

A Fővárosi Ítéltábla
2.kf.27.360/2006/29.

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla a Hidépítő Zrt. (Budapest) I.r., az EGÚT Egri Útépítő Zrt. (Eger) II.r. és Debreceni Magas, Mély és Útépítő Zrt. (Debrecen) III.r., a Strabag Építő Zrt. (Budapest) IV.r. és a Betonút Szolgáltató és Építő Zrt. (Budapest) V.r. felpereseknek a Gazdasági Versenyhivatal (Budapest, hivatkozási szám: Vj-27/2003.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2006. évi január hó 23. napján kelt 2.K.33.024/2004/46. számú ítélete ellen az I.r. felperes által 49. sorszám alatt, a II.r. felperes által 52. sorszám alatt, a III.r. felperes által 53. sorszám alatt, a IV.r. felperes által 51. sorszám alatt és az V.r. felperes által 50. sorszám alatt előerjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2007. évi augusztus hó 29. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

ítéletet:

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felpereseket arra, hogy 15 napon belül fizessenek meg az alperesnek külön-külön 80.000 (azaz nyolcvanezer) - 80.000 (azaz nyolcvanezer) forint másodfokú perköltséget, valamint az államnak, ugyancsak külön-külön - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására 24.000 (azaz huszonnégyezer) - 24.000 (azaz huszonnégyezer) forint fellebbezési illetéket.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

Indokolás

Az elsőfokú bíróság a felperesek keresetét elutasította. Az irányadó tényállás szerint a Fővárosi Bíróság (Gazdasági Kollégiuma) a 2002. október 17. napján kelt 2002.G.Ko1.V.B.9/4. sorszámú végzésében engedélyezte, hogy a Vj-138/2002. számú versenyfelügyeleti eljárás során az eljárás alá vontak (köztük a jelen per II, IV., és V.r. felperese), illetőleg a velük kapcsolatban álló vállalkozások üzleti helységeit az alperes a vizsgálat által meghatározott cél keretei között átkutassa és ennek érdekében ezen helységekre önhatalmúlag beléphessen. A bíróság végzése alapján 2002. október 28-án a GVH Kartellcsoportja előzetes figyelmeztetés nélkül helyszíni vizsgálatot tartott a IV.r. felperes jogelődjének irodáiban, amely során birtokba vette a IV.r. felperes autópálya építésért felelős ügyvezető igazgatójának (A.J.) személyes feljegyzéseit (elrendelve azok lefoglalását), továbbá az alperes birtokába kerültek a IV.r. felperes felügyelő bizottsági tagjának (H.F.) feljegyzései, és egy későbbi kutatás eredményeként az I.r. felperesnél lefoglalt (2003. január 29-ei keltezésű) emlékeztető. Az alperes a feljegyzésekről fénymásolatot készített, és az eredeti iratokat visszaszolgáltatta.

Az alperes a Nemzeti Autópálya Rt. (a továbbiakban: NARt.) által kiírt autópálya szakaszok kivitelezésére (M7-es és M3-as) vonatkozó közbeszerzési eljárásokkal (tenderek) összefüggésben 2003. február 18. napján versenyfelügyeleti eljárást indított. Az alperes vizsgálata kiterjedt a 2002. júniusában kiírt és július 23-án eredménytelennek nyilvánított meghívásos tárgyalásos eljárásra (a továbbiakban: meghívásos pályázat), valamint a 2002. augusztusában kiírt nyílt előminősítéses közbeszerzési pályázatra (a továbbiakban: nyílt pályázat). Ezek tárgya az M7-M70 Becsehely-Letenye-Tornyiszentmiklós; az M7 Balatonszárszó-Ordacsehi; és az M3 Polgár-Görbeháza közötti autópálya és autóút építési szakaszok és a hozzátartozó, azok elválaszthatatlan részét képező híd-és közműmunkák elvégzése volt.

A felperesek az egyes szakaszok vonatkozásában önállóan, illetőleg konzorciumként nyújtották be pályázataikat. A nyílt előminősítéses közbeszerzési eljárás eredményeként a

NART. az összességében legelőnyösebb ajánlatot tevővel kötött szerződést az M7-M70 autópálya-autóutat érintő szakaszra a IV.r. felperessel, a M7 Balatonszárszó-Ordacsehi közötti szakaszára az I. és V.r. felperések konzorciumával, míg az M3 Polgár-Görbeháza közötti szakaszára a II. és III.r. felperések konzorciumával.

Az alperes a lefolytatott vizsgálat eredményeként arra a következtetésre jutott, hogy a közvetlen, illetve közvetett bizonyítékok azt támasztják alá, hogy a három autópálya szakasz kivitelezésére vonatkozó tenderek esetében a vállalkozások előzetes tárgyalásokat, megbeszéléseket folytattak, kialakítva azon magatartásukat, amely elsődlegesen - a korábbi tárgyalásos eljárás keretében már megszerzett ismereteik felhasználásával - konzorciumi, alvállalkozói kapcsolat-rendszerükön keresztül alakult ki. E magatartás eredményeképp minden vállalkozás tendert nyerhetett, ami által jelentős megrendelés-állományhoz jutott, kapacitásai jelentős részét több évre lekötötte, kiküszöbölve ezzel a versenyből adódó bizonytalansági tényezőt.

A Versenytanács előzetes (és kiegészítő) álláspontjában megállapíthatónak tartotta, hogy a felperések magatartása sérti a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 11.§-ában foglalt rendelkezéseket. Következtetése szerint a meghívásos eljárásban résztvevő vállalkozások tájékoztatták egymást arról, hogy megközelítőleg milyen árakat fognak megjelölni pályázati ajánlataikban azzal a céllal, hogy a pályázatok tárgyaként szolgáló egyes beruházásokat felosszák egymás között. A nyílt előminősítéses eljárásban a felek megállapodtak egymással, hogy melyik vállalkozás melyik pályázatot fogja megnyerni és e megállapodáshoz igazították a pályázat során beadott ajánlataikat. Megállapításait a IV.r. felperes ügyvezető igazgatójának 2002. július 23-ai, illetve szeptember 10-ei feljegyzéseire, valamint a IV.r. felperes felügyelő bizottsági tagjának 2002. július 23-ai, szeptember 30-ai, és október 2-ai dátumozású feljegyzésére alapozta. Közvetett bizonyítékként értékelte az alvállalkozók kiválasztásával kapcsolatos gyakorlatot, amelynek lényege az volt, hogy a pályázatokon résztvevők nem kapacitási okokból, hanem a közöttük létrejövő megállapodás kiegészítéseként vonták be egyes versenytársaikat kizárólag azon szakaszokon, melyeket a pályázati anyagok elkészítéséhez - és így az igénybe venni kívánt alvállalkozók megjelöléséhez - képest hónapokkal később megnyertek. A jogsértés további bizonyítékként értékelte az M3 autópálya szakasz felüljárójának és aluljáróinak kivitelezésére szóló 2003. április 10-ei szerződéseket, melyek alapján az I.r. felperes végzi az M3 autópálya Polgár-Görbeháza

közötti szakaszán építendő B2 felüljáró, illetve B1, B3, és B4 műtárgyak teljeskörű megvalósítását, míg az I.r. felperes 2003. január 29-én tartott autópálya értekezletének emlékeztetője szerint az I.r. feladata, hogy nem nevesített, azonban teljes felelősségű alvállalkozóként megvalósítsa a teljeskörű kivitelezést. A IV.r. felperesi ügyvezető jegyzeteinek további oldalai is azt támasztják alá, hogy a felperesek között megállapodás született az eljárás tárgyát képező autópálya munkák felosztásáról.

Az alperes a versenyfelügyeleti eljárásban biztosította, hogy az eljárás alá vontak (felperesek) az előzetes álláspontra vonatkozó észrevételeiket megtegyék és a megtartott tárgyalásokon érdemben nyilatkozzanak a vállalkozások vezetői. A felperesek álláspontja egyező volt abban, hogy a pályázatok kapcsán az eredményhirdetés előtt nem vették fel egymással a kapcsolatot, találkozókra, megbeszélésekre, egyeztetésre, így jogsértésre nem került sor. Kifejtették, hogy milyen tényezők határozták meg a pályázat során tanúsított magatartásukat, illetőleg melyek voltak azok a befolyásoló körülmények, amelyek alapján nagy valószínűséggel előre kalkulálhatták, hogy mely szakaszokon, mely munkálatok elvégzésére a legesélyesebbek, és hogyan alakulhat ki a sorrend. Álláspontjuk egyöntetű volt abban is, hogy a versenyhatóság az általa más eljárásban szerzett bizonyítékokat jogszerűen nem használhatta fel, mert ezzel a célhoz kötöttség elve sérült. Ezen jogi álláspontjuk alátámasztásául hivatkoztak a Tptv. 65/A.§-ának rendelkezéseire, az államigazgatási eljárás általános szabályairól szóló 1957. évi IV. törvény (a továbbiakban: Áe.) alapelveire, a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvény (a továbbiakban: Alkotmány) által biztosított alapjogokra, valamint az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló Rómában 1950. november 4-én kelt egyezmény (a továbbiakban: Egyezmény) előírásaira, és a jogharmonizációs kötelezettségekből eredően alkalmazandó közösségi versenyjogban kialakult és iránymutató gyakorlatra.

Vitatták a közvetett és közvetlen bizonyítékokra vonatkozó értékelést, és az e körben tett megállapításokat. Véleményük szerint az eljárás során részükről feltárt körülmények és indokok ésszerű magyarázatot szolgáltattak a pályázatokon elért eredményekre, az alvállalkozókkal kialakított szerződéses kapcsolatokra. A kartell megállapításához minden egyes vállalkozás tekintetében külön-külön kellett volna megjelölni és bizonyítani a versenykorlátozó megállapodás mibenlétét, illetve magatartásuk kölcsönösségét, amelyet azonban az alperes nem tett meg.

Az alperes a 2004. július 23. napján kelt Vj-27/2003/116. számú határozatában megállapította, hogy a felperesek versenykorlátozó módon felosztották egymás között a NART. által 2002-ben meghirdetett autópálya építési munkák elvégzését. A jogsértés miatt az I.r. felperest 1.371.000.000 forint, a II.r. felperest 496.000.000 forint, a III.r. felperest 496.000.000 forint, a IV.r. felperest 2.468.000.000 forint és az V.r. felperest 2.212.000.000 forint bírság megfizetésére kötelezte.

Határozatának I. fejezetében a tényállás körében teljeskörűen és részletezve rögzítette a kiírt pályázatokat, azok feltételeit, elbírálási módját, a résztvevőket, az egyes pályaszakaszokra beadott ajánlati árakat, valamint az azok értékelését követő eredményeket. A vizsgálat során feltárt bizonyítékok közül a IV.r. felperes autópálya építésért felelős ügyvezetőjének, valamint felügyelő bizottsági tagjának feljegyzéseit döntése részeként teljes egészében értékelte és tartalmukat átemelte határozatába (I.4.1. – I.4.2. pont). Az I.r. felperesi autópálya-értekezlet emlékeztetőjének releváns részét a határozat 61. pontjában rögzítette. A vizsgálat megállapításait a határozat 62.-79. pontjaiban foglalta össze. Az alperes határozatában (I.7. részében) ismertette a felpereseknek az eljárás során tett nyilatkozatait, és a Versenytanács előzetes álláspontjára tett észrevételeit. A határozat II. fejezete rögzíti az alperesnek a vizsgált magatartásokkal összefüggő okfejtését, megállapításait: a döntéshez felhasznált bizonyítékok értékelését és ütköztetését az egyes vállalkozások által védekezésésként előadottakkal. Az alperes a feljegyzések tartalmát, keletkezésének időpontját, az abból levont következtetéseket, valamint a piacfelosztás egyéb közvetett bizonyítékait részletesen elemezte és azt állapította meg, hogy az eljárás alá vont vállalkozások valamennyien részt vettek a pályázat benyújtását megelőző versenykorlátozó megállapodásban, mint ahogy azt a pályázaton való részvételük és annak eredménye is igazolja. Ennek célja az volt, hogy a verseny részét képező bizonytalanságot kiiktassák. A versenyellenes megállapodás kiterjedt az árak, legalább a beadási árak egyeztetésére, mert ily módon volt garantálható a piacfelosztás realizálása az autópálya építési munkák területén. Az eljárás alá vontak megállapodtak, hogy melyikük nyeri az adott pályázatot, mely vállalkozás lesz a 2., 3. helyezett, egyeztették áraikat, illetve arról is tárgyaltak, hogy a nyertes vállalat melyik versenytársat vonja be alvállalkozóként. A kartell károsultja közvetlen fogyasztóként a munkát megrendelő NART. volt, közvetve pedig az autópálya használók, másfelől a jogsértés érinti a költségvetési kiadásokat adóforintjaikból fedező személyeket, illetve vállalkozásokat is. Az alperes a határozat III. fejezetében rögzítette álláspontját a felperesek eljárási kifogásairól, és az általuk felvetett egyéb kérdésekről. Kiemelte, hogy a fénymásolt iratok felhasználhatóságát az alperesre irányadó jogszabályi rendelkezések megfelelő

értelmezése biztosítja, azok felhasználása nem ütközik alkotmányos vagy más alapjogi elvekkel, összeegyeztethető a szigorúbb büntetőjogi elvekkel, és az Unió szabályokból és gyakorlatból sem következik annak jogszerűtlensége. A jogsértő magatartás megállapítása miatt alkalmazott szankció mértékének meghatározását az alperes a döntés „Jogkövetkezmények” megjelölésű IV. fejezetében foglalta össze: a bírság összegét, a bírság összegének megállapításáról szóló a GVH, illetve Versenytanács elnöke által kiadott 2/2003. számú Közleményben (a továbbiakban: Közlemény) foglalt, a Tpv. 78.§-a alapján kialakított szempontrendszer alkalmazásával határozta meg. Külön értékelt a jogsérelem súlyát (334. pont); a jogsértés piaci hatását (335. pont); az eljárás alá vontak jogsértéshez való viszonyulását (336. pont); azt hogy a jogsértő magatartást a közpénzek felhasználásával összefüggésben követték el, így annak hatása a társadalom széles rétegeire kihatott és a közérdeket fokozott mértékben sérti (337. pont). Bírságalként minden vállalkozás esetében a 2002. augusztusában meghirdetett pályázat eredményeként elnyert projekt nettó vállalási összegét vette alapul rögzítve, hogy az alapösszeg korrekciójára nem volt szükség, mivel a kiszabott bírság összege nem éri el a vállalkozások előző évben realizált nettó árbevételének 10%-át.

A felperesek (egyesített) keresetükben elsődlegesen az alperesi határozat megváltoztatását és a versenyfelügyeleti eljárás megszüntetését kérték, másodlagos kérelmük az alperesi határozat hatályon kívül helyezésére irányult, míg harmadlagosan a bírság mérséklését kérték. A felperesek álláspontja egyező volt abban, hogy a versenyhatóság eljárását jogszerűtlenül folytatta le a törvényességet biztosító garanciális szabályok megsértése miatt. E körben az Alkotmány, az Áe. és a Tpv. előírásai mellett az európai esetjogot elemezve és értelmezve kifogásolták a döntés alapjául szolgáló közvetlen bizonyíték (alperesi határozat 1.4.1. - 1.4.2. pontjában jelölt feljegyzések) lefoglalását és annak bizonyítékként való felhasználhatóságát. Vitatták a feljegyzések értékelésével összefüggésben az alperesi megállapításokat, mert véleményük szerint az ott szereplő adatok kizárólag „esélylatolgatások” lehetnek, és nem igazolják, hogy a pályázatokon résztvevők között jogellenes megállapodás jött volna létre. A nyertest és a sorrendet objektív (földrajzi, gazdasági) okok és a nyilvános körülmények előre valószínűsítették, a többi résztvevő számára az viszonylag nagy pontossággal előre látható volt. Így - az egyébként jogsértő módon szerzett és felhasznált - feljegyzés, a közvetett bizonyítékokkal együtt sem támasztja alá a Tpv. 11.§-ába ütköző jogsértő magatartás megállapíthatóságát. A felperesek

az elsőfokú eljárás során szakértői bizonyítást kértek és nem fogadták el az alperes bírságszámítási módszerét sem, kifogásolva a Közleménytől való indokolatlan eltérést.

Az I.r. felperes ezen túlmenően a jogsértés tekintetében előadta, hogy álláspontja szerint a feljegyzéseket nem lehetett volna jogszerűen felhasználni, azonban még ha fel is lehetne használni, azok akkor sem bizonyítják, hogy bármilyen, a Tpv. 11.§-ába ütköző magatartást tanúsított volna. A feljegyzések nem igazolják azt, hogy a felperesek előzetesen megállapodtak volna az ajánlati feltételekben és így a nyertes személyében, vagy akár csak tárgyaltak volna erről. A IV.r. felperes az eljárás folyamán többször is részletes magyarázatot adott a töredékes, összefüggéstelen és többféleképpen értelmezhető kifejezések és számok tartalmára és keletkezésének körülményeire, amit egyéb más bizonyíték nem cáfol. Az alperes a nyílt pályázat kapcsán csupán feltételezéseket, hipotéziseket fogalmazott meg. Kiemelte, hogy a meghívásos pályázatra a feljegyzés nem igazol jogsértést, hiszen a lejegyzett számok tekintetében csak akkor valósak, amikor a IV.r. felperessel konzorciumban indult, így jogszerűen ismerhette azokat, míg amikor külön indult, ott sem a sorrend, sem az árak nem egyeznek meg. Így az okirati bizonyíték azt igazolja, hogy nem tájékoztatta áráiról a IV.r. felperest, amikor versenytársként indultak az adott pályázaton, míg amikor konzorciumi tagok voltak, közöttük fel sem merülhetett a versenykorlátozás. Utalt arra, hogy a nyílt pályázatra beadott ajánlataikat a résztvevők jóval több információ birtokában alakíthatták ki, így a sok évtizedes piacismeretük és a kiíró által teremtett transzparencia miatt pontosan ismerték versenytársaik stratégiáját és kapacitásait is. Ennek alapján a tapasztalt vállalkozások számára nem volt nehéz valószínűsíteni a többi pályázó várható magatartását. Az alperes nem tudta közgazdasági érvekkel megcáfolni azon érvelésüket, hogy miért voltak az adott tendert végül megnyerő vállalkozások a legesélyesebbek. Az alperes az alvállalkozók kérdésében is félreértelmezte a tényeket, mindenféle bizonyítás nélkül hagyta figyelmen kívül a felperesek ésszerű gazdasági magyarázatát. Az alvállalkozók megjelölésének üzleti indokoltságát egyenként, pályázatonként kellett volna értékelni. A meghatározott bírságalap és a bírság összege ellentétes a versenyhatóság gyakorlatát összefoglaló Közleménnyel.

A II. és III.r. felperesek az eljárási szabálysértésekkel összefüggésben arra is hivatkoztak, hogy az alperes közigazgatási eljárása során megsértette az Egyezmény 6. és 8. Cikkében foglalt rendelkezéseket, e tekintetben kiemelt tényezőként hivatkoztak a Versenytanács függetlenségének hiányára, az előzetes álláspont jogellenességére, a védekezésre álló idő

rövidségére, a bírói végzés indokolásának hiányosságára és a rendőrségi kontroll hiányára. Álláspontjuk szerint ez utóbbi szükségességét az általuk ismertett európai esetjog is egyértelműen alátámasztja. Hangsúlyozták, hogy az alperes a bizonyítékokat jogsértő módon szerezte meg, ezért azok a büntetőjogi analógia alapján nem használhatók fel, így azok bíróság általi mellőzése szükséges. Utaltak arra, hogy a versenyhatóság által vitatott cselekményekre minden egyes konzorciumot érintően ésszerű magyarázat adható. Az ajánlat elbírálásának szempontjaival kapcsolatosan kiemelték, hogy amennyiben a felek megállapodtak volna a beadandó ajánlati árakban, az ajánlati áron kívüli részszempontok relatív magas súlysámai miatt olyan mértékű bizonytalansági tényező állt fenn, amely kizárta a felek közti teljes megállapodást, és ezáltal a versenyre gyakorolt hatást. Az alperes a bírságösszeg alapját is helytelenül határozta meg, ugyanakkor nem mérlegelte okszerűen az enyhítő körülményeket, így a terhükre megállapított összeg aránytalanul súlyos.

A IV.r. felperes a jogsértő eljárással összefüggésben vitatta a fénymásolatok bizonyítékként való felhasználhatóságát, különös tekintettel arra, hogy azok állítólagos eredetijét a Tpv. 65/A.§-ának megsértésével szerezte meg a versenyhatóság. A kutatás keretei ugyanis vitathatatlanul meghaladták azt a kört, amelyre a bírósági felhatalmazás kiterjedt. Így utólagos bírói engedély hiányában a bizonyítási eszközt nem lehetett volna felhasználni. Nem volt jogalapja egy másik versenyfelügyeleti eljárásban lefoglalt irat áttemelésének, mivel azok a jogsértést nem támasztották alá; erre vonatkozó részletes érveit is kifejtette. A feljegyzésnek egy belső előkészítő megbeszélésen kellett születnie, ahol a munkacsoport a lehetséges versenytársakat és nyeresési esélyeket tekintette át, amely hozzátartozik az ajánlat kidolgozásának folyamatához. Hasonló esélylatolgató feljegyzések máskor is készültek, más tartalommal, ami önmagában cáfolja a fénymásolat versenyhatósági értelmezését. Az előkészítő csapat a szeptember 10-ei dátumú fénymásolat készültkor - utólag visszanézve - kisebb hibákkal kétségtelenül eltalálta a tenderek kimenetelét, azonban ez nem életszerűtlen piaci tapasztalataira, az adott tendereken induló vállalkozásokról teljes mértékben jogszerűen rendelkezésre álló információkra, a földrajzi és gazdasági adottságokra, illetve az indulók csekély számából adódó pusztán matematikai valószínűség számításokra törvényszerűségekre tekintettel.

Az V.r. felperes jogszerűtlennek és az emberi alapjogokkal ellentétesnek értékelte, hogy a bírósági végzés rendelkezéseit megszegve, az ott megállapított korlátokat figyelmen kívül hagyva a vizsgáló saját elképzelései szerint korlátlanul bármit birtokba vehessen,

lefoglalhasson, mint ahogy az a Vj-138/2002. számú ügyben tartott helyszíni vizsgálati cselekmény során történt. Álláspontja szerint a bizonyítékok begyűjtése sérti a személyes adatok védelméről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi LXIII. törvény rendelkezéseit. Az alperes az eljárás alá vont vállalkozások által történő piacfelosztást még a jogsértő módon felhasznált dokumentumokkal sem igazolta, és főként nem bizonyította azt, hogy az esetleges piacfelosztásban vállalkozása részt vett. E tekintetben hivatkozott az Áe. 26.§-ának (1) bekezdésére azzal, hogy a versenyhatóság a tényállás tisztázására vonatkozó törvényi kötelezettségének nem tett eleget. Vitatta a fénymásolt feljegyzések felhasználhatóságát és bizonyító erejét, kifogásolta továbbá, hogy a feljegyzések sorrendiségét az alperes önkényesen állapította meg, és az önálló, dátum nélküli oldalakat koncepciójának megfelelően helyezte el. Álláspontja szerint a dátum nélküli feljegyzések az iratok birtokba vételéig bármikor keletkezhetnek. Kifogásolta, hogy az alperes a rendelkezésre álló műszaki dokumentációt és ajánlatokat nem elemezte, holott ezek alapján megállapítható lett volna, hogy a műszaki tartalom változása indokolta-e a pályázatokban megjelölt árajánlatok emelkedését annak ellenére, hogy ez feltétlenül szükséges lett volna a megalapozott döntés meghozatalához. Kiemelte, hogy az eljárás tárgyát képező pályázatok egyikében sem jelölt meg más eljárás alá vont vállalkozást alvállalkozóként, és az eljárás alá vont vállalkozások közül őt egyetlen vállalkozás sem foglalkoztatta alvállalkozóként. Sérelmezte, hogy a versenyhatóság a teljes szerződéses értéket tekintette releváns forgalomnak, holott ez ellentétes a Közleményben foglaltakkal.

Az alperes a határozatában foglaltak fenntartása mellett a felperesek keresetének elutasítását kérte. Hivatkozott arra, hogy a Vj-138/2002-es számú versenyfelügyeleti eljárásban lefolytatott „rajtaütésszerű szemlén” jogserűen foglalta le a jelen ügyben is felhasznált iratokat, ugyanis azokon több olyan vállalkozás neve is szerepelt, melyek abban az ügyben eljárás alá vontak voltak. Döntésének 215.-230. pontjaiban kifejtette a bizonyítékul elfogadott iratok kapcsán álláspontját, részletesen cáfolva a felperesek állításait. Utalt arra, hogy a IV.r. felperes ügyvezető igazgatójának feljegyzése alapján találta megállapíthatónak a jogsértést (233-241. pont), de egyéb tényezőket (az M3 autópálya szakasz felüljárójának és aluljáróinak kivitelezésére vonatkozó szerződést, az I.r. felperes autópálya értekezletének emlékeztetőjét, a felpereseknek az alvállalkozók megjelölése során tanúsított magatartását) is figyelembe vett a jogsértés megállapításakor,- amiket döntésének" 244-246. pontjaiban ismertetett. A bírsággiszabással kapcsolatosan kifejtette, hogy nem volt jogszabálysértő a Közleménytől való eltérés, mert annak nincs kötelező ereje, és nem hagyható figyelmen kívül az sem, hogy

mivel a Közlemény a jogalkalmazási gyakorlaton alapszik, így értelemszerűen nem vonatkozhat olyan ügyre, esetre, amely még nem merült fel a gyakorlatban. Hangsúlyozta, hogy a felperesekre kiszabott bírság egyik vállalkozás esetében sem érte el a Tpvt. 78.§-ában meghatározott maximumot, sőt jóval az alatt maradt.

Az elsőfokú bíróság ítéletével a felperesek keresetét a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 339.§-ának (1) bekezdése alapján elutasította. Indokolása szerint a Fővárosi Bíróság a 2002. október 17. napján kelt 2002.G.KoI.V.B.9/4. számú végzésében a Tpvt. 65/A.§-ának (1) bekezdése szerinti kutatásra és önhatalmú belépésre az engedélyt megadta. E végzés megalapozottságát a bíróság nem vonhatja kétségbe, ugyanakkor abból kitűnik, hogy a Vj-138/2002. számú eljárás a II, IV. és V.r. felperesek, valamint egyéb vállalkozások magatartásának megvizsgálására irányult. Ekként megítélés szerint, amikor a célhoz kötöttség követelményének megítéléséről kell állást foglalni, nem lehet figyelmen kívül hagyni, hogy a perbeli ügyben eljárás alá vontak személye nagyrészt megegyezik. Ezen túlmenően azon körülményből, hogy a „rajtaütésszerű” vizsgálati cselekménynél nincs sem idő, sem mód annak eldöntésére, hogy az adott irat (feljegyzés) összefügg-e, s ha igen mennyiben a megindított eljárással, álláspontja szerint az következik, hogy a célhoz kötöttség elvét nem lehet szűken értelmezni. Ebből következően, amennyiben előzetes bírói jóváhagyás birtokában végrehajtott rajtaütés során versenytörvénybe ütköző magatartás megvalósítására utaló adat kerül az alperes elé, a célhoz kötöttség hiányára hivatkozás nem elegendő a fellelt terhelő adat mellőzéséhez. Az Áe. 2. §-ának (4) bekezdésében és 26.§-ában foglaltak alapján a bizonyítékok szabad mérlegelésének elve, illetve a hivatalos tudomás hiányzó külön bizonyításának kötelezettsége arra utal, hogy nem gördülnek eljárási akadályok a jogalkalmazó hatóság előtt már ismertté vált adatok döntéshozatali értékelése elé. Az alperes kísérletet tett arra, hogy a Vj-138/2002. számú ügyben beszerzett, majd visszaadott eredeti feljegyzéseket újra beszerezze, azonban ezek rendelkezésre bocsátását a IV.r. felperes azzal hátrította el, hogy az iratok a vállalkozás új székhelyre való költözése során elkallódtak. Így a perbeli ügyben csak a jegyzetekről készített fénymásolatok álltak rendelkezésre, amelyek eredetivel megegyező tartalmát a jegyzetek készítője nem vonta kétségbe. Idézte az Áe. Kommentárt: „az államigazgatási eljárásban bizonyítékként elsősorban az eredeti okirat, vagy annak hiteles másolata jöhet szóba, de a hatóság - mérlegelés alapján - adott esetben elfogadhatja az egyszerű (pl. fénymásolat) másolatot is.” Mindezek alapján megállapította, hogy a perbeli ügy mikénti

elbírálásakor a más eljárásban beszerezett fénymásolatban rendelkezésre álló feljegyzések is értékelhetőek voltak.

Az Egyezmény 6. és 8. Cikkével összefüggésben arra a megállapításra jutott, hogy a felpereseknek a feljegyzés, valamint tanúvallomások mellőzésére irányuló kérelme megalapozatlan. Kiemelte, hogy e körben nem hagyható figyelmen kívül, hogy a védekezéshez szükséges idő és eszközök hiánya akkor lenne megállapítható, ha adat lenne arra, az eljárás anyagának - köztük a per alapját képező feljegyzéseknek - a megismerésére sem idő, sem mód nem lett volna, illetve ha ezen jogok gyakorlását alperes korlátok közé szorítja. A II. és III.r. felperesek azonban ezen sérelmük kapcsán jogaik gyakorlásának konkrét kizárására, illetve legalább annak jogérvényesítést csorbító korlátozására maguk sem hivatkoztak. A magánautonómia megsérülése a perbeli ügyben nem merülhetett fel, mert azt a felperesek maguk sem állították, hogy a feljegyzésekkel - illetve azok beszerezésekor - magán- és családi életükre, lakásukra, illetve levelezésükre utaló adatok kerültek elő. Az Áe. alapelvei azt a célt szolgálják, hogy általános zsinórmértékként a jogalkalmazónak irányt mutassanak. Az alapelvek megsértésére azonban nem általában, hanem valamely konkrét jog, vagy jogosultság félretételekor kerülhet sor. Az alapelvekkel ellentétes eljárás megvalósítása akkor következhetett volna be, ha a feljegyzések birtokba vételére alperesnek nem lett volna jogszerű lehetősége. Tekintetbe véve azt, hogy a rajtaütésszerű szemlét bírói döntés hagyta jóvá, a más eljárásban ismertté vált bizonyítási anyagot nem kellett félretenni, így az Áe. alapelveinek megsértésére sincs jogalap. A jogsértéssel kapcsolatosan megállapította, hogy a perbeli ügyben a IV.r. felperesnél fellelt feljegyzések a vizsgált autópálya szakaszokon túl a felperesek megnevezése mellett olyan nyerési sorrendeket tartalmaznak, amelyek minimális eltéréssel úgy egyeztek meg a közbeszerzési eljárás végeredményével, hogy valamennyi felperesi vállalkozás feladathoz jutott. Mindamelllett a megállapodás egyértelmű bizonyítékait lehet tetten érni a feljegyzésben szereplő és a határozatban rögzített kitételekben is. A megegyezést támasztja alá az I.r. felperesnél megtalált 2003. január 29-ei azon emlékeztető, melyben az alvállalkozói kötelezettségvállalás szerepel, amely a kitételekkel egyértelműen bizonyítja, hogy a felperesek tilalmazott megállapodást kötöttek. A közbeszerzésekről szóló, a perbeli pályázatok idején hatályos 1995. évi XL. törvény (a továbbiakban: Kbt.) rendelkezései alapján azonban nyilvánvalóan feladathoz csak az a vállalkozás juthatott, amelyik összességében a legkedvezőbb ajánlatot adta. Ezért egyeztetés nélkül könnyen számítani lehetett arra, hogy a piacon működő felperesi vállalkozások közül csupán egy, vagy csak néhány jut megrendeléshez. Az a körülmény, hogy a legkedvezőbb ajánlatokat

produkálva a piac valamennyi szereplője feladathoz jutott, álláspontja szerint egyértelmű bizonyítéka annak, hogy a felperesek előzetesen megállapodást kötöttek. Amikor az ajánlatokat (különösen az ajánlati árakat) a közbeszerzési eljárásban résztvevő más vállalkozás ajánlatát ismerve lehet előterjeszteni, könnyűszerrel kivitelezhető, hogy a „kiválasztott” vállalkozás ajánlatát a többiekénél kedvezőbb feltételeket megjelölve terjessze elő. Mindezzel azonban a közbeszerzés céljának megvalósulását zárták ki, hiszen olyan helyzetet teremtettek, amelyben nem érvényesülhetett a racionális költségek felmerülése, az optimális minőség elérése, a közpénzek felhasználhatóságának átláthatósága és a verseny megvalósulása. Az alperessel egyetértve akként ítélte meg, hogy a feljegyzések tartalma és az elnyert pályázatok ismeretében egyértelműen kizárható az, hogy a IV.r. felperesnél fellelt dokumentáció csupán a piac ismeretéből adódó esélylatolgatás volna. Alapvetően nem tér el továbbá egymástól. a 2002. júliusi és augusztusi felhívásra beadott pályázatok tartalma, hiszen az első helyezett vállalkozás személye a második pályázatnál sem módosult. Utalt az elsőfokú bíróság arra is, hogy bár a felülvizsgálni kért határozat egyéb szempontokat (alvállalkozói szerződések köre, optimális kapacitás felmerülése) is értékelési körébe vont, azonban ezek részletes elemzését azért mellőzte, mert jogi megítélése szerint a IV.r. felperesnél fellelt feljegyzések elegendő bizonyítékul szolgáltak a megállapodás fennállásának megállapításához. Szükségtelennek tartotta, hogy a felperesek indítványának megfelelően szakértői bizonyítást rendeljen el, ugyanis a munkálatok elérésének esélye a felperesek állítását igazolandóan akkor lett volna feltárható, ha visszaállítható lenne az a helyzet, amikor egymás piaci ajánlatainak ismerete nélkül megjelölt árakon történik meg a pályázatok beadása, amelyre azonban már nincs mód. A bíróság összecszerúsége kapcsán rögzítette, hogy a Tpvt. 78.§-ának (1) bekezdése az előző üzleti évben elért nettó árbevétel 10%-ában határozza meg a bíróság maximumát. A perbeli esetben a vizsgált magatartáshoz kapcsolódó szerződések megkötésére 2002. évben került sor, így nem jogsértő az alperes azon számítása, amelyben a bíróság mértékének meghatározásakor a pályázatok révén jelentkező bevételt is számba vette, hiszen a Tpvt. 78.§-ának (1) bekezdése elért és nem ténylegesen befolyt árbevételről szól. A felperesek a legsúlyosabb versenyjogsértést valósították meg akként, hogy a közpénzek optimális felhasználására irányuló Kbt.-ben rögzített elvárásokat hiúsították meg. A megállapított bírságösszegek az eddigi eseteket figyelembe véve valóban példanélküli nagyságúak, nincs azonban előzménye annak sem, hogy a piacon működő vállalkozások a jelen ügyben vizsgált volumenű munkálatokra szólóan, a közbeszerzési törvény alapelveivel ellentétesen állapodtak volna meg. Ezért az elsőfokú bíróság a felperesekkel szemben kiszabott bírság mértékét a megvalósított

magatartással arányban állónak tartotta azzal, hogy a Közlemény előírásai nem minősülnek jogszabálynak, így az attól való eltérés jogsértést nem valósíthat meg.

Az I.r. felperes elsődleges és másodlagos fellebbezési kérelme az elsőfokú ítélet megváltoztatására irányult, harmadlagosan azt kérte, hogy a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú ítéletet a Pp. 252.§-ának (3) bekezdése alapján helyezze hatályon kívül, mivel további bizonyítás válhat szükségessé a felperesek által indítványozott és az elsőfokú bíróság által mellőzött szakértői vélemény beszerzése formájában. A bírságszámítás jogellenes módjára tekintettel kérte továbbá az alperesi határozatnak a Tpv. 83.§-ának (4) bekezdése alapján történő megváltoztatása mellett a terhére kirótt bírság elengedését vagy csökkentését. Több szempontból is megalapozatlannak tartotta az elsőfokú bíróság ítéletét. Álláspontja szerint a Tpv. 65/A.§-a szerinti helyszíni vizsgálat garanciális szabályaiba, illetve ezen keresztül a törvényesség elvébe ütközik a feljegyzések lefoglalása, illetve a jelen ügyben való felhasználása. Az alperesi határozat és az elsőfokú ítélet szinte kizárólag a feljegyzések félreértelmezésén alapul, holott a részletesen kifejtett jogi okfejtése szerint a feljegyzéseket jogszerűen nem lehetett volna felhasználni, illetőleg azok felhasználhatóságuk esetén sem bizonyítják, hogy bármilyen, a Tpv. 11.§-ába ütköző magatartást tanúsított volna. Az elsőfokú bíróság az irányadó joggyakorlattal ellentétesen értelmezte a ténylegesen kialakult pályázati végeredményeket a jogellenesség bizonyítékaként, még csak nem is vizsgálva, hogy arra volt-e más ésszerű magyarázat. Az elsőfokú bíróság a Pp. 3.§-ának (4) bekezdésében ütközően mellőzte a felperesek által indítványozott szakértői bizonyítást, azt ugyanis csak akkor tehetné volna meg jogszerűen, ha az a jogvita elbírálása szempontjából szükségtelen lett volna. Ezzel szemben a szakvélemény meggyőződése szerint igazolhatta volna, hogy a legalisan ismert körülmények tükrében, különösen a nyílt pályázat idejére megvalósult piaci transzparencia miatt a piacot ismerő vállalkozások jó eséllyel előre valószínűsíthették az egyes pályázatok végeredményét, de legalább is az I.r. felperes helyezését. Ebben az esetben viszont kétségtelenül bebizonyosodott volna, hogy a jogellenes egyeztetés bizonyítékaként értékelt feljegyzéseket a többi vállalkozástól függetlenül, önállóan is készíthette a IV.r. felperes. Az elsőfokú bíróság a jogellenes összehangolás bizonyítékaként azt fogadta el, hogy valamennyi vállalkozás feladathoz jutott, így lényegében a feljegyzések értelmezése és a végeredmény alapján utasította el a keresetet. Az elsőfokú bíróság az alperessel egyezően minden magyarázat nélkül tekintette a nála lefoglalt emlékeztetőt a jogellenesség bizonyítékaként úgy, hogy az alvállalkozói kapcsolatrendszerrel összefüggően felhozott érveket nem vizsgálta, azt minden indokolás nélkül mellőzte.

Az elsőfokú bíróság a bírság kiszámítását is tévesen értékelte, hiszen az alperes minden indokolás és megalapozott ok nélkül tért el a saját maga által kialakított, egyébként teljesen szabadon és bármikor módosítható Közleményétől. Ez nyilvánvalóan ellentétes a közlemény törvényi céljával és rendeltetésével, a következetes és kiszámítható jogalkalmazás követelményével, ami az Áe. 2.§-ának (1) bekezdésében foglalt törvényesség alapelveibe is ütközik. A Tpv. 78.§-ának (1) bekezdése a bírság maximumát szabályozza és ez önmagában semmilyen kapcsolatban sincs a ténylegesen kiszabott bírsággal, amelyet a versenyhatóság szabhat ki. Vitathatatlan tény, hogy a két pályázati körben a pályázatok tartalma szakmai szempontból jelentős mértékben módosult, a pályázatokat nem ugyanazok a vállalkozások nyerték, valamint a műszaki tartalom esetleges változásának és a nyertes személyének az ítéletben található módon való összekapcsolása téves. Sérelemzte, hogy az elsőfokú ítélet gyakorlatilag egyetlen anyagi jogi érvét sem vizsgálta, értékelte érdemben, ezért mind a keresetlevélben, mind a per folyamán becsatolt egyéb beadványaiban foglalt, a határozattal szembeni előadásait változatlanul fenntartotta. Az alperesi fellebbezési ellenkérelemre vonatkozó előkészítő iratában részletesen elemezte az alperesi nyilatkozatban foglaltakat kifejtve, hogy a versenyhatóság részéről felhozott érvek nem cáfolják a határozattal, valamint az elsőfokú ítélettel szembeni kifogásait.

A II. és III.r. felperesek fellebbezésükben az Egyezmény 6. Cikkének megsértésére hivatkozással kérték a versenyfelügyeleti eljárás megszüntetését, avagy az alperes döntésének megváltoztatását a kereseti kérelmüknek megfelelően. Másodlagos kérelmük arra irányult, hogy a Fővárosi Ítéltábla helyezze hatályon kívül az elsőfokú bíróság ítéletét és utasítsa az elsőfokú bíróságot a per újra tárgyalására és újabb határozat hozatalára. Fellebbezésük részletes indokolást tartalmazott mind az eljárási hibákra, mind pedig a döntés érdemére vonatkozóan, amely lényegében kiegészített formában megegyezett a keresetlevelükben és az eljárás során tett nyilatkozataikban foglaltakkal. Hangsúlyozták, hogy sem az alperes, sem pedig a Fővárosi Bíróság nem állapított meg a II. és III.r. felperesekkel kapcsolatban olyan bizonyítékot, amely ahhoz a következtetéshez vezethetne, hogy a felperesek korábban érintkezésbe léptek egymással. A Versenytanács által is elismerten, a versenyjog által tilalmazott összehangolt magatartás bizonyítottan akkor tekinthető, ha az adott piaci feltételek nem jöttek volna létre az összehangolt magatartás nélkül feltéve, hogy a vállalatok racionálisan cselekszenek. Ez azt jelenti, hogy a közvetett bizonyítékok csak akkor jöhetnek számításba, ha az adott magatartás ésszerűen nem magyarázható más okkal, mint a verseny korlátozásával. Az alperesnek az elsőfokú bíróság által is elismerten nem volt olyan írásos

bizonyítéka, amely a tiltott megállapodás valamennyi elemét rögzítette volna, így a közvetlen bizonyíték hiánya és a közvetett bizonyítékokból levont különböző lehetséges következtetések eredményeként sem állapítható meg a terhükre rótt jogsértés elkövetése. Hangsúlyozták, hogy a Fővárosi Bíróság nem vette figyelembe a II. és III.r. felpereseknek az alperes által vitatott cselekményre adott ésszerű magyarázatát, azt, hogy milyen konkrét technikai és gazdasági okok szolgáltak alapul a felpereseknek a konkrét projektre vonatkozó szerződéseikhez. Az elsőfokú bíróság nem tért ki az ezt alátámasztó bizonyítékok értékelésére, így ítéletének indokolása hiányos, ezért annak érdemi másodfokú felülbírlata nem lehetséges.

A IV.r. felperes fellebbezésében elsődlegesen az elsőfokú bíróság ítéletének hatályon kívül helyezését kérte azzal, hogy a Fővárosi Ítéletábrla utasítsa a Fővárosi Bíróságot a per újabb tárgyalására és újabb határozat hozatalára. Másodlagos kérelme arra irányult, hogy amennyiben a másodfokú bíróság megítélése szerint a Pp. 252.§-ának (2) és (3) bekezdésének alkalmazhatósága nem áll fenn, úgy az elsőfokú bíróság ítéletét a kereseti kérelmének megfelelően változtassa meg. Hangsúlyozta, hogy az elsőfokú bíróság teljes mértékben figyelmen kívül hagyta a versenyfelügyeleti eljárás során előadott és a keresetében megerősített védekezését az egyes eljárási jogszabálysértések vonatkozásában, valamint az állítólagos versenyjogi jogsértés legfőbb bizonyítékául szolgáló fénymásolatok tekintetében. Hangsúlyozta, hogy tévesek az elsőfokú bíróság azon következtetései, amelyek elfogadják az alperes által támadott közigazgatási határozatban a kutatás jogszerűségével, a fénymásolat átemelésével, annak felhasználhatóságával, valamint a bizonyítékok értékelésével kapcsolatosan kifejtett megállapításokat. Fellebbezésében részletezve megismételte a versenyfelügyeleti eljárásban előadottakat, valamint a keresetlevelében kifejtetteket. Kiemelte, hogy az elsőfokú ítélet indokolásában körvonalazódó magyar bírósági gyakorlat eltér az alperes által beszerzett bizonyítékok felhasználhatósága tekintetében az Európai Bíróság gyakorlatától, amely felveti a magyar jog és a közösségi jog összeegyeztethetőségének kérdését. Ehhez kapcsolódóan 2007. április 20. napján érkezett elözetes döntéshozatali eljárás kezdeményezése iránti kérelmet terjesztett elő a Fővárosi Ítéletábrlán.

Az V.r. felperes fellebbezésében elsődlegesen az elsőfokú bíróság ítéletének hatályon kívül helyezését kérte, míg másodlagosan kérelme arra irányult, hogy amennyiben a szükséges bizonyítás a másodfokú eljárás keretei között lefolytatható, úgy a Fővárosi Ítéletábrla

változtassa meg az elsőfokú ítéletet. Eljárási kifogásként arra hivatkozott, hogy jogszerűen nem lehet a jelen per felperese, mert ő jelenleg is az általa határidőben megindított (2.K.33.218/2004. számú) per felperese, ugyanis az elsőfokú bíróság a szabályszerű megalakítását követően a perek egyesítéséről ismételten nem rendelkezett. Kereseti kérelmét így a jelen perben az elsőfokú bíróság nem is bírálhatta el. Ezt meghaladóan arra hivatkozott, hogy a Fővárosi Bíróság a tényállás felderítésének hiányában az egyes vállalkozások magatartásának vizsgálatát elmulasztotta, amely különösen hátrányos rá nézve, hiszen versenysértő magatartásban történő részvételét még közvetett bizonyíték sem támasztja alá. Szakértő kirendelését kérte, mivel az Európai Bíróság állandó gyakorlata szerint ha a versenysértő magatartásra csak közvetett bizonyítékok állnak rendelkezésre, akkor elkerülhetetlen a piac részletes elemzésével összhangban a vállalkozói magatartás vizsgálata, ugyanis a vállalkozás versenysértés miatt kizárólag akkor marasztalható el, ha magatartásának a megállapodáson kívül egyéb gazdaságilag elfogadható magyarázata nincs. Álláspontja szerint az adekvát vállalkozói magatartás megítéléséhez a szakértői vizsgálat elengedhetetlen, ugyanis a rendelkezésre álló adatokból a szakértői módszerekkel megállapítható, hogy az általa alkalmazott egységárak az egyes pályázatok során nem változtak meg, amelyek egyértelműen igazolják, hogy a versenykorlátozó megállapodások megkötésében nem vett részt. Utalt arra, hogy az elsőfokú bíróságnak az alperes által kiszabott bírság tekintetében elfoglalt álláspontja ellentétes a jogbiztonság alkotmányos alapelvével, így annak megváltoztatása szükséges. A versenyhatóság a bíróság meghatározásának módszertani alapjául kifejezetten megjelölte a Közleményt, így későbbiekben nem hivatkozhat arra, hogy az abban foglaltak nem kötik. A másodfokú eljárásban közbeszerzési magánszakértői véleményt (Kf.29/F/2.) csatolt annak alátámasztására, hogy a Kbt. korabeli rendelkezéseit nem sértette meg.

Az I.-IV.r. felperesek a magánszakértői véleményben írtak alapján a szakértői bizonyítás szükségességére vonatkozó álláspontjukat fenntartották.

Az alperes ellenkérelmében az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását kérte. Hivatkozott arra, hogy a határozatának 272.-303. pontjaiban foglaltak a bizonyítékok felhasználhatóságának jogszerűségét egyértelműen alátámasztják. A IV.r. felperes ügyvezető igazgatójának jegyzetfüzete a tényállás tisztázása végett történő másolatkészítés céljából jogszerűen került a birtokában, így arról jogszerűen szerzett hivatalos tudomást. Álláspontja szerint mindaddig célhoz kötötten folyik egy eljárási cselekmény, ameddig az el nem éri a

célját, azaz a perbeli esetben, amíg a kutatást végzők meg nem találják a feltételezett jogsértés egyértelmű bizonyítékát. A kutatás (eljárási cselekmény) során fellelt adatok, tények, iratok jogszerűen kerültek a látókörébe, a célhoz kötöttség követelménye nem sérült meg. Jogszerűen jutott a kérdéses bizonyítékokhoz, hiszen egy bírói végzés felhatalmazása alapján tartózkodott a IV.r. felperes irodájában, ahol birtokba vette a feljegyzéseket, így a magánautonómia sérelme, alapjogok jogszerűtlen korlátozása szóba sem jöhet. Alaptalannak tartotta azon felperesi védekezéseket, miszerint a piaci körülményekből (kapacitások, földrajzi elhelyezkedés, stb.) kikövetkeztethető lett volna előre, hogy melyik vállalkozás nyeri az adott szakaszt. Ezt cáfolják maguk a feljegyzések, amelyeknek a szövege nyilvánvalóvá teszi a megállapodást, vagyis azt, hogy a felek nem kikövetkeztették a sorrendet, hanem megállapodtak abban. Kiemelte, hogy az ajánlatokat kérő az összességében legelőnyösebb ajánlattevővel kívánt vállalkozási szerződést kötni, valamennyi pályázat esetében. Az összpontszám 17,5 és ebből csak 11 pont az ajánlati ár, míg a fennmaradó 6,5 pont a vállalt jótállási és szavatossági bankgaranciák időtartama és mértéke, az igényelt előleg mértéke, és a vállalt kötbérek függvényében volt adható. Ez alapján az esetleges helyzeti hátrányból adódó magasabb ár kompenzálható lehetett volna az áron kívüli tényezők segítségével, melyek pontszáma meghaladta az árért adott pontszámok felét. Ebből következően nem fogadható el az az érvelés, mely szerint előre kalkulálható volt az indulók sorrendje úgy, hogy a pályázati anyagból megállapítható, hogy e körülmények tekintetében nem versenyeztek a felperesek. A védekezések valóságát az is cáfolja, hogy a felperesek részéről állított körülmények mellett az egész közbeszerzési eljárás kérdőjeleződik meg, hiszen miért pályázott egy olyan vállalkozás azon a szakaszon, amiről nagy bizonyossággal előre tudható volt, hogy azt egy másik cég nyeri meg. Helyesen döntött az elsőfokú bíróság a szakértő kirendelésének elutasításakor, ugyanis a határozatban bizonyítékként megjelölt iratok tartalma, és az eljárás alá vontaknak az iratok keletkezésére és tartalmára vonatkozó nyilatkozatai egyértelműen alátámasztják a jogsértő magatartást. A Közleménytől való eltérés nem jogszabálysértő, mert semmilyen jogszabályi rendelkezésből vagy eljárási alapelvből nem vezethető le az irányú kötelezettsége, hogy megindokolja, eltért-e, s ha igen miért, a korábbi eljárásokban; más ügyfelekkel, más 'tárgyban' hozott határozataitól. A bíróság összegének megállapításakor a felső határt nem lépte át, és megállapítható az is, hogy az előző évi nettó árbevétel egy számviteli fogalom. A nettó árbevétel valamely vállalkozás beszámolójából állapítható meg, és a kettős könyvvitel elveinek megfelelően nem csak ténylegesen befolyt pénzeszegeket tartalmaz, amire utalt az elsőfokú bíróság is. Kiemelte, hogy a Közlemény elfogadása előtt gyakorlatában nem voltak

közbeszerzéssel kapcsolatos, bírsággal végződő kartell-eljárások, így értelemszerűen az azokra vonatkozó alperesi tapasztalatok nem is szerepelhettek a Közleményben. Minden a közbeszerzéses kartellel kapcsolatos esetben a jogsértéssel érintett pályázat nyertes ajánlatának nettó összege volt a releváns forgalom a bírságösszeg szempontjából arra figyelemmel, hogy az így megállapított összeg az alkalmas a jogsértéstől való elrettentésre.

Az V.r. felperes eljárási kifogásával nem értett egyet, és megjegyezte, hogy az V.r. felperes mindvégig érdemben vett részt a perben és fejtette ki jogi álláspontját. Hangsúlyozta, hogy a határozat nem az alvállalkozók tényleges bevonását tekintette a jogsértés kiegészítő bizonyítékának, hanem az alvállalkozó kijelölésével kapcsolatos eljárás alá vont magatartást. Az alvállalkozók kijelölése egyfajta biztonsági tartalék volt a bevételek elosztására, az pedig, hogy bizonyos esetekben nem került sor az alvállalkozók tényleges igénybevételére, nem cáfolja a megállapodást.

Az I., IV. és V.r. felperesek által a másodfokú eljárás során előterjesztett előzetes döntéshozatali eljárás kezdeményezése iránti kérelmet a másodfokú bíróság 16-I. sorszámú végzésével elutasította, mely döntését a fellebbezés folytán eljáró Legfelsőbb Bíróság a 2007. július 04. napján kelt Kpkf.II.39.203/2007/2-II. számú végzésével helyes indokainál fogva helybenhagyta.

A felperesek fellebbezése nem alapos.

Az elsőfokú bíróság a rendelkezésre álló peradatokból okszerű következtetésre jutott a felperesek által megvalósított jogsértések, és az ezzel összefüggésben alkalmazott jogkövetkezmény megalapozottsága tekintetében, amelynek eredményeként jogszerűen határozott a felperesi keresetek elutasítását illetően.

A felperesek fellebbezésükben olyan új tényt vagy körülményt nem jelöltek meg, amely fellebbezésük kedvező elbírálását eredményezhetné.

Elsődlegesen az V.r. felperesnek az elsőfokú bíróság által elkövetett eljárási szabálysértése miatti kifogásáról kellett állást foglalnia a másodfokú bíróságnak. Az V.r. felperes fellebbezésében azt hangsúlyozta, hogy jogszerűen nem volt a Fővárosi Bíróság perbeli ítéletével zárult eljárásnak a felperese, mert a VJ-27/2003/116. számú határozat elleni

keresetlevelével indult per egyesítésekor jogsértően járt el az elsőfokú bíróság. A másodfokú bíróság az V.r. felperesnek a perbeli pozícióját vitató érvelését vizsgálva megállapította, hogy a Fp. 149.§-ának (2) bekezdése szerinti, a perek egyesítéséről rendelkező döntés olyan pervezető végzés, amely ellen a Pp. 233.§-ának (3) bekezdés b) pontja alapján a fellebbezés kizárt. Az elsőfokú bíróság egy végzésben döntött az V.r. felperes végrehajtás felfüggesztése iránti kérelméről, és az általa kezdeményezett pernek az alapügyhöz (a többi felperes keresete alapján már megindult perhez) való egyesítéséről, végzése jogorvoslati záradékában azonban arról tájékoztatta a feleket, hogy döntésének csak a végrehajtás felfüggesztése iránti kérelem tárgyában hozott rendelkezése ellen van helye fellebbezésnek. Az alperes csak a határozata végrehajtásának felfüggesztését elrendelő döntés ellen élt fellebbezéssel, és a másodfokú bíróság is csak e tekintetben járt el, amikor meghozta a 2005. március 10. napján kelt 2.Kf.28.873/2004/3. számú végzését. A másodfokú bíróság - végzése indokolásából kitűnően - nem érintette az egyesítésről szóló és nem fellebbezhető rendelkezést és határozata indokolásában egyértelműen előírta, hogy milyen körben kell az elsőfokú bíróságnak döntenie a hatályon kívül helyezés okán. Az elsőfokú bíróságnak a perek egyesítéséről való, és fellebbezéssel nem támadható döntésének következtében a Fővárosi Bíróság lajstromában az egyesítéssel történt befejezés átvezetése, és az egyesített per iratainak - a korábban indult per irataihoz való szerelése a BÜSZ szabályainak megfelelően megtörtént. Az V.r. felperes az egyesítést követően mint peres fél részt vett a 2.K.33.024/2004. számú jelen perben (és jogorvoslati kérelmet is előterjesztett), mindebből következően az eljárási szabálysértésre való hivatkozása minden alapot nélkülöz.

Ezt követően abban a kérdésben kellett a másodfokú bíróságnak állást foglalnia, hogy alappal hivatkoztak e a felperesek fellebbezéseikben egységesen arra, hogy lényeges eljárási szabálysértésként minősül, hogy garanciális jogokat súlyosan sértő módon beszerzett bizonyítékokat használt fel az alperes eljárásában, amire döntését jogszerűen nem alapíthatta volna.

A Legfelsőbb Bíróság Közigazgatási Kollégiumának KK. 31. számú állásfoglalása alapján a fél keresetében anyagi és eljárási jogszabálysértésre is hivatkozhat, valamint arra, hogy a határozat meghozatalakor az alkalmazott jogszabályt tévesen értelmezték. Eljárási jogszabálysértés miatt csak akkor van helye hatályon kívül helyezésnek, ha az eljárási jogszabálysértés jelentős és a döntés érdemére is kihatott és az a bírósági eljárásban nem orvosolható. Az állásfoglalás alapján tehát a felpereseknek módjuk volt arra, hogy súlyos, az

ügy érdemére kiható eljárási szabályként vitassák az önhatalmú kutatás jogszerűségét, a fellelt bizonyítékok felhasználhatóságát, azok bizonyító erejét. Azt, hogy az alperes határozata nem jogszerű, a Pp. 164.§-ában foglaltak alapján a felpereseknek kellett bizonyítania.

Az alperes által megállapított jogsértő magatartás tanúsításának és az eljárás megindításának idejére figyelemmel a jogvitát a Tpv. (2005 november 1-je előtt hatályos) korabeli rendelkezései alapján kellett elbírálni.

A tiltott és titkolt legsúlyosabb versenykorlátozásokat (Tpv. 11.§ és 21.§-a) eredményező jogsértő magatartások felderítésének fontos eszközét jelenti a bírósági engedéllyel előzetes értesítés nélküli helyszíni kutatás (Tpv. 65/A.§). A Fővárosi Ítéltábla a felperesek előzetes döntéshozatali kérelme tárgyában meghozott végzésében már egyértelműen rögzítette miszerint: a jelen perben a másodfokú bíróságnak abban a kérdésben kell állást foglalnia - a Tpv. alkalmazandó rendelkezései tükrében -, hogy a Tpv. 65/A.§-a szerinti eljárási cselekmények alapján beszerzett bizonyítékok a felperesi jogsértést, az alperesi határozat jogszerűségét alátámasztják, vagy sem. Mérlegelni kell, hogy a Tpv. 65/A.§-a szerinti „célhoz kötöttség” mit jelent, és értékelni kell azt is, hogy a Tpv. és Áe. kizáró rendelkezése hiányában a vitatott feljegyzések (másolata) alapul vehető bizonyíték, vagy sem.

A jelen ügy alapjául szolgáló versenyfelügyeleti eljárásban alkalmazandó Tpv. 65/A.§-a nem tartalmazta a felperesek részéről kifogásolt - bírósági kontroll szükségességét kimondó - (9) és (10) bekezdést, amely az utólagosan beszerzett bírósági engedély meglétét írja elő. Erre a Tpv. 2005. november 1. napjától hatályba lépett módosítása teremtette meg a lehetőséget azzal, hogy a jogalkotó külön rendelkezéssel nem élt arra irányulóan, hogy ezen új bekezdéseket a folyamatban lévő ügyekben is alkalmazni kell (ezért a módosító rendelkezések csak az ezt követően indult eljárásokban irányadóak).

A Fővárosi Ítéltábla a módosítás előtti Tpv. 65/A.§-a szerinti eljárás jogszerűsége körében egyetértett az elsőfokú bírósággal abban, hogy a kartell-tilalomba ütköző magatartás olyan bonyolult megítélésű és összetett elemzést kívánó magatartás, amely esetében nehéz eldönteni nyomban, hogy egy adott dokumentum a feltételezett jogsértéssel összefüggésben van-e, avagy sem. Ha az derül ki, hogy a feltételezett jogsértéssel az adott dokumentum, vagy más bizonyíték nem függ ugyan össze, de az más olyan tevékenységet, magatartást, állapotot

rögzít, vagy bizonyít, amely a Tpv. rendelkezéseit sértheti és az eljárás emiatt az alperes hatáskörébe tartozik, akkor az eljárást e magatartás miatt a Tpv. 70.§-ának (1) bekezdése alapján megindíthatja. A Vj-138/2002. számú ügyben való eljárási cselekmény (önhatalmú kutatás) során beszerzett dokumentumok megismerése után, azok fénymásolatban való felhasználása jelen eljárásban jogszerű volt.

Az alperes a helyszíni kutatást engedélyező jogerős bírói végzés alapján a célhoz kötöttség körében a Tpv. 65/A. §-ának (1) és (2) bekezdéseiben megfogalmazott elvárásoknak eleget tett. A rajtaütésszerű helyszíni szemlére, helyesen: önhatalmú belépésre és kutatásra a Tpv. 11. és 21.§-ának megsértése tárgyában folytatott versenyfelügyeleti eljárásban van lehetőség; a Vj-138/2002. számú ügyben ezen feltételek egyértelműen teljesültek. Mindezek miatt a vizsgált eljárási cselekmény nem állt ellentétben az engedélyező jogerős bírói végzésben foglaltakkal, és az alkalmazott és hatályos jogszabályi előírásokkal összhangban megfelelt a Tpv. szerinti célhoz kötöttségnek. Így nem volt elfogadható a felperesek azon érvelése, hogy a versenyhatóság kutatásával túlterjeszkedett a Tpv. 65/A.§-a szerint biztosított kereteken. Az alapügyön túlmutató bizonyítékok alapján észlelt más versenyjogsértő magatartás miatt hivatalból indított eljárás lehetőségét kizáró rendelkezése nem volt a Tpv.-nek.

Kiemeli a másodfokú bíróság, hogy az önhatalmú kutatást engedélyező jogerős bírói döntés jogszerűségét a jelen perben vitatni nem lehet. A felperesek továbbá a bírói döntés alapján folytatott eljárási cselekmény - önhatalmú kutatás - jogszerűségét megdönteni nem tudták, azt nem bizonyították (Pp.164.§), mivel az jogszerű volt: a Tpv. 11.§-ába ütköző magatartás miatt a végzés szerinti üzleti helyiségekben folyt le. Mindebből kifolyólag a versenyhatóság jogszerűen használhatta fel az eljárási cselekmény során jogszerűen fellelt (és birtokba vett) bizonyítékokat. Ezt meghaladóan a kutatási cselekmény lebonyolítását a felperesek maguk sem kifogásolták. A lefoglalt, majd kiadása előtt másolt és fénymásolatban az ügy részévé tett iratok felhasználhatóságát sem az Áe., sem pedig a Tpv. nem korlátozta, tiltotta, és feltételhez sem kötötte. A Tpv.-nek az Áé. rendelkezéseinek mikénti alkalmazását szabályozó 44.§-a az Áe: 28.§-ának alkalmazhatóságát nem zárta ki, és nem tiltotta, az Áe. 28.§-ának (3) bekezdése pedig az eredeti iratokról készült fénymásolatok felhasználását lehetővé tette. Az eredeti , iratok és a fénymásolatok közötti esetleges, feltételezett eltérésre utalt ugyan a IV.r. felperes, azonban ezt bizonyítani nem tudta, mivel az eredeti dokumentumok eltűntek. A felperesi önhibából eredő hiányra alappal hivatkozni nem lehet. Az eredeti iratok hiányában a másodfokú bíróság azokat vizsgálni nem tudta, és e körben a

IV.r. felperes sem tett eleget a Pp. 164.§-a szerinti bizonyítási kötelezettségének. A versenyhatósági eljárással összefüggően a felperesek által kifogásoltak az ügy érdemét nem érintették és nem tették jogszerűtlenné a versenyhatóság eljárását.

Alaptalan volt a rendőrség közreműködésének hiányát sérelmező felperesi hivatkozás is. A Tpv. 65/A.§-ának (7) bekezdése szerint ugyanis a bíróság jogerős végzése alapján a Tpv. 11. (és 21.) §-a miatt folytatott önhatalmú kutatáshoz (eljárási cselekményhez) az alperesnek lehetősége van a rendőrség közreműködését igényelni, de ez csak lehetőség, és nem az alperesi eljárás ellenőrzését jelenti, hanem azt szolgálja, hogy az alperes az eljárást, kutatást zavartalanul folytathassa. Ezért a rendőrség közreműködésének hiánya nem volt jogsértő.

Mindezek alapján megállapítható, hogy jogerős bírói döntés szerint jogszerűen lefolytatott eljárási cselekmény - önhatalmú kutatás - során beszerzett iratokról, mint bizonyítékokról készült fénymásolatok alapján az alperes jogszerűen indított eljárást a perbeli jogsértés kivizsgálására, és a fénymásolatban rendelkezésre álló bizonyítékokat jogszerűen használta fel.

A Tpv. megalkotásával az állam jogi szabályozással biztosítja a gazdasági verseny tisztaságát és szabadságát, amelynek keretében tiltja a tisztességes verseny követelményeibe ütköző, illetve a gazdasági versenyt korlátozó piaci magatartást, valamint megakadályozza a vállalkozásoknak a versenyre hátrányos összefonódását. Az EGK. Szerződés 85. Cikke (Ek. 81. Cikk) a kartellek általános tilalmát mondja ki, amellyel összhangban a Tpv. IV. fejezete tartalmazza a kartellek jogi szabályozását azzal, hogy a kartell-magatartások a versenyre ténylegesen gyakorolt kedvezőtlen hatással, ennek lehetőségével vagy célzatával párosulva esnek tilalom alá.

A Tpv. 11.§-ának (1) bekezdése szerint tilos a vállalkozások közötti megállapodás és összehangolt magatartás, valamint a vállalkozások társadalmi szervezetének, a köztestületnek, az egyesülésnek és más hasonló szervezetnek a döntése, amely a gazdasági verseny megakadályozását, korlátozását, vagy torzítását célozza, vagy ilyen hatást fejthet ki, illetve fejt ki. A (2) bekezdés felsorolásában ezen tilalom vonatkozik különösen:

a.) a vételi, vagy eladási árak, valamint az egyéb üzleti feltételek közvetlen, vagy közvetett meghatározására;

- d.) a piac felosztására, az értékesítésből történő kizárásra, az értékesítés lehetőségei közötti választás korlátozására;
- e.) a versenytársak közötti, a versenyztetéssel kapcsolatos összejárásra.

A Tvpt. 11.§-ához fűzött törvényi indokolás szerint a vállalkozások közötti gazdasági együttműködés nem tiltott, amennyiben az a verseny tisztaságával és a fogyasztók érdekeivel nem ellentétes. A vállalkozások azonban a gazdasági verseny kényszerítő hatásainak elkerülése érdekében nem egyszer meg nem engedett eszközökhöz nyúlnak. Ilyennek minősíthető, amikor olyan megállapodást kötnek egymással, illetőleg megállapodás hiányában olyan összehangolt magatartást tanúsítanak, amelyek csak az ebben résztvevők számára biztosítanak előnyöket, a gazdasági versenyt kizárják, vagy legalább is korlátozzák, mindenképpen hátrányt okozva ezzel a fogyasztóknak.

Ezen magatartás versenyjogi megítélésének kiinduló pontja azon követelmény, hogy a vállalkozások piaci döntéseiket önállóan hozzák meg, mellőzve a versenytársaikkal akarategységben tanúsított piaci magatartást, mivel a gazdasági szereplőknek a piacon önállóan kell kialakítaniuk az általuk alkalmazott politikát és követett magatartást. Ezen elvárás meggátol minden közvetlen vagy közvetett kapcsolatot az egymástól független piaci szereplők között, amelynek célja vagy hatása egy versenytárs, vagy potenciális versenytárs piaci magatartásának befolyásolása, avagy olyan versenykörülmények kialakulásához vezet, amelyek nem felelnek meg a hagyományos piaci feltételeknek. Kizárt a vállalkozás által követendő piaci magatartás versenytársak tudomására hozása is.

A Fővárosi Ítéltábla a kartell magatartások kapcsán több döntésében is kiemelte, hogy az összehangolt magatartást el kell határolni a Tvpt. által nem tiltott párhuzamos magatartástól. A párhuzamos magatartásnak racionális oka, közös gazdasági gyökere van, emiatt a piaci verseny résztvevői véletlen (spontán), azonos, vagy nagymértékben hasonló magatartást tanúsítanak, amelyre az azonos hatásmechanizmus okából kényszerülnek. Az összehangolt magatartás azzal valósul meg, hogy a verseny résztvevői egymásra figyelemmel, bár piaci helyzetük semmiképp sem tekinthető azonosnak, mégis azonos piaci magatartást tanúsítanak. Akkor bizonyított az összehangolt magatartás, ha az összehangolás hiányában az adott magatartás racionális ok nélküli, a piac logikája által nem alátámasztott, és életszerűtlen a létrejött állapot.

A fentebb ismertetett elvek mentén a tényállási elemeket a vizsgálat során felderített tényezőkkel kell összevetni, és ennek eredményeként foglalható állás a tényleges versenyjogi relevanciával bíró és a Tpv. 11.§-a alapján jogsértőnek minősített felperesi magatartások tekintetében.

Az alperes elsődlegesen a helyszíni kutatások során lefoglalt közvetlen bizonyítékokra alapítottnan tette meg megállapításait, ezeket határozata részévé emelte és elemezte, és amelyeknél a közvetett bizonyítékokat is figyelembe vette. Ezeket összegezve rögzítette, hogy a vállalkozások közötti viszonyrendszer következtében a Kbt. szerinti eljárásban az ajánlati árak, beadási sávok egyeztetése tekintetében megvalósult a megállapodás, emiatt a versenyt az autópálya építés érintett piacán kizárta. Mindezzel szemben egyező volt a felperesek álláspontja a tekintetben, hogy tőlük független külső körülmények és a piaci szükségszerűség miatt alakult ki a közbeszerzési eljárás végeredménye (mindegyik pályázó valamely autópálya szakaszon tender győztes lett). Álláspontjuk szerint ezt alátámasztja, hogy az autópálya építés speciális jellegéből adódóan a versenytársak lehetséges lépései és szándékai előre láthatóak, és kikalkulálhatóak voltak, amelyet a konzorciumi és alvállalkozói bevonások is igazolnak. Az eljárás tárgyát alkotó jogsértéssel összefüggésben a másodfokú bíróság kiemeli, hogy a közvetlen bizonyítékokban szereplő adatok (korlátokat, alapárakat tartalmazó táblázatok, a feltüntetett százalékarányok, a sorrendiség, az ezen elemekhez fűzött megjegyzésekkel, maga a szóhasználat) a ténylegesen elért pályázati eredmények ismeretében a vállalkozások közötti egyeztetés tényét tükrözik. Ezzel összevetve (és hozzákapcsolva) az autópálya építések körében a felperesek viszonylatában kialakított együttműködés tartalma és irányultsága mindhárom tender el- és leosztására kiterjedő megállapodási rendszert erősít meg. A közvetett és közvetlen bizonyítékokkal szemben a felpereseknek „a végeredmény előre látható” körülményére való hivatkozása - a gazdasági ésszerűség, üzleti indokoltság, valószínűsíthető piaci transzparencia, földrajzi és gazdasági adottságok - sem adja ésszerű magyarázatát annak, hogy a vállalkozások valóban egymástól függetlenül határozták meg piaci magatartásukat. Nem vonja kétségbe a másodfokú bíróság, hogy a korábban felsorolt tényezők ismeretében a felperesek megtippelhették, hogy a piacon lévő vállalkozások melyik tendernél rendelkeznek jobb lehetőségekkel és valószínűsíthették, hogy melyik területekre koncentrálnak aktívabban. Ezt meghaladóan azonban kétséget ébresztő, hogy a kialakított együttműködési rendszer (konzorcium, alvállalkozó), valamint a pályázatból adódó véletlenszerűséget szinte teljesen kiküszöbölő un. házi elemzések

számszaki és sorrendi adatai minimális eltéréssel egybeesnek a közbeszerzési eljárás eredményével.

A másodfokú bíróság álláspontja szerint az esélylatolgatás lehetősége tekintetében az alperes által beszerzett bizonyítékokban foglaltakat megdöntő tényeket a felperesek nem bizonyítottak, a versenyhatóság döntését, valamint az elsőfokú ítéletnek a jogsértéssel összefüggésben tett megállapításait cáfoló vagy gyengítő érveket sem tudtak igazolni és az eljárás folyamán hangsúlyozottan előadottakon túl ilyet a fellebbezésükben sem tártak fel. A fentebb rögzítettek együttesen alátámasztják, hogy a felperesek egymás között kialakított viszonyát és az ennek keretében tett lépéseiket nem lehet jogszerűen tanúsított párhuzamos magatartásnak minősíteni. A verseny tisztaságának követelménye kizár minden olyan közvetlen, vagy közvetett kapcsolatot a piaci szereplők között, amelynek célja, vagy hatása a versenytársak piaci magatartásának befolyásolása, vagy a követendő magatartás feltárása a versenytársak előtt. A felperesek az általuk kötött megállapodásokkal és az ennek ismeretében meghozott döntéseik keretében kizárták a magatartásuk autonóm, egymástól függetlenül tanúsított spontán, párhuzamos jellegének megállapíthatóságát.

A másodfokú bíróság arra a következtetésre jutott, hogy alaptalanul hivatkoztak a felperesek arra, hogy az alperes - a jelen ügyben jogszerűen felhasznált bizonyítékokban foglaltakat - félremagyarázta, valamint, hogy az alvállalkozói és a konzorciumi kapcsolatrendszer tévesen értelmezte. Az alperes határozatában rögzítette a vállalkozások működésével kapcsolatban feltárt egyéni és konkrét tényeket, valamint az autópálya építéssel összefüggésben megjelölt egyéb, azt befolyásoló körülményeket. Részletesen indokolta a versenyjogsértőnek tartott felperesi magatartásokat, az azokat befolyásoló tényezőket, és a vizsgálat alá vontak részéről érdemi védekezésként előadottakat. Mindezekkel kapcsolatban a döntés a versenyhatóság okfejtését tartalmazza, elemezve a feltárt bizonyítékokat és az abból levont következtetéseket. Az alperes kifejtette arra vonatkozó álláspontját és indokait, hogy miért nem fogadta el az érdemi védekezésben foglaltakat a felperesek által tanúsított magatartások ésszerű magyarázataként. A Fővárosi Ítéletábla az alperes komplex jellegű értékelésével egyetértett és ezért annak részletes megisméltését nem tartotta szükségesnek.

A másodfokú bíróság a versenyhatóság és az elsőfokú bíróság érvelését és okfejtéseit elfogadva, a felpereseknek a kiemelkedő nemzetgazdasági érdeket érintő közbeszerzési eljárás eredményét károsan befolyásoló és a gazdasági verseny kényszerítő hatásainak elkerülése érdekében kifejtett és a számukra egyértelműen előnyt eredményező magatartását

folyamatában és összességében értékelve megállapította, hogy a Tpv. 11.§-ába ütköző felperesi jogsértésekkel a tényleges versenyhelyezethez szükséges feltételek szenvedtek csorbát.

A felperesek mindezzel elérték, hogy a tényleges verseny és a közbeszerzési pályázat kényszerítő erejétől függetlenül fejtsék ki magatartásukat a különösen jelentős bevételt eredményező autópálya építéssel kapcsolatban, amely szöges ellentétben áll a jogalkotó részéről a Tpv.-ben és a Kbt.-ben megfogalmazott törvényi célokkal.

Az eljáró Versenytanács a Tpv. 78.§-ának (1) bekezdése alapján bírságot szabhat ki azzal szemben, aki a Tpv. rendelkezéseit megsérti. A bírság összege legfeljebb a vállalkozás előző üzleti évben elért nettó árbevételének 10%-a lehet. A (2) bekezdés szerint a bírság összegét az eset összes körülményeire - így különösen a jogsérelem súlyára, a jogsértő állapot időtartamára, a jogsértéssel elért előnyre, a jogsértő felek piaci helyzetére, a magatartás felróhatóságára, az eljárást segítő együttműködő magatartására, a törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítására - tekintettel kell meghatározni.

A jogsérelem súlyát különösen a gazdasági verseny veszélyeztetettségének foka, a fogyasztói érdekek sérelmének köre, annak kiterjedtsége alapozhatja meg. A fentebb idézett jogszabályi előírások mellett az alperes határozatának IV. fejezetében sorolta fel mindazokat a körülményeket, amelyeket mérlegelt a szankció meghatározása során a felperesek jogsértésével összefüggésben.

A mérlegelési jogkörben hozott döntés akkor jogszerű, ha a hatóság a tényállást kellően feltárta, a vonatkozó eljárási szabályokat betartotta, a bizonyítékokat okszerűen mérlegelte és a határozat indokolásából a mérlegelés szempontjai, annak jogszerűsége is megállapítható.

A Fővárosi Ítéltábla álláspontja az - a fellebbezési kérelmek keretein belül vizsgálódva -, hogy az elsőfokú bíróság helytállóan állapította meg, miszerint az alperes a bírság alkalmazása, és annak mértékének meghatározása során sem anyagi jogi, sem súlyos eljárásjogi jogsértést nem követett el. Az alperesi határozatból és az elsőfokú bíróság ítéletéből, annak tömör megfogalmazása ellenére a feltárt tényállás és az ítéleti okfejtésre tekintettel a mérlegelés szempontjai megállapíthatóak voltak a kiszabott bírsággal összefüggésben. A felperesek által felhozott érvek - a versenyhatóság által kiadott

Közleménytől való indokolatlan eltérés, és a jogellenes bírságmétódu alkalmazása - nem alapozzák meg a felülvizsgált határozatban kiszabott bírságok mértékének csökkentését tekintettel arra, hogy az alperes nem lépte túl a Tpvt. 78.§-ának (1) bekezdése szerinti törvényi maximumot (a vállalkozás előző üzleti évben elért nettó árbevételének 10%-át); valamint megjelölte a kiszabott bírságösszegeknél figyelembe vett körülményeket.

A fellebbezésekben foglaltakra utalással emeli ki a másodfokú bíróság, hogy az alperes nem vitásan jogosult a Tpvt. értelmezésére, és az egyes rendelkezések mikénti alkalmazásáról az álláspontját és gyakorlatát tükröző általános érvényű határozatot - Közleményt - kiadni. A törvényi szempontokat számszerűsítő módon értékelő Közlemény mint bírságszámítási segédlet vehető figyelembe, azonban ez nem jogszabály, és ezért a bíróságra nézve nem kötelező érvényű. A Közleménytől való eltérés lehetősége - tiltó rendelkezés hiányában - biztosítja a perbeli esetben az egyediesített szankcionálást azzal, hogy annak koherensnek kell lennie a Tpvt. 78.§-ának (1) és (2) bekezdésében foglaltakkal. Ebből következően a bíróságnak a Tpvt. előírásaihoz képest kellett értékelnie a felperesek terhére rótt jogsértés miatt alkalmazott jogkövetkezményt. A Tpvt. 11.§-ába ütköző magatartás, a versenytársak közötti összejátszás miatt alkalmazott szankció a Tpvt. 78.§-a szerinti törvényi előírásokba nem ütközik. A rendkívül súlyos versenykorlátozást megvalósító és a közbeszerzési eljárás elveit és célját sértő jogellenes magatartástól elrettentő, illetőleg az ilyen jellegű cselekménytől visszatartó erővel bíró különösen nagy összegű bírságok az alperes által mérlegelt körülmények mellett nem tekinthetők eltúlzottnak. A perbeli közigazgatási határozat alapjául szolgáló jogsértést befolyásoló körülmények mérlegeléseként, valamint az elérni kívánt célt és az elkövetett jogsértő magatartás súlyát, hatását, eredményét, a vállalkozások ehhez való viszonyulását mint a bírságösszegre hatással lévő tényezőket a versenyhatóság indokoltan vette figyelembe kiemelkedő súllyal. A felperesek fellebbezésükben nem jelölték meg azt, hogy a jogsértés megállapítása esetén milyen szankciót, avagy milyen mértékű bírságot tartának elfogadhatónak, illetőleg, hogy amennyiben az alperes a releváns forgalmat másképpen határozza meg, az milyen mértékben csökkentette volna a bírságösszeget. A felperesek a másodfokú eljárásban sem bizonyítottak sem a jogsértéssel, sem a szankció mértékével összefüggésben olyan további körülményt, amely az alperesi mérlegelés jogszerűségét cáfolná, avagy annak jogsértő voltát igazolná.

Kiemeli a másodfokú bíróság, hogy a jogszerűen beszerzett iratokról készült és jogszerűen felhasználható (fény)másolatok azt támasztják alá, hogy a felperesek a munkálatokat

felosztották egymás között, hogy abból a megállapodásnak megfelelően (%-ban) mindannyian részesedhessenek. Ezt kizáró, ennek ellenkezőjét alátámasztó bizonyítékokat a felperesek nem tudtak feltárni. Alaptalan volt az V.r. felperes jogsértése hiányára történő hivatkozása is, annál is inkább, mert a részvételi szakban a feltételek hiánya okán egyedüli indulóként kizárták.

Alaptalan volt az Egyezmény 6. és 8. Cikkének megsértésére való hivatkozás is: magánszemély autonómiája nem sérült, míg a bíróság jogerős végzése a vállalkozások) autonómiájának Tpv. 65/A.§-án alapuló korlátozását megalapozta. Az ezt meghaladó érvelések pedig minden alapot nélkülöznek.

Nem fogadható el a felperesek azon érvelése sem, hogy az elsőfokú bíróság nem tett eleget indokolási kötelezettségének, így döntése hiányos, ugyanis az ítélet részének kell tekinteni a jogszerűnek talált és elfogadott alperesi okfejtést mind a jogsértés tekintetében; mind a bíróság összecszerűségének meghatározása vonatkozásában rögzített mérlegelési szempontok tekintetében, azok szövegszerű megisméltése nélkül is.

Mindezek miatt a Fővárosi Ítéltábla megállapította, hogy a versenyhatóság az eljárása során nem követett el jogsértést, a felperesek terhére rótt jogsértő magatartással arányban áll a megállapított bírság összege, amelynek célja, hogy a vállalkozásokat visszatartsa a tisztességtelen piaci magatartástól, és egyúttal megteremtse a gazdasági verseny tisztaságát. Mindezek folytán a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság érdemben helytálló ítéletét a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése alapján helybenhagyta.

A másodfokú bíróság a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése szerint kötelezte a sikertelenül fellebbező felpereseket az alperes másodfokú perköltségének megfizetésére, továbbá a 6/1986. (VI.26.) IM. rendelet 13.§-ának (2) bekezdésében foglaltak alapján a tárgyi illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt fellebbezési illeték viselésére-egységes pertársaság hiányában külön-külön.

Budapest, 2007. évi augusztus hó 29. napján