

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla a Dr. Mátyus Ádám Ügyvédi Iroda (ügyintéző: dr. Mátyus Ádám ügyvéd) által képviselt EGÚT Egri Útépitő Zrt. (Eger) I.r., a Colas Dunántúli Út- és Vasútépitő Zrt. (Zalaegerszeg) II.r., az Oppenheim Ügyvédi Iroda (ügyintéző: dr. Fejes Gábor Gyula ügyvéd) által képviselt Strabag Építő Zrt. (Budapest) III.r. felpereseknek a dr. László Ildikó Katalin ügyvéd által képviselt Gazdasági Versenyhivatal (Budapest, Hiv. sz.: Vj-130/2006.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2011. évi április hó 19. napján kelt 2.K.32.299/2009/47. számú ítélete ellen az I.r. felperes által 50, a III.r. felperes által 51., a III.r. felperes 53. és az alperes által 52. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2011. évi október hó 5. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

í t é l e t e t :

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét - az indokolásnak az egyes közbeszerzési pályázatokkal kapcsolatos I. és III.r. felperesi jogsértésre és a velük szembeni bírságkiszabásra vonatkozó része mellőzése, és az új eljárásra vonatkozó útmutatás pontosítása mellett - helybenhagyja.

A másodfokú eljárásban felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

Kötelezi a felpereseket arra, hogy - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására - fizessenek meg az államnak külön - külön 36.000 (azaz harminchatezer) - 36.000 (azaz harminchatezer) forint fellebbezési illetéket, míg a fennmaradó - alperesi - fellebbezési illetéket az állam viseli.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Az alperes 2006. szeptember 18-án a Fővárosi Bíróság 2006.G.Koll.I.H.37/2 számú végzése alapján helyszíni vizsgálattal kezdődő versenyfelügyeleti eljárást indított az I.r. és III.r. felperesek, a HE-DO Útépítő, Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. (a továbbiakban: HE-DO) és a Swietelsky Építő Kft. (a továbbiakban: Swietelsky) ellen az Állami Autópályakezelő Rt. (a továbbiakban: ÁAK), az Útgazdálkodási Koordinációs Igazgatóság (a továbbiakban: ÚKIG), a Heves Megyei Állami Közútkezelő Kht. (a továbbiakban: HEMÁK) és az Eger Megyei Jogú Város út-, hídépítések és felújítások tárgyában 2005-2006-ban kiírt közbeszerzési eljárásokkal összefüggésben. Ezzel egyidejűleg előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálatot tartott a HE-DO székhelyén, a III.r. felperes egeri főépítés vezetésén, valamint az I.r. felperes két üzleti helyiségében. A Fővárosi Bíróság 2006.G.Koll.I.H.37/4. számú végzése alapján 2007. május 2-án a HE-DO székhelyén ismételen előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálatot tartott. 2007. május 14-én az eljárást kiterjesztette a Heves megye területén az ÁAK, az ÚKIG, a HEMÁK és az Eger Megyei Jogú Város által kiírt út-, hídépítések és felújítások tárgyában 2002-2004-ben lebonyolított közbeszerzési eljárásokra, valamint a Heves megye települési önkormányzatai által út, hídépítések és felújítások tárgyában 2002-2006-ban lebonyolított közbeszerzési eljárásokra. A II.r. felperest 2007. június 17-én vonta be az eljárásba, mert a rendelkezésre álló adatok szerint részt vett a Heves Megyei Polgármesteri Hivatal által 2005-ben kiírt, Vásártér úti projekttel kapcsolatos, a verseny korlátozására alkalmas egyeztetéseken. A versenyfelügyeleti eljárást 2007. augusztus 3-án ismételen kiterjesztette a Nógrád megye területén az ÁAK, az ÚKIG, a Nógrád Megyei Állami Közútkezelő Kht. (a továbbiakban: NOMÁK), valamint a Nógrád Megyei Települési Önkormányzatai által kiírt út-, hídépítések és felújítások tárgyában 2002-2006-ban lebonyolított közbeszerzési eljárásokra. 2007. szeptember 18-án újabb előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálatot tartott a Swietelsky miskolci és nyíregyházi helyeiben, valamint az I.r. felperes miskolci területi főmérnökségén.

A 2007. május 2-i helyszíni kutatás alkalmával a HE-DO törvényes képviselőjének szóbeli meghatalmazása alapján D. L. a HE-DO nevében ügyfélként részletes nyilatkozatot tett, amelyet 2007. november 8-án, a HE-DO meghatalmazottjaként tett nyilatkozatával fenntartott, illetve kiegészített. Az alperes előzetes álláspontjára tett észrevételeként a HE-DO jogi képviselője akként nyilatkozott, hogy a HE-DO által foglalkoztatott D. L. eljárásban tett nyilatkozatait sajátjaként ismeri el, a nyilatkozatban foglaltak a valóságnak megfelelnek.

Az alperes a 2009. január 29. napján kelt Vj-130/2006/239. számú egybefoglalt döntése (a továbbiakban: határozat) határozati részében megállapította, hogy az I.r. és III.r. felperesek valamint a HE-DO a gazdasági verseny korlátozására alkalmas egységes és folyamatos magatartást tanúsított, amikor 2002-től 2006-ig több Heves és Nógrád megyei út- és hídépítési illetve felújítási közbeszerzési pályázat, így az

- a) Heves Megyei Állami Közútkezelő Kht. által a 25. út, illetve a 3204. számú út Nagyfűged és Tárnáméra szakaszok építése, felújítása,
- b) Nagyréde, külterületi mezőgazdasági út építése,
- c) Salgótarjáni utak felújítása,
- d) Eger Megyei Jogú Város helyi járdafelújítások, járda- és parkoló építések, valamint helyi közutak felújítási munkái,
- e) Balassagyarmat, Kondor Ernő út kiépítése,
- f) Balassagyarmat közigazgatási területén útburkolat-, felújítási munkák elvégzése
- g) Verpelét, Ifjúság, Petőfi, Hegy és Kisfaludy utak burkolatának megerősítése,
- h) Heves, Hevesi József és Cserkész út építés,
- i) Eger, Szent Miklós Városrész rehabilitációja, 1. komponens,
- j) Heves belterületén Móra F., Damjanich utak építése, Erkel F., Zrínyi, Dobó, Fáy, Szabadság, Széchenyi utak és Heves ipari park területén burkolat felújítása,
- k) Bükk-szenterzsébet, Béke út,
- l) Verpelét, Akácfa, Deák, Dimitrov és Vörösmarty utak felújítása, valamint a Dózsa György út felújítása kapcsán felosztották egymás között a piacot és rögzítették az eladási árakat.

Megállapította továbbá, hogy a II.r. felperes és a HE-DO a gazdasági verseny korlátozására alkalmas magatartást tanúsított, amikor a Heves Város Önkormányzata által Heves, Vásártér út utépítési munkái kapcsán kiírt tenderhez kötődően rögzítették az eladási árakat.

A jogsértés miatt az I.r. felperest 1.200Mft forint, a II.r. felperest 6M forint, míg a III.r. felperest 1.700Mft bírság megfizetésére kötelezte. Az eljárást megszüntette a Swietelskyvel szemben, valamint a NOMÁK által út-, hídépítések és felújítások tárgyában kiírt közbeszerzési eljárásokkal összefüggésben a felperesekkel és a HE-DO-val szemben egyaránt.

Indokolása szerint a megállapodás nem rövid időszakot lefedve egyes termékekre, hanem a 2002-2006. közötti időtartamban a Heves és Nógrád megye területén lebonyolított tenderek keretében kiírt út- és hídépítési, továbbá felújítási projektekre vonatkozott, ezért érintett piacnak a 2002-2006. közötti időtartamban a Heves és Nógrád megye területén, közbeszerzési eljárásban kiírt út- és hídépítési, valamint felújítási projektek minősülnek. A helyszíni vizsgálat során beszerzett írásbeli bizonyítékok (jellemzően e-mail üzenetek) és a HE-DO nyilatkozatai alapján megállapította, hogy az I. és a III.r. felperes, valamint a HE-DO a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpt.) 11.§-ának (1) bekezdésébe és a (2) bekezdés a) és d) pontjaiba ütköző egységes folytatólagos komplex jogsértést követtek el, amikor 2002-2006-ig több Heves és Nógrád megyei tender kapcsán üzleti titoknak minősülő információkat osztottak meg egymással, felosztották egymás között a piacot és rögzítették a beadási árakat. A magatartás egységességét mutatja a követett cél, az egyeztetési módszer és a résztvevő vállalkozások körének azonossága. Hangsúlyozta, hogy az egységes és folyamatos jogsértés megállapításához nem kell az egyes feleknek a feltárt jogsértés minden egyes mozzanatában való részvételét egyesével bizonyítani, a jogsértés közvetett bizonyítékok alapján is megállapítható, a közösségi jog szerint pedig az egységes, folyamatos jogsértés megállapításának nem feltétele a teljes folyamatosság sem. Kifejtette, hogy a megszakadás külső körülményekből és nem a felek

magatartásából eredt, a nagyobb számú tender megjelenését követően a jogsértés tovább folytatódott. Az átfogó terv feltétele is teljesült; minden piacfelosztó megállapodás fenntartásához szükséges a felek közötti reciprocitás, bizalmi viszony, a pályázatos piacokon nem lehetséges valamennyi résztvevő munkához juttatása minden projektben. Megállapította, hogy a régióban aszfaltkeverőik révén az I.r. és a III.r. felperes, valamint a HE-DO minősült jelentős szereplőnek. Az I.r. és III.r. felperesek országos jelentősége, a HE-DO regionális beágyazottsága racionálisan vezethette a feleket arra a felismerésre, hogy a maguk szempontjából sikeres piacfelosztó összejátszáshoz e három vállalkozás jelenléte szükséges. A körbenyerés jeleit mutató jogsértésben az I.r. és III.r. felperes által kezdeményezett, a status quo fenntartását célzó megállapodás született, amelyet a feltárt irati bizonyítékok, a felek előadása és a HE-DO átfogó beismerő nyilatkozata támaszt alá. Az egyes tenderek vonatkozásában versenykorlátozó céllal üzleti titoknak minősülő előzetes ajánlati áradatokat és/vagy egyéb bírálati szempontokat megosztottak, illetve egyeztettek egymással (információ kartell, árazási magatartás összehangolása), versenykorlátozó céllal felosztották egymás között, hogy melyik vállalkozás fogja nyerni az adott tendert, közvetve rögzítve egyben az eladási árakat, és versenykorlátozó hatást elérve döntően meg is valósították a versenykorlátozó célú megállapodást abban az esetben is, amikor harmadik vállalkozás nyert. A rendelkező rész a) pontja szerinti pályázattal kapcsolatban a bizonyítékok között különös súllyal vette figyelembe a táblázatokat, N. S. határidőnaplójának egyes bejegyzéseit, valamint az egyes, piacfelosztó megállapodásra utaló számításokat azzal, hogy a határidőnaplóban feltártakkal koherens rendszert mutatnak a HE-DO nyilatkozatában foglaltak is. A b) pont szerinti projekt kapcsán megállapította, hogy a jogsértést a HE-DO beismerte, azt a HE-DO-nál lefoglalt fájl is tanúsítja, a versenykorlátozást meg is valósították. A c) pontban foglalt tender kapcsán a HE-DO beismerésére utalással az alperes megállapította, hogy a három vállalkozás e-mailben megosztotta egymás között azon áradatokat, amelyekhez a versenykorlátozó megállapodásuk mentén igazodniuk kellett, valamint azt is, hogy a garancia időtartama mennyi legyen és megállapodtak a nyertes személyében is. A d) pont szerinti projektek kapcsán megállapította, hogy az I.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta a HE-DO-val e-mailben azon áradatokat, amelyekhez a versenykorlátozó megállapodásuk mentén igazodniuk kellett. A felek megállapodásának megfelelően a HE-DO az e-mailben szereplő árakkal vesztő ajánlatot adott, nyereséhez juttatva ezáltal a közút tender esetében az I.r. felperest, a járdatender esetében pedig a III.r. felperest. Ez utóbbi felelőssége is fennáll, figyelemmel a három vállalkozás folyamatos és egységes jogsértést megvalósító magatartására. Életszerűtlennek tartotta, hogy a III.r. felperes ne értesült volna az I.r. felperes és a HE-DO közötti egyeztetésről, hiszen kölcsönösen bevonták egymást 10% feletti alvállalkozónak. Az e) pont szerinti közbeszerzési eljárással kapcsolatban megállapította, hogy az I.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta a HE-DO-val e-mailben azon áradatokat, amelyekhez a versenykorlátozó megállapodásuk mentén igazodniuk kellett, amelynek megfelelően a HE-DO az emailben szereplő árakkal vesztő ajánlatot adott, nyereséhez juttatva az I.r. felperest, aki az általa megküldött árakhoz képest szinte valamennyi tételt 95,5%-os árszinten árazott be. A III.r. felperes felelősségét a három vállalkozás folyamatos és egységes jogsértést megvalósító magatartására tekintettel állapította meg. Az f) pont szerinti tenderrel összefüggésben leszögezte, hogy az I.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta a HE-DO-val e-mailben azokat az áradatokat, amelyekhez a

versenykorlátozó megállapodásuk mentén igazodniuk kellett. Az I.r. felperes a megállapodásnak megfelelően az általa megküldött árakhoz képest alacsonyabb áron árazta be ajánlatát. A III.r. felperes felelősségét a három vállalkozás folyamatos és egységes jogsértést megvalósító magatartására utalva állapította meg. A g) pont szerinti tender kapcsán megállapította, hogy a III.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta a HE-DO-val e-mailben azokat az áradatokat, amelyekhez igazodniuk kellett, ami után a HE-DO vesztő ajánlatot adott úgy, hogy ajánlatában - kis eltéréssel - az e-mailben szereplő összegeket szerepeltette. Az I.r. felperes felelősségét a három vállalkozás folyamatos és egységes jogsértést megvalósító magatartására utalva állapította meg. A h) pont szerinti munkákkal kapcsolatban rögzítette, hogy az I.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta a HE-DO-val azokat az áradatokat, amelyekhez a versenykorlátozó megállapodások mentén igazodniuk kellett, az I.r. felperes pedig ennek megfelelő vesztő ajánlatot adott, ajánlatában - kis eltéréssel - az e-mailben megjelölt összegeket szerepeltette. Bizonyítékul az iratokat és a HE-DO nyilatkozatát emelte ki, a III.r. felperes felelősségét a három vállalkozás folyamatos és egységes jogsértés megvalósító magatartására utalva állapította meg. Az i) pont szerinti tenderrel összefüggésben megállapította, hogy a III.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta a HE-DO-val e-mailben azokat az áradatokat, amelyekhez a megállapodásuk alapján igazodniuk kellett. Meghatározták, hogy mennyi legyen a jótállási idő és a kötbér mértéke. A III.r. felperes a megállapodásnak megfelelően az elküldött e-mailben szereplő összegeket, illetve garancia időtartamot és kötbér mértéket szerepeltette, míg a HE-DO nem adott be ajánlatot. Az iratokat és a HE-DO nyilatkozatát emelte ki bizonyítékul, míg az I.r. felperes felelősségét a folyamatos és egységes jogsértésre utalással állapította meg. A j) pont szerinti tenderrel kapcsolatban megállapította, hogy az I.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta több ízben a HE-DO-val e-mailben azokat az áradatokat, amelyekhez a feleknek igazodniuk kellett; az I.r. felperes a megállapodásnak megfelelően vesztő ajánlatot adott. Az alperes az iratokat és a HE-DO nyilatkozatát emelte ki azzal, hogy az e-mailben megküldött ajánlatok ugyan nem teljesen egyeznek meg a vállalkozások által benyújtott ajánlatokkal, ez azonban a jogsértés tényén nem változtat, hiszen az adatáramlásra nincs a jogsértésen túlmenő ésszerű magyarázat. A III.r. felperes felelősségét a három vállalkozás folyamatos és egységes jogsértést megvalósító magatartására utalva állapította meg. A k) pont szerinti közbeszerzéssel kapcsolatban megállapította, hogy az I.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta több ízben a HE-DO-val e-mailben azokat az áradatokat, amelyekhez a versenykorlátozó megállapodásuk mentén igazodniuk kellett. A végösszeg szinte teljes egészében megegyezik a HE-DO által benyújtott ajánlat végösszegével. Az alperes az iratokat és a HE-DO jogsértés - beismerését emelte ki, a III.r. felperes felelősségét a folyamatos és egységes jogsértést megvalósító magatartásra utalva állapította meg. Megjegyezte, hogy bár a tendert az I.r. felperes nyerte, ez legfeljebb azt mutatja, hogy a jogsértő megállapodás hatása nem teljes mértékben érvényesült. Az l) pont szerinti tenderrel összefüggésben megállapította, hogy a III.r. felperes a beadási határidő előtt napokkal megosztotta a HE-DO-val emailben azokat az áradatokat, amelyekhez igazodniuk kellett, a megállapodás kiterjedt a végösszegre, az egyes tételösszegekre, az egységárakra, valamint a teljesítési határidőre és a jótállási időtartamra is. A HE-DO a megállapodásnak megfelelően lényegében az e-mailben szereplő összegeket, garancia időtartamot és kötbér mértéket szerepeltette az ajánlatában. E körben is az iratokat és a HE-DO jogsértés-elismerését

emelte ki, az I.r. felperes felelősségét a három vállalkozás folyamatos és egységes jogsértést megvalósító magatartására utalva állapította meg. Megjegyezte, hogy az egységes és folyamatos jogsértésre tekintettel elévülés nem következett be. Mindezekon túl, a Heves, Várastér út tender kapcsán a HE-DO nyilatkozatára figyelemmel megállapította, hogy a II.r. felperes jogelődje a HE-DO által a beadási határidőt 2 nappal megelőzően, e-mailben megküldött ajánlati árat jelölte meg, elősegítve így a HE-DO tendernyerését. A megállapodás lényege az volt, hogy a II.r. felperes jogelődje vállalta a HE-DO által megküldött árak saját ajánlatként való beadását, vagyis veszteséges ajánlat benyújtását. A felek magatartása a Tpt. 11.§-ának (2) bekezdés a) pontjába ütközött. Az indoklás szerint az alperes a bírságkiszabás körében figyelembe vette a feltárt, jogsértéssel érintett közbeszerzési eljárások összértékét, a jogsértő vállalkozások piaci helyzetét, a magatartás földrajzi kiterjedtségét. Jelentős súlyosító tényezőként értékelte, hogy a piacfelosztó és árrögzítő megállapodással megvalósuló magatartás a versenyjogi jogsértések legsúlyosabb formájának minősül, és, hogy a súlyosan jogsértő magatartást közbeszerzési eljárások keretében kiírt pályázati összejátszás útján folytatták a felek. Emellett viszont figyelemmel volt arra is, hogy a jogsértő megállapodással érintett tenderek nem mindegyikében zárták ki teljes mértékben a versenyt. A II.r. felperesnél az utolsó hitelesen lezárt üzleti évben elért nettó árbevétel mellett értékelte azt is, hogy a terhére korábban jogsértést nem állapított meg.

Az I.r. felperes keresetében a határozat hatályon kívül helyezését és a versenyfelügyeleti eljárás megszüntetését, illetve a határozat megváltoztatásával a jogsértés hiányának megállapítását kérte. Ezek eredménytelensége esetén a határozat bírságkiszabásra vonatkozó részének hatályon kívül helyezését és az alperes új eljárásra kötelezését, illetve a bírság mérséklését indítványozta. Állította, hogy az alperes megsértette az Emberi Jogok Európai Egyezménye (a továbbiakban: EJE) 6. cikkének (1) és (2) bekezdéseit, valamint a 8. cikkét, mert az érdemi döntést hozók azonosak voltak az előzetes álláspont kibocsátóival, és mert a Fővárosi Bíróság végzésének indokolása hiányos, ellene nem volt helye jogorvoslatnak, illetve a kutatás során hiányoztak a magánlakáshoz fűződő jog korlátozásával kapcsolatos garanciák, azon a rendőrség nem vett részt, arról írásbeli jelentés nem készült. Ezen kívül az alperes jogellenesen állapított meg egységes jogsértést, a közösségi joggyakorlat szerint az átfogó terv közvetlen bizonyítékokon alapul. Az alperes a megállapodás konkrét tartalmát illetően nem rendelkezett bizonyítékkal, állításait feltételezésekre alapította, gondolatmenete hibás, a nagyszámú jogsértéssel nem érintett további tenderek miatt a folyamatosság sem állapítható meg, ezért a bizonyítékokat tenderenként kellett volna mérlegelni. Az alperes a tényállást nem tárta fel, a 2002. évre vonatkozó jogsértés pedig elévült. Az egyébként is iratellenesen idézett D. L. féle nyilatkozat nem vehető figyelembe már csak azért sem, mert nem volt a HE-DO képviselője. A határozat rendelkező része szerinti b) ponthoz kapcsolódóan hangsúlyozta, hogy az alperes által hivatkozott fájl a tender beadása után küldte meg a III.r. felperes a HE-DO-nak, így nincs bizonyíték a versenykorlátozásra, míg a g), i), és l) pontok tekintetében pedig egyáltalán nincs bizonyíték. Mindezekon túl a bírság kiszabása is jogellenes.

A II.r. felperes lényegében az I.r. felperessel azonos kereseti kérelmet terjesztett elő azzal a kiegészítéssel, hogy a Heves, Vásártér úti tenderen nem ért el árbevételt. Hangsúlyozta, hogy ez a tender az egységes jogsértésnek sem volt része.

A III.r. felperes keresetében elsődlegesen a határozat megváltoztatását és a versenyfelügyeleti eljárás megszüntetését, másodlagosan a határozat hatályon kívül helyezését és az alperes új eljárásra kötelezését, harmadlagosan a határozat megváltoztatását és a bírság mérséklését kérte. Álláspontja szerint az alperes a Tpvt. II.§-ával ellentétesen állapított meg egységes jogsértést, nem vette figyelembe a közösségi jogot, nem bizonyította, hogy az egyes vállalkozások tudomással bírtak az általános versenykorlátozó magatartásról. D. L. nyilatkozatából sem állapítható meg átfogó terv, iratellenes, hogy ő részletes beismerő vallomást tett volna. Az alperes megsértette a Tpvt. 67.§-ának (4) bekezdését, amikor az eljárást a 2001-2002. évekre is kiterjesztette, egyébként pedig a Tpvt. folyamatos magatartásra vonatkozó rendelkezései az eljárás során még nem is voltak hatályban. Kifejtette, hogy az érintett piac csak az összejátszással összefüggő tendereket foglalhatja magában, ezért a jogsértéssel nem érintett tendereket, illetve az elévüléssel érintett tendereket nem lehet figyelembe venni. Sérült a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) 50.§-ának (1) és (6) bekezdése is azzal, hogy az alperes jogsértően mérlegelte az egyébként is közvetett bizonyítékokat. Álláspontja szerint nem bizonyított valamennyi versenytárs általi kapcsolatfelvétel, de az sem, hogy az e-mail üzenetet feladók a vállalkozás vezetői voltak-e, illetve, hogy a fogadó fél megkapta és megismerte-e az üzeneteket. Részletesen kifejtette az egyes közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos, a jogsértés hiányát alátámasztó álláspontját. Mindezek mellett állította, hogy sérült a Tpvt. 54.§-ának (2) bekezdése; D. L.-t nem lehetett volna ügyfélként meghallgatni, mert a HE-DO-nak sem törvényes képviselője, sem alkalmazottja nem volt a meghallgatás idején. Azzal, hogy őt ügyfélként és nem tanúként hallgatták meg, sérült a védekezéshez való joga. Kifogásolta az alperesi bírságkiszabást is.

Az alperes a határozatban foglaltak fenntartása mellett kérte a keresetek elutasítását. A Legfelsőbb Bíróság eseti döntésére és a közösségi esetjogra utalással állította, hogy nem sértette meg az EJEE hivatkozott rendelkezéseit. Álláspontja szerint D. L. nyilatkozatait figyelembe lehetett venni, az elévülés nem következett be, a feltárt bizonyítékok az egységes jogsértést alátámasztják. Az átfogó tervhez kapcsolódó cél azonosságát nem befolyásolta, hogy a tenderről tenderre történt összejátszás formája a kiírói gyakorlat változásával együtt változott. A felperesek védekezéshez való joga nem sérült, és a bírságkiszabásra vonatkozó döntése is jogszerű.

Az elsőfokú bíróság ítéletével az alperes határozatának az I. és III.r. felperesek vonatkozásában jogsértést megállapító és az I.r. felperest 1.200Mft, a III.r. felperest 1.700Mft bírság fizetésére kötelező rendelkezéseit hatályon kívül helyezte és e körben az alperest új eljárásra kötelezte. A II.r. felperes keresetét elutasította. Indokolásában a Legfelsőbb Bíróság eseti döntéseire hivatkozással megállapította, hogy a helyszíni kutatással nem sérültek az EJEE vonatkozó rendelkezései, a felperesi értelmezés az alperes hatáskörének gyakorlását tenné lehetetlenné, a rendőrség közreműködése nem kötelező, egyébként pedig az alperes határozata ellen három szinten is van lehetőség

bíróági jogorvoslatra. A kutatás engedélyezésének konjunktív feltételei egyértelműen fennálltak, az elektronikusan tárolt, lefoglalt adatok (e-mailek) a versenykorlátozó magatartást nemcsak valószínűsítették, hanem bizonyították is. A II.r. felperes terhére megállapított jogsértést megalapozottnak tartotta. Megítélése szerint ugyanis önmagában az a tény, hogy a HE-DO 2 nappal a pályázat beadási határideje előtt komplett kivitelezési ütemtervet és beárazott költségvetést küldött a II.r. felperesnek, megvalósult a Tpv. 11.§-ának (2) bekezdés a) pontjának megsértése, különös tekintettel arra is, hogy a II.r. felperes az e-mailben átküldött árakkal mindenben megegyező ajánlatot adott be. Mindezeket túl az elsőfokú bíróság tényként állapította meg, hogy az I.r. felperes esetében a határozat rendelkező része g), i) és 1) pontjaiban, míg a III.r. felperes esetében a d), e), f), h), j) és k) pontjaiban felsorolt tenderekkel kapcsolatban D. L. nyilatkozatain, illetve a HE-DO jogi képviselője által tett nyilatkozatain kívül nem volt olyan bizonyíték, amely - az egységes jogsértés feltételeinek megállapíthatósága hiányában - közvetlen vagy közvetett bizonyítékként figyelembe vehető. Leszögezte, hogy az alperes az érintett piacot a 2002-2006. közötti időszak Heves és Nógrád megyei közbeszerzési projektjeire korlátozta, ennek ellenére az ebben az időszakban kiírt összes tendert nem vette számba, viszont nem is cáfolta az általa definiált érintett piacon kiírt további 28 közbeszerzés tényét. Megítélése szerint különösen szükséges lett volna a kijelölt érintett piac olyan részletességű bemutatása, amelyhez képest az egységes jogsértés konjunktív feltételeinek konkrét tartalma - az egységes cél, az átfogó terv és a folyamatosság - mindhárom vállalkozás tekintetében kétséget kizáróan tetten érhető. Az érintett piac pontos tartalmának bemutatásán keresztül kell elégséges bizonyíték alapján az egységes jogsértés kritériumainak mindenben megfelelő és kellően sok jogsértés bizonyítása ahhoz, hogy logikailag hézagmentesen, tényszerűen lehessen következtetni a közvetlenül alá nem támasztható néhány további releváns jogsértésre az egységes, folyamatos jogsértés megállapíthatósága érdekében. Az alperes azonban nem vizsgálta a 2002-2006. között Heves és Nógrád megyékben kiírt összes releváns közbeszerzési eljárást, a határozatban nevesített tenderek számához képest magas az az arány, amelyben a III.r. felperes aktív közreműködésére semmilyen irati bizonyíték nem merült fel és az I.r. felperes esetében is több ilyen tender volt. Ezen kívül az alperes által számba vett releváns közbeszerzésekből is egyetlen vállalkozás, a HE-DO szerepe volt irati bizonyítékkal alátámasztottan biztos és domináns, ehhez képest az I.r. és a III.r. felperesek szerepe eseti jellegű volt. Egyetértve az I.r. és III.r. felperesekkel megállapította, hogy D. L. nem tett olyan nyilatkozatot, amellyel közvetlenül vagy közvetetten az egységes célok menti folyamatos, átfogó terv alapján folytatott jogsértést beismerte volna. A HE-DO nevében eljáró jogi képviselő pedig visszautalt D. L. nyilatkozatára. A nyilatkozat bizonyító erejét befolyásolta, hogy őt az alperes nem az eljárásjogi garanciákat tekintve szigorúbb tanú minőségben, hanem ügyfélként hallgatta meg úgy, hogy ő a Tpv. 54.§-ának (2) bekezdése alapján nem tehetett volna nyilatkozatot meghatalmazottként a HE-DO nevében. A három vállalkozás által működtetett aszfaltkeverő telepnek és a HE-DO térségbeli ismertségéből fakadó előnyének kiemelt jelentőséget nem tulajdonított, hiszen az alperes által vizsgált, pályázatokon számos más olyan vállalkozás is megjelent, amelyek a térségben nem rendelkeztek keverőteleppel. Az pedig, hogy az I.r. és a III.r. felperes a HE-DO helyismeretét kihasználva egyúttal a HE-DO kitörését is akadályozni kívánta, az egységes, folyamatos, komplex jogsértést nem bizonyítja, ezt irati bizonyíték nem támasztja alá. Részletes elemzés után megállapította, hogy a

vizsgált tenderekre még általánosságban sem igaz az az állítás, hogy amennyiben a tendert az I.r., a III.r. felperes vagy a HE-DO nyerte, akkor a nyertes a másik két vállalkozás valamelyikét alvállalkozóként automatikusan bevonta volna a teljesítésbe. A fentiek alapján - bizonyítatlanság miatt - az egységes és folyamatos jogsértés nem állapítható meg, amelynek következménye, hogy a határozat rendelkező rész a) pontja szerinti tenderek vonatkozásában a felperesek magatartása - a Tpvt. 67.§-ának (4) bekezdése szerinti elévülés folytán - nem vizsgálható. Ugyanakkor - a bírói gyakorlatra hivatkozással - az egyes tendereket érintett piacként azonosítva megállapította, hogy az I.r. és a III.r. felperesek a Tpvt. 11.§-ának (2) bekezdés a) és d) pontja szerint minősülő ár- és piacfelosztó versenykorlátozó magatartást valósítottak meg azokban az esetekben, amikor a HE-DO-val folytatott levelezésben érintettek voltak. A HE-DO-nál lefoglalt e-mailek, valamint D. L. és a HE-DO nyilatkozatai együttesen alátámasztják a jogsértést az I.r. felperes esetében a határozat rendelkező részének b), c), d), e),f), h), j) és k) pontjai, a III.r. felperes esetében a b), c), g), i) és l) pontjai tekintetében; a b) és a c) pontok szerinti tendereknél pedig mindhárom vállalkozás kölcsönös összejátszása bizonyított. A kereseti kérelmekre tekintettel állást foglalt a bírságkiszabással kapcsolatban is, értékelt az alperes által figyelembe vett egyes mérlegelési szempontokat. Megállapította, hogy a II. r. felperessel szemben kiszabott bírság összege nem eltűzött, a határozat indokolása megfelel a Tpvt. 78.§-ának (3) bekezdésében írt, és a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 339/B.§-a szerinti követelményeknek. A megismételt eljárásra nézve előírta, hogy az alperesnek az I.r. és III.r. felperesek terhére megállapított jogsértést az egységes és folyamatos jogsértés mellőzésével, az általa meghatározott körben kell megállapítania, a jogkövetkezményként alkalmazandó bírságkiszabásnál pedig az általa értékelt szempontokat kell figyelembe vennie, amitől el is térhet.

Az I.r. felperes fellebbezésében az elsőfokú ítélet megváltoztatását és a versenyfelügyeleti eljárás megszüntetését kérte elsődlegesen azért, mert az alperes megsértette az EJEE 6. cikkének (1) bekezdésében foglalt pártatlanság követelményét, másodlagosan pedig jogszerűen felhasználható bizonyítékok hiányában. Harmadlagosan az elsőfokú ítélet és a határozat részbeni megváltoztatását kérte azzal, hogy a határozat rendelkező rész b) pontja szerinti közbeszerzési eljárással kapcsolatban jogsértést nem követett el. A korábbi előadásait megismételve állította, hogy az elsőfokú bíróság megsértette az Alkotmány 7.§-ának (1) bekezdését, amikor a magyar jogot az EJEE elé helyezte. Az EJEE ugyanis közvetlenül hatályos Magyarországon, az Emberi Jogok Európai Bíróságának (a továbbiakban: EJEB) esetjogára a Legfelsőbb Bíróság is több döntésében hivatkozott, a magyar bíróságok a magyar jogot az EJEE alapján, illetve azzal összhangban kötelesek értelmezni. A határozatot hozó Versenytanács összetételével kapcsolatban előadta, hogy az elsőfokú bíróság által hivatkozott legfelsőbb bírósági ítéletek tévesek, azok egyébként sem kötik a bíróságot, ezekben az ügyekben jelenleg is eljárás van folyamatban az EJEB előtt. Az EJEB Cubber és más ügyekben hozott ítéletei alapján állította, hogy a versenyjogi ügyek az EJEE értelmében büntetőügyeknek tekintendők, a fellebbviteli bíróságok léte pedig nem eredményezheti azt, hogy az alsóbb bíróságoknak, beleértve az alperest is, nem kell biztosítaniuk az EJEE-ben foglalt garanciákat. Jelen esetben az alperes az előzetes álláspontban anélkül állapította meg a rendelkezésre álló dokumentumok alapján az eljárás alá vontak bűnösségét, hogy azok az EJEE 6.

cikkének (1) bekezdésében biztosított védelemhez való jogukat gyakorolhatták volna. A határozat hatályon kívül helyezésére okot adó, az ügy érdemére is kiható súlyos eljárási jogsértés az, hogy a döntéshozók a Ket. 42.§-ának (3) bekezdésébe ütközően nem voltak pártatlanok az ügyben. Az EJEE 6. cikk (1) bekezdése azért is sérült, mert a helyszíni kutatást engedélyező fővárosi bírósági határozat ellen nem volt hatékony jogorvoslati lehetőség. Álláspontja szerint a helyszíni kutatást engedélyező bírói végzés az EJEE 8. cikkébe ütközik, mert az csak egy általános leírást tartalmaz, a bíróság által vizsgált tényeket egyáltalán nem ismertette. Kifogásolta, hogy az elsőfokú bíróság nem vizsgálta felül a helyszíni kutatást elrendelő végzés jogszerűségét. A helyszíni kutatás engedélyezésének feltételei nem álltak fenn, azt nem lehet a kutatás eredményeként lefoglalt adatokkal indokolni. A harmadlagos fellebbezési kérelmével kapcsolatban előadta, hogy az ítéletben foglaltakkal szemben a hivatkozott e-mail üzenetet a III.r. felperes és nem ő küldte a HE-DO-nak, a beadási határidőt követő, így a versenyt nem érintő levelezésben nem vett részt.

A II.r. felperes fellebbezésében az elsőfokú ítélet és a határozat megváltoztatásával a versenyfelügyeleti eljárás megszüntetését kérte, elsődlegesen az EJEE 6. cikkének (1) bekezdésének, ezen belül különösen a pártatlanság követelményének megsértése miatt, másodlagosan jogszerűen felhasználható bizonyítékok hiányában. Érvelése megegyezett az I.r. felperes vonatkozó érveivel.

A III. r. felperes fellebbezésében az elsőfokú ítélet kereseti kérelmének megfelelő megváltoztatását kérte. A korábbi előadásainak fenntartása mellett hangsúlyozta, hogy a 2004. január 15-i eredményhirdetésre tekintettel a határozat rendelkező rész b) pontja szerinti tenderrel kapcsolatos magatartás a Tpv. 67.§-ának (4) bekezdése alapján - figyelemmel az Alkotmánybíróság 11/1992. (III.5.) AB határozatára is - elévült. Ezen kívül állította, hogy az alperes megsértette a Ket. 50.§-ának (1) és (6) bekezdésének rendelkezéseit azzal, hogy a versenyfelügyeleti eljárásban olyan bizonyítékokat használt fel a versenyjogsértő magatartás bizonyítására, amelyek csak szubjektív álláspontot tükröznek, azokból az alperes nem ésszerű következtetéseket vont le. A hivatkozott e-mail üzenetek kapcsán számos körülmény, így a feladó személye, a címzett tudomása stb. nem bizonyított. D. L. ügyfélként és nem tanúként történt meghallgatása olyan súlyú jogszabálysértést valószínűsített meg, amely miatt nyilatkozata, illetve a nyilatkozatára támaszkodó HE-DO előadás bizonyítékként nem értékelhető. Mindezeket túl állította, hogy a határozat és az elsőfokú ítélet is a Tpv. 11.§-ába ütközően állapított meg terhére jogsértést az egyes tenderekkel kapcsolatban, majd kifejtette a bírságszabás jogsértő jellegével kapcsolatos álláspontját is.

Az alperes fellebbezésében az elsőfokú ítélet részbeni megváltoztatásával az I.r. és a III.r. felperes keresetének teljes egészében való elutasítását kérte. Kifogásolta, hogy az elsőfokú bíróság bár elfogadta az egységes és folyamatos jogsértés megállapításával kapcsolatos elveket, az azok mentén a határozatban bemutatott bizonyítékokra alapított döntését viszont már nem tartotta jogszerűnek. Az egyoldalúan kiemelt átfogó terv létét nem értékelte helytállóan, ugyanakkor egyáltalán nem vizsgálta azt, hogy az egyéb körülmények, így a résztvevők körének nagymértékű azonossága, az érintett termékek közelsége, valamint az alkalmazott eszközök és mechanizmusok hasonlósága az átfogó terv létevel együttesen igazolják-e az egységes jogsértés fennállását. Hangsúlyozta, hogy az átfogó terv nem feltételez egy keretmegállapodást,

elegendő a bizonyítékok egyenkénti és összességükben történő értékelése mentén igazolni, hogy a feltárt, jogsértőnek minősülő vagy arra utaló magatartási mozzanatok mindegyike egyetlen gazdasági célt szolgált. Álláspontja szerint a rendelkezésre álló bizonyítékok, így a 2002-es tendereken megvalósított összejátszást igazoló táblázatok, a határidőnapló-bejegyzés, majd az azt követő években az egyes tenderekhez kötődő e-mail-váltások, valamint az ügyféli nyilatkozatok és a felek-piaci jelenlétét bemutató leírások összességének értékelése alapján megállapítható, hogy a feltárt mozzanatok egyetlen láncra fűzhetőek fel, azok egy átfogó tervbe illeszkednek, hiszen azt a gazdasági célt követték, hogy az adott térségben kiírt tenderek eredményét a piac felosztása révén mesterségesen befolyásolják. D. L. és a HE-DO nyilatkozatára utalással állította, hogy a korábban kialakított és bizonyított együttműködés a piaci körülményeknek megfelelően tovább folytatódott, azt a tenderek kiírásának formája, gyakorisága tükrében a kartellező felek racionalitása diktálta. Az elsőfokú ítélet megállapításával szemben állította, hogy köztudomású az a tény, hogy az aszfaltkeverő telepek elhelyezkedésének és a helyismeretnek a közbeszerzési eljárások során kulcsjelentősége van, de ezt igazolják a pályázati eredmények és egyes vállalkozások más versenyfelügyeleti eljárásban tett nyilatkozatai is. Hangsúlyozta még, hogy a ma már elfogadott bírósági gyakorlat szerint az árra vagy a piacfelosztásra vonatkozó versenykorlátozó megállapodások esetében az érintett piacnak nincs jelentősége. Az elsőfokú bíróság ennek ellenére túlzott jelentőséget tulajdonított az érintett piac kérdésének. Álláspontja szerint annak sincs relevanciája, hogy voltak-e a térségben olyan tenderek, amelyekre nem terjedt ki a felek magatartása, az egységes jogsértés megállapításának ugyanis nem feltétele az, hogy az valamennyi, a térségben kiírt tendert magában foglalja. A HE-DO nyilatkozata szerint pedig a megállapodás aszerint történt, hogy mely vállalkozásnak, mely településeken vannak kapcsolatai. Megjegyezte, hogy az I.r. felperes által hivatkozott további tenderek egy része nem is útépitésre vonatkozott. Ezen kívül a HE-DO magyarázatot adott arra, hogy a megállapodás ezekre a tenderekre azért nem terjedt ki, mert az I. és III.r. felpereseknek az állt érdekében, hogy a HE-DO ne jusson referenciához. Az elsőfokú bíróság megközelítése azzal a következménnyel járna, hogy jogsértést csak akkor lehetne megállapítani, ha a verseny megakadályozása, azaz teljes kizárása lenne az adott magatartás célja vagy hatása, és büntetlenül hagyná a verseny korlátozásával vagy torzításával járó magatartásokat. Kifejtette, hogy a titkolt kartell megállapodások esetében ritka a közvetlen bizonyíték, így jellegénél fogva az átfogó tervet sem lehet közvetlen módon bizonyítani minden esetben. Álláspontja szerint ezért egy, a jogsértésben résztvevő személy nyilatkozata elegendő az átfogó terv bizonyítására különösen úgy, hogy a rendelkezésre álló irati bizonyítékok alátámasztják a szóbeli nyilatkozatot és az egységes jogsértés további elemeit. Ehhez képest nem érthető, hogy az elsőfokú bíróság hány további jogsértés bizonyítását tartotta volna szükségesnek, mint kellően sokat ahhoz, hogy azokból néhány további jogsértésre lehessen következtetni. Az elsőfokú bíróság tévesen értékelte D. L. és a HE-DO nyilatkozatát; azok tartalma alapján az átfogó terv és az egységes jogsértés is megállapítható függetlenül attól, hogy konkrétan e kifejezéseket nem használták. Egyébként pedig az átfogó terv létét az egyéb irati bizonyítékok is alátámasztják, az azokból levezetett életszerű következtetés cáfolatára a felperesek az őket terhelő kötelezettség ellenére bizonyítékkal nem szolgáltak.

Az alperes fellebbezésével szembeni észrevételükben az I.r. és a II.r. felperesek előadták, hogy az alperes a határozatában nem bizonyította az egységes jogsértést, az átfogó tervet semmi nem igazolja. A III.r. felperes fellebbezésével kapcsolatos észrevételében az I.r. felperes előadta, hogy egységes jogsértés hiányában a határozat rendelkező rész b) pontja szerinti közbeszerzés vonatkozásában - az egységes jogsértés hiányában - az elévülés bekövetkezett. Hangsúlyozta még, hogy hiába igazítja a versenytárs a megküldött adatokhoz a saját ajánlati árát, ez nem vezethetett eredményre, hiszen a tényleges ajánlati ár ettől eltérő volt.

Az alperes fellebbezésével szembeni ellenkérelmében a III.r. felperes megismételte, hogy egységes jogsértés nem állapítható meg, mert D. L. beismerő vallomása a súlyos eljárási jogsértések miatt nem vehető bizonyítékként figyelembe, egyébként is az iratok és az egyéb körülmények egyértelműen cáfolják az ő vallomására alapított alperesi megállapításokat.

Az I. és II. rendű felperesek fellebbezésével szembeni ellenkérelmében az alperes a korábbiak fenntartása mellett hangsúlyozta, hogy az elsőfokú bíróság tévesen értékelte a rendelkezésre álló bizonyítékokat. Egyébként pedig a jogsértést több közbeszerzéssel kapcsolatban állapította meg, és nem állította, hogy a kérdéses területen kiírt valamennyi tenderre vonatkozott volna az egységes jogsértés. A III.r. felperes fellebbezésével szembeni ellenkérelmében az alperes állította, hogy a felperesek magatartása egységes és folytatólagos jogsértést valósított meg, ami akkor szűnt meg, amikor a folytatólagos jogsértéssel érintett utolsó tenderre is beadták az ajánlatukat. Ennél fogva az elévülés nem állapítható meg. A rendelkezésre álló bizonyítékok pedig elegendők a jogsértés megállapítására; a vállalkozások közötti üzenetváltások megtörténte bizonyítást nyert, D. L. személyének és nyilatkozatainak hiteltelenségét pedig a felperesek nem bizonyították. Az eltérő vállalási árak a jogsértést nem cáfolják, az már önmagában az adatok megküldésével megvalósult. Mindezeket túl megismételte, hogy a bíróságot jogszerű mérlegelés mellett helyesen szabta ki.

Az alperes és a felperesek fellebbezése - az alábbiak szerint - nem alapos.

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253.§-ának (3) bekezdése alapján a fellebbezések és a fellebbezési ellenkérelmek korlátai között bírálta felül. Ennek során megállapította, hogy az elsőfokú bíróság alapvetően helyesen tárta fel a jogvita eldöntéséhez szükséges tényállást, és azt a vonatkozó jogszabályi rendelkezésekkel összevetve lényegében helytálló következtetésre jutott a felperesi keresetek alaposságát illetően. Sem az alperes, sem a felperesek nem jelöltek meg olyan tény, körülményt, nem hivatkoztak olyan jogi érvre vagy bizonyítékra, amely az elsőfokú ítélet érdemi megváltoztatását eredményezhette volna.

Az Ítéltábla teljes egészében osztotta az elsőfokú bíróságnak a Tpv. 65/A.§-ával kapcsolatban kifejtett rendkívül alapos, körültekintő, mindenre kiterjedő indokolását, ezért az abban foglaltakra csupán visszautal, azt nem ismétli meg. A felperesek fellebbezése alapján hangsúlyozza, hogy a jogellenes kartellezőknek nyilván nem érdekük a magatartásuk feltárása, ezért a lehetőségekhez képest mindent elkövetnek annak érdekében, hogy titkos megállapodásuk rejtve maradjon. A helyszíni kutatás a

bizonyítékok begyűjtésének és így a titkos kartellek feltárásának egyik leghatékonyabb eszköze, amelyet a vizsgálat lefolytatásának váratlansága tesz különösen hatékony felderítési eszközzé. Amint arra a Tpvt. indokolása is rámutatott: a helyszíni vizsgálat által érintett vállalkozásoknak, a helyszíni vizsgálat tervezett időpontjának és helyszínének titokban maradásához jelentős közérdek fűződik. Csak akkor várható eredmény a helyszíni kutatástól, ha az alperes ezt előzetes értesítés nélkül rajtaütésszerűen teszi, ellenkező esetben a jogintézmény tartalma kiüresedne, éppen a lényegét veszítené el.

A helyszíni kutatás elrendelése során a jogorvoslathoz való jog nem sérült, mert amint azt az Alkotmánybíróság az 1004/B/2004.AB. határozatában is leszögezte, a jogorvoslat követelménye csak az érdemi határozatokra vonatkozik. A Tpvt. 65/A.§-ának (3) bekezdésében meghatározott bírói döntés azonban nem tekinthető az ügy érdemében hozott döntésnek, hanem tartalmát tekintve kényszerintézkedés jellegű vizsgálatot engedélyező határozat. A rajtaütésszerű helyszíni szemlélet engedélyező bírói végzés elleni fellebbezés lehetővé tétele éppen az intézkedés célját hiúsítaná meg. A versenyfelügyeleti eljárásban hozott érdemi határozat a Tpvt. 83.§-a szerint a bíróság előtt megtámadható. Az ügy érdemében hozott határozat esetében tehát a jogorvoslat mindenképpen biztosított, és ezen jogorvoslat során van lehetőség a rajtaütésszerű helyszíni szemlélet engedélyező bírói végzés jogszerűségének vitatására is. Az I.r. és II.r. felperesek fellebbezésével szemben a másodfokú bíróság megállapította, hogy az elsőfokú bíróság az alperes érdemi határozatának felülvizsgálata során vizsgálta a kutatást engedélyező bírói végzés jogszerűségét is. Ennek során fejtette ki, hogy az engedélyezés feltétele annak valószínűsítése, hogy a helyszínen versenykorlátozó magatartásra utaló információ található, és az információforrás más módon nem szerezhető be. Megállapította, hogy a perbeli esetben a kutatás engedélyezésének a Legfelsőbb Bíróság által is rögzített konjunktív feltételei egyértelműen fennálltak. Ezen kívül a másodfokú bíróság is rámutat arra, hogy a helyszíni kutatásnak a bizonyítékok beszerzése a célja, vagyis az, hogy a hatóság bizonyosságot szerezzen arról, hogy valóban történt-e versenyjogsértő magatartás vagy sem. Ennél fogva a bíróság engedélyező végzése is csak feltételezésen alapulhat, jelen esetben azt a felek titkos kartell-megállapodásának gyanúja alapozta meg. A helyszíni kutatás céljára tekintettel a felperesek indokolatlanul vártak el részletesebb, konkrétabb, netán bizonyítékokon alapuló indokolást. Ezen kívül arra nézve sem merült fel adat, hogy a helyszíni kutatás során a bíróság végzése szerinti engedélytől eltértek volna; például más helyszínen, a törvény szerinti időtartamon túl stb. végeztek volna eljárási cselekményeket. Mindezekon túl az Ítéletábra megállapította, hogy az EJEE rendelkezéseivel, illetve az EJEB jogértelmezésével és gyakorlatával kapcsolatos elsőfokú bírósági okfejtéssel szemben az I.r. és II.r. felperesek érdemi cáfolatot nem adtak, csupán megismételték a korábban előadottakat. Ez alapján a másodfokú bíróság nem látott okot a Legfelsőbb Bíróság által többször is megerősített töretlen bírói gyakorlat megváltoztatására.

A fentiek alapján az Ítéletábra az elsőfokú bírósággal egyezően jutott arra a következtetésre, hogy a helyszíni kutatások jogszerűek voltak, ezért a helyszínen beszerzett elektronikus üzenetek és egyéb iratok bizonyítékként jogszerűen voltak felhasználhatók, azok kirekesztésének nem volt helye.

Az Ítéltábla maradéktalanul egyetértett az elsőfokú bíróságnak a II.r. felperes kereseti kérelmével kapcsolatos, okszerűen és kellő részletességgel megindokolt - keresetet elutasító - döntésével is. A II.r. felperes kizárólag a helyszíni kutatás során beszerzett bizonyítékok jogellenességére hivatkozott, ténylegesen azonban bizonyítékkal nem cáfolta, hogy a Heves Város Önkormányzata által, a Heves, Vásártér út utépítési munkái kapcsán kiírt tenderekhez kötődően - árörögzítés révén - a gazdasági verseny korlátozására alkalmas magatartást tanúsított. A fentiek szerint a helyszíni kutatások jogszerűek voltak, az azokon beszerzett dokumentumok jogszerűen használhatók bizonyítékként. E-mail üzenet igazolja, hogy a HE-DO két nappal a beadási határidő előtt komplett kivitelezési ütemtervet és az ajánlati árat is tartalmazó beárazott költségvetést küldött a II.r. felperesnek, aki az e-mailben átküldött árakkal mindenben megegyező ajánlatot nyújtott be. Ezen irati bizonyítékokkal szemben pedig a II.r. felperes bizonyítékkal nem élt, a levélváltásra illetve saját magatartására nézve a jogsértésen túli ésszerű magyarázatot nem adott. Mindezek alapján nem volt lehetőség a fellebbezése kedvező elbírálására.

Az I.r. és III.r. felperések magatartásával kapcsolatban a másodfokú bíróság megállapította, hogy a Tptv. az egységes és folyamatos magatartás fogalmát nem határozza meg, konjunktív feltételeiről nem rendelkezik. Ennek ellenére az Ítéltábla szerint nem kifogásolható, hogy az alperes, mint jogalkalmazó szerv - a közösségi jogra hivatkozással - ezt a fogalmat a versenyfelügyeleti eljárásba bevezesse, és annak feltételeit - a maga számára is kötelező jelleggel - előírja. Jelen esetben az alperes ezt tette; az egységes és folyamatos magatartás megállapíthatóságának feltételeként az egységes cél, az átfogó terv és a folyamatos magatartás együttes meglétét követelte meg. Ebből vezette le azt, hogy az egy azonos versenykorlátozó célt éveken át követő vállalkozást magában foglaló komplex jogsértés esetén nem szükséges minden vállalkozásra és minden adott pillanatra pontosan minősíteni a megállapodásbeli vagy összehangolt magatartásbeli jogsértést. Az Ítéltábla az elsőfokú bírósággal egyezően jutott arra a következtetésre, hogy - bizonyítottság hiányában - ez az egységes és folyamatos jogsértés nem állapítható meg, azt a határozat nem támasztja alá.

A piaci szereplőkkel szemben alapvető versenyjogi elvárás az, hogy a piaci döntéseiket a versenytársaiktól függetlenül hozzák meg, piaci magatartásaikat önállóan alakítsák ki. Egy magatartás versenyhatásai az érintett piacon vizsgálhatók. Ezért a piaci szereplők magatartása versenyjogi értékelésének kiinduló pontja az érintett piac meghatározása. Ez nem lehet általános érvényű, ahhoz mindig a konkrét ügy szempontjából felmerülő valamennyi releváns körülmény - termék, földrajzi terület, időtényező, piaci szereplők - együttes értékelése szükséges. Az érintett piac részletes elemzésére valóban a csekély jelentőségű kartell megállapíthatósága szempontjából van szükség, ami a jelen esetben fel sem merülhet. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a bagatell kartell nyilvánvaló hiányában az érintett piacot meg sem kellene határozni. A piacról, gazdasági versenyről általánosságban lehet ugyan beszélni, de versenyjogsértés megállapítása esetén elengedhetetlen annak konkretizálása. Nyilvánvaló, hogy versenykorlátozó-, versenytorzító, illetve versenyt kizáró hatás csak ott jelentkezhet, ahol van verseny. Ezért legalább körvonalazni kell, hogy a gazdasági piac mely szegmensén, milyen áru vonatkozásában, milyen földrajzi területen, milyen időintervallumban és milyen versenytársak között folyó versenyben vizsgáljuk a piaci szereplők gazdasági tevékenységét. Csak ezen alapvető meghatározás után lehet

választ adni arra, hogy a versenytársak megállapodása, összehangolt magatartása annak érdekében történt-e, hogy a verseny kényszerítő nyomásától szabaduljanak, illetve azt enyhítsék, azaz a versennyel szükségképpen együtt járó kockázatot részben vagy teljes egészében kiiktassák. Az érintett piac meghatározása tehát nem mellőzhető, az mind az egységes és folyamatos, mind az egyes magatartások külön-külön jogsértővé minősítésének alapvető feltétele. Az alperes azonban az érintett piacot nem határozta meg, erre nézve a tényállást nem tárta fel, a helytelen kiindulás - a bírósági eljárásban sem orvosolható - téves következtetéshez, ezáltal jogsértő döntéshez vezetett.

Az alperes - az egységes és folyamatos jogsértésre tekintettel - az érintett piacot a 2002-2006 közötti időtartamban a Heves és Nógrád megye területén, közbeszerzési eljárás keretében kiírt út- és hídépítési, valamint felújítási projektekkal azonosította. Ennek ellenére - általa is elismerten - nem vette figyelembe az ez időszakban e két megyében kiírt valamennyi közbeszerzési eljárást. Lehet az alperesnek az az álláspontja, hogy az egységes jogsértés megállapításának nem feltétele az, hogy a felek magatartása kiterjedjen a térségben kiírt valamennyi tenderre, ám ezen állításának helyességét nem lehet ellenőrizni az összes tender számbavétele nélkül. Egyébként határozatában az alperes maga is csak annyit rögzített, hogy komplex jogsértés esetén nem szükséges minden vállalkozásra és minden adott pillanatra pontosan minősíteni a megállapodásbeli vagy összehangolt magatartásbeli jogsértést. Arra már nem tért ki, hogy ez esetben milyen jogi indokkal lehet az érintett piacot bármely szempont szerint is egyes tenderekre szűkíteni, majd az így kiválogatott tenderekkel kapcsolatos magatartást komplex, egyetlen jogsértésnek minősíteni. A másodfokú bíróság megítélése szerint önmagában az érintett piac hiányos feltárása miatt az egységes és folyamatos jogsértés megállapítása nem lehet jogszerű.

Az Ítélet tábla megállapította, hogy az alperes a perben nem cáfolta, hogy D. L. meghatalmazottként a HE-DO nevében egyik esetben sem tehetett volna nyilatkozatot, mert azt a Tpv. 54.§-ának (2) bekezdése nem tette lehetővé. Emellett tény az is, hogy D. L. a közigazgatási eljárás során tanúvallomást nem tett. Az elsőfokú bíróság ezek ellenére - kifejezett jogszabályi rendelkezés hiányára hivatkozással - arra a következtetésre jutott, hogy bár kisebb bizonyító erővel, de D. L. nyilatkozatai figyelembe vehetők. Ezzel a másodfokú bíróság nem ért egyet. Bár a közigazgatási hatósági eljárás - főszabályként - a szabad bizonyítás elvén alapul, ez a szabadság mégsem terjedhet odáig, hogy a bizonyítási eszközt, illetve magát a bizonyítékot ne kellene beazonosítani. A bizonyítási eszközök szolgáltatják a bizonyítékokat, amelyekből következtetni lehet a bizonyítandó tényre. A Ket. 50.§-ának (4) bekezdése a leggyakrabban alkalmazott bizonyítékokról rendelkezik, a felsoroltakon kívül bármely bizonyíték felhasználható, amely alkalmas a tényállás tisztázásának megkönnyítésére. Az elsőfokú bíróság elmulasztotta meghatározni azt, hogy D. L. előadása mely bizonyítási eszköz révén szolgáltatott, milyen bizonyítéknak minősül. Ez azért elengedhetetlenül fontos, mert ehhez igazodnak a bizonyítási eljárás szabályai. A Ket. szerint például bizonyítási eszköz az ügyfél, a tanú, a szakértő, akik nyilatkozatukkal, vallomásukkal illetve szakvéleményükkel szolgáltatják a bizonyítékokat. A rájuk vonatkozó jogokat és kötelezettségeket a Ket. éppúgy szabályozza, mint a személyükkel, illetve az általuk szolgáltatott bizonyítékokkal kapcsolatos, az eljárás többi szereplőjét megillető garanciális eljárási

jogokat. D. L. a közigazgatási eljárásban nyilvánvalóan nem volt szakértő, de az is kiderült, hogy őt a hatóság nem is tanúként hallgatta meg, előadásai tanúvallomásoknak nem minősülnek. Az alperes pedig nem vitatta, hogy ő a HE-DO meghatalmazottjaként sem tehetett nyilatkozatot. Emellett tény az, hogy a Tpv. 54.§-ának (1) bekezdése szerint az ügyfelet az eljárásban a törvényes képviselője, illetve a (2) bekezdésben felsorolt meghatalmazottja képviselheti. Mivel D. L. nem volt a HE-DO törvényes képviselője, de annak jogszerű meghatalmazottja sem, ezért nyilvánvaló, hogy a HE-DO, mint ügyfél képviselője nem volt jogosult, előadása ügyféli nyilatkozatnak sem tekinthető. Az elsőfokú bíróság okfejtésével szemben az Ítélet tábla rámutat arra, hogy nem arra van eljárásjogi rendelkezés, hogy mely bizonyítékokat kell figyelmen kívül hagyni, hanem fordítva, a Ket. 50.§-ának (1), (5) és (6) bekezdéseiből következően ugyanis csak bizonyíték használható fel a tényállás tisztázásának megkönnyítésére, vagyis csak az értékelhető, ami bizonyítéknak minősül. Mivel D. L. eljárásjogi szerepe nem tisztázott, ezért az sem állapítható meg, hogy az általa tett nyilatkozatok bizonyítékként értékelhetők-e egyáltalán. Ennek hiányában az sem állapítható meg, hogy vele kapcsolatban érvényesültek-e az eljárási szabályok (pl. figyelmeztetés, kizáró okok), de az sem, hogy élhettek-e az eljárás alá vontak az őket megillető garanciális jogokkal (pl. észrevételezés, kérdésfeltevés). Mivel pedig a HE-DO jogi képviselője nyilatkozatában alapvetően visszautalt D. L. előadásaira, ezért az általa elmondottak - bár eljárásjogilag ügyféli nyilatkozatnak minősülnek - tartalmilag értékelhetetlenek; azok a D. L. személyével, illetve az általa előadottak értékelhetőségével kapcsolatos aggályok miatt kiüresedettek. Mindezek alapján a másodfokú bíróság álláspontja szerint a határozat nem támasztja alá azt, hogy akár D. L., akár a HE-DO jogi képviselőjének a nyilatkozata bármilyen bizonyítékként is értékelhető lenne. Ez pedig az ügy érdemére is kiható lényeges, a bírósági eljárásban sem orvosolható eljárási hiba. Mindennek azonban a per érdemét illetően - az érintett piac feltárásának hiányában - már nem volt döntő jelentősége.

A közigazgatási határozatok bírósági felülvizsgálata garanciális jogintézmény: az Alkotmányból fakadóan a bíróság ellenőrzi a közigazgatási döntések törvényességét. A közigazgatási perben a bíróságnak arról kell ítéletet alkotnia, hogy a felülvizsgálni kért közigazgatási határozat sérti-e a felperes(ek) által megjelölt jogszabályi rendelkezés(ek)e)t. Jogszabálysértés esetén a bíróság a határozatot - szükség szerint a hatóság új eljárásra kötelezése mellett - a határozatot hatályon kívül helyezi, de kivételképpen, törvényi rendelkezés folytán, meghatározott ügycsoportokban a határozat megváltoztatására is jogosult. Ez a jogkör azonban nem terjedhet odáig, hogy a bíróság a közigazgatási hatóság szerepét teljes mértékben átvegye: a hiányos tényállási elemeket maga derítse fel, illetve egy teljesen más tényállást állapítson meg, amiből a határozatban foglaltaktól teljesen eltérő jogsértést rójon az eljárás alá vontak terhére. Helye lehet a közigazgatási perben is a tényállás kiegészítésének, de ez nem eredményezheti a közigazgatási hatóság hatáskörének teljes egészében való átvételét, mert az a közigazgatási szerv hatáskörének elvonását eredményezné.

Az elsőfokú bíróság az egységes és folyamatos jogsértés hiányában a bírói gyakorlatra utalással az egyes tendereket érintett piacként azonosítva vizsgálta az I.r. és a III.r. felperesek magatartását és állapította meg terhükre a jogsértést. A másodfokú bíróság álláspontja szerint - a fentiek alapján - erre az elsőfokú bíróságnak nem volt jogszerű

lehetősége, ezt a megismételt eljárásra vonatkozó iránymutatás körében sem teheti meg. Ennél fogva az Ítéletábra álláspontja szerint az elsőfokú bíróság szükségtelenül vizsgálta közbeszerzési eljárásonként az I.r. és a III.r. felperesek magatartását és adott a megállapításai kötelező követésére vonatkozó előírást. Mivel pedig a fentiek szerint még az sem állapítható meg bizonyosan, hogy az I.r. és a III.r. felperesek versenyjogsértést követtek-e el, ezért az elsőfokú bíróságnak a bírságkiszabási folyamatot sem kellett volna értékelnie, és az új eljárásra vonatkozó útmutatásának erre nem kellett volna kiterjednie. Mindezekért az Ítéletábra az elsőfokú bíróság indokolásának az egyes közbeszerzési pályázatokkal kapcsolatos I.r. és III.r. felperesi jogsértések és a velük szembeni bírság kiszabásra vonatkozó részét mellőzte, az új eljárásra vonatkozó útmutatását pedig az alábbiak szerint pontosítja.

A megismételt eljárásban az alperesnek először is az érintett piacot kell meghatároznia, azaz azt a piacot, ahol az I.r. és III.r. felperesek versenyjogi magatartását vizsgálta. Amennyiben az egységes és folyamatos jogsértésre tekintettel egységes piacként a 2002-2006 közötti időtartamban a Heves és Nógrád megye területén, közbeszerzési eljárás keretében kiírt út-hídépítési és felújítási projekteket határozza meg, akkor nem mellőzheti az ez időszakban, e földrajzi területen kiírt valamennyi út- hídépítési és felújítási tárgyú közbeszerzési eljárások számbavételét. Ha ezek közül csak egyeseket ítél relevánsnak, akkor ennek okáról a határozatban számot kell adnia. E körben figyelemmel kell lennie arra is, hogy ha a felek komplex magatartása egyetlen jogsértésnek minősül, akkor annak nem lehet olyan része, amely az érintett piac által körvonalazott időszakon kívülre esik (pl. 2001. évi magatartás). Amennyiben az érintett piacot az adott időszak vonatkozó földrajzi területén kiírt egyes közbeszerzési eljárásokkal azonosítja, akkor ki kell térnie arra, hogy milyen időszakban hatályos jogszabályi rendelkezés figyelembevételével milyen elévülési időpontokat tartott relevánsnak. Az érintett piac meghatározása után kell az alperesnek számot adnia a versenyjogsértést alátámasztó bizonyítékokról. E körben be kell azonosítania D. L. nyilatkozatait; milyen eljárási szabályok mellett értékelhető az általa tett nyilatkozat bizonyítékként. Ezt követően lehet értékelni a HE-DO jogi képviselőjének nyilatkozatát is. A megismételt eljárásban az alperes nincs elzárva attól, hogy D. L. vagy a HE-DO jogi képviselőjét a törvénynek megfelelően, az eljárási garanciák megtartása mellett újra meghallgassa. Mindezek után kell állást foglalnia arról, hogy az I.r. és III.r. felperesek vizsgált magatartása versenyjogsértő-e vagy sem, és ehhez képest szükséges-e velük szemben jogkövetkezmény alkalmazása.

A kifejtettek alapján a Fővárosi Ítéletábra az elsőfokú bíróság érdemben helyes ítéletét a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése alapján - az indokolás meghatározott részeinek mellőzésével és az új eljárásra vonatkozó útmutatás pontosításával - helybenhagyta.

Mivel sem a felperesek, sem az alperes fellebbezése nem vezetett sikerre, ezért a felek maguk kötelesek viselni a másodfokú eljárásban felmerült költségeiket, a Pp. 81.§-ának (1) bekezdése szerint.

A felperesek a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján kötelesek a fellebbezési illetéket viselni, míg a fennmaradó illetéket a személyes illetékmentességet élvező alperes helyett az állam viseli ugyanezen rendelet 14.§-a alapján.

Budapest, 2011. évi október hó 5. napján

Borsainé dr. Tóth Erzsébet sk. a tanács elnöke, dr. Vitál-Eigner Beáta sk. előadó bíró, dr. Bacsa Andrea sk. bíró