fee* w ustalonej wcześniej wysokości, agencje wspólnie ustalały, jak się zachować w takiej sytuacji i zgłaszały taką sytuację SAR-owi.

- Dowód:** Wiadomość e-mail z 8 października 2015 r. (07:42); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: RE: Pizza, k. 561.

(61) *Rejection fee* było czasami zalecane również zamawiającym organizującym konkurs na usługi innych agencji marketingowych niż brandingowe. Jednak tylko w przypadku agencji brandingowych istnieją dowody na dokonywanie uzgodnień w zakresie niestartowania w bezpłatnych konkursach.

- Dowód:** Wiadomość e-mail z 23 grudnia 2014 r. (11:46); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: przetarg na [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

5. Platforma przetargowa

(62) SAR w 2003 r. stworzył platformę przetargową (www.przetargi.sar.org.pl), która, zgodnie z regulaminem, miała służyć zwiększeniu przejrzystości konkursów i umożliwić SAR-owi kontrolę nad konkursami. Agencje członkowskie miały rejestrować na platformie konkursy wraz z odpowiednimi danymi, dzięki czemu SAR mógł kontrolować sytuację na rynku i to, w jakim stopniu jego postulaty odnośnie do konkursów są uwzględniane podczas organizacji konkursów. Pierwszy wpis na platformie datowany jest na luty 2004 r.

(63) Wszyscy członkowie SAR byli automatycznie użytkownikami platformy. Nie było przypadku, żeby jakiś członek SAR zrezygnował z korzystania z platformy przetargowej, nie rezygnując przy tym z członkostwa w SAR.

Dowód: – Regulamin strony przetargowej SAR, k. 514-521;

(64) W październiku 2018 r. SAR ogłosił dezaktywację platformy, która ostatecznie została zamknięta we wrześniu 2019 r.

Dowód: – Pismo SAR do Prezesa Urzędu z 22 kwietnia 2020 r., k. 385-397.

(65) W 2019 r. dostęp do platformy miało 137 agencji. Poniższa tabela przedstawia jak zmieniała się liczba agencji korzystających z platformy przetargowej w latach 2004-2019.

Rok	Liczba agencji korzystających z platformy przetargowej
2004	12
2005	21
2006	33
2007	47
2008	55
2009	62
2010	71
2011	78
2012	94
2013	100
2014	109
2015	115
2016	132
2017	137
2018	137
2019	137

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych przekazanych przez SAR.

5.1. Umieszczanie informacji na platformie

(66) Agencje zrzeszone w SAR miały obowiązek wyznaczenia przynajmniej dwóch osób w danej agencji odpowiedzialnych za umieszczanie informacji o konkursach na platformie przetargowej. Osoby te miały obowiązek zarejestrowania konkursu w ciągu 48 godzin od otrzymania *briefu* (pisemnego lub ustnego) bez względu na decyzję danej agencji o uczestnictwie w konkursie.

5.1.1. Rodzaje informacji wpisywanych na platformie

(67) Dokonując zgłoszenia konkursu na platformie przetargowej należało, w zakładce „Zgłoś przetarg do SAR”, podać następujące dane: klient, marki, zakres przetargu, osoba kontaktowa u klienta, deadline, data *briefu*, planowany budżet, czy agencja zamierza uczestniczyć w przetargu. Oprócz tego można było dodatkowo podać: osobę kontaktową z agencji i dodatkowe komentarze.

Dowód: Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 22 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (9:44), k. 707.

(68) Po zgłoszeniu konkursu na platformie, SAR aktywował taki konkurs i dopiero wtedy był on widoczny (w zakładce „Aktywne przetargi”) dla rejestrującej go agencji. Zakończenie konkursu należało również zgłosić SAR-owi, który zaznaczał taką informację przy danym konkursie.

Dowód:

- Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 22 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (2:45), k. 707;
- Wiadomość e-mail z 15 kwietnia 2013 r. (15:43); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: RE: przetargi do zamknięcia, k. 561.

(69) Możliwe było również anonimowe zgłoszenie konkursu do SAR-u. Odbywało się to wtedy nie poprzez stronę przetargową, a za pomocą bezpośredniej wiadomości e-mail wysłanej do SAR-u. Część podmiotów dokonujących anonimowych zgłoszeń nie ujawniała przy tym także podmiotu organizującego przetarg, lecz używała np. określenia „duży podmiot z branży farmaceutycznej”, ze względu na umowę o poufności wiążącą agencję z klientem. W takiej sytuacji konkurs nie był rejestrowany na platformie przetargowej.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 23 października 2017 r. (09:55); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: ODP; Re: przetarg poufny, k. 561;

- Wiadomość e-mail z 14 lutego 2018 r. (10:58); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: RE: przetargi [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(70) Na platformie przetargowej w zakładce „Aktywny Przetarg” były opcje „Dodaj komentarz/zgłoś rozstrzygnięcie/rezygnację”, gdzie agencje mogły dodawać stosowne informacje, jak zgłoszenie rezygnacji z udziału w konkursie (agencje mogły również dodać powód rezygnacji), lub komentarze wskazujące np. na nieprawidłowości w organizacji konkursu, jak zbyt krótki czas na przygotowanie oferty lub zbyt wiele zaproszonych agencji. Na platformie było przy tym widoczne, która informacja została przez kogo zamieszczona. Zgłoszenie nieprawidłowości dokonane przez platformę powodowało interwencję SAR-u (nawiązanie komunikacji lub spotkanie z naruszającym).

- Dowód:**
- Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 22 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (19:19) , k. 707;
 - Dokument „Nowa Platforma Przetargowa final.pptx” , k. 561.

(71) Do 2016 r. na platformie zaznaczało się również przejście do kolejnego etapu konkursu. Informacja o tym była widoczna dla pozostałych agencji, które zgłosiły, że są w kolejnym etapie. Po usunięciu tej funkcji, przejście do drugiego etapu można było zgłosić w komentarzu.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 15 listopada 2016 r. (16:42), nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR), temat: RE:RE: Kolejny etap przetargu – nie ma już tej funkcji? , k. 138a;
 - Dokument „Platforma przetargowa.pptx” , k. 561.

5.1.2. Obowiązek rejestracji konkursów i aktualizowania wpisów

(72) Zgodnie z Regulaminem strony przetargowej SKM SAR, użytkownicy strony przetargowej zobowiązani byli do wpisywania na stronę przetargową wszystkich konkursów, w których uczestniczą bądź do których zostali zaproszeni i rozważają uczestniczenie po otrzymaniu *briefu* od klienta.

- Dowód:** Regulamin strony przetargowej SAR, k. 514-521.

(73) Obowiązek rejestracji na stronie dotyczył wszystkich konkursów, do których agencja została zaproszona lub brała w nich udział. W grudniu 2014 r. zmieniono regulamin platformy przetargowej i doprecyzowano, że obowiązek rejestracji dotyczy konkursów globalnych, międzynarodowych i regionalnych, bez względu na kraj pochodzenia *briefu* oraz miejsca prezentacji oferty, pod warunkiem, że konkurs spełniał łącznie poniższe kryteria:

1. zakres przedmiotowy *briefu* obejmuje oprócz innych rynków, również terytorium Polski,
 2. w przygotowanie konkursu zaangażowana jest agencja będąca użytkownikiem strony przetargowej SAR,
 3. konkurs koordynowany jest przez polski oddział agencji.
- (74) Obowiązek rejestracji na platformie dotyczył również zaproszeń do tzw. „*credential*”. Przez *credential* rozumie się wstępną część konkursu, organizowaną na wyraźną pisemną prośbę klienta w celu poznania dokonań agencji.
- (75) Zgodnie z regulaminem strony przetargowej, agencje miały także obowiązek uaktualniania wpisów na stronie przetargowej, tak aby odpowiadały one faktycznemu statusowi agencji w konkursie. Agencja, która wygrała konkurs i zakończyła negocjacje z klientem, miała obowiązek zarejestrowania tego faktu na platformie przetargowej niezwłocznie po upublicznieniu decyzji przez klienta i agencję.

Dowód: Regulamin strony przetargowej SAR, k. 514-521;

- (76) SAR regularnie przypominał agencjom o wpisywaniu konkursów na platformę, zarówno w formie ogólnych raportów i generalnego przypominania, jak i w odniesieniu do konkretnych konkursów, jeśli dostawał informację, że nie wszystkie agencje startujące w konkursie zarejestrowały swój start na platformie. SAR przypominał również o wpisywaniu konkursów na platformę, gdy otrzymał informację o jego zorganizowaniu np. z mediów. SAR dbał także o to, aby inne informacje o konkursach (np. o jego zakończeniu) także były wpisywane na platformę przetargową.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 8 stycznia 2013 r. (17:26); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 20 lutego 2017 r. (12:47); nadawca [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: FW: FW: strona przetargowa, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 9 grudnia 2013 r. (10:04); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: FWD: Wiadomość do użytkowników strony przetargowej SAR, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 26 kwietnia 2016 r. (15:35); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR) i [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Procedura na wypadek zamykanych, nie ocenianych przetargów, k. 561;

- Wiadomość e-mail z 29 lipca 2016 r. (11:05); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: FW: Przetarg [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 18 lipca 2012 r. (15:07); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: Konkurs: Opracowanie Koncepcji identyfikacji wizualnej [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 2 września 2016 r. (09:54); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: RE: RE: Przetarg – 11 agencji zaproszonych z KBD, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 23 kwietnia 2015 r. (12:56); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: RE: RE: platforma, k. 561.

(77) Także same agencje zwracały się do SAR-u z prośbą o interwencję w przypadku niezarejestrowania uczestnictwa w konkursie, czy też nieuzupełniania innych informacji dotyczących wpisanego konkursu przez konkurencyjne agencje.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 3 stycznia 2013 r. (07:19); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA], temat: RE: Wieści ze strony przetargowej SAR, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 8 kwietnia 2015 r. (12:24); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 27 stycznia 2017 r. (13:41); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: RE: RE: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 30 stycznia 2015 r. (11:36); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: idąc za ciosem – przetarg [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 8 stycznia 2013 r. (17:26); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 28 lutego 2013 r. (15:07); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: interwencja SAR – przetarg rozstrzygnięty, k. 561.

(78) Pomimo powyższego obowiązkowi zdarzało się, że agencje nie zamieszczały informacji na platformie przetargowej.

- Dowód:**
- Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 22 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (5:45), k. 707;
 - Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 20 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (26:10), k. 709;
 - Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA], złożone 20 lutego 2018 r. podczas przeszukania w Stowarzyszeniu Komunikacji Marketingowej SAR w Warszawie (15:39), k. 710.

(79) Zgłaszanie na platformie uczestnictwa w konkursach przestało być obowiązkowe od 2015 r. W sierpniu 2016 r. jedna z agencji chciała zgłosić konkurencyjną agencję, która nie zarejestrowała uczestnictwa w konkursie na platformie, na co otrzymała odpowiedź, że od ubiegłorocznego Walnego Zgromadzenia Członków SAR, wpisywanie konkursów na platformę nie jest obowiązkowe. 27 czerwca 2017 r. odbyło się Walne Zgromadzenie Członków SAR, które zatwierdziło zmianę w sposobie korzystania z platformy polegającą na ustaniu obowiązku agencji zgłaszania konkursów na platformę.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 22 sierpnia 2016 r. (11:06), nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR), adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: RE: Automatyczna odpowiedź: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 3 lipca 2017 r. (16:19); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR), adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Propozycja maila do userów platformy, k. 561.

(80) Począwszy od stycznia 2016 r., mimo zniesienia obowiązku rejestracji konkursów na platformie, SAR nadal zachęcał agencje do używania platformy i regularnie sporządzał raporty ze zgłaszanych na stronie konkursów. W raportach analizowana była aktywność agencji na platformie jak i liczba zgłaszanych konkursów (również z podziałem na segmenty dla agencji eventowych, brandingowych itd.), liczba konkursów widocznych w mediach branżowych (oraz czy te konkursy się pokrywają z tymi zgłaszanymi na platformie) oraz „wskaźnik konkurencyjności” (tj. średnia liczba zarejestrowanych użytkowników dla pojedynczego konkursu). Przy podawaniu wskaźnika konkurencyjności podkreślano, że w przypadku gdy jest on zbyt niski to platforma nie realizuje swojego głównego celu wskazanego przez zarząd, tj. dostarczania agencjom informacji z kim konkurują. W raportach wskazywano również ile interwencji podjął SAR oraz jaka była reakcja klienta na te interwencje.

- Dowód:**
- Raport z aktywności: Platforma Przetargowa & interwencje w RFQ styczeń 2016 r. z 16 lutego 2016 r. , k. 138a;
 - Dokument „grudzień_raport miesięczny PP.pdf” , k. 561;

- Wiadomość e-mail z 14 lutego 2017 r. (11:10); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: RE: Prezentacja o agencjach, k. 561.

(81) SAR sporządził także listę agencji, które w 2016 r. zgłosiły mniej niż 5 konkursów na platformę i kontaktował się z takimi agencjami w tej sprawie.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 22 listopada 2016 r. (15:13), nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Aktywność agencji 2016.xlsx, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 10 listopada 2016 r. (09:09); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR), adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: ODP: ODP: Aktywność agencji na platformie 1 stycznia 2016 – 9 listopada 2016, k. 561.

(82) W kwietniu 2016 r. SAR wprowadził także inne zmiany na platformie przetargowej, mające zwiększyć jej funkcjonalność: agencje miały dostęp do swoich historycznych konkursów oraz możliwość oceny konkurów. SAR wykorzystywał te oceny do tworzenia wewnętrznych raportów na podstawie zagregowanych danych, które nie były jednak nikomu udostępniane, w tym również członkom SAR-u. Nie zmieniono przy tym regulaminu platformy.

- Dowód:** Pismo SAR do Prezesa Urzędu z 22 kwietnia 2020 r, k. 385-397.

(83) Łączna liczba zgłoszeń zarejestrowanych na platformie przetargowej, w latach 2013-2016 (tj. w okresie, kiedy rejestracja konkursów była obowiązkowa), wahała się od 516 do 960. Od 2017 r. liczba zgłaszanych konkursów zaczęła gwałtownie spadać, kończąc na 2 zgłoszonych konkursach w roku 2019 r. Poniższa tabela przedstawia liczbę zgłaszanych konkursów na platformie przetargowej.

Rok	Łączna liczba zgłoszonych konkursów przez agencje
2013	960
2014	516
2015	732
2016	805
2017	322
2018	77
2019	2

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych przekazanych przez SAR.

6. Wymiana informacji poprzez platformę przetargową

- (84) Działanie platformy przetargowej zostało opisane na stronie internetowej w następujący sposób: *„[d]oskonale narzędzie pozwalające uczestnikom przetargu na wymianę informacji dotyczących procedur postępowania przetargowego: terminów, ogólnego zakresu, uczestników. Specjalna platforma przetargowa, którą stworzyliśmy i udostępniliśmy agencjom to doskonałe narzędzie pozwalające wszystkim uczestnikom przetargu na wymianę informacji dotyczących kwestii proceduralnych postępowania. Korzystanie z niej skutecznie wpływa na proces przetargowy i uczestników danego postępowania, tworząc równe i transparentne warunki dla wszystkich uczestników, ograniczając jednocześnie niepotrzebne koszty i czas”*. SAR podkreślał też że, jedną z zalet bycia jego członkiem, jest możliwość korzystania z platformy przetargowej, która daje informacje o konkurencji w konkursach.

- Dowód:**
- <http://sar.org.pl/platforma-przetargowa/>, dostęp: 17 kwietnia 2019 r.;
 - Wiadomość e-mail z 29 czerwca 2017 r. (10:26), nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: Materiały dotyczące przystąpienia do SAR, k. 561.

6.1. Sposób wymiany informacji - pokoje przetargowe

- (85) W przypadku zgłoszenia tego samego konkursu przez kilka agencji, SAR łączył je do wspólnego „pokoju przetargowego”. Był to panel dla danego przetargu, widoczny dla każdej z agencji, która zgłosiła SAR-owi udział w tym konkursie. Zawierał on następujące informacje: nazwa klienta organizującego przetarg, nazwa marki, której dotyczy przetarg, agencje biorące udział w przetargu, agencje, które określiły że są niezdecydowane co do udziału w przetargu oraz agencje, które zrezygnowały z brania udziału w przetargu. Dodatkowo dostępne było pole, gdzie agencji mogły zamieszczać komentarze dotyczące konkursu (również były one dostępne dla wszystkich agencji będących w „pokoju przetargowy”). Agencje nie widziały natomiast, w jakich jeszcze innych konkursach uczestniczą agencje z „pokoju przetargowego”. Aby dana agencja mogła trafić do pokoju przetargowego musiała zgłosić postępowanie na platformie. Po wejściu na stronę główną platformy żaden użytkownik nie widział „aktywnych” pokoi przetargowych, zgłoszonych przez innych uczestników. Informacja o samym ogłoszeniu konkursu nie była zatem ujawniana nikomu spoza kręgu podmiotów, które o ogłoszeniu konkursu już wiedziały, gdyż zostały do niego zaproszone.

- Dowód:**
- Dokument „Platforma przetargowa.pptx” , k. 561;
 - Pismo SAR do Prezesa Urzędu z 31 stycznia 2020 r., k. 176-203.

- (86) Oprócz sytuacji, gdy agencje brały udział w tym samym konkursie i zostały połączone w jednym „pokoju przetargowym”, do informacji wpisanych na platformę przetargową miał dostęp tylko administrator platformy przetargowej i agencja, która wprowadziła te informacje.

- Dowód:**
- Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA], złożone 1 marca 2018 r. podczas przeszukania w Stowarzyszeniu Komunikacji Marketingowej SAR w Warszawie (3:39) k. 708;
 - Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 22 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (2:21), k. 707;
 - Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 20 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (27:05) k. 709.

6.2. Zakres wymienianych informacji

6.2.1. Podmioty biorące udział w konkursie

- (87) Klienci nie zawsze udzielali odpowiedzi na pytanie agencji, jakie jeszcze agencje zostały zaproszone do konkursu. Dzięki platformie przetargowej agencje mogły natomiast sprawdzać, kto z konkurentów bierze udział w danym konkursie, także w przypadku, gdy klient nie udostępniał takich informacji. Agencje faktycznie wykorzystywały platformę w takim celu. Z korespondencji wewnętrznej agencji wynika, że wiedza o tym jakie inne agencję startują w konkursie może mieć wpływ na decyzję o przystąpieniu do konkursu, jak również ma to znaczenie przy negocjacji stawki z klientem. Zatem platforma przetargowa jest to narzędzie nie tylko służące komunikacji między agencjami, ale także przydatne do oceny potencjału i ryzyka wynikającego z uczestnictwa w konkursie.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 25 marca 2014 r. (17:07); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 12 lutego 2013 r. (18:24); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA], adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: prośba o ofertę, k. 138a;
 - Wiadomość e-mail z 16 lutego 2009 r. (16:49), nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 138a;
 - Wiadomość e-mail z 13 lipca 2016 r. (12:15); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Zmiana w przetargu – [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;

- Wiadomość e-mail z 20 stycznia 2011 r. (12:35); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: konkurs na nowy CI, k. 561.

(88) W pkt 23 „Kodeks Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design” zostało wskazane: *„[d]ążenie do jawności informacji o podmiotach uczestniczących w przetargach wśród tych podmiotów. W tym celu Członkowie Klubu zobowiązują się, każdorazowo w przypadku otrzymania zaproszenia do przetargu, do podjęcia próby uzyskania od Klienta informacji o zaproszonych podmiotach oraz do zgłaszania przetargów za pomocą narzędzia platformy internetowej przygotowanej przez SAR”*.

(89) SAR wskazywał, że korzyści płynące dla agencji z używania platformy przetargowej to m.in: wiedza jakie podmioty są zaangażowane w konkurs, ocena ryzyka udziału w postępowaniu (w kontekście konkurencyjności). SAR podkreślał też, że platforma umożliwi wszystkim uczestnikom konkursu wymianę informacji dotyczących kwestii proceduralnych, takich jak terminy w postępowaniu przetargowym.

Dowód:

- Dokument „Platforma Przetargowa”, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 13 lipca 2016 r. (12:15); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Zmiana w przetargu – [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 11 lipca 2016 r. (16:35); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Platforma przetargowa SKM SAR, k. 561;
- Raport spotkania grupy roboczej dot. nowej strony przetargowej_26 08 2014 – Kopia.pptx, k. 561.

(90) [INFORMACJA CHRONIONA] również potwierdził, że wiedza o tym z kim się konkuruje jest bardzo istotna. Zauważa, że *„[k]ażdy przetarg to podjęcie ryzyka zawodowego. Jeżeli chce podjąć to ryzyko to chciałbym wiedzieć czy konkuruję z największymi, czy z malutkim studyjkiem. Czyli teraz ja, jeżeli wiem, że do przetargu są zaproszone same po prostu najlepsze studia to ja mogę np. podjąć decyzję, że jest to zbyt duże dla mnie ryzyko, tak bo wiem np. że z nimi nie wygram, bo nie mam takiej siły i nie tracę czas. Nie ryzykuję swojego czasu więc wydaje się, że jest to absolutnie fair bo ja wtedy wiem z kim konkuruję”*.

Dowód:

Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA] złożone 22 lutego 2018 r. podczas przeszukania u [INFORMACJA CHRONIONA] (19:41), k. 711.

(91) Należy także zauważyć, że agencje innymi środkami konkurują z kluczowymi graczami w danym segmencie, a innymi z niewielkimi, butikowymi firmami. Wynika to z różnego podejścia tych podmiotów do realizowania usług oraz różnego charakteru i źródła kosztów

operacyjnych. Jeśli zatem danemu przedsiębiorcy zależy na wygraniu konkursu i rzeczywistym konkurowaniu (tj. złożeniu oferty relewantnej dla klienta), to wiedza o innych uczestnikach jest z perspektywy organizatora postępowania zaletą.

Dowód: Pismo SAR do Prezesa Urzędu z 31 stycznia 2020 r., k. 176-203.

6.2.2. Liczba podmiotów biorących udział w konkursie

(92) Część agencji przed podjęciem decyzji o wzięciu udziału w konkursie pytała klienta o liczbę zaproszonych agencji. Platforma przetargowa mogła przy tym ułatwiać ustalenie liczby agencji biorących udział w danym konkursie, w przypadku, gdyby klient nie udzielił takiej odpowiedzi.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 6 lipca 2010 r. (17:08); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: BRIEF opakowanie [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 23 lipca 2008 r. (10:09); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Opakowanie [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 20 stycznia 2011 r. (12:35); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: konkurs na nowy CI, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 26 października 2012 r. (13:58); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 22 maja 2013 r. (11:05); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 5 czerwca 2013 r. (12:10); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: Zaprośzenie do złożenia oferty [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 16 maja 2016 r. (22:58); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: NB / mail 2/3, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 15 listopada 2016 r. (17:35); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(93) SAR mógł zachęcać agencje, aby rezygnowały z udziału w konkursach, do których zaproszono powyżej 5 agencji. W Białej Księdze wskazano, że: „[r]ekomenduje się nie zapraszanie do przetargu więcej niż 4-5 Agencji, ograniczając ich liczbę do 2-3 na kolejnym etapie przetargu,

gdzie oczekuje się już wykonania prac kreatywnych i tym samym, gdzie konieczne będzie zastosowanie opłat za przetarg”. Również w dokumencie zawierającym listę pytań pomocniczych dla agencji na etapie podejmowania decyzji czy przystąpić do danego konkursu pojawia się zalecenie aby zrezygnować z udziału w konkursie jeżeli zaproszonych jest powyżej 5 agencji. Platforma przetargowa mogła z kolei być narzędziem ułatwiającym ustalenie monitorowania przez SAR przestrzegania rekomendacji dotyczących liczby agencji.

- Dowód:**
- Dokument „Lista pytań pomocniczych dla agencji na etapie podejmowania decyzji czy przystąpić do danego przetargu czy też nie.”, k. 15;
 - Wiadomość e-mail z 24 lipca 2017 r. (19:02); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 138a;
 - Dokument „Biała Księga Branży Komunikacji Marketingowej” k. 411-477;
 - Wiadomość e-mail z 1 sierpnia 2017 r. (8:54); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: dotyczy przetargu pn. Wybór Wykonawcy do kompleksowej obsługi marketingowej, k. 138a.

(94) Rekomendowana przez SAR maksymalna liczba agencji mogła się przy tym różnić w zależności od rodzaju agencji zapraszanych do konkursu. Przykładowo, odnośnie do agencji eventowych, SAR wskazywał, że zaproszenie 4 agencji jest wystarczające aby zapewnić konkurencyjny wybór, oraz że na prośbę agencji interweniują u klientów zapraszających do konkursu większą liczbę agencji. Dodał też, że: *„[n]amawiamy też agencje do podnoszenia tej kwestii przy stole negocjacyjnym, kiedy uczestnicząc w postępowaniu przetargowym są świadkami takiej sytuacji [zapraszania większej liczby agencji – przypis własny]”*.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 23 lutego 2017 r. (15:10); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re:Re: [INFORMACJA CHRONIONA] - pytania, k. 561;

(95) W przypadku, gdy klient zapraszał większą niż rekomendowana liczba agencji do konkursu to SAR interweniował kontaktując się, pisemnie lub telefonicznie, z takim klientem. SAR powoływał się przy tym na koszty agencji uczestniczących w konkursach. SAR interweniował również u klienta w przypadku, gdy ten nie podał liczby agencji biorących udział w konkursie.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 24 lipca 2017 r. 19:02; nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 138a;
 - Wiadomość e-mail z 16 lutego 2018 r. (14:40); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;

- Wiadomość e-mail z 13 października 2015 r. (11:12); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 24 sierpnia 2016 r. (9:16); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: RE:RE: Przetargi – interwencja u klienta, k. 561;
- Wiadomość e-mail z 8 stycznia 2013 r. (17:26); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(96) W wyniku rozmów z klientami, SAR podpisywał z nimi porozumienia przetargowe lub listy intencyjne, które miały określać standardy organizowanych w przyszłości konkursów przez klienta. W porozumieniach znajdowały się również ograniczenia dotyczące maksymalnej liczby agencji zapraszanych kreatywnego etapu konkursu.

Dowód: Wiadomość e-mail z 24 maja 2016 r. (12:51); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;

(97) Liczba agencji zaproszonych do konkursu także ma wpływ na decyzję, czy dana agencja zdecyduje się wystartować w takim konkursie. W artykule prasowym pt. „Klient nie nasz pan” przedstawiciele agencji marketingowych wskazali że: *„[w] tej chwili nasza branża bardziej niż na opłatach za udział w przetargu skoncentrowała się na tym, by nie było w nim więcej niż cztery-sześć agencji”* oraz *„[n]ie startujemy w postępowaniach, w których jest więcej niż sześć agencji, no chyba że jest to wysłanie RFI. PZU poprosiło nas o podanie podstawowych informacji na temat agencji. Rozumiem to jako kwalifikację do następnego etapu. Ale jeśli w nim będzie 20 agencji, nie weźmiemy w nim udziału”*.

Dowód: Artykuł prasowy „Klient nie nasz pan” z 16 czerwca 2016 r., k. 562-563.

(98) Agencje także same zwracały się do SAR-u z prośbą o interwencję w przypadku, gdy klient zaprosił zbyt wiele agencji do konkursu. Czasami również rezygnowały z tego powodu z udziału w takim konkursie, wpisując ten powód rezygnacji również na platformie przetargowej.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 9 kwietnia 2015 r. (10:34); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
- Wiadomość e-mail z 24 czerwca 2015 r. (9:12); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Przetarg [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(99) [INFORMACJA CHRONIONA] wyjaśnił, że „[a]gencje przekazują sobie te informacje [informacje zamieszczane na platformie przetargowej o przystąpieniu do konkursu – dopisek wł.] aby wiedzieć ile agencji jest zaproszonych do przetargu, żeby mieć świadomość, że startują w przetargu, w którym jest np. 10 agencji”.

Dowód: Wyjaśnienia [INFORMACJA CHRONIONA], złożone 20 lutego 2018 r. podczas przeszukania w Stowarzyszeniu Komunikacji Marketingowej SAR w Warszawie (22:30), k. 707.

6.2.3. Informacje dotyczące *rejection fee*

(100) Agencje brandingowe dodatkowo mogły też wykorzystywać platformę przetargową w celu sprawdzenia, które z agencji zgodziły się wziąć udział w konkursie, mimo że klient nie oferował *rejection fee* lub oferował je na niższym niż zalecanym poziomie.

Dowód:

- Wiadomość e-mail z 12 lutego 2013 r. (18:24); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Re: prośba o ofertę, k. 138a;
- Wiadomość e-mail z 16 lutego 2009 r. (16:49); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 138a;
- Wiadomość e-mail z 13 lutego 2015 r. (16:52); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: FW: złamanie zasad strony przetargowej, 138a;
- Miesięczny raport z działań w projekcie „Klient-agencja” z dnia 1 lutego 2016 r., k. 561.

(101) Zdarzało się, że agencje negocjujące wyższą stawkę *rejection fee* sprawdzały przy wykorzystaniu platformy przetargowej, która z konkurencyjnych agencji zdecydowała się wziąć udział w konkursie, czyli tym samym zgodziła się na niższą kwotę *rejection fee* proponowaną przez klienta.

Dowód: Wiadomość e-mail z 18 lutego 2009 r. (11:06); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA], [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: Fwd: przetarg – rejection fee, k. 138a.

(102) Na platformie przetargowej agencje miały też możliwość podania powodu rezygnacji z uczestnictwa w konkursie. Wśród takich powodów wymienianych przez agencje brandingowe było, że „[n]ie uczestniczymy w darmowych przetargach” lub „Nie uczestniczymy w bezpłatnym przetargu kreatywnym”. Powody rezygnacji z udziału

w konkursie były widoczne dla wszystkich agencji, które zgłosiły na platformie udział w danym konkursie.

Dowód: Wiadomość e-mail z 8 stycznia 2013 r. (17:21); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] i [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: PRZETARGI/zabawny rozwój sytuacji ☺, k. 561.

7. Sąd Koleżeński

(103) Wewnątrz SAR działa Sąd Koleżeński, którego zadaniem jest pilnowanie etyki/zasad pracy branży reklamowej oraz opiniowanie i rozwiązywanie konfliktów pomiędzy członkami SAR (również pomiędzy członkami SAR a niezrzeszonymi w nim firmami z branży).

Dowód: Dokument „WYTYCZNE do działania Sądu Koleżeńskiego SAR”, k. 561.

(104) Sąd Koleżeński rozpatruje sprawy zgodności postępowania członków stowarzyszenia i kandydatów do stowarzyszenia ze Statutem Stowarzyszenia oraz z dobrymi obyczajami w komunikacji marketingowej. Sąd Koleżeński zbiera się co najmniej raz w miesiącu. Wniosek o rozpatrzenie sprawy może złożyć każdy pod warunkiem, że sprawa dotyczy postępowania członka SAR lub składający jest członkiem SAR. Wniosek składa się do biura SAR. Sesje SK zwołuje przewodniczący SAR. Do ważności sesji potrzebnych jest co najmniej 3 sędziów, a do ważności wyroku zwykła większość.

Dowód: Dokument „WYTYCZNE do działania Sądu Koleżeńskiego SAR” k. 561.

(105) W dokumencie zatytułowanym „WYTYCZNE do działania Sądu Koleżeńskiego SAR” zostały wskazane następujące kary za złamanie zasad obowiązujących przy korzystaniu z platformy przetargowej:

1. spóźnienie zgłoszenia do 96 h – upomnienie pocztą elektroniczną lub telefonicznie;
2. powtórne spóźnienie do 96 h – upomnienie listowne;
3. powtórne spóźnienie powyżej 96 h – powiadomienie członków SAR;
4. ponad trzykrotne niewpisanie uczestnictwa – powiadomienie mediów;
5. wygrana w przetargu, którego się nie wpisało – kara pieniężna 4.000,00 zł dla każdej agencji;
6. wielokrotna wygrana w niewpisanych przetargach – wniosek o wykluczenie z SAR.

Dowód: Dokument „WYTYCZNE do działania Sądu Koleżeńskiego SAR”, k. 561.

(106) Z kolei zgodnie z regulaminem strony przetargowej:

1. za spóźnienie we wpisach na stronę przewidziana została kara upomnienia wysłana pocztą elektroniczną lub przekazana telefonicznie. Jeśli Sąd Koleżeński upomni danego użytkownika 3 razy, każde kolejne upomnienie będzie karane karą pieniężną wysokości 1.000 zł.;
2. za niewpisanie informacji odnoszących się do konkursu, w którym użytkownik brał udział została przewidziana kara pieniężna na rzecz SAR w wysokości 1.000 zł. (w sytuacji gdy użytkownik nie wygrał konkursu) i 10.000 zł. (w sytuacji gdy użytkownik wygrał konkurs);
3. za zamieszczenie na stronie przetargowej danych lub informacji nieprawdziwych, nieaktualnych lub nierzetelnych została przewidziana kara pieniężna na rzecz SAR nie wyższa niż 10.000 zł.⁶;
4. za uporczywe i rażące naruszanie zasad uczestnictwa w stronie przetargowej zawieszenie w prawach członka z jednoczesnym wnioskiem do najbliższego Walnego Zebrania Członków SAR o skreślenie z listy członków stowarzyszenia.

(107) Oddzielny regulamin obowiązywał dla agencji brandingowych, gdzie były przewidziane inne wysokości kar (o 50% niższe od wskazanych powyżej dla punktu 1 i 2).

Dowód: Pismo SAR do Prezesa Urzędu z 22 kwietnia 2020 r., k. 385-397.

(108) Decyzje o wprowadzeniu sankcji były podejmowane przez Sąd Koleżeński na otwartym posiedzeniu, ale dopuszczano możliwość uczestnictwa zainteresowanych stron. Sąd Koleżeński wszczynał postępowania na pisemny wniosek członka SAR.

Dowód: Regulamin strony przetargowej SAR, k. 514-521.

(109) Ponieważ SAR jest organizacją dobrowolną, nie ma on możliwości egzekwowania orzeczeń wydawanych przez SK – opiera się jedynie na apelowaniu do agencji. Sąd Koleżeński nie może również nakładać kar na osoby niezrzeszone w SAR, w takim wypadku może jedynie zająć stanowisko.

Dowód: Regulamin strony przetargowej SAR, k. 514-521.

(110) Jeżeli dana agencja nie zgłosiła swojego uczestnictwa w konkursie na platformie przetargowej, to inne agencje startujące w danym konkursie zgłaszały ją do Sądu Koleżeńskiego za działania niezgodne z ustalonymi wspólnie dobrymi praktykami. Agencja zgłaszająca mogła przy tym pozostać anonimowa. Zdaniem jednej z agencji nie umieszczanie informacji o udziale w konkursie jest „(...) *celowym wprowadzaniem konkurencji w błąd*”.

⁶ Ta kara była przewidziana od zmiany regulaminu 3 grudnia 2014 r.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 13 lutego 2015 r. (16:52); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: FW: złamanie zasad strony przetargowej, k. 138a;
 - Wiadomość e-mail z 3 stycznia 2013 r. (13:49); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: spotkanie Sądu Koleżeńskiego w sprawie przetargu [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 17 lutego 2014 r. (15:01); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re: brzydki przetarg, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 26 lutego 2014 r. (14:54); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: FW: przetarg, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 15 kwietnia 2014 r. (09:53); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: interwencja – przetarg, k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 23 sierpnia 2016 r. (12:17); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Do Sądu Koleżeńskiego przy SKM SAR – dot. Przetargu nr [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(111) Również zarząd SAR-u powierzał sprawy Sądowi Koleżeńskiemu do rozpatrzenia, gdy posiadał informacje że któraś z agencji nie zgłosiła konkurs na platformie.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 24 czerwca 2015 r. (9:12); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Przetarg [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 9 kwietnia 2015 r. (10:34); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA]; adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); temat: Re: Re: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Wiadomość e-mail z 18 marca 2015 r. (09:56); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR); adresat: [INFORMACJA CHRONIONA]; temat: RE: RE: [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

(112) Do 2016 r. Sąd Koleżeński nałożył co najmniej kilka kar finansowych w wysokości 10.000 zł na agencje, które nie zarejestrowały (bądź zarejestrowały z opóźnieniem) na platformie konkursu, który następnie wygrały. Kary te były nakładane w zawieszeniu na 2 lata – agencje finalnie nie były obciążane jeżeli ponownie nie złamały regulaminu platformy przetargowej. Sąd Koleżeński nałożył również co najmniej kilka kar w wysokości od 300 zł do 1.000 zł za brak rejestracji (bądź rejestrację z opóźnieniem) konkursów, których dana agencja nie wygrała. W przypadku nałożenia kary finansowej, SAR wystawiał agencji notę obciążeniową

na określoną kwotę. W 2016 r. Sąd Koleżeński przestał stosować kary finansowe, jednak nadal stosował upomnienia oraz nagany.

- Dowód:**
- Wiadomość e-mail z 20 października 2016 r. (16:00); nadawca: [INFORMACJA CHRONIONA] (SAR), adresat: [INFORMACJA CHRONIONA] i inni; temat: RE:RE: Podsumowanie ustaleń Sądu Koleżeńskiego, k. 561;
 - Orzeczenie Sądu Koleżeńskiego SKM SAR z 12 grudnia 2014 r. w sprawie [INFORMACJA CHRONIONA], k. 44;
 - Orzeczenie Sądu Koleżeńskiego SKM SAR z 12 grudnia 2014 r. w sprawie [INFORMACJA CHRONIONA], k. 50;
 - Orzeczenie Sądu Koleżeńskiego SKM SAR z 12 grudnia 2014 r. w sprawie [INFORMACJA CHRONIONA], k. 48;
 - Orzeczenie Sądu Koleżeńskiego SKM SAR z 25 października 2016 r. w sprawie [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Orzeczenie Sądu Koleżeńskiego SKM SAR z 25 października 2016 r. w sprawie [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Nota obciążeniowa 1/2014 z 30 grudnia 2014 r. wystawiona dla [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561;
 - Nota obciążeniowa 4/2014 z 30 grudnia 2014 r. wystawiona dla [INFORMACJA CHRONIONA], k. 561.

8. Stanowisko strony postępowania

- (113) W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego SAR w piśmie z 31 stycznia 2020 r. wniósł o wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 u.o.k.k. Ostateczna treść zobowiązań przedstawionych przez SAR została wskazana w akapicie (5) decyzji.
- (114) Jednocześnie z powyższym wnioskiem SAR przedstawił swoje stanowisko w niniejszej sprawie. SAR wskazał, że podejmowane przez niego działania, a kwestionowane przez Prezesa Urzędu, miały służyć edukacji i popularyzacji dobrych praktyk wypracowanych wcześniej w obrocie przez uczestników konkursów, a następnie usystematyzowanych w formie Białej Księgi. Z tego względu, SAR stanowczo zaprzeczył jakoby celem lub skutkiem działań przez niego podejmowanych było ograniczenie konkurencji.
- (115) SAR odniósł się do każdego z postawionych przez Prezesa Urzędu w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego zarzutów. W zakresie zarzutu pierwszego SAR zwrócił uwagę na specyfikę postępowań konkursowych na rynku reklamowym, szczególnie przetargów brandingowych. W przypadku agencji brandingowych klient rozpisujący konkurs na rebranding często oczekuje od agencji np. przedstawienia gotowych do użycia propozycji

znaku, logotypu czy opakowania produktu, a zatem w zasadzie końcowego efektu potencjalnej odpłatnej współpracy.

- (116) Strona postępowania podniosła także, że tryb przetargowy wiąże się ze zwiększeniem po stronie agencji ryzyka biznesowego odnośnie do rozpoczęcia procesu nawiązania współpracy z potencjalnym klientem.
- (117) SAR zarazem wyjaśnił, że głównym uzasadnieniem dla stosowania *rejection fee* jest potencjał tej opłaty w kontekście skłaniania klientów do świadomego i etycznego organizowania konkursów. *Rejection fee* nie daje bezpośredniej korzyści konkretnemu oferentowi, ale rynkowi agencji reklamowych jako całości. Dzieje się tak dlatego, że klient, który zamierza bezrefleksyjnie rozpiścić konkurs dla kilkunastu czy kilkudziesięciu agencji, sam niczego nie ryzykując, obciąża swoich potencjalnych kontrahentów ponad miarę.
- (118) Z kolei w zakresie zarzutu organizowania przez SAR wymiany między agencjami informacji dotyczących uczestnictwa w konkursach, SAR wskazuje, że ani przyczyna, dla której stworzona została platforma przetargowa, ani rezultaty z jej wykorzystywania, nie tylko nie spowodowały ograniczenia konkurencji, ale nawet nie miały możliwości do takiego skutku doprowadzić.
- (119) SAR wskazał, że platforma była przewidziana jako instrument analityczny, umożliwiający prowadzenie wewnętrznych statystyk i wyciąganie wniosków ze zagregowanych w ten sposób danych. Jednocześnie SAR wyjaśnił, że organizatorzy konkursów nadwyrężali rynek reklamowy m.in. poprzez organizowanie konkursów dla zbyt dużej liczby oferentów oraz pozostawianie postępowań bez rozstrzygnięcia i dokonania wyboru najlepszej oferty.
- (120) Uzasadniając swoje stanowisko SAR wskazał, że założeniem funkcjonowania platformy przetargowej nie było dostarczanie agencjom informacji mających na celu nakłonienie ich do rezygnacji z udziału w konkursie. Przeciwnie, celem było umożliwienie im dokonania realnej oceny sytuacji rynkowej i skutecznego konkurowania z innymi uczestnikami postępowania.
- (121) SAR podniósł, że platforma przetargowa była narzędziem nieskutecznym z uwagi na niejednolite do niej podejście ze strony agencji i brak rejestrowania przez poszczególnych członków SAR postępowań konkursowych. W związku z tym dane pozyskiwane w ramach platformy były dalece niemiarodajne i przez to mało przydatne. Powyższe wpłynęło na podjęcie przez SAR decyzji o wyłączeniu platformy.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny, Prezes Urzędu zważył, co następuje

9. Interes publiczny

Ramy prawne

- (122) Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Prezes Urzędu jest rzecznikiem tego interesu, co wynika z jego zadań w strukturze administracji rządowej. Działając w interesie publicznym, Prezes Urzędu podejmuje działania, gdy konieczna jest ochrona konkurencji jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Dobrem chronionym przez przepisy u.o.k.k. jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza.⁷ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni istnienie konkurencji jako optymalnego sposobu podziału dóbr, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny.⁸

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (123) Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznego. Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym i w każdej sprawie powinien zostać skonkretyzowany. Podkreślić należy, że istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Naruszenia analizowane w niniejszej sprawie dotyczyły szerokiego, nieoznaczonego kręgu podmiotów, tj. zarówno wszystkich podmiotów organizujących konkursy, jak i podmiotów biorących udział w tych konkursach, w tym agencji członkowskich SAR. Porozumienia dotyczyły wymiany informacji między agencjami oraz koordynacji zachowań agencji brandingowych odnośnie do udziału w konkursach, co przekładało się na brak samodzielności w decyzjach podejmowanych przez agencje marketingowe, a w szczególności brandingowych. Natomiast działanie w warunkach konkurencji wymaga samodzielności w podejmowaniu decyzji. Wobec tego, działanie SAR-u w przedmiotowej sprawie mogło zakłócać konkurencję poprzez wyeliminowanie lub ograniczanie poziomu niepewności między uczestnikami porozumienia i tym samym uderzać w istotę konkurencji rynkowej.

⁷ Wyrok SOKiK z 16 listopada 2005 r., sygn. akt XVII Ama 97/04, Legalis nr 73886.

⁸ Wyrok SN z 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07, Legalis nr 175656.

- (124) Podsumowując w niniejszej sprawie został naruszony interes publicznoprawny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku usług komunikacji marketingowej nabywanych w drodze konkursu oraz konkurowania przedsiębiorców w konkursach, co uzasadnia ocenę zachowania strony postępowania antymonopolowego w świetle przepisów u.o.k.k. oraz TFUE.

10. Strona postępowania – status przedsiębiorcy

Ramy prawne

- (125) Adresatem zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 6 u.o.k.k. oraz 101 TFUE są podmioty posiadające status przedsiębiorcy.
- (126) Za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1292 ze zm., dalej: „**Prawo przedsiębiorców**”) należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą działalność gospodarczą. Z kolei w myśl art. 3 tej ustawy, działalność gospodarcza to zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.
- (127) Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 1 u.o.k.k. pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć także związek przedsiębiorców. Natomiast art. 4 pkt 2 u.o.k.k. definiuje związek przedsiębiorców jako izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w art. 4 pkt 1 tej ustawy, jak i związki tych organizacji.
- (128) Związkiem przedsiębiorców może być np. zrzeszenie, izba gospodarcza, organizacja samorządowa, samorzady zawodowe, cechy i izby rzemieślnicze, czy też stowarzyszenia działające na podstawie ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. - Prawo o stowarzyszeniach (t.j.: Dz.U. z 2019 r. poz. 713 ze zm.). Związkiem przedsiębiorców jest również związek osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów Prawo przedsiębiorców. Związkami przedsiębiorców są także zrzeszenia grupujące, obok przedsiębiorców, także osoby niemające takiego statusu (np. izby aptekarskie)⁹.
- (129) W doktrynie zwraca się uwagę, że „związki przedsiębiorców są, na potrzeby ustawy, przedsiębiorcami, niezależnie od tego czy same prowadzą działalność gospodarczą”¹⁰. Związek nie musi zatem ani wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 4 ustawy

⁹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 22 października 2001 r., XVII Ama 123/00, Legalis nr 65624.

¹⁰ E.Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2016, komentarz do art. 4 pkt. 1.

Prawo przedsiębiorców, ani też funkcjonować jako odrębny podmiot prawa, by uzyskać status przedsiębiorcy na gruncie u.o.k.k.

- (130) Z kolei prawo unijne posługuje się pojęciem przedsiębiorstwo, które nie zostało zdefiniowane. Zakres tego pojęcia ukształtowany został w judykaturze. Zgodnie z orzecznictwem, pod pojęciem przedsiębiorstwa rozumie się jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą, rozumianą jako jakąkolwiek działalność polegającą na oferowaniu towarów i usług na określonym rynku, niezależnie od formy prawnej tej jednostki i sposobu finansowania¹¹. Status przedsiębiorstwa z art. 101 TFUE nie jest zdeterminowany koniecznością prowadzenia działalności ciągłej i zorganizowanej w celu osiągnięcia zysku. W związku z tym przedsiębiorstwem z art. 101 TFUE może być np. podmiot prowadzący działalność non profit.
- (131) Na gruncie prawa unijnego adresatem zakazu wynikającego z art. 101 TFUE są również związki przedsiębiorstw. Związkami przedsiębiorstw są wszelkie, nawet niesformalizowane, związki współpracy samodzielnych przedsiębiorstw, konstruowane do realizacji celów prawnie dopuszczonych, a także związki związków przedsiębiorstw¹². W rozumieniu prawa unijnego związkiem przedsiębiorców może być także stowarzyszenie działające *non-profit*, których członkowie mają wspólne interesy¹³.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (132) SAR jest stowarzyszeniem wpisanym do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej oraz do rejestru przedsiębiorców prowadzonych przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000177032. Stowarzyszenie posiada osobowość prawną.
- (133) Stowarzyszenie działa na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz poza jej granicami zgodnie z przepisami miejscowymi (§ 4 Statutu SAR).
- (134) Zgodnie z § 9 Statutu SAR członkami SAR są osoby prawne i osoby fizyczne, w tym osoby fizyczne pełniące funkcje kierownicze u przedsiębiorców, których podstawowym przedmiotem działalności jest świadczenie usług w zakresie komunikacji marketingowej.

¹¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23 kwietnia 1991 r. *Klaus Höfner and Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH*, C-41/90, EU:C:1991:161, akapit 21; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18 czerwca 1998 *Komisja przeciwko Italy* C-35/96, EU:C:1998:303, akapit 36; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 12 lipca 2012 *CompassDatenbank GmbH przeciwko Republik Österreich*, C-138/11, EU:C:2012:449, akapit 35.

¹² G. Materna, Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji, Warszawa 2009, s. 143.

¹³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16 listopada 1996 w sprawie *FFSA and Others przeciwko Ministère de l'Agriculture and de la Pêche*, C-244/94, EU:C:1995:392, akapit 21; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21 września 1999 r., w sprawie *Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, EU:C:1999:430, akapit 85; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21 września 1999 r., w sprawie *Brentjens' Handelsonderneming BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, C-115– 117/97, EU:C:1999:434 akapit 85.

- (135) Wobec powyższego SAR zrzesza obok agencji będących przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów Prawo przedsiębiorców także osoby pełniące funkcje kierownicze u przedsiębiorców. Należy przy tym zaznaczyć, że zgodnie z orzeczeniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹⁴ związkami przedsiębiorców są zrzeszenia grupujące obok przedsiębiorców, także osoby nie mające takiego statusu. W wyroku tym Sąd orzekł bowiem, że poprzez związek przedsiębiorców należy rozumieć wszystkie związki przedsiębiorców, a nie tylko te, które zrzeszają wyłącznie przedsiębiorców.
- (136) Mając powyższe na uwadze, SAR jako związek przedsiębiorców (przedsiębiorstw) mieści się w zakresie podmiotowym przepisów u.o.k.k. oraz TFUE.

11. Rynek właściwy

Ramy prawne

- (137) Rynkiem właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 9 u.o.k.k. jest 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 rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Natomiast pod pojęciem towaru należy rozumieć zgodnie z art. 4 pkt 7 u.o.k.k. zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.
- (138) Zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów definicja rynku właściwego wyznacza dwa jego wymiary: wymiar towarowy (rynek właściwy produktowo) i wymiar geograficzny (rynek właściwy terytorialnie). W podobny sposób pojęcie rynku właściwego zdefiniowane zostało w Obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. WE 1997, C 372/5). W obwieszczeniu Komisja stwierdziła, że rynek właściwy określony jest przez połączenie rynków produktowych oraz geograficznych.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (139) Prezes Urzędu uznał, że w przedmiotowym postępowaniu rynkiem właściwym jest krajowy rynek usług komunikacji marketingowej nabywanych w drodze konkursu, który podlega dalszej segmentacji zależnie od rodzaju usług komunikacji marketingowych.

¹⁴ Wyrok SOKiK z 22 października 2001 r., sygn. akt XVII Ama 123/00, Legalis nr 65624.

11.1. Rynek produktowy

- (140) Na usługi komunikacji marketingowej składają się różne rodzaje usług, np. reklamy telewizyjne, kampanie reklamowe w internecie, dbanie o wizerunek marki (*public relations*), tworzenie marki, organizacja wydarzeń (*eventów*). Usługi te są jedynie częściowo wymienne z punktu widzenia nabywców. Zależnie od segmentu rynku, na którym funkcjonuje marka oraz grupy, do której klient chce trafić z przekazem marketingowym skuteczne będą różne przekazy komunikacji marketingowej¹⁵. Należy więc uznać, że rynek komunikacji marketingowej dzieli się dalej na segmenty takie jak segment usług brandingowych czy segment usług public relations. Również w Białej Księdze przygotowanej przez SAR dla konkursów na usługi z każdego segmentów został przygotowany oddzielny rozdział.
- (141) Agencje marketingowe zajmują się dostarczaniem usług komunikacji marketingowej i mogą oferować usługi z jednego segmentu (agencje wyspecjalizowane) bądź z kilku różnych (agencje *full-service*). Nie jest przy tym możliwe jednoznaczne wskazanie wszystkich kategorii agencji wyspecjalizowanych, ze względu na różnorodność usług, które świadczą takie podmioty oraz brak ścisłego rozgraniczenia między tymi usługami. Niemniej jednak można wyróżnić np. agencje brandingowe, agencje interaktywne czy agencje eventowe (akapit (27) decyzji).
- (142) Klienci nabywają usługi agencji komunikacji marketingowej bezpośrednio nawiązując współpracę z jedną wybraną przez siebie agencją albo organizując konkursy, do których zapraszają więcej agencji, a następnie wybierają jedną z nich w celu nawiązaniu współpracy. Organizacja konkursów na usługi agencji marketingowych została szerzej opisana w akapitach (33) - (34) decyzji.
- (143) Zarzucane praktyki dotyczą wyłącznie zachowań agencji w zakresie konkursów i nie miały przełożenia na pozostałą część rynku, gdzie klienci od razu decydują się na współpracę z konkretną agencją. Ponadto, nie wszystkie agencje oferujące usługi komunikacji marketingowej biorą udział w konkursach organizowanych przez klientów, ponieważ łączy się to m.in. z dużymi kosztami po stronie agencji w związku z przygotowaniem rozwiązania kreatywnego (np. pomysłu na spot telewizyjny) oraz brakiem pewności wygranej w konkursie, a tym samym otrzymania zlecenia. Agencji biorących udział w konkursach na usługi komunikacji marketingowej jest około 200.

Dowód: Raport „Dobre praktyki na rynkach komunikacji marketingowej w Polsce. Proces wprowadzenia i skutki ekonomiczne”, k. 64.

¹⁵ Przykładowo, marki skierowane do osób starszych raczej nie będą korzystać z internetowych narzędzi komunikacji. Z kolei do usług wirtualnych nie ma potrzeby tworzyć opakowań dla produktów.

- (144) Z punktu widzenia nabywcy usług komunikacji marketingowej, bezpośredni wybór agencji nie jest substytutem dla zorganizowania konkursu, gdzie może on porównać pomysły agencji dotyczące rozwiązania proponowanego dla konkretnego zamówienia. Organizacja konkursu na usługi komunikacji marketingowej jest rozwiązaniem droższym dla klienta, ponieważ musi on poświęcić czas na przygotowanie briefu, ewentualne spotkania z każdą zaproszonych do agencji konkursów oraz indywidualną ocenę rozwiązań zaproponowanych przez każdą z agencji. Równocześnie jednak takie rozwiązanie przynosi korzyści dla klienta w postaci możliwości zapoznania się z propozycjami kilku agencji przed wyborem konkretnej agencji.
- (145) Prezes Urzędu uznał więc, że rynkiem właściwym jest rynek usług komunikacji marketingowej nabywanych w drodze konkursów.
- (146) Przy tym, praktyka wskazana w punkcie I.A sentencji decyzji (uzgadnianie odmowy brania udziału w bezpłatnych konkursach) dotyczy jedynie segmentu tego rynku, który dotyczy usług brandingowych. Praktyka wskazana w punkcie I.B decyzji (organizacja wymiany informacji) dotyczy wszystkich segmentów rynku.

11.2. Rynek geograficzny

- (147) Analizując okoliczności sprawy, Prezes Urzędu uznał, że rynek usług komunikacji marketingowej nabywanych w drodze konkursów ma wymiar krajowy. Odnosi się to do wszystkich segmentów tego rynku.
- (148) Okoliczności przemawiające za takim definiowaniem rynku to przede wszystkim bariery językowe oraz różnice w gustach odbiorców do których kierowane są przekazy marketingowe, a także różnice w cenach usług marketingowych. Z analizy konkursów, w których biorą udział agencje marketingowe wynika, że są one organizowane przez podmioty prowadzące działalność na terenie Polski.
- (149) Agencje marketingowe będące członkami SAR-u prowadzą w dużej części działalność wyłącznie na terenie Polski oraz świadczą przede wszystkim usługi dotyczące marek i podmiotów dostępnych na polskim rynku.

12. Wpływ na handel między Państwami Członkowskimi

Ramy prawne

- (150) Stosownie do art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 1/2003 w celu zapewnienia skutecznego stosowania unijnych reguł konkurencji organy ochrony konkurencji i krajowe sądy stosują obecny art. 101 TFUE w sytuacji, gdy stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych na mocy art. 101 TFUE. Zgodnie z art. 101 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są

wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.

- (151) Przesłanką zastosowania prawa unijnego przez Prezesa Urzędu jest więc możliwość wywarcia wpływu przez badaną praktykę na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej. W celu ustalenia istnienia takiego wpływu należy w szczególności przeanalizować pojęcia „handlu między państwami członkowskimi”, „wpływu” na handel oraz „odczuwalności” wpływu na handel¹⁶.

12.1. Handel między Państwami Członkowskimi

- (152) Pojęcie „handlu między Państwami Członkowskimi” należy interpretować szeroko jako wszystkie formy transgranicznej działalności przedsiębiorców. Przez określenie to należy rozumieć wszelkiego rodzaju wymianę dóbr w ramach swobód rynku wewnętrznego, obrót towarami, usługami lub kapitałem. Pojęcie handlu w rozumieniu art. 101 TFUE obejmuje również możliwość podjęcia działalności gospodarczej na terytorium objętym porozumieniem przez przedsiębiorstwo z innego państwa członkowskiego¹⁷, również w postaci oddziału lub spółki zależnej¹⁸.
- (153) Kwestia występowania handlu między Państwami Członkowskimi pozostaje niezależna od zdefiniowania rynku właściwego w wymiarze geograficznym. Innymi słowy, handel między Państwami Członkowskimi może występować również w przypadku, gdy rynkiem właściwym jest rynek krajowy jednego Państwa Członkowskiego¹⁹.

12.2. Wpływ na handel

- (154) Określenie „wpływ na handel” oznacza, że musi istnieć możliwość przewidzenia z dostatecznym prawdopodobieństwem na podstawie zbioru obiektywnych czynników prawnych i faktycznych, że praktyka może mieć wpływ, bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę handlu między państwami członkowskimi²⁰. Przy

¹⁶ Obwieszczenie Komisji Europejskiej – Wytyczne w sprawie koncepcji wpływu na handel zawartej w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004 r., str. 81-96, (wersja polska Addendum do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej C 291 z dnia 30.11.2006 r., Dz. Urz. UE C 384 z 18.10.2016 r., str. 22-37), dalej: „Wytyczne w sprawie wpływu na handel”, pkt 18.

¹⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1981 r. w sprawie 172/80 *Gerhard Züchner przeciwko Bayerische Vereinsbank AG*, EU:C:1981:178, akapit 18; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28 stycznia 1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, EU:C:1986:41, akapit 26; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 *Ambulanz Glöckner przeciwko Landkreis Südwestpfalz*, EU:C:2001:577, akapit 49.

¹⁸ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 30.

¹⁹ Ibidem, pkt 22.

²⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau*, EU:C:1966:38.

czym, nie jest konieczne rzeczywiste istnienie wpływu na handel, wystarczy sama możliwość jego wystąpienia, a więc wystarczającym jest, że działania polegające na zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia są w stanie wywołać takie skutki, bez względu na to czy rzeczywiście je wywołują²¹.

- (155) Dla oceny „wystarczającego stopnia prawdopodobieństwa wpływu na handel” znaczenie mają trzy czynniki: natura porozumienia, natura produktów objętych porozumieniem, pozycja i znaczenie przedsiębiorców zaangażowanych w praktykę²².

12.3. Odczuwalność wpływu na handel

- (156) Pojęcie „odczuwalności wpływu na handel” oznacza, że wpływ na handel ma charakter istotny. Przesłanka ta odnosi się przede wszystkim do potencjału ekonomicznego przedsiębiorców zaangażowanych w praktykę. Zakres art. 101 TFUE nie obejmuje bowiem tych przypadków, gdy praktyka ma niewielki wpływ na rynek z uwagi na słabą pozycję rynkową przedsiębiorców zaangażowanych w jej stosowanie. Dla określenia, iż wpływ jest odczuwalny, podstawowe znaczenie ma pozycja rynkowa uczestników porozumienia²³.
- (157) Obok pozycji rynkowej przedsiębiorców²⁴ uczestniczących w zakazanym porozumieniu, znaczenie ma również charakter danej praktyki i rodzaj produktu objętego praktyką. Próg wykazania „odczuwalności” jest z zasady niższy w przypadkach, gdy z samego charakteru danej praktyki wynika, iż jest ona w stanie wpływać na handel między Państwami Członkowskimi²⁵.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (158) W świetle powyższych kryteriów i stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Prezes Urzędu doszedł do wniosku, że kwestionowana praktyka SAR-u wywierała odczuwalny wpływ na handel między Państwami Członkowskimi.
- (159) O spełnieniu przesłanki wpływu na handel między Państwami Członkowskimi świadczy fakt, że rozpatrywane porozumienie dotyczy całego terytorium Polski, stanowiącego istotną część rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Natomiast zgodnie z praktyką unijnego prawa konkurencji porozumienie rozciągające się na całe terytorium Państwa Członkowskiego

²¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1981 r. w sprawie 172/80 *Gerhard Züchner przeciwko Bayerische Vereinsbank AG*, EU:C:1981:178; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 grudnia 1983 r., w sprawie 319/82 *Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA przeciwko Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*, EU:C:1983:374; Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 26.

²² Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 28.

²³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28 kwietnia 1998 r., *Javico International*, C-306/96, EU:C:1998:173; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28 maja 1998 r. *John Deere Limited przeciwko Komisji*, C-7/95 P, EU:C:1998:256, akapit 119.

²⁴ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 *BPB Industries Plc i British Gypsum Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EU:T:1993:31, akapit 138.

²⁵ Wytyczne w sprawie wpływu na handel, pkt 45.

z samej swej istoty skutkuje odtworzeniem podziału jednego rynku unijnego na rynki krajowe i tym samym utrudnia wzajemne przenikanie się rynków²⁶. Trybunał Sprawiedliwości przyjął domniemanie, że porozumienie horyzontalne rozciągające się na terytorium całego Państwa Członkowskiego jest w stanie wpłynąć na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi²⁷.

- (160) Z punktu widzenia przesłanki wpływu na handel istotny również jest fakt, że w ramach SAR-u, działania te były podejmowane przez przedsiębiorstwa lub ich oddziały aktywne również w innych Państwach Członkowskich. Jak zauważyła Komisja Europejska w sprawie *Industrial and medical gases*²⁸, sytuacja taka sprawia, że wszelkie zmiany pozycji konkurencyjnej przedsiębiorstw w jednym Państwie Członkowskim będą miały wpływ na pozycję grupy jako całości. Ponadto, wzrost rentowności (względnie ograniczenie jej spadku) działalności tych podmiotów na rynku polskim mógł tym samym potencjalnie przekładać się na bardziej korzystną pozycję tych podmiotów na innych obszarach rynku wewnętrznego.
- (161) Należy także uznać, że wpływ na handel rozpatrywanego porozumienia jest odczuwalny. Przy ocenie wpływu na handel między Państwami Członkowskimi należy wziąć pod uwagę znaczącą pozycję SAR-u na rynku usług marketingowych, w tym brandingowych. SAR zrzesza wiele agencji marketingowych, a wydawane przez SAR rekomendacje są stosowane nie tylko przez agencje stowarzyszone. SAR podejmuje również działania skierowane do wszystkich podmiotów działających na rynku usług marketingowych (np. organizatorów konkursów na usługi marketingowe, pochodzących z różnych Państw Członkowskich).
- (162) Wobec powyższego zasadne jest stwierdzenie, że analizowana praktyka SAR spełnia przesłanki wpływu na handel między Państwami Członkowskim. Wobec tego po stronie Prezesa Urzędu powstał obowiązek orzekania na podstawie prawa unijnego równolegle z prawem krajowym. Stosując regulacje unijne, organy krajowe zobowiązane są do orzekania w taki sposób, w jaki orzekałaby Komisja Europejska prowadząc postępowanie w danej sprawie. Reguła ta wynika w szczególności z treści art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, zgodnie z którym Państwa Członkowskie nie mogą zakazywać porozumień, które byłyby dozwolone na podstawie przepisów unijnych, ale też nie mogą doprowadzić do zalegalizowania porozumień, które są niezgodne z art. 101 TFUE²⁹.

²⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 października 1972 r. *Vereeniging przeciwkoan Cementhandelaren*, sprawa C-8/72, EU:C:1972:84, akapit 29; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 lutego 2002 r. *Wouters*, C-309/99, EU:C:2002:98, akapit 95; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18 czerwca 1998 r. *Komisja przeciwko Włochom*, C-35/96, EU:C:1998:303, akapit 48; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 września 2009 r. *Erste Group Bank AG i inni*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P, EU:C:2009:576, akapit 43; decyzja Komisji z 24 czerwca 2004 r. *Barême d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges*, COMP/38.549, akapit 100.

²⁷ Wyrok z 4 września 2009 r. *Erste Group Bank AG i inni*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P, EU:C:2009:576, akapit 43.

²⁸ Decyzja Komisji z 24 lipca 2002 r. *Industrial and medical gases*, COMP/36.700, Dz. Urz. UE z 2003 r. L 84/1.

²⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 13 lutego 1969 r., *Walt Wilhelm i inni przeciwko Bundeskartellamt*, C-14/68, EU:C:1969:4; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10 lipca 19880 r., *Procureur de la République przeciwko Bruno Giry and*

13. Uprawdopodobnienie stosowania praktyk ograniczających konkurencję

13.1. Istota uprawdopodobnienia

Ramy prawne

- (163) Zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 u.o.k.k., jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania – że zostały naruszone zakazy, o których mowa w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 101 lub 102 TFUE, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tych zakazów, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.
- (164) W świetle przywołanego art. 12 ust. 1 u.o.k.k. do wydania przez Prezesa Urzędu decyzji zobowiązującej wystarczające jest uprawdopodobnienie naruszenia przez stronę postępowania zakazu określonego w art. 6 ustawy lub art. 101 TFUE. Instytucja uprawdopodobnienia występuje w wielu przepisach prawa, ale w żadnym z nich nie została określona ani co do istoty, ani charakteru. Z postanowienia Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2006 r., II CNP 13/05 wynika, że art. 243 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.) stanowi, iż zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że skoro ustawodawca nie zdefiniował pojęcia uprawdopodobnienie, należy przyjąć, że miał na względzie potoczne rozumienie tego określenia.
- (165) Naczelny Sąd Administracyjny³⁰ przyjął, że uprawdopodobnienie stanowi środek zastępczy dowodu w znaczeniu ścisłym, a zatem środek niedający pewności, lecz tylko wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o jakimś fakcie.
- (166) W świetle art. 12 ust. 1 u.o.k.k., uprawdopodobnienie stwierdza się na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania. Wynika z tego, że źródłem uprawdopodobnienia może być w istocie każda informacja, dokument, okoliczność, która jest znana Prezesowi Urzędu³¹.

Guerlain SA, C-253/78 i 1-3/79, EU:C:1980:188; K. Kohutek, Komentarz do rozporządzenia nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, komentarz do art. 3, LEX 2014.

³⁰ Wyrok NSA z 5 maja 1995 r., sygn. akt SA/Wr 2223/94, Legalis nr 280294.

³¹ C. Banasiński, E. Piontek (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LexisNexis 2009, s. 311.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (167) W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zgromadził informacje i dokumenty pozwalające uznać za uprawdopodobnione, że SAR naruszyło zakazy określone w art. 6 ust. 1 pkt. 2 i art. 6 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 lit. b) i art. 101 ust. 1 TFUE.

13.2. Uprawdopodobnienie zawarcia porozumienia

Ramy prawne

- (168) Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.
- (169) Podobnie przepis art. 101 TFUE stanowi, że niezgodne z wewnętrznym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym.
- (170) W ramach oceny wynikającej z art. 12 u.o.k.k., kwalifikując działania przedsiębiorcy jako naruszające zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, należy sprawdzić czy zostały uprawdopodobnione następujące przesłanki:
- a. zawarcie porozumienia;
 - b. celem lub skutkiem porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
 - c. porozumienie nie podlega wyłączeniom spod zakazu zawierania porozumień.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (171) Prezes Urzędu uprawdopodobnił, że SAR zawarł porozumienie, polegające na uzgodnieniu odmowy uczestnictwa w konkursach, w których nie została zaoferowana wymagana przez stowarzyszone agencje brandingowe opłata za udział w etapie kreatywnym, wobec czego klienci mieli ograniczone możliwości nabycia usług brandingowych.
- (172) W opinii Prezesa Urzędu w toku postępowania uprawdopodobnione także zostało zawarcie przez SAR porozumienia polegającego na wymianie poufnych informacji odnośnie do organizowanych konkursów. Wymiana poufnych informacji stanowi wyraz wzajemnego i zgodnego dążenia do ograniczenia niepewności co do przyszłego zachowania członków SAR na rynku.

(173) Uprawdopodobnione zarazem zostało, że obie praktyki miały na celu ograniczenie konkurencji oraz nie podlegają pod żadne z wyłączeń spod zakazu zawierania porozumień.

13.2.1. Forma zawartego porozumienia

Ramy prawne

(174) Zarówno prawo polskie, jak i unijne, przewiduje różne formy wielostronnych praktyk ograniczających konkurencję. Przez „porozumienia” zgodnie z art. 4 pkt. 5 u.o.k.k. rozumie się:

- a. umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów;
- b. uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki;
- c. uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

(175) Z kolei art. 101 TFUE bezpośrednio wskazuje, że zakazane są porozumienia (ang. *agreements*), uzgodnione praktyki (ang. *concerted practices*) oraz decyzje związków przedsiębiorstw (ang. *decisions by associations of undertakings*).

(176) „Uzgodnienia” jako forma zawarcia porozumienia jest przewidziana w art. 4 pkt 5 lit. b u.o.k.k., a pojęciu temu odpowiada „praktyka uzgodniona”, o której mowa w art. 101 TFUE. Przez „uzgodnienia”/„uzgodnioną praktykę” należy rozumieć taką formę kooperacji, która bez osiągnięcia etapu zawarcia właściwego porozumienia umożliwia świadome zastąpienie – praktycznym współdziałaniem pomiędzy przedsiębiorstwami – ryzyk związanych z występowaniem konkurencji między nimi³². Decydujące znaczenie dla ustalenia istnienia uzgodnienia mają bezpośrednie lub pośrednie kontakty między konkurentami, których celem lub skutkiem jest albo wywarcie wpływu na zachowania rynkowe aktualnego lub przyszłego konkurenta, albo ujawnienie temu konkurentowi sposobu działania, jaki dany przedsiębiorca zdecydował się podjąć lub też rozważyć podjęcie na rynku³³. Ponadto, uzgodnienie może mieć miejsce także wtedy, gdy przedsiębiorcy bez wyraźnego przyłączenia się do wspólnego planu określającego ich działania na rynku, świadomie przyjmują lub stosują się do narzędzia

³² Wyrok Trybunału z 14 lipca 1972 *Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji*, sprawa 48, 49 i 51-57/69, EU:C:1972:70, akapit 64 i 65.

³³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16 grudnia 1975 r., *Suiker Unie i in. przeciwko Komisji*, C-40/73, EU:C:1975:174, akapit 174; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 17 grudnia 1991 r. *SA Herkules Chemicals NV przeciwko Komisji*, T-7/89, EU:T:1991:75, akapit 258 oraz wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 12 lipca 2001 r., *Tate & Lyle plc, British Sugar plc and Napier Brown & Co. przeciwko Komisji*, T-202/98, EU:T:2001:185, akapit 56.

służącego zмовie (ang. *collusive device*), które ułatwia koordynację ich praktyk handlowych³⁴.

- (177) Wskazanej w art. 4 pkt 5 lit. c, formie porozumienia, czyli „uchwałom lub innym aktom związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych” odpowiada unijnej pojęcie „decyzje związków przedsiębiorstw”. Pojęcia te należy rozumieć szeroko, jako przejaw woli zmierzający do tego, by określone osoby zachowywały się w określony sposób w ramach prowadzonej przez nie działalności gospodarczej³⁵. Przez tą formę porozumienia należy rozumieć dowolne akty związku przedsiębiorców, niekoniecznie posiadających formę uchwały i niekoniecznie podjętych przez organy statutowe związku. Akt ten nie musi przy tym wiązać członków stowarzyszenia³⁶ ani być jednomyślnie zaakceptowana przez wszystkich członków stowarzyszenia³⁷. Forma aktu związku oraz fakt, kto taki akt wydaje nie ma bowiem znaczenia i obok uchwał porozumienie może być zawarte w formie niewiążącej rekomendacji, okólników, dyrektywy, zalecenia. Porozumienia w tej formie stanowią zatem także wytyczne bądź zalecenia o charakterze nieformalnym.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (178) Działania opisane w pkt. 4 i 6 decyzji świadczą, że działania SAR-u były porozumieniami w rozumieniu prawa polskiego, a także praktykami uzgodnionymi i decyzjami związku przedsiębiorców w rozumieniu prawa unijnego.
- (179) W zakresie praktyki wskazanej w punkcie I.A decyzji, SAR oraz działający wewnątrz niego KBD, wskazywały w wydawanych przez siebie dokumentach – Kodeksie KBD, Białej Księdze Komunikacji Marketingowej oraz Prezentacji pn. „Przetargowe Fair Play” – określony sposób zachowania agencji brandingowych, tj. odmowę brania udziału w bezpłatnych konkursach (akapity (43) - (45) decyzji). W Kodeksie KBD wskazano, że „[p]owyższy cel Członkowie Klubu powinni realizować poprzez odmowę przystępowania do darmowych przetargów kreatywnych”, co określa požądane przez autora dokumentu, tj. KBD zachowanie agencji brandingowych zrzeszonych w KBD. SAR przygotował ponadto wzór umowy, która miała służyć agencjom jako pomoc przy ustalaniu brzemienia umów zawieranych przez nie z klientami.
- (180) Zachowanie agencji brandingowych również wskazuje, że istniało między nimi uzgodnienie. Agencje brandingowe same określały, że ich zachowanie jest przejawem wspólnych ustaleń,

³⁴ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 17 grudnia 1991 r. *SA Herkules Chemicals NV przeciwko Komisji*, T-7/89, EU:T:1991:75, akapit 256.

³⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, akapit 87.

³⁶ Wyrok Sądu z dnia 15 maja 1975 r. w sprawie 71/74 *FUBRO*, EU:C:1975:61 akapit 29-30.

³⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 19 grudnia 2007 r. w połączonych sprawach COMP/34.579, COMP/36.418, COMP 38.580, *Mastercard*, akapit 384.

m.in. wskazując, że: „wraz z innymi podpisaliśmy się pod zasadami określającymi reguły przetargowe” czy że „każdy członek PKB zobowiązany jest nie przystępować do przetargu tego typu bez *rejection fee*” (akapity (47) - (48) decyzji). Przedstawiciel jednej z agencji brandingowych wprost wskazał, że „usiedliśmy z naszą konkurencją do stołu (...) i (...) zobowiązaliśmy się, że po prostu nie startujemy w niepłatnych przetargach” oraz nazywał przy tym łączące ich uzgodnienia „*ustną umową*” (akapit (50) decyzji). Takie zachowania agencji brandingowych wskazują, że zastąpiły one niepewność co do udziału konkurencyjnych agencji w bezpłatnych konkursach wspólnym uzgodnieniem zasady odmowy udziału w takich konkursach. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że także w zakresie praktyki wskazanej w punkcie I.B sentencji decyzji SAR wydawał zalecenia wskazujące agencjom określony sposób zachowania. Obowiązek wpisywania konkursów, w których agencje brały udział (skutkujący wymianą informacji między agencjami) pojawiał się w dokumencie stworzonym przez SAR, tj. Regulaminie strony przetargowej, również utworzonej przez SAR (akapit (72) decyzji). Należy to uznać za wyrażenie woli SAR-u, które miało na celu sprawienie, aby stowarzyszone agencje rejestrowały konkursy na platformie internetowej i tym samym wymieniały się informacjami na ich temat, w szczególności co do uczestnictwa w konkursie.

- (181) Regulamin platformy przetargowej również pełnił powyższą funkcję. Użytkownikami platformy byli wszyscy członkowie SAR-u. Ponadto, za nieprzestrzeganie regulaminu w zakresie obowiązku rejestracji konkursów na platformie groziły sankcje orzekane przez Sąd Koleżeński (akapit (106) decyzji). Sąd Koleżeński faktycznie nakładał określone sankcje na agencje członkowskie (akapit (112) decyzji). Potwierdza to wiążący charakter Regulaminu platformy przetargowej w stosunku do agencji będących członkami SAR-u.
- (182) Ponadto SAR jak i same agencje nawzajem pilnowały rejestracji konkursów na platformie (akapit (76) - (77) decyzji). Również po zniesieniu obowiązku rejestracji konkursów na platformie SAR dalej zachęcał do tego agencje (akapit (80) decyzji) co również należy uznać za przejaw istnienia porozumienia w postaci praktyk uzgodnionych. Efektem rejestracji konkursów na platformie była wymiana informacji w zakresie tego, kto startował w konkursie, co wskazuje, że agencje zastąpiły standardowe warunki konkurencji współpracując między sobą.
- (183) Wobec powyższego uprawdopodobnione zostało, że działania SAR-u w zakresie obu praktyk wskazanych w decyzji spełniają definicję „porozumienia” w rozumieniu prawa polskiego oraz „uzgodnionej praktyki” i „decyzji związków przedsiębiorstw” w rozumieniu prawa unijnego.

13.2.1.1. Uprawdopodobnienie naruszenia art. 6 ust. 1 pkt. 2 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 lit. b) TFUE

Ramy prawne

- (184) Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k, zakazane są porozumienia polegające na ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, czyli tzw. porozumienia kontyngentowe. Odpowiednio w prawie unijnym, w art. 101 ust. 1 lit b) TFUE zakazane są porozumienia polegające na ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji.
- (185) Ograniczenie produkcji oznacza, że w drodze ustaleń przedsiębiorcy zmniejszyli ilości wytwarzanych przez siebie towarów, w stosunku do ilości która wystąpiłaby w warunkach niezakłóconej konkurencji. Zakazane jest również samo kontrolowanie produkcji lub zbytu. Tak więc nawet uzgodnienia, które mają na celu jedynie pilnowanie produkcji, zbytu, postępu lub inwestycji, w szczególności między konkurentami, w celu dopiero ewentualnego „podjęcia interwencji” o charakterze antykonkurencyjnym, mogą zostać uznane za naruszające zakazy zawarte w art. 6 u.o.k.k. oraz art. 101 TFUE³⁸.
- (186) Porozumienia kontyngentowe polegają na zobowiązaniu jednego lub kilku z przedsiębiorców do zaprzestania lub zmniejszenia produkcji bądź sprzedaży określonych rodzajów towarów. Ustalenia mogą też dotyczyć nie określonych grup towarów, lecz określonych nabywców (konkretnych, bądź o określonych cechach).
- (187) Konsekwencją takiego porozumienia jest zmniejszenie ilości towarów na rynku, co może prowadzić do wzrostu jego cen. Często takie porozumienia towarzyszą porozumieniom związanym z ustalaniem cen czy podziałem rynku³⁹. Przykładowo, w sprawie *Electrical and mechanical carbon and graphite products*⁴⁰ uczestnicy kartelu oprócz uzgadniania cen ustalili też, że ograniczą działania reklamowe oraz uczestnictwo w imprezach targowych.
- (188) Uczestnicy porozumienia tym samym rezygnują z warunków niepewności co do zachowania konkurentów, które wystąpiłyby w warunkach konkurencyjnych i są niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania rynku. Efektem jest zredukowanie ryzyka związanego z samodzielnym podejmowaniem decyzji przedsiębiorców co do ilości produkowanych towarów bądź świadczonych usług oraz sposobu ich dystrybucji na rynku. Uczestnicy antykonkurencyjnego porozumienia tworzą warunki na rynku co do ilości towaru bądź oferowanych usług dostępnych dla nabywców, które różnią się od ilości wynikającej

³⁸ C. Banasiński, E. Piontek (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LexisNexis 2009, komentarz do art. 6.

³⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 23 listopada 1984 r., w sprawie IV/30.907 – *Peroxygen Products*, decyzja Komisji Europejskiej z 13 lipca 1994 r., w sprawie V/C/33.833 – *Cartonboard*.

⁴⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 3 grudnia 2013 r., w sprawie C.38.359 – *Electrical and mechanical carbon and graphite products*, akapit 152-153,

z wydajności przedsiębiorców oraz innych warunków rynku, w sytuacji braku zawarcia porozumienia niezgodnego z prawem.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (189) SAR w udostępnianych przez siebie dokumentach wskazywał, że agencje brandingowe mają się powstrzymać od udziału w konkursach, w których nie będzie oferowana opłata za udział w etapie kreatywnym konkursu (akapity (43) - (45) decyzji). Agencje stosowały te zalecenia w praktyce, odmawiając udziału w konkursach, w których nie było oferowane *rejection fee* (akapit (49) decyzji). W swoich zaleceniach SAR wskazywał również minimalną wysokość *rejection fee*, bez której agencje nie powinny startować w konkursach (akapity (43), (46) decyzji). Agencje również częściowo się do tego stosowały, nie startując w konkursach ze zbyt niską proponowaną kwotą *rejection fee* (akapity (55) - (57) decyzji). Agencje brandingowe wskutek wspólnych uzgodnień ograniczyły więc możliwość nabycia swoich usług dla części klientów (wszystkich organizujących bezpłatny konkurs lub ze zbyt niski *rejection fee*), rezygnując ze startu w takim konkursie.
- (190) Ze względu na specyfikę rynku oraz usług oferowanych przez agencje brandingowe takie ograniczenie powodowało, że część usług agencji brandingowych w ogóle nie miała szansy powstać – agencja decydując się na rezygnację z udziału w konkursie tym samym nie tworzyła pomysłu rozwiązania kreatywnego, które następnie potencjalnie zostałyby stworzone w ramach współpracy klienta z agencją w przypadku wygranej tej agencji. Porozumienie polegało więc na ograniczeniu produkcji towarów.
- (191) Dzięki istnieniu ogólnych zaleceń w tym zakresie i uzgodnień między agencjami brandingowymi, agencje mogły podejmować taką decyzję bez rozważenia jej ryzyka biznesowego, ponieważ wiedziały, że konkurencyjne agencje postąpią w ten sam sposób. Agencje brandingowe same wskazywały, że jest to „zobowiązanie” członków w ramach KBD (akapit (48) decyzji), tym samym eliminując ten czynnik jako aspekt wpływający na konkurencyjność agencji z punktu widzenia klienta. Sami członkowie agencji również podkreślali, że decyzja o niebraniu udziału w takich konkursach jest wynikiem wspólnych ustaleń (akapity (50) - (51) decyzji). Dodatkowo, również dzięki platformie przetargowej agencje brandingowe widziały wzajemnie, że przestrzegają poczynionych ustaleń i że faktycznie rezygnują z udziału w bezpłatnych konkursach (akapit (58) decyzji).
- (192) Agencje brandingowe informowały również klientów, że decyzja o rezygnacji z konkursu w przypadku braku *rejection fee* nie wynika z ich indywidualnej decyzji i nie jest oparta na analizie sytuacji biznesowej agencji i opłacalności startu w tym konkretnym konkursie, lecz wynika z wspólnych ustaleń agencji brandingowych (akapity (46) - (47) decyzji). Klient otrzymywał więc informacje, że nie ma możliwości otrzymania towaru (czyli propozycji

rozwiązania agencji brandingowej przedstawionego w konkursie, a w konsekwencji również zakupu usług takiej agencji) na warunkach wynikających bezpośrednio z sytuacji rynkowej i ustaleń klienta z agencją. W celu otrzymania towaru, klient musiał się dostosować do warunków sztucznie wytworzonych przez porozumienie zawarte między agencjami brandingowymi.

- (193) Klienci organizujący konkursy nie mieli więc możliwości zaproszenia do konkursu agencji na proponowanych przez siebie warunkach. Uzgodnienia między agencjami brandingowymi pozbawiły ich dostępu do ich usług na warunkach wynikających z niezakłóconej konkurencji i zamiast tego spowodowały sztuczne wymuszenie stosowania *rejection fee* (oraz jej wysokości). Same agencje także podkreślały, że istotne jest, aby wszystkie agencje działały zgodnie z ustaleniami (akapity (50) – (52) decyzji). Dodatkowo w koordynacji zachowań agencji oraz monitorowaniu, czy inne agencje biorą udział w konkursach bez *rejection fee* była pomocna stworzona w ramach SAR platforma przetargowa (akapity (100) – (102) decyzji). Platforma ułatwiała przekazywanie informacji, którzy klienci nie oferują *rejection fee* w organizowanych przez siebie konkursach. Takie zachowanie wskazuje, że praktyka oferowania *rejection fee* przez klientów nie była możliwa do uzyskania przy naturalnych warunkach konkurencji między agencjami brandingowymi, lecz wymagała porozumienia między agencjami. Indywidualne decyzje agencji brandingowych co do startu w poszczególnych konkursach musiały zostać zastąpione uzgodnieniami, aby osiągnąć ustalony przez nie cel. W Kodeksie KBD zostało bezpośrednio wskazane, że „*celem klubu jest (...) m.in. dążenie do wyeliminowania tzw. darmowych przetargów kreatywnych (...) poprzez odmowę przystępowania do darmowych przetargów kreatywnych*” (akapit (43) decyzji). Porozumienie więc polegało na pełnym ograniczeniu możliwości nabycia usług agencji brandingowych klientom, którzy nie oferują zapłaty za etap kreatywny konkursu w celu wymuszenia oferowania takiej zapłaty poprzez stworzenie sztucznych warunków rynkowych.
- (194) W świetle powyższego za uprawdopodobnione uznać należy, że koordynacja zachowań agencji brandingowych w kwestii niestartowania w konkursach, w których nie było oferowane *rejection fee* albo było oferowane w zbyt niskiej wysokości miało na celu ograniczenia ilości usług oferowanych przez agencje brandingowe. Tym samym uprawdopodobnione zostało, że jest to antykonkurencyjne porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k, oraz art. 101 ust. 1 lit b) TFUE.

13.2.1.2. Uprawdopodobnienie naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE

Ramy prawne

- (195) Szkodliwość wymiany informacji polega na zmniejszeniu lub eliminacji niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji⁴¹. Co do zasady, niepewność strategiczna, czyli brak pewności co do aktualnych i przyszłych działań konkurentów intensyfikuje natężenie konkurencji na danym rynku właściwym. W związku z tym, antykonkurencyjna wymiana informacji powoduje sztuczną przejrzystość rynku, a w konsekwencji zmienia warunki konkurencji. Dodatkowo uzyskana dzięki wymianie informacji przejrzystość rynku pozwala przedsiębiorcom na koordynację swoich zachowań na rynku właściwym, czyli na cichą lub jawną zмовę, co z kolei może prowadzić np. do wzrostu cen, ograniczenia produkcji czy jakości lub innowacyjności przedsiębiorców⁴².
- (196) W katalogu zakazanych praktyk, zawartym w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wymiana poufnych informacji handlowych nie została ujęta, jednakże lista wskazanych w tym przepisie porozumień ma charakter jedynie przykładowy i dopuszczalne jest uznanie przez organ ochrony konkurencji, że niewymienione w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. porozumienie jest zakazane, jeżeli wykaże się, że jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Podobnie również art. 101 ust. 1 TFUE nie zawiera w przykładowej liście zakazanych porozumień wymiany poufnych informacji handlowych, niemniej organ ochrony konkurencji może stwierdzić, że doszło do naruszenia tego przepisu poprzez stosowanie tzw. praktyki nienazwanej.
- (197) Orzecznictwo unijne oraz doktryna wypracowały zestaw kryteriów oceny systemów wymiany informacji z punktu widzenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wskazuje się, że do kryteriów tych należą: rodzaj informacji podlegających wymianie, stopień szczegółowości informacji, charakter wymienianych informacji, aktualność informacji, częstotliwość ich wymiany oraz struktura rynku⁴³.
- (198) Wskazane wyżej kryteria zostały również ujęte w wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, zgodnie z którymi wpływ wymiany informacji na konkurencję zależy od cech rynku, na którym wymiana się odbywa,

⁴¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28 maja 1998 r. *John Deere Limited przeciwko Komisji*, C-7/95 P, EU:C:1998:256; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 października 2003 r., *Thyssen Stahl AG przeciwko Komisji*, C-194/99, EU:C:2003:527; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 listopada 2006 r. *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, C238/05, EU:C:2006:734.

⁴² Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, (Dz.U. C 11 z 14.1.2011; dalej: „**Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych**”), pkt 65-66.

⁴³ A. Piszcz [w:] T. Skoczny, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 304

a także od rodzaju wymienianych informacji, które mogą zmienić środowisko rynku właściwego, czyniąc je podatnym na koordynację⁴⁴. Jak zauważa Komisja wymiana informacji może ułatwić znowę poprzez zwiększenie przejrzystości rynku, zmniejszenie jego złożoności, złagodzenie skutków niestabilności lub zrekompensowanie asymetrii. W tym kontekście wpływ wymiany informacji na konkurencję zależy nie tylko od wyjściowych cech rynku, ale również od tego, jak dany rodzaj wymienianych informacji może zmienić te cechy⁴⁵.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (199) SAR w 2003 r. stworzył specjalne narzędzie ułatwiające wymianę informacji. Platforma przetargowa nie tylko służyła zwiększeniu przejrzystości konkursów ale także dawała możliwość zamieszczania informacji, które mogły wpływać na podjęcie przez agencję decyzji o uczestniczeniu lub nie w danym konkursie. Agencje miały rejestrować na platformie przetargowej konkursy w których uczestniczą wraz z odpowiednimi informacjami o tych konkursach (akapit (67) - (71) decyzji). Dokonując zgłoszenia konkursu na platformie przetargowej należało podać następujące dane: klient, marki, zakres przetargu, osoba kontaktowa u klienta, deadline, data *briefu*, planowany budżet, czy agencja zamierza uczestniczyć w przetargu. Dodatkowo można było podać: osobę kontaktową z agencji i ewentualne komentarze (np. informacja o rezygnacji z udziału w konkursie). Na platformie przetargowej należało także zamieścić informację o zakończeniu konkursu. Do 2016 r. na platformie zaznaczało się również przejście do kolejnego etapu konkursu.
- (200) Jeżeli ten sam konkurs został zgłoszony przez kilka agencji to SAR łączył je do wspólnego „pokoju przetargowego”, w którym agencje widziały informacje odnośnie konkursu jak i pozostałych uczestników biorących udział w konkursie. Platforma przetargowa mogła przy tym służyć również sprawdzeniu ile agencji bierze udział w konkursie (akapity (92) - (99) decyzji) oraz tego, czy klient oferuje *rejection fee*, a w przypadku tzw. darmowych konkursów sprawdzenie czy agencje mimo to zdecydowały się na udział w takim konkursie (akapity (100) - (102) decyzji).
- (201) Przekazywanie takich informacji prowadzi do wyeliminowania niepewności co do przyszłych działań konkurentów. Zmniejsza to także bodźce do dalszego konkurowania pomiędzy agencjami. Agencje wiedząc z iloma i jakimi agencjami konkurują mogły podjąć decyzję o uczestnictwie w danym konkursie. Dodatkowo agencje mogły oszacować swoje szanse na zwycięstwo w konkursie. Wiedza taka mogła również wpływać na jakość świadczonych usług (by wygrać z niektórymi agencjami nie trzeba było wkładać w projekt tyle zasobów co

⁴⁴ Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych, pkt 58.

⁴⁵ Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych, pkt 77.

w przypadku innych konkurentów). Agencje wiedząc ile agencji zgłosiło swoje uczestnictwo w konkursie mogły również nie brać już udziału w takim konkursie, aby przestrzegać ustalonej rekomendowanej przez SAR liczby agencji. Na platformie można też być sprawdzić które z agencji zgodziły się wziąć udział w konkursie, mimo że klient nie oferował *rejection fee* lub oferował je na niższym niż zalecanym poziomie, dzięki czemu agencje mogły sprawdzić, którzy konkurenci biorą udział w tzw. darmowych konkursach. Zatem wymieniane informacje ułatwiały koordynację zachowań w zakresie wzięcia lub rezygnacji z udziału w określonym konkursie.

- (202) Poniżej zostanie przedstawiona charakterystyka wymienianych pomiędzy agencjami informacji.

13.2.1.2.1. Rodzaj wymienianych informacji

- (203) Analizując w przedmiotowej sprawie kryterium rodzaju wymienianych informacji, należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie każdy rodzaj wymienianych informacji ma takie samo znaczenie. W Wytycznych w sprawie porozumień horyzontalnych Komisja wskazała, że prawdopodobieństwo naruszenia art. 101 TFUE jest większe w przypadku wymiany między konkurentami danych strategicznych, tj. danych, które prowadzą do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku, niż wymiany innych rodzajów informacji. Ponadto w dokumencie tym wskazano, że wymiana zindywidualizowanych informacji dotyczących przedsiębiorców jest bardziej problematyczna niż wymiana informacji zagregowanych⁴⁶.
- (204) Agencje zrzeszone w SAR korzystające z platformy przetargowej przekazywały sobie indywidualne dane dotyczące wszystkich konkursów, w których uczestniczą bądź do których zostali zaproszeni i rozważają uczestniczenie po otrzymaniu *briefu* od klienta (akapit (67) decyzji). Agencje były zobowiązane do systematycznego umieszczania na platformie przetargowej następujących informacji: nazwa klienta organizującego przetarg, nazwa marki, której dotyczy przetarg, agencje biorące udział w przetargu, agencje, które określiły że są niezdecydowane co do udziału w przetargu oraz agencje, które zrezygnowały z brania udziału w konkursie. Dodatkowo dostępne było pole, gdzie agencje mogły zamieszczać komentarze dotyczące konkursu (akapit (67) decyzji). Agencje wpisywały tam m.in. powody swojej rezygnacji z konkursu, jak np. „*Nie uczestniczymy w darmowych przetargach*” (akapit (102) decyzji) czy też zaproszenie przez klienta zbyt dużej liczby agencji do konkursu (akapit (98) decyzji). Agencje dodawały też komentarze wskazujące na nieprawidłowości w organizacji konkursu, jak zbyt krótki czas na przygotowanie oferty, zbyt wiele zaproszonych agencji lub brak zaoferowanego *rejection fee* (akapit (70) decyzji). Do 2016 r. na platformie zaznaczało

⁴⁶ Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych, pkt 86 i 89.

się również przejście do kolejnego etapu konkursu (akapit (71) decyzji). Agencja, która wygrała konkurs miała też ten fakt zarejestrować na platformie (akapit (75) decyzji).

- (205) Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczność uzupełniania platformy (przynajmniej przez część agencji) świadczy o tym, że informacja o konkursach, w tym z kim się konkuruje w danym konkursie miała znaczenie dla agencji. Nawet same agencje zwracały uwagę, że chciały wiedzieć kto oprócz nich startuje w danym konkursie (akapit (87) decyzji). Powyższe potwierdza także materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie, z którego wynika, że posiadanie przez agencje informacji z kim się konkuruje w konkursie miało znaczenie gospodarcze, ponieważ na podstawie tej informacji agencja mogła oszacować swoje szanse na wygranę konkursu. Tym samym agencjom łatwiej było podjąć decyzję czy np. należy skupić się na przygotowywaniu dobrej oferty do danego konkursu czy całkowicie zrezygnować z udziału w nim zależnie od tego, jakie konkretnie inne agencje zdecydowały się wziąć udział w konkursie (akapit (87), (89)-(91), (97) decyzji). Strategiczność informacji wymienianych za pośrednictwem platformy przetargowej wyraża się przede wszystkim w tym, że jest ona przydatna dla podejmowania decyzji mających wpływ na działania przedsiębiorców na rynku, takich jak rezygnacja z udziału w konkursie, negocjacja określonej kwoty *rejection fee* z klientem czy określona wycena projektu.
- (206) Poza informacją kto bierze udział w danym konkursie platforma przetargowa mogła ułatwiać ustalenie liczby agencji biorących udział w danym konkursie (akapit (92) decyzji). SAR rekomendował, aby do konkursu nie zapraszać więcej niż 4-5 agencji. Dzięki wymianie informacji na platformie przetargowej można było sprawdzić rzeczywistą liczbę agencji biorących udział w konkursie. Agencja widząc, że do konkursu zgłosiła się już rekomendowana przez SAR liczba uczestników konkursu mogła z tego powodu zrezygnować z wzięcia udziału w danym konkursie bowiem wydawanie przez stowarzyszenie rekomendacji może być traktowane przez jego członków bardziej jako obowiązek stosowania niż dobrowolność działania.
- (207) Na platformie można też był sprawdzić które z agencji zgodziły się wziąć udział w konkursie, mimo że klient nie oferował *rejection fee* lub oferował je na niższym niż zalecanym poziomie (akapit (100) decyzji). W przypadku negocjowania przez agencje wyższej stawki *rejection fee*, to właśnie dzięki platformie przetargowej, agencje mogły sprawdzić które z konkurencyjnych agencji zgodziły się na *rejection fee* w wysokości oferowanej przez klienta (akapit (101) decyzji). Stworzone przez SAR narzędzie dawało więc także możliwość uzyskania informacji które agencje nie uczestniczą w tzw. darmowych konkursach (akapit (102) decyzji). Zamieszczanie informacji na platformie znacznie ułatwiało wymianę informacji, gdyż przedstawiciele agencji w celu pozyskania informacji nie musieli kontaktować się ze sobą

w żaden inny sposób. Było to bezpośrednie i szybkie narzędzie ułatwiające podjęcie strategicznych decyzji o wzięciu udziału w danym konkursie.

13.2.1.2.2. Stopień szczegółowości informacji

- (208) W doktrynie prawa konkurencji wskazuje się, że im bardziej szczegółowa jest informacja, która jest pozyskiwana wskutek wymiany informacji, tym większe jest ryzyko, że konkurencja na rynku będzie ograniczona bądź naruszona⁴⁷, ponieważ większy stopień szczegółowości wymienianych informacji co do zasady pozwala na ściślejszą koordynację zachowań rynkowych.
- (209) Odnosząc się zaś do omówionych wyżej informacji wymienianych w ramach SAR-u, należy wskazać, że nie ulega wątpliwości iż stanowiły one informacje zindywidualizowane i aktualne. Informacje te wskazywały kto został zaproszony do konkursu, kto zdecydował się na wzięcie w nim udziału, a kto nie weźmie w nim udziału. Dzięki platformie przetargowej można było z łatwością ustalić liczbę podmiotów biorących udział w konkursie. Agencje też wskazywały dodatkowe informacje, jak np. to, że nie biorą udziału w konkursie w którym organizator konkursu nie przewidział *rejection fee* (akapit (102) decyzji). Na platformie przetargowej agencje miały dostęp do niezagregowanych danych konkretnych agencji i z łatwością można było ustalić kogo one dotyczą i kto te dane wprowadził (akapit (70), (85) decyzji).

13.2.1.2.3. Charakter wymienianych informacji

- (210) Oceniając charakter wymienianych informacji, należy wziąć pod uwagę, czy wymieniane informacje były równie dostępne dla konkurentów i kontrahentów, niebędących uczestnikami systemu wymiany informacji.
- (211) Zatem należy ocenić, że wymieniane przez podmioty zrzeszone w SAR informacje na temat zaproszenia do konkursu oraz uczestnictwa w konkursach stanowiły informacje poufne. Zauważyć należy, że na etapie zapraszania do wzięcia udziału w konkursie informacje te z reguły były poufne. Dodatkowo dostęp do tych informacji nie zawsze był możliwy na podstawie publicznych źródeł, a sami organizatorzy konkursów nie zawsze udostępniali takie informacje (akapit (87) decyzji). Brak dostępu do tych informacji był także przyczyną powstania platformy przetargowej, która miała być miejscem do szybkiego i łatwego sprawdzenia konkurentów biorących udział w konkursie.

⁴⁷ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2016, komentarz do art. 6.

- (212) Dla oceny poufności ww. informacji nie bez znaczenia jest fakt, że ich pozyskanie od konkurentów poprzez platformę przetargową stanowiło szybszą, bardziej wiarygodną i mniej kosztowną alternatywę. Zauważyć też należy, że gdyby uzyskanie tych informacji dla poszczególnych agencji było proste i bezkosztowe, to SAR nie podjąłby się przedsięwzięcia jakim było utworzenie platformy przetargowej dostępnej dla wszystkich jego członków. Nawet jeżeli same agencje zwracały się do organizatora konkursu o podanie uczestników konkursu, to jak wskazuje Komisja, możliwość gromadzenia informacji na rynku, na przykład poprzez zbieranie ich od klientów (w przedmiotowej sprawie np. od organizatora konkursu), niekoniecznie oznacza, że takie informacje stanowią dane rynkowe łatwo dostępne dla konkurentów⁴⁸.
- (213) W niniejszej sprawie uzyskanie z rynku niektórych informacji zamieszczanych na platformie przetargowej (kiedy organizator konkursu sam ich nie podał) było praktycznie niemożliwe. Do takich informacji można zaliczyć np. rezygnację danej agencji z udziału w konkursie w sytuacji kiedy organizator konkursu nie przewidział *rejection fee* oraz liczbę agencji zaproszonych do konkursu wraz z informacją jakie to są konkretnie agencje.

13.2.1.2.4. Aktualność informacji

- (214) Przy analizie wymienianych informacji pod kątem ich aktualności (wieku), należy mieć na względzie, że największe zagrożenie dla konkurencji związane jest z wymianą danych dotyczących przyszłości, ponieważ to właśnie przyszłe działania konkurentów i niepewność z nimi związana są immamentnym elementem konkurencji⁴⁹. Za antykonkurencyjną uznaje się również wymianę danych aktualnych, które mają charakter indywidualny⁵⁰.
- (215) W przedmiotowej sprawie agencje poprzez platformę przetargową wymieniały się informacjami na temat aktualnego uczestnictwa w konkursach. W tym zakresie nie bez znaczenia jest także fakt funkcjonowania w ramach SAR Sądu Koleżeńskiego (akapit (103) - (104) decyzji), który mógł nakładać na agencje kary za łamanie zasad obowiązujących przy korzystaniu z platformy przetargowej, w tym za spóźnienie zgłoszenia, niewpisanie uczestnictwa w konkursie (akapit (105) - (106) decyzji). SK do 2016 r. nakładał kary finansowe na agencje nieprzestrzegające obowiązku rejestracji konkursów na platformie. W 2016 r. Sąd Koleżeński przestał stosować kary finansowe, jednak nadal stosował upomnienia oraz nagany (akapit (112) decyzji). Istnienie SK dodatkowo skłaniało więc

⁴⁸ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 12 lipca 2001 r., w połączonych sprawach T-202/98 i n., *Tate & Lyle przeciwko Komisji*, ECR s. II-2035, EU:T:2001:185, akapit 60.

⁴⁹ A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, str. 135.

⁵⁰ *Ibidem*, str. 336.

agencje do jak najszybszego uzupełniania platformy i zapewniało aktualność wymienianych informacji.

- (216) Zamieszczanie aktualnych informacji o agencjach uczestniczących w konkursie ułatwiało weryfikację oraz ustalenie liczby agencji uczestniczących w danym konkursie. Ponadto, poza wymianą aktualnych informacji agencje ujawniały także zamiary odnośnie do przyszłego zachowania dotyczącego wzięcia udziału w konkursie czy też rezygnacji z uczestnictwa w konkursie np. z powodu braku *rejection fee* za udział w etapie kreatywnym konkursu.

13.2.1.2.5. Częstotliwość wymiany informacji

- (217) W doktrynie wskazuje się, że ocena częstotliwości wymiany informacji wymaga uwzględnienia okoliczności danej sprawy, w tym w szczególności takich elementów, jak częstotliwość zmian popytu i podaży, częstotliwość zmian cen zakupów i sprzedaży oraz częstotliwość wejścia na rynek⁵¹.
- (218) W ocenie Prezesa Urzędu uwzględniając specyfikę rynku, na którym działają agencje zrzeszone w SAR, wymianę informacji, do jakiej między nimi dochodziło należy uznać za częstą. Agencje miały obowiązek zarejestrowania konkursu w ciągu 48 godzin od otrzymania *briefu* (pisemnego lub ustnego) bez względu na decyzję danej agencji o uczestnictwie w konkursie (akapit (66) decyzji). Ponadto agencje miały systematycznie aktualizować wpisy na platformie przetargowej (akapity (75) - (77) decyzji). Wprawdzie zgłaszanie konkursów na platformie przetargowej przestało być obowiązkowe w 2015 r., ale SAR zachęcał w dalszym ciągu do używania platformy przetargowej (akapity (80) - (81) decyzji). Wymiana informacji do jakiej dochodziło w ramach platformy przetargowej była zdaniem Prezesa Urzędu wystarczająca do osiągnięcia celu w postaci istotnego ograniczenia niepewności co do działań stron postępowania.

13.2.1.2.6. Struktura i przejrzystość rynku

- (219) W Wytycznych w sprawie porozumień horyzontalnych Komisja wskazuje, że osiągnięcie przez przedsiębiorców antykonkurencyjnej koordynacji zachowań jest bardziej prawdopodobne na rynkach, które są wystarczająco przejrzyste, skoncentrowane, niezłożone, stabilne i symetryczne. Jednocześnie jednak Komisja zauważa, że wpływ wymiany informacji na konkurencję zależy nie tylko od wyjściowych cech rynku, ale również od tego, jak dany rodzaj wymienianych informacji może zmieniać te cechy⁵².

⁵¹ Ibidem, str. 149.

⁵² Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych, pkt 77.

- (220) Oceniając stopień skoncentrowania rynków, na których działa SAR należy uznać go za rozdrobniony. Na rynku tym działa wiele różnego rodzaju agencji marketingowych. SAR jest jednak organizacją skupiającą największe i najbardziej aktywne podmioty na rynku. SAR zrzesza 138 agencji (akapit (29) decyzji). Wszyscy członkowie SAR-u mogli korzystać z platformy przetargowej, a zatem można uznać, że zasięg oddziaływania antykonkurencyjnej wymiany informacji wpływał na znaczną część rynku usług komunikacji marketingowej (w tym brandingowych) nabywanych w drodze konkursu. Okoliczność, że na rynku działa wiele podmiotów, nie ogranicza w niniejszej sytuacji znacząco możliwości koordynacji, z uwagi na fakt, że zamówienia są przyznawane w konkursach. Tym samym to poszczególne konkursy są areną konkurencji między agencjami, a zatem konieczna jest koordynacja jedynie między kilkoma (uczestniczącymi lub potencjalnie uczestniczącymi w danym przetargu), a nie wszystkimi agencjami zrzeszonymi w SAR.
- (221) Jak wskazane zostało w Wytycznych w sprawie porozumień horyzontalnych – im niższy jest uprzednio istniejący poziom przejrzystości rynku, tym większe może być znaczenie wymiany informacji dla osiągnięcia antykonkurencyjnej koordynacji zachowań rynkowych lub zwiększenia jej wewnętrznej i zewnętrznej stabilności⁵³. W ocenie Prezesa Urzędu zakres wymienianych między uczestnikami porozumienia informacji o podmiotach biorących udział w danym konkursie, liczbie przystępujących do konkursu agencji czy też zamieszczania informacji które z agencji zgodziły się wziąć udział w konkursie, mimo że klient nie oferował *rejection fee* lub oferował je na niższym niż zalecanym poziomie miały właśnie na celu zwiększenie przejrzystości rynku. Dzięki temu uczestnicy porozumienia znacząco ograniczyli niepewność co do działań pozostałych uczestników porozumienia. Wymiana informacji na platformie przetargowej tym samym zwiększała transparentność rynku.
- (222) O tym, że sytuacja na rynku, odnośnie niewiedzy kto bierze udział w danym konkursie, była dla agencji członkowskich SAR-u problematyczna, świadczy wypowiedź [INFORMACJA CHRONIONA]: „*[k]ażdy przetarg to podjęcie ryzyka zawodowego. Jeżeli chce podjąć to ryzyko to chciałbym wiedzieć czy konkuruję z największymi, czy z malutkim studyjkiem. Czyli teraz ja, jeżeli wiem, że do przetargu są zaproszone same po prostu najlepsze studia to ja mogę np. podjąć decyzję, że jest to zbyt duże dla mnie ryzyko, tak bo wiem np. że z nimi nie wygram, bo nie mam takiej siły i nie tracę czas. Nie ryzykuję swojego czasu więc wydaje się, że jest to absolutnie fair bo ja wtedy wiem z kim konkuruję*” (akapit (90) decyzji).
- (223) Wpływ na decyzję o wystartowaniu w danym konkursie miała także liczba agencji zaproszonych do konkursu. Jak wskazał jeden z przedstawicieli agencji marketingowych

⁵³ Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych, pkt 78.

„[w] tej chwili nasza branża bardziej niż na opłatach za udział w przetargu skoncentrowała się na tym, by nie było w nim więcej niż cztery-sześć agencji” (akapit (97) decyzji).

- (224) Natomiast praktyka rynkowa polegająca na pobieraniu przez agencje *rejection fee* miała na celu rekompensatę kosztów poniesionych przez agencje brandingowe w trakcie przygotowywania oferty oraz zachęcenie jej do startowania w konkursach. Brak takiej opłaty doprowadził do koordynacji przez SAR zachowań agencji brandingowych w kwestii niestartowania w konkursach, w których nie było oferowane *rejection fee* albo było oferowane w zbyt niskiej wysokości.
- (225) W przedmiotowej sprawie do wymiany informacji dochodziło bezpośrednio na platformie przetargowej w ramach utworzonego „pokoju przetargowego”. Wszelkie zamieszczane informacje były widoczne dla wszystkich podmiotów połączonych do wspólnego „pokoju przetargowego”, czyli wszystkich podmiotów biorących udział w danym konkursie. Taki sposób wymiany informacji nie wymagał podejmowania innych czynności (np. umawiania spotkań, wysyłania e-maili, rozmów telefonicznych), aby wszystkie zainteresowane podmioty dostały informacje na jakich im zależy. SAR organizował i aktywnie działał na rzecz wymiany poufnych informacji odnośnie do organizowanych konkursów.
- (226) Komisja w Wytycznych w sprawie porozumień horyzontalnych, wskazuje że nie ma znaczenia, czy tylko jeden podmiot poinformuje swoich konkurentów o tym, w jaki sposób zamierza zachować się na rynku, czy też wszyscy przedsiębiorcy obecni na rynku wzajemnie informują się o swoich określonych planach i zamiarach. Strategiczna niepewność co do przyszłego funkcjonowania rynku zmniejsza się dla wszystkich odbiorców informacji, nawet gdy tylko jeden przedsiębiorca ujawnia swoim konkurentom informacje dotyczące przyszłej polityki handlowej.⁵⁴ W sytuacji, gdy tylko jedno przedsiębiorstwo ujawni swojemu konkurentowi strategiczne informacje dotyczące swojej przyszłej polityki handlowej, zmniejsza się wówczas strategiczna niepewność co do przyszłego funkcjonowania.
- (227) W świetle powyższego należy uznać, że na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego uprawdopodobnione zostało zawarcie przez SAR porozumienia polegającego na wymianie poufnych informacji odnośnie do organizowanych konkursów. Agencje korzystając ze specjalnie stworzonego narzędzia, jakim była platforma przetargowa, z łatwością mogły się wymieniać poufnymi, aktualnymi i zindywidualizowanymi informacjami o podmiotach biorących udział w danym konkursie, liczbie podmiotów biorących udział w konkursie oraz o agencjach, które brały udział w tzw. darmowym konkursie. Podsumowując, zasadne jest zatem stwierdzenie, przynajmniej z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że organizowana przez SAR wymiana informacji dotyczących uczestnictwa w konkursach

⁵⁴ Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych, pkt 62.

pomiędzy podmiotami stowarzyszonymi stanowi porozumienie o antykonkurencyjnym celu w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. jak i art. 101 ust. 1 TFUE.

13.3. Antykonkurencyjny cel porozumienia

(228) Dla uprawdopodobnienia stosowania praktyki z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE, uprawdopodobnienia wymaga fakt, że porozumienie ma na celu lub skutkuje ograniczeniem konkurencji na rynku.

Ramy prawne

(229) Zarówno przepisy art. 6 ust. 1 u.o.k.k. jak i art. 101 ust. 1 TFUE przewidują, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku. Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE wystarczające jest zatem spełnienie tylko jednego ze wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu lub skutku tego porozumienia. Oznacza to, że jeżeli zostanie wykazane, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, to nie ma konieczności wykazywać, czy również cel ten został osiągnięty.

(230) Brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel został potwierdzony zarówno przez orzecznictwo sądów krajowych jak i unijnych. Przykładowo w wyroku z dnia 9 listopada 2006 r. SOKiK stwierdził, że „(...) jeżeli z zawartego porozumienia, w konkretnym wypadku z aktów podjętych przez odwołującą się Izbę wynika ich antykonkurencyjny cel, to nie ma potrzeby badania skutków porozumienia”⁵⁵.

(231) Podobny wniosek wynika z orzecznictwa unijnego, w którym wskazano, że na użytek stosowania art. 101 TFUE nie ma potrzeby brania pod uwagę konkretnych skutków porozumienia, jeżeli jasne jest, iż miało ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji na wspólnym rynku (obecnie wewnętrznym rynku). Zatem, jeśli Komisja udowodniła, iż cel porozumienia był antykonkurencyjny, nie musi wykazywać w dodatku, iż porozumienie spowodowało ograniczenie konkurencji na rynku wewnętrznym⁵⁶. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w innej sprawie, w której stwierdzono, że „(...) by dokonać oceny, czy porozumienie jest zakazane na mocy obecnego art. 101 ust. 1 TFUE, uwzględnienie jego konkretnych skutków jest zbędne, jeśli okazuje się, że ma ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku”⁵⁷. Jak bowiem dalej wyjaśniono „(...) pewne formy zмовy między przedsiębiorstwami

⁵⁵ Wyrok SOKiK z 9 listopada 2006 r., sygn. akt XVII Ama 68/05, Legalis nr 87209.

⁵⁶ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 15 marca 2000 r. *Cimenteries CBR i in. przeciwko Komisji*, T-25/95, EU:T:2000:77.

⁵⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 20 listopada 2008 r. *Beef Industry Development Society Ltd*, C-209/07, EU:C:2008:643.

można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji”.

- (232) W doktrynie wskazuje się, że porozumieniami ograniczającymi konkurencję ze względu na cel są porozumienia, które ze swej istoty mają potencjał do ograniczenia konkurencji, tj. porozumienia te są w tak jaskrawy sposób sprzeczne z celami polityki konkurencji i mają tak istotny (choćby potencjalny tylko) negatywny wpływ na konkurencję, że nie jest w ich przypadku konieczne badanie, czy rzeczywiście prowadzą lub mogłyby prowadzić do jej naruszenia, wywołując jakiegokolwiek negatywne skutki na rynku⁵⁸. Przy ustalaniu, czy dane porozumienie, z uwagi na sam swój charakter można uznać za ograniczające konkurencję ze względu na cel, należy uwzględnić treść jego postanowień, obiektywne cele, do których osiągnięcia ono zmierza, a także kontekst prawny i gospodarczy, w jaki porozumienie to się wpisuje⁵⁹. Taka indywidualna i szczegółowa analiza umożliwia zrozumienie funkcji gospodarczej i rzeczywistego znaczenia omawianej koordynacji. Umożliwia również sprawdzenie, czy istnieje inne wiarygodne alternatywne wyjaśnienie dla koordynacji, niż dążenie do celu antykonkurencyjnego⁶⁰. Porozumienie, które ma charakter porozumienia ograniczającego konkurencję ze względu na cel, nie przestaje być nielegalne z tego względu, że w konkretnym przypadku nie pociągnęło za sobą szkód.⁶¹

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (233) Prezes Urzędu uznał za uprawdopodobnione, że działania agencji brandingowych miały za swój przedmiot (cel) wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji w rozumieniu art. 6 u.o.k.k. oraz odpowiednio zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE.

13.3.1. Antykonkurencyjny cel naruszenia art. 6 ust. 1 pkt. 2 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 lit. b) TFUE

- (234) Agencje brandingowe zmierzały do wyeliminowania konkurencji między sobą w zakresie brania udziału w tzw. bezpłatnych konkursach. Uzgodnienia te miały na celu ograniczyć więc możliwość nabycia usług agencji brandingowych przez część organizatorów konkursów, tj. tych, którzy nie przewidzieli w konkursie *rejection fee*.
- (235) W Kodeksie KBD wprost zostało wskazane, że koordynacja działań ma celu eliminację bezpłatnych konkursów (akapit (43) decyzji). Agencje brandingowe zrezygnowały więc

⁵⁸ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2016, komentarz do art. 6.

⁵⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 października 2009 r. *GlaxoSmithKline Services i inni przeciwko Komisji*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, EU:C:2009:610, akapit 58 i tam przywołane orzecznictwo, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, EU:C:2009:343, akapit 31.

⁶⁰ Opinia Rzecznika Generalnego Saugmandsgaard Øe z 21 września 2017 r. w sprawie *F. Hoffmann-La Roche Ltd i inni przeciwko Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)*, C-179/16, EU:C:2017:714, akapit 148.

⁶¹ Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 19 lutego 2009 r. do sprawy C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, akapit 45-47.

z konkurowania między sobą o pewne fragmenty rynku, mianowicie z konkurowania o zamówienia na usługi poprzedzone bezpłatnymi konkursami. Uzgodnienia w tym zakresie między agencjami brandingowymi ograniczyły ich niepewność co do startu konkurentów w takich konkursach i zamieniły samodzielność podejmowanych decyzji na rzecz wspólnego kształtowania sytuacji rynkowej.

- (236) Zgodnie z prawem unijnym⁶², porozumienia ograniczające produkcję również są traktowane jako naruszające konkurencję „ze względu na cel”. Istnienie ograniczenia „ze względu na cel” wynika w przypadku tego rodzaju porozumień z faktu, że wymierzone są one bezpośrednio w ograniczenie atmosfery niepewności rynkowej charakterystycznej dla stanu konkurencji.
- (237) W tym miejscu należy zwrócić uwagę na sprawę *Fedetab*⁶³, w której Trybunał uznał, że szczegółowe, choćby niewiążące wytyczne stowarzyszenia branżowego, kierowane do producentów tytoniu, dotyczące m.in. ograniczeń w akceptacji dystrybutorów, ich klasyfikacji oraz standardowych warunków płatności, miały na celu ograniczenie konkurencji.
- (238) W nawiązaniu do powyższego należy stwierdzić, że na podstawie przeprowadzonego w ograniczonym zakresie postępowania dowodowego za uprawdopodobnione należy uznać, że porozumienie miało na celu lub skutkowało wyeliminowaniem, ograniczeniem lub naruszeniem w inny sposób konkurencji na rynku.

13.3.2. Antykonkurencyjny cel naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE

- (239) Z kolei aby ocenić, czy praktyka polegająca na wymianie informacji wykazuje stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można ją było uznać za „ograniczającą konkurencję ze względu na cel” w rozumieniu w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE, należy skupić się w szczególności na celach, do których osiągnięcia ona zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki porozumienie to się wpisuje. W ramach oceny takiego kontekstu należy również wziąć pod uwagę charakter dóbr lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury badanego rynku lub rynków. Dodatkowo w orzecznictwie unijnym ugruntował się pogląd, zgodnie z którym fundamentalnym założeniem, leżącym u podstaw oceny wymiany informacji przez konkurentów jest zasada, że każdy podmiot gospodarczy powinien samodzielnie i autonomicznie określać swoją strategię biznesową na wspólnym rynku⁶⁴. Wymóg ten stoi na

⁶² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 20 listopada 2008 r., w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development Society (BIDS)*, EU:C:2008:643.

⁶³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 29 października 1980 r. w połączonych sprawach 209 do 215 i 218/78 *Fedetab*, EU:C:1980:248.

⁶⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 marca 2015 r. *Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, akapit 119; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 czerwca 2009 r. *T-Mobile Netherlands i inni*, C-8/08, EU:C:2009:343, akapit 32; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 28 maja 1998 r. *John Deere Limited przeciwko Komisji*, C-7/95 P, EU:C:1998:256, akapit 86.

przeszkodzie wszelkim kontaktom przedsiębiorców zarówno bezpośrednim, jak i pośrednim, które mogłyby wywrzeć wpływ na ich zachowanie na rynku, ujawnić decyzję odnośnie do planowanych działań jeżeli celem lub skutkiem tych kontaktów byłoby zniekształcenie normalnych warunków konkurencji na rynku właściwym⁶⁵. Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że każda wymiana informacji pomiędzy konkurentami realizuje cel antykonkurencyjny, jeżeli „zmniejsza lub znosi niepewność” związaną z planowanymi zachowaniami konkurentów i funkcjonowaniem danego rynku⁶⁶. Dodatkowo istnieje domniemanie, że przedsiębiorca nieprzerwanie działający na rynku i uczestniczący w uzgodnieniach uwzględnia przy kształtowaniu własnego zachowania na rynku informacje, które wymienił ze swoimi konkurentami⁶⁷.

(240) Za uprawdopodobnione należy uznać, że wymiana informacji w przedmiotowej sprawie stanowi porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel. W ocenie Prezesa Urzędu działania SAR polegające na organizowaniu wymiany informacji poprzez platformę przetargową dotyczących m.in. uczestnictwa w konkursie, stanowiły tego rodzaju formę porozumienia, które ze swej istoty są szkodliwe dla konkurencji. W kontekście specyfiki rynku, na którym działają agencje, wymiana informacji poprzez platformę przetargową mogła ułatwiać koordynację działań mających na celu ograniczenie liczby agencji biorących udział w konkursach. Z kolei samo rekomendowanie, nawet bez wprowadzenia w życie, przez SAR ograniczania liczby agencji biorących udział w konkursie może mieć na celu ograniczanie konkurencji.

(241) Agencje dodatkowo dzięki platformie przetargowej wymieniły także informacje dotyczące kwestii *rejection fee* oraz liczby agencji zaproszonych do konkursu, co również należy uznać za szkodliwe dla konkurencji. Przekazywanie takich informacji ma niewątpliwie potencjał do zniekształcania konkurencji pomiędzy agencjami, zmniejsza bowiem strategiczną niepewność pomiędzy agencjami. Prowadziło to do ograniczenia ryzyka prowadzonej działalności, co nie miałyby miejsca gdyby agencje nie miały łatwego dostępu do narzędzia umożliwiającego kontrolowanie sytuacji na rynku, a także eliminowania z góry niepewności co do przyszłych działań jego konkurentów. Niewątpliwie nieodłączną konsekwencją takich porozumień było wywołanie stanu sprzecznego z celami prawa konkurencji.

⁶⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 marca 2015 r. *Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, akapit 120; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 czerwca 2009 r. *T-Mobile Netherlands i inni*, C-8/08, EU:C:2009:343, akapit 32 i przywołane tam orzecznictwo.

⁶⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 marca 2015 r. *Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, akapit 121.

⁶⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 marca 2015 r. *Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, akapit 127; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 czerwca 2009 r. *T-Mobile Netherlands i inni*, C-8/08, EU:C:2009:343, akapit 51 i przywołane tam orzecznictwo.

- (242) Wymiana informacji zmniejszała także bodźce dla uczestników porozumienia do podejmowania konkurencyjnych kroków wobec siebie nawzajem. Należy zauważyć, że niepewność co do liczby i tożsamości agencji, z którymi pozostaje się w bezpośredniej konkurencji w ramach danego konkursu zwiększa bodźce do przedstawienia możliwie najkorzystniejszej oferty. Natomiast posiadając wiedzę z kim konkuruje, dana agencja mogła na tej podstawie podjąć decyzję o swoim uczestnictwie w konkursie tj. czy wziąć w nim udział czy też się wycofać. Z uwagi na posiadaną wiedzę, agencje mogły także oszacować swoje szanse na zwycięstwo w danym konkursie i tym samym podjąć decyzję o wzięciu w nim udziału lub rezygnacji. Dodatkowo wiedza z kim się konkuruje mogła wpływać na jakość świadczonych usług bowiem aby wygrać z niektórymi agencjami nie trzeba było wkładać w projekt tyle czasu i pracy co byłoby niezbędne przy innych konkurentach.
- (243) Prezes Urzędu uznał za uprawdopodobnione, że rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, ponieważ jego celem/przedmiotem było wyeliminowanie niepewności co do działań rynkowych uczestników porozumienia. W związku z tym, działania te należy ocenić jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel.

13.4. Niepodleganie wyłączeniom spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję

- (244) Zasadą w u.o.k.k. jak i unijnym prawie ochrony konkurencji jest, iż porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu.

13.4.1. Brak zastosowania reguły de minimis

Ramy prawne

- (245) W prawie polskim ustawodawca określił regułę de minimis w art. 7 u.o.k.k. Z treści art. 7 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. wynika, że zakazu porozumień nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Ponadto, zgodnie z art. 7 ust. 3 u.o.k.k. reguła ta nie znajduje zastosowania do porozumień podziałowych, ograniczających, cenowych oraz dotyczących przetargów.
- (246) W unijnym prawie ochrony konkurencji kwestię porozumień bagatelnych reguluje zawiadomienie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 TFUE (Dz. Urz. UE C 368 z 22.12.2001, s. 13). Zgodnie z pkt 8 lit. a porozumienia między przedsiębiorcami wpływające na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi nie ograniczają odczuwalnie konkurencji w rozumieniu art. 101

ust. 1 TFUE, jeżeli łączny udział rynkowy posiadany przez strony porozumienia nie przekracza 10% na żadnym z rynków, których dotyczy porozumienie, o ile jest ono zawierane między konkurentami. Równocześnie, zgodnie z pkt 2 powyższego zawiadomienia, nie ma ono zastosowania do porozumień, które mają na celu zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji na rynku wewnętrznym. Tak więc porozumienia „ze względu na cel” nie korzystają z wyłączenia tzw. porozumień bagatelnych.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (247) Praktyka wskazana w punkcie I.A sentencji decyzji w ocenie Prezesa Urzędu z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa wpływała na handel między Państwami Członkowskimi i zapobiegała, ograniczała lub zakłócała konkurencję ze względu na swój cel. Wobec tego, Prezes Urzędu ustalił, że naruszenie to miało charakter odczuwalny w rozumieniu prawa unijnego.
- (248) W odniesieniu do prawa polskiego, należy wskazać, że reguła de minimis nie znajduje zastosowania do porozumień ograniczających produkcję, a taki charakter ma praktyka wskazana w punkcie I.A sentencji decyzji. Wobec tego, nie należy stosować reguły de minimis do praktyki wskazanej w punkcie I.A.
- (249) Z kolei praktyka wskazana w punkcie I.B sentencji decyzji w ocenie Prezesa Urzędu także wpływała na handel między Państwami Członkowskimi i zapobiegała, ograniczała lub zakłócała konkurencję ze względu na swój cel. Wobec tego, Prezes Urzędu ustalił, że naruszenie to miało charakter odczuwalny w rozumieniu prawa unijnego.
- (250) W odniesieniu do prawa polskiego, należy z kolei wskazać, że wielkość zsumowanych udziałów rynkowych uczestników porozumienia w istotny sposób przekracza ustanowiony w przepisach krajowych próg bagatelności wynoszący dla porozumień między konkurentami 5%. Prezes Urzędu na podstawie przeprowadzonego w ograniczonym zakresie postępowania dowodowego ustalił, że uczestnicy porozumienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, posiadali łącznie w czasie trwania porozumienia ok. 69 % na krajowym rynku usług świadczonych przez agencje marketingowe nabywanych za pomocą konkursów. Jak wskazano w punkcie 11.1 agencji biorących udział na w konkursach na usługi komunikacji marketingowej działa w Polsce około 200, podczas gdy SAR na chwilę wydawania decyzji posiada 121 członków. Tym samym, prawdopodobnym jest, że nie należy stosować reguły de minimis do praktyki wskazanej w punkcie I.B sentencji decyzji.

13.4.2. Brak spełnienia warunków, o których mowa w art. 8 u.o.k.k. oraz 101 ust. 3 TFUE

Ramy prawne

- (251) Zgodnie z art. 8 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 3 TFUE w odniesieniu do porozumień, które spełniają warunki określone w tych przepisach, nie stosuje się zakazu określonego odpowiednio w art. 6 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 TFUE. Zgodnie z art. 8 ust. 2 u.o.k.k. oraz art. 2 Rozporządzenia 1/2003 ciężar dowodowy w zakresie wykazania spełnienia warunków określonych odpowiednio w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz 101 ust. 3 TFUE spoczywa na odpowiednio przedsiębiorcy lub przedsiębiorstwie.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (252) Strona nie udowodniła, ani nawet nie próbowała udowodnić, spełnienia warunków, o których mowa we wskazanych wyżej przepisach. W związku z tym, że to na stronie ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego art. 8 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 3 TFUE nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

13.4.3. Brak spełnienia warunków, o których mowa w art. 8 ust. 3 u.o.k.k. oraz 101 ust. 3 TFUE

Ramy prawne

- (253) Stosownie do art. 8 ust. 3 u.o.k.k. Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć określone rodzaje porozumień spełniające przesłanki, o których mowa w ust. 1, spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje porozumień. Z kolei w unijnym prawie ochrony konkurencji wyłączenie może wynikać ze stosownego rozporządzenia Komisji.

Zastosowanie prawa w niniejszej sprawie

- (254) Żadne z rozporządzeń – polskich i unijnych – przewidujących wyłączenie grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie wyłącza spod zakazu, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k. oraz art. 101 TFUE, porozumień będących przedmiotem niniejszego postępowania.

14. Zobowiązania

- (255) W toku niniejszego postępowania SAR złożyło wnioski o wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji w trybie art. 12 u.o.k.k. Zgodnie z art. 12 ust. 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu może zobowiązać przedsiębiorcę do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom art. 6 ust. 1 u.o.k.k. lub 101 TFUE. Możliwość wydania przez

Prezesa Urzędu, jako krajowego organu ochrony konkurencji, zgodnie z art. 35 Rozporządzenia 1/2003 i art. 31 u.o.k.k., decyzji akceptującej zobowiązania złożone przez przedsiębiorstwo w postępowaniu antymonopolowym, przewiduje też art. 5 Rozporządzenia 1/2003.

(256) Na podstawie analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz ustalonego w jej następstwie stanu faktycznego oraz po zbadaniu przesłanek wskazanych w art. 12 u.o.k.k., Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że wydanie decyzji zobowiązującej SAR do podjęcia określonych działań jest zasadne i wystarczające dla osiągnięcia celów postępowania antymonopolowego.

14.1. Zobowiązanie dotyczące zarzutu uzgodnienia odmowy uczestnictwa w konkursach, w których nie została zaoferowana wymagana przez stowarzyszone agencje brandingowe opłata za udział w etapie kreatywnym (wskazanego w pkt. I.A sentencji decyzji)

(257) W odniesieniu do zarzutu uzgodnienia odmowy uczestnictwa w konkursach, w których nie została zaoferowana wymagana przez stowarzyszone agencje brandingowe opłata za udział w etapie kreatywnym, SAR przedstawił 6 zobowiązań (pkt. I.1 – I.6 (bez pkt. I.3.c) sentencji decyzji).

(258) SAR zobowiązał się do zastąpienia Kodeksu Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design oraz prezentacji pt. „Przetargowe Fair Play” opracowaniem nazwanym Białą Księgą, w którym znajdują się zapisy wskazujące, że zasady i sposób uczestnictwa w przetargu są indywidualną decyzją każdego uczestnika postępowania przetargowego (niezależnie od tego, czy klient stosuje opłaty za uczestnictwo w przetargu).

(259) Biała Księga Branding, podobnie jak pozostałe rozdziały Białej Księgi, będzie udostępniana na stronie internetowej www.dobryprzetarg.com.pl i promowana przez SAR wśród swoich członków, a także przez partnerów Dialogu Branżowego (którzy z kolei poinformują o tym swoich członków).

(260) Zastąpienie Kodeksu Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design oraz prezentacji „Przetargowe Fair Play” miałyby, w założeniu SAR, nastąpić poprzez:

- a. podjęcie przez Polski Klub Brandingu uchwały o uchyleniu Kodeksu;
- b. wskazanie we wspomnianej wyżej uchwale, że prezentacja „Przetargowe Fair Play” nie powinna być traktowana jako dokument rekomendowany lub promowany przez SAR;
- c. poinformowanie członków SAR w piśmie, że:
 - i. została podjęta uchwała z pkt a) powyżej;

- ii. uchylony został Kodeks Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design;
 - iii. jedynym dokumentem, zawierającym rekomendacje przetargowe, który jest popierany przez SAR, jest Biała Księga, a takiego przymiotu nie należy przydawać w szczególności prezentacji „Przetargowe Fair Play”.
- (261) Zgodnie z treścią złożonego zobowiązania nr 2 Członkowie Polskiego Klubu Brandingu SAR podejmą uchwałę, której przedmiotem będzie uchylenie w całości Kodeksu Postępowania Zawodowego i Etyki Członków Klubu Brand Design oraz wskazanie, że prezentacja pt. „Przetargowe Fair Play” oraz projekt pn. „Wzór Porozumienia Przetargowego” tracą walor opracowań rekomendowanych i promowanych przez SAR i że zaleca się zaniechanie ich wykorzystywania.
- (262) Kolejnym zobowiązaniem przedstawionym przez SAR jest podjęcie przez Członków SAR uchwały, której przedmiotem będzie m.in. wskazanie, że:
- a. wszelkie standardy i dobre praktyki przetargowe, promowane przez SAR wśród podmiotów działających na rynku usług marketingowych mają charakter rekomendacji, które nie wiążą swoich adresatów (w tym w szczególności członków SAR);
 - b. wszelkie decyzje dotyczące zastosowania poszczególnych rekomendowanych standardów i dobrych praktyk w związku z organizacją i uczestnictwem w procesach przetargowych i konkursowych powinny być podejmowane samodzielnie i autonomicznie przez każdy z zainteresowanych podmiotów.
- (263) Zgodnie z treścią złożonego zobowiązania nr 4 SAR prześle również do swoich członków pismo, którego przedmiotem będzie jednoznaczne wskazanie na charakter i naturę prawną rekomendacji promowanych przez SAR w przedmiocie organizacji i uczestnictwa w przetargach.
- (264) Pismo zostanie przesłane do członków SAR-u za pośrednictwem korespondencji e-mailowej. Każdy z członków SAR zostanie poproszony o potwierdzenie otrzymania korespondencji i zapoznania się z jej treścią, oraz poinformowany, że w razie braku wysłania potwierdzenia korespondencja będzie uznana za doręczoną z upływem 2 tygodni od dnia jej wysłania na aktualny w chwili wysyłki adres kontaktowy członka SAR-u.
- (265) W kolejnym zobowiązaniu SAR zadeklarował dokonanie z każdym członkiem SAR modyfikacji umowy ramowej (która była podpisywana z takim członkiem z chwilą przystąpienia do SAR) w taki sposób, że zostanie usunięte postanowienie wskazujące, że członek SAR ma obowiązek stosowania przy zawieraniu umów z klientami zasad przetargowych promowanych przez SAR. Modyfikacja umowy ramowej nastąpi poprzez

zawarcie aneksu do obecnej umowy ramowej lub zawarcie nowej umowy ramowej, zastępującej poprzednio łączące strony uzgodnienia.

- (266) SAR zobowiązał się także do rekomendowania tylko takich działań, które są zgodne z unijnym oraz krajowym prawem ochrony konkurencji.
- (267) Prezes Urzędu uznał, że powyższe zobowiązania są wystarczające do usunięcia uprawdopodobnionego naruszenia, ponieważ dokumenty zawierające postanowienia niezgodne z prawem konkurencji zostaną zastąpione jednym dokumentem zawierającym jedynie rekomendacje do stosowania przez organizatorów konkursów *rejection fee*.
- (268) W Białej Księdze Branding również podkreślone zostanie, że agencje samodzielnie podejmują decyzję co do wzięcia udziału w konkursie. Akapit o tym mówiący będzie poprzedzał wszystkie kolejne rozdziały Białej Księgi Branding. Także forma graficzna tego akapitu⁶⁸ spowoduje, że czytający Białą Księgę Branding zwróci uwagę na treść i ważność tego akapitu. SAR wskaże również swoim członkom w skierowanym do nich liści, że agencje samodzielnie podejmują decyzję co do wzięcia udziału w konkursie. Z kolei wszelkie dokumenty zawierające jakiegokolwiek zapisy wskazujące na nieuczestniczenie w konkursach, w których nie została przewidziana *rejection fee* zostaną wyeliminowane z obrotu. Zatem w żadnych dokumentach SAR-u nie będzie już zapisów wskazujący na antykonkurencyjne działania. Tym samym żaden członek SAR nie będzie mógł powoływać się na jakiegokolwiek dokument strony postępowania wskazujący na obowiązkowe stosowanie *rejection fee*.
- (269) W ocenie Prezesa Urzędu za przyjęciem w niniejszej sprawie zobowiązań SAR przemawia fakt, że pozwoli to na szybkie i efektywne załatwienie sprawy, a także przywrócenie poprawnego funkcjonowania rynku i tym samym wpisuje się w potrzebę ochrony interesu publicznego. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na fakt, że SAR wyraziło wolę dostosowania swoich dokumentów oraz sposobu postępowania do stanu zgodności z regułami konkurencji na wstępnym etapie prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania antymonopolowego, co pozwoliło na zaoszczędzenie środków publicznych i zasobów związanych z brakiem konieczności przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego. Z tych względów uznano, że akceptacja przedmiotowego zobowiązania będzie stanowiła właściwy instrument realizacji polityki ochrony konkurencji.
- (270) Określone powyżej zobowiązania mają zostać wprowadzone w odpowiednich terminach określonych w pkt. II.1 – II.4 sentencji decyzji. Terminy te w opinii Prezesa Urzędu są

⁶⁸ Pogrubione zostanie zdanie: „Stosowanie rekomendacji Białej Księgi w części lub całości pozostaje do indywidualnej i samodzielnej decyzji Klientów i Agencji”, a we wstępie do Rozdziału III cały akapit zostanie dodatkowo wyróżniony kolorem czerwonym i ikoną wykrzyknika.

adekwatne do zakresu czynności koniecznych do podjęcia przez SAR i z tego względu zostały one zaakceptowane.

14.2. Zobowiązanie dotyczące zarzutu wymiany informacji (wskazanego w pkt. I.B sentencji decyzji)

- (271) W odniesieniu do zarzutu wymiany informacji SAR przedstawił 3 zobowiązania (pkt. I.3.c, I.4 i I.6 sentencji decyzji).
- (272) Zgodnie z zobowiązaniem nr 3 członkowie SAR-u podejmą uchwałę, której przedmiotem będzie wskazanie, że SAR zobowiązuje się m.in. nie udostępniać swoim członkom lub innym podmiotom narzędzi zwiększających transparentność informacji dotyczących postępowań przetargowych lub konkursowych, ponad tę wynikającą ze źródeł publicznie dostępnych.
- (273) Natomiast zgodnie z treścią złożonego zobowiązania nr 4 SAR prześle do swoich członków pismo, którego przedmiotem będzie jednoznaczne wskazanie na charakter i naturę prawną rekomendacji promowanych przez SAR w przedmiocie organizacji i uczestnictwa w przetargach.
- (274) W piśmie tym niezależnie od przekazania wskazanej powyżej informacji objętej zobowiązaniem, SAR z własnej inicjatywy przypomni swoim członkom, że w świetle prawa dopuszczalne jest jedynie wymienianie się przez uczestników rynku informacjami, które nie są objęte poufnością, niezależnie od tego, czy obowiązek zachowania w poufności wynika z przepisów powszechnie obowiązujących, czy też umów o charakterze cywilnoprawnym. Regułę tę należy stosować m.in. do informacji dotyczących przetargów, które nie są publicznie dostępne.
- (275) SAR zobowiązał się także do rekomendowania tylko takich działań, które są zgodne z unijnym oraz krajowym prawem ochrony konkurencji.
- (276) Biorąc pod uwagę, że platforma przetargowa przestała funkcjonować przed wszczęciem postępowania, Prezes Urzędu uznał, że taki kształt zobowiązań jest wystarczający do zakończenia praktyki antykonkurencyjnej i usunięcia jej ewentualnych skutków. Pozwoli to na przywrócenie stanu na rynku sprzed naruszenia i dodatkowo wyeliminuje ryzyko ponownego wprowadzenia analogicznych ograniczeń.
- (277) Powtórzyć należy, że przyjęcie zobowiązań umożliwi szybkie i efektywne załatwienie sprawy i jednocześnie przyczyni się do zaoszczędzenia środków publicznych. Z tych względów Prezes Urzędu uznał, że zaakceptowanie propozycji SAR-u jest uzasadnione z punktu widzenia konieczności ochrony interesu publicznego i będzie stanowiło właściwy instrument realizacji polityki ochrony konkurencji.

(278) W związku z charakterem powyższych zobowiązań uznać należy, że określone w pkt. II.3 – II.4 sentencji decyzji terminy ich wykonania są adekwatne i możliwe do dochowania.

14.3. Termin złożenia sprawozdania z realizacji zobowiązań

(279) Prezes Urzędu nałożył ponadto na SAR obowiązek złożenia sprawozdania o realizacji zobowiązania. Zgodnie z tym obowiązkiem SAR poinformuje Prezesa Urzędu o stopniu realizacji zobowiązań poprzez:

1. dostarczenie informacji o dacie publikacji Białej Księgi Branding na stronie www.dobryprzetarg.com.pl;
2. kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem uchwał uwzględniających zobowiązanie z pkt. I.2 i I.3;
3. informacji o liczbie członków SAR-u, do których wysłano pismo uwzględniającej zobowiązanie z pkt. I.4 wraz z listą tych agencji wskazującą jednocześnie, które agencje potwierdziły otrzymanie zapoznanie się z przesłaną wiadomością;
4. informacji o liczbie członków SAR-u, z którymi podpisano aneks do obecnej umowy ramowej lub zawarto nową umowę ramową z pkt. I.5, wraz z listą tych członków.

(280) Zdaniem Prezesa Urzędu nałożenie powyższych obowiązków pozwoli na zweryfikowanie, czy SAR zastosował się do przyjętych niniejszą decyzją zobowiązań, które mają wyeliminować uprawdopodobnione w toku przedmiotowego postępowania antymonopolowego praktyki. Nałożenie ww. obowiązków sprawozdawczych należy uznać za konieczne i uzasadnione z uwagi na specyfikę decyzji wydawanej w trybie art. 12 u.o.k.k. oraz art. 5 Rozporządzenia 1/2003.

(281) W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji decyzji.

(282) Od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – stosownie do treści art. 81 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 479²⁸ Kodeksu postępowania cywilnego – za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

(283) 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 (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 755 ze zm.), odwołanie od decyzji

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1.000 zł.

- (284) Zgodnie z art. 103 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.
- (285) Zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.
- (286) Stosownie do treści art. 117 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Zgodnie z art. 117 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Zgodnie z art. 117 § 3 Kodeksu postępowania cywilnego 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.
- (287) Zgodnie z art. 117 § 4 Kodeksu postępowania cywilnego 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. Osoba fizyczna, która nie ma miejsca zamieszkania w siedzibie tego sądu, może złożyć wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego w sądzie rejonowym właściwym ze względu na miejsce swego zamieszkania, który niezwłocznie przesyła ten wniosek sądowi właściwemu.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

*Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji
Tomasz Bagdziński*

Załącznik 1

Struktura uzasadnienia decyzji

Spis treści

SŁOWNIK POJĘĆ	6
1. USŁUGI OFEROWANE PRZEZ AGENCJE MARKETINGOWE	8
2. STRONA POSTĘPOWANIA	9
3. KONTEKST DZIAŁAŃ RYNKOWYCH OPISANYCH W NINIEJSZEJ DECYZJI	10
3.1. KONKURSY NA PRACE AGENCJI MARKETINGOWYCH	10
3.1.1. <i>Specyfika konkursów na prace agencji brandingowych</i>	11
3.2. WYTYCZNE BRANŻOWE.....	12
4. KOORDYNACJA DZIAŁAŃ AGENCJI BRANDINGOWYCH W ZAKRESIE REJECTION FEE 13	
5. PLATFORMA PRZETARGOWA	20
5.1. UMIESZCZANIE INFORMACJI NA PLATFORMIE	21
5.1.1. <i>Rodzaje informacji wpisywanych na platformie</i>	21
5.1.2. <i>Obowiązek rejestracji konkursów i aktualizowania wpisów</i>	22
6. WYMIANA INFORMACJI POPRZEZ PLATFORMĘ PRZETARGOWĄ	27
6.1. SPOSÓB WYMIANY INFORMACJI - POKOJE PRZETARGOWE.....	27
6.2. ZAKRES WYMIENIANYCH INFORMACJI.....	28
6.2.1. <i>Podmioty biorące udział w konkursie</i>	28
6.2.2. <i>Liczba podmiotów biorących udział w konkursie</i>	30
6.2.3. <i>Informacje dotyczące rejection fee</i>	33
7. SĄD KOLEŻEŃSKI	34
8. STANOWISKO STRONY POSTĘPOWANIA	37
9. INTERES PUBLICZNY	39
10. STRONA POSTĘPOWANIA – STATUS PRZEDSIĘBIORCY	40
11. RYNEK WŁAŚCIWY	42
11.1. RYNEK PRODUKTOWY	43
11.2. RYNEK GEOGRAFICZNY	44
12. WPLYW NA HANDEL MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI	44
12.1. HANDEL MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI	45
12.2. WPLYW NA HANDEL	45
12.3. ODCZUWALNOŚĆ WPLYWU NA HANDEL	46

13.	UPRAWDOPODOBNIENIE STOSOWANIA PRAKTYK OGRANICZAJĄCYCH	
	KONKURENCJĘ.....	48
13.1.	ISTOTA UPRAWDOPODOBNIENIA.....	48
13.2.	UPRAWDOPODOBNIENIE ZAWARCIA POROZUMIENIA	49
13.2.1.	<i>Forma zawartego porozumienia</i>	<i>50</i>
13.2.1.1.	Uprawdopodobnienie naruszenia art. 6 ust. 1 pkt. 2 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 lit. b) TFUE	53
13.2.1.2.	Uprawdopodobnienie naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE.....	56
13.2.1.2.1.	Rodzaj wymienianych informacji	58
13.2.1.2.2.	Stopień szczegółowości informacji	60
13.2.1.2.3.	Charakter wymienianych informacji	60
13.2.1.2.4.	Aktualność informacji	61
13.2.1.2.5.	Częstotliwość wymiany informacji	62
13.2.1.2.6.	Struktura i przejrzystość rynku.....	62
13.3.	ANTYKONKURENCYJNY CEL POROZUMIENIA.....	65
13.3.1.	<i>Antykonkurencyjny cel naruszenia art. 6 ust. 1 pkt. 2 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 lit. b) TFUE.....</i>	<i>66</i>
13.3.2.	<i>Antykonkurencyjny cel naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE</i>	<i>67</i>
13.4.	NIEPODLEGANIE WYŁĄCZENIOM SPOD ZAKAZU ZAWIERANIA POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH	
	KONKURENCJĘ.....	69
13.4.1.	<i>Brak zastosowania reguły de minimis.....</i>	<i>69</i>
13.4.2.	<i>Brak spełnienia warunków, o których mowa w art. 8 u.o.k.k. oraz 101 ust. 3 TFUE</i>	<i>71</i>
13.4.3.	<i>Brak spełnienia warunków, o których mowa w art. 8 ust. 3 u.o.k.k.</i>	<i>71</i>
14.	ZOBOWIĄZANIA.....	71
14.1.	ZOBOWIĄZANIE DOTYCZĄCE ZARZUTU UZGODNIENIA ODMOWY UCZESTNICTWA W KONKURSACH, W KTÓRYCH NIE ZOSTAŁA ZAOFEROWANA WYMAGANA PRZEZ STOWARZYSZONE AGENCJE BRANDINGOWE OPŁATA ZA UDZIAŁ W ETAPIE KREATYWNYM (WSKAZANEGO W PKT. I.A. SENTENCJI DECYZJI)	72
14.2.	ZOBOWIĄZANIE DOTYCZĄCE ZARZUTU WYMIANY INFORMACJI (WSKAZANEGO W PKT. I.B. SENTENCJI DECYZJI).....	75
14.3.	TERMIN ZŁOŻENIA SPRAWOZDANIA Z REALIZACJI ZOBOWIĄZAŃ.....	76