



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DDI-2-55-3/1514/99/DG

Warszawa, dnia 6 listopada 2002 r.

**Decyzja
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Nr DDI-98/2002**

Na podstawie art. 11 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2000, nr 122, poz. 1319 z późn. zm.)* Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie z wniosku Polskiej Izby Książki z siedzibą w Warszawie przeciwko Swets Blackwell GmbH z siedzibą we Frankfurcie nad Menem, **nie stwierdza** stosowania przez Swets Blackwell GmbH praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku odsprzedaży czasopism zagranicznych finansowanych ze środków budżetu państwa poprzez:

nieuczciwe kształtowanie cen zagranicznych czasopism naukowych w wyniku odsprzedaży tych czasopism poniżej kosztów zakupu, instytucjom naukowym finansowanym ze środków budżetu państwa, w celu eliminacji z rynku konkurencji.

Uzasadnienie

Polska Izba Książki (zwana dalej wnioskodawcą lub PIK) złożyła 22 września 1999 r., do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Prezesem Urzędu), wniosek w sprawie wszczęcia postępowania przeciwko Swets Blackwell GmbH (dalej Swets Blackwell) w przedmiocie stwierdzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję polegających na nieuczciwym kształtowaniu cen zagranicznych czasopism naukowych finansowanych ze środków publicznych, w tym odsprzedaży czasopism zagranicznych poniżej kosztów zakupu.

Zarzut skierowany przeciwko Swets Blackwell wnioskodawca oparł na twierdzeniu, że „w przetargach na prasę z importu, wszystkie firmy przyjmują za podstawę do opracowania oferty ceny katalogowe wydawców zagranicznych, tzn. ceny, które wydawcy określają w jednakowej wysokości dla wszystkich odbiorców ich wydawnictw. Zróżnicowanie cenowe ofert powinno być w praktyce niewielkie, gdyż nie może dotyczyć podstawowego elementu kalkulacyjnego, jakim są koszty zakupu czasopism u ich wydawców”¹. Wnioskodawca oszacował udział Swets Blackwell

¹ pismo Polskiej Izby Książki z dnia 22 września 1999 r. str. 2

w obrotach na polskim rynku odprzedaży czasopism zagranicznych finansowanych ze środków budżetu państwa na ponad 40 %.

Dla zobrazowania prezentowanego stanowiska wnioskodawca przedstawił przetarg z lipca 1999 r. na prenumeratę zagranicznych czasopism naukowych na rok 2000 dla Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie. Wnioskodawca oświadczył, że ceny katalogowe czasopism z 1999 r., objęte wyżej wymienionym przetargiem, kształtowały się na poziomie powyżej 67 000 zł, natomiast firma Swets Blackwell oferowała je na rok 2000 za kwotę 58 818 zł. Faktem powszechnie znanym jest to, jak dodał wnioskodawca, że ceny czasopism są corocznie przez wydawców podwyższane średnio o 10 % w stosunku do cen z roku ubiegłego. W ocenie wnioskodawcy przedstawiony przykład potwierdza, że Swets Blackwell oferując taką cenę nie może pokryć nawet własnych kosztów zakupu czasopism od wydawców.

W celu zbadania ewentualnego naruszenia przepisów ustawy oraz dla potwierdzenia zarzutów przedstawionych przez wnioskodawcę, Prezes Urzędu zwrócił się do kilku jednostek budżetowych, w tym również do Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie o przedstawienie dokumentacji przetargowej. Z analizy przetargu dla AWF w Krakowie wynikało, że oferta Swets Blackwell została odrzucona z przyczyn formalnych, gdyż nie zawierała wszystkich pozycji wydawniczych, na które zostało złożone przez Akademię zamówienie. Należało w związku z tym stwierdzić, że wysokość oferty Swets Blackwell nie mogła być porównywana z ofertami pozostałych uczestników przetargu, a tym samym stanowić wiarygodnego dowodu naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeanalizowaniu wniosku poinformował wnioskodawcę, że na podstawie art. 21 ust. 4 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. 1999 r., nr 52, poz. 547 z późn. zm.) nie wszczyna postępowania administracyjnego w zakresie zarzutu wskazanego we wniosku.

Wnioskodawca podtrzymał żądanie wszczęcia postępowania. W związku z powyższym, Prezes Urzędu w dniu 13 sierpnia 2001 r., w oparciu o przepisy obowiązującej w dniu wszczynania postępowania ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 122, poz. 1319 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, wszczął przeciwko Swets Blackwell postępowanie w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję polegających na nieuczciwym kształtowaniu cen zagranicznych czasopism naukowych, w wyniku odsprzedaży tych czasopism poniżej kosztów zakupu, instytucjom naukowym finansowanym ze środków budżetu państwa, w celu eliminacji z rynku konkurencji.

Równocześnie Prezes Urzędu zwrócił się do Komitetu Badań Naukowych w sprawie danych dotyczących wydatków poniesionych z budżetu państwa w latach 1998-

2000 przeznaczonych na finansowanie zakupu zagranicznych wydawnictw naukowych dla bibliotek i instytutów naukowych.

W trakcie trwającego postępowania antymonopolowego Swets Blackwell ustosunkował się do stawianego mu zarzutu w sposób następujący:

- Sam fakt posiadania pozycji dominującej nie stanowi o naruszeniu przepisów ustawy.
- Wnioskodawca nie uprawdopodobnił naruszenia przepisów ustawy. Między innymi nieuzasadnione jest twierdzenie wnioskodawcy, że ceny oferowane przez Swets Blackwell rażąco odbiegają od poziomu cen oferowanych przez pozostałych uczestników przetargu. „Wybrane przez Polską Izbę Książki dane przetargowe nie potwierdzają tego zarzutu – wręcz przeciwnie, wskazują na większe różnice między cenami pozostałych konkurentów”².
- Swets Blackwell powołał się na konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej. Według Swets Blackwell ustawa o zamówieniach publicznych wprowadza równość zasad w stosunku do dostawców krajowych i zagranicznych. Ograniczenie wolności prowadzenia działalności w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów może nastąpić ze względu na interes przedsiębiorstw i ich związków.

W związku z powyższym Swets Blackwell wniósł o wydanie decyzji nie stwierdzającej stosowania przez Swets Blackwell praktyki ograniczającej konkurencję zarzucanej przez wnioskodawcę.

Prezes UOKiK w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy ustalił następujący stan faktyczny.

Opis rynku

Rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek odsprzedaży bibliotekom i instytucjom naukowym zagranicznych czasopism naukowych, finansowanych ze środków budżetu państwa. Rynek właściwy w sprawie został wyznaczony poprzez towar (usługę) oraz uczestników rynku ze strony podaźowej i popytowej.

W przedmiotowym postępowaniu dla ustalenia towaru (usługi) należało wyodrębnić taki segment, który charakteryzuje się jednolitymi warunkami prowadzenia działalności. Generalną tendencją w prawie antymonopolowym jest dążenie do wąskiego wyznaczenia rynku produktowego. Istotnym elementem branym przy wyznaczaniu rynku jest to, że wyznaczony w sprawie rynek musi określać płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru, w tym należy wziąć pod uwagę rodzaj i specyfikę towaru (usługi), jak również bariery wejścia na rynek, na przykład specyficzne w danej dziedzinie przepisy prawa. Szczególne znaczenie, co wymaga podkreślenia,

² Pismo Swets Blackwell z dnia 9 października 2001 r.

w zakresie zamówień realizowanych przez polskie instytucje naukowe ze środków publicznych, ma ustawowy wymóg realizacji zamówień zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst. jednolity Dz. U. 2002 r., nr 72, poz. 664). W niniejszej ustawie została wyznaczona specyficzna, rygorystycznie określona procedura każdorazowo uruchamiana w celu dokonania wyboru kontrahenta najbardziej spełniającego kryteria wymagane przez zamawiającego. Należy więc stwierdzić, że procedura ta musi być zastosowana do każdego zamówienia realizowanego przez instytucję publiczną, w przypadku gdy wydatkowane są środki publiczne.

Produktem (usługą) w niniejszej sprawie jest pośrednictwo w sprzedaży (odsprzedaż) zagranicznych czasopism naukowych. Pośrednictwo w sprzedaży zagranicznych czasopism naukowych zostało wyodrębnione ze względu na charakter towarów, które są przedmiotem odsprzedaży (drogie pozycje, zamawiane w znakomitej większości przez instytucje naukowe w związku z prowadzoną przez nie działalnością dydaktyczno-naukową). Ze względu natomiast na obsługę zamówienia wymagającą zaangażowania środków i odpowiedniej organizacji, wygodniejsze dla zamawiającego (zarówno organizacyjnie i finansowo) jest korzystanie z pośredników organizujących i obsługujących zamówienie (agentów subskrypcyjnych).

Na polskim rynku wydawnictw zagranicznych, działa kilkunastu znaczących przedsiębiorców zajmujących się importem i dystrybucją zagranicznych książek i czasopism. Wnioskodawca wskazał głównych konkurentów działających na polskim rynku odsprzedaży zagranicznych czasopism naukowych:

1. Swets Blackwell GmbH (wcześniej Swets und Zeitlinger) Frankfurt nad Menem
2. Lang und Springer Berlin
3. ABE Marketing Warszawa
4. PP CHZ Ars Polona Warszawa
5. IPS Sp. z o.o. Warszawa
6. Orpan Warszawa
7. Press Sp. z o.o. Warszawa.

Wnioskodawca wskazał, że istotną cechą tego rynku, jest ekspansja na teren Polski firm zagranicznych o dużym potencjale ekonomicznym (Swets Blackwell i Lang und Springer/Ebsco).

Rynek wydawnictw zagranicznych charakteryzuje to, że zamawiający przekazuje obsługę zamówienia prowadzącym działalność gospodarczą w tym zakresie agencjom subskrypcyjnym. Według wnioskodawcy o wyższości oferty skierowanej przez agencję subskrypcyjną do zamawiającego decydują następujące czynniki:

1. cena prenumeraty,
2. naliczana marża,
3. opusty,
4. regularność, szybkość i sposób dostaw,
5. załatwianie reklamacji, rozliczenia,

6. dodatkowe usługi w ramach prenumeraty (znaczenie w chwili obecnej ma także możliwość zamawiania prenumeraty czasopism elektronicznych, baz danych na dyskietkach i CD –romach, oraz dostęp do zasobów wydawcy on-line),
7. na ostateczną cenę składa się wiele czynników, między innymi: zestaw tytułów, wartość zamówienia, przedpłaty (niższa cena uzależniona od odpowiednio wcześniejszej wpłaty lub opusty w innej formie), kursy wymiany walut.

Zainteresowane współpracą z agentami pośredniczącymi w zakupie czasopism zagranicznych są w szczególności biblioteki i instytucje publiczne. Według oświadczenia wnioskodawcy udział klientów indywidualnych zainteresowanych nabyciem zagranicznych czasopism naukowych jest niewielki.

Pozycja rynkowa Swets Blackwell GmbH na polskim rynku odsprzedaży zagranicznych czasopism naukowych finansowanych ze środków budżetu państwa

Przedsiębiorca, któremu PIK zarzuca praktyki - Swets Blackwell - jest ogólnosiwiatowym koncernem, posiadającym 22 filie zagraniczne usytuowane np. w Australii, Brazylii, Francji, Niemczech, Włoszech, USA, Wielkiej Brytanii, Rosji, Korei Południowej. W Polsce Swets Blackwell nie posiada filii, działa na polskim rynku poprzez niemiecką spółkę z siedzibą we Frankfurcie nad Menem.

Należy na wstępie stwierdzić, że kluczową sprawą w postępowaniu przed Prezesem UOKiK jest stwierdzenie posiadania przez przedsiębiorcę, któremu zarzuca się naruszenie ustawy, na rynku właściwym pozycji dominującej.

Art. 4 ust. 9 ustawy przez pozycję dominującą rozumie pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40 %. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów stwarza jedynie domniemanie prawne posiadania pozycji dominującej wskazując 40-procentowy udział w rynku. Domniemanie to jest domniemaniem wzruszalnym, dopuszczającym możliwość jego obalenia. W związku z tym przy badaniu posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej niepełne i błędne mogłoby być analizowanie jedynie pozycji przedsiębiorcy według kryterium ilościowego (udział w rynku). Koniecznością jest zbadanie także całego otoczenia rynkowego według kryterium jakościowego tj. stanu konkurencji na danym rynku.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego w celu ustalenia, czy przedsiębiorca spotyka się z istotną konkurencją na właściwym rynku, konieczne jest przeanalizowanie całego otoczenia w jakim on funkcjonuje (postanowienie SAM z 3-10-1994 r., XVII Amr 5/93). Dla określenia pozycji dominującej istotne są więc czynniki, na postawie których można stwierdzić siłę ekonomiczną i rozmiar przedsiębiorcy. Na przykład:

- względny udział w rynku przedsiębiorców tj. udział w rynku przedsiębiorstwa dominującego w stosunku do udziałów jego konkurentów,
- bariery wejścia: technologiczna przewaga na konkurentami, dobrze rozwinięta sieć sprzedaży, preferencje konsumentów, łatwy dostęp do surowców i zasobów finansowych.

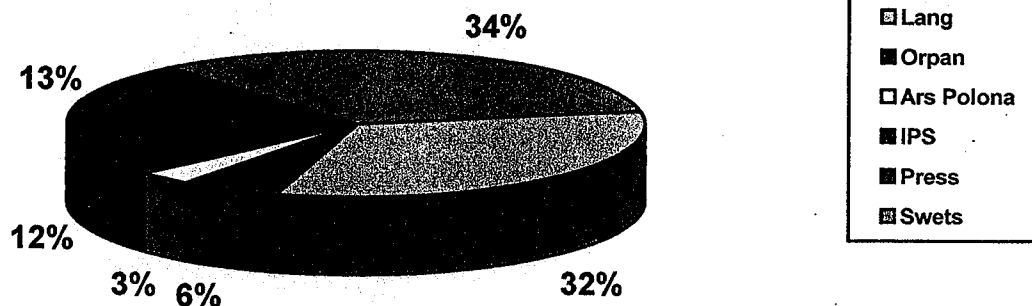
Prezes Urzędu badając pozycję rynkową Swets Blackwell, wziął pod uwagę dwa kryteria - kryterium przychodów, oraz pomocniczo ilość wygranych przez Swets Blackwell przetargów.

Urząd zwrócił się do 5 wybranych największych przedsiębiorców działających na rynku odsprzedaży czasopism zagranicznych, w celu zbadania rynku dystrybucji zagranicznych czasopism naukowych tj. Lang, Orpan, Ars Polona, IPS, Press.

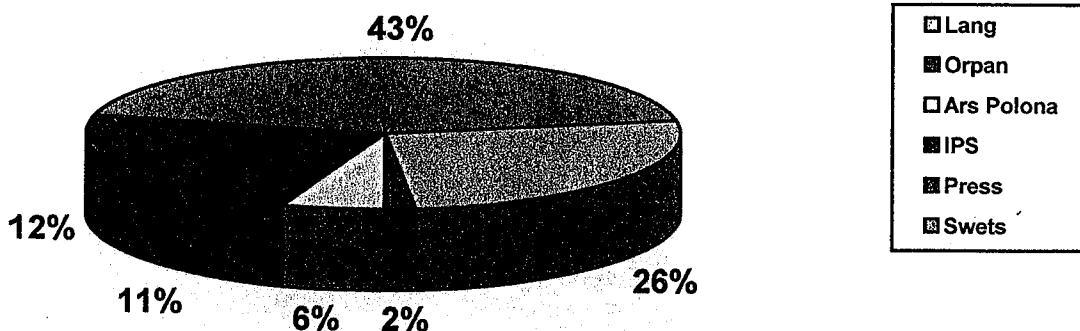
W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie można było dokonać analizy wartości przychodów Swets Blackwell i jego głównych konkurentów (o których mowa powyżej) w latach 1998 i 1999.

zestawienie przychodów przedsiębiorstw (dane utajnione na podstawie postanowienia z dnia 28-10-2002 i postanowienia z dnia 5-02-2002)

Udział procentowy 1998 rok (przychody)



Udział procentowy 1999 rok (przychody)



Należy stwierdzić, że pozycją rynkową Swets Blackwell oscyluje w granicach 40-procentowego progu udziału w rynku.

Z analizy przychodów największych uczestników na rynku odsprzedaży czasopism zagranicznych w Polsce w latach 1998 i 1999 wynika, że Swets Blackwell powiększa swoją pozycję rynkową (34 % - 1998 r., 43 % - 1999 r.). Swets Blackwell spotyka się z konkurencją na polskim rynku odsprzedaży czasopism zagranicznych. Istotne dla sprawy jest jednakże to, że posiadana przez Swets Blackwell siła ekonomiczna umożliwia przedsiębiorcy wpływanie, oddziaływanie na konkurencyjność tego rynku, w sposób powodujący zapobieganie (hamowanie rozwoju) skutecznej konkurencji. Należy także odnotować, że w roku 1999 w porównaniu do roku 1998 zmalał znacząco udział w rynku drugiego, co do wysokości udziału w rynku agenta subskrypcyjnego Lang und Springer – z 32% do 26 %. Udział polskich firm subskrypcyjnych (łącznie) w roku 1998 wyniósł 34% w porównaniu do 31 % w roku następnym.

Drugim kryterium zastosowanym jedynie pomocniczo dla potwierdzenia dokonanej oceny pozycji przedsiębiorstwa, jest ilość wygranych przez Swets Blackwell przetargów. Analiza objęła przetargi wygrane przez Swets Blackwell w latach 1999-2000. Jedynie pomocnicze zastosowanie takiego kryterium wynika z tego, że zdaniem Prezesa Urzędu ilość przetargów wygranych przez poszczególnych uczestników rynku może być myląca przy dokonywaniu oceny pozycji rynkowej, ponieważ istotną w wygranych przetargach jest nie tylko ich ilość, ale też wielkość zamówienia.

Z danych przedstawionych przez wnioskodawcę³ wynika, że Swets Blackwell obsługuje większość przetargów dla dużych bibliotek, wyższych uczelni państwowych oraz innych placówek naukowych (1999 r. - 20 z 40, 2000 r. - 26 z 40 ujętych w tabeli przetargów). Istotne jest to, że obsługa dużych jednostek budżetowych daje możliwość generowania większych przychodów ze względu na zapotrzebowanie takiej jednostki, a co za tym idzie, również wysokość środków przeznaczonych na zakup naukowych czasopism zagranicznych w danym roku przez jednostkę.

Dane finansowe oraz ilość wygranych przetargów dla dużych jednostek budżetowych przedstawione w postępowaniu wykazują, że Swets Blackwell posiada na rynku odsprzedaży czasopism zagranicznych ze środków finansowanych z budżetu państwa pozycję dominującą.

³ załącznik nr 2 do pisma PIK z dnia 15 marca 2000 r.

Ustalenia faktyczne

1. cena wydawcy

W zakresie określania ceny ofert składanych w trakcie procedury na realizację zamówień na zakup naukowych czasopism zagranicznych, elementem istotnym dla określenia wysokości ceny oferty, jest **cena uzyskana od wydawcy zagranicznego**. Tę cenę należy rozróżnić od ceny katalogowej. Cena katalogowa bowiem jest ceną detaliczną, którą oferuje wydawca wszystkim użytkownikom czasopisma (detalistom, hurtownikom). Obie strony postępowania jednakże zgadzają się, że **nie ma obowiązku stosowania przez agencję subskrypcyjną cen katalogowych**⁴.

2. rabaty

„Zasadą w kontaktach handlowych na międzynarodowym rynku wydawniczo-księgarskim **jest udzielanie rabatu od cen katalogowych**⁵. Wyjątek stanowią ceny katalogowe w USA i Rosji. W USA ceny katalogowe na rynek amerykański (tzw. domestic price) są ok. 15-20 % niższe od cen krajów „zamorskich”. W Rosji ustalane są niższe ceny w rublach na rynek wewnętrzny i wyższe ceny eksportowe. Niektórzy wydawcy – zwłaszcza w USA – nie udzielają rabatów, lecz stosują dla jednego tytułu do kilkunastu niekiedy kategorii cen katalogowych jak. m. innymi *agent price, direct rate, individual, institutional, in-training, students, foreign, domestic, electronic version, print+ online, US, non-US, member, non-member, air mail*. Możliwe jest niekiedy łączenie kilku kategorii cen w nową, np. member non-US air mail⁶.

Najistotniejszym elementem kształtującym ostateczną cenę jest wielkość rabatów uzyskiwanych przez agencje od wydawców. Rabat wydawniczy jest funkcją ilości zakupionych egzemplarzy i prenumerat u danego wydawcy⁷. Dodatkowo na przykład Swets Blackwell oświadczył, że poprzez dokonywaną przez tego przedsiębiorcę sprzedaż w tzw. „grupach czasopism” może pozyskać dodatkowe rabaty od wydawców.

Według oświadczenia Swets Blackwell ostateczna cena zamówienia może być też korygowana poprzez możliwość zakupu przez oddziały miejscowe Swets Blackwell czasopism po cenach krajowych, różnych od cen importowych (o czym również pisze wnioskodawca, tzw. domestic price).

3. Przykładowe przetargi przedstawione przez wnioskodawcę jako dowód w sprawie.

⁴ pismo Swets Blackwell z dnia 9 października 2001 r. s. 9-10, pismo PIK z dnia 15 marca 2000 r. s. 4

⁵ pismo PIK z dnia 15 marca 2000 r.

⁶ pismo PIK z dnia 24 listopada 2000 r.

⁷ pismo Swets Blackwell z dnia 6 lipca 2001 r.

W trakcie postępowania dowodowego wnioskodawca przedstawił oferty cenowe przedstawiane w przykładowych przetargach, w który udział brał między innymi Swets Blackwell.

1. Przetarg z sierpnia 1998 r. na prenumeratę czasopism importowanych dla SGH w Warszawie:

<i>Swets –</i>	488 738,35 zł
<i>pozostali uczestnicy -</i>	560 919 zł –14 % ⁸
	563 811,57 – 15 %
	582 395,52 – 19 %
	592 663,48 – 21 %

2. Przetarg z września 1998 r. dla Akademii Medycznej w Lublinie:

<i>Swets –</i>	154 171 USD
<i>pozostali uczestnicy -</i>	289 253, 17 DEM ok. 166 622 USD – 8 %
	175 241,49 USD – 13 %
	175 337,87 USD – 13 %

3. Przetarg z września 1998 r. dla Polskiej Akademii Nauk-Institutu Biochemii i Biofizyki:

<i>Swets –</i>	598 094,87 zł
<i>pozostali uczestnicy -</i>	641 832,37 – 7 %
	633 192,71 – 5 %
	699 365,61 – 16 %

4. Przetarg z września 1998 r. dla Polskiej Akademii Nauk – Instytut Inżynierii Chemicznej:

<i>Swets –</i>	80 826 zł
<i>pozostali uczestnicy -</i>	84 538 – 4 %
	86 756 – 7 %
	88 470 – 9 %
	89 826 – 11 %

4. Procedury realizacji zamówień na dostawę zagranicznych czasopism naukowych

Zamówienia finansowane ze środków publicznych realizowane są w oparciu o przepisy ustawy o zamówieniach publicznych. Art. 1. ustawy o zamówieniach publicznych mówi, że ustawa określa zasady, formy i tryb udzielania zamówień publicznych, organ właściwy w sprawach o zamówienia publiczne, a także tryb rozpatrywania protestów, odwołań i skarg złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

⁸ procentowa różnica w cenie pomiędzy Swets Blackwell a innym oferentem obliczona przez Urząd.

Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych stosuje się w jednakowym zakresie zarówno do przedsiębiorców krajowych jak i przedsiębiorców zagranicznych.

Wnioskodawca w trakcie postępowania dowodowego składał oświadczenia odnoszące się do niniejszej ustawy, pisząc między innymi, że często w procedurze przetargowej pojawiają się elementy wskazujące na manipulowanie wynikami przetargów. Prezes Urzędu w trakcie prowadzonego postępowania nie analizował oświadczeń strony w zakresie zarzutów dotyczących ustawy o zamówieniach publicznych. Wszelkie nieprawidłowości pojawiające się w trakcie procedury przetargowej powinny być bowiem rozpatrzone i wyjaśnione w ramach postępowania odwoławczego w toku postępowania o zamówienie publiczne. Te kwestie nie mogą stanowić przedmiotu postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, gdyż są w sferze zainteresowań innego organu administracji państwowej – Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz podlegają kontroli sądów cywilnych.

W oparciu o zgromadzony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zarzut postawiony przez wnioskodawcę polega na tym, że Swets Blackwell kształtując cenę ofert, narzuca nieuczciwe ceny zagranicznych czasopism naukowych, które są cenami poniżej kosztów zakupu tychże czasopism. Swets Blackwell poprzez takie działania - w ocenie wnioskodawcy - ma na celu eliminację konkurencji na rynku odsprzedaży naukowych czasopism zagranicznych finansowanych ze środków publicznych.

W związku z powyższym zarzutem, należało rozważyć w przedmiotowym postępowaniu dwa elementy konstytuujące istnienie praktyki zarzucanej przedsiębiorcy tj. ustalić, czy Swets Blackwell stosuje ceny poniżej kosztów zakupu oraz czy takie działanie ma na celu eliminowanie istniejącej na tym rynku konkurencji. Dla stwierdzenia praktyki konieczne jest wystąpienie ww. elementów łącznie.

Ceny poniżej kosztów zakupu

Różnorodność cen w ocenie Prezesa jest wynikiem walki o rynek. Rywalizacja cenowa pomiędzy przedsiębiorcami to zjawisko pozytywne. Ma ona wpływ na poprawę konkurencyjności danego rynku i odczytywana jest dodatnio przez uczestników rynku, którzy dzięki temu mogą dokonywać wyboru produktów bądź usług na coraz korzystniejszych dla nich warunkach. Takie stanowisko zajął również Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 12 października 1994 r. sygn. akt XVII Amr 30/94. W ocenie sądu „**stosowanie przez podmiot dominujący cen niższych niż koszty produkcji konkurenta, nie uzasadnia samo przez się zarzutu nieuczciwego oddziaływania na kształtowanie cen.** Wręcz przeciwnie. Stosowanie takich cen jest przejawem efektywnej konkurencji, korzystnej z punktu widzenia interesów

konsumentów. **Niedopuszczalne jest jedynie stosowanie przez podmiot dominujący cen niższych niż jego koszty**".

W świetle powyższych rozważań oraz treści przytoczonego wyroku należy uznać, że istotne z punktu widzenia przedmiotowego postępowania było wykazanie, czy Swets Blackwell generuje zyski w wyniku realizacji zamówień finansowanych ze środków budżetu państwa.

Na żądanie Prezesa Urzędu jako dowód w sprawie Swets Blackwell przedstawił zestawienie wygranych w 2000 r. przetargów wraz ze wskazaniem zysku dla poszczególnych przetargów ujętych w zestawieniu. Dodatkowo załączył zestawienie zysków osiągniętych z dostaw na rzecz Śląskiej Akademii Medycznej w latach 2000-2002⁹. Wgląd do powyższych danych został ograniczony na mocy postanowienia Prezesa Urzędu, stąd nie mogą zostać one przedstawione w niniejszej decyzji.

Prezes Urzędu w oparciu o przedstawione przez Swets Blackwell dane stwierdził, że **Swets Blackwell osiąga zyski** z realizowanych zamówień finansowanych ze środków budżetu państwa na terenie Polski. Utajnione dane nie pozostawiają wątpliwości, że sprzedaż czasopism zagranicznych dokonywana przez Swet Blackwell nie odbywała się poniżej kosztów.

W trakcie postępowania PIK przedstawiał dowody wskazujące w jego ocenie na stosowanie przez Swets Blackwell w ofertach składanych w trakcie procedur przetargowych, cen poniżej kosztów zakupu. Między innymi, co szczegółowo zostało wymienione w stanie faktycznym decyzji, PIK wskazał przykładowe przetargi, oraz dokonał porównania cen katalogowych i cen proponowanych przez uczestników przetargu dla Akademii Wychowania Fizycznego z 1999 r. Dodatkowo wnioskodawca w trakcie postępowania argumentował, że oferty prezentowane przez uczestników przetargu ze względu na oparcie ich na cenach katalogowych nie powinny znacząco różnić się pomiędzy sobą.

Prezes Urzędu w oparciu o posiadane informacje stwierdza, że Polska Izba Książki przyjęła we wniosku o wszczęcie postępowania błędne założenie, że cena katalogowa jest podstawą do opracowania wysokości ceny oferty ostatecznej. Błędne było też więc twierdzenie wnioskodawcy, przy porównywaniu ceny ofert Swets Blackwell oraz jego konkurentów, że „różnicowanie cenowe rzetelnie opracowanych ofert powinno być w praktyce niewielkie, gdyż nie może dotyczyć podstawowego elementu kalkulacyjnego, jakim są koszty zakupu u ich wydawców”¹⁰.

⁹ tabela zestawienie wygranych przetargów i osiągniętych zysków załącznik nr 1 do pisma Swets Blackwell z dnia 8 kwietnia 2002 r. oraz tabela dotycząca dostaw dla Śląskiej AM zamieszczona w ww. piśmie str. 2

¹⁰ pismo PIK z dnia 22 września 1999 r., s. 2

Z przedstawionych przez wnioskodawcę ofert wynika, że ceny oferowane przez innych niż Swets Blackwell uczestników przetargów, różnią się znacząco również pomiędzy sobą. Na przykład w przetargu nr 1 różnica ceny pomiędzy najtańszym a najdroższym uczestnikiem (pomijając Swets Blackwell) wynosi ok. 7 %, w przetargu nr 2 – ok. 5 %, w przetargu nr 3 – 11 %, w przetargu nr 4 - 7 %. Ceny oferowane przez Swets w stosunku do ceny najtańszego oferenta spośród pozostałych uczestników kształtują się w przedziale od 4 – 14 % (przetarg nr 1 – 14 %, przetarg nr 2 – 8 %, przetarg nr 3 – 5 %, przetarg nr 4 – 4 %). Przedstawione zestawienie danych nie potwierdza w ocenie Prezesa Urzędu argumentu wnioskodawcy, że zróżnicowanie cenowe ofert powinno być w praktyce niewielkie. Jak wynika z przedstawionych powyżej przykładowych ofert różnica w cenie pomiędzy konkurentami Swets Blackwell wynosi od 5-11 %.

Jednocześnie należy zauważyć, że w trakcie postępowania wnioskodawca odstąpił od tak kategoriycznego twierdzenia, co do charakteru ceny katalogowej, uznając, iż „nie ma obowiązku stosowania cen katalogowych przez dostawcę-importera (agencje subskrypcyjną)”¹¹.

W oparciu o przedstawione dane Prezes Urzędu uznał, że ostateczna cena proponowana przez przedsiębiorcę w trakcie realizacji zamówienia publicznego, nie może być postrzegana jako cena niepokrywająca ponoszonych przez przedsiębiorcę kosztów zakupów, tylko w wyniku porównywania wysokości ofert innych uczestników przetargu do oferty tegoż przedsiębiorcy. W związku z powyższym należy uznać, że wartość oferty Swets Blackwell nie może być oceniana poprzez wskazanie, że inny podmiot oferując takie same jak Swets Blackwell warunki cenowe nie osiągnąłby zysku w wyniku realizacji takiego zamówienia. Nie osiągnięcie zysku przez innego przedsiębiorcę nie jest dowodem na stosowanie przez Swets Blackwell cen poniżej kosztów zakupu.

W oparciu o ustalony stan faktyczny dotyczący cen uzyskiwanych przez agentów subskrypcyjnych od wydawców zagranicznych Prezes Urzędu uznał, że analiza oferty jedynie poprzez analizę cen katalogowych wydawcy (co sugerował wnioskodawca) nie odniesie wymiernego rezultatu przy dokonaniu oceny, czy cena agenta jest ceną poniżej zakupu towaru od wydawcy. Cena katalogowa nie jest ceną ostateczną i może być elastycznie kształtowana w stosunkach umownych pomiędzy wydawcą a agentem. Prezes Urzędu dla potwierdzenia takiego stanowiska zwrócił się do wnioskodawcy o przedstawienie cen katalogowych prenumeraty wybranych czasopism zagranicznych w latach 1999-2000. W oparciu o dane przedstawione przez wnioskodawcę¹² oraz informacje uzyskane od zamawiających ww. pozycje¹³, Prezes Urzędu dokonał analizy cen katalogowych i cen oferowanych przez agencje subskrypcyjne: Lang und Springer, Swets Blackwell, Ars Polona, Press, IPS, Press.

¹¹ pismo PIK z dnia 24 listopada 2000 r.

¹² pismo PIK z dnia 24 listopada 2000 r.

¹³ zestawienie 20 pozycji wydawniczych. Tabela z danymi stanowi tajemnicę przedsiębiorstw. Dane dotyczące przetargów zostały utajnione postanowieniem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 20 marca 2002 r.

Analiza zestawienia wskazuje, że każdy z agentów subskrypcyjnych oferował na poszczególne pozycje ceny poniżej oficjalnie przedstawionych cen katalogowych. W ocenie Prezesa Urzędu potwierdza to, że cena katalogowa nie ma charakteru ceny sztywnej. W zależności od wynegocjowanej przez agenta od wydawcy ceny zakupu na poszczególną pozycję (rabatu), może być różnie ustalona jej wysokość u poszczególnych agentów subskrypcyjnych.

Ostateczna cena oferty kształtowana jest w oparciu o różne elementy. Są to zarówno elementy zewnętrzne niejako niezależne od agenta np. wysokość oficjalnych cen katalogowych, polityka rabatowa wydawcy, kursy walut, przepisy prawa, zobowiązania publicznoprawne, jak i powiązane ściśle z prowadzeniem działalności przez danego przedsiębiorcę, np. organizacja przedsiębiorcy, zakres działania, wypracowane stosunki handlowe z kontrahentami. Bardzo istotne dla przedmiotowego postępowania było dokonanie analizy mechanizmów charakteryzujących działanie przedsiębiorców na rynku odsprzedaży czasopism zagranicznych. Po przeanalizowaniu wyjaśnień wnioskodawcy, dokonanego opisu rynku, w tym opisu działania Swets Blackwell: organizacji, wielkości, zasięgu działania Prezes Urzędu uznał, że nie bez wpływu na ocenę wysokości proponowanej przez Swets Blackwell ceny odsprzedaży mają też możliwości wpływu Swets Blackwell na zachowania wydawców, z którymi nawiązuje stosunki umowne.

Strony postępowania także wymieniły inne istotne elementy mające wpływ na kształtowanie oferty.

Według oświadczenia wnioskodawcy ze względu na wymogi stawiane przez ustawę o zamówieniach publicznych „ceny ofertowe są nierealne, ponieważ kalkulowane są przez dostawców przed ustaleniem przez wydawców cen katalogowych prenumeraty na następny rok. Ceny katalogowe tytułów są (...) przez wydawcę ustalone poniżej bądź powyżej ceny podanej w ofercie. Prowadzi to do znacznych niekiedy różnic kalkulowanych cen ofertowych pomiędzy poszczególnymi dostawcami”. W związku z tym należy domniemywać, że w przypadku kalkulowania przez oferenta ostatecznej ceny zamówienia istotne znaczenie ma element ryzyka tj. określenia wysokości ceny na poziomie poniżej ceny oferowanej przez wydawcę, a co za tym idzie konieczność zakupu po cenach wyższych niż spodziewane. W ocenie Prezesa Urzędu w tym przypadku istotne znaczenie wydaje się mieć to, na jakie opusty może liczyć w kontraktach z wydawcą określony agent subskrypcyjny (jego realne możliwości negocjowania ceny, o czym również mowa powyżej). Nie bez znaczenia też jest to, że przedsiębiorca dysponujący dużą siłą ekonomiczną może bardziej ryzykownie kalkulować cenę pozwalając jednocześnie na pomniejszenie oczekiwanego zysku z transakcji.

Firmy zagraniczne prowadzące działalność polegającą na odsprzedaży zagranicznych czasopism naukowych, na terenie Polski działają przez swych przedstawicieli. Taka organizacja prowadzonej działalności minimalizuje koszty własne przedsiębiorcy związane z działalnością na obszarze Polski.

Prezes Urzędu zwrócił również uwagę na wartość oferty w zależności od wysokości przyjętych w ofercie kursów walut. Oferty stanowiące materiał dowodowy w sprawie składane są w różnych terminach wyznaczonych zapisami warunków zamówienia przedstawianych przez zamawiającego. W zależności od dnia przygotowania oferty zmienia się kurs określonej w ofercie waluty. Na przykład w przetargu dla Śląskiej Akademii Medycznej 1999 rok kursy walut kształtowały się w sposób następujący: 1 USD - 3,9214 zł, 3,9081 zł, 4,0174 zł¹⁴. W przypadku końcowej ceny oferty w wysokości na przykład 124 000 \$ - daje to kwotę 1) 484 606 zł, 2) 486 253 zł, 3) 498 157 zł. Różnica ceny oferty w przypadku dokonania analizy różnic kursowych pomiędzy skrajnymi cenowo ofertami 1) i 3) wyniesie 2,8 %.

Jak z powyższego wynika analiza cen przedsiębiorcy jest wielopłaszczyznowa. Należy w trakcie postępowania rozważyć wiele elementów wpływających i kształtujących proponowaną przez przedsiębiorcę cenę. Z tych też względów trzeba brać pod uwagę różne elementy, zarówno te, na które ma wpływ przedsiębiorca, jak i zewnętrzne niezależne od prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności, tym niemniej na nią wpływające.

Eliminacja konkurencji

W analizie danych dotyczących pozycji przedsiębiorców na rynku odsprzedaży zagranicznych czasopism naukowych wynika, że Swets Blackwell w latach 1998-1999 powiększył swoją pozycję rynkową z 34 % do 43 % udziału w rynku. Jednakże należy stwierdzić, że sam fakt wzrostu pozycji rynkowej przedsiębiorcy nie świadczy o tym, iż przedsiębiorca zdobywa tę pozycję podejmując działania mające na celu eliminację konkurencji na właściwym rynku.

Należy stwierdzić, że wnioskodawca reprezentuje interesy gospodarcze polskich firm prowadzących działalność związaną z wydawaniem, dystrybucją lub promocją książek i innych publikacji (w tym także działalność w zakresie odsprzedaży zagranicznych czasopism naukowych). W ocenie Polskiej Izby Książki działania Swets Blackwell naruszają ustawę poprzez eliminowanie konkurencji z rynku odsprzedaży zagranicznych czasopism naukowych. Prezes Urzędu dokonując analizy udziału w rynku poszczególnych jego uczestników w latach 1998 - 1999 stwierdził, że pozycja polskich przedsiębiorców ujętych w zestawieniu nie uległa większym zmianom (wykresy obrazujące udział w rynku umieszczone na 6 stronie decyzji). Na przykład pozycja rynkowa IPS wynosiła odpowiednio 13 % i 12 %, pozycja Press 12 % i 11 %. Dodatkowo należy zauważyć, że mniejszy uczestnik rynku – Ars Polona - w analizowanym okresie odnotował wzrost pozycji rynkowej z 3 % w 1998 r. do 6 % w 1999 r. Tym samym w przedmiotowej sprawie - mając na względzie powyższe dane - nie można „mówić” o eliminacji polskich przedsiębiorców z rynku.

¹⁴ średnie kursy walut NBP określone w dokumentach przetargowych dla Śląskiej AM

Biorąc pod uwagę zebrany materiał dowodowy, w tym poddając szczegółowej analizie poszczególne elementy wskazane w uzasadnieniu decyzji, Prezes Urzędu nie stwierdził stosowania przez Swets Blackwell zarzucanej przez Polską Izbę Książki praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nieuczciwym kształtowaniu cen zagranicznych czasopism naukowych w wyniku odsprzedaży tych czasopism instytucjom naukowym finansowanym ze środków budżetu państwa, poniżej ich kosztów zakupu. W ocenie Prezesa Urzędu lepsza oferta przetargowa Swets Blackwell wynika w szczególności ze skali działalności tego przedsiębiorcy i co się z tym wiąże z lepszej pozycji negocjacyjnej wobec wydawców czasopism. Sprzedaż realizowana przez Swets Blackwell nie ma natomiast charakteru sprzedaży poniżej kosztów.

Sumując powyższe rozważania należało orzec jak w sentencji.

Od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego w terminie dwutygodniowym od dnia otrzymania decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

D Y R E K T O R
Departamentu Przemysłu i Infrastruktury

Andrzej Graniński

Otrzymuje:

1. Polska Izba Książki
ul. Krakowskie Przedmieście 7
00-068 Warszawa
2. Swets Blackwell GmbH
reprezentowana przez
Dr. Johannes Niewerth, Zbigniew Jara,
Margareta Kowalczyk, Dr Robert Lewandowski,
Radosław Kwaśnicki
Glaiß Lutz Hootz Hirsch Sp z o.o.
ul. Sienna 39
00-121 Warszawa