

Fővárosi Ítéltábla

2.Kf.27.232/2007/14. szám

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla az ÉPKER Kft. (Nyíregyháza) I.r., a Baucont Építőipari Zrt. (Székesfehérvár) II.r., a KÉSZ Közép-Európai Építő és Szerelő Kft. (Szeged) III.r. felpereseknek a Gazdasági Versenyhivatal (Budapest, hivatkozási szám: Vj-28/2003.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében - amelybe a felperesek pernyertességének előmozdítása érdekében az Európai Építő Zrt. (Budapest) beavatkozó beavatkozott -, a Fővárosi Bíróság 2006. évi június hó 12. napján kelt 19.K.34.764/2005/20. számú ítélete ellen az I.r. felperes által 23. sorszám alatt, a II.r. felperes által 24. sorszám alatt előterjesztett és 26. sorszám alatt indokolt, a III.r. felperes által 22: sorszám alatt, valamint a felperesi beavatkozó által 25. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2007. évi november hó 21. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

ítéletet:

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felpereseket és a beavatkozókat, hogy 15 napon belül fizessenek meg az alperesnek külön-külön 60.000 (azaz hatvanezer) - 60.000 (azaz hatvanezer) forint másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékekügyekben eljáró hatóság külön felhívására - ugyancsak külön-külön 24.000 (azaz huszonnégyezer) - 24.000 (azaz huszonnégyezer) forint fellebbezési illetéket.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

Indokolás

Az Országos Nyugdíjbiztosítási Főigazgatóság (a továbbiakban: Főigazgatóság) 2002. január 16. napján tárgyalásos eljárást hirdetett meg a Fővárosi és Pest Megyei Nyugdíjbiztosítási

Igazgatóság, Budapest VIII. kerület, Fiumei út 19/A. szám alatti székháza (a továbbiakban: Székház) teljeskörű átalakítására, felújítására és a kapcsolódó kivitelezői, szakipari munkálatok elvégzésére. A pályázati kiírásra többek között a felperesek, a felperesi beavatkozó nyújtott be részvételi jelentkezést. A Főigazgatóság ajánlattételre az I. és II.r. felperest, valamint a felperesi beavatkozót kérte fel, döntését 2002. március 20. napján ismertette az ajánlattevőkkel.

Ezt követően az I. és II. r. felperes egymással felvette a kapcsolatot, és két-három alkalommal egy olyan konszenzus létrehozására irányuló megbeszélést folytatott, amelynek a lényege az volt, hogy bármely társaság nyeri is a pályázatot, a beruházási munkálatokba a vesztes vállalkozást bevonja. Az elképzelések között az alvállalkozói szerződés megkötése, a másik javára a versenytől való visszalépés, illetőleg az is szerepelt, hogy közös gazdasági társaságban tevékenykednek tovább e tender megvalósítása érdekében.

A II. r. felperes 2002. március 22. napján a részvételi szakaszt lezáró döntés ellen jogorvoslati kérelmet terjesztett elő a Közbeszerzési Döntőbizottságnál, amely 2002. március 28. napján ideiglenes intézkedésként a közbeszerzési eljárást felfüggesztette.

A jogorvoslati kérelem előterjesztését követően az I. és a II. r. felperes között felmerült a III. r. felperes munkálatokba történő bevonásának ötlete, melyet a II. r. felperes részéről R. L. kezdeményezett. Ezt követően a felperesek megállapodtak abban, hogy a III. r. felperes is részt vesz a beruházás kivitelezésében - függetlenül attól ki nyeri a tendert - , de ennek fejében a jogorvoslati kérelmét a döntőbizottságnál visszavonja. A megállapodás szerint III. r. felperesnek közös gazdasági társaságot kellett létrehoznia, illetőleg ennek keretén belül alvállalkozói szerződést kötnie a vesztesel. A megbeszélések részét képezte az is, hogy ki milyen arányban fogja realizálni a hasznát.

A megállapodások 2002. március 28-29. napjára - több javítást követően - szerződéstervezeti szintre jutottak, valamennyi fél általi aláírásukra azonban nem került sor.

Az ajánlattételi határidőre valamennyi meghívott ajánlattevő az ajánlatát benyújtotta. A III. r. felperes - a megállapodás-tervezet szerinti időpontban - 2002. április 5. napján visszavonta jogorvoslati kérelmét; majd a döntőbizottság a jogorvoslati eljárást megszüntette.

Az ajánlatkérő a - több tárgyalási fordulót, illetve ajánlatmódosítást követően - 2002. április 10. napján megtartott eredményhirdetésen a II. r. felperest nyilvánította nyertessé, és vele 2002. április 19. napján megkötötte a közbeszerzési eljárást lezáró vállalkozási szerződést.

A II. r. felperes kezdeményezésére 2002. június 3. napján határozatlan időtartamra a II. r. felperes és a III. r. felperes megalakította a Baucont-Kész Építőipari Kkt-t. A II. r. felperes, mint megbízó és a Baucont-Kész Kkt. 2002. április 2. napján (II. r. felperes állítása szerint 2002. június 27. napját követően) megbízási szerződést kötött mérnöki szolgáltatási tevékenységre. Az I. r. felperes és a Baucont-Kész Kkt. 2002. szeptember 19. napján vállalkozási szerződést kötött az Országos Nyugdíjbiztosítási Főigazgatóság alárendelt szervezetének használatában lévő, Budapest, Fiumei út 19/ab. szám alatt található irodaépület és a Budapest, VIII. ker. Szerdahelyi u. 14. szám alatti irattár és vendégház kivitelezési munkáira. A beruházás kivitelezésére a Baucont-Kész Kkt. kötötte meg az alvállalkozókkal a szerződéseket, az ajánlatkérő felé a II. r. felperes számolt el. Az ajánlatkérőnek nem volt tudomása a Kkt. létrehozásáról. A II. r. felperes és a Baucont-Kész Kkt. között egyszeri számlázás történt delegálási díj tárgyában.

A felperesi beavatkozó semmilyen formában nem vett részt a kivitelezési munkálatokban.

Az alperes 2002. december 9. napján bírói végzés alapján önhatalmú kutatást, helyszíni vizsgálatot tartott a felperesi beavatkozó székhelyén és a vezérigazgató irodájában fellelte, majd lefoglalta a „Szindikátusi szerződés I. címet viselő dokumentumot, továbbá egy aláírás nélküli „Együttműködési megállapodás” elnevezésű dokumentumot is, amelynek megnevezett felei a II.r., a III.r. felperes, és a felperesi beavatkozó voltak. Mindkét irat dátuma 2002. március 28. napja volt. Az I.r. felperesnél tartott kutatás során az alperes az ügyvezető határidő naplójában 2002. március 26-i bejegyzéssel „NYUFI szerződések, megállapodások” feljegyzést talált.

Az alperes hivatalból indított versenyfelügyeleti eljárást a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 1 1.§-ának (1) bekezdése és (2) bekezdés e) pontjának vélelmezett megsértése miatt.

Az eljárás eredményeként az alperes a 2004. március 2, napján kelt Vj-28/2003/47. számú határozatával megállapította, hogy az I.r, II.r. és III.r. felperes a közbeszerzési eljárás során a

gazdasági versenyt korlátozó magatartás tilalmába ütköző magatartást tanúsított, amely miatt az I.r. és a II.r. felperest 227.000.000 - 227.000.000 forint, a III.r. felperest 136.000.000 forint versenyfelügyeleti bírság megfizetésére kötelezte, míg a felperesi beavatkozóval szemben az eljárást megszüntette.

Az alperes meghatározta az érintett piacot, amelyet a megállapodás tárgyát képező áruval, a Székháznak a pályázati kiírásban részletezett felújítási és építési munkálataival azonosított. Rámutatott arra, hogy az előminősítést követő ajánlattételi szakaszban már csak azok a vállalkozások vehettek részt, akik a részvételi szakaszban meghatározott pénzügyi, gazdasági és műszaki feltételeknek a legjobban megfeleltek. Ebben a szakaszban a kiíró már csak az ajánlattételre ténylegesen felkért vállalkozások (az I.r. és II.r. felperes, valamint a felperesi beavatkozó) közül választhatott.

A helyettesíthetőség vizsgálata körében jelentőséget tulajdonított annak, hogy a vélelmezett versenykorlátozó magatartást a közbeszerzési eljárás melyik fázisában követték el. Figyelemmel arra, hogy annak időpontja az ajánlattételi szakaszra esett, megállapította, hogy a helyettesíthetőség körébe már csak azokat a vállalkozásokat kellett bevonni, akik a részvételi szakaszt követően az ajánlattételi szakaszba bejutottak. Ennek megfelelően rögzítette, hogy az eljárással érintett termékpiacon kizárólag az I.r., II.r. felperes és a felperesi beavatkozó volt jelen. Az érintett földrajzi piacot a kivitelezés helyében, a Székház területében állapította meg. Az érintett piac meghatározása körében a főszabály alóli kivételként értékelte a részvételi szakaszt lezáró határozat ellen jogorvoslati kérelmet előterjesztő III. r. felperes helyzetét, így őt az ajánlattételre felkért vállalkozások potenciális versenytársának minősítette.

Az alperes az általa megállapított tényállásra alapítottn vizsgálta a Tpv. 13. §-ának (1) és (2) bekezdésében foglaltakat. Arra figyelemmel; hogy az érintett piacon csak a versenykorlátozó megállapodást megkötő vállalkozások voltak jelen és relatív piaci részesedésük aránya 25-25% volt kimondta, hogy a csekély jelentőség vonatkozásukban nem állapítható meg.

Az alperes a Tpv. 11.§-ának (1) bekezdésére utalva rögzítette, hogy az eljárásban vizsgált magatartás kartell tilalomba ütköző, függetlenül attól, hogy az szűkebben vett megállapodás (akarat, egyezség), vagy összehangolt magatartás formájában valósult meg. Rámutatott arra,

hogyan az I.r. és II.r. felperes elismerten a részletes ajánlat benyújtását megelőzően felvette egymással a kapcsolatot, amely magatartásuk a pályázat végső kimenetelét befolyásolta. A fellelt Szindikátusi szerződés I. változata alapján - melyet az I.r. és II.r. felperes aláírt - úgy értékelte, hogy közöttük akarategyezség jött létre. Az alperes a felperesi beavatkozó aktív közreműködését az egyeztetési folyamatban nem állapította meg, továbbá rögzítette, hogy a felperesi beavatkozó a II. és a III.r. felperes által megalakított Kkt-ban sem vett részt.

A felperesi beavatkozónál megtalált, alá nem írt Együttműködési megállapodásból azt a következtetést vonta le - a III.r. felperesnek a közbeszerzési eljárásban a részvételi szakaszt követő jogorvoslati eljárásban betöltött szerepére, a Kkt. létrehozására, valamint a Kkt.-nak az I.r. felperessel, mint alvállalkozóval létrejött szerződéses kapcsolatára figyelemmel -, hogy a II.r. és a III.r. felperes az Együttműködési megállapodásban rögzítettek tekintetében megállapodásra jutottak. Az alperes megítélése szerint a III.r. felperes nem azáltal követte el a jogsértést, hogy a II.r. felperessel Kkt-t alapított, hanem azzal, hogy a részesedés biztosítása fejében visszavonta a jogorvoslati kérelmét.

A felperesi beavatkozó az alperesi vélemény szerint a tudomására jutott megállapodás ismeretében emelte fel ajánlati árát, az információ felhasználását azonban önmagában nem minősítette versenyjogsértőnek.

Az alperes leszögezte, hogy a feltárt bizonyítékok nem igazolták közvetlenül az ajánlati ár meghatározására irányuló megállapodást, de azzal; hogy a megállapodás csökkentette a veszteség kockázatát, közvetve hathatott az árra. A megállapított jogsértés lényegét egy sajátos piacfelosztásban látta.

Az alperes a jogsértés szankciójaként a Tpv. 78.§-a alkalmazásával bírságot szabott ki, amelynek alapjaként a meghirdetett építési, felújítási munkálatok teljes nettó vállalkozási összegét vette figyelembe. A kiszámításhoz pontrendszert alkalmazott és a jogsérelem súlyára, a jogsértés piaci hatására, a jogsértésekben betöltött szerepekre és egyéb szempontokra figyelemmel értékelte a felperesek tekintetében a súlyosító és enyhítő körülményeket.

A felperesek keresetükben elsődlegesen annak megállapításával, hogy jogszabálysértést nem követtek el, ezáltal nem sértették a Tpv. 11.§-át, a határozat megváltoztatását és a bírság

kiszabásának mellőzését kérték. Másodlagosan az alperesi határozat hatályon kívül helyezését és az alperes új eljárásra kötelezését. Álláspontjuk az volt, hogy az alperes helytelenül határozta meg az érintett piacot, nem megfelelően értékelte a helyettesíthetőség kérdését, tévesen állapította meg piaci részesedésük arányát, így sérült a Tpvt.-nek a csekély jelentőségű megállapodást szabályozó 13.§-ának (1) és (2) bekezdésében foglalt törvényi rendelkezése. Állították, hogy a „rajtaütésszerű” ellenőrzés során az iratok lefoglalására, azok jelen eljárásban történő felhasználására nem jogszerűen került sor, illetőleg azok figyelembe vételük esetén is csak prekonceptiózusan igazolhatták a terükre róttakat. E körben hivatkoztak arra, hogy az alperes a tényállás tisztázási kötelezettségének nem tett eleget, a rendelkezésre álló tényeket és bizonyítékokat egyoldalúan értékelte. Az I. és II.r. felperes elismerte, hogy folytattak egyeztetéseket, és készítettek szerződéstervezeteket is, azonban vitatták az akarategység létrejöttét. E körben hivatkoztak arra, hogy a feltárt tények kizárólag a párhuzamos és gazdasági ésszerűséggel magyarázható azonos magatartásukat igazolják. Az I. és III. felperes sérelmezte a szakértő kirendelésére irányuló indítványuk elutasítását. Állították, hogy az alperes konkrétan nem jelölte meg, hogy mely versenyjogi rendelkezés alapján marasztalta el őket. A bíróság alkalmazásával és annak mértékével kapcsolatosan hiányolták a tények széleskörű figyelembe vételét, továbbá a kellő mérlegelés elvégzését. Vitatták a bíróságszámítás alperesi közleménynek való megfelelésségét is. A III.r. felperes alkotmánybírói normakontroll iránti kezdeményezést terjesztett elő a Tpvt. 78.§-ának (1) és (2) bekezdése, valamint 87. §-ának (1) és (2) bekezdése alkotmányossági vizsgálatára.

A felperesi beavatkozó a keresetek teljesítését indítványozta állítva, hogy az alperes tévesen értékelte a bizonyítékokat és a létre sem jött szerződésekből vont le következtetéseket az akarategység tekintetében. Kiemelte, hogy az érintett piac meghatározására is jogsértően került sor.

Az alperes a felperesek keresetének elutasítását kérte és fenntartotta a határozatában foglaltakat. Kiemelte, hogy a bizonyítékok lefoglalására jogszerűen került sor, ezáltal azok felhasználhatósága nem vitatható. Az érintett piacot azért tekintette sajátosnak, mert a magatartások az ajánlattételi szakhoz kapcsolódtak, a megállapodás tárgyát képező áru helyettesítésére lehetőséget nem látott. Utalt a rendelkezésre álló bizonyítékokra, amelyek akarategységet, és a megállapodás realizálódását mutatták. Hivatkozott arra, hogy a versenyztetési kockázat csökkentése független a vállalkozói pozíciótól. Kiemelte: azzal, hogy a felek előre rögzítették a továbbszerződés értékét, valamennyien a magas vállalási

árban váltak érdekeltté, így bekövetkezett a versenynyomás csökkentése, mely versenyjogsértés.

Az elsőfokú bíróság 7.K.31.673/2004/23. számú ítéletével az alperes határozatát hatályon kívül helyezte és az alperest új eljárásra kötelezte.

Az elsőfokú bíróság ítéletével szemben a III. felperes és az alperes terjesztett elő fellebbezést, továbbá ellene a II.r. felperes csatlakozó fellebbezéssel élt, amelynek következtében a Fővárosi Ítéltábla a 2005. október 26. napján kelt 2.Kf.27.036/2005/9. számú végzésével az elsőfokú bíróság ítéletét hatályon kívül helyezte és az elsőfokú bíróságot a per újabb tárgyalására és újabb határozat hozatalára utasította.

A megismételt eljárásban a felek fenntartották a keresetükben, illetőleg ellenkérelmükben foglaltakat. A felperesek az Emberi Jogok Európai Bírósága ítéleteire hivatkozással állították, hogy a más eljárás keretében lefoglalt bizonyítékok csak nagyon szűk körben használhatók fel. Az alperes számadatokra (2001. és 2003. évi árbevételek adataira) utalással kívánta igazolni a bíróságösszeg jogszerűségét, továbbá a Fővárosi Ítéltábla eseti döntésére, valamint a szakirodalom egy anyagára utalva állította, hogy jogszerűen járt el.

A megismételt eljárásban az elsőfokú bíróság a 2006. évi június hó 12. napján kelt 20. sorszámú ítéletével a felperesek keresetét elutasította.

Az elsőfokú bíróság ítéletében a Tpv. 65/A. §-ának (9) bekezdése értelmezése kapcsán rögzítette, hogy az alperes mindig célhoz kötöten végzi tevékenységét, mely célhoz kötöttség mindaddig tart, amíg a kutatás célja meg nem valósul. A célhoz kötöttséget a belépésre, a kutatásra vonatkoztatta megállapítva, hogy a feltárt információk és bizonyítékok lefoglalására, felhasználására már nem jelent korlátot. A Tpv. 70.§-ának (1) bekezdésére utalással kiemelte, hogy a lefoglalás és az eljárás elrendelésének jogszabályi alapja ehelyütt biztosított. A lefoglalás tekintetében az elsőfokú bíróság a Tpv. 66. §-ának (1) bekezdésére is utalt. A bírósági jóváhagyó végzéssel kapcsolatos felperesi kifogásokra figyelemmel rögzítette, hogy a jogorvoslati jog hiányában a végzés jogszerűségének felülvizsgálata nem lehetett a jelen eljárás tárgya, így arra nézve megállapítás sem tehető. Büntetőeljárás analógia alkalmazására a jogági elkülönülésre figyelemmel nem látott lehetőséget. Az egyes Európai Unió normák elemzését elvégezve pedig arra a következtetésre jutott, hogy azok a jelen jogvita eldöntésekor nem voltak alkalmazhatók, illetőleg a Pp. 6.§-ának (1) bekezdése

alapján nem voltak figyelembe vehetők. Az érintett piac meghatározása körében a közbeszerzési eljárás típusának, az arra vonatkozó jogi szabályozásnak, az ajánlati felhívásban és dokumentumban rögzített feltételeknek és a közbeszerzési eljárás szakaszának jelentőséget tulajdonított. Az "alperessel" egyetértve a földrajzi piacot az ajánlatkérő budapesti; Fiumei úti székházának területével azonosította. A keresleti helyettesíthetőséget nem tartotta szélesíthetőnek, mert a szolgáltatást, terméket az ajánlatkérő a részvételi felhívásban meghatározta, amely a meghatározott helyszínen elvégzett beruházás volt. A kínálati helyettesíthetőség keretében arra utalt, hogy a közbeszerzési eljárás ajánlattételi szakaszában tovább szűkül az eljárás eredményét befolyásolni képes vállalkozások köre azokra, akiket a részvételi szakasz eredményeként az ajánlatkérő alkalmasnak minősített és felkért az ajánlat benyújtására. Rögzítette, hogy az I. és II.r. felperes, valamint a felperesi beavatkozó ajánlattételre felhívott társaságok voltak, azaz megállapodásukkal szűkítették az érintett piacot, míg a III.r. felperes helyzetének specialitását az általa előterjesztett jogorvoslati kérelem adta, amelyre figyelemmel fennállt a lehetősége a közbeszerzési eljárás ajánlattételi szakaszának befolyásolására. A fő- és alvállalkozói piac felosztásának nem tulajdonított jelentőséget, a szereplők közötti keveredésre figyelemmel. A Tpv. 13.§-ával kapcsolatosan pedig kifejtette, hogy a piac meghatározásából eredően a négy vállalkozás piaci részesedése 25-25%-os volt, így a csekély jelentőségű, ún. bagatell kartell szabályainak alkalmazhatóságára nem volt lehetőség.

A magatartás versenyjogi megítélése tekintetében rögzítette, hogy a felek nem vitatták, hogy az I. és II.r. felperes az ajánlattételi szakaszban tárgyalásokat folytatott a közbeszerzési eljárással kapcsolatban, amit - véleménye szerint egyébként - a szerződés tervezetekben eszközölt változtatások is alátámasztanak. Úgy értékelte, hogy a felek egymásnak ajánlatokat tettek, a II. és III.r. felperes közös gazdasági társaságot hozott létre, és I.r. felperessel alvállalkozói szerződést kötött a szerződés tervezetekben tükröződő jogi megoldás szerint. Az elsőfokú bíróság az akarategységet a munkálatok egymás közötti felosztásában, az árajánlattételben való versengés kizárásában, a megfelelő nyereség realizálásában, az eljárás meghíúsulásának megakadályozásában látta. Álláspontja szerint nem kapta meg annak racionális (gazdasági) magyarázatát, hogy a II.r. felperes nyertes pozícióját feladva a megvalósítást miért engedte át a III.r. felperesnek, vele egyenrangú félként miért hozott létre gazdasági társaságot. Ennek egyetlen ésszerű magyarázata - megítélése szerint - a jogorvoslati kérelem visszavonása volt. Mindkét történést a korábban folytatott egyeztetés tükrének tartotta. Elfogadta, hogy nem volt kőkemény kartell megállapodás a felek között,

csak egy sajátos piacfelosztás. A versenykorlátozó hatást abban állapította meg, hogy a megállapodás a vesztes esetére garanciát adott valamennyi félnek arra, hogy a megbízásból részesedni fognak, csökkentve ezzel a veszteshez kapcsolódó kockázat és a versenynyomás nagyságát. Mindezek alapján elfogadta, hogy a felperesek magatartása a Tpvt. 11.§-ának (1) bekezdése szerinti jogsértést valósította meg.

A bírság szankció kapcsán az elsőfokú bíróság utalt a kettős mérlegelési kötelezettségre (alkalmazni kell, vagy sem, ha pedig igen, milyen mértékben). Rögzítette, hogy a Tpvt. nem állapítja meg a bírságalap meghatározásának módját, a közlemény pedig nem tekinthető jogszabálynak, így kötőereje sincs. Az alperes mérlegelési jogkörében az érintett piac sajátosságait vette figyelembe, helyesen alkalmazva a veszélyeztetés fokának meghatározásakor a beszerzésből származó tényleges bevétel, a nettó vállalási összeg értékelését. A pontozásos rendszert a Tpvt. 78.§ (2) bekezdése szerinti szempontok érvényre juttatásának biztosítékként értékelte. Egyetértett azzal, hogy az I. és II.r. felperes közötti sajátos piacfelosztás súlyos versenyjogi jogsértés volt, melyet ily módon kellett értékelni. A szankció alkalmazásakor a felróható magatartás tanúsítását, továbbá azt súlyozottan értékelte, hogy a közpénzek felhasználása körében követték el a versenyjogsértést, így a közérdek fokozott sérelme fennállt. A maximum értéket el nem érő, fenti szempontok szerint mérlegelt és kellően indokolt alperesi döntést ez okból jogszerűnek találta. Az alkotmánybírósági eljárás kezdeményezésére irányuló kérelmet elutasította, utalva arra, hogy annak külön indokolására a bíróság nem köteles. Végül megállapította, hogy az alperes a tényállás tisztázási és az indokolási kötelezettségének maradéktalanul eleget tett.

A felperesek fellebbezésükben az elsőfokú ítélet megváltoztatását és a kereseti kérelmük szerinti döntés meghozatalát kérték, másodlagosan az elsőfokú ítélet hatályon kívül helyezése mellett az elsőfokú bíróság újabb eljárásra való utasítását indítványozták. Kérelmük elutasítása esetére a bírság összegének mérséklését kérték. Változatlanul vitatták az érintett piac meghatározását, a piaci részesedés számítását, valamint a Tpvt. 13.§-ának (1) bekezdésével kapcsolatos alperesi álláspontot. E körben III.r. felperes kifejtette, hogy véleménye szerint releváns piacnak a közbeszerzési eljárások építőipari piacát kellett volna tekinteni, amely a 36 millió forint feletti építési beruházásokat foglalja magában. Utalt arra, hogy az alperes piac-meghatározásának logikája különösen az ő esetében szenvedett jelentős csorbát.

Az I. és II.r. felperes nem értett egyet a kutatás célhoz kötöttségével és az iratok felhasználhatóságával kapcsolatos ítéleti megállapításokkal. Közösségi esetjogra figyelemmel, illetőleg a büntetőeljárásban meglévő szabályozás alapján változatlanul állították, hogy az iratok lefoglalására és más eljárásban való felhasználására nem kerülhetett volna sor. A tanúsított magatartás bizonyítottságát sem látták, és kiemelték, hogy az alperes az építési vállalkozások szokásos piaci magatartásáról, az alkalmazott jogi megoldásokról oly módon adott véleményt, hogy nem vette figyelembe a gazdasági szükségszerűségeket. Hiányolták az alperesi következtetés részletes indokolását a tekintetben, hogy az alvállalkozói megbízás miatt csökkenti a veszteségekhez kapcsolódó kockázatot, a versenynyomást, és az miképpen hat az árképzésre.

A III.r. felperes magatartásának értékelése kapcsán utalt arra, hogy a jogorvoslati kérelem visszavonása annak a következménye volt, hogy az ajánlatot az ajánlatkérő ismertette, a borítékolt megkezdte, így már az ajánlattételi szakaszban nem lehetett résztvevő. A közös gazdasági társaság létrehozását állítása szerint racionálisan az indokolta, hogy a II.r. felperes erőforrásai lekötöttek voltak, ezzel szemben ő megfelelő kapacitással rendelkezett.

A szankció alkalmazás körében a felperesek alapvetően azzal érveltek, hogy jogsértést nem követtek el, így velük szemben a bírság jogalapja nem állt fenn. Másodlagosan kérték annak értékelését, hogy az alperes szűkkörüen, egyoldalúan, és okszerűtlenül mérlegelte a feltárt körülményeket és kirívóan magagy összegű bírságot alkalmazott oly módon, hogy az a saját maga által kiadott közleményben foglaltaknak sem felelt meg. A III.r. felperes a pontrendszer ellenőrizhetetlenségére is utalt. Az I.r. felperes állította, hogy a közlemény perbeli bírósági felülvizsgálatára lett volna lehetőség.

A felperesi beavatkozó is az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatását és a jogsértés megállapításának mellőzését kérte, illetőleg a határozat hatályon kívül helyezése mellett az új eljárás elrendelését. Csatlakozva a felperesekhez vitatta az érintett piac meghatározását. Állította, hogy azt a közbeszerzési eljárás további két szereplőjével, illetőleg mindazon cégekkel bővíteni kellett volna, akiknek érdekét az ajánlatkérő részvételi szakaszt lezáró döntése érintette. Ellentmondásosnak tartotta, hogy bár nem vett részt a kartellben, az alperes mégis az érintett piac szereplői közé sorolta. Véleménye az volt, hogy a piacot úgy kell meghatározni, hogy bagatell kartell is létrejöhesse. Nem fogadta el a helyettesíthetőség

kizárását, illetőleg az érintett piac projekttel való azonosítását. Kérte az Európai Bíróság és a strassbourgi bíróság ítéleteinek figyelembe vételét. Vitatta a jogsértés elkövetését. A bíróság tekintetében is vitatta a határozat jogszerűségét.

Az alperes ellenkérelmében az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását kérte. Fenntartva a korábban előadottakat rámutatott arra, hogy a közbeszerzési eljárás esetén az érintett piac meghatározására sajátosan kerül sor. A versenytársak beazonosíthatósága mellett a földrajzi piac meghatározásának jelentőséget nem tulajdonított. A piaci részesedés számítását helytállónak találta és utalt arra, hogy a szakirodalom is ismeri a releváns piac időbeli dimenzióját. A Pp. 164.§-ának (1) bekezdésére hivatkozással állította, hogy a felperesek az érintett piaccal kapcsolatos állításaikat nem igazolták, saját érvelésüket nem vezették le. A III.r. felperes érvelésével kapcsolatosan előadta, hogy nem a jogorvoslati kérelem előterjesztésének lehetősége, hanem annak tényleges megtörténte bír jelentőséggel az érintett piacon szereplő vállalkozások körének meghatározásakor. Fenntartotta, hogy a III.r. felperes is a piac szereplője volt függetlenül attól, hogy a kartell megállapodásban részt vett, vagy sem. A helyettesíthetőséggel kapcsolatosan arra mutatott rá, hogy a határozatban mind a keresleti, mind pedig a kínálati oldalról részletesen bemutatta álláspontját. A csekély jelentőség kérdésével kapcsolatosan pedig fenntartotta a korábban kifejtetteket. Véleménye szerint a helyszíni vizsgálat célhoz kötöttségének fogalmát a felperesek tévesen értelmezik, és e körben az elsőfokú bíróság ítéletével egyezően érvelt. Mindemellett hivatkozott arra, hogy a szabályozás által védett közérdek elsődlegessége is az alperes, illetőleg az elsőfokú bíróság által elfogadott érveket támasztja alá. Véleménye az volt, hogy a felperesi beavatkozó a piaci részesedés fogalmát félreértelmezi, érvelését a versenyjogi szabályozással ellentétesnek tartotta. A csatolt eseti döntésekről megállapította, hogy azok az alperesi megállapításokat alátámasztják alá. Az iratok jogszerű felhasználása mellett utalt arra, hogy bár az átemelés intézményét nem, de a hivatalos tudomás intézményét ismeri az államigazgatási eljárásról szóló 1957. évi IV. törvény. Utalt arra, hogy a határozat és az ítélet is pontosan megjelöli, hogy a felperesek magatartása a Tpv. 11.§-ának (1) bekezdésébe ütközött. A büntető eljárásjogi analógia kapcsán a büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény 206. §-ának (4) bekezdésére utalt. A jogsértés körében azt emelte ki, hogy a felperesek nem igazolták a peres eljárás során, hogy van más ésszerű magyarázata az általuk tanúsított magatartásnak. Nem fogadta el, hogy a felperesi magatartás azonos a szokásos piaci magatartással. A bizonyítékokra alapítottan utalt arra, hogy a jogorvoslati kérelem előterjesztésének szerepe volt a közbeszerzési eljárás alakulásában. Fenntartotta, hogy magatartásukkal a felek

kiiktatták a nyeres/vesztés jelentőségét, csökkentve ezzel a versenynyomást. A bírság kiszabását jogszerűnek találta. Kiemelte, hogy a bírságközlemény az alperesi gyakorlat összegzésére szolgál és ezen gyakorlatnak megfelelően került sor a felperesek marasztalására.

A felperesek és a beavatkozó fellebbezése nem alapos.

A másodfokú bíróság a Pp. 253.§-ának (3) bekezdése alapján az elsőfokú ítéletet a fellebbezési kérelmek és a fellebbezési ellenkérelem korlátai között vizsgálta és megállapította, hogy az elsőfokú bíróság a jogvita eldöntéséhez szükséges tényeket feltárta, a rendelkezésre álló bizonyítékokat egyenként és összességében értékelte, azokat a vonatkozó jogi szabályokkal összevetette és ebből helytálló következtetést vont le a felperesi magatartások jogi megítélése tekintetében. A felperesek és a beavatkozó fellebbezésükben olyan tény, körülményt nem jelelöltek meg és olyan jogi érvet nem sorakoztattak fel, amelyek a fellebbezési kérelmük elfogadásához vezethetett volna.

Az elsőfokú bíróság a jogilag releváns tényeket részletesen ismertette az ítéletében, pontosan megjelölte azokat a jogszabályokat, amelyekre döntését alapozta, bemutatta a bizonyítékok mérlegelése körében irányadó szempontokat, a levont következtetéseit logikus érvelésével alátámasztotta. A másodfokú bíróság mind a feltárt tényekre, mind a vonatkozó jogi szabályozásra figyelemmel az ítéleti következtetésekkel maradéktalanul egyetértett, azokat ez okból megismételni nem kívánja.

A másodfokú bíróság a felperesi és beavatkozó fellebbezésre figyelemmel az alábbiakkal kívánja kiegészíteni az elsőfokú bíróság jogi érvelését.

Helytállóan állapította meg az elsőfokú bíróság a Tpv. 65/A.§-ának (5) bekezdésére, 66.§-ának (1) bekezdésére, illetőleg a 70.§ (1) bekezdésére utalással, hogy az alperes eljárása az iratok lefoglalása és felhasználása körében jogszerű volt.

Az alperesi eljárás célhoz kötöttségének értelmezése körében a másodfokú bíróság a megállapítottakhoz annyit kíván hozzátenni, hogy a Tpv. 65/A. §-ának (1) bekezdése alapján egyértelmű, hogy a rajtaütésszerű (ténylegesen önhatalmú kutatásra) vizsgálatra (célhoz kötöten) a Tpv. 11. és 21. §-ának vélelmezett megsértése esetén van lehetőség. Ha tehát a versenyhatóság akár bejelentésre, akár hivatalból olyan tényeket ismer meg, amik e két jogsértés elkövetését valószínűsítik, rajtaütésszerű vizsgálatot tarthat, ennek keretében az

ügyfél és vele kapcsolatban álló vállalkozás üzleti helyiségeit (ide értve a járműveket is), az üzleti tevékenységhez használt bármely területet, a vezető tisztségviselő, alkalmazott, ténylegesen irányítást gyakorló személy magáncélú, magánhasználatú helyiségeit (ideértve a gépjárműveket is), más területet átkutathatja, oda akár önhatalmúlag beléphet (bírószági végzés birtokában, az abban írtak szerint). Ezen eljárásnak a célja tehát a Tpv. 11. és 21.§-ában írt jogsértés felderítése. A vizsgálat, az adatgyűjtés, az iratlefoglalás, stb. addig tart, amíg az összes helyiség átvizsgálására nem kerül sor, illetőleg véget érhet az előbb is, ha a fellelt iratok elegendőnek bizonyulnak a feltételezett jogsértés igazolására.

A Tpv. 70. §-ának (1) bekezdése pedig megteremti a jogszabályi alapot arra, hogy a Tpv. 11. és 21.§-ában foglaltak felderítése érdekében lefolytatott kutatás során beszerzett bizonyítékok értékelését követően más, vagy más irányú jogsértés miatt hivatalból indulhasson meg a versenyfelügyeleti eljárás.

Megjegyzzi a másodfokú bíróság, hogy a perbeli ügy megítélése szempontjából nem alkalmazható, később hatályba lépő módosult rendelkezések (Tpv. 65/A.§ (9) bek.) sem tiltják a vizsgálat tárgyához nem kapcsolódó bizonyítási eszközök lefoglalását, de felhasználhatóságukat ahhoz kötik, hogy a vizsgálati cselekményhez képest harminc napon belül bírói engedély iránti kérelem előterjesztésére kerüljön sor.

Mindezek alapján és az elsőfokú bíróság által kifejtettek fenntartása mellett a másodfokú bíróság a helyszíni vizsgálat lefolytatását, és a lefoglalt iratok felhasználását jogszerűnek találta.

Helyesen járt el az elsőfokú bíróság, amikor annak eldöntésekor, hogy alkalmazható-e a Tpv. 13.§-ának rendelkezése - azaz csekély jelentőségű megállapodásnak minősül-e a felperesek magatartása - elsődlegesen az érintett piacot határozta meg, vizsgálta a helyettesíthetőség kérdését, végül pedig a piaci részesedés nagyságát állapította meg.

E kérdéskör tekintetében is egyetértett a másodfokú bíróság az alperes és az elsőfokú bíróság megállapításaival és következtetéseivel. Kiemeli, hogy az érintett piac az a piac, amely tekintetében a versenykorlátozó, kizáró, illetőleg torzító hatás jelentkezik. Figyelemmel arra, hogy az érintett piac a Tpv. 14. §-ának (1) bekezdése szerint a megállapodás tárgyát alkotó

áru és a földrajzi terület által determinált, a másodfokú bíróság nem látott lehetőséget arra, hogy eltekintsen attól, hogy egy közbeszerzési eljárás keretében, az ajánlati szakban valósult meg a versenykorlátozás. A közbeszerzési szabályok alapján az ajánlatkérő az ajánlati felhívásában és a dokumentációban köteles pontosan meghatározni, hogy milyen termék, milyen szolgáltatás tekintetében kíván pályáztatni, végül a közbeszerzési eljárást lezáróan szerződni. A perbeli esetben a kiírt tender a Székház meglévő épületének teljeskörű átalakítása, felújítása volt, azaz ez volt az áru. Kiemeli a másodfokú bíróság, hogy az árut a felperesek sem jelölték meg másban - csupán vitatták az alperes és az elsőfokú bíróság által megállapítottakat -, és megállapodásaikban is a Székház munkálatait (mint árut) osztották fel egymás között.

Az áru földrajzi területe egyértelműen a Székház helyével azonos, mivel egy adott épületnek az átalakítási és felújítási munkálatait csak az adott épület helyén lehet elvégezni. (Más esetben nem felújításról, átalakításról, hanem pl. építésről beszélhetünk.)

Mivel egy adott épület átalakítási és felújítási munkálatainak közbeszerzési eljárás keretében zajló pályáztatásáról volt szó, a helyettesíthetőség kérdését is erre figyelemmel kellett vizsgálni. Abban az esetben, amikor a pályázat és a dokumentáció pontosan megjelöli az elvégzendő feladatot, a keresleti helyettesíthetőségről értelemszerűen nem lehet beszélni. Adott épület adott munkálatai a megrendelés tárgya, ezt más építési tevékenységgel helyettesíteni nem lehet, mivel akkor már más közbeszerzési eljárásról, más érintett piacról lenne szó.

A kínálati helyettesíthetőség, szempontjából pedig a közbeszerzési eljárás sajátosságaira figyelemmel arra kell választ adni, hogy elvileg van-e és hány olyan másik vállalkozás, aki hasonló szolgáltatás nyújtására képes. Téves az a felperesi álláspont, hogy ez a vállalkozási kör szélesen húzható meg. A perbeli esetben az ajánlattételi szakaszba csak három vállalkozás jutott, ők azok, akiket az ajánlatkérő az előminősítés során pénzügyi, gazdasági, műszaki szempontból alkalmasnak talált a feladat elvégzésére. Ők hárman tehát kínálati oldalról egymás helyettesítésére elvileg alkalmasak, azaz az ajánlattételi szakaszban versenytársak. E kört azonban helyesen tágította az alperes a III. r. felperessel. Az ő helyzetét az előminősítés szakaszát lezáró döntés elleni jogorvoslat előterjesztése tette sajátossá. A jogorvoslat ugyanis önmagában kihatással volt a másik három vállalkozás jogi helyzetére a kínálati oldalon.

Mindezek alapján tehát az érintett piacon négy versenytárs volt beazonosítható, amelyre figyelemmel az érintett piacon való részesedésük aránya 25-25%-ban volt megállapítható. A Tpv. 13.§-ának (2) bekezdése alapján akkor csekély jelentőségű a megállapodás, ha a megállapodást kötő felek együttes részesedése az érintett piacon a tíz százalékot nem haladja meg. Mivel a felperesek részesedése ezt jóval meghaladta, a Tpv. 13. §-ának (1) bekezdésének alkalmazása kizárt volt.

A felperesi magatartások jogi megítélése kapcsán az elsőfokú ítéletben megállapítottakon túl a másodfokú bíróság azt emeli ki, hogy a közbeszerzési eljárásban a felperesek és a beavatkozó is önállóan kívánt részt venni, alvállalkozó igénybevétele nélkül. Mindezen túlmenően az I. és II. r. felperes elismerte, hogy több alkalommal az ajánlati szakasz ideje alatt, a pályázatok benyújtását megelőzően megbeszéléseket folytattak a beruházás munkálatainak felosztása tekintetében, illetőleg a jogorvoslati kérelem előterjesztését követően a III. r. felperes bevonása érdekében, ami később realizálódott is. Ennek megfelelően az egymással a közbeszerzési pályázaton versenyben lévő vállalkozások között a tiltott kapcsolatfelvételre sor került. Rámutat a másodfokú bíróság arra; a vállalkozások magatartása egymástól való függetlenségének követelménye kizár minden olyan közvetlen vagy közvetett kapcsolatot a piaci szereplő között, amelynek célja vagy hatása a versenytársak piaci magatartásának befolyásolás vagy a saját maga által követendő magatartás feltárása a versenytársak előtt. Tényszerűen a felperesek a megbeszéléseken nem csak a saját magatartásukkal ismertették meg a versenytársakat, hanem a későbbi közös piaci magatartás (pályázat elkészítése, gazdasági együttműködés) tanúsítása tekintetében is konszenzusra jutottak. Tették ezt annak ellenére, hogy a közbeszerzési eljárás alapvető célja a közpénzek ésszerű felhasználása átláthatóságának és széles körű nyilvános ellenőrizhetőségének megteremtése, továbbá a közbeszerzések során a verseny tisztaságának biztosítása. Ezt a törekvést alapvetően sérti, ha a kétszakaszos eljárás ajánlattételi szakaszába meghívott, illetőleg a döntéssel szemben jogorvoslati kérelmet előterjesztő ajánlattevők megállapodásukkal továbbcsökkentik a verseny kockázatát ezen a sajátos piacon (ahol már a törvényi szabályozás miatt is korlátozottabb a verseny), illetőleg a versenyhelyzetet ténylegesen minimálisra redukálják a munkák felosztásával.

A tények és rendelkezésre álló adatok, a tanúsított magatartások egyenkénti és összességében való értékelése alapján kétséget kizáró módon megállapítható volt, hogy a megbeszélések

célja az volt, hogy az érintettek a tender kapcsán a versenynyomást csökkentsék, korlátozzák a vesztes kockázatát, biztosítsák a közbeszerzési eljárás lefolytatását és befejezését (ebben rejlett a III. r. felperessel való megállapodás alapvető indoka), és a munkák elosztását, továbbá a haszonból való részesedést.

Az kétségtelen, hogy 2002. márciusának második felében több elképzelés volt a tényleges megvalósítás, a közbeszerzési eljárásban és azt követően tanúsítandó magatartás tekintetében, azonban a 2002. április 10. napjától 2002. szeptember 19. napjáig realizálódott események utóbb a közbeszerzési eljárás ideje alatt felvázolódott elképzeléseket maradéktalanul igazolták.

A másodfokú bíróság álláspontja szerint a véletlen egybeesésen jóval túlmutat, hogy a III. r. felperes épp az alá nem írt megállapodás szerinti napon vonta vissza a Közbeszerzési Döntőbizottság előtti jogorvoslati kérelmét, majd az árak módosítása folytán nyertes II. r. felperes a versenyben potenciálisan legkisebb eséllyel rendelkező III. r. felperesi vállalkozással alakít közös gazdasági társaságot. Gazdasági racionalitással pedig végképp nem magyarázható, hogy az egyébként rengeteg szereplős építőipari vállalkozások piacán a II. r. felperes épp azzal a másik két társasággal vesz részt a beruházás kivitelezésében, akik versenytársai voltak a közbeszerzési eljárás során.

Itt jegyzi meg a másodfokú bíróság, hogy a jogellenesen folytatott egyeztetések esetén igen kivételes esetben kerül a hatóság elé szabályos formátumú és közvetlen bizonyítékként felhasználható írásos dokumentum, amelyből akár az akarategység, akár a megállapodás minden részlete kétséget kizáróan beazonosítható. A másodfokú bíróság álláspontja szerint a feltárt tények és a vállalkozások utóbb tanúsított magatartása egy adott logikai láncolat mentén együttesen azonban igazolhatják a versenyjogsértés elkövetését.

A másodfokú bíróság nem osztotta a felperesek véleményét a tekintetben, hogy az alperes nem tette egyértelművé a magatartás jogi minősítését, és előzetes álláspontját a későbbiekben jogsértően változtatta meg. A közigazgatási per során a bíróság minden esetben egy adott közigazgatási határozat felülvizsgálatát végzi el, melynek során a megállapított tényállást, az azt alátámasztó bizonyítékokat vizsgálja és a levont jogi következtetések helytállóságáról dönt a vonatkozó jogszabályok alapján. Az előzetes álláspontban rögzítettek nem kötik a

hatóságot, az eljárás folyamán azt felülbírálhatja, mi több a hatóság - szabályozott keretek között - a meghozott határozati döntésének a módosítására is jogosult. Az alperesi határozat és „az elsőfokú ítélet is kétséget kizáróan rögzítette - fent bemutatottak szerint - a felperesek terhére rótt magatartások körét, azok bizonyítékait és jogi értékelését, az ezt hiányoló felperesi érvelés ez okból alaptalan.

A felperesi fellebbezések kapcsán a másodfokú bíróság megállapította, hogy a bírsággát kapcsolatos ítéleti indokolás sommás volt, a felhozott érvek azonban helytállóak voltak, azt megismételni nem szükséges. A felperesek előző évi nettó árbevételének ismeretében kimondható, hogy a Tpv. 78.§-ának (1) bekezdése szerinti maximum értékét az egyébként jelentős összegű bírságok nem lépték túl. A bíróság ilyen mértékű megállapításával a másodfokú bíróság egyetértett, mivel a bíróság szankció lényege éppen abban rejlik, hogy kellő súllyal tartsa vissza a vállalkozásokat a versenyjogot sértő magatartások tanúsításától. A felperesek a társadalmi megítélés szempontjából igen érzékeny területen (a közpénzek felhasználását racionalizálni kívánó közbeszerzés területén) tanúsítottak durva és a társadalmi elvárástól messze eső, jogsértő magatartást, a felperesek között létrejött megállapodások érintett piacra gyakorolt hatása a társadalmi értékítélet szerint nem elfogadható, ezért a másodfokú bíróság a bírság mérséklésére okot nem látott.

Mindezek alapján a másodfokú bíróság az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése alapján helybenhagyta.

A peresztes felpereseket a másodfokú bíróság a Pp. 78. §-ának (1) bekezdése és a 82.§-ának (2) bekezdése alapján külön-külön kötelezte az alperes másodfokú perköltségének megfizetésére, míg a fellebbezési illeték viseléséről a 6/1986. (VL26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján rendelkezett.

Budapest, 2007. évi november hó 21. napján