

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi ítélőtábla a Szentmiklósi és Társa Ügyvédi Iroda (ügyintéző: dr. Szentmiklósi Péter ügyvéd) által képviselt KORTEX Mérnöki Iroda Kft. (Budapest) felperesnek a dr. László Ildikó Katalin ügyvéd által képviselt Gazdasági Versenyhivatal (Budapest, hivatkozási szám: Vj-081/2006/118.) alperes ellen verseny ügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2010. évi április hó 7. napján kelt 2.K.34.553/2009/7. számú ítélete ellen a felperes által 8. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2010. évi november hó 17. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

í t é l e t e t :

A Fővárosi ítélőtábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 50.000 (azaz ötvenezer) forint másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására - 36.000 (azaz harminchatezer) forint fellebbezési illetéket.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Budapest Főváros Önkormányzata (a továbbiakban: Önkormányzat) 2005. évben három ütemből álló, nyílt közbeszerzési eljárást indított a Fővárosi Bajcsy-Zsilinszky Kórház (a továbbiakban: Kórház) részére meghatározott gyógyászati eszközök beszerzése céljából. Mindhárom ütem esetében csak minden tételre vonatkozó egységes ajánlatot lehetett tenni.

A felperes és az - Olympus védjegy alatt bejegyzett termékeket, köztük az endoszkópiai termékeket is Magyarországon kizárólagosan forgalmazó - Olympus Hungária Kft. (a továbbiakban: Olympus Kft.) 2005. szeptember 19-én (az I. ütem kiírása és az ajánlat beadásának határideje között) együttműködési megállapodást (a továbbiakban: Megállapodást) kötött a Kórház rekonstrukciójára vonatkozó közbeszerzési eljárás már kiírt I. ütemének, illetve a további két ütemének

lebonyolításával kapcsolatban. A Megállapodás 2. a) pontja szerint a felperes vállalta, hogy a Megállapodásban rögzített endoszkópiai termékeket kizárólag az Olympus Kft-től szerzi be, a Megállapodás 2. b) pontjában az Olympus Kft. vállalta, hogy ezen termékeket kizárólag a felperes részére szállítja (más vállalkozással a közbeszerzési eljárás kapcsán nem lép szerződéses viszonyba). Mindhárom ütem esetében a felperes nyerte meg a közbeszerzési eljárást, a teljesítésbe az Olympus Kft-t alvállalkozóként bevonta. A felperes mellett csak a III. ütemben pályázott más vállalkozás, azonban az ő ajánlatát formai okból érvénytelenné nyilvánították.

Az alperes a 2007. december 18. napján kelt Vj-81/2006/74. számú határozatában megállapította, hogy a Megállapodás 2. b) pontjában írt, a közbeszerzési eljárás II. és III. ütemével kapcsolatos kizárólagos szállításra vonatkozó vállalás a tisztességtelenpiaci magatartás és versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) II.§-ának (1) bekezdésében, illetve a (2) bekezdés c) és d) pontjaiban írt tilalom alá eső versenyt korlátozó megállapodásnak minősül. Kötelezte a felperest 77.000.000 forint versenyfelügyeleti bírság megfizetésére. Indokolásában a II. és III. pont ütem vonatkozásában megállapította, hogy a meghatározó magyarországi forgalmazók flexibilis endoszkópiai termékei a termékek többsége esetében nem felelnek meg a kiírásban foglalt követelményeknek, így az egységes ajánlattételre vonatkozó előírásra figyelemmel kizárólag az Olympus termékek minősülnek érintett árupiacnak. A kialakult gyakorlat alapján, továbbá arra tekintettel, hogy a közbeszerzési eljárás egyes ütemeinek meghirdetési időpontja és az azokra vonatkozó ajánlat beadási határideje között viszonylag rövid volt az idő, nem zárható ki, hogy az érintett földrajzi piac nem tágabb Magyarország egész területénél. A Megállapodás 2. b) pontjában az Olympus Kft. azt vállalta, hogy a közbeszerzési eljáráshoz kapcsolódóan kizárólag a felperes részére szállít endoszkópiai termékeket, ami az adott termékeket felhasználók (beszerzők) közötti versenyt korlátozhatja, mert a felperes versenytársai számára egy lehetséges eladó a közbeszerzési eljáráshoz kapcsolódóan és a teljes piacon is egyaránt kiesik. Hangsúlyozta, hogy a versenykorlátozó hatás intenzitásával van összefüggésben az, hogy a felperes szerint nem csak Olympus termékekkel lehetett indulni, illetve az Olympus termékeket nem kizárólag az Olympus Kft-től lehetett beszerezni, de nem kérdőjelezi meg azt, hogy a Megállapodás versenyt korlátozó hatást fejthet ki. Az érintett árupiacnak minősülő Olympus termékekből az Olympus Kft. részesedése Magyarországon, mint érintett földrajzi piacon gyakorlatilag 100%, de Európa egész területét feltételezve is -figyelemmel a Tpv. 13.§-ának (2) bekezdése szerinti nem független vállalkozások, így az Olympus Kft-t irányító Olympus GmbH által irányított európai Olympus aldisztribútor leány vállalkozások részesedését - csaknem 100%. Ennél fogva a Megállapodás 2. b) pontja szerinti versenykorlátozás nem minősül csekély jelentőségűnek, és a közbeszerzési eljáráshoz kapcsolódó piacon akkor sem minősülne csekély jelentőségűnek, ha a II. és III. ütemben nem csak Olympus termékekkel lehetett volna indulni. Leszögezte, hogy a Megállapodás a vertikális megállapodások egyes csoportjainak a versenykorlátozás tilalma alól történő mentesítéséről szóló 55/2002. (111.26.) Korm. rend. (a továbbiakban: Vr.) I.§-ának (1) bekezdése szerinti vertikális megállapodásnak minősül. A Vr. szerinti mentesülés azonban a Vr. 2.§-ának (1) bekezdése alapján nem alkalmazható, mert az Olympus Kft-nek, mint a Megállapodás szerinti áruk szállítójának az érintett piaci részesedése meghaladja a 30%-ot mind a közbeszerzési eljárásban szereplő Olympus endoszkópiai termékek,

mind a flexibilis endoszkópiai termékek teljes körének értékesítése körében, akár Magyarország egész területe, akár Európa földrajzi piacán. A Vr. 2.§-ának (2) bekezdése alapján ugyanis nemcsak a vevő, hanem a szállító piaci részesedését is vizsgálni kell. Mivel pedig a Kórház, illetve annak tulajdonosa (finanszírozója), az Önkormányzat mint fogyasztó vonatkozásában a Tpv. 17.§-ának b) pontja szerinti értelemben előnyről nem lehet szó, ezért nem teljesül a mentesüléshez szükséges Tpv. 17.§-ának a) - d) pontjainak együttes fennállása. A bírságkiszabás során releváns forgalomként a II-III. ütemre adott együttes nettó ajánlati árat vette figyelembe. Értékelte, hogy a Megállapodás a verseny szempontjából kevésbé veszélyes vertikális megállapodásnak minősül. A jogsértés piaci hatása tekintetében abból indult ki, hogy a szerződő felek magatartásukkal csak korlátozták, de nem zárták ki a versenyt. Ugyanakkor figyelembe vette azt is, hogy az Olympus Kft. és a tőle nem független vállalkozások európai piaci részesedése még valamennyi flexibilis endoszkópiai terméket tekintve is kiugróan magas. A feleknek felróható jogsértés a közpénzek felhasználásához kapcsolódott, így annak hatása már csak emiatt is a társadalom széles rétegeire volt kihatással, illetve a közérdeket fokozottan sértette.

A felperes elsődlegesen - a jogsértés hiányára tekintettel - a határozat megváltoztatását, másodlagosan a határozat hatályon kívül helyezését és az alperes új eljárásra kötelezését kérte. Harmadlagos kérelme a bírságra vonatkozó rendelkezés felülvizsgálatára irányult; elsősorban a bírság törlését, másodsorban a határozat erre vonatkozó rendelkezésének hatályon kívül helyezését és az alperes e körben való új eljárásra kötelezését kérte. Állította, hogy a Megállapodás nem minősülhet versenykorlátozóknak, mert az ténylegesen nem korlátozta a versenyt, arra alkalmas nem volt és azt nem is ilyen céllal kötötték. Előadta, hogy a Megállapodás megkötésekor még csak az I. ütemben beszerezni kívánt termékkör volt ismert, az abban foglaltaknak pedig más gyártók termékei is megfeleltek, így a Megállapodás nem korlátozhatta az ajánlattevők körét. A II. és III. ütemben kiírt endoszkópiai termékek túlnyomó része, illetve valamennyi egyéb orvostechnikai eszköz nem Olympus termékekkel minden különösebb nehézség nélkül kiváltható lett volna, illetve a néhány esetlegesen nem kiváltható Olympus termék beszerezhető lett volna más hivatalos vagy nem hivatalos Olympus termék forgalmazótól. Az uniós versenyjogi normák alapján ugyanis egyetlen hivatalos Olympus forgalmazó cég sem utasíthatja el jogszerűen a hozzá intézett határon kívülről érkező árajánlat-kérést. Álláspontja szerint az alperes nem bizonyította a Megállapodás versenykorlátozó hatását és célját. A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 2009. április 1-jétől hatályos szabályaira hivatkozással hangsúlyozta, hogy éppen hogy elősegíti a versenyt az, hogy kizárták a más vállalkozással való közös vagy az alvállalkozóként is történő indulást ugyanazon közbeszerzési eljárásban. Kifogásolta, hogy az alperes az érintett piacot leszűkítette a vizsgált közbeszerzési eljárásra. Az érintett piac normális elemzése nem nélkülözhető, a közbeszerzési eljárás egyes ütemeit összefüggésében megvizsgálva megállapítható lett volna, hogy miért maradtak távol a lehetséges ajánlattevők. Az alperes szűken határozta meg a termékek helyettesíthetőségét, csak arra a termékköre vonatkozóan lehetett volna leszűkíteni a piac-meghatározást, amelyek tekintetében a helyettesíthetőség az ajánlatkérő szempontjából bizonyítottan nem áll fenn. Ezt a kérdést azonban az alperes kizárólag a versenytársak nyilatkozataira alapozta annak ellenére, hogy szakértő bevonását indítványozta. A téves piac-meghatározás folytán nem tudott érdemben érvelni

a csekély jelentőség, illetve a csoportmentesség alá tartozás körében, ugyanakkor utalt arra, hogy az Olympus piaci részesedése Európában meg sem közelíti a 10%-ot. Álláspontja szerint az alperes az Olympus Kft-vel szemben nem alkalmazhatta volna az engedékenységi politikát. A bírságkiszabás körében állította, hogy az alperes nem vette figyelembe, hogy a bírság alapját képező 2006. év számára kiemelkedő árbevételt hozott, amely többszöröse az ezt megelőző tényleges és az azt követő várható árbevételének. Az aránytalanul és egyoldalúan túlzott büntetés a működését ellehetetleníti, és megfosztja a közbeszerzési eljárásokban való indulás lehetőségétől. Az alperes a később visszavont antitröszt bírság közleményre épülő, szorzáson alapuló mechanikus bírságszámítási módszert alkalmazta, mellőzte az egyedi ügy körülményeinek értékelését, mérlegelését. Enyhítő körülményként kell értékelni a más piaci szereplő ráhatását, befolyását, a felróhatóság hiányát, a jogsérelem súlyát, a jogsértés óta eltelt időt, azt, hogy huzamosabb ideje jogszerűen végzi tevékenységét, valamint azt, hogy magatartását egy későbbi jogszabály-módosítás az egyedüli jogszerű magatartásként szabályozza.

Az alperes a határozatban foglaltak fenntartása mellett kérte a kereset elutasítását.

Az elsőfokú bíróság - megismételt eljárásban - ítéletével a felperes keresetét elutasította. Indokolása szerint az alperes által megállapított tényállás megalapozott, ezért azt maga is irányadónak tekintette, figyelemmel arra is, hogy a megállapítást kereseti támadás lényegében nem is érte. Leszögezte, hogy a Megállapodás révén egy potenciális vevő kiesett a piacról, amely az értékesítési lehetőségek közötti választást korlátozhatta, továbbá egy lehetséges eladó is kiesett a piacról, amely pedig a beszerzési lehetőségek közötti választást korlátozhatta. A versenykorlátozó hatás szempontjából a Megállapodás megkötése idejének nincs jelentősége. Az áruk teljes köréhez való hozzáférés korlátozása folytán a jogsértés megállapítása tekintetében annak a felperesi előadásnak sem tulajdonított relevanciát, hogy a közbeszerzési eljárásban nemcsak Olympus termékekkel lehetett indulni, illetve, hogy Olympus termékeket nemcsak az Olympus Kft-től lehetett beszerezni. Az értékesítők illetve a beszerzők közötti verseny tekintetében a Megállapodás versenykorlátozó hatás kifejtésére alkalmas volt. Hangsúlyozta, hogy a Megállapodást versenyjogi szempontból kell vizsgálni, így a Kbt. szabályozása és a Közbeszerzési Döntőbizottság vonatkozó határozata nem vehető figyelembe. Kifejtette, hogy érintett piacnak az tekinthető, ahol még hat a verseny, ahol a versenytársak még piacra léphetnek és a verseny kimenetelét befolyásolhatják. Ennél fogva nem hagyható figyelmen kívül az, hogy a versenyhelyzetnek jelen esetben az Önkormányzat által kiírt közbeszerzési eljárásban kell érvényesülnie. Az érintett árupiacot az Önkormányzat által kiírt közbeszerzési eljárás tárgya determinálja. Az Önkormányzat ugyanis nemcsak úgy általában akart gyógyászati eszközöket beszerezni, hanem konkrétan megadta azokat a paramétereket, amelyek az elvárásait tükrözik, így ezt más, ahhoz hasonló termékkel helyettesíteni nem lehet. A közbeszerzési eljárásban csak és kizárólag a felhívásban megjelölt termékekre köthetett az Önkormányzat a nyertessel szerződést. Ebből következik, hogy a piacon jelen lehet ugyan sokféle gyógyászati eszköz, ám ha azok nem fedik le maradéktalanul az Önkormányzat beszerzési igényét, úgy azok az árupiac szempontjából szóba sem jöhetnek. Az érintett földrajzi piac alperes általi meghatározását elfogadva megállapította, hogy az nem tágabb Magyarország területénél. Az alperesi indokokat osztva leszögezte, hogy a bagatell kartell nem

állapítható meg. Ezzel szemben a felperes a piaci részesedésre vonatkozó előadását a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 164.§-ának (1) bekezdésében foglalt kötelezettsége ellenére nem bizonyította, éppúgy ahogy a csoportmentesség körében előadott érveit sem. Mindezeket túl megállapította, hogy a felperesnek nincs kereshetőségi joga az Olympus Kft-vel kapcsolatban alkalmazott engedékenységi politika vitatására, az erre vonatkozó közvetlen érdekelttségét a felperes nem bizonyította. A bírságra vonatkozó rendelkezés körében sem tartotta jogszabálysértőnek a határozatot. Az alperes az ügyben releváns enyhítő és súlyosító körülményeket teljeskörűen számba vette, azokat súlyuknak, nyomatékuknak megfelelően értékelte, a mérlegelés szempontjairól, ennek folyamatáról és eredményéről pedig a határozatában túlnyomó részt számot is adott. Ennek során figyelembe vette azt is, hogy a felperes korábban nem volt marasztalva. Azt pedig a felperes nem bizonyította, hogy a jogsértőnek minősített megállapodást más piaci szereplő ráhatása, befolyása következtében kötötték volna, vagy, hogy az Olympus Kft. lett volna a Megállapodás kezdeményezője vagy kikényszerítője. Ezért mindkét fél számára felróható a Megállapodás megkötése. A jogsérelem súlya körében nem hagyható figyelmen kívül, hogy a versenyjogsértés kárvallottja az egész magyar társadalom, hiszen a verseny korlátozása folytán az indokoltnál több közpénzt használtak fel az adott cél elérése érdekében. A felperes 2006. évi nettó árbevétele alapulvételével kiszabott bírság eltúlzottnak nem tekinthető, az a figyelembe vett nettó árbevétel kevesebb, mint 2%-a. A felperes olyan további enyhítő körülményt nem jelölt meg, amit a javára még figyelembe lehetett volna venni.

A felperes fellebbezésében az elsőfokú ítélet megváltoztatását kérte, elsődlegesen az elsődleges kereseti kérelmének megfelelően, másodlagosan a határozat hatályon kívül helyezését és az alperes új eljárásra kötelezését, harmadlagosan a bírság kiszabására vonatkozó harmadlagos kereseti kérelmének megfelelően. Előadta, hogy az alperes nem tisztázta megfelelően a tényállást, és ezt a keresetében igenis támadta. A II. ütemmel kapcsolatban nem vizsgálta, hogy ténylegesen mennyi idő állt rendelkezésre az ajánlatok elkészítésére, milyen alapon és mely termékeket minősített termékspecifikusnak, miképpen működött az Olympus termékek európai viszonteladói hálózata, milyen többletnehézségekkel és költségekkel járt volna más viszonteladóktól megrendelni az érintett termékeket. Nem tárta fel a megállapodással érintett piac működésével összefüggésbe hozható tények körét sem; kik a lehetséges versenytársak a hasonló közbeszerzési eljárások során, milyen termékekkel, milyen szolgáltatásokat tudnak nyújtani, hogyan jutnak el hozzájuk a pályázati információk, jellemzően milyen földrajzi területen jelennek meg, melyek a fővállalkozói és az alvállalkozói magatartás különbségei stb.. Az elsőfokú bíróság indítványa ellenére nem rendelt ki szakértőt, és nem vette figyelembe az általa hivatkozott közbeszerzési eljárás anyagát sem. Az alperes téves piac-meghatározásból kiindulva vezette le a Megállapodás versenykorlátozó jellegét. Nemcsak egyetlen vevő, a Kórház speciális szempontjait kellett volna ugyanis figyelembe venni, hanem a keresleti helyettesíthetőség objektív szempontjait is, azaz, hogy a Megállapodással érintett termékkört, különösen az Olympus kiemelt négy termékét más hasonló vevők szempontjait, a termékek tulajdonságait, felhasználási szempontjait stb. figyelembe véve milyen más termékekkel lehet megjelenni a hasonló közbeszerzési eljárásokban. Számba kellett volna venni azon vállalatoknak a körét is, akik a kínálati helyettesíthetőség figyelembevétel alapján ténylegesen ugyan nincsenek jelen az

érintett piacon, de bármikor piacra tudnak lépni, figyelemmel arra, hogy európai uniós közbeszerzési eljárásról volt szó. Az alperesnek legalább két, vertikálisan kapcsolódó piacot kellett volna meghatározni; az orvostechológiai generálkivitelezés (fővállalkozói piac) és a kapcsolódó endoszkópiai termékek (alvállalkozói piac) piacát. A versenyjogilag helyes piacértelmezés és meghatározás esetén egy eladó sem esik ki a piacról, hanem továbbra is része marad annak, még akkor is, ha az adott üzlettől elesik. Állította, hogy nemcsak Olympus termékekkel lehetett ajánlatot adni, míg termékspecifikusság megállapítása esetén számottevő többletköltség vagy fáradtság nélkül beszerezhetők lettek volna a termékek. Egyetlen hivatalos Olympus forgalmazó cég sem utasíthatja el jogszerűen a hozzá intézett, határon kívülről érkező árajánlatkérést, a lehetséges ajánlattevők a II. és III. szakasz előtt ajánlatot kaphattak volna az Olympus termékeket forgalmazó, nem leányvállalati izlandi és ciprusi székhelyű társaságoktól is. Hangsúlyozta, hogy a vertikális megállapodás természetesen tartalmaz versenyt kizáró, korlátozó elemet. A cél azonban önmagában nem lehet elegendő a versenykorlátozásra való alkalmasság megállapítására, azt kell megvizsgálni, hogy a Megállapodás milyen tényleges vagy potenciális hatással jár az érintett piac egészére vagy annak jelentős részére, illetve más piacokra. A Kbt. 2009. április 1. napjától hatályos 70.§-ának (4) bekezdésében foglaltakra utalással előadta, hogy a Megállapodástól függetlenül sem tehetné volna meg jogszerűen az Olympus Kft., hogy rajta kívül másnak is adjon árajánlatot ugyanabban a közbeszerzési eljárásban. A Tpv. alapján sem támasztható olyan többlet követelmény, hogy akár az Olympus Kft-nek, akár neki harmadik felekkel szerződés-kötési kötelezettsége lenne. Az pedig természetes, hogy a versenyben a jogszerűen megkötött hasonló együttműködési megállapodások miatt más piaci szereplők kedvezőtlenebb helyzetbe kerülhetnek. A vertikális megállapodások ugyanis természetüknél fogva magában hordozzák az „egy vevő és egy eladó kiesik” jelenséget. Éppen ezért pusztán ránézés alapján nem lehet egy Megállapodást versenykorlátozóznak minősíteni. Az alperes eljárásával leszűkítette a védekezéshez való jogát a csekély jelentőség és a mentesíthetőség tekintetében. A bírságkiszabás körében előadta, hogy az alperes nem vette figyelembe az ügy összes körülményét, így azt, hogy a 2006. év kiemelkedő árbevétel hozott számára. A bírság összege nincs arányban a kifogásolt egyetlen jogsértéssel, az eltúlzott, és működését ellehetetleníti. Előadta még, hogy az alperesnek az EK Szerződés 81. Cikke alapján kellett volna az eljárást lefolytatnia, figyelemmel arra, hogy közösségi közbeszerzésekről volt szó, továbbá, hogy az Olympus Kft. nem utasíthatta vissza a területen kívüli passzív eladást. Az EK Szerződés 81. Cikke alapján lefolytatott eljárásban különösen az érintett piac, de a versenykorlátozásra való alkalmasság tekintetében is más lett volna a vizsgált magatartás jogi megítélése. Az Olympus Kft-vel kapcsolatban alkalmazott engedékenységi politika vitatása körében a keresetiségi jogát azzal indokolta, hogy az engedékenységi politika alkalmazása befolyásolta az alperes eljárásának irányát és vizsgálati cselekményeit, különös tekintettel arra, hogy nem került sor az Olympus Kft. hálózata működésének versenyjogi vizsgálatára. Jogos érdeke fűződik ahhoz, hogy a vele szemben megállapított, bírságfizetési kötelezettséget eredményező jogsértést megállapító határozatot tisztességes eljárás alapján hozzák.

A fellebbezéssel szembeni ellenkérelmében az alperes az elsőfokú ítélet helybenhagyását kérte. Tekintettel arra, hogy a felperes fellebbezésében lényegében megismételte az elsőfokú eljárásban előadottakat, maga is fenntartotta a határozatban

és a korábban előadott érveit. Állította, hogy a tényállást megfelelően feltárta, a piac-meghatározása jogszerű volt. A Megállapodás akkor sem lenne csekély jelentőségű, illetve mentesség alá eső, ha nemcsak Olympus termékekkel lehetett volna indulni, illetve azokat Európa más országaiból is be lehetett volna szerezni. Hangsúlyozta, hogy a Tpv. II.§-ának (1) bekezdése alapján egy Megállapodásnak a verseny korlátozására való alkalmassága független az érintett piac meghatározásától. Az érintett piac meghatározása a csekély jelentőség és a mentesség szempontjából bírnak relevanciával. Ennek feltételei azonban még a felperes számára legkedvezőbb piac-meghatározás mellett sem volnának megállapíthatók. A bíróság mértékével kapcsolatban előadta, hogy a felperes esetében nem kellett tekintettel lenni a törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítására, mint bírságot növelő körülményre. Állította, hogy nincs indokolási kötelezettsége a tekintetben, hogy miért mellőzték az EkSZ 81. cikke szerinti eljárást. Emellett utalt arra, hogy az Európai Bizottság 2004/0101/07. számú közleményében (a továbbiakban: Közlemény) foglaltak alapján az eljárásindítás elengedhetetlen feltétele a tagállamok közötti kereskedelem érzékelhető érintettsége. Ezt azonban a felperes nem bizonyította. Álláspontja szerint a felperesnek egy másik vállalkozással szemben alkalmazott engedékenységi politika tekintetében nincs kereshetőségi joga.

A felperes fellebbezése az alábbiak szerint nem alapos.

A Fővárosi ítéltábla a Pp. 253.§-ának (3) bekezdése alapján az elsőfokú bíróság ítéletét a fellebbezési kérelem és a fellebbezési ellenkérelem korlátai között vizsgálta. Ennek során megállapította, hogy az elsőfokú bíróság a bizonyítékokat a Pp. 206.§-ának (1) bekezdésében foglaltaknak megfelelően, azokat egyenként és összességükben is helyesen értékelve helytállóan állapította meg a tényállást, és a rendelkezésre álló peradatok alapján okszerű következtetésre jutott a felperes magatartásának és az alkalmazott szankciónak a jogi megítélését illetően. A felperes fellebbezésében nem hivatkozott olyan indokra, amely az elsőfokú bíróság ítéletének jogszerűségét megkérdőjelezné, nem jelölt meg olyan tényt vagy körülményt, amely a fellebbezés kedvező elbírálását eredményezhette volna. Mivel a felperes a fellebbezésében lényegében megismételte az elsőfokú eljárásban előadottakat, az azokra vonatkozó mindenre kiterjedő, alapos és kellően részletes elsőfokú ítéleti érvekkel pedig a Fővárosi ítéltábla maradéktalanul egyetért, ezért azokat nem ismétli meg. A fellebbezésben foglaltakra utalással a következőket emeli ki.

A valóság-hű tényállás megállapítása minden közigazgatási hatósági döntés előfeltétele. A tényállás megállapítása az eljáró szerv kötelessége, neki kell a jogilag releváns tényeket felderítenie, összegyűjtenie, majd a vonatkozó jogszabályok értelmezése mellett azokat súlyuknak megfelelően egyenként és összességükben is értékelnie. A tényállás felületes, feltételezésekre alapított, hiányos vagy helytelen megállapítása megalapozatlan döntéshez vezet. Ugyanakkor fontos hangsúlyozni, hogy a tényállás megállapítása nem parttalan feladat, a közigazgatási szervnek csak a döntéshez szükséges mértékben kell a jelentőséggel bíró jogi tényeket, körülményeket, adatokat stb. számba vennie. A tényállás kereteit, a megállapítandó tények körét ezért mindig a konkrét ügyben, az adott helyzetre vonatkozó jogszabályi rendelkezések figyelembevételével kell meghatározni. Jelen esetben az alperesnek az érintett piac meghatározása érdekében kellett a tényállást felderítenie.

Érintett piac az a piac, amely tekintetében a versenyt korlátozó-, kizáró-, illetve torzító hatás jelentkezik. Az áru szempontjából releváns piac meghatározásánál annak van jelentősége, hogy a közbeszerzési eljárás II. és III. ütemében lehetett volna-e nem Olympus endoszkópiai termékekkel is érvényes ajánlatot tenni. A kérdés megválaszolásához abból kell kiindulni, hogy mi volt az ajánlatkérő Kórház elvárása. A Kórház az I. ütemben beszerzett, valamint a meglévő eszközeihez való kompatibilitást biztosító eszközöket kívánt beszerezni, még hozzá csak minden tételre vonatkozó egységes ajánlattétel keretében. A Kórház az általa közölt műszaki paramétereiktől eltérést nem engedett, az elvárásainak maradéktalanul meg nem felelő termékekkel érvényes ajánlatot tenni nem lehetett. Mindebből következik, hogy teljesen közömbös az, hogy hasonló közbeszerzési eljárásokban milyen termékekkel, milyen információk alapján, jellemzően milyen földrajzi területen stb. jelennek meg az egyes vállalkozások. A hasonló műszaki jellemzőkkel rendelkező áruk megajánlása érvénytelen ajánlatot eredményez, így azok ésszerűen helyettesíthető termékeknek nem minősülnek. Éppen ezért az állapítható meg, hogy - az I. ütem kiírására, eredményére és az egységes ajánlattétel követelményére tekintettel - az Olympus termékek maradéktalanul megfeleltek a kiírásban foglalt követelményeknek. Az alperes beszerzte a más flexibilis endoszkópiai termékek meghatározó magyarországi forgalmazóinak azon nyilatkozatát, miszerint az általuk forgalmazott termékek nem felelnek meg a felhívásban előírt feltételeknek. Ennek ellenkezőjét a felperesnek - a Pp. 164.§-ában foglalt bizonyítási kötelezettség ellenére - a perben nem sikerült bizonyítania. Az egységes ajánlattétel követelményére tekintettel pedig nincs jelentősége annak, hogy egyes termékek - akár még a legtöbb termék is - más áruval helyettesíthető. A felperesnek azt kellett volna igazolnia, hogy valamennyi beszerezni kívánt eszközre nem Olympus termékkel is lehetett volna érvényes ajánlatot tenni. Ezek hiányában a másodfokú bíróság az alperessel és az elsőfokú bírósággal egyezően jutott arra a következtetésre, hogy az érintett áru piac a II. és III. ütem esetében a beszerzés tárgyát képező Olympus termékek.

Az érintett földrajzi piac az a földrajzi terület, ahol a piacot befolyásoló hatás még érvényesülhet. Ezt az áru piac determinálja. A felperes fellebbezésében nem döntötte meg azt a megállapítást, hogy az érintett földrajzi piac jellemzően Magyarország földrajzi területe. A felperes ugyanis e körben azzal érvelt, hogy a Kórház még az I. ütem kiírása előtt tartott egy előzetes tájékoztatót az egyes ütemekkel kapcsolatos pályázati feltételekről. Elkerülte azonban a figyelmét az, hogy a közbeszerzési eljárás a felhívással indul, így a Kórház előzetes tájékoztatása a közbeszerzési eljárások szempontjából nem bír jelentőséggel. Emellett a felperes azzal sem érvelt, hogy -közösségi közbeszerzésekről lévén szó - a Kórház a TED-en keresztül adott volna előzetes tájékoztatást az Európai Unió területén bejegyzett valamennyi lehetséges ajánlattevőnek. Egyébként pedig az érintett földrajzi piac teljesen pontos meghatározására a Megállapodás jogi megítélését illetően nincs szükség.

A Tpv. 11.§-a három, egymástól külön választható magatartást rögzít olyannak, amely versenyjogi jogsértés megállapításának alapjául szolgálhat. Az (1) bekezdés szerint tilos az a vállalkozások közötti megállapodás és összehangolt magatartás, valamint a vállalkozások társadalmi szervezetének, a köztisztviselőknek, az egyesülésnek és más hasonló szervezetnek a döntése (a továbbiakban együtt: Megállapodás), amely



a gazdasági verseny megakadályozását, korlátozását, vagy torzítását célozza (első magatartás), vagy ilyen hatást fejthet ki (második magatartás), illetve fejt ki (harmadik magatartás). A törvény tehát egyaránt jogellenesnek minősíti a versenykorlátozás célzatát, az arra való alkalmasságot vagyis a potenciális hatást, illetve a tényleges hatást. Amennyiben a verseny felügyeleti eljárás során megállapítást nyer, hogy egy Megállapodás létezik, és az a gazdasági verseny megakadályozását, korlátozását vagy torzítását csak célozza, a versenyjogi jogsértés megvalósul. A felperes nem vitatta a megállapodás létét, elismerte a Megállapodás célját is, ezért terhén a jogsértés megállapítása jogszerű volt. A felperes maga elismerte ugyanis, hogy a Megállapodás tartalmaz versenyt kizáró, korlátozó elemet, illetve, hogy magában hordozza az „egy vevő és egy eladó kiesik” jelenséget, továbbá, hogy a Megállapodás eredményeként más piaci szereplők kedvezőtlenebb helyzetbe kerülhetnek. A Megállapodás célja tehát egyértelmű; lehetlenné tenni, de legalábbis megnehezíteni a versenytársak II. és III. ütemben való indulásának lehetőségét. Ezzel a Megállapodásban részes felek számára a versenynyomás megszűnt, de legalábbis jelentős mértékben csökkent. Nem a jogsértés megállapítására, hanem esetleg a bírság mértékének megállapítására tartozó kérdés az, hogy a magatartás csak célozta, vagy alkalmas volt-e arra, illetve konkrétan ki is fejtett-e versenykorlátozó hatást.

Az érintett piac, illetve a Megállapodás versenyjogsértő jellege a Tpv-t., illetve a konkrét ügy releváns tényei alapján megállapítandó jogkérdés. Ennél fogva e körben szükségtelen volt a felperes által indítványozott szakértő bevonása a perbe. A felperes által tisztázandó kérdésként megjelölt körülmények sem a releváns piac meghatározását, sem pedig a Megállapodás jogi minősítését nem érintik.

Amint arra az elsőfokú bíróság is helyesen rámutatott, a versenyjogsértés megállapítása szempontjából közömbös, hogy a Kbt. miként rendelkezik vagy rendelkezett a perbeli időszakban a lehetséges ajánlattevőkről, illetve az alvállalkozókról. A Kbt. megsértéséről a Közbeszerzési Döntőbizottság jogosult határozni a Tpv-t. szabályaitól teljesen függetlenül. Az alperes pedig a Tpv-t. rendelkezései alapján minősíti a vállalkozások magatartását, egyes cselekményeit, tekintet nélkül arra, hogy a Kbt. azokat hogyan rendezi. A Kbt. és a Tpv-t. is a gazdasági verseny szereplőinek a magatartását szabályozza, ám ezt más-más céllal, ezért eltérő szabályrendszerrel, különböző szankciókkal teszi. Ezek egymással nem keverhetők, össze nem moshatók. Egyébként a két törvény által elérni kívánt cél között nincs különbség. Önmagában a versenytársak közötti együttműködés nem tilos, de jogsértő, ha az a versennyel szükségképpen együttjáró kockázatot részben vagy egészben kiiktatja. Ha a vállalkozás piaci részesedése alacsony, akkor semmi akadálya a kizárólagossági Megállapodás megkötésének, a közbeszerzési eljáráson való együtt indulásnak. Abban az esetben viszont ha a vállalkozás meghatározott termék tekintetében uralja az adott piacot, részesedése igen jelentős, akkor a kizárólagossági megállapodással másokat kiszorít a piacról, vagyis elzár az ajánlattétel lehetőségétől, ami által a saját illetve együttműködő partnere szabadul a verseny kényszerítő nyomásától. Ez pedig károsan hat a piac normális működésére.

A vertikális Megállapodás a Tpv-t. 13.§-ának (2) bekezdésének alkalmazásában akkor minősül csekély jelentőségűnek, ha az abban részes felek egyedi piaci részesedése a Megállapodással érintett piacon nem haladja meg a 10%-ot. A felperes e körben nem

cáfolta sem az alperes, sem az elsőfokú bíróság megállapításait. Nem vitatta, hogy a II. és III. ütemben szereplő flexibilis endoszkópiái termékek teljes köre esetében az Olympus Kft. és a tőle a perbeli időszakban nem független vállalkozások együttes részesedése Magyarországon, de - még a felperes által hivatkozott földrajzi piacon -Európa egész területén is lényegesen meghaladja a 10%-ot. Ezért a Megállapodás nem minősül csekély jelentőségűnek.

A mentesülés körében a felperes szintén nem hivatkozott konkrétumra. A csoportmentesség vonatkozásában nem vitatta, hogy a mentesülés a Vr. 2.§-ának (1) bekezdése, de a Vr. 2.§-ának (2) bekezdése alapján sem alkalmazható. Az egyedi mentesítés vonatkozásában pedig nem cáfolta, hogy a Tpv. 17.§-ának b) pontjában foglaltak biztosan nem valósultak meg. Az alperes eljárásával nem sértette meg a felperes védekezéshez való jogát, a felperes nem volt elzárva attól, hogy akár a csekély jelentőség, akár a mentesíthetőség kérdésében előadja indokait, feltárja bizonyítékait. Ennek elmulasztásának következményeit az alperesre át nem háríthatja.

A bíróság kiszabással kapcsolatban a másodfokú bíróság rámutat arra, hogy a Pp. 339/B.§-ában foglaltak alapján a mérlegeléssel megállapított bírság mértékének megváltoztatására csak akkor kerülhet sor, ha a hatóság a tényállást nem kellő mértékben tárta fel, ezért az részben hiányos vagy téves, továbbá, ha a mérlegelés szempontjai nem állapíthatók meg teljeskörűen, illetve maga a mérlegelés kirívóan okszerűtlen vagy téves. A bíróság mellőzésére vagy mérséklésére jogsértés hiányára tekintettel nem kerülhetett sor, hiszen a másodfokú bíróság a fentiekben megerősítette, hogy a felperes által kötött Megállapodás versenyjogi tilalom alá eső versenyt korlátozó Megállapodásnak minősül. Ezen kívül - amint azt az elsőfokú bíróság is helyesen megállapította - az alperes a bíróság kiszabása körében teljesítette a mérlegelési jogkörben hozott döntésekkel szemben elvárt követelményeket. Határozata indokolásában bemutatta, hogy a felperes terhén és javán mit és milyen súllyal vett figyelembe. Ezen kívül a felperes további enyhítő körülményre nem hivatkozott. Annak, hogy a 2006. év kiemelkedő árbevételét hozott számára, e körben - a Tpv. 78.§-ának (2) bekezdésében foglaltakra tekintettel - nem volt jelentősége. Egyébként pedig a felperes éppen a versenyjogsértő Megállapodásának is köszönheti az adott év kiemelkedő árbevételét, így teljesen okszerű, hogy következményként a jogsértéssel érintett időszak nettó árbevétele képezze a bíróság számításának alapját. A felperes arra sem hivatkozott, hogy az alperes túllépte volna a törvényes mértéket. A bírósági felülvizsgálat jogszerűségi értékelést jelent, azaz a közigazgatási bíróságnak abban kell állást foglalnia, hogy az alperes határozatának bírságolásra vonatkozó része megfelel-e a Tpv. 78.§-ában foglaltaknak. Ennél fogva azt a felperesi előadást, miszerint a bíróság összege eltúlzott, illetve, hogy annak megfizetése a működését ellehetetleníti, értékelni nem lehetett.

Az EK Szerződés 81. Cikkére való hivatkozás sem alapos. A felperes nem vonta kétségbe, hogy a közlemény alapján az eljárás-indítás elengedhetetlen feltétele a tagállamok közötti kereskedelem érzékelhető érintettsége. Erre nézve azonban a felperes előadást nem tett, a feltétel teljesülését nem indokolta meg, azt nem bizonyította.

A közigazgatási perben a bíróságnak minden esetben hivatalból kell vizsgálnia azt, hogy a felperes rendelkezik-e perindítási jogosultsággal, továbbá, hogy a keresetben megjelölt jogszabálysértés vonatkozásában van-e keresetőségi joga. A közigazgatási perben tehát a perindítási jog és a keresetőségi jog nem azonos, a Pp. 164.§-ának (1) bekezdésében foglaltakra tekintettel pedig a felperesnek kell igazolnia azt, hogy az alperes valamely rendelkezése közvetlenül sérti jogát, jogos érdekét. Neki kell bizonyítania azt, hogy az alperes

eljárásával összefüggésben közvetlen és nyilvánvaló érintettsége van, az alperes sérelmezett eljárása közvetlenül, ténylegesen kihat jogi helyzetére. Az Olympus Kft-vel kapcsolatban alkalmazott engedékenységi politika körében ezt a közvetlen jogi érintettséget a felperes nem bizonyította. Valamennyi közigazgatási hatósági ügyben az eljáró szerv feladata a valóságghú tényállás teljeskörű felderítése, továbbá a tisztességes eljárás követelményének teljesítése. A felperesnek tehát jogos az erre vonatkozó elvárása, ám ez terjesen független attól, hogy az alperes az Olympus Kft-vel kapcsolatban folytatott-e le, és ha igen, milyen hatósági eljárást. A felperest az alperes nem azért marasztalta el, mert az Olympus Kft-vel szemben engedékenységi politikát alkalmazott, hanem azért, mert úgy ítélte meg, hogy a magatartása versenyjogsértő, amit bírsággal szankcionált. Kereshetőségi jog hiányában az elsőfokú bíróságnak nem kellett arról állást foglalnia, hogy milyen jogi és ténybeli alapon, milyen eljárás keretében folytatott az alperes az Olympus Kft-vel kapcsolatban engedékenységi politikát.

A fentiek alapján a másodfokú bíróság megállapította, hogy a felperes a fellebbezésében lényegében a közigazgatási eljárásban és az elsőfokú eljárásban előadott érveit ismételte meg. Állításait a saját jogszabály-értelmezéseinek hangoztatásán túl - a közigazgatási perben is irányadó Pp. 164.§-ának (1) bekezdése szerinti bizonyítási kötelezettsége ellenére - konkrét bizonyítékkal nem támasztotta alá. Ezzel nem igazolta azt sem, hogy az elsőfokú bíróság ítélete, vagy az alperes határozata akár kis részben is jogszabálysértő lenne.

A fentiekre figyelemmel a Fővárosi ítélőtábla az elsőfokú bíróság ítéletét - helyes indokai alapján - a Pp. 254.§-ának (3) bekezdésében foglaltak alkalmazásával helybenhagyta.

A sikertelenül fellebbező felperes a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése alapján köteles az alperes másodfokú eljárásban felmerült perköltségét megfizetni, míg a tárgyi illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt fellebbezési illetéket a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján köteles viselni.

Budapest, 2010. évi november hó 17. napján

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