

dr. Szentkúti Dániel

A magyar közbeszerzési jog versenyjogi kérdései

tudományos kutatás

A kézirat lezárva: 2010. október 10.

A tudományos kutatást a Gazdasági Versenyhivatal Versenykultúra Központja támogatta.

I.	BEVEZETÉS A KÖZBESZERZÉSEK VERSENYJOGÁHOZ	3
1.	A KÖZBESZERZÉSEKRŐL ÁLTALÁBAN.....	3
2.	ÁLTALÁBAN A KORRUPCIÓRÓL ÉS A KORRUPCIÓS TEVÉKENYSÉGEK MINT VERSENYJOGSÉRTŐ MAGATARTÁSOK	5
3.	A TPVT. ÉS A KBT. KAPCSOLATA	7
II.	AZ ERŐFÖLÉNNYEL VALÓ VISSZAÉLÉS TILALMA A KÖZÖSSÉGI ÉS A HAZAI VERSENYJOGBAN – A KÖZBESZERZÉSEK SZEMSZÖGÉBŐL.....	10
	<i>Bevezetés</i>	<i>10</i>
1.	ÉRINTETT PIAC MEGHATÁROZÁSÁNAK CÉLJA ÉS VEVŐI ERŐFÖLÉNY.....	11
2.	AZ AJÁNLATKÉRŐK MINT VÁLLALKOZÁSOK – AZ EURÓPAI BÍRÓSÁG DODONAI ÉRTELMEZÉSE	12
3.	KÖZBESZERZÉSES PIACOK – ÉRINTETT PIAC MEGHATÁROZÁS ÉS KÖZBESZERZÉSI SZABÁLYRENDSZER	16
	<i>Az érintett piac meghatározásának különös szempontjai.....</i>	<i>18</i>
	<i>Kapcsolódó érintett piacok.....</i>	<i>20</i>
	<i>Speciális belépési korlátok – pénzügyi-gazdasági és műszaki-szakmai alkalmassági feltételek.....</i>	<i>20</i>
4.	AZ AJÁNLATKÉRŐ ERŐFÖLÉNYES HELYZETÉNEK ÉRTÉKELÉSE	21
	<i>Monopszóniumok, többes erőfölényes helyzet.....</i>	<i>21</i>
	<i>Ajánlatkérők heterogenitása és a beszerzési igények elkülönülése</i>	<i>22</i>
	<i>Stratégiai jelentőség</i>	<i>22</i>
	<i>Kockázatkerülés, egyéb szubjektív tényezők</i>	<i>23</i>
5.	ERŐFÖLÉNNYEL VALÓ VISSZAÉLÉS	24
	<i>Kizárólagos és kizsákmányoló jellegű magatartások.....</i>	<i>24</i>
	<i>A beszerzési igények korlátozása.....</i>	<i>25</i>
	<i>Indokolatlan megkülönböztetés</i>	<i>25</i>
	<i>Tisztességtelen szerződéses feltételek kikényszerítése</i>	<i>25</i>
	<i>A szerződés módosítása</i>	<i>27</i>
6.	IRREÁLISAN ALACSONY ÁRAT TARTALMAZÓ AJÁNLATOK A KÖZBESZERZÉSI ELJÁRÁSBAN.....	29
	<i>A kirívó jelleg mértéke.....</i>	<i>31</i>
	<i>Az indokoláskérés és az indokolás megalapozottsága.....</i>	<i>31</i>
	<i>A gazdasági ésszerűség tesztje – az indokolás elfogadhatósága</i>	<i>33</i>
7.	ÁRAZÁSSAL KAPCSOLATOS VISSZAÉLÉSEK A VERSENYJOGBAN	34
	<i>Felfaló árazás</i>	<i>34</i>
	<i>Szelektív árdiszkrimináció</i>	<i>35</i>
	<i>Túlzottan alacsony árak alkalmazása</i>	<i>36</i>
	<i>A kirívóan alacsony ár jogkövetkezményei.....</i>	<i>37</i>
8.	IRREÁLISAN MAGAS ÁRAK ALKALMAZÁSA A KÖZBESZERZÉSI ELJÁRÁSBAN	39
	<i>Az áron túl – kirívóan aránytalan kötelezettségvállalás.....</i>	<i>40</i>
9.	TÚLZÓ ÁRAZÁS A VERSENYHATÓSÁGOK JOGGYAKORLATÁBAN	41
III.	KIZÁRÓLAGOS JOGOK - JOGI MONOPÓLIUMOK.....	44
1.	KIZÁRÓLAGOS JOGOSULTSÁGGAL FELRUHÁZOTT AJÁNLATKÉRŐK, AJÁNLATKÉRŐK ÁLTAL LÉTREHOZOTT KIZÁRÓLAGOS JOGGAL RENDELKEZŐ TÁRSULÁSOK	45
2.	A TAGÁLLAMOK INTÉZKEDÉSEINEK KORLÁTAI A HŰSÉGKLAUZULA ALAPJÁN	46
3.	A TAGÁLLAMOK GAZDASÁGPOLITIKÁJÁNAK ALAKÍTÁSA	47
4.	A 106. CIKK HATÁSA A JOGI MONOPÓLIUMOK LÉTREHOZÁSÁRA	49
5.	AZ EUMSZ 106. CIKKÉNEK ÉS 102. CIKKÉNEK KÖLCSÖNHATÁSA.....	51
6.	A JOGI MONOPÓLIUM LÉTÉNEK IGAZOLÁSA A 106. CIKK (2) BEKEZDÉSE ALAPJÁN.....	53
	<i>Általános gazdasági érdekű szolgáltatások</i>	<i>53</i>
7.	AZ IN-HOUSE MEGÁLLAPODÁSOK	60
8.	KIZÁRÓLAGOS JOGOSULTSÁG, MINT A HIRDETMÉNY NÉLKÜLI TÁRGYALÁSOS ELJÁRÁS FELTÉTELE	62
9.	A KÖZSZOLGÁLTATÓK KÜLÖNLEGES VAGY KIZÁRÓLAGOS JOGA	64
10.	AZ EURÓPAI BIZOTTSÁG VALÓDI VERSENYFELTÉTELEK MEGÁLLAPÍTÁSÁRA IRÁNYULÓ ELJÁRÁSA	66
	<i>A valódi versenyfeltételek megállapítására irányuló eljárás mint rugalmas keretrendszer.....</i>	<i>66</i>
	<i>Az eljárás megindítása</i>	<i>67</i>
	<i>A Gazdasági Versenyhivatal versenyfeltételekre vonatkozó tájékoztatási kötelezettsége</i>	<i>67</i>
	<i>Gyakorlati tapasztalatok.....</i>	<i>68</i>
11.	AZ ALVÁLLALKOZÓ MEGÚJULT FOGALMA: A KIZÁRÓLAGOS JOG TOVÁBBI MEGJELENÉSE A KBT.-BEN.....	69

IV. VERSENYKORLÁTOZÓ MEGÁLLAPODÁS ÉS ÖSSZEHANGOLT MAGATARTÁS A KÖZBESZERZÉSI ELJÁRÁSOKBAN.....	70
1. AJÁNLATTÉTEL: EGYÜTTMŰKÖDÉSI VARIÁCIÓK ÉS A KONZORCIUM	70
<i>Egyedüli ajánlattétel.....</i>	71
<i>Alvállalkozó és/vagy erőforrást nyújtó szervezet bevonása.....</i>	71
<i>Közös ajánlattétel – a konzorciumok.....</i>	73
<i>A konzorcium felelősségi viszonyai és fajtái (önkéntes és törvényen alapuló konzorciumok).....</i>	74
<i>Versenyjog-konform együttműködés a konzorcium tagjai között.....</i>	75
<i>A konzorciumi együttműködés meghiúsulása.....</i>	75
2. AZ AJÁNLATKÉRŐ FELELŐSSÉGE ÉS ANNAK ENYHÍTÉSE.....	76
3. TÍPIKUS VÉDEKEZÉSI MAGATARTÁSOK KÖZBESZERZÉSI KARTELLES ÜGYEKBEN	76
<i>A védekezés korlátai - a hajnali rajtaütés (dawn raid) fogalma, eljáró hatóságok.....</i>	77
<i>A hajnali rajtaütés lefolytatása a GVH által.....</i>	77
<i>Vizsgálói jogosítványok.....</i>	78
<i>Az eljárás alá vont vállalkozás jogai.....</i>	78
<i>A Bizottság jogosítványai a vizsgálat lefolytatása során.....</i>	79
<i>A vizsgálat lefolytatásának akadályozása.....</i>	80
4. ELJÁRÁSJOGI VÉDEKEZÉSI STRATÉGIÁK.....	80
<i>Tisztességes tárgyaláshoz való jog alapjogi sérelme.....</i>	81
<i>A hajnali rajtaütés elrendelésének és lefolytatásának kontrollja.....</i>	82
<i>Fishing expedition - a hajnali rajtaütés során beszerzett bizonyítékok más eljárásban való felhasználhatósága.....</i>	83
<i>Az eljárás megindítását megelőzően fellelt bizonyíték kérdése.....</i>	85
5. ÉRDEMI VÉDEKEZÉSI STRATÉGIÁK.....	86
<i>A kartell-tagság jogutódlása, a versenyjogi felelősség megosztása üzletág átruházás esetén.....</i>	86
<i>Az egységes/folyamatos jogsértés megállapításának feltételei és az elévülés kérdésköre.....</i>	87
<i>A találkozó célja: konzorciumi szerepvállalás, alvállalkozói bevonás, együttműködési szándék felderítése, kompetenciák feltérképezése.....</i>	89
<i>Az árgyeztetés célja a dezinformálás, megtévesztés.....</i>	90
<i>Együttműködési megállapodás önálló ajánlattevők között.....</i>	91
<i>Az együttműködési szerződés létrejöttének időpontja, formája.....</i>	93
<i>A találkozókon való részvétel és képviselet.....</i>	93
<i>Az elektronikus levelek elküldése és megérkezése.....</i>	94
<i>A versenykorlátozó megállapodás ésszerűtlensége.....</i>	94
<i>Párhuzamos magatartás.....</i>	95
<i>A versenykorlátozó megállapodás csekély jelentőségű.....</i>	95
6. AZ ENGEDÉKENYSÉGI POLITIKA KÖZBESZERZÉSI KARTELEK ESETÉBEN.....	96
<i>Az engedékenységi kérelemben foglalt nyilatkozatra vonatkozó védekezési stratégia.....</i>	98
7. A KÖZBESZERZÉSEKBŐL VALÓ KIZÁRÁS ÉS ANNAK ELKERÜLÉSE.....	99
8. A KÖZBESZERZÉSI KARTELEK BÜNTETŐJOGI JOGKÖVETKEZMÉNYEI.....	100
9. ALAPELVI SÉRELEMRE TÖRTÉNŐ HIVATKOZÁS A KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG JOGGYAKORLATÁBAN – A VERSENY TISZTASÁGA	103
V. INTÉZMÉNYI KAPCSOLATOK – A TISZTA VERSENY BIZTOSÍTÁSA A KÖZBESZERZÉSI ELJÁRÁSOKBAN	106
<i>Szignalizáció.....</i>	106
<i>Jogorvoslati eljárás kezdeményezése.....</i>	110

I. Bevezetés a közbeszerzések versenyjogához

1. A közbeszerzésekről általában

A Közbeszerzések Tanácsának 2008. évre vonatkozó beszámolója szerint 2007-ben 1521,3 milliárd forint, 2008-ban 1417,9 milliárd forintnyi közbeszerzés valósult meg. Ezek a számok

annak a tükrében is értékelendők, hogy a gazdasági válság a közbeszerzési szektor által létrehozott beszerzési értéket is csökkentette, a korábbi években néhány százmilliárd forinttal még a fenti értékeket is meghaladó összértékek kerültek megállapításra. Ráadásul a fenti számok az egyszerű eljárások értékeit nem tartalmazzák. A Közbeszerzések Tanácsa ezért a 2008. évre vonatkozóan mintegy 1600 milliárd forintra becsüli a közbeszerzési eljárásokban megvalósuló beszerzési igények összértékét, amely abban az évben a GDP 5,4%-ának felelt meg.¹

Általános statisztikai adatokra alapozva megállapítható, hogy az elmúlt években, amióta közbeszerzési eljárási jogról beszélhetünk, évente 3500-5000 között ingadozik a közbeszerzési eljárások száma, azaz éves átlagban 4000 eljárásról beszélhetünk.²

A közbeszerzési eljárásokon keresztül tetet öltő beszerzési igények jelentősek a magyar gazdaságban. Különösen a mikro-, kis és középvállalkozások (a továbbiakban: kkv-k) számára jelent fontos piacot a közbeszerzési eljárások megnyerése. 2008-ban a kkv-k 2768 eljárást nyertek meg, ami az eljárások abszolút számát tekintve 71%-os részesedést jelent a közbeszerzések tortájából, míg értékben kifejezve 40%-ot. A belső piaci verseny szempontjából a 2008-as év egyértelműen nemzeti közbeszerzési piaci jellegzetességeket hordoz, hiszen a külföldi székhelyű vállalkozások összesen csak 63 eljárást tudtak megnyerni 20,5 milliárd forint (1,5%) értékben.

A közbeszerzési eljárásokban megjelenő verseny intenzitására az egy eljárásra jutó átlagos ajánlattevői létszámot is mérte a Közbeszerzések Tanácsa, ez a 2008-as évben 3,6 ajánlattevő volt.

A fenti gazdasági adatok tükrében vitathatatlan, hogy a közbeszerzési eljárásokon keresztül megvalósuló redisztribúció olyan gazdasági szegmens, amely szinte valamennyi Magyarországon gazdasági tevékenységet kifejtő vállalkozást érint. Az érintett vállalkozások a gazdaság valamennyi szektorában tevékenykedhetnek. A közbeszerzési eljárásokban ajánlattevőként, közös ajánlattevőként, 10%-ot meghaladó mértékben bevonni kívánt alvállalkozóként, 10%-ot meg nem haladó mértékben bevonni kívánt alvállalkozóként, erőforrást nyújtó szervezetként jelenhetnek meg. A közszolgáltatásokat nyújtó különleges vagy kizárólagos jogokkal rendelkező vállalkozásokat a közbeszerzési eljárás lefolytatásának a kötelezettsége ajánlatkérőként is érintheti.

Mivel a közbeszerzési eljárás célja a rendelkezésre álló közpénzek racionális, tiszta piaci versenyhelyzetben történő elköltése, a versenyhelyzet szükségszerű konfliktusokkal jár együtt. A Közbeszerzési Döntőbizottság előtt a 2008. évben 636 jogorvoslati eljárást indítottak, a jogorvoslati kérelemmel támadott közbeszerzési eljárások összértéke hozzávetőlegesen 420 milliárd forintot érintett. (A jogorvoslattal megtámadott közbeszerzési eljárások 2007-ben 22%-ot, míg 2008-ban 16%-ot jelentettek az összes közbeszerzési eljárás

¹ J/9457. Beszámoló az Országgyűlés részére a Közbeszerzések Tanácsának a közbeszerzések tisztaságával és átláthatóságával kapcsolatos tapasztalatairól, valamint a 2008. január 1. - december 31. közötti időszakban végzett tevékenységéről, Budapest, 2009. július, p 7.

² J/9457. Beszámoló az Országgyűlés részére a Közbeszerzések Tanácsának a közbeszerzések tisztaságával és átláthatóságával kapcsolatos tapasztalatairól, valamint a 2008. január 1. - december 31. közötti időszakban végzett tevékenységéről, Budapest, 2009. július, p 6.

arányában.)³ A Közbeszerzési Döntőbizottság a jogsértés megállapítása mellett 136 esetben semmisítette meg az ajánlatkérői döntést és összesen 389 millió forint bírságot szabott ki az ajánlatkérőkre 2008-ban.

A jogorvoslati eljárásokat jellemzően a nem nyertes ajánlattevők indítják. A jogorvoslati kérelem tárgya legnagyobb számban a közbeszerzési eljárást lezáró döntést támadja, kisebb mértékben az ajánlati felhívás és dokumentáció rendelkezéseit. A jelentés azt is megállapította, hogy több mint 50%-ban az önkormányzatok beszerzései ellen indulnak a jogorvoslati eljárások. A közbeszerzési piac szűkülése érezhetően azzal a hatással jár, hogy a benyújtott jogorvoslati kérelmek száma emelkedik.⁴

Kiugróan magas – 10% körüli – azoknak a jogorvoslati eljárásoknak a száma, amelyek a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésére alapozottak, ezeket a jogorvoslati eljárásokat igen gyakran az Állami Számvevőszék kezdeményezi, jellemzően önkormányzatok ellen.

A közbeszerzések nemzetgazdaságban betöltött súlya és a jogorvoslati eljárások relatíve nagy száma szükségessé teszi az okok vizsgálatát is. Fejes Gábor meglátása szerint a közbeszerzési eljárások döntő hányada azon okból indul, mert valamely ajánlattevő vagy ajánlattevők úgy látják, hogy az ajánlatkérő nem jár vagy járt el versenysemlegesen. Az ilyen magatartásokkal szemben az érdekeiben sértett versenytársak leginkább közbeszerzési jogi jogorvoslattal élnek. A közbeszerzési jogi jogorvoslat mellett azonban a versenyjog is megfelelő jogorvoslati eszközöket kínálhat a sérelmet szenvedett vállalkozásoknak.⁵ Ennek részletesen kifejtésére az alábbiakban kerítünk sort, előbb azonban néhány sor erejéig a korrupció jelenségével is szükséges foglalkozni.

2. Általában a korrupcióról és a korrupciós tevékenységek mint versenyjogsértő magatartások

A közbeszerzésekkel kapcsolatosan a legtöbb olvasónak bizonyára a korrupció fogalma is eszébe jut. Anélkül, hogy ennek a rendkívül összetett társadalmi problémának a mélyebb elemzésébe belevágnánk, néhány gondolattal azokra az objektív tényekre szeretnénk rávilágítani, amelyek bizonyítják, hogy a magyar közbeszerzés, közpénzekkel való gazdálkodás kultúrájában a korrupció erőteljesen jelen van és kigyomlálása a rendszerből korántsem egyszerű feladat.

Önmagában az a körülmény, hogy a magyar Kbt. több mint 400 szakaszból álló törvénnyé duzzadt, jól jelzi a szabályozás parttalan jellegét.

³ J/9457. Beszámoló az Országgyűlés részére a Közbeszerzések Tanácsának a közbeszerzések tisztaságával és átláthatóságával kapcsolatos tapasztalatairól, valamint a 2008. január 1. - december 31. közötti időszakban végzett tevékenységéről, Budapest, 2009. július, p 11.

⁴ J/9457. Beszámoló az Országgyűlés részére a Közbeszerzések Tanácsának a közbeszerzések tisztaságával és átláthatóságával kapcsolatos tapasztalatairól, valamint a 2008. január 1. - december 31. közötti időszakban végzett tevékenységéről, Budapest, 2009. július, p 69.

⁵ Fejes Gábor: Attól, hogy kézenfekvő, még igaz: a közbeszerzés ajánlatkérője nincs felmentve versenyjogból! *In* Gazdaság és Jog, 2007. február.

A Közbeszerzések Tanácsa megbízására a GKI Gazdaságkutató Zrt. által 2009 januárjában készített közbeszerzési korrupcióra vonatkozó tanulmány szerint korrupcióról akkor beszélhetünk, ha valaki (1) közvetlen vagy közvetett ön- vagy csoportérdekből (2) megszegi a közösségi vagy üzleti együttélés egy vagy több olyan szabályát, amelynek érvényesítéséért felelős, s ennek során (3) legalább egy további féllel, magánszeméllyel vagy intézményi képviselővel összejátszik. A közbeszerzési korrupció pedig olyan korrumpit tevékenység, amely közbeszerzéssel kapcsolatos vagy ilyen eljárást kerül meg. A kutatás szakirodalmi és empirikus tapasztalok alapján megállapította, hogy a magyar gazdaságban a korrupció gyakorisága „közepes”, a fejlett országokban lévónél lényegesen nagyobb, de legtöbb fejlődő országban kialakult korrupciónál kisebb. Egyes nemzetközi szervezetek statisztikái szerint a magyar közbeszerzési eljárások 90%-ában történik valamilyen normasértés.

A kutatás során megkérdezett ajánlatkérőket képviselő személyek 40% körülire becsülték azoknak az eljárásoknak a számát, ahol valamilyen normasértésre sor kerülhet.⁶ Valószínűsíthető, hogy a korrupcióval illetve normasértéssel érintett eljárások száma a két érték között, 65% körül helyezhető el.

A korrupciónak két típusát említi a tanulmány, a politikai és az üzleti korrupciót. A politikai korrupció legfőbb mozgatórugója a párt- és kampányfinanszírozásra vonatkozó jogszabályi keretrendszer homályossága. A kutatás felsorolja azokat a jellegzetes magatartásformákat, amelyek a közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő és az ajánlattevők összejátszása eredményeként korrupció megvalósulásához vezethetnek:

- nyomásgyakorlás egy ajánlattevő sikeréért
- vesztegetés egy ajánlattevő sikeréért
- vesztegetés magas ár elfogadásáért
- közbeszerzési eljárás elkerülése
- Hamis célt rögzítő ajánlatkérés
- az ajánlattevők körének korlátozása
- színlelt (a nyertest előre eldöntő) ajánlatkérés
- Ajánlattevő exkluzív informálása
- Ajánlattevő indokolatlan kizárása
- Hamisan indokolt eredménytelenség
- Ajánlat részrehajló értékelése
- Pályázati felhívástól eltérő ajánlat elfogadása
- Szerződés indokolatlan módosítása
- Szerződéstől eltérő teljesítés elfogadása
- Alacsony ajánlati ár indokolatlan kiegészítése pót-munka stb. címén
- Jogorvoslat kérés elmulasztása

Az ajánlattevők (alvállalkozók) összejátszásával megvalósítandó korrupció típusai pedig a következők a kutatás megállapításai szerint:

- Ajánlattevő több cége ad ajánlatot
- Előzetes (kartell-) megállapodás
- A munkába bevonni nem kívánt szerepeltetése alvállalkozóként

⁶ GKI Gazdaságkutató Zrt.: A korrupció és a közbeszerzési korrupció Magyarországon I. kötet (A kutatás a Közbeszerzések Tanácsa megbízása alapján készült.), Budapest, 2009.

- Megállapodás minőség-rontás elhallgatásáról

A fent említett magatartások jól jellemzik, hogy az ajánlatkérők és az ajánlattevők milyen magatartás típusokon keresztül korlátozhatják a közbeszerzési eljárásban a tiszta verseny követelményének az érvényesülését. A fenti magatartások kivétel nélkül a Kbt. valamely konkrét jogszabályi rendelkezését megsértik, de legtöbbjük a versenyjogi szabályok számára is érzékelhető.

A korrupciót érvényre juttató fenti magatartások hatásait tekintve a hivatkozott tanulmány négy főbb következményt állapít meg: a beszerzési igények kielégítésére vonatkozó vállalási árak emelkedése, a teljesítés minőségének romlása, a verseny korlátozása és a pótlólagos költségek felmerülése.⁷

A következőkben a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény („Kbt.”) és a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény („Tpv.”) kapcsolatát vizsgáljuk meg. A vizsgálattal arra szeretnénk az olvasó figyelmét felhívni, hogy a legtöbb jogsértő, korrupt közbeszerzés-ellenes magatartás elkövetése esetén a versenyjognak is feladata az ilyen magatartások szankcionálása. Ezért a jogaiban sértett fél nem pusztán a Kbt. rendelkezéseire és a Közbeszerzési Döntőbizottság („Döntőbizottság”) előtti jogorvoslati eljárásra van ráutalva, de lehetősége van a Gazdasági Versenyhivatal („GVH”) versenyfelügyeleti eljárást is kérni.

3. A Tpv. és a Kbt. kapcsolata

A közbeszerzési jog célja a közbeszerzési eljárásban megvalósuló verseny biztosítása. A Kbt. 1.§ (1) bekezdése rögzíti mind az ajánlatkérő, mind az ajánlattevő számára a verseny tisztaságának és a nyilvánosságának az alapelvét.

A közbeszerzési eljárásokban megvalósuló verseny része a piacon zajló általános versenynek. Ha a közbeszerzési jogszabályokban foglalt rendelkezéseket megsértik, azzal a közbeszerzési eljárásban zajló verseny sérül, de azon túl sérül az általános piaci verseny is.

A korábbiakban bemutatásra került, hogy a közbeszerzéseken keresztül elköltésre kerülő közpénz a GDP értékének 5%-a körül van. A nemzetgazdaságban megvalósuló verseny jelentős torzulást szenvedhet, ha a közbeszerzési eljárás szabályait rendre megsértik. Az ajánlatkérők a szerződések odaítélése során erőteljesen befolyásolják a piaci szegmensek szerkezetét, hosszú távon strukturális változásokat idézhetnek elő. A közbeszerzési jog normasértései tehát a verseny általános torzulásához is vezetnek. Fejes Gábor szavaival: *a közbeszerzéseken belüli verseny kiíró általi torzítása majdnem szükségszerűen kihat a piaci versenyre általában is, az adott közbeszerzés körét meghaladó mértékben.*⁸

Ugyancsak Fejes Gábor mutat rá arra az összefüggésre, amely a Tpv. univerzális hatálya és a Kbt. szabályozási jellege között mutatható ki. A Kbt. egyetlen rendelkezése sem zárja ki az

⁷ GKI Gazdaságkutató Zrt.: A korrupció és a közbeszerzési korrupció Magyarországon I. kötet (A kutatás a Közbeszerzések Tanácsa megbízása alapján készült.), Budapest, 2009. p 9.

⁸ Fejes Gábor: Attól, hogy kézenfekvő, még igaz: a közbeszerzés ajánlatkérője nincs felmentve versenyjogból! in Gazdaság és Jog, 2007. február, p 12.

általános versenyjogi szabályok alkalmazhatóságát. Sőt, a Kbt.-t alkalmazó ajánlatkérők számára kifejezetten kötelezettséggé teszik a Kbt. 20/A.§ (1) bekezdésében foglalt rendelkezések, hogy versenykorlátozó megállapodások nyilvánvaló észlelése vagy alapos okkal történő feltételezése esetén a versenyhatóságok értesítsék. (Ezzel a későbbiekben még részletesen foglalkozunk.)

A Kbt. 3.§ (1) bekezdésében foglalt kógens jelleg csak annyit jelent, hogy a törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben a törvény az eltérést kifejezetten megengedi. Ebből azonban nem következik, hogy a Kbt. teljes (univerzális hatályú) szabályozás volna a közbeszerzéseket illetően, azaz más jogszabályokat (köztük a Tpv-t) ne kellene alkalmazni a közbeszerzési eljárásokra.

A Kbt. közbeszerzési jog szempontból szabályozza a közbeszerzési eljárásokat, de ezeknek az eljárásoknak polgári jogi, büntetőjogi, fiskális-pénzügyi jogi és versenyjogi vonzatai is vannak. Ezt az álláspontot támasztja alá, hogy a közbeszerzési eljárások keretében megkötött szerződéseket illetően a Kbt. 340.§ (4) bekezdése kifejezetten úgy rendelkezik, hogy a Kbt. szerinti jogkövetkezmények alkalmazása nem zárja ki a Ptk. 200.§ (2) bekezdésében foglalt jogkövetkezmények alkalmazását a közbeszerzésre, illetőleg a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályokba ütköző módon megkötött szerződés semmisségének megállapítása tekintetében. Ha pedig ez a polgári jogra igaz, akkor annak más jogterületekre is igaznak kell lennie, így a versenyjogra is.

A fentiekből az következik, hogy a Kbt. nem *lex specialis* a Tpv-t.-hez képest. Ha a Kbt. rendelkezéseit megsérti, annak a közbeszerzési jogi jogkövetkezményeken túl polgári jogi (pl. kártérítés, semmisség stb.), pénzügyi jogi (pl. szabálytalan kifizetések), büntetőjogi (Btk. 296/B.§: *versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban*) és versenyjogi jogkövetkezményei (versenykorlátozó megállapodás, erőfölénnyel való visszaélés, magánjogi jogérvényesítés stb.) is lehetnek. Ismét csak Fejes Gábor találó jellemzésével: *a Kbt. nem egy, a közbeszerzésekre írt „versenytörvény mutáns”*.⁹ Analógia a szektor-specifikus versenyjogi szabályok és a Tpv-t. kapcsolatán keresztül mutatható ki: a telekommunikációs szektor, a villamos energia és földgáz szektorok bizonyos kérdéseit és néhány *ex-ante* (vagy versenyteremtő) versenyjogi vetületet a jogalkotó az ágazati törvényekben és a kapcsolódó alacsonyabb rendű jogszabályokban rendezett, de ettől függetlenül az iparági szereplőknek a versenyjog normáinak is megfelelően kell engedelmeskedniük.¹⁰

A fenti gondolatokat a GVH joggyakorlata is alátámasztja horizontális kartell megállapodások esetére: *az a tény, hogy egy bizonyos versenykorlátozó magatartást közbeszerzési eljárás keretében tanúsítottak, önmagában semmilyen formában nem zárja ki a vonatkozó versenyszabályok alkalmazhatóságát*.¹¹

Ugyanakkor a legfrissebb, vasútépítési tevékenységet érintő Vj-174/2007/332. számú közbeszerzési kartelles ügyben a Versenytanács a fent kifejtett gondolatmenetet némiképpen árnyalta: *A jelen eljárásban vizsgált magatartást az érintett vállalkozások közbeszerzési eljárások keretében fejtették ki. Az érintett közbeszerzési eljárásokat*

⁹ Fejes, ibid p 11.

¹⁰ Fejes, ibid p 11.

¹¹ Fejes, ibid p 11. lásd a GVH Vj-27/2003. számú ügyét.

szabályozó (...) Kbt. kinyilvánított célja a közpénzek ésszerű felhasználása átláthatóságának és széles körű nyilvános ellenőrizhetőségének megteremtése, továbbá a közbeszerzések során a verseny tisztaságának biztosítása. Ezt a Kbt. 1. §-a az eljárás alapelvei között úgy fogalmazza meg, hogy a közbeszerzési eljárásban – ideértve a szerződés megkötését is – az ajánlatkérő köteles biztosítani, az ajánlattevő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát és nyilvánosságát, illetve az ajánlatkérő köteles biztosítani az esélyegyenlőséget és az egyenlő bánásmódot az ajánlattevők számára.¹²

A Tpv. és az EuMSz. (értsd: az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés) e törvényi rendelkezésekhez – sajátos versenyszempontjai szerint – tilalmi szabályok felállításával csatlakozik. A pályázati kiírók versenytisztaságot sértő magatartása önállóan vagy a pályázókkal való összefüggésében a Tpv. 7.§-a alá vonhatóan kizárólag bírói hatáskörbe tartozóan, míg a pályázók versenykorlátozó magatartása a GVH által a Tpv. 11.§-ának és az EUMS. 101. Cikkének megsértése miatt indított eljárásban vizsgálható.¹³

A fenti gondolatok tovább erősítik, hogy a Kbt. nem univerzális hatályú, a versenyjogi szabályok csatlakoznak a közbeszerzési eljárások során tanúsított magatartások szabályozásához.

A Versenytanácsnak az ajánlatkérők magatartásával kapcsolatos fejtegetése külön elemzésre érdemes: ha a magatartás a Tpv. 7.§-a alá vonható, akkor annak elbírálása nem a versenyhatóság, hanem a bíróság hatáskörébe tartozik. A Tpv. 7.§-a szubszidiárius jellegű szabály, alkalmazására csak abban az esetben kerülhet sor, ha a Tpv. más rendelkezése vagy külön törvény arról nem rendelkezik:

„Tilos a versenyeztetés - így különösen a versenytárgyalás, a pályáztatás -, az árverés, a tőzsdei ügylet tisztaságát bármilyen módon megsérteni. E tilalmat csak azokra a magatartásokra kell alkalmazni, amelyeket e törvény más rendelkezése vagy külön törvény nem szabályoz.”

A Versenytanácsnak az ajánlatkérő versenyeztetés tisztaságát megsértő magatartására vonatkozó fejtegetését részletesebben kellene ismertetnie. Szerény véleményünk szerint ugyanis különbséget kellene tenni az erőfölénnyel rendelkező és nem rendelkező ajánlatkérők között. Ha az ajánlatkérő erőfölényben levő vállalkozásnak minősíthető, akkor elképzelhető, hogy a Kbt. valamely rendelkezésének megsértésével az ajánlatkérő az erőfölénnyel való visszaélés Tpv. 21.§-ában illetve az EUMS. 102. Cikkében foglalt tényállását is megsérti. Ilyen esetben a Tpv. 7.§-ában foglalt szubszidiárius tényállás alkalmazása fel sem merül.

Ha azonban az ajánlatkérő nem minősül erőfölényben levő vállalkozásnak, akkor a Tpv. 7.§ alapján bíróság előtt csak akkor vonható felelősségre, ha magatartását a Kbt. – külön törvényként – nem szabályozza.

Összefoglalóan megállapítható, hogy a Tpv. a közbeszerzési eljárásokban vállalkozások által tanúsított magatartásokra is érvényes. Emiatt megalapozott közbeszerzési versenyjogról beszélni, ebbe a fogalomba beletartoznak a közbeszerzési és versenyjogi

¹² Vj-174/2007/332. számú végzés 205. pontja.

¹³ Vj-174/2007/332. számú végzés 206. pontja.

szabályok által szabályozott magatartások, piaci helyzetek, a közbeszerzési és versenyjogi jogalkalmazásért felelős szervek interakciói is.

A következőkben a közbeszerzési versenyjogot három nagy témakörre bontva tárgyaljuk, a teljesség igénye nélkül. Elsőként az erőfölénnyel való visszaélést vizsgáljuk, az ajánlatkérő piaci helyzetére, vállalkozásként való minősítésére és a visszaélés közbeszerzési eljárásban megjelenő tipikus eseteire szorítkozva. A következőkben a különleges vagy kizárólagos jogok Kbt.-ben megjelenő fogalmait vizsgáljuk, azokat egymással összehasonlítjuk és értékeljük, hogy versenyjogi szempontból milyen veszélyeket rejthet magában a kizárólagos jogokkal való visszaélés. Harmadrészt a versenykorlátozó magatartásokat vizsgáljuk, elsősorban az ajánlattevők között, horizontális irányban megvalósuló kartellező magatartásokat. Ennél az utolsó témánál a GVH bőséges versenyjogi gyakorlatára is tekintettel leszünk, ebből kiindulva szeretnénk konklúziót vonni.

II. Az erőfölénnyel való visszaélés tilalma a közösségi és a hazai versenyjogban – a közbeszerzések szemszögéből

Bevezetés

A közbeszerzési eljárás során erőfölényével a közbeszerzési eljárás valamennyi szereplője visszaélhet. Az ajánlatkérő, az ajánlattevő, az alvállalkozó és az erőforrást nyújtó szervezet is képes lehet olyan magatartás tanúsítására, amellyel az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés (a továbbiakban: „EUMSZ”) 102. Cikkébe (a korábbiakban: az Európai Közösségeket létrehozó Szerződés 82. Cikke) ütköző magatartást tanúsít.¹⁴

„A belső piaccal összeegyeztethetetlen és tilos egy vagy több vállalkozásnak a belső piacon vagy annak jelentős részén meglévő erőfölényével való visszaélése, amennyiben ez hatással lehet a tagállamok közötti kereskedelemre.

Ilyen visszaélésnek minősül különösen:

- a) tisztességtelen beszerzési vagy eladási árak, illetve egyéb tisztességtelen üzleti feltételek közvetlen vagy közvetett kikötése;*
- b) a termelés, az értékesítés vagy a műszaki fejlesztés korlátozása a fogyasztók kárára;*
- c) egyenértékű ügyletek esetén eltérő feltételek alkalmazása az üzletfelekkel szemben, ami által azok hátrányos versenyhelyzetbe kerülnek;*
- d) a szerződések megkötésének függővé tétele olyan kiegészítő kötelezettségeknek a másik fél részéről történő vállalásától, amelyek sem természetüknél fogva, sem a kereskedelmi szokások szerint nem tartoznak a szerződés tárgyához.”*

A Tpv. 21.§ - át ugyancsak sérthetik a fenti magatartások:

„Tilos a gazdasági erőfölénnyel visszaélni, így különösen:

- a) az üzleti kapcsolatokban – ideértve az általános szerződési feltételek alkalmazásának esetét is – tisztességtelenül vételi vagy eladási árakat megállapítani, vagy más módon indokolatlan előnyt kikötni, vagy hátrányos feltételek elfogadását kikényszeríteni;*
- b) a termelést, a forgalmazást vagy a műszaki fejlődést a fogyasztók, üzletfelek kárára korlátozni;*

¹⁴ Sue Arrowsmith: The Law of public and utilities procurement, London, Sweet & Maxwell, 2005.

- c) indokolatlanul elzárkózni az ügylet jellegének megfelelő üzleti kapcsolat létrehozásától, illetve fenntartásától (elzárkózás);
- d) a másik fél gazdasági döntéseit indokolatlan előny szerzése céljából befolyásolni;
- e) az árut az ár emelését megelőzően vagy az ár emelkedésének előidézése céljából, vagy egyébként indokolatlan előny szerzésére, illetve versenyhátrány okozására alkalmas módon a forgalomból indokolatlanul kivonni, illetőleg visszatartani;
- f) az áru szolgáltatását, átvételét más áru szolgáltatásától, átvételétől, továbbá a szerződéskötést olyan kötelezettségek vállalásától függővé tenni, amelyek természetüknél fogva, illetve a szokásos szerződési gyakorlatra figyelemmel nem tartoznak a szerződés tárgyához;
- g) azonos értékű vagy jellegű ügyletek esetén az üzletfeleket indokolatlanul megkülönböztetni, ideértve olyan árak, fizetési határidők, megkülönböztető eladási vagy vételi feltételek vagy módszerek alkalmazását, amelyek egyes üzletfeleknek hátrányt okoznak a versenyben;
- h) a versenytársaknak az érintett piacról való kiszorítására vagy a piacra lépésük akadályozására alkalmas, nem a versenytársakéhoz viszonyított nagyobb hatékonyságon alapuló, túlzottan alacsony árakat alkalmazni;
- i) a piacra lépést más módon indokolatlanul akadályozni;
- j) a versenytárs számára indokolatlanul hátrányos piaci helyzetet teremteni, vagy gazdasági döntéseit indokolatlan előny szerzése céljából befolyásolni.”

Az erőfölénnyel való visszaélés versenyhatóságok általi szankcionálása, a piaci erő féken tartása a fogyasztói igények optimális kielégítését biztosító tisztességes és hatékony gazdasági verseny eszköze. Az erőfölény pusztán ténye nem szankcionálható, az erőfölényre törekvés önmagában nem tiltott, sőt az beleérthető a vállalkozás alkotmányos jogába és az államcélként definiált gazdasági verseny szabadságának tartalmába.¹⁵ A vállalkozás joga bárkinek biztosítja az üzleti tevékenység kifejtésnek szabadságát. Ha azonban a vállalkozás visszaél erőfölényes helyzetével, ezzel a gazdasági verseny hatékony működését veszélyezteti, torzítja és kárt okoz a fogyasztóknak. Az államnak ilyenkor a gazdasági verseny szabadságára irányuló, Alkotmányban kitűzött cél elérése érdekében tevőlegesen be kell avatkoznia a piaci folyamatokba.

A közbeszerzés és a versenyjog kölcsönhatásában a vállalkozás és az érintett piac fogalmát előzetesen meg kell vizsgálni az erőfölénnyel való visszaélés elemzéséhez.

1. Érintett piac meghatározásának célja és vevői erőfölény

Az EUMSZ 102. Cikkének címzetti körét a vállalkozások jelentik, míg a Tpv. 1.§ (1) bekezdése szerint a törvény hatálya a vállalkozások Magyar Köztársaság területén tanúsított vagy olyan piaci magatartására terjed ki, amelynek hatása érvényesülhet a Magyar Köztársaság területén (hatás-elv). Az ajánlatkérők, ajánlattevők, alvállalkozók, erőforrást nyújtó szervezetek számára a fenti versenyjogi rendelkezések akkor tiltják meg a gazdasági erőfölénnyel való visszaélést, ha a közbeszerzés fenti szereplői vállalkozásnak minősíthetők. Az erőfölény megállapítása mindig feltételezi az érintett piac meghatározását, erőfölényes helyzet általánosságban nem létezik, mindig konkrét gazdasági körülmények ismeretében lehet csak megállapítani az erőfölényt. Az érintett piac meghatározása során értékelni kell, hogy a közbeszerzési eljárás és annak szabályozása milyen hatással van az érintett piac meghatározására (közbeszerzéses piacok).

¹⁵ 1949. évi XX. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmánya, 9. §.

Az érintett piacok meghatározásáról szóló Bizottsági Közlemény¹⁶ 10. pontja szerint az adott versenyjogi tényállás céljához kapcsolódik az érintett piacok meghatározásának célja is: fúziókontroll esetén pl. az erőfölény létrejöttének vagy megerősítésének megakadályozása a cél a piac szerkezeti változásainak ellenőrzésén keresztül, míg az erőfölénnyel való visszaélés esetén már kialakult piaci erő féken tartásáról gondoskodik a versenyjog. Az erőfölény definícióját az Európai Bíróság először 1979. február 13-án határozta meg a *Hoffman - La Roche* ügyben, ezt a definíciót több később született határozat is megerősítette.¹⁷ A Bizottság fenti álláspontjából levezethető az a szándék, hogy a közbeszerzéses piacokon - ahol a vevői oldalon ajánlatkérők állnak – a versenyjog céljának az erőfölénnyel való visszaélés megakadályozását kell tekinteni. Sem a keresleti oldalon, sem pedig a kínálati oldalon nem engedhető meg visszaéléssel járó magatartás. Külön érdekes kérdés, hogy a Bizottság a hivatkozott 10. pontban az erőfölény definícióját követően elsősorban a kínálati/értékesítői oldalra vonatkoztatja az erőfölénnyel való visszaélést (illetve a piaci erőre vonatkozó korlátokat – keresleti helyettesíthetőség, kínálati helyettesíthetőség, potenciális verseny – ebből a szempontból vizsgálja), tehát a közbeszerzéses piacok kínálati oldalán levő ajánlattevők, közös ajánlattevők piaci magatartását vizsgálni kell.

A vevői erőfölénnyel való visszaélés sem zárható ki az EUMSZ 102. Cikkének és a Tpv. 21. § alkalmazási köréből és a közbeszerzések szempontjából fontosabb piacokon (egészségügyi termékek, irodaszerek, hulladékkezelés, építési beruházások stb.) inkább a vevői erőfölény, sőt a monopozóniumok jelenléte a jellemző. A monopozónium a vevői-keresleti monopólium esete, azaz amikor a terméket vagy a szolgáltatást kizárólag egyetlen vevőnek adhatják el. Ha az érintett közbeszerzéses piacon az ajánlatkérő mint vevő erőfölényben van, a visszaélés tipikus formái (így pl. a tisztességtelen piaci ár alkalmazása, ésszerűtlen gazdasági- pénzügyi szerződéses feltételek, a tárgyalások során való eljárás tisztességtelensége stb.) könnyen megvalósíthatóak.

A GVH Versenytanácsa a *Vj-41/2003* számú állásfoglalásában a vevői erőfölény vélelme esetében az alábbi kérdések vizsgálatát tartja fontosnak:

- az eladó milyen további vevők részére tudja az adott árut értékesíteni;
- az adott áru előállításához szükséges eszközöket milyen más gazdasági tevékenység végzéséhez képes rövid időn belül, számottevő többletköltség nélkül átállítani (kínálati helyettesítés);
- milyen feltételek mellett léphet ki az eladó az adott érintett piacról.

2. Az ajánlatkérők mint vállalkozások – az Európai Bíróság dodonai értelmezése

A közbeszerzési eljárás szereplői közül leginkább az ajánlatkérők minősítése állítja a versenyhatóságokat és az Európai Bíróságot kihívás elé. A vállalkozás fogalma alá sorolás kiindulópontja valamennyi esetben az Európai Bíróság *Höfner*-ügyben megfogalmazott koncepciója, amely szerint az entitás gazdasági tevékenysége a meghatározó, a jogi helyzet és a finanszírozás módja pedig nem.¹⁸

Az ún. *Bettercare* esetben a Belfast Health and Social Services Trust (a továbbiakban: „**North & West**”) közszolgáltató hosszú távú bentlakásos ellátási megállapodásokat kötött

¹⁶ 97/C 372/03, OJ C 372, 9.12.1997 p. 5., Celex No: 31997Y1209(01)

¹⁷ A dominant position is such that a firm or group of firms would be in a position to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers.

¹⁸ *Höfner and Elser v Macrotron*, C-41/90, 21.

időskorúak részére, jogszabályban előírt szociális közfeladatai ellátása érdekében. Szerződő partnereivel szemben olyan szerződéses feltételeket alkalmazott a North & West, amelyek a piaci árviszonyoknál lényegesen alacsonyabb ellenszolgáltatást tartalmaztak a magánszféra szerződéses szolgáltatói számára. A piaci alapon működő vállalkozások egyébként privát szolgáltatásokat is nyújtottak, ahol az ilyen bentlakásos ellátással kapcsolatos piaci árviszonyok is kialakulhattak. Az alacsony ellenszolgáltatás alkalmazása felvetette az erőfölénnyel való visszaélés gyanúját, de megállapításának előfeltétele volt a North & West vállalkozásként minősítése.

A tagállami versenyhatóság (*Competition Commission Appeals Tribunal*) megállapította, hogy a North & West a hosszú távú bentlakásos ellátási szolgáltatások beszerzésének körében vállalkozásként jár el, mivel gazdasági tevékenységet folytat azzal, hogy kereskedelmi ügyleteket köt magánszektorbeli vállalkozások szolgáltatásainak vevőjeként.¹⁹ A vállalkozásként minősítés szempontjából Jacobs főtanácsnok véleménye befolyással lehetett a versenyhatóságra: *a vállalkozásként minősítés szempontjából annak van döntő jelentősége, hogy az érintett vállalkozás olyan helyzetben van-e, amely helyzet képes bizonyos hatások kiváltására, amelyeket a versenyjog meg kíván akadályozni.*²⁰ A versenyhatóság a fenti kiindulópont mellett annak is jelentőséget tulajdonított, hogy a tevékenység attól vált gazdasági jellegűvé, hogy kereskedelmi jellegű ügyletek megkötésére került sor a közszolgáltató részéről. Külön hangsúlyozta az ügyel kapcsolatosan azt is, hogy tisztességtelen kereskedelmi feltételek és árak alkalmazására a vevő részéről is sor kerülhet. Egyébként itt utalni érdemes a magyar Tpvt. nem kimerítő jellegű felsorolására is a visszaélés formáit érintően. Jól látható a megfogalmazásokból, hogy azokat eladók és vevők, szállítók és megrendelők, a kereslet és a kínálat oldalának szereplői egyaránt megvalósíthatják.

A North & West azzal kívánta cáfolni a gazdasági tevékenységre vonatkozó érvelést, hogy továbbértékesítési cél nélkül vette igénybe a vállalkozások szolgáltatásait. A versenyhatóság ezzel szemben további három feltételt említett, amelyek a vállalkozás jelleget megalapozták: a North & West üzleti jellegű tevékenysége az időskorú bentlakásos ellátási szolgáltatások piacán jelentős mennyiséget tett ki és hosszú távra szól, a North & West saját maga is nyújtott időskorúaknak bentlakásos elhelyezéssel járó szolgáltatásokat, harmadszor pedig kiadásainak bizonyos százalékára szert tett díj formájában a szolgáltatást igénybe vevőkön keresztül.

A fent ismertetett tényállásnál nehezebb megítélni azt a helyzetet, amikor az ajánlatkérő a beszerezni kívánt terméket vagy szolgáltatást saját maga nem értékesíti az érintett piacon. A fenti ún. *Bettercare*-ügy tényállása többek között azért egyedi, mert az ajánlatkérő maga is nyújtotta azt a szolgáltatást, amelyet alacsonyabb áron beszerezett más piaci vállalkozásoktól. Ez némiképpen leegyszerűsítette a helyzetet a versenyhatóságok számára a vállalkozásként minősítés tekintetében. Egy ilyen helyzetben könnyen össze lehet vetni az eltérő költségeket és alkalmazott árakat, egyszerűen belátható a piaci szereplők és a közszolgáltatók közötti aktuális vagy potenciális versenyhelyzet és annak torzítása.

¹⁹ Jennifer Skilbeck: The circumstances in which a public body may be regarded as an „undertaking” and thus subject to the Competition Act 1998 solely because of its function as a purchaser of particular goods or services: *Bettercare Group Limited v The Director General of Fair Trading*, 2003, *Public Procurement Law Review*, p 71-74.

²⁰ *Cisal*-ügy, C-218/00, 2002. január 22. idézi Jennifer Skilbeck *In The circumstances in which a public body may be regarded as an „undertaking” and thus subject to the Competition Act 1998 solely because of its function as a purchaser of particular goods or services: Bettercare Group Limited v The Director General of Fair Trading*, 2003, *Public Procurement Law Review*, p 71-74.

Egy másik korai, 1991-ből származó ügyben (*Poucet & Pistre v AGF and Cancava*) két természetes személy a kötelező társadalombiztosítási járulékok megfizetését tagadta meg.²¹ A természetes személyek arra hivatkoztak, hogy a kötelező társadalombiztosítási alapok visszaéltek az erőfölényükkel a kötelező járulékfizetés kikényszerítésével. A francia bíróságok az Európai Bíróság („EuB”) elé utalták az ügyet, a bíróság pedig azon az állásponton volt, hogy a társadalombiztosítás szervei nem minősíthetők vállalkozásoknak az alábbiak miatt:

- a biztosítási rendszer tagjai számára a megbetegedés, öregség, gyermekvállalás kockázataival szemben védelmet nyújtanak, tehát szociális célkitűzéseket valósítanak meg;
- szolidaritási elven működnek, azaz a nyújtott juttatások mértéke nem áll közvetlen összefüggésben az alapokban történő befizetés, hozzájárulás mértékével;
- teljes egészében nem nyereségérdekelt módon működnek az alapok.

A harmadik ügy, amelyben a közszolgáltatók vállalkozás minőségét vizsgálták, az *AOK Bundesverband* ügy volt.²² Ennek az ügynek a kiindulópontja a német munkavállalókra vonatkozó kötelező állami biztosítási rendszer. Ezeknek a munkavállalókat biztosító alapoknak a társulásai közé tartozott az AOK is. Az alapokat tömörítő társulásokat jogszabály kötelezte arra, hogy bizonyos gyógyszerekre vonatkozóan rögzítsenek egy maximum összeget, amelyet az alapok kifizethetnek ellenértékként. Néhány gyógyszer nagykereskedőt természetesen negatívan érintett a maximális árak meghatározása, ezért a biztosítási alapok ellen pert indítottak az erőfölénnyel való visszaélésre hivatkozva. Az EuB előtt felmerülő kérdés úgy hangzott, hogy vállalkozásoknak lehet-e tekinteni a német munkavállalókat kötelezően biztosító alapok társulásait. A bíróság a kérdést úgy közelítette meg, hogy a gyógyszerekkel kapcsolatosan rögzített maximális árak meghatározása vajon az alapok kizárólagosan szociális vagy gazdasági jellegű funkcióival hozható-e összefüggésbe. Végül megállapításra került, hogy a maximális árak megállapítása semmiféle más, a tisztán szociális funkcióktól elválasztható különös érdeket nem szolgált.

Az EuB tehát megállapította, hogy az alapok nem tekinthetők vállalkozásoknak, ezt a következő indokokkal támasztotta alá:

- az alapoknak nem volt befolyásuk a jogszabály alapján a biztosítottat megillető juttatásokra, ennek mértéke nem volt összefüggésbe hozható a befizetett járulékok mértékével;
- az alapok között szolidaritási elv volt érvényben, azaz a költségek és kockázatok kiegyenlítésre kerültek közöttük, továbbá nem álltak sem egymással, sem más piaci vállalkozásokkal versenyben.

Mivel a vállalkozás minősége nem volt megállapítható az alapok társulásaira, ezért a versenyjogi szabályok további alkalmazására sem kerülhetett sor és a gyógyszeripari vállalkozásoknak veszteségeikkel számolniuk kellett.²³

A német Legfelsőbb Bíróság gyakorlata is igen értékes a vállalkozás fogalmának értelmezéséhez. A BGH KZR 11/01. számú ügyben az a kérdés merült fel, hogy a helyi

²¹ C-159/91 és C-160/91 számú egyesített ügyek.

²² C-264/01, C-306/01, C-354/01, és C-355/01 számú egyesített ügyek.

²³ Catriona Munro: Competition law and public procurement: two sides of the same coin?, *Public Procurement Law Review* 2006, p. 352-361.

önkormányzatok (*Gemeinde*) vállalkozásnak minősülnek-e versenyjogi értelemben. A német Legfelsőbb Bíróság igenlő választ adott a kérdésre, tekintettel arra, hogy az ügy az önkormányzatok beszerzéseit érintette, amelyek *ebben a funkciójukban* vállalkozásnak minősültek.²⁴ Fejes Gábor az ügygel kapcsolatosan általános jelleggel utal arra is, hogy az állam, a helyi önkormányzatok és az államhoz szorosan kapcsolódó entitások (pl. állami vagy többségében állami tulajdonú társaságok, önkormányzati társaságok, központi vagy helyi közigazgatási szervek nem tekinthetők vállalkozásnak, amennyiben közjogi, közhatalmi funkcióikat gyakorolják. Akkor viszont, ha ugyanezen szereplők gazdasági tevékenységet fejtenek ki, azaz megjelennek a piacon termékeikkel vagy szolgáltatásaikkal (vagy ezeket igénybe veszik), akkor e tevékenységük tekintetében, versenyjogi értelemben, vállalkozásnak minősülnek.

Említésre érdemes jogeset az EuB gyakorlatában a *FENIN*-ügy is, amelyet gyógyászati termékeket és eszközöket spanyol kórházakban forgalmazó vállalkozások társulása indított a spanyol egészségbiztosítási rendszer ellen. A társulás álláspontja szerint a társadalombiztosítási rendszer egészségbiztosítási alapja erőfölényes helyzetben van a gyógyászati termékek piacán és visszaélt erőfölényével akkor, amikor a vásárolt gyógyászati termékekért késve fizetett. Az Európai Bizottság az ügyben kifejtette, hogy az egészségbiztosítási alap beszerzési tevékenysége nem függetleníthető a beszerzést követő használatától és a beszerzett termékekkel kapcsolatos szolgáltatás természetétől. A Bizottság álláspontját a *FENIN* az Elsőfokú Bíróság előtt megtámadta, a bíróság azonban elutasította a keresetet. Az EuB – az Európai Bizottság („**Bizottság**”) álláspontjához hasonlóan – azzal érvelt, hogy a tevékenység attól válik gazdasági jellegűvé, hogy a kérdéses árukat és szolgáltatásokat az adott vállalkozás értékesítésre kínálja (*offering*), de önmagában a beszerzési tevékenység nem minősülhet gazdasági jellegűnek. A bíróság szerint meg kell vizsgálni, hogy a beszerzett áruk felhasználása mint tevékenység gazdasági jellegű vagy sem. A *C-205/03.* számú fellebbviteli ügyben az Európai Bíróság arra hívta fel a *FENIN* figyelmét, hogy a beszerzési tevékenység természete annak függvényében dönthető el, hogy a beszerzést követő használat a szóban forgó terméket vagy szolgáltatást illetően gazdasági jellegűnek minősíthető-e. A *FENIN* a beszerzést követő használattal kapcsolatosan rámutatott arra, hogy a bíróság álláspontja megerősíti az egészségbiztosítási alap tevékenységének gazdasági jellegét, tekintettel arra, hogy az egészségbiztosítási alap a beszerzett gyógyászati termékeket részben szolidaritási elven, külön térítés nélkül, osztja el újra, részben azonban fizetős szolgáltatásként és piaci alapon értékesíti olyan igénybevevők részére, akikre nem terjed ki a kötelező ellátás (pl. Spanyolországban tartózkodó turisták). Az EuB a fenti védekezéssel érdemben nem foglalkozott, hivatkozva arra, hogy a Bizottság előtti eljárásban a kérelmező nem kifogásolta azt, hogy az egészségbiztosítási alap szolidaritási elven működik.

A fentiek alapján egyelőre nincs egyértelmű álláspont az EUB gyakorlatában abban a kérdésben, hogy az ajánlatkérők vállalkozásoknak tekinthetőek-e olyan esetekben, amikor az általuk beszerzett árut vagy szolgáltatást részben támogatott alapon értékesítik tovább, vagy amikor csak bizonyos igénybevevői csoportoktól szednek díjat, míg más igénybevevői csoportoknak szolidaritási alapon szociális célok megvalósítása érdekében nyújtanak szolgáltatást illetve biztosítanak terméket. Az utóbbi esetben az is kérdéses, hogy milyen

²⁴ Fejes Gábor: Attól, hogy kézenfekvő, még igaz: a közbeszerzés ajánlatkérője nincs felmentve versenyjogból! *In Gazdaság és Jog*, XV. évfolyam, 2. szám, 2007. február, p 12.

jelentősége van annak, hogy a szolgáltatást vagy terméket más vállalkozásokkal versenyben állva nyújtják az ajánlatkérők.

Bár a FENIN ügyben a Bíróság nem foglalt állást a fenti kérdésben, Poiares Maduro főtanácsnok ügyben kifejtett véleménye kijelölheti a további joggyakorlatot. A főtanácsnok meglátása szerint a szolidaritási működési elvet a szolgáltatáshoz való – igénybevevők általi – *egyetemes hozzáférés* biztosítása magában foglalja, jóllehet önmagában ez nem elegendő ahhoz, hogy nem gazdasági tevékenységgé minősítsen egy beszerzési tevékenységet. A szolidaritási elvet az is erősíti, ha a szóban forgó szolgáltatást *téritésmentesen nyújtja* az ajánlatkérő. Ha a kérdéses szolgáltatást *egyedül állami szervezetek* nyújtják, akkor a piaci folyamatok nem játszanak szerepet a szolgáltatás nyújtásában és a szolgáltatási tevékenységet kizárólag a szolidaritás elve vezérli.²⁵

Fejes Gábor álláspontja szerint a FENIN-ügy további tanulsága, hogy a közösségi esetjog az ajánlatkérő vállalkozásként való azonosítása alól végeredményben kimunkált egy kivételt: amennyiben az adott beszerzést olyan entitás végzi, amely még részben sem végez vállalkozási tevékenységet (azaz az adott inputot semmilyen formában nem használják utóbb fel versenyjogi értelemben vett vállalkozói tevékenységhez), akkor az adott beszerzés tekintetében az azt végző szerv nem minősül vállalkozásnak és arra nem terjed ki a versenyjog hatálya. Példaként egy bíróság általi számítógépekre vonatkozó beszerzésre hivatkozik a szerző, abból kiindulva, hogy a bíróság semmilyen esetben sem végezhet (még részben sem) versenyjogi értelemben vett vállalkozói tevékenységet.²⁶

Összefoglalóan megállapítható, hogy az ajánlatkérő vállalkozásként minősítése az Európai Bíróság joggyakorlatában fejlődésen ment keresztül: a *Bettercare* ügyben önmagában a beszerzési tevékenység, értékesítési tevékenység nélkül, megalapozhatta a vállalkozás minőségét, ha tevékenysége olyan hatásokkal járt, amelyeket a versenyjog meg kívánt akadályozni. Ehhez képest a *FENIN* ügyben az EuB el nem választhatónak tekintette a beszerzési és értékesítési tevékenységet, a gazdasági tevékenység szükséges elemeként határozta meg a termékek és szolgáltatások értékesítésre történő felajánlását és a szolidaritási elven történő működést. A két ügy között az a világos különbség, hogy az első ügyben az ajánlatkérőn kívül más piaci szereplők is nyújtották azt a szolgáltatást, amelyet az ajánlatkérő maga is be kívánt szerezni.

A FENIN ügyben alkalmazott megközelítés elfogadása azzal a kockázattal járhat, hogy a közbeszerzéses piacokon értékesítő vállalkozások egy erőfölényben levő monopozóniummal szemben a versenyjog által biztosított védelem nélkül maradnak, mivel az ajánlatkérő nem lesz vállalkozásként minősíthető és emiatt a versenyjogi tilalmak (Tpvt. 7.§, 11.§ és 21.§) sem lesznek alkalmazhatóak rá. A közbeszerzési jog általános elvei és az abban foglalt speciális kötelezettségek azonban ennek a kockázatnak a csökkentésére szolgálnak.

3. Közbeszerzéses piacok – érintett piac meghatározás és közbeszerzési szabályrendszer

²⁵ Catriona Munro, *ibid* p. 366.

²⁶ Fejes *ibid.*, p 12.

Egy magatartás versenyhatásait az érintett piacon kell vizsgálni. A Tptv. 14.§ (1) bekezdése alapján az érintett piacot a megállapodás (magatartás) tárgyát alkotó áru és földrajzi piac figyelembevételével lehet meghatározni. A közbeszerzésekkel kapcsolatos versenyhatósági eljárásokban a versenyhatóságok két elméleti álláspontról indulhatnak ki.

Az első álláspont szerint az érintett piac földrajzi és tárgyi kereteit maga a közbeszerzési eljárás adja, a közbeszerzési eljárásban beszerezni kívánt szolgáltatás vagy áru képezi az érintett termékpiacot. A piac keresleti oldalán az ajánlatkérő áll egyedül – ésszerű további keresleti helyettesíthetőség nélkül, míg a kínálati oldalon kizárólag a közbeszerzési eljárásban ajánlat benyújtására lehetőséget szerző ajánlattevők állnak, további ésszerű kínálati helyettesíthetőségi lehetőségek nélkül.

A második elméleti kiindulópont egy konzervatívabb megközelítést és tágabb piacdefiníciót jelent, itt nem a közbeszerzési eljárás szereplőire szűkül le az érintett piacon jelen lévő kínálati és keresleti helyettesíthetőséget biztosító személyek köre, hanem a szóban forgó termék vagy szolgáltatás értékesítéséről lenne szó bizonyos további ésszerű keresleti és kínálati helyettesíthetőség keretei között. Álláspontunk szerint az utóbbi elméleti kiindulópont több játékteret hagy a versenyhatóságnak a konkrét ügy körülményeinek értékeléséhez. A fenti álláspontokat a GVH Versenyhatósága elismeri és alkalmazza.²⁷

Már utaltunk az érintett piacok meghatározásáról szóló Bizottsági Közlemény (Érintett Piac Közlemény)²⁸ 10. pontjára, amely szerint az adott versenyjogi tényállás céljához kapcsolódik az érintett piacok meghatározásának a célja is. Ebből levonható az a következtetés is, hogy az erőfölénnyel való visszaélés esetén eltérő cél eléréséhez kell meghatározni az érintett piacot, mint versenykorlátozó megállapodások esetében.

A közbeszerzéssel kapcsolatos versenykorlátozó megállapodások esetén a GVH Versenytanácsának több ízben kifejtett álláspontja szerint maga a közbeszerzési pályázat, illetve az abban meghatározott áru vagy szolgáltatás jelenti az érintett termékpiacot, a piac keresleti oldalán az ajánlatkérő, kínálati oldalán pedig az ajánlatot benyújtó vállalkozások állnak. A Versenytanács gyakorlata alapján a versenyeztetési eljárások esetében a kínálati oldal a pályázat jellegéből adódóan egyértelműen azonosítható, hiszen csak a jelentkezőkön kívüli vállalkozás – még ha általában hasonló szolgáltatást nyújt is – nem tud ajánlatot adni éppen amiatt, hogy nem került meghívásra, így nem is képes semmilyen módon befolyásolni a meghívott vállalkozások piaci magatartását. Sem a vevő (az ajánlatkérő) nem tud mástól érdemben elfogadni mástól szolgáltatást, sem a pályázaton indulóknak nem kell ajánlatuk tartalmának kialakításakor más, érdeklődését korábban nem jelző vállalkozástól tartaniuk.²⁹

A Versenytanács álláspontja szerint az a körülmény, hogy a vállalkozók versenyeztetéssel kapcsolatos összejátszása a Kbt. alapján kiírt pályázati eljárásban valósul meg, egyben azt is jelenti, hogy a földrajzi piacnak a pályázatban írt földrajzi terület felel meg, illetve érintett árunak (szolgáltatásnak) – tekintettel arra, hogy a keresleti helyettesíthetőség a megrendelő (ajánlatkérő) szempontjából vizsgálendő – az az áru (szolgáltatás) minősül, melyet a megrendelő nevesít a pályázat tárgyaként.³⁰

²⁷ Lásd pl. Vj-27/2003/16, 202. pont. vagy a Vj-174/2007/332. számú végzés 186-187. pontjai.

²⁸ 97/C 372/03, OJ C 372, 9.12.1997 p. 5., Celex No: 31997Y1209(01)

²⁹ Vj-21/2005/117, 99. pont.

³⁰ Vj-66/2006/35. 21. pont.

A magyar szakirodalom már korábban felhívta a figyelmet erre a joggyakorlatra: Fejes Gábor szerint ha a GVH a jövőben is ragaszkodni fog e jogértelmezéshez, akkor világos, hogy az ajánlatkérők az érintett piac keresleti oldalán erőfölényes helyzetben vannak, hiszen az adott tender keretén belül csak az ajánlatkérőnek lehet az érintett termékeket eladni és a vonatkozó szolgáltatásokat nyújtani.³¹ Abban az esetben, ha a versenytársak köre közvetlenül meghatározható, akkor az áru- és földrajzi piac meghatározásának közvetett lépése kihagyható.³² A GVH közbeszerzésekkel kapcsolatosan követett fenti piacmeghatározási gyakorlata egyértelmű és elfogadható a versenykorlátozó megállapodásokat illetően, az erőfölénnyel való visszaélésnél azonban nem lehet az érintett piac meghatározására ennyire sematikus receptet adni: a visszaélést megvalósító magatartások sokfélesége, a visszaélés eljárás során tanúsított időpontja, a közbeszerzési eljárásfajták eltérő szabályozása felveti annak a lehetőségét, hogy az érintett piac határait a közbeszerzési eljárás tárgyánál és szereplőinél tágabb körben húzza meg a versenyhatóság.

Ha az érintett piacot tágabbnak tekinti a versenyhatóság, mint magát a tendert, az ajánlatkérők az esetek egy jó részében így is keresleti erőfölényes pozícióban lesznek. Ez különösen azon termékek és szolgáltatások esetében igaz, amelyeket rendszerint vagy kizárólag állami szervek vásárolnak illetve vesznek igénybe (pl. tömegközlekedési járművek, egyes egészségügyi termékek, állami szervek által használt speciális telekommunikációs eszközök stb.).³³

Az érintett piac meghatározásának különös szempontjai

Az ajánlatkérő erőfölényével már az ajánlati felhívás elkészítése során is visszaélhet, ráírva egy előre kiválasztott vállalkozásra a tender feltételeit. Az is elképzelhető, hogy a közbeszerzési dokumentáció részeként nyilvánosságra hozott szerződéstervezet már előre tartalmaz visszaélést megvalósító elemeket. Ha a közbeszerzési eljárás során tárgyalásra kerül sor, akkor a tárgyalások során is kikényszeríthet az ajánlatkérő olyan feltételeket, amelyeket a vállalkozás egyébként, a közbeszerzés ajánlatkérőjének erőfölényes helyzete nélkül, nem fogadna el. Az ajánlatkérő a szerződés véglegesítésekor, aláírásakor vagy éppen módosításakor is belekényszerítheti a nyertes ajánlattevőt bizonyos helyzetekbe, amelyekkel az erőfölénnyel való visszaélés megvalósul, pl. a szerződés mellékletét képező, az ajánlatok részeként benyújtott ütemtervek, szakmai tervek és koncepció egyoldalúan előnytelen értelmezésével.

A visszaélést megvalósító magatartás tehát az eljárás előtt, egyes szakaszaiban (ha az eljárás több szakaszra bontható), lezárásakor és azt követően is megvalósítható.

Ami a közbeszerzési eljárások típusait illeti, a legegyszerűbb a közbeszerzési eljárásokat egyszakaszos és több szakaszból álló eljárás típusokra bontani. Két szakaszból álló közbeszerzési eljárások esetében (pl. hirdetménnyel induló tárgyalásos eljárás, előminősítéses eljárás, versenypárbeszéd stb.) az első szakasz célja, hogy olyan ajánlattevőket kérjenek fel ajánlattételre, akik bizonyos gazdasági-pénzügyi illetve műszaki

³¹ Fejes ibid p 13.

³² Vj-27/2003/16 204. pont.

³³ Fejes ibid p 13.

feltételeket teljesítenek. Az érintett piac határait a közbeszerzési eljárás egyes szakaszaiban bizonyosan máshol kellene meghúzni, hiszen az első szakasz során valamennyi olyan vállalkozást a piac részesének kell tekinteni, amely potenciálisan képes lehet az előminősítés során előírt feltételek teljesítésére. A második szakaszba már csak az ajánlatkérő által előszűrt vállalkozások jutnak be, ilyenkor igazolható az érintett piac szűkítése azokra a vállalkozásokra, amelyek részére az ajánlattételi felhívás megküldésre került.

A közbeszerzési eljárás keretében keresletet támasztó, vállalkozásnak minősíthető ajánlatkérő erőfölényes helyzetének megítélése kapcsán lehet jelentősége annak, hogy az erőfölénnyel való visszaélést milyen típusú (pl. közösségi, nemzeti) közbeszerzési eljárásban, illetve annak melyik szakaszában valósítja meg.

A (potenciális) ajánlattevők erőfölényének értékelése során az érintett piac meghatározására a közbeszerzési eljárás típusa döntő hatással van. A Vj-27/2003/16. számú ügyben kifejtette a Versenytanács, hogy a meghívásos, tárgyalásos eljárás esetében a versenytársak köre a pályázat jellegéből adódóan egyértelműen azonosítható. A helyettesíthetőséget annak megfelelően kell mérlegelni, hogy a vélelmezett versenykorlátozó magatartást a közbeszerzési eljárás melyik fázisában fejtették ki. Az előminősítéses eljárás esetében a részvételi felhívás előírásában rögzített feltételek mentén csak az „állva maradó” vállalkozásokat lehet számításba venni. Az előminősítést követő szakaszban pedig már csak azok a vállalkozások vehetőek figyelembe, akik végül a feltételek teljesítésén túl ténylegesen meghívást is kaptak az ajánlattételre.³⁴

Az ajánlatkérő erőfölényének megítélésénél számításba kell venni, hogy ésszerű keresleti helyettesítés fennáll-e a közbeszerzés tárgyát képező áru, szolgáltatás vagy építési beruházás vonatkozásában. (Keresleti helyettesítés alatt itt azt értjük, hogy az ajánlattevőként induló vállalkozásnak van-e lehetősége a szóban forgó árut, szolgáltatást, építési beruházásra vonatkozó kapacitásait más vevőnek értékesíteni.) Az ajánlatkérő számára a keresleti oldalon a versenytársak körét más, ugyanarra a termékre vagy szolgáltatásra keresletet támasztó vevők jelenthetik ugyanis.

Speciális, nagy szakértelmet igénylő projektek esetében a termék, szolgáltatás és az építési beruházás egyedi jellege kizárhatja az ésszerű keresleti helyettesíthetőséget. Az erőfölény megállapíthatósága szempontjából kiemelkedő a jelentősége az érintett termék vagy szolgáltatás jellegének. Vannak ugyanis olyan speciális termékek vagy szolgáltatások, amelyekre kizárólag egy ajánlatkérő tarthat igényt annak közfunkciós jellege miatt (pl. speciális informatikai rendszerek, stratégiai gáztároló vagy különösen nagy kapacitással bíró szennyvíztisztító berendezés). Ilyenkor könnyen belátható, hogy a közbeszerzés ajánlatkérője által támasztott különös keresleti igény olyan vásárlóerővel ruházza fel az ajánlatkérőt, amely alapján az erőfölénye minden kétséget kizáróan megállapítható. Ezzel ellentétben számos egyszerűbb építőipari szolgáltatás (tetőfedés, bádogozás, vagy akár csatornaépítés) több ajánlatkérő által is beszerzésre kerülhet ugyanabban az időszakban vagy a piaci vevők által is keresett lehet (pl. papír-írószer beszerzése). Ilyenkor indokolatlan az érintett piacot egyetlen közbeszerzési eljárásra és annak ajánlatkérőjére szűkíteni keresleti oldalon.

³⁴ Vj-27/2003/16, 205. pont.

Az ésszerű keresleti helyettesíthetőségnek az érintett piac földrajzi korlátai is határt szabnak: az Érintett Piac Közlemény 46. pontja szerint a kereslet alapvető jellemzői (pl. nemzeti preferenciák, nyelv, kultúra, helyben való jelenlét) önmagában meghatározzák az érintett piac földrajzi dimenzióját. Külön hangsúlyozza a Bizottság az Érintett Piac Közlemény 48. pontjában, hogy a vevő beszerzési szokásainak a vizsgálata meghatározó, azaz ha az ajánlatkérő olyan közbeszerzési eljárásokon keresztül elégíti ki beszerzési igényeit, amelyekben az Európai Unió valamennyi tagállamának ajánlattevői jogosultak ajánlatokat tenni, akkor az érintett piac földrajzi dimenziója minden valószínűség szerint az Európai Unió területe lesz.

A földrajzi piac azonosításánál külön figyelmet kell fordítani azokra a járulékos költségekre is, amelyek a helyettesítést nehezítik (pl. szállítási költség, nyersanyag, élőmunka terhek stb.)

Kapcsolódó érintett piacok

Röviden szeretnénk felhívni arra is a figyelmet, hogy az erőfölényes ügyek túlnyomó része egymáshoz kapcsolódó ún. szomszédos érintett piacokon valósult meg (A és B piacok). A piacok közötti kapcsolatot rendszerint az teremti meg, hogy az egyik piac output terméke a másik piac inputjaként szolgál. Ezekben az ügyekben arról van szó, hogy

- az A piacon az eljárás alá vont vállalkozás erőfölényben van, ezzel visszaél és a visszaélésből fakadó előnyöket a B piacon realizálja (*Commercial Solvents, Télémarketing, De Poste-La Poste, Sealink döntések*);
- az A piacon az eljárás alá vont vállalkozás erőfölényben van, ezzel a B piacon visszaél és a visszaélésből fakadó előnyöket az A piacon realizálja (*British Gypsum*);
- az A piacon az eljárás alá vont vállalkozás erőfölényben van, ezzel a B piacon visszaél és a visszaélésből fakadó előnyöket a B piacon realizálja (*Tetra Pak v Commission*).³⁵

Az európai uniós versenyhatóságok joggyakorlatában egyre gyakoribb az erőfölénnyel való visszaélés megvalósításának olyan esete, amikor két különböző, de egymással összefüggő piacon valósul meg az erőfölénnyel való visszaélés. Azaz az egyik piacon erőfölényben levő vállalkozás által kifejtett magatartás káros hatásai egy másik kapcsolódó piacon jelentkeznek. A *Virgin/British Airways* ügyben pl. a BA az utazási irodák (travel agency) repülőutak szervezésére irányuló piacán élt vissza erőfölényével. Ehhez a piachoz szorosan kapcsolódó szomszédos piac a transzatlanti és egyéb repülési útvonalakra fennálló személyi légiforgalmi piac, ahol a BA az erőfölényével való visszaélés előnyeit realizálta.³⁶

Ha a közbeszerzési eljárásokat önálló érintett piacoknak tekintjük, könnyen elképzelhető, hogy az erőfölényes helyzetben levő ajánlatkérő az egyik közbeszerzési eljárásban meglévő erőfölényével úgy él vissza, hogy annak hatásait egy másik közbeszerzési eljárásban, egy szomszédos vagy kapcsolódó érintett piacon realizálja.

Speciális belépési korlátok – pénzügyi-gazdasági és műszaki-szakmai alkalmassági feltételek

³⁵ Richard Whish: *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press 2009, p 204.

³⁶ T-219/99, *British Airways v Commission*.

A közbeszerzésekkel kapcsolatosan érdemes megjegyezni, hogy ha az egyes közbeszerzési eljárásokat elkülönült érintett piacoknak tekintjük, akkor az érintett piacra való belépés korlátai között a pénzügyi-gazdasági és a szakmai-műszaki alkalmassági feltételeknek való megfelelés szerepel. Az ajánlatkérő a pénzügyi-gazdasági és a szakmai-műszaki alkalmassági feltételek meghatározásában alapvetően szabad, azonban a Kbt. 69.§ (3) bekezdése rögzíti azt a követelményt is, hogy a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet csak azokat előírni, figyelemmel a közbeszerzés tárgyának becsült értékére is. Ennek a szabálynak vaskos Döntőbizottság által kimunkált joggyakorlata van, hiszen az ajánlatkérő szabad mérlegelésén múlik, hogy mely követelményeket tekint olyanoknak, amelyek *ténylegesen szükségesek* a szerződés teljesítéséhez.

Mivel az ajánlatkérőknél sok esetben hasonló jellegű szolgáltatás vagy áru beszerzésére kerül sor, ezért az ajánlatkérők gyakran követelik meg a műszaki-szakmai alkalmasság körében bizonyos számú és értékű referenciamunka bemutatását. Ennek a versenyjog szempontjából azért van jelentősége, mert az ilyen közbeszerzési eljárásokba mint érintett piacokra kizárólag azok a vállalkozások tudnak belépni, akik korábban már teljesítettek hasonló szolgáltatásokat vagy szállították a kérdéses árukat. A nehezen megugorható belépési küszöb ahhoz vezet, hogy csak egy kis vállalkozói kör lesz képes teljesíteni a feltételeket, ezáltal csökken a versenynyomás és nagyobb esély kínálkozik a vállalkozások versenyt korlátozó vagy torzító együttműködésére. Az ajánlatkérők számára a fenntartható és egészséges verseny biztosítása szempontjából is fontos, hogy a pénzügyi-gazdasági és a műszaki-szakmai alkalmassági követelményeiket a lehetőség szerinti minimum szinten tartsák.

Összefoglalóan megállapítható, hogy a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos érintett piacok meghatározását a közbeszerzési szabályrendszer befolyásolja. Az érintett piac leszűkíthető a közbeszerzési eljárás tárgyára és szereplőire. Ez különösen versenykorlátozó megállapodások esetében indokolt. (Az érintett piacok meghatározása azonban nem jut gyakorlati jelentőséghez a közbeszerzési eljárásokat érintő piacfelosztó, árrögzítő kartellek esetében, mivel azok olyan súlyos versenykorlátozásnak minősülnek, amelyek esetében nincs lehetőség a piaci mérettől függő *de minimis* szabályok alkalmazására.)

Az erőfölénnyel való visszaélés eseteiben számos körülmény indokolhatja egy ennél tágabb piacdefiníció alkalmazását is: a visszaélés megvalósításának eljárásbeli helye, az eljárás típusa (közösségi, nemzeti), az eljárás fajtája (egy vagy több szakasz, tárgyalás), az ajánlatkérő beszerzési igényének jellege, az ajánlatkérőnek a közbeszerzési eljárást előkészítő döntései (pl. műszaki-szakmai alkalmassági követelmények meghatározása).

4. Az ajánlatkérő erőfölényes helyzetének értékelése

Monopszóniumok, többes erőfölényes helyzet

Vannak olyan közbeszerzési eljárások, amelyeknek az ajánlatkérői monopszóniumnak, azaz vevői monopóliumnak minősülnek, mivel jogszabálynál fogva kizárólagosan jogosultak ésszerű helyettesíthetőség nélkül arra, hogy adott építési beruházást, terméket vagy szolgáltatást megrendeljenek. Erre jó példát szolgáltathat egy stratégiai földgáztároló

megrendelőjének az esete. Az egyedüli vevői monopólium ritka, de több vevő együttesen szintén erőfölényben lehet. (Ez az a helyzet, amikor több ajánlatkérő egy beszerzési igény tekintetében együttesen erőfölényben van, pl. töltésépítési munkálatokat az egyes területekért felelős regionális vízügyi hatóságok rendelnek meg, ha azonban ezek a regionális vízügyi hatóságok együttműködnek a beszerzési igényeik megvalósítása során, akkor könnyen elképzelhető, hogy visszaélnek a közös vevői erőfölényükkel.)

Az ok abban is kereshető, hogy a vevői erőfölény megállapításának szigorú kritériumrendszere van és általában nem teljesülnek a feltételek. A Vj-46/2001/13. számú ügyben a Versenytanács megállapította, hogy a vevő szállítókkal szembeni erőfölényére lehet következtetni akkor, ha egyidejűleg fennállnak az alábbi feltételek:

- a vevő a szállítók együttes eladásából meghatározó részesedéssel bír
- a beszállítóknak nincs lehetőségük a termékeiket más vevőknek eladni
- a szállítók az érintett termék kiegészítő forgalmát más típussal és/vagy termékfajtaival kiváltani nem tudják.³⁷

A legtöbb esetben a szállítók gond nélkül helyettesíteni tudják az ajánlatkérő gyakorlata miatt kieső forgalmukat. Az ajánlatkérő gyakran versenyben áll más, piaci alapon működő vállalkozásokkal. A klasszikus ajánlatkérők által megvalósított tevékenységek sokszor olyan jellegűek, amelyeket egyre inkább el lehet látni közszolgáltatási modellen kívül is, pl. az oktatás, a szociális gondozás, hulladékgazdálkodás területei egyértelműen ilyen, közszférából kiszervezhető tevékenységgé váltak.

Ajánlatkérők heterogenitása és a beszerzési igények elkülönülése

Az OFT tanulmányában külön hangsúlyozza, hogy a közbeszerzési igényeket a közszféra nem egy óriásvállalat mintájára egyszerre valósítja meg, ellenkezőleg, számos kisebb közbeszerzési eljáráson keresztül. Ezekben a kisebb beszerzési igényekben mindig más ajánlatkérők jelennek meg és a közszféra vásárlóereje sem lesz emiatt kiemelkedően nagy, akkor sem, ha egy adott termék vagy szolgáltatás iránt a közszféra által képviselt keresleti igény jelentős.³⁸ Ez a körülmény az erőfölény megállapításának esélyét csökkenti.

Stratégiai jelentőség

Korábban már volt szó arról, hogy a vevő stratégiai jelentősége növelheti erőfölényes helyzetének valószínűségét. Ennek az OFT Tanulmányban megfogalmazott álláspontnak a GVH gyakorlata némileg ellentmond:

A Vj-46/2001/13. számú ügyben a bejelentő arra hivatkozott, hogy a jelentős piaci erővel rendelkező cégek akkor is rákényszeríthetik feltételeiket a gyengébb piaci pozíciókban levő beszállítóikra, ha nem egyedüli vevői a beszállítóknak, mert a nagy cégek megrendeléseik kiemelten fontosak (*értsd: stratégiai jelentőségűek*) a szállítóknak, ezért azok többet megtesznek az igényeik kielégítésére, mint másoknak.

A Versenytanács azonban megállapította, hogy ha az érintett piac eladói és vevői oldalról nézve egyaránt versenyző piacnak minősül, akkor egyetlen szereplő sincs olyan helyzetben,

³⁷ Vj-46/2001/13, 13. pont.

³⁸ Office of Fair Trading: Assessing the impact of public sector procurement on competition, September 2004, (a továbbiakban: „OFT Tanulmány”), 3.6.

hogy akaratát egyoldalúan a piac bármely más szereplőjére kényszerítse. Ebből a szempontból nincs jelentősége annak, hogy a vásárló cég mérete hogyan viszonyul az eladó cég méretéhez. Csak annak van jelentősége, hogy egy cég vásárlásai mekkora hányadát teszik ki az érintett piac teljes bevételeinek. Ha olyan érintett piacról van szó, ahol nincs az érintett piac bevételeinek jelentős százalékát kitevő vevő, akkor nincs erőfölényes helyzet. Ennek ellenére egy eladó dönthet úgy, hogy valamelyik vásárlóját kitüntetett figyelemben részesíti, megkülönbözteti a többiektől azáltal, hogy többet megtesz az igényei kielégítésére, mint másoknak. A megkülönböztetés oka ilyen esetben része a cég üzletpolitikájának, olyan tudatos magatartás, amelyet nem a piac szerkezete kényszerít rá az eladóra. A Versenytanács röviden utalt még arra is, hogy a szállító vállalkozásnak magának kell meghatároznia, hogy a vevő esetleges többletigényeinek a kielégítése (pl. hosszabb fizetési határidő biztosítása) még összeegyeztethető-e ezek a többletigények vagy sem.³⁹

Növeli viszont az erőfölény megállapításának kockázatát, hogy az ajánlatkérő a vállalkozások számára stratégiai jelentőségű kereskedelmi partner is lehet, ezért az ajánlatkérő piaci részesedésén túl a versenyhatóságoknak azt is értékelnie kell az erőfölény megállapításánál, hogy az ajánlatkérő termékkel vagy szolgáltatással való ellátása milyen további versenyelőnyökkel jár a nyertes ajánlattevő számára, pl. ezáltal a termékének vagy a szolgáltatásának a márkanéve nagymértékben erősödik, a felhasználók illetve fogyasztók hozzászoknak az áru tulajdonságaihoz, hosszú távra pénzügyi stabilitást nyújt a nyertes vállalkozásnak a megkötött szerződést stb.

Kockázatkerülés, egyéb szubjektív tényezők

A stratégiai jelentőségű kereskedelmi partnerséghez szorosan kapcsolódik az ajánlatkérők kockázatkerülő magatartása pszichológiai tényezőként. Ennek az a lényege, hogy az ajánlatkérő tevékenysége a nyilvánosság számára jobban látható és érdeklődésre tart számot, szigorúbbak az elszámoltatás következményei egy esetleges kudarcba fulladó projekt kapcsán, nagyobb negatív sajtóvisszhangot vált ki egy-egy terméknek vagy szolgáltatásnak a nem kellő időben való biztosítása vagy egyáltalán a hiánya. A fentiek miatt az ajánlatkérők hajlamosak lehetnek arra, hogy az inkumbens, méretgazdaságos, régi és jelentős reputációt a hátuk mögött tudó cégekkel kössenek szerződést, ezáltal a kisebb – de adott esetben innovációra nyitottabb és hosszabb távon versenynyomást kifejteni képes cégek hátrányos helyzetbe kerülhetnek a közbeszerzési eljárásokban érvényesülő gyakorlatok nyomán.⁴⁰ Az ajánlatkérő sajátos közjogi helyzete ebben az esetben saját vásárlóerejét már annyira korlátozhatja, hogy a stratégiai jelentőség az ajánlattevőknél jelentkezik, piaci erőt növelő tényezőként.

A közbeszerzési eljárási szabályok az ajánlatkérő kiegyenlítő vásárlóerejét korlátozhatják, de a verseny torzítását előidéző magatartás kockázatát is csökkentik. Az OFT Tanulmány egyértelműen állást foglal a közbeszerzési eljárásra előírt szabályok vevői erővel kapcsolatos hatását illetően: az átláthatóságra és megkülönböztetés tilalmára vonatkozó alapelvek és

³⁹ Vj-46/2001/13, 20. pont.

⁴⁰ OFT Tanulmány, 1.14. pont.

részletes rendelkezések korlátozzák a közszféra vásárlóerejét.⁴¹ Így az erőfölényes helyzet megállapításának a kockázata is kisebb.

Szerény véleményünk szerint a pénzügyi-gazdasági és műszaki-alkalmassági követelmények közvetett módon szintén jelentőséghez jutnak az ajánlatkérő erőfölényes helyzetének megítélése kapcsán. Ha azokat az ajánlatkérő szigorúan, túlzóan állapítja meg, akkor kevés vállalkozás lesz képes belépni a közbeszerzési eljárásba ajánlattevőként. A kevés számú vállalkozásnak a kiegyenlítő vásárlóereje nagyobb lesz, ezáltal az ajánlatkérő erőfölénye kevésbé valószínű.⁴²

A közszféra ajánlatkérőinek egyébként a hosszú távú verseny fenntartásában lényeges szerep juthat. Tekintettel arra, hogy közpénz elköltéséről döntenek a közbeszerzési eljárások során, mozgásterük nagyobb a magánszféra döntéshozóinál. Az utóbbi esetben a nyereségmaximálás az elsőrendű cél, nincs is más elvárás a magánszféra vállalkozásai esetében. Az ajánlatkérők a közbeszerzési gyakorlatukat azonban közérdekű céloknak rendelhetik alá, így a hosszútávon fenntartható és intenzív verseny támogatására. Az ajánlatkérők kifejezetten támogathatják az innovatív megoldásokat, a kisebb cégeknek segíthetnek a piacra lépési akadályok leküzdésében, sokszereplős piaci struktúra kialakulását mozdíthatják elő. Erre a jogi keretek is adottak, hiszen az összességében legelőnyösebb ajánlat koncepciójába jól beleilleszthetőek a fenti szempontok.

Összefoglalóan megállapítható, hogy az ajánlatkérő erőfölényes helyzetére a piaci részesedésen túl több, a közbeszerzési eljárásból mint különös helyzetből fakadó tényező is hatással van: a beszerzési igények csoportosítása (központosítása), a stratégiai kereskedelmi szerep, a kockázatkerülés, az átlátható és nyilvános működés, a hosszú távú és fenntartható verseny biztosítása.

5. Erőfölénnyel való visszaélés

Kizárólagos és kizsákmányoló jellegű magatartások

Az erőfölénnyel való visszaélést, ahogy a fenti piacelemzésre vonatkozó fejtegetésből kitűnik, típus esetben az ajánlatkérő valósíthatja meg a közbeszerzési eljárás során.

A visszaélésnek nincsen általános fogalma, jóllehet az EuB jó néhány ügyben tett kísérletet arra, hogy a visszaélés általános kategóriáját meghatározza.⁴³ A szakirodalom a visszaélést megvalósító magatartásokat három nagy csoportba sorolja: kizsákmányoló (*exploitative*), kizárólagosságra törekvő (*exclusionary*) és piacvédelmi (*single market*) csoportokba.⁴⁴ Sem az

⁴¹ OFT Tanulmány, 1.13. pont.

⁴² Whish, *ibid* p 43.

⁴³ Lásd pl. Hoffman- la Roche v Commission, C-85/76: *an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of the market, where as a result of the very presence of the undertaking in question the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transaction of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.*

⁴⁴ Whish, *ibid* p 199.

EUMSZ 102. Cikke, sem pedig a Tpv. 21.§-a nem ad kimerítő, teljes körű felsorolást a visszaélést megvalósító magatartásokról. A továbbiakban a közbeszerzési eljárás szemszögéből tekintjük át a visszaélést megvalósító magatartásokat.

A magyar jogirodalomban Fejes Gábor is azt az álláspontot támogatja, hogy az ajánlatkérők nincsenek felmentve a versenyjogból fakadó kötelezettségek alól, így keresleti oldali erőfölényükkel visszaélnak, amennyiben egy bizonyos előre kiválasztott ajánlattevőt más ajánlattevőkkel szemben egyoldalúan előnyben részesítenek. Ilyen visszaélés megvalósulhat pl. bizalmas üzleti titoknak minősülő információk ajánlattevő rendelkezésére bocsátásán keresztül, vagy pl. a felmerülő költségeknek ajánlattevőre hárításával.

A kizsákmányoló és a kizárólagos csoportba tartozó magatartások részben átfedik egymást. Kizsákmányoló jellegű magatartásnak az olyan magatartást tekinthetjük, amellyel a monopolhelyzetben levő vállalkozás a saját helyzetének a kihasználásával visszaél vevőinek, fogyasztóinak kárára. A monopólium, ha korlátozza az általa maximálisan megtermelhető áruk mennyiségét, vagy a nyújtható szolgáltatások mértékét, akkor kínálat-szűkös piacot hoz létre és ezzel monopolárat alkalmazhat. A monopólium vevői, vásárlói és fogyasztói hajlandók lesznek a piaci árnál (versenyárnál) magasabb árat fizetni a monopólium termékéért illetve szolgáltatásért, mivel beszerzési igényüket más forrásból kielégíteni ésszerűen helyettesíthető körben nem tudják.

A beszerzési igények korlátozása

Az output korlátozása egyedüli vagy többes vevői erőfölény esetén a beszerzési igények oly módon történő kiírása lehet a közbeszerzési eljárásokon keresztül, hogy egyszerre csak egy vagy nagyon kevés kapacitást lekötő munka kerüljön meghirdetésre. Ezzel a beszerzési igény kielégítésére alkalmas vállalkozások nehéz helyzetbe kerülhetnek, kénytelenek lesznek a munkát olcsóbban is elvállalni csak azért, hogy egyáltalán munkához jussanak.

A kizárólagosságra törekvő visszaélést megvalósító magatartások közé soroljuk a szerződéskötéstől való elzárkózást, az árukapcsolást, a kizárólagos üzleti kapcsolat fenntartásának a jogát, a kizárólagos forgalmazási, viszonteladási megállapodásokat, az indokolatlan különbségtételre vonatkozó magatartásokat, a felfaló árazást, az árprés jellegű visszaélést, árdiszkriminációt és a szellemi tulajdonjogok átruházásától vagy nélkülözhetetlen információk átadásának megtagadását is.

Indokolatlan megkülönböztetés

A Versenytanács egy ügyben rámutatott arra, hogy az a körülmény, mely szerint az ajánlatkérő minden esetben a legjobb ajánlatot tevő vállalkozással köt szerződést, értelemszerűen *nem* jelenti a többi vállalkozás *indokolatlan megkülönböztetését*. Ha a *megkülönböztetés* abban jelentkezik, hogy az ajánlatkérő nem a legjobb ajánlatot tevő vállalkozást választja, az a Tpv. 7.§-át sértene, mely szerint tilos a versenyztetés tisztaságát bármilyen módon megsérteni.⁴⁵

Tisztességtelen szerződéses feltételek kikényszerítése

⁴⁵ Vj-53/2001/20, 21. pont.

Véleményünk szerint a tisztességtelen szerződéses feltételek kikényszerítésére legnagyobb befolyással az ajánlattevő ajánlati kötöttségének beállta bír.

Ha az ajánlattevő az ajánlatához kötve van, akkor az ajánlatkérő saját akaratát minden bizonnyal rákényszerítheti az ajánlattevőre, az ajánlattevő ajánlati kötöttsége miatt már nem tud szabadulni a megkötendő szerződéstől, vagy kénytelen lesz az ajánlati biztosíték kifizetésére, amelyet az ajánlatkérő a Kbt. 59.§ (1) bekezdése szerint jogosult (de nem köteles) kikötni az ajánlati kötöttség komolyságának (szankcióval való fenyegetettségének) biztosítása érdekében. A Kbt. 59.§ (3) bekezdésére tekintettel az ajánlati biztosíték célja az ajánlati kötöttség megsértésének a szankcionálása.

A közbeszerzési eljárási szabályok az ajánlatkérő szerződéskötés során tanúsított visszaélésre alapot adó magatartását, pl. egyoldalúan előnyös szerződéses feltételek másik félre való kényszerítését, erőteljesen korlátozzák. Ennek levezetéséhez vegyük kiindulópontként a Kbt. 78.§ bekezdését:

„(1) Az ajánlati kötöttség az ajánlattételi határidő lejártától kezdődik.

(2)Az ajánlattevő legalább az ajánlati felhívásban megadott tervezett szerződéskötési időpont lejártáig, amennyiben jogorvoslati eljárás indul a Közbeszerzési Döntőbizottság 332. § (4) bekezdése szerinti végzésének vagy a közbeszerzési ügy befejezését eredményező határozatának vagy érdemi határozatának meghozataláig kötve van ajánlatához, kivéve, ha az ajánlatkérő úgy nyilatkozott, hogy egyik ajánlattevővel sem kíván szerződést kötni.”

A közösségi és a nemzeti eljárásrendben is érvényesül a fenti szabály, tehát az ajánlattételi határidő lejártáig az ajánlattevő nincs az ajánlatához kötve. A Kbt. 77.§ (1) bekezdése kifejezetten lehetővé teszi az ajánlattevő számára, hogy az ajánlatát módosítsa az ajánlattételi határidő lejártáig. Ennek azért van jelentősége, mert maga az ajánlatkérő sincs kötve az ajánlati (ajánlattételi) felhíváshoz az ajánlattételi határidő lejártáig.

Az ajánlati felhívás része a dokumentáció, amely a szerződéstervezetet tartalmazza. Ha a szerződéstervezet az ajánlattevő számára egyoldalúan hátrányos, a tisztességes verseny mércéjét sértő feltételeket tartalmaz, a műszaki-szakmai és pénzügyi-gazdasági alkalmassági feltételeknek megfelelő vállalkozás dönthet úgy, hogy ajánlatot egyáltalán nem nyújt be. Ilyenkor az erőfölénnyel való visszaélés tényállása csak akkor merülhet fel, ha az ajánlatkérőt nem lehet az érintett piacon más vevővel helyettesíteni és a szóban forgó vállalkozás más terméket vagy szolgáltatást sem tud nagyobb nehézség nélkül előállítani a rendelkezésére álló technológiával, szakértelemmel stb.

Ha az ajánlatkérő az ajánlati felhívást a Kbt. 76.§ (1) bekezdésének megfelelően az ajánlattételi határidő lejártáig módosítja és kizárólag a módosításnak köszönhetően kerülnek erőfölénnyel való visszaélést megvalósító tisztességtelen szerződéses elemek a szerződésbe, akkor jelentőséghez jut az ajánlattevő ajánlat módosításához és visszavonásához való joga. A módosítással az ajánlattevő az ajánlatát érvénytelenné is teheti és ezáltal szabadul a tisztességtelen elemeket tartalmazó szerződéstervezet jövőbeni megkötésének elvi lehetőségétől is. Figyelemmel az ajánlati kötöttségre vonatkozó szabályra, az ajánlattételi határidő lejártáig a korábban – tehát a tisztességtelen szerződéses elemeket még nem tartalmazó ajánlati felhívás tudatában – benyújtott ajánlat akár vissza is vonható a vállalkozás által.

Sajátos intézménye a közbeszerzési eljárás keretében való szerződéskötés folyamatának a kiegészítő tájékoztatás kérése. Ennek részletes szabályait a Kbt. 56.§ adja. Röviden úgy foglалható össze e jogintézmény lényege, hogy az ajánlatkérő hivatalosan értelmezi a dokumentációban és az ajánlati felhívásban foglaltakat annak érdekében, hogy az ajánlattevő megfelelő ajánlatot tudjon tenni. Előállhat az a sajátos helyzet is, hogy az ajánlatkérő kiegészítő tájékoztatás keretében adott információi fényében válik a szerződéstervezet egy rendelkezése tisztességtelenné. Tekintettel arra azonban, hogy a kiegészítő tájékoztatást az ajánlattételi határidő lejárta előtt legalább hat nappal meg kell adnia az ajánlatkérőnek, az ajánlattevő a fentiek szerint az ajánlatát érvénytelenné teheti módosítással, de akár azt vissza is vonhatja.

A tárgyalásos eljárások helyzete a tisztességtelen szerződéses feltételek kikényszerítésében annyiban jelent sajátos helyzetet, hogy az ajánlati kötöttség kizárólag a tárgyalások befejezésével jön létre [Kbt. 127.§ (4) bekezdése]. A tárgyalásos eljárások hirdetmény közzétételével vagy hirdetmény közzététele nélkül indulnak. Az ajánlatkérőnek csak szűk körben van lehetősége arra, hogy hirdetmény közzététele nélkül indítson tárgyalásos eljárást, hiszen a hirdetmény közzétételének elhagyása eleve korlátozza a versenyt azáltal, hogy számos vállalkozás nem is értesül a beszerzési igényről. Polgári jogi jogviszonyon alapuló kizárólagos jogok, korábbi eredménytelen nyílt vagy hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás, rendkívüli sürgősség azonban megalapozhatja ennek a speciális eljárás fajtának az igénybevétele [Kbt. 125.§]. A tiszta versenyt mint alapvető érdeket, a jogalapokból kitűnően, mindig valamilyen konkuráló párhuzamos érdek mentén lehet csak korlátozni.

A hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban a tárgyalásra meghívott ajánlattevő és az ajánlatkérő piaci ereje nagyban hasonlít egy normális piaci viszonyok között zajló, szerződést előkészítő tárgyaláshoz. Csak abban az esetben merülhet fel az erőfölénnyel való visszaélés, ha a piaci erő erőteljesen az ajánlatkérő vagy az ajánlattevő oldalára billen (pl. kizárólagos jog alapján csak az ajánlattevő tudja a tervezett beszerzést megvalósítani). Ilyenkor elképzelhető, hogy a tárgyalások során a tisztességtelen versenykorlátozó kikötést az egyik fél a másik félre kényszeríti, kihasználva annak gyenge tárgyalási pozícióját.

A szerződés módosítása

Végül, de nem utolsó sorban, meg kell vizsgálni a szerződés módosításának a lehetőségét a közbeszerzési eljárás lezárását követően. Világos, hogy az ajánlatkérő és az ajánlattevő a közbeszerzési eljárást már lezárta, szerződéses kapcsolatba lépett, az ajánlattevő esetlegesen már megkezdte a szerződés teljesítését. A Kbt. 303.§ (1) bekezdése szerint

„A felek csak akkor módosíthatják a szerződésnek a felhívás, a dokumentáció feltételei, illetőleg az ajánlat tartalma alapján meghatározott részét, ha a szerződéskötést követően - a szerződéskötéskor előre nem látható ok következtében - beállott körülmény miatt a szerződés valamelyik fél lényeges jogos érdekét sérti.”

Az általános polgári jogi szerződésmódosításnál jóval szigorúbb ez a rendelkezés, amely ismét csak a verseny tisztaságát hivatott elősegíteni azzal, hogy a nyilvánosan lefolytatott közbeszerzési eljárás alatt tett nyilatkozatoktól csak abban az esetben enged eltérést a felek számára, ha a szerződéskötéskor előre nem látható ok merül fel és az valamelyik fél lényeges jogos érdekét sérti. A Közbeszerzési Döntőbizottság joggyakorlata a fenti rendelkezést

szigorúan értelmezi. A D.414/18/2009. számú ügyben a Döntőbizottság rámutatott arra, hogy a Kbt. szabályozási rendszerében az egyes közbeszerzési eljárási cselekmények szoros összefüggésben vannak, a közbeszerzési eljárás megindításától a szerződés teljesítéséig egymásra épülnek, egymástól el nem választhatóak. Az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban és a dokumentációjában köteles megadni minden olyan adatot, információt, amelyek alapján az ajánlattevők dönthetnek arról, hogy az adott közbeszerzési eljárásban nyújtanak-e be ajánlatot. Amennyiben a felhívás vagy a dokumentáció valamilyen tekintetben nem egyértelmű, akkor a Kbt. lehetőséget biztosít a kiegészítő tájékoztatásra. Az ajánlattételi határidő leteltének pillanatában – adott esetben a tárgyalások befejeztével – beáll a kötöttség, az ajánlatkérő kötve van a felhívásban, a dokumentációjában, a kiegészítő tájékoztatásban foglaltakhoz, az ajánlattevők pedig a benyújtott ajánlatukban foglaltakhoz, valamint a felek a tárgyaláson tett nyilatkozataikhoz. Ajánlatkérő az ajánlatok bírálatát az általa meghatározottak és a hatályos jogszabályi rendelkezések alapján végezheti el, az eljárás nyertesével szerződést kell kötnie, mégpedig a felhívás, a dokumentáció és az ajánlat tartalmának megfelelő tartalommal.

A szerződést a nyertes ajánlattevőnek a szerződésben foglaltak szerint teljesítenie kell, a szerződés pedig a Kbt. kógens rendelkezései szerint magában foglalja a felhívásban és a dokumentációban foglalt feltételeket is. A közbeszerzési eljárást lezáró szerződés módosítására csak kivételesen, a Kbt. által meghatározott esetekben kerülhet sor. A Kbt. 303.§-a a *felek által megvalósított szerződésmódosításról* rendelkezik, amely természeténél fogva kétoldalú jogügylet, *közös akaratnyilatkozattal* valósul meg.

A Döntőbizottság tehát világosan irányt mutat abban a kérdésben, hogy az erőfölényes helyzetben levő ajánlatkérő nem tudja tisztességtelen szerződéses akaratát rákényszeríteni a gyengébb pozícióban levő ajánlattevőre és *vice versa*. A szerződés módosítása mindkét fél akaratnyilatkozatától függ, ezért ha bármelyik fél a módosítási javaslatot tisztességtelennek gondolja, akkor a módosítást elkerülheti.

Az előreláthatósági korlát tekintetében a Döntőbizottság álláspontja szintén rendkívül szigorú: A D/77/7/2010. számú ügyben a Döntőbizottság megállapította, hogy *a közbeszerzési eljárás gondos előkészítése* az ajánlatkérő érdekkörébe tartozik, így nem hivatkozhat alappal az ezzel összefüggésben adódó késedelem előre nem láthatóságára. Tekintettel arra, hogy *a pontatlanul előkészített műszaki tervdokumentáció* okozta nagy részben a kivitelezési munkák megkezdésének egy hónapos késedelmét, míg az időjárási körülmények csak kisebb részben járultak hozzá az ütemterv csúszásához, a Döntőbizottság a Kbt. 303.§-ának megsértését állapította meg.

A D/146/11/2010. számú ügyben a MÁV Zrt. ellen hivatalból indított jogorvoslati eljárásban a Döntőbizottság megállapította, hogy a nagy ajánlatkérő által korábban megkötött gépjárműflotta szerződés *határozott időtartama* előre látható oknak minősül. A MÁV Zrt. ugyanis többek között arra hivatkozott, hogy a gépjármű flotta és üzemeltetési szerződését azért volt kénytelen módosítani (időtartamát meghosszabbítani), mert nem volt képes a közbeszerzési eljárás lefolytatására a határozott időtartam lejártáig. A Döntőbizottság álláspontja szerint a szerződés határozott időtartamára tekintettel az ajánlatkérőnek tudnia kellett azt, hogy a határozott időtartam elteltét követően közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettsége áll fenn, a saját belső döntéshozatali mechanizmusait az ajánlatkérő maga ismeri, ezáltal kalkulálható a közbeszerzési eljárás lefolytatásának időigénye is.

A D.102/19/2009. számú ügyben a Döntőbizottság a Magyar Posta kerékpár beszerzését érintően arra mutatott rá, hogy lényeges jogos érdeksérelem nem állapítható meg akkor, ha az ajánlattevő által az ajánlatában feltüntetett gyártó a teljesítést nem tudja vállalni arra a határidőre, amely az ajánlatban szerepel. Ebben az esetben az ajánlatkérőnek a szerződésszegésre vonatkozó jogkövetkezményeket kell alkalmaznia a közbeszerzési eljárásban megkötött szerződés tekintetében.

Egy másik, D.148/45/2008. számú, ügyben pedig annak kifejtésére került sor, hogy az ajánlatkérőnek a szolgáltatás megfelelő határidőben történő nyújtása iránti méltányolható és elfogadható érdeke nem alapozza meg a szerződés módosítását. A szerződés módosításához valamennyi feltételnek (előreláthatóság hiánya, lényeges jogos érdeksérelem) fenn kell állnia.

Összefoglalóan megállapítható, hogy a közbeszerzési eljárás szabályai az ajánlatkérő számára az erőfölénnyel való visszaélést csak szűk körben teszik lehetővé. (Az erőfölénnyel való visszaélés rendszerint a Kbt. normáinak sérelmével is jár.) Az ajánlattételre, a szerződés megkötésére és a szerződés módosítására vonatkozó közbeszerzési szabályok nem teszik lehetővé azt, hogy az ajánlatkérő szerződéses akaratát korlátlanul a nyertes ajánlattevőre kényszerítse. Ettől függetlenül a közbeszerzési eljárás piaci körülményei lehetnek olyanok, amelyek az ajánlattevőt számára előnytelen szerződéses feltételek elfogadására kényszerítik. Az ajánlatkérő a Tpv. rendelkezései alapján felelős az ilyen helyzetek elkerüléséért.

6. Irreálisan alacsony árat tartalmazó ajánlatok a közbeszerzési eljárásban

A közbeszerzési eljárásban benyújtott ajánlatokat elsődlegesen azok ára jellemzi. Az ajánlattevők a közbeszerzési piaci versenyhelyzetben esetenként a verseny tisztaságát, az általánosan elfogadott szakmai szokásokat, etikai szabályokat sértő kötelezettségeket vállalnak (irreális ajánlati tartalmi elemeket vállalnak, pl. irreálisan alacsony árakat, vagy lehetetlen kötelezettségvállalásokat tesznek) annak érdekében, hogy azokat az ajánlatkérő maximális pontszámmal értékelje valamely részszerzőpont körében.

Ezzel párhuzamosan a versenyjogban az erőfölénnyel való visszaélés jól elhatárolható csoportját jelentik az árhoz kapcsolódó visszaélések: felfaló árazás, túlzó árazás, árprés, szelektív árdiszkrimináció és a hűségkedvezmények. Valamennyi ilyen magatartás közös célja az árazási gyakorlatból fakadó előny vállalkozás javára fordítása a többi piaci szereplő kizorításán, a megnövelt profit elérésén vagy éppen a vásárlói kör növelésén és megtartásán keresztül.

A következő sorok részletesen bemutatják a közbeszerzési és a versenyjogi jogintézményeket, gyakorlati alkalmazásukat továbbá kísérletet teszünk az intézmények összevetésére is.

Az ajánlattevők visszaélhetnek a benyújtott ajánlatukban szereplő árral, azt irreálisan alacsonyan vagy irreálisan magasan is megállapíthatják. Az irreálisan alacsony áron megnyert tender az ajánlatkérőket is nehéz helyzetbe hozhatja, mivel ha a nyertessé nyilvánított irreálisan alacsony áron nem lehet a szerződést teljesíteni, akkor a szerződésszegés jogkövetkezményeit kell alkalmaznia az ajánlatkérőnek. A reális piaci áron benyújtott

ajánlattevők az irreálisan alacsony áron megtett ajánlat következtében vesztes ajánlatokat adnak be, kizorulhatnak a piacról és az ajánlattétel által befektetett költségeiket sem tudják visszanyerni. A fentiekre tekintettel szükséges, hogy az ajánlatkérőnek megfelelő jogintézmény legyen a kezében ahhoz, hogy az irreálisan alacsony áron benyújtott ajánlatokat megfelelően kezelni tudja.

Cser-Palkovics Tamás mutat rá az irreálisan alacsony és irreálisan magas ár szoros kapcsolatára: amennyiben az irreálisan alacsony árat tartalmazó ajánlat elfogadásra kerül, akkor a nyertes vállalkozás piacot szerez. Hosszabb távon ez kevesebb számú ajánlattevőt és magasabb ajánlati árakat jelent az ajánlatkérőnek. A versenyjogot és a közbeszerzési jogot a verseny tisztaságához fűződő közérdek sérelme kapcsolja össze. A versenyjog és a közbeszerzési jog is a tiszta verseny megsértésére reagál, azonban a közbeszerzési jog nem a piaci hatásokat küszöböli ki elsősorban, hanem az adott eljárás eredményességének megóvása érdekében a szerződés teljesíthetőségére és a lehető legoptimálisabb ár-érték arány mellett kialakuló egyensúlyra törekszik.⁴⁶

A 2010. szeptember 15-én hatályba lépett Kbt. módosítás a korábbi irreálisan alacsony árra vonatkozó szabályozást számos ponton változtatta meg, hasznosítva a korábbi években a Közbeszerzési Döntőbizottságnál felhalmozódott gyakorlati tapasztalatokat is. (Itt nem vetjük össze a korábbi szabályozást az új szabályozással, csak az új szabályozás rendelkezéseit ismertetjük.)

Az ajánlatkérőnek a kirívóan alacsony ellenszolgáltatást akkor kell vizsgálnia, ha az összesített ellenszolgáltatást az ajánlatkérő kirívóan alacsonynak értékeli. A kirívóan alacsony jellegnek a közbeszerzésen belül kell fennállnia, azaz nem a piaci árat kell kiindulópontnak tekinteni, bár a becsült értéken keresztül a piaci viszonyok is értékelésre kerülnek. Ha tehát az ellenszolgáltatás értéke a közbeszerzés becsült értékére vagy a benyújtott többi ajánlatban foglalt árra tekintettel irreálisan alacsony, akkor lehetőség és kötelesség az irreálisan alacsony árra vonatkozó szabályozás alkalmazása. Az összesített ellenszolgáltatás értelmezése külön kérdés, a törvény indokolása szerint azt a következőképpen kell értelmezni:

„az vagy az ajánlat egészére vonatkozik, vagy - ha lehetséges volt részajánlat tétele - akkor az ajánlat egyik részére, vagy - ha az ellenszolgáltatásra vonatkozóan az ajánlati felhívásban több részszerpont vagy alszerpont szerepelt - legalább az egyik részszerpontra vagy alszerpontra vonatkozik. Ha tehát csak az ellenszolgáltatás egyik - részszerpontként nevesített eleme - kirívóan alacsony, akkor is indokolást kell kérni. De ha csak az árazott költségvetés egyik elemében alacsony az ellenszolgáltatás, anélkül, hogy az egész ellenszolgáltatás alacsony lenne, nem kell indokolást kérni.”

A 2010. szeptember 15-étől hatályba lépett módosítás a fenti indokolással eldöntötte a Közbeszerzési Döntőbizottság joggyakorlatában megfigyelhető korábbi bizonytalanságot. A bizonytalanság abban állt, hogy az egyes rész- és alszerpontok tekintetében megállapítható irreálisan alacsony jelleg is maga után vonja-e az ajánlatkérő indokolásra vonatkozó kötelezettségét vagy sem. Cser-Palkovics Tamás két lehetséges értelmezését tárta fel a korábbi jogalkalmazói joggyakorlatnak: az egyik lehetséges értelmezés szerint a kirívóan alacsony jelleget kizárólag valamennyi ajánlati elem összességében lehet megállapítani. Amennyiben az ellenszolgáltatás összességében nem tekinthető kirívóan alacsonynak, akkor

⁴⁶ Cser-Palkovics Tamás: a Kbt. 86.§-ának szabályozása, *In* A közbeszerzés joga, kommentár a gyakorlat számára, (szerk.: dr. Patay Géza) p 222.

a Kbt. 86.§-ában foglaltakat nem lehet alkalmazni. (Ebben az esetben azonban a Kbt. 87.§-ában foglalt szabály érvényesül, amely lehetőséget biztosít az ajánlatkérőnek arra, hogy indokolást kérjen az ajánlattevőtől arra az esetre, ha az ajánlat valamelyik bírálati résszempontra vonatkozó tartalmi eleme lehetetlen, túlzottan magas vagy alacsony mértékű illetve kirívóan alacsony ellenszolgáltatást tartalmaz. Ha az ajánlattevő által adott objektív indokolás nem egyeztethető össze a gazdasági ésszerűséggel, akkor az ajánlatkérő köteles az ajánlattevő ajánlatát érvénytelennek nyilvánítani.)

A másik lehetséges értelmezés szerint valamennyi rész- és alszempontra szerinti ajánlati elem tekintetében külön-külön is megállapítható a kért ellenszolgáltatás kirívóan alacsony jellege.

A korábbi álláspontok és a jogszabály módosítása fényében megállapítható, hogy az ajánlatkérő indokoláskérési kötelezettségének a második értelmezést kell követnie.

A kirívó jelleg mértéke

A kirívóan alacsony áraknak nincs normatív, azaz jogszabályban előre meghatározott, mértéke vagy meghatározása.

A 2010. szeptember 15-től bevezetett új szabályozás azonban a korábbi helyzethez képest meghatározza azt a módszertant, amelynek alapján az ár kirívóan alacsony jellege megítélhető: az ellenszolgáltatás megállapítása az ajánlatok számától függ, annak összehasonlítási alapja a becsült érték vagy a becsült érték és a többi ajánlat átlaga. Az új szabályozás az összehasonlítási alap és az összesített ellenszolgáltatás közötti 15%-os eltérést meghaladó mértéket tekinti különösen olyan mértékűnek, amikor az irreálisan alacsony jelleg megállapítható és az ajánlatkérő indokoláskérésre vonatkozó kötelezettsége fennáll.

A D.34/16/2010. számú, 2010. márciusában hozott ügyben a Közbeszerzési Döntőbizottság arra mutatott rá, hogy az ajánlatkérő indokolási kötelezettsége nem pusztán az alacsony árakra, hanem a kirívóan alacsony árakra vonatkozik. A jogalkotó ebben a körben nem az alacsony árszintet, hanem csupán a kirívóan alacsony árszintet értékelte. A Kbt. rendelkezései konkrétan nem határozzák meg a kirívóan alacsony ellenszolgáltatás fogalmát, hanem minden egyes esetben egyedileg a konkrét közbeszerzési eljárás tárgya, a teljesítés feltételei, a piaci viszonyok, az ajánlat tartalma és egyéb körülmények alapján kell azt vizsgálni.

Meg kell jegyezni, hogy a Döntőbizottság fenti érvelése az új szabályozás fényében is megállja a helyét, hiszen a bevezetett 15%-os szabály is csak példálózóan került hivatkozásra, azaz annál kisebb mértékű eltérés esetén is van lehetőség az ár kirívóan alacsony jellegének a megállapítására.

Az indokoláskérés és az indokolás megalapozottsága

Az indokolást kérést megelőző, a megadott árat kirívónak tekintő ajánlatkérői döntés mindig magában hordozza a jogorvoslat kockázatát az érintett ajánlattevő részéről. Az ajánlatkérő számára lehetőség, hogy az ajánlati felhívásban és az annak részét képező dokumentációban előre megad egy kötelezően kitöltendő részletes költségtervet. Ily módon az ajánlatok

értékelése során a kirívó jelleget már könnyen ellenőrizni tudja és csökkentheti a döntése nem megalapozott jellegére alapított jogorvoslat kockázatát.

Az indokolás kérést illetően annak objektív kiindulóponton nyugvó jellege érdemel figyelmet. A D.33/14/2009. számú határozatában a Döntőbizottság egyértelművé tette az indokolás kérés jogpolitikai célját: *meg kell akadályozni, hogy az ajánlattevők a közbeszerzés által biztosított kiélezett versenyben – saját pénzügyi stabilitásukat is veszélyeztetve – olyan kötelezettséget vállaljanak, amelyeket később már nem tudnak teljesíteni.* Az indokolásnak éppen ezért kell objektív alapokon nyugvónak kell lennie, pl. pénzügyi kimutatásokon, referenciamunkák bemutatásán, költségkalkuláción, beszerzési árak igazolásán, szándéknyilatkozatok, előszerződés csatolásán stb.

Az ajánlatkérő az indokolás és a rendelkezésére álló iratok alapján köteles meggyőződni az ajánlati elemek megalapozottságáról, ennek során írásban tájékoztatást kérhet az ajánlattevőtől a vitatott ajánlati elemekre vonatkozóan. A Kbt. 86.§ (4) bekezdése szerint

Az ajánlatkérő figyelembe veheti az olyan objektív alapú indokolást, amely különösen

- a) a gyártási folyamat, az építési beruházás, illetőleg a szolgáltatásnyújtás módszerének gazdaságosságára,*
- b) a választott műszaki megoldásra,*
- c) a teljesítésnek az ajánlattevő számára kivételesen előnyös körülményeire,*
- d) az ajánlattevő által ajánlott áru, építési beruházás, illetőleg szolgáltatás eredetiségére,*
- e) az építési beruházás, szolgáltatásnyújtás vagy árubeszerzés teljesítésének helyén hatályos munkavédelmi rendelkezéseknek és munkafeltételeknek való megfelelésre, vagy*
- f) az ajánlattevőnek állami támogatások megszerzésére való lehetőségére vonatkozik.*

Az ajánlatkérő indokoláskérésre vonatkozó jogosultsága az egyetlen olyan eszköz, amellyel az ár irreálisan alacsony jellegére vonatkozó megállapítását megalapozhatja. Egyébként az ajánlatkérő nem rendelkezik olyan mélységű információval, hogy teljes bizonyossággal megállapíthassa a kért ellenszolgáltatás irreális jellegét.

Itt különösen szembeűnő a versenyfelügyeleti eljárás és a közbeszerzési eljárás különbsége, hiszen a vizsgáló a versenyfelügyeleti eljárás vizsgálati szakaszában az ár túlzó vagy túlzottan alacsony jellegét szabadon vizsgálhatja, a versenyhatóság szabad szakember kapacitását (közgazdászok, pénzügyi szakemberek) mozgósíthatja a kérdéses árazási gyakorlat megítélése érdekében. Más kérdés, hogy számos túlzó áras ügyben a közérdek hiányára hivatkozva a vizsgáló a versenyfelügyeleti eljárást végzéssel megszüntette, a közérdek hiányát pedig a GVH vizsgálói erőforrásainak hatékony felhasználására alapozta. Ezek jellemzően olyan ügyek voltak, amelyeknél a befektetés arányos nyereség a 15%-os irányadónak tekinthető küszöb köré szóródtak.⁴⁷

Az ajánlattevő piacra jutási, piacszerzési célja nem tekinthető olyan objektív alapú indokolásnak, amely elfogadható lenne az ellenszolgáltatás kirívóan alacsony jellegének kizárásához. A Fővárosi Bíróság 13.K. 30.931/2006/9. számon közzétett döntésében elvi jelleget zárta ki, hogy a nyertes ajánlattevőnek kizárólag a munka megszerzésére vonatkozó nyilatkozata elfogadható volna objektív alapú indokolásként. Az ilyen szubjektív jellegű

⁴⁷ Tóth András: A Gazdasági Versenyhivatal túlzó ár megállapításával kapcsolatos gyakorlata, in Gazdaság és Jog, 2008. június, p 7.

megfontolásokat az ajánlatkérőnek figyelmen kívül kell hagynia az indokolás gazdasági ésszerűséggel összeegyeztethető jellegének megítélésénél.

A D.44/29/2010. számú ügy azért tarthat érdeklődésre számot, mert jól mutatja a Kbt. 86.§-át módosító szabály korábbi joggyakorlatot egyértelműsítő jellegét: a beérkezett ajánlati árakat a közbeszerzés becsült értékéhez, a piaci árviszonyokhoz, valamint az ajánlati árak egymással történő összehasonlítása alapján is lehet viszonyítani, melynek összessége alapján ítélni lehet meg a kirívóan alacsony jelleg kérdése.

Szintén több döntés, köztük a D.50.14/2010. számú, felhívja az ajánlattevő figyelmét arra a kötelezettségére, hogy az indokolási kötelezettség objektív alapú, valamennyi releváns tény, információt és körülményt részletesen be kell mutatni annak érdekében, hogy az ajánlatkérő meggyőződhessen a benyújtott ajánlati vállalás gazdasági ésszerűséggel való összeegyeztethetőségéről.

A D.101/18/2010. számú ügyben a Döntőbizottság felhívta a figyelmet az ajánlatkérő ajánlati felhívásban és dokumentációban rögzített adattartalomhoz való kötöttségére az ajánlati ár irreálisan alacsony vagy magas elbírálása kapcsán. Az ajánlati elemeket ugyanis ezek a források töltik meg oly módon, hogy attól eltérni nem lehet.

Az indokolás kérésével kapcsolatosan azt is egyértelműen rögzítette a Döntőbizottság bíróság által is megerősített joggyakorlata, hogy az indokolás megtételére kötelezett ajánlattevőre esik a bizonyítási teher az alkalmazott ár kirívóan alacsony jellegével kapcsolatban. Az indokolásnak tehát alkalmasnak kell lennie arra tartalmát tekintve, hogy megfelelően bizonyítsa az alkalmazott ár nem kirívóan alacsony jellegét.⁴⁸

A gazdasági ésszerűség tesztje – az indokolás elfogadhatósága

A gazdasági ésszerűségnek van egy normatív alapú kiindulópontja, de azt alapvetően a közbeszerzési joggyakorlat alakította és az új, 2010. szeptember 15-el bevezetett szabályok fényében tovább is fogja alakítani. A gazdasági ésszerűség körében azt kell vizsgálni, hogy az ajánlati ár – a szerződés teljesítéséhez szükséges élőmunka-ráfordítás mértékére tekintettel - fedezetet nyújt-e a munkabérre és az ahhoz kapcsolódó közterhekre. Az elemzés során legfeljebb egy éves ilyen, az ágazatért felelős miniszter által közzétett adatokat kell figyelembe venni. Ebben az esetben az indokolás tartalma kerül előtérbe, annak elfogadhatóságáról kell értékvételeket mondania az ajánlatkérőnek.

Az ajánlatkérő a Kbt. 86.§ (5) bekezdése alapján nem mérlegelhet az irreálisan alacsony árat tartalmazó ajánlat érvényességét illetően, köteles azt érvénytelennek nyilvánítani, ha nem tartja elfogadhatónak (objektív megalapozottság hiánya, gazdasági ésszerűséggel való össze nem egyeztetetőség) az indokolást.

Összefoglalóan megállapítható, hogy a kirívóan alacsony árra vonatkozó szabályozás 2010. szeptember 15-el bevezetett új szabályai a korábbi, Döntőbizottság joggyakorlatában kialakult módszereket emelték be a Kbt. rendelkezései közé. A kirívóan

⁴⁸ D.863/7/2004. számú ügy és FB 25.K 31/228/2006/5. számú ítélet.

alacsony árat akkor is vizsgálni kell, ha az rész- vagy alszempontok vonatkozásában állapítható meg. Az ajánlatkérő indokoláskérési kötelezettsége a szerződés teljesíthetőségén nyugszik, az indokolásnak objektív alapúnak kell lennie. Az indokolás akkor fogadható el, ha az összeegyeztethető a gazdasági ésszerűséssel. A gazdasági ésszerűség alapja, hogy az ajánlati ár fedezetet nyújtson a munkabérre és az ahhoz kapcsolódó közterhekre.

7. Árazással kapcsolatos visszaélések a versenyjogban

Felfaló árazás

A kirívóan alacsony ár bemutatását követően a versenyjogban kialakult felfaló árazás mérését vizsgáljuk. Ennek a vizsgálatnak az a célja, hogy a két intézmény közötti kapcsolatot feltárja.

A felfaló árazással kapcsolatosan az Európai Bíróság az *AKZO v Bizottság* ügyben megállapította, hogy amennyiben az erőfölényben levő vállalkozás az átlagos változó költségei alatti áron értékesít, akkor vélelmezhető az erőfölénnyel való visszaélése, ez a vélelem megdönthető, amennyiben objektíve igazolható a költségek alatti értékesítés. Ha az erőfölényben levő vállalkozás az átlagos teljes költsége alatt, de az átlagos változó költsége felett értékesít, akkor ez visszaélésnek tekintendő, ha egy olyan átfogó tervnek a része, amely egy versenytárs kizorítására irányul. Amennyiben egy erőfölényben levő vállalkozás az átlagos teljes költsége fölött értékesít, felfaló árazás alkalmazásáról nem lehet szó, de tekintettel kell lenni a szelektív árazás gyakorlatára a *Compagnie Maritime Belge v Commission* ügyben foglaltak szerint.⁴⁹

A fenti teszt megértéséhez szükséges tisztázni az átlagos teljes költség és az átlagos változó költség fogalmát. Az átlagköltség az összköltségnek és az előállított termékmennyiségnek a hányadosa, azaz $AC=TC/q$. Az átlagköltség átlagos állandó költségre (AFC) és átlagos változó költségre (AVC) bontható. Mivel az állandó költség konstans, azt növekvő kibocsátással osztva folyamatosan csökkenő átlagos állandó költséget kapunk. Minden olyan költség, amely függ a kibocsátásra kerülő termék mennyiségétől, változó költségnek tekintendő. Pl. egy szoftvergyártó cég programozókat alkalmaz egy szoftvertermék gyártása során. A később eladott szoftverek száma a programozók bérköltségét nem befolyásolja, de a termék csomagolási költsége minden pótlólagosan kibocsátott termékkel nőni fog. Ebben a példában a bérköltség állandó költség, míg a termékek csomagolásának költsége változó költség.

Az átlagos változó költséget (AVC) úgy kapjuk meg, ha az összes változó költséget elosztjuk a kibocsátott terméket mennyiségével, ezáltal meghatározható az egy termékre jutó változó költség: $AVC=VC/q$.

⁴⁹ C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215, para 72 in Whish, ibid p 733.

A fenti példára utalva tételezzük fel, hogy a szoftvergyártó cég bérköltsége 10, az egy egységre jutó csomagolási költség pedig 1. Ha a vállalkozás egy terméket értékesít, annak átlagos teljes költsége $10+1/1=11$ lesz. 10 db szoftver értékesítésekor az átlagos teljes költség $10+10 \times 1/10=2$. Az átlagos változó költség ezzel szemben először $1/1=1$, majd $10/10=1$ lesz. Az átlagos változó költségnél az átlagköltség mindig magasabb értéket fog jelenteni, az állandó költség tényezőjére tekintettel.⁵⁰

Most szükséges visszatérnünk az európai uniós versenyhatósági joggyakorlathoz és a fenti példánkhoz. Ha a szoftvergyártó cég az érintett piacon erőfölényben van, akkor meg kell vizsgálni, hogy a termékek eladása során milyen árat alkalmaz. Ha ez az ár az átlagos változó költség alatti (1-nél kisebb), akkor vélelmezhető az erőfölénnyel való visszaélés, de ez a vélelem megdönthető. Ha az értékesítési ár az átlagos költség és az átlagos változó költség közé esik (10 termék eladása esetén 2 és 1 közé), akkor a felfaló árazás csak akkor állapítható meg, ha az árazási gyakorlat egy olyan átfogó terv része, amelynek célja a versenytárs kiszorítása.

Az Európai Bíróság a C-202/07. számú, a *France Télécom SA vs. Bizottság* (vagy ismertebb nevén Wanadoo) ügyben foglalkozott a felfaló árazás következtében elszenvedett költségek későbbi kompenzálásának kérdésével. Az EuB az ítélet 109. pontjában a korábbiakban bemutatott AKZO tesztet foglalta össze, majd a következő pontban megállapította, hogy a tesztben foglaltakon túl egyéb feltételek – így a megtérülés lehetőségének vizsgálata – nem szükséges a jogsértés megállapításához: „a Bíróság ítéltézi gyakorlatából nem következik, hogy az erőfölényben levő vállalkozás által – egy bizonyos költségszintnél alacsonyabb árak alkalmazásából fakadóan – elszenvedett veszteségek megtérülése lehetőségének bizonyítása szükséges feltétele lenne ezen árpolitika visszaélésszerű mivolta megállapításának.”⁵¹

Szelektív árdiszkrimináció

Amennyiben az árazási gyakorlat 2 vagy afölötti eladási árakat foglal magában, csak akkor minősíthető versenyellenesnek az árazási gyakorlat, ha az megvalósítja az ún. szelektív árcsökkenés tényállását. Ezzel a tényállással részletesen a *Compaigne Maritime Belge v Commission* ügyben foglalkoztak az európai uniós versenyhatóságok. Röviden összefoglalva, a szelektív árcsökkenés lényege az, hogy az erőfölényben levő vállalkozás bizonyos ügyfelei részére az egyébként alkalmazott árnál alacsonyabb árat határoz meg annak érdekében, hogy az olyan ügyfeleket is magánál tartsa, akik egyébként a versenytársat választanák. A szelektív árcsökkenés versenyellenes jellege nem egyértelmű a versenyjogi joggyakorlatban. A *Compaigne Maritime Belge* ügyben az Európai Bíróság megállapította, hogy a monopólium-helyzethez közeli vállalkozás által alkalmazott szelektív árcsökkenés a versenytárs vállalkozás eliminálására irányult, ezt az eljárást alá vont vállalkozások nem vitatták, ezért az EUMSZ 102. Cikkének megsértése megállapítható volt.⁵²

Arra is fel kell hívni a figyelmet, hogy a hálózatos iparágakban (olaj, villamos energia, földgáz, telekommunikáció stb.) a felfaló árazással kapcsolatosan a fenti AKZO ügyben kialakított

⁵⁰ Samuelson- Nordhaus: Közgazdaságtan, KJK-Kerszöv, 2003, p 115. alapján.

⁵¹ Az ügyről részletes lásd Kőmíves Attila: Egyértelműbb „felfaló ár” teszt az Európai Bíróságtól – nem szükséges bizonyítani a megtérülést című írását, 2009. április 6., Jogi Fórum.

⁵² C-395/95 és C-396/95 P *Compaigne Maritime Belge v Commission* [2000] ECR-I-1365 in Whish, ibid p 741.

teszt nem alkalmazható megfelelően. Ennek az az oka, hogy az állandó költségek az infrastruktúrába történő beruházás miatt rendkívül magasak, azonban a változó költségek (pl. a telefonhívások kezdeményezésének és végződésének költségei, földgáz egység szállítási költségei stb.) elenyészőek az állandó költségekhez képest.

Az átlagos változó költségre és a teljes költségre vonatkozóan felállított szabály a felfaló árazással kapcsolatosan nehezen alkalmazható egy ilyen helyzetben, mivel az átlagos teljes költség és az átlagos változó költség közötti különbség elhanyagolhatóvá válik. A Bizottság alternatív szabályként állapítja meg az LRIC modell alapján történő értékelését az árazási gyakorlatnak a hozzáférési megállapodásokra vonatkozó versenyszabályokat érintő közleményében. Az LRIC (*long-run incremental cost*) olyan költséget jelent, amely az állandó és változó költségelemet is magában foglalja az érintett termék/szolgáltatás előállításához. Whish arra is felhívja a figyelmet az LRIC költséget alapul használó szabállyal kapcsolatosan, hogy felfaló árazást a LRIC költség fölötti szinteken is meg lehet állapítani, amennyiben az eljárás alá vont vállalkozás termékek/szolgáltatások körét értékesíti. Ilyenkor indokolt a termék vagy szolgáltatási kör előállítására eső költséghányaddal is számolni, azaz a csak egyetlen termék/szolgáltatás előállítása esetén megtakarítható költséghányadot figyelembe kell venni.⁵³

Túlzottan alacsony árak alkalmazása

Különleges és a közbeszerzési versenyjog számára külön is érdeklődésre számot tartó ügyre hívta fel a *CICCE v Commission* ügyben az Európai Bíróság a versenyjogi jogalkalmazás figyelmét.⁵⁴ A panaszos vállalkozás szerint a francia televíziós társaságok visszaéltek erőfölényükkel akkor, amikor bizonyos filmekre vonatkozó közvetítési jogokért túlzottan alacsony vételi árakat határoztak meg. A francia televíziós társaságok állami (jogi) monopóliumok voltak. Ebben a helyzetben a monopozónium olyan helyzetbe kényszerítette a vállalkozásokat, hogy azok kénytelen voltak túlzóan alacsony árakon értékesíteni a filmek sugárzási jogát.

Ez az ügy rámutat az árazási gyakorlatok kettős természetére: nemcsak a keresleti oldalra lehet rákényszeríteni túlzóan magas árak elfogadását, de maga a keresleti oldal is kihasználhatja az erőfölényét annak érdekében, hogy a kínálati oldalon megjelenő vállalkozásokat túlzottan alacsony árak megajánlására kényszerítse rá.

A fent bemutatott jogintézmények egymásra vetítéséből megállapítható, hogy árral kapcsolatos visszaélést az erőfölényes helyzetben levő ajánlatkérő és az erőfölényes helyzetben levő ajánlattevő is megvalósíthat.

Ha az ár – az ajánlatkérővel kötendő szerződésben – versenyjogi értelemben túlzottan alacsony, az felfaló jellegű is lehet. Ilyenkor tovább kell vizsgálni a túlzottan alacsony, felfaló árazás alkalmazásának körülményeit. A közbeszerzési eljárás szabályai szerint az irreálisan alacsony árra vonatkozóan az ajánlatkérőnek indokoláskérési kötelezettsége áll fenn.

⁵³ Whish p 737.

⁵⁴ Whish p 715.

Az irreálisan alacsony ár költségoldalról úgy közelíthető meg, hogy az ajánlati ár - a szerződés teljesítéséhez szükséges élőmunka-ráfordítás mértékére tekintettel - fedezetet nyújt-e a munkabérre és az ahhoz kapcsolódó közterhekre. Mivel a szerződés tárgya áru, szolgáltatás vagy építési beruházás lesz, ezért annak előállításában legalább állandó költségként jelenik meg a munkabér és az ahhoz kapcsolódó közterhek (pl. árubeszerzés esetén állandó költség a munkabér, további – változó – költséget jelent viszont előállításra kerülő árukhoz szükséges alapanyag). Azért gondoljuk, hogy *legalább* állandó költségnek kell tekinteni ezt az árat, mert a munkabér és az ahhoz kapcsolódó közterhek bizonyos szolgáltatások esetében a változó költséget is magukban foglalhatják és teljes változó költségnek tekinthetőek (pl. szakértői tevékenység biztosítása esetén a több szakértő magasabb költségszintet jelent).

A fentiek alapján valószínűsíthető, hogy az irreálisan alacsony ár felfaló árat is jelent, azaz a tényleges költség szintje alatti ár kerül alkalmazásra. Az irreálisan alacsony ár értéke egy a felfaló árat alulról közelítő vagy azzal egybeeső szintet képvisel egy képzeletbeli skálán. Azaz, ha egy ár irreálisan alacsonynak tekinthető a gazdasági ésszerűség fent ismertetett tesztje alapján, akkor az szinte biztosan magában hordozza a felfaló ár (túlzottan alacsony ár) jelleget..

A kirívóan alacsony ár jogkövetkezményei

Ha az ajánlatkérő elmulasztja az indokoláskérési kötelezettségét teljesíteni és a szerződést megkötöti az irreálisan alacsony áron, akkor később versenyjogi jogalapon az ár felfaló, túlzottan alacsony jellegére tekintettel akár a nyertes vállalkozás versenytársai, akár maga az ajánlatkérő támadhatja azt. A versenyhatóság, amennyiben megállapítja az erőfölénnyel való visszaélést, akkor a Tpv. 77.§ d) pontja alapján megállapíthatja a magatartást törvénybe ütközését, a 77.§ e) pontja alapján elrendelheti a törvénybe ütköző állapot megszüntetését illetve ugyanezen törvényhely f) pontja alapján megtilthatja a törvény rendelkezéseibe ütköző magatartás folytatását. Túlzottan alacsony árral kapcsolatos ügyekben a GVH jellemzően bírságot szabott ki eddigi gyakorlata során (pl. Vj-22/2005/145 MÁV Zrt.-ügy, Vj-116/2005 TIGÁZ-ügy, Vj-2005/20 PR-Telecom ügy, Vj-118/2004/31 Anubisz Mosonmagyaróvári Temetkezési Szolgáltató ügye). Volt olyan eset is, amelyben a bírság kiszabása mellett a GVH az erőfölényben levő vállalkozást eltiltotta a magatartás további alkalmazásától és tevőleges magatartás (kötelezettség) előírására is sor került (Vj-116/2005 TIGÁZ-ügy).

A Tpv. 78. § (1) bekezdése szerint a bírság mértéke az eljárás alá vont vállalkozás előző évi nettó árbevételének a 10%-áig terjedhet. A bírság megállapításának további szempontjait a Tpv. 78.§ (3) bekezdése határozza meg. A bírság összegének meghatározása során figyelembe kell venni a jogsérelem súlyát, annak időtartamát, a jogsérelemmel elért előnyöket, a felek piaci helyzetét, a felróhatóságot továbbá az eljárás alá vont vállalkozás versenyfelügyeleti eljárást segítő magatartását is. A jogsérelem súlyának megállapítása során a gazdasági verseny veszélyeztetettségének foka, a fogyasztók illetve üzletfelek érdekei sérelmének köre és kiterjedtsége jöhet számításba.

Ha a versenyjogi jogkövetkezmények alkalmazása az ajánlatkérővel szemben merül fel, az nem mentesíti őt a közbeszerzési jogi jogkövetkezmények alól, azaz eljárása jogsértő lesz és

emiatt bírság kiszabására számíthat. Az irreálisan alacsony árat tartalmazó szerződéssel kapcsolatosan pedig az érvénytelenség jogkövetkezménye merülhet fel.

A bírság kiszabásának az alapja a Kbt. 340.§ (3) bekezdésének e) pontja. A Közbeszerzési Döntőbizottság akkor szabhat ki bírságot az ajánlatkérőre, ha jogsértés állapít meg. A bírság a Kbt. rendelkezései megszegő személlyel (szervezettel) szemben, valamint a jogsértésért felelős személlyel, illetőleg a szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben is kiszabható.

Az ajánlatkérő az irreálisan alacsony árat ajánló nyertes ajánlattevővel a szerződést úgy is megkötheti, hogy jogsértése a szerződéskötési moratóriumra vonatkozó szabály figyelmen kívül hagyásában is áll. Olyan helyzetet kell elképzelnünk, amikor az ajánlatkérő tisztában van az ár irreálisan alacsony jellegével, azonban nem kér indokolást, megsértve a Kbt. 86.§-ában foglalt rendelkezéseket. Ebben az esetben a többi ajánlattevő jogorvoslati eljárást kezdeményezhet a megfelelő jogorvoslati határidőn belül. Ha az ajánlatkérő az irreálisan alacsony árat ajánló ajánlattevővel szerződést köt anélkül, hogy bevárná a Közbeszerzési Döntőbizottság jogorvoslati eljárásban meghozott, az ügy érdemére vagy a közbeszerzési ügy befejezésére vonatkozó határozatát, akkor újabb jogsértés követ el. A Kbt. 99.§ (4) bekezdése ugyanis szerződéskötési moratóriumot vezet be az ajánlatkérő számára, ha a közbeszerzési eljárással kapcsolatosan jogorvoslati eljárást indítanak.

Ebben az esetben az irreálisan alacsony árat tartalmazó szerződés semmis, a Kbt. 306/A.§ (2) bekezdésében foglalt szabályra tekintettel:

*Semmis az e törvény hatálya alá tartozó szerződés, ha
b) a felek a szerződéskötési moratóriumra vonatkozó szabályok [96/A. § (4) bekezdése, 99. § (3) és (4) bekezdése] megsértésével kötöttek szerződést, és ezzel megfosztották az ajánlattevőt attól, hogy a szerződéskötést megelőzően jogorvoslati eljárás megindítását kérelmezze, egyben olyan módon sértették meg a közbeszerzésekre vonatkozó szabályokat, hogy az befolyásolta az ajánlattevő esélyét a közbeszerzési eljárás megnyerésére*

A megkötött szerződés érvénytelenségére a Ptk. értelmében bárki, határidő nélkül hivatkozhat.

Abban az esetben, ha az ajánlatkérő az indokoláskérésre vonatkozó kötelezettségét elmulasztja és a szerződéskötési moratóriumot sem tartja be, elképzelhető, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság a jogorvoslati eljárásban a kérelmező (a példa céljára a vesztes ajánlattevő) ellen dönt, azaz nem állapítja meg az ajánlatkérő jogsértését és a nyertes ajánlattevővel is megkötik a szerződést. Ebben az esetben a vesztes ajánlattevő a Kbt. 350.§ alapján ún. kombinált pert indíthat a Közbeszerzési Döntőbizottság és a szerződő felek mint alperesek ellen. A kombinált perben a Fővárosi Bíróság a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatát felülvizsgálhatja és kimondhatja a megkötött szerződés érvénytelenségét azon az alapon, hogy a felek a szerződéskötési moratóriumot megsértették és a egyben olyan

módon sértették meg a közbeszerzésekre vonatkozó szabályokat, hogy az befolyásolta az ajánlattevő esélyét a közbeszerzési eljárás megnyerésére.⁵⁵

8. Irreálisan magas árak alkalmazása a közbeszerzési eljárásban

A közbeszerzési eljárás célja a szerződés megkötése, amelynek révén az ajánlatkérő beszerzési igényét az általa meghatározott szempontok szerint kiválasztott, legmegfelelőbb ajánlattevő teljesíti. A közpénzekkel gazdálkodó felelős ajánlatkérő számára nemcsak jog, de a Kbt. alapján kötelesség is annak elősegítése, hogy az eljárásban csak olyan ajánlattevők versenyezzenek, akik ténylegesen teljesíthető ajánlatot tesznek, illetve irreális ajánlat megtételével nem veszélyeztetik a szerződés megfelelő teljesítését.

A közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés irreálisan magas ár alkalmazásával is együtt járhat. Az irreálisan magas árat az erőfölényben levő ajánlattevő kényszerítheti rá az ajánlatkérőre, de az is elképzelhető, hogy az ajánlatkérő tisztességtelen módon jár el és az előre kiválasztott ajánlattevőt az irreálisan magas áron keresztül juttatja gazdasági előnyökhöz. A visszaélések megakadályozása érdekében, az irreálisan alacsony árhoz hasonlóan, a sérelmet szenvedett fél a közbeszerzési jogra és a versenyjogra is támaszkodhat az alábbiak szerint.

Ha a túlzottan magas árat az ajánlattevő kényszerítené rá az ajánlatkérőre, akkor a közbeszerzési eljárás keretében megjelenő verseny nem megfelelő, valamilyen körülménynél fogva a versenyárnál vagy piaci árnál jóval magasabb áron kerül a közbeszerzés tárgya megajánlásra. Ennek az oka a közbeszerzési eljárásra vonatkozó keretekben is rejtőzhet, pl. hirdetmény közzététele nélkül induló tárgyalásos eljárásokban az ajánlattevő piaci ereje kiugróan magas lehet. Ennek a piaci erőnek köszönhetően az ajánlattevő diktálhatja az árat az ajánlatkérőnek.

Az ajánlatkérő közbeszerzési jogi védelmét – a 2010. szeptember 15-i módosításokra figyelemmel – ma kizárólag a Kbt. 92.§ c) pontjában foglalt lehetőség biztosítja. (Korábban a Kbt. 88.§ (1) bekezdésének g) pontja jelentett egy levezetési lehetőséget az irreálisan magas árat tartalmazó ajánlat érvénytelenné nyilvánítására a jogalkalmazó szervek számára.) A mai helyzet szerint azonban a Kbt. 87.§ (1) bekezdésében foglalt rendelkezés a túlzottan magas áron kívüli egyéb, túlzó kötelezettségvállalást tartalmazó ajánlatokra irányadó. Tehát az irreálisan magas ár nem lehet érvénytelenségi oka a benyújtott ajánlatnak. Ez fontos különbséget jelent a kirívóan alacsony ár közbeszerzési jogi szankciójához képest.

A különbség azonban jól érthető az ajánlattevő szempontjából: a gazdasági ésszerűséggel éppen a minél magasabb ár áll összhangban, a gazdasági versenyben nem lehet felróni az ajánlattevőnek, hogy a lehető legnagyobb profitra törekszik.⁵⁶ Ezt a logikát pedig

⁵⁵ Ehhez részletes Kozma György: A Közbeszerzési Döntőbizottság határozatának felülvizsgálata és a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti egységes per in A közbeszerzés joga, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: Patay Géza) p 700-701.

⁵⁶ Cser-Palkovics Tamás: Kirívóan magas ellenszolgáltatás közbeszerzési jogi megítélése az általános közbeszerzési eljárások körében, *In A közbeszerzés joga*, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: dr. Patay Géza) p 233.

megfelelően támasztja alá a Kbt. 92.§ c) pontjában foglalt ajánlatkérő részére biztosított védelem, amely szerint eredménytelennek kell nyilvánítani a közbeszerzési eljárást, ha

c) egyik ajánlattevő sem vagy az összességében legelőnyösebb ajánlatot tevő sem tett - az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet mértékére tekintettel - megfelelő ajánlatot;

Az irreálisan vagy kirívóan magas árnak, hasonlóan az irreálisan alacsony árhoz, nincs normatív definíciója. Többek között a D.621/9/2008. számú ügyben ismerteti a Döntőbizottság azt az álláspontját, hogy nem lehet jogszabályban megállapítani a kirívó vagy irreális jelleg mércéjét, csak esetről esetre történő elemzéssel. Ennek az oka, hogy a közbeszerzési eljárás tárgya, a szerződés teljesítésének feltételei, a piaci viszonyok minden esetben eltérőek.

Ha a szükséges pénzügyi fedezet a rendelkezésre áll, akkor az ajánlattevőn nem lehet számon kérni, hogy túl drága ajánlatot tett. Ha pedig az ajánlat olyan mértékben irreálisan magas árat tartalmazna, hogy a szükséges pénzügyi fedezet nem áll rendelkezésre, akkor a közbeszerzési eljárást eredménytelené kell nyilvánítani.

Az áron túl – kirívóan aránytalan kötelezettségvállalás

A Kbt. 87.§ nem a kirívóan magas ajánlati árra, hanem minden olyan ajánlati elemre vonatkozik, amely bírálati részszempont alapján értékelésre kerül. Ide tartozik adott esetben a vállalt napi megghiúsulási kötbér mértéke is.

A D.647/7/2009. számú ügyben a nettó szerződéses összeg 35%-át kitevő napi kötbérrel kapcsolatban megállapította a Döntőbizottság annak túlzó jellegét. Álláspontja szerint a késedelmi kötbér azért kirívóan magas, mert az nem szolgálja a kötbér, mint szerződést biztosító mellékkötelezettség, funkcióját, és az ilyen mértékű napi késedelmi kötbér bevállalása arra alkalmas, hogy a közbeszerzés eredményét, az eljárást valamilyen szinten befolyásolja. A Döntőbizottság azt is hozzátette, hogy nem önmagában a vállalt kötbér mértéke túlzó, mivel annak a jellege a konkrét szerződéses érték függvénye. Az aránytalanság sokkal inkább a nettó szerződéses érték és a kötbér értéke közötti aránytalanságra vezethető vissza.

A D/847/16/2009. számú ügyben egy építési beruházás kapcsán a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy az építési beruházás egyes elemeire vonatkozó kötelező alkalmassági idő 5 éves illetve 10 éves időtartamokra szólt. A nyertes ajánlattevő által vállalt jótállás 19 évre szólt, tehát majdnem kétszerese volt a legmagasabb kötelező alkalmassági időszaknak. A Döntőbizottság megállapította, hogy bár az építési beruházás egyes elemeire (pl. tetőcserép, beépített elemek stb.) vonatkozóan az öt éves kötelező alkalmassági idő volt túlsúlyban, a 19 évre vállalt jótállás nem tekinthető kirívóan magas vállalásnak.

Az irreálisan túlzó kötelezettségvállalásra vonatkozóan az ajánlatkérő a Kbt. 87.§ (1) bekezdése szerint adatokat, valamint indokolást köteles írásban kérni. Az indokoláskérésről az ajánlatkérő a többi ajánlattevőt egyidejűleg tájékoztatni köteles.

Az indokolás és a rendelkezésre álló adatok alapján az ajánlatkérő köteles meggyőződni az ajánlati elemek megalapozottságáról, teljesíthetőségéről, ennek során az ajánlattevőtől írásban tájékoztatást kérhet a vitatott ajánlati elemekre vonatkozóan. Ha az indokolást az

ajánlatkérő nem tartja elfogadhatónak és a gazdasági ésszerűséggel összeegyeztethetőnek, akkor köteles az ajánlatot érvénytelennek nyilvánítani [Kbt. 87.§ (2-3)].

Az ajánlatkérő tehát nem nyilváníthatja automatikusan érvénytelenné az általa irreálisnak tartott kötelezettségvállalást tartalmazó ajánlatokat, hanem köteles meggyőződni a tartalmi elem teljesíthetőségéről. A Kbt. csak a teljesíthető, gazdasági ésszerűséggel összeegyeztethető indokolás elfogadását teszi lehetővé. Ennél fogva az ajánlattevőnek indoklásában olyan tárgyilagos választ kell adnia, amely nem hagy kétséget az ajánlatkérőben a felől, hogy az általa megkérdőjelezett tartalmi elem a szerződés során ténylegesen teljesíthető.⁵⁷

A kirívóan aránytalan kötelezettségvállalással kapcsolatban bevezetett indokoláskérés jogintézménye azt a célt szolgálja, hogy azon keresztül objektív alapon kiszűrhető legyen a konkrét ajánlati elemmel összefüggésben tett túlzó, megalapozatlan, lehetetlen ajánlat. Ez a jogintézmény tehát az irreálisan alacsony árral kapcsolatos jogpolitikai célt követi.

9. Túlzó árazás a versenyhatóságok joggyakorlatában

A GVH bíróság által is megerősített gyakorlata szerint tisztességtelenül megállapított eladási ár alatt a Tptv. alkalmazásában a túlzottan magas eladási árat kell érteni (Főv. Bír. 11.K.33.173/2006/13).⁵⁸

A GVH gyakorlata szerint tisztességtelenül megállapítottnak (túlzottan magasnak) minősül az ár, ha meghaladja a vállalkozás gazdaságilag indokolt költségeit és a befektetés adott iparágat jellemző kockázatával arányban álló nyereség összegét [Elvi állásfoglalások 78.]. A magyar versenyhatóság gyakorlata azt, hogy az ár túlzottan magas-e, egy olyan számított árhoz (gazdasági értékhez) viszonyítva ítéli meg, amelyről feltételezhető, hogy versenykörülmények között érvényesülne. A versenykörülmények között érvényesülő árhoz viszonyítási alapot képezhet a benchmark ár és a gazdasági érték számítás módszere.⁵⁹

A benchmark módszertan alapján egy másik földrajzi piacon érvényesülő versenyárral való összehasonlítás történik. Ahhoz, hogy a másik földrajzi piacon érvényesülő ár megfelelő kiindulópontot jelentsen az összehasonlításhoz, két feltételnek is teljesülnie kell:

- egyfelől az adott árnak versenyárnak kell lennie;
- másfelől a gazdálkodás objektív feltételeinek azonosnak vagy nagymértékben hasonlóknak kell lennie.

A fenti feltételek tükrében a benchmark piacon érvényesülő monopol ár nem képezhetné az összehasonlítás alapját, ugyanakkor Tóth András rámutat a GVH Vj-31/2005. számú esetének 26. pontjára: ha a vizsgált ár alacsonyabb, mint a másik földrajzi piacon érvényesülő ár (melyről az erőfölény következtében nem zárható ki, hogy túlzottan magas), az nem elégséges a túlzottan magas ár kizárásához. Ha viszont a vizsgált ár érzékelhetően magasabb, mint a másik földrajzi piacokon érvényesülő árak, akkor az alapot adhat a túlzottan magas ár megállapítására, ha kizárható, hogy a többi földrajzi piacon az árak nem túlzottan

⁵⁷ Dr. Patay Géza: A Közbeszerzési Döntőbizottság határozatainak kivonatai, a D.574/11/2009. számú ügyhöz.

⁵⁸ Tóth ibid, p 3.

⁵⁹ Tóth ibid p 3.

alacsonyak. A GVH szerint a kizárólagos piacokon kizárható, hogy az árak túlzottan alacsonyak lennének.⁶⁰

A benchmark módszertan egy másik lehetséges alkalmazása a *szabályozott árral* történő összehasonlítás. Az összehasonlítás előfeltétele, hogy a hatósági és a kereskedelmi áras tevékenység jellemzőiben, műszaki tartalmában megfeleltethető legyen egymásnak. Ha nem állapítható meg a megfeleltethetőség, akkor a hatósági ár nem alkalmazható az összehasonlítás alapjául. Ha a megfeleltethetőség fennáll, akkor második lépcsőben azt kell megvizsgálni, hogy a hatósági árban figyelembevételre kerültek-e a kereskedelmi árban objektíve érvényesíthető indokolt költségek és nyereség szint. Ha ezeket a tényezőket a hatósági árban figyelembe vették, akkor harmadik lépcsőben a versenyhatóság azt értékeli, hogy az autonóm módon képzett kereskedelmi ár által biztosított nyereségszint a szabályozott ár által biztosított – és így méltányosnak tekintett – szinthez képest kirívóan indokolatlannak tekinthető-e. A *Vj-116/2005.* számú ügyben a költségeket kétszeresen felülmúló nyereségszintet a GVH kirívóan indokolatlannak tartotta. Ha a hatósági árban nem minden olyan költségelemet vettek figyelembe, ami a kereskedelmi árba beépítésre került, akkor a versenyhatóság a hatósági ár és a figyelmen kívül hagyott költségek alapulvételével vizsgálja meg, hogy így is fennmaradna-e a kirívó különbség a két ár között.⁶¹

Egyébként ebben az utóbbi esetben is megállapítható az alkalmazott ár tisztességtelensége, ha olyan költségelemek kerültek beépítésre az árba, amelyek indokolatlanok (pl. a *Vj-116/2005.* számú ügyben nem volt indokolt az árba olyan költségelem beépítése, amelybe a később kiépítésre kerülő kapacitás fedezetét is belefoglalták.)

A gazdasági érték számításának módszere kapcsán az indokolt költségekből és a befektetés arányos nyereség meghatározásából lehet kiindulni. Az indokolt költségekkel kapcsolatosan az időbeli költség összehasonlítás módszere adott, tehát meg kell vizsgálni, hogy egy korábbi időszakban érvényesített költségelemeket egy későbbi időszakhoz viszonyítva mennyiben emelt meg a vállalkozás. A GVH nem ítéli gazdaságilag indokolatlannak azt, ha a vállalkozás adott évre vonatkozó díjai meghatározásakor előző évi költségeit az adott évre tervezett inflációval növeli [*Vj-119/2007* 24. b, *Vj-93/2003* 22. b.].

Az indokolatlan költségek felszámítása külön vizsgálatot igényel. A több tevékenységet végző vállalkozások esetében (pl. vízszolgáltatás, vízóra fel- és leszerelés) a költségeknek két, elkülöníthető csoportja létezik: az egyes tevékenységekhez közvetlenül hozzárendelhető költségek (pl. a vízóra leszerelésének a munkaköltsége), illetve kizárólag a vállalkozás szintjén értelmezhető (a tevékenység szempontjából közvetett) költségek. Az adott tevékenységre indokolatlanul több okból terhelődhetnek költségek: (i) ha azonosíthatóak olyan költségek, amelyek közvetlenül összefüggésbe hozhatóak egy konkrét tevékenységgel és ezeket egy másik tevékenységhez rendelik hozzá; (ii) ha több közvetett költségek oszta fel a vállalkozás az egyes tevékenységek között, mint ami indokolható lenne. Egyébként a közvetett költségek felosztására nincs olyan elv, amelytől való eltérés jogsértésre alapot adna és versenyjogi eszközökkel kikényszeríthető lenne. A közvetett költségek felosztása ugyanis minden esetben becslés jellegű, miként arra a Bizottság *Scandlines* ügyben is rámutatott [*Vj-27/2005.*, 152.]⁶² A költségek felosztására vonatkozó becslést mint helyes értékelési módszert a GVH tehát elvetette.

⁶⁰ *Vj-31/2005*, 27. pontja.

⁶¹ Tóth *ibid* p 4.

⁶² *Idézi* Tóth, *ibid* p 6.

A tisztességes nyereség megállapításához a kiindulási alapot a vállalkozás előző évi mérlegadatai, annak hiányában pedig az adott időszak nominális befektetési kamatlába – növelve a kockázati prémiummal – jelenti. Ez alapján a normatív nyereség mértékére a GVH durva becslést ad, amelynek mértéke a kábeltelevíziós szektorban pl. 15%-ban lett megállapítva.⁶³ Egyébként nincs egyértelmű normája a „tisztességes” nyereség alapjául szolgáló hozamnak, azaz egységes módszerről sem lehet beszélni.

Az európai uniós versenyjogot tekintve az EUMSZ 102. Cikk (2) bekezdésének a) pontja a visszaélésre példaként említi közvetlenül vagy közvetve tisztességtelen vételi vagy eladási árak meghatározását vagy más tisztességtelen kereskedelmi feltételek alkalmazását.

A *United Brands* ügyben az EUB a túlzó árazással kapcsolatosan megállapította, hogy az ár akkor túlzó, amennyiben nincs ésszerű viszony a szolgáltatott dolog gazdasági értéke és az ár között.⁶⁴ Az ügyben a fent ismertetett benchmark módszer alapján összevetésre kerültek a német és az ír piacon alkalmazott árak és megállapítható volt, hogy a német piacon az eljárás alá vont UBC magasabb árakat érvényesített. A bíróság utalt arra is, hogy a versenyhatóságnak kell bizonyítania a különböző, de összehasonlítható földrajzi piacon alkalmazott árak eltéréseinek ésszerűtlenségét. A bizonyításhoz be kellett volna szerezni valamennyi, termelésre vonatkozó költségelem adatot. A *Deutsche Post AG* ügyben a német posta határon átnyúló levélküldési díjaival kapcsolatosan állapította meg a Bizottság a túlzó jelleget, benchmark-ként használva a hazai levélküldésre vonatkozó díjakat. A *Scandlines* ügyben a Bizottság egy költség-plusz módszertant alkalmazott a Helsinborg-i kikötő díjainak túlzó jellegével kapcsolatosan, azaz a kikötőnél a szolgáltatás nyújtásával kapcsolatban felmerült költségekből indult ki és figyelembe vette a nyújtott szolgáltatás gazdasági értékét valamint más kikötői kompszolgáltatások árait is.⁶⁵ A *Corinne Bodson v Pompes Funébres* ügyben az EUB bizonyos temetkezési szolgáltatások árait vizsgálta.⁶⁶ Az ügy attól érdekes, hogy a vizsgált vállalkozásnak a helyi önkormányzat kizárólagos jogot biztosított a temetkezési szolgáltatások nyújtására a saját illetékességi területén. A versenyhatóság a koncessziós jogosult temetkezési vállalkozás díjait olyan más, szintén temetkezési szolgáltatások nyújtó vállalkozások díjaival vetette össze, amelyek viszont nem rendelkeztek kizárólagos jogosultsággal a szolgáltatás nyújtására. A versenyhatóság a kizárólagos jog fennállását tehát nem tekintette olyan körülménynek, amely az árak összevetését kizárná benchmark módszer alapján az adott tagállamon belül elkülönülő földrajzi piacok esetében.

A *Ministère Public v Tournier* ügyben az EUB azt állapította meg, hogy a szórakozóhelyekre kiszabott szerzői jogi jogdíjakkal kapcsolatosan a szerzői jogi jogvédő egyesület ténylegesen monopolhelyzetben volt és ebből a helyzetből fakadóan kerültek túlzó és aránytalan költségelemek érvényesítésre a szerzői jogi jogdíjakban. Az ilyen túlzó és aránytalan költségelemeket pedig figyelmen kívül kell hagyni az ár tisztességes, ésszerű jellegének megállapítása során.⁶⁷

Az Egyesült Királyság versenyhatóságának, az OFT-nek a joggyakorlatában is komoly értelmezési kérdéseket és módszertani bizonytalanságokat okoz az ár túlzó jellegének a

⁶³ Tóth ibid p 5.

⁶⁴ C-27/76 *United Brands v Commission*, para 250.

⁶⁵ Az Európai Bizottság 2004. július 23-án kelt határozata, idézi Whish, ibid p 713.

⁶⁶ C-30/87, idézi Whish, ibid p 713.

⁶⁷ C-395/87, idézi Whish, ibid p 714.

megállapítása: A *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd.* ügyben a költségek és a profit rés összevetéséből indult ki a versenyhatóság, továbbá abból, hogy más termékekkel kapcsolatosan és más piacokon milyen profit részt használ az eljárás alá vont vállalkozás. A Competition Appeal Tribunal (CAT) az alkalmazott módszerekkel kapcsolatosan megállapította, hogy azok ésszerűen alkalmazható módszereket között vannak, de azokkal kapcsolatosan több felelősséget enyhítő körülmény nem került figyelembevételre.⁶⁸

Egy másik ügyben a Brit Lóverseny Tanács rendelkezésére álló 'versenyelőzetes adatok'-hoz való hozzáférés illetve annak a díja volt a vizsgálat tárgya. A Brit Lóverseny Tanács szervezi és szabályozza a lóversenyeket, ennek következtében olyan adatokkal rendelkezik, ami egy lóversenyekre vonatkozó fogadásokat bonyolító cég számára piaci értékkel bír. Az Attheraces nevű vállalkozás a tengerentúli fogadóirodák számára is hozzáférhetővé szeretne volna tenni ezeket az adatokat, mint a lóversenyekre közvetítési jogokkal rendelkező vállalkozás. A brit fellebbviteli bíróság álláspontja szerint költség-plusz megközelítés alapján nem lehet levonni azt a következtetést, hogy az ár túlzónak minősül. A költség-plusz megközelítés azt jelentené, hogy a költségeket csak egy ésszerű mértékkel meghaladó díj lenne az elfogadható. Az EUMSZ 102. Cikkének a célja a fogyasztók védelme végső soron, ebből kiindulva a gazdasági érték meghatározása során az a döntő, hogy az alkalmazott ár a fogyasztók számára mennyiben drágítja meg a fogadások díját, nem pedig az a Brit Lóverseny Tanács által hivatkozott álláspont, hogy a gazdasági érték megállapításánál abból kell kiindulni, hogy az a közvetítő vállalkozás számára milyen értéket képvisel.⁶⁹

Összegzésként megállapítható, hogy a közbeszerzési joggyakorlathoz hasonlóan esetről esetre vizsgálja a versenyhatóság is azt a kérdést, hogy a vállalkozás díjai összességében túlzónak tekinthetőek-e (normatív definíció hiánya). A versenyhatósági joggyakorlat a közbeszerzési joggyakorlatnál részletesebben kidolgozott módszereket alkalmaz, számos ügyben azonban – a módszertan bizonytalanságára tekintettel – hajlamos a GVH vizsgálat megszüntetésére. Ez különösen azokban az esetekben fordul elő, ahol a becslést kellene módszerként alkalmazni és ahol a befektetés arányos nyereség 15% körül szóródik.

Az európai uniós jogban a túlzó árazásra vonatkozóan kialakult joggyakorlat a magyar versenyjogi jogalkalmazásban meghonosodott elvekkel összhangban áll.

A túlzó árazás kapcsán a versenyhatóság feladata a gyengébb piaci helyzetben levő vállalkozások védelme. Az ajánlatkérő döntése a közbeszerzési eljárásra fordítható pénzügyi fedezet által behatárolt, az eljárás eredménytelenné nyilvánítása kellő védelmet biztosít arra az esetre, ha egy irreálisan magas árat tartalmazó nyertes ajánlatot kellene az ajánlatkérőnek elfogadnia.

III. Kizárólagos jogok - jogi monopóliumok

A kizárólagos jog fogalma több helyen kerül meghatározásra és alkalmazásra az uniós és magyar közbeszerzési jogszabályokban. A következőkben áttekintjük a kizárólagos jogokkal kapcsolatos rendelkezések jelentőségét, a közbeszerzési és versenyjogi szabályok kölcsönhatását. Az áttekintés célja, hogy vázlatot adjunk a jogszabályokat gyakorlatban alkalmazó ajánlatkérők, kizárólagos joggal felruházott vállalkozások számára. Elsőként a nem

⁶⁸ OFT határozat, 2001. március 30., idézi Whish, ibid 716.

⁶⁹ Whish, ibid p 718.

polgári jogi jogviszonyon alapuló, jogszabály vagy más hatósági rendelkezésből (közigazgatási határozatból) eredő kizárólagos jogok helyzetét vizsgáljuk meg.

1. *Kizárólagos jogosultsággal felruházott ajánlatkérők, ajánlatkérők által létrehozott kizárólagos joggal rendelkező társulások*

Az Európai Parlament és Tanács építési beruházásra, árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló 2004/18/EK Irányelve (2004. március 31.) 18. Cikkében a kizárólagos jog alapján odaítélt, szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződések, a következőképpen fogalmaz:⁷⁰

„Ez az irányelv nem alkalmazható arra a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződésre, amelyet egy ajánlatkérő szerv egy másik ajánlatkérő szervnek vagy ajánlatkérő szervek társulásának ítél oda, olyan kizárólagos jog alapján, amelyet a Szerződéssel összeegyeztethető, kihirdetett törvényi, rendeleti vagy közigazgatási rendelkezés értelmében e szervek élveznek.”

A fenti rendelkezésben szereplő kizárólagos jog fogalom a Kbt. 4.§ 13. pontjában foglalt rendelkezésen keresztül érvényesül:

„kizárólagos jog: jogszabály, illetőleg közigazgatási határozat alapján egy vagy csak korlátozott számú szervezet (személy) jogosultsága meghatározott tevékenység folytatására, illetőleg cselekményre, összhangban az Európai Közösséget létrehozó szerződéssel, kivéve a 125.§ (2) bekezdésének b) pontja és a 225.§ (1) bekezdésének b) pontja alkalmazásában, továbbá ha e törvény másként nem rendelkezik (166.§).”

A fenti fogalom meghatározás egyúttal vázlatot ad a közbeszerzési jogban használatos *kizárólagos jog* fogalmainak bemutatásához. Az első kategóriába a jogszabályon illetve közigazgatási határozaton alapuló kizárólagos jog tartozik. Ennek alkalmazására a Kbt. 29.§ h) pontjában foglalt kivétel alkalmazása során kerül sor:

„E fejezet szerinti eljárást [azaz a közösségi értékhatárt elérő közbeszerzésekre vonatkozó általános közbeszerzési eljárási szabályokat] - a 27. §-ban meghatározott szolgáltatások [árubeszerzésnek és építési beruházásnak nem minősülő olyan visszerthes szerződések, amelyeknek tárgya különösen valamely tevékenység megrendelése] körében - nem kell alkalmazni a következő esetekben:

h) ha a szolgáltatást a 22. § (1) bekezdésében meghatározott ajánlatkérők valamelyike vagy általuk létrehozott társulás jogszabály alapján fennálló kizárólagos jog alapján nyújtja.”

Dudás Gábor mutat rá a közösségi jogi szabályozás és a magyar közbeszerzési jogi szabályozás különbségére az ajánlatkérőket illető kizárólagos jogok kapcsán: a Kbt. 29.§ (2) bekezdésének h) pontja a közösségi szabályozástól eltérően csak jogszabály alapján fennálló kizárólagos jog alapján teszi lehetővé, hogy közbeszerzési ajánlatkérők egymással szolgáltatás nyújtására közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül kössenek szerződést. A közösségi joganyag azonban nemcsak jogszabály, hanem közigazgatási határozat útján

⁷⁰ OJ L 134, 30.4.2004, p. 114.

alapított kizárólagos jog fennállása esetére is elismeri a kivételi kör alkalmazhatóságát.⁷¹ A jelen tanulmányban a harmonizációs analízis nem lehet célunk, a továbbiakban csak arra összpontosítunk, hogy az európai uniós versenyjogi szabályok milyen kereteket jelentenek a kizárólagos jogok ajánlatkérőknek történő biztosításához.

A közösségi közbeszerzési értékhatárt elérő vagy meghaladó szolgáltatások beszerzésére tehát nem kell közbeszerzési eljárást lefolytatni, amennyiben az ilyen szolgáltatást klasszikus ajánlatkérő vagy klasszikus ajánlatkérők által létrehozott társulás jogszabály alapján fennálló kizárólagos jog alapján nyújtja egy másik ajánlatkérő számára.

A fenti szabály gyakorlati alkalmazásával kapcsolatosan a tagállam illetve az ajánlatkérők mint döntéshozók szemszögéből az elsődleges kérdés az, hogy mely esetekben tekinthető a jogszabályban vagy közigazgatási határozatban foglalt kizárólagos jog összeegyeztethetőnek az Európai Közösséget létrehozó Szerződéssel. Az összeegyeztethetőség fennállását a közbeszerzési jog és az európai uniós versenyjogi normák, továbbá a kapcsolódó gyakorlat együttes figyelembevételével lehet eldönteni.

Az Európai Közösséget létrehozó Szerződés alatt a Lisszaboni Szerződés 2009. decemberi elfogadását követően az Európai Unióról szóló Szerződést (a továbbiakban: „EUSZ”) és az EUMSZ-t kell érteni.⁷² Meg kell vizsgálni, hogy melyek azok a rendelkezései a fenti szerződéseknek, amelyeket a tagállamok és a tagállamok ajánlatkérő szervei a kizárólagos jogosítványokkal rendelkező szervek létrehozása során megsérthetnek.

2. A tagállamok intézkedéseinek korlátai a hűségklauzula alapján

Valamely szervezet számára kizárólagos jog biztosítása kétségtelenül a tagállam intézkedésének minősül. A tagállami intézkedés korlátai nemcsak a 2004/18/EK Irányelv 18. Cikkéből (a Kbt. 4.§ 13. pontjában megfogalmazott rendelkezésből) fakadnak, de magának az EUSZ 4. Cikkének (3) bekezdéséből is:

*„Az Unió és a tagállamok a lojális együttműködés elvének megfelelően kölcsönösen tiszteletben tartják és segítik egymást a Szerződésekből eredő feladatok végrehajtásában.
A tagállamok a Szerződésekből, illetve az Unió intézményeinek intézkedéseiből eredő kötelezettségek teljesítésének biztosítása érdekében megteszik a megfelelő általános vagy különös intézkedéseket.
A tagállamok segítik az Uniót feladatainak teljesítésében, és tartózkodnak minden olyan intézkedéstől, amely veszélyeztetheti az Unió célkitűzéseinek megvalósítását.”*

A fenti, a szakirodalomban hűségklauzulaként emlegetett szövegezésből a tagállam és valamennyi, alkotmányos értelemben tőle független szerve (a klasszikus ajánlatkérő szervezetek ide tartoznak) számára is kötelezettség keletkezik az Európai Unió feladatainak teljesítésére, másfelől tartózkodniuk kell minden olyan intézkedéstől, amely veszélyeztetheti az Unió célkitűzéseinek a megvalósítását.

⁷¹ Dudás Gábor: Kommentár a Kbt. 29/A.§-ában foglalt kivételek köréhez, *In A közbeszerzés joga*, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: Patay Géza), p 118.

⁷² OJ 2010/C 83/01. EUSZ 1. Cikk: *Az Unió e szerződésen és az Európai Unió működéséről szóló szerződésen (a továbbiakban: a Szerződések) alapul. E két szerződés azonos jogi kötőerővel bír. Az Unió az Európai Közösség helyébe lép és annak jogutódja.*

A tagállamok és a tagállami adminisztráció számára iránymutatásként szolgálnak azok az esetek, amelyekben az EuB a fenti rendelkezés gyakorlati alkalmazását fejtette ki. A hűségklauzula értelmezésére a tagállamok ellen indított kötelezettségszegési eljárásokban került sor elsősorban. A kötelezettségszegési eljárás alapja az EUMSZ 258. cikke (az EKSz. korábbi 226. cikke):

„Ha a Bizottság megítélése szerint egy tagállam a Szerződésekből eredő valamely kötelezettségét nem teljesítette, az ügyről indokolással ellátott véleményt ad, miután az érintett államnak lehetőséget biztosított észrevételei megtételére.

Ha az érintett állam a Bizottság által meghatározott határidőn belül nem tesz eleget a véleményben foglaltaknak, a Bizottság az Európai Unió Bíróságához fordulhat.”

A *Bizottság v. Hollandia* ügyben az EUB a hűségklauzula kapcsán megállapította, hogy a tagállamnak kötelezettsége az is, hogy a Bizottság munkáját megkönnyítse a Szerződésekkel való összhang vizsgálata során.⁷³ A jogi monopóliumok létrehozásával kapcsolatosan a tagállamnak minden lényeges információt elérhetővé kell tennie a Bizottság számára, olyan helyzetbe kell hoznia a Bizottságot, hogy az alappal tudja megítélni a jogi monopólium létrehozásának Szerződésekkel való összeegyeztethetőségét. Az EUB álláspontja annak fényében nyer jelentőséget, hogy a kötelezettségszegés bizonyításának terhe a Bizottságon van, neki kell az EUB-t meggyőznie arról, hogy a létrehozott jogi monopólium ellentétes a Szerződések rendelkezéseivel.

A hűségklauzula a tagállamok számára az irányelvek átültetésének kötelezettségével is jár. Az EUB a *Bizottság v. Franciaország* ügyben fejtette ki, hogy az irányelvek nem megfelelő átültetése a hűségklauzula sérelmével jár.⁷⁴ A 2004/18/EK Irányelv 18. Cikkének megfelelő átültetése álláspontunk szerint nem csak a szöveg Kbt.-be történő átvételét jelenti, hanem annak megfelelő alkalmazását is. A tagállam tehát csak olyan kizárólagos jogot biztosíthat jogszabályban vagy közigazgatási határozatban, amely a Szerződések rendelkezéseivel összeegyeztethető.

Utalni kell a hűségklauzulából származó „*megfelelő érvényesülés*” (*effet utile*) fogalmára is. Az EUB álláspontja szerint a tagállamoknak mindent meg kell tenniük, hogy biztosítsák az uniós jog hatékony érvényesülését. Ebbe bele kell érteni azt is, hogy ugyanolyan szankciókkal kell sújtani az uniós jogból fakadó kötelezettségek negligálását, mint a tagállam saját jogából származó hasonló kötelezettségek megszegését.

3. A tagállamok gazdaságpolitikájának alakítása

Amennyiben a tagállam vagy egy ajánlatkérőnek minősülő tagállami szerv jogszabállyal/közigazgatási határozattal egy meghatározott ajánlatkérőt kizárólagos jogokkal ruház fel (vagy több ajánlatkérő az általa/általuk létrehozott társulást ruházza fel kizárólagos jogosítványokkal), akkor jogi monopólium létrehozásáról van szó. A jogi monopólium hatással van a szabad versenyen alapuló piaci folyamatokra, mivel az adott tevékenységet a jogi monopólium létrehozását követően kizárólag a jogszabályban/közigazgatási határozatban jogosított személy végezheti.

⁷³ C-96/81.

⁷⁴ C-167/73.

A vizsgálat kiindulópontját ezért az EUMSZ preambulumban megfogalmazott *tisztességes piaci verseny* jelenti. Az EUMSZ 3. Cikkének b) pontja a belső piac működéséhez szükséges *versenyszabályok megalkotását* az Unió kizárólagos hatáskörébe utalja.

Az EUSZ 119. cikke (az EK Sz. korábbi 4. cikke) szerint:

*„(1) Az Európai Unióról szóló szerződés 3. cikkében meghatározott célok megvalósítása érdekében a tagállamok és az Unió tevékenysége - a Szerződésekben előírtak szerint - magában foglalja egy olyan gazdaságpolitika bevezetését, amely a tagállamok gazdaságpolitikájának szoros összehangolásán, a belső piacon és a közös célkitűzések meghatározásán alapul, és amelyet **a szabad versenyen alapuló nyitott piacgazdaság elvével** összhangban valósítanak meg.”*

A szabad versenyen alapuló nyitott piacgazdaság elvének kell meghatároznia a tagállamok gazdaságpolitikáját. Ennek keretében kell értékelni a jogi monopóliumok létrehozásának lehetőségét és feltételeit. A jogi monopóliumok a szabad versenyt korlátozzák, tehát létrehozásuk általában nem megengedett a tagállamok számára. Kivételes helyzetekben azonban a jogi monopóliumok létrehozása megengedett, a szabad versenyen alapuló piacgazdaság létrehozásától és fenntartásától eltérő célok biztosítása érdekében.

Érdeemes röviden azt is bemutatni, hogy a tagállamok gazdaságpolitikájának alakításában mekkora mozgástérrel rendelkeznek, szuverenitásuk mennyiben korlátozott.

A fenti összetett kérdésre egyszerű válasz nem létezik. A D. Edward-M. Hoskins által írt tanulmányra hivatkozik Tóth Tihamér a választ keresve.⁷⁵ E tanulmány a jogi monopóliumok elbírálásához a következő megközelítési lehetőségeket sorolja fel:

Az *abszolút szuverenitás*-párti megközelítés értelmében a tagállamokat semmi nem akadályozza meg az általuk szükségesnek tartott jogi monopóliumok létrehozásában. Ezt a nézőpontot az Európai Bíróság az 1990-es évek elején határozottan elutasította. A távközlési végberendezések piacát liberalizáló bizottsági irányelv megsemmisítését kérve Franciaország hiába hivatkozott arra, hogy a 86. Cikk előfeltételezi e monopóliumok létét, mert az EUB leszögezte:

„még ha a cikk előfeltételezi is bizonyos kizárólagos vagy különleges jogokkal rendelkező vállalatok létét, ebből nem következik az, hogy minden kizárólagos vagy különleges jog szükségszerűen összeegyeztethető a Szerződéssel. Ez azoktól a szabályoktól függ, amelyekre a 86. Cikk (1) bekezdése utal”⁷⁶

A *korlátozott szuverenitás* elmélete az, amelyet az EUB a leginkább elfogadott. Ezt alátámasztja a 106. Cikk joggyakorlatának fejlődési iránya, amelyet az alábbiakban részletesen bemutatunk. Ennek lényege, hogy önmagában a kizárólagosság biztosítása még nem jogellenes, de ha a kérdéses vállalat pusztán a ráruházott kizárólagos jogosultság gyakorlásával nem tudja elkerülni az erőfölénys helyzettel való visszaélést vagy e jogok olyan helyzetet teremtenek, amely a vállalat visszaéléséhez vezet, akkor maga a kizárólagos jog biztosítása is elítélendő.⁷⁷

⁷⁵ Tóth Tihamér, *ibid.* p 138., D. Edward and M. Hoskins, "Article 90: Deregulation and EC Law", (1995)

⁷⁶ C-202/88 Franciaország v. Bizottság [1991], idézi Tóth Tihamér, *ibid.* p 140.

⁷⁷ Tóth Tihamér, *ibid.* 141.

Az *abszolút versenyt* középpontba állító harmadik elméleti megközelítés szerint a kizárólagos jogok adományozása *per se* ellentétes a versenyjoggal, mivel a kizárólagos pozíció önmagában korlátozza a versenyt. Ez az elméleti levezetés azonban ellentétes a 102. Cikk, a 106. Cikk (1) és (2) bekezdésének szóhasználatával is. A 102. Cikk ugyanis abból indul ki, hogy léteznek erőfölényes helyzetben levő vállalkozások és kizárólag az erőfölényes helyzettel való visszaélést rendeli szankcionálni, az erőfölény meglétét azonban nem. A 106. Cikk is hasonló alapon áll, kifejezetten elismeri a kizárólagos jogokkal rendelkező közzállalatok vagy más vállalkozások létét. A szakirodalmi álláspont éppen ezért nem javasolja követni az abszolút verseny megközelítést.

A negyedik elmélet a *korlátozott verseny* elmélete. Eszerint a monopóliumok léte elfogadhatatlan, az csak akkor összeegyeztethető a szabad versennyel, amennyiben azt legitim tagállami érdekek indokolják és az arányosság elvét is tiszteletben tartja a tagállam. Az arányosságot az elérni kívánt cél, azaz az általános gazdasági érdekű szolgáltatás biztosítása és a verseny korlátozásának mértéke összefüggésében kell értékelni. E felfogás szerint a tagállamnak kell bizonyítania, hogy jogos érdeke fűződik a monopólium létehez és az ebből adódó versenykorlátozás a szükséges legkisebb mértékű csak.

Az EUB gyakorlata egyre inkább a korlátozott szuverenitás/korlátozott verseny elméleti megközelítéseken nyugszik. A korlátozott szuverenitás kapcsán először azt kell vizsgálni, hogy a kizárólagos joggal rendelkező vállalkozás visszaélt-e erőfölényes helyzetével. Ha ez tény szintjén megállapítható, akkor értékelni kell, hogy szükségszerű következménye volt-e a visszaélés az állami intézkedésnek, jogszabálynak. A korlátozott verseny megközelítésnél először azt kell vizsgálni, hogy lehet-e a jogi monopólium létét közérdekkel indokolni.

A tagállam gazdaságpolitikájának része a jogi monopóliumok létrehozása. A tagállamok gazdaságpolitikáját az Európai Unió célkitűzései korlátozzák, így korlátozott a tagállamok szuverenitása a jogi monopóliumok megteremtésében is. A tagállam számára a kizárólagos jog adományozása nem tiltott, ugyanakkor azt sem mondhatja a tagállam, hogy tetszése szerint bármilyen vállalkozásnak kizárólagos jogot biztosíthat.

A fentiek igazolására az alábbiakban áttekintjük az EUMSZ 106. Cikkéhez kapcsolódó joggyakorlatot.

4. A 106. Cikk hatása a jogi monopóliumok létrehozására

A különleges vagy kizárólagos jogok biztosításának feltételeit az EUSZ 106. cikke (az EKSz. korábbi 86. cikke) határozza meg:

“(1) A közzállalkozások és az olyan vállalkozások esetében, amelyeknek a tagállamok különleges vagy kizárólagos jogokat biztosítanak, a tagállamok nem hozhatnak és nem tarthatnak fenn a Szerződésekkel, különösen a 18. és 101-109. cikkben foglalt szabályokkal ellentétes intézkedéseket.

(2) Az általános gazdasági érdekű szolgáltatások működtetésével megbízott vagy a jövedelemtermelő monopólium jellegű vállalkozások olyan mértékben tartoznak a Szerződések szabályai, különösen a versenyszabályok hatálya alá, amennyiben ezek alkalmazása sem jogilag, sem ténylegesen nem akadályozza a rájuk bízott sajátos feladatok végrehajtását. A kereskedelem fejlődését ez nem befolyásolhatja olyan mértékben, amely ellentétes az Unió érdekeivel.

(3) A Bizottság biztosítja e cikk rendelkezéseinek alkalmazását, és szükség esetén megfelelő irányelveket vagy határozatokat intéz a tagállamokhoz.”

A versenyjogi szakirodalom bőségesen feldolgozta a fenti Cikk valamennyi aspektusát, ebben a tanulmányban csak a szűkebb témára összpontosítunk.

Ahogy arra a fentiekben utaltunk, a jogi monopóliumok létrehozásának szabadsága a tagállam számára nem korlátlan, feltételekhez kötött. A jogi monopólium több jogi formán keresztül létezhet. A jogi monopólium számunkra itt azt jelenti, hogy valamely szerv különleges vagy kizárólagos joggal rendelkezik egy meghatározott tevékenység folytatására. Ez a szerv lehet egy tagállami közhatalmi (kormányzati stb.) szerv, lehet állami vagy önkormányzati tulajdonban álló vállalat vagy magántulajdonban álló vállalat is. A 106. Cikk címzettjei között ott vannak a vállalkozások is, a *Höfner* ügyben az EUB megállapította, hogy vállalkozásnak kell tekinteni valamennyi olyan szervet, amely gazdasági tevékenységet folytat, tekintet nélkül jogi formájára vagy finanszírozásának módjára.

Az olvasóban felvetődhet a kérdés, hogy a tulajdoni forma megválasztásával kapcsolatosan a tagállam döntési joga mennyiben korlátozott. Létrehozhat-e a kormány állami tulajdonban álló vállalatokat vagy önmagában az állami tulajdonban álló vállalatok létrehozása is sérti a Szerződések rendelkezéseit?

Az EUMSZ 345. cikk (az EKSz. korábbi 295. cikke)

„A Szerződések nem sérthetik a tagállamokban fennálló tulajdoni rendet.”

Ennélfogva a tagállami kormányzat meghatározhatja, hogy bizonyos tevékenységek ellátását az állami vagy magánszféra bízta-e. Önmagában a tulajdoni forma meghatározása (állami, önkormányzati, magán, vegyes stb.) nem ütközhet a Szerződések rendelkezéseibe. Ugyanakkor kétségtelen, hogy a Szerződések korábban bemutatott célkitűzése, a nyitott és szabad versenyen alapuló szociális piacgazdaság, érdekében megfogalmazott további rendelkezések nem támogatják az állami vállalatok meghatározó szerepét.⁷⁸ Bár az állami vállalatok *létezése* kétségtelenül tagállami diszkréció, az állami vállalat *viselkedése* az európai uniós és a tagállami versenyjog által behatárolt.

Ezért a 106. Cikk elemzése kapcsán a tagállam mozgásterét csak a különleges vagy kizárólagos jogok megadása kapcsán kell behatárolni. A tulajdonjogra vonatkozó fejtegetésből következik, hogy nincs jelentősége annak, hogy milyen tulajdoni formában működő gazdasági egység lesz a különleges vagy kizárólagos jogok alanya. Elképzelhető, hogy egy vizsgált gazdasági egység két kritérium alapján is a 106. Cikk alá tartozik: egyrészt mert állami tulajdonban van, másrészt mert különleges vagy kizárólagos jogok alanya.

Bár a jogi monopólium létrehozásában a tagállam alapvetően szabad, a létrehozott jogi monopólium viselkedése, piaci magatartása az európai uniós versenyjogra és a gazdasági alapszabadságokra vonatkozó rendelkezések által erősen behatárolt.

Elsőként az európai uniós versenyjog rendelkezéseit tekintjük át.

⁷⁸ Craig, de Búrca: EU Law, texts, cases and materials, p 1123

5. Az EUMSZ 106. Cikkének és 102. Cikkének kölcsönhatása

Az EUMSZ 102. Cikkéből (az EK Sz. korábbi 82. cikke) következik, hogy a vállalkozás piaci erőfölényével nem élhet vissza:

„A belső piaccal összeegyeztethetetlen és tilos egy vagy több vállalkozásnak a belső piacon vagy annak jelentős részén meglévő erőfölényével való visszaélése, amennyiben ez hatással lehet a tagállamok közötti kereskedelemre.

Ilyen visszaélésnek minősül különösen:

- a) tisztességtelen beszerzési vagy eladási árak, illetve egyéb tisztességtelen üzleti feltételek közvetlen vagy közvetett kikötése;*
- b) a termelés, az értékesítés vagy a műszaki fejlesztés korlátozása a fogyasztók kárára;*
- c) egyenértékű ügyletek esetén eltérő feltételek alkalmazása az üzletfelekkel szemben, ami által azok hátrányos versenyhelyzetbe kerülnek;*
- d) a szerződések megkötésének függővé tétele olyan kiegészítő kötelezettségeknek a másik fél részéről történő vállalásától, amelyek sem természetüknél fogva, sem a kereskedelmi szokások szerint nem tartoznak a szerződés tárgyához.”*

Feltételezve, de nem megengedve, hogy a létrehozott köztisztviselői vállalat erőfölényes helyzetével szükségszerűen visszaél a működésére vonatkozó jogszabályi rendelkezésekből fakadóan, magának a jogi monopóliumnak a létrehozása *per se* is ellentétes lehet a Szerződések rendelkezéseivel. Ezt a helyzetet a *Höfner*-ügyben fejtette ki az EUB, amelynek tényállása szerint német jogszabályok álláskeresők meghatározott csoportjai számára kizárólag az állami munkaközvetítő vállalaton keresztül tették lehetővé a leendő munkaadókkal való kapcsolatfelvételt.⁷⁹ Az állami munkaközvetítő vállalat jogi monopolhelyzete a többi piaci munkaközvetítő vállalkozás tevékenységét háttérbe szorította. Az EUB álláspontja szerint az állami munkaközvetítő ügynökség a 106. Cikk értelmében olyan vállalkozásnak minősül, amelynek a tagállam különleges vagy kizárólagos jogot biztosít. A luxemburgi testület azt is kifejtette, hogy a jogi monopólium *létrehozása* önmagában nem ütközik a Szerződések rendelkezéseibe. A tagállam felelőssége azonban megállapítható a 106. Cikk megsértéséért akkor, ha a létrehozott jogi monopólium *a biztosított különleges vagy kizárólagos jogok gyakorlásával elkerülhetetlenül visszaél az erőfölényével* (korlátozott szuverenitás elmélete). A konkrét ügyben az EUB rámutatott arra, hogy a kizárólagos joggal rendelkező munkaközvetítő ügynökség nem volt olyan piaci helyzetben, hogy az álláskeresés piaci igényét megfelelően kielégítse, számos magán munkaközvetítő jelent meg a piacon, ugyanakkor ezek a piaci vállalkozások nem láthatták el ezt a tevékenységet, mivel az általuk kötött szerződéseket érvénytelennek tekintette a német jog.

Az EUB egy másik gyakran hivatkozott ügyben, az *ERT* ügyben tovább finomította a jogi monopóliumok létrehozásának kereteit.⁸⁰ A görög állam által létrehozott görög televíziós vállalatnak kizárólagos joga volt a televíziós műsorok terjesztésére, beleértve a saját gyártású műsorait is. Kizárólagos jogánál fogva a vállalat a külföldi műsorszámok, televíziós programok terjesztéséről is dönthetett. Az EUB szerint az *ERT*-t a szabályozás arra vezethette, hogy az erőfölényével más tartalomszolgáltatókkal szemben visszaéljen. A saját programok, műsorszámok előnyben részesített terjesztésén keresztül az *ERT*-nek lehetősége volt a saját nyereségének a növelésére. A jogi monopólium létrehozása a fentiek szerint

⁷⁹ C-41/90, *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH* [1991].

⁸⁰ C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) v. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) and Sotirios Kouvelas* [1991].

akkor is sérti a Szerződések rendelkezéseit, ha a jogi monopólium szabályozásának keretei arra ösztönzik vagy vezetik a jogi monopóliumot, hogy visszaéljen erőfölényes helyzetével (korlátozott szuverenitás elmélete).

A *Merci* ügyben az EUB a fenti álláspontját ismételte meg, ugyanakkor a szabályozási keretek ösztönző erejét is értelmezte.⁸¹ A tényállás szerint a *Merci* nevű vállalat kizárólagos joggal rendelkezett a Genova kikötőjében zajló dokkmunka (ki- és berakodás stb.) megszervezésére. Az EUB megállapította, hogy ellentétes a Szerződésekkel a kizárólagos jogok megadása, amennyiben a kizárólagos jogokkal rendelkező vállalatnak tisztességtelen árakat, előnytelen üzleti feltételeket kellene alkalmaznia a szabályozási előírások miatt. Az EUB álláspontját úgy is lehet értelmezni, hogy önmagában a kizárólagos jogok megadása olyan helyzetet teremt, amelyben a jogi monopólium visszaélésre alkalmas magatartást tanúsítására eleve ösztönzött. A jogi monopólium létrehozása tehát *per se* ellentétes lehet a Szerződésekkel (korlátozott szuverenitás elmélete). Ez a szemlélet a frissebb jogesetekben egyre inkább teret nyer, ahogy azt a következőkben látni fogjuk.

A *Corbeau* üggyől kezdődően az EUB szemlélete lényegesen megváltozott a jogi monopóliumok létrehozását illetően és a 106. Cikk (1) bekezdését a 106. Cikk (2) bekezdésével együtt értelmezve kezdte alkalmazni a bíróság. Az ügy tényállása szerint *Corbeau* Liège városában saját postai szolgáltatást kezdett működtetni, azonban a városon kívüli küldemények kézbesítésére igénybe vett az állami postai szolgáltatásokat. Tekintettel arra, hogy a belga jogszabályok állami monopóliumként kezelték a postai szolgáltatásokat, *Corbeau* ellen eljárás indult. *Craig* és *de Búrca* idézi az üggyel kapcsolatosan *Hancher* álláspontját, mely szerint a *Corbeau*-ügyben az EUB elutasította a jogi monopóliumok létrehozásának lehetőségét a tagállamok által, kivéve, ha a 106. Cikk (2) bekezdése alapján igazolható a jogi monopólium és a kizárólagos jogok biztosításának szükségessége. *Edward* és *Hoskins* ugyanezt a megközelítést fogadta el.⁸² A *Traco* és az *Ambulanz Glockner* ügyekben is megerősítette az EUB azt a szemléletet, hogy a kizárólagos joggal felruházott vállalkozást csak abban az esetben lehet a Szerződésekkel összhangban állónak tekinteni, ha a 106. Cikk (2) bekezdése alapján igazolható a létrehozásának szükségessége (korlátozott verseny elmélete).⁸³

A fentiek alapján megállapítható, hogy a tagállamok kizárólagos jogokkal egy szervezet csak abban az esetben ruházhatnak fel, amennyiben igazolni tudják a 106. Cikk (2) bekezdése alapján annak szükségszerűségét. A jogi monopóliumok létrehozásában a tagállamok korlátozott szuverenitással rendelkeznek, a verseny korlátozása arányosan történhet. Bizonyos feltételek fennállása esetén a tagállamok létrehozhatnak jogi monopóliumokat, de azok általában ellentétesek a szabad versenyen alapuló piacgazdaság folyamataival.

Mivel a jogi monopóliumok létrehozásának elsőrendű kérdése azok legitimitása a 106. Cikk (2) bekezdése alapján, a következőkben ezt a bekezdést és az általános érdekű gazdasági szolgáltatás fogalmát tisztázzuk.

⁸¹ C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA* [1991]

⁸² D. Edward, M. Hoskins: Article 90: Deregulation and EC Law, Reflections arising from the XVI FIDE Conference" (1995) 32 CMLRev. 157.

⁸³ C-340/99, *TNT Traco SpA v. Poste Italiane SpA* [2001] és C-475/99, *Ambulanz Glockner v. Landkreis Sudwestpfalz*.

6. A jogi monopólium létének igazolása a 106. Cikk (2) bekezdése alapján

Tekintettel arra, hogy a 106. Cikk (2) bekezdése kivételt képez a Szerződések versenyszabályai alól, a címzett alanyi kör is szűkebb a vállalkozások teljes körénél. Olyan vállalkozásokról lehet csak szó, amelyek általános gazdasági érdekű szolgáltatások működtetésével megbízottak vagy jövedelemtermelő monopólium jellegűek. Témánk szempontjából az előbbi vállalkozás típus a meghatározó. A létrehozott jogi monopóliumnak olyan vállalkozásnak kell lennie, amelyet a tagállam általános gazdasági érdekű szolgáltatás ellátásával bízott meg. Korábban már utaltunk arra, hogy teljesen lényegtelen az általános gazdasági érdekű szolgáltatás ellátásával megbízott vállalkozás tulajdoni formája, de a megbízásnak valamilyen közhatalmi funkcióval rendelkező szerv intézkedéséből kell erednie.⁸⁴

Általános gazdasági érdekű szolgáltatások

Az általános gazdasági érdekű szolgáltatások vizsgálatának kiindulópontját az Európai Unió működéséről szóló Szerződés 14. cikke (az EKSz. korábbi 16. cikke) jelenti.

„Az Európai Unióról szóló szerződés 4. cikkének, valamint e szerződés 93., 106. és 107. cikkének sérelme nélkül és figyelemmel az általános gazdasági érdekű szolgáltatásoknak az Unió közös értékrendjében elfoglalt helyére, valamint a társadalmi és területi kohézióban játszott szerepére, az Unió és a tagállamok saját hatáskörükben és a Szerződések alkalmazási körén belül gondoskodnak arról, hogy ezek a szolgáltatások olyan - így különösen gazdasági és pénzügyi - elvek alapján és feltételek mellett működjenek, amelyek lehetővé teszik rendeltetésük teljesítését. Ezeket az elveket és feltételeket rendes jogalkotási eljárás keretében elfogadott rendeletekben az Európai Parlament és a Tanács állapítja meg, a tagállamok arra vonatkozó hatáskörének sérelme nélkül, hogy a Szerződésekkel összhangban gondoskodjanak e szolgáltatások nyújtásáról, más által való ellátásáról, illetve finanszírozásáról.”

Az általános gazdasági érdekű szolgáltatásokhoz való hozzáférés az Európai Unió Alapjogi Chartájának 36. Cikkében is elismerésre került:

„Az Unió - a nemzeti jogszabályokban és gyakorlatban foglaltak szerint és a Szerződésekkel összhangban - elismeri és tiszteletben tartja az általános gazdasági érdekű szolgáltatásokhoz való hozzáférést az Unió társadalmi és területi kohéziójának előmozdítása érdekében.”

A fenti alapjog magában foglalja a szóban forgó szolgáltatások megkülönböztetés-mentes biztosítását, beleértve a nők és férfiak, a hátrányos helyzetű illetve szociálisan rászoruló személyek hozzáféréseinek garantálását is. Egyes uniós szektor-specifikus szabályok bevezetik az egyetemes szolgáltatás fogalmát az adott szektort érintő szolgáltatások meghatározott körében. Ez mindenki jogát megalapozza bizonyos lényegesnek tartott szolgáltatásokhoz való hozzáférésre, ugyanakkor a szolgáltatók számára kötelezővé teszi meghatározott minőségi követelmények és értékesítési ár alkalmazását.

A Lisszaboni Szerződés egyik legfontosabb újítása, hogy önálló jegyzőkönyvben tisztázza az általános érdekű szolgáltatások fogalmát. A 26. jegyzőkönyv az általános érdekű gazdasági és nem gazdasági jellegű szolgáltatásokat elkülöníti. Az *általános érdekű szolgáltatások* fogalma

⁸⁴ C-127/73 BRT v. SABAM [1974].

az *általános gazdasági érdekű szolgáltatások* fogalmánál tágabb. A két kategória elhatárolása azért jelentős, mert kizárólag az általános gazdasági érdekű szolgáltatások tartoznak a Szerződések versenyszabályai és gazdasági alapszabadságok hatókörébe.

Visszatérő kérdés a Bizottság számára is, hogy miként lehet megkülönböztetni egymástól a gazdasági és nem gazdasági jellegű általános érdekű szolgáltatásokat.

A kérdésre elvi, általános érvényű választ nem lehet adni, esetről esetre történő elemzésre van szükség. Versenyjogi szempontból nem a szolgáltatást nyújtó szervezet státusza, ágazata (pl. állami, magánvállalat, közigazgatás része stb.) a döntő, hanem magának a tevékenységnek a természete. A Bizottság hivatkozik az EUB álláspontjára is, amely olyan kritériumok mentén húzza meg a határvonalat, mint piac, állami hatáskörbe tartozás, szolidaritási kötelezettség megléte. Ez azt is jelentheti, hogy ugyanazon entitás egyaránt végezhet gazdasági és nem gazdasági jellegű tevékenységeket, így tevékenysége egy részére vonatkoznak a versenyjogi szabályok, míg a többire nem.⁸⁵ Az *Aéroports de Paris* ügyben a Bíróság például megállapította, hogy egy adott szervezet végezhet egyfelől – gazdasági jellegűnek nem minősülő – igazgatási, például rendőri tevékenységeket, másfelől ugyanakkor tisztán kereskedelmi jellegűeket is. Döntő jelentőségű a gazdasági jelleg megállapításánál a szolgáltatásnyújtás módjának, megszervezésének és finanszírozásának módja. A térítés ellenében nyújtott szolgáltatások általában gazdasági jellegűek, de nem feltétel, hogy a szolgáltatásban részesülők fizessenek a szolgáltatásért.⁸⁶

A szociális szolgáltatások helyzete a leginkább vitatott a gazdasági jelleg szemszögéből. A Bizottság két nagy csoportba sorolta a szociális szolgáltatásokat: az első csoportban a különböző szerveződésű (kölcsonösségen alapuló vagy szakmai), törvényileg előírt és kiegészítő szociális védelmi rendszerek találhatók, amelyek az élet alapvető – az egészséggel, öregkorral, munkahelyi balesetekkel, munkanélküliséggel, nyugdíjjal, fogyatékossgal, kapcsolatos – kockázatait fedik le. A másik csoportot a közvetlenül az egyénnek nyújtott egyéb szolgáltatások csoportja jelenti, amelybe például a szociális segítségnyújtással, munkaközvetítéssel és képzéssel kapcsolatos szolgáltatások tartoznak. Utóbbiakat jellemzően helyi szinten szervezik meg és erőteljesen függenek a költségvetési finanszírozástól. A Bizottság ugyanakkor nem ad további iránymutatást a szociális szolgáltatások jellegére vonatkozóan, álláspontja szerint azok gazdasági és nem gazdasági jellegűek is lehetnek, a további körülményeket figyelembe véve.⁸⁷ Ez az álláspont a szociális szolgáltatások rendkívül heterogén jellege miatt teljességgel igazolható.

A jegyzőkönyv 1. cikke az általános gazdasági érdekű szolgáltatásokkal kapcsolatosan elismeri azok rendkívül heterogén jellegét:

„Az Európai Unió működéséről szóló szerződés 14. cikke szerinti általános gazdasági érdekű szolgáltatásokra vonatkozó közös uniós értékek magukban foglalják különösen:

- a nemzeti, regionális és helyi hatóságok alapvető szerepét és széles mérlegelési jogkörét a tekintetben, hogy a felhasználók igényeihez a lehető legközelebb álló módon hogyan

⁸⁵ C-82/01, EBHT 2006.

⁸⁶ A Bizottság Közleménye az Európai Parlamentnek, a Tanácsnak, az Európai Gazdasági és Szociális Bizottságnak és a Régiók Bizottságának, Az „Egységes piac a 21. századi Európa számára” című közleményt kísérő dokumentum, *Általános érdekű szolgáltatások, beleértve az általános érdekű szociális szolgáltatásokat: új európai kötelezettségvállalás („ÁÉSZ Közlemény”)*, COM(2007) 725 végleges, 2007. november 20., p 5.

⁸⁷ ÁÉSZ Közlemény, p 6.

gondoskodjanak az általános gazdasági érdekű szolgáltatások nyújtásáról, más által való ellátásáról, illetve megszervezéséről;

- a különböző, általános gazdasági érdekű szolgáltatások sokféleségét, valamint a felhasználók igényei és preferenciái közötti különbségeket, amelyek földrajzi, társadalmi és kulturális különbségekből eredhetnek;

- a magas minőségi szintet, magas fokú biztonságot és megfizethetőséget, az egyenlő bánásmódot, valamint az egyetemes hozzáférés és a felhasználói jogok előmozdítását.”

A fentiekből következik, hogy a Lisszaboni Szerződéssel a tagállamok és az Európai Unió új alapokra helyezte az általános gazdasági érdekű szolgáltatásokról való gondolkodásmódját. Az általános gazdasági érdekű szolgáltatások nyújtását és megszervezését az EUMSZ belső piaci és versennyel kapcsolatos szabályai szabályozzák, mivel gazdasági jellegű tevékenységről van szó. Az európai léptékű nagy hálózatokat működtető iparágakat – a távközlést, a villamosenergiát, gázszolgáltatást, közlekedést és postai szolgáltatásokat külön közösségi jogi keret szabályozza. A közszolgálati műsorszolgáltatás egyes aspektusával is külön közösségi jogszabályok foglalkoznak, pl. a határok nélkül televíziózásról szóló irányelv. Más általános érdekű gazdasági szolgáltatások, például a hulladékgazdálkodás, vízszolgáltatás, szennyvízkezelés területén, nem tartoznak önálló közösségi szabályozási rendszer hatálya alá. Ugyanakkor a szolgáltatás bizonyos jellemzőire konkrét – például közbeszerzéssel, a környezet- és fogyasztóvédelemmel kapcsolatos uniós szabályozások érvényesek.

A Bizottság álláspontja szerint a jó minőségű, hozzáférhető és megfizethető általános gazdasági érdekű szolgáltatások kifejlesztésének célja *összeegyeztethető* a nyitott és versenyképes belső piacra irányadó célkitűzéssel. Ennek bizonyítékául hivatkozik a hálózatos iparágak liberalizációs folyamataira. A távközlés, energiaipar, közlekedés, és a postai szolgáltatások verseny előtti fokozatos megnyitásával párhuzamosan az egyes ágazatok számára közszolgáltatási kötelezettségek is meghatározásra kerültek, többek között az egyetemes szolgáltatás nyújtása, bizonyos fogyasztói és felhasználói jogok biztosítása valamint egészségügyi és biztonsági szempontok teljesítése is. A fokozatosan bevezetett verseny bővítette a kínált szolgáltatások körét, ösztönözte a vállalkozásokat a jobb minőségű szolgáltatások nyújtására, olcsóbbá tette a szolgáltatásokat. Ugyanakkor egyes piacsabályozási intézkedéseket, így különleges vagy kizárólagos jogok fenntartását, engedélyezési követelményeket a tagállamok fenntarhattak a közérdekű célok elérése érdekében, amennyiben azok az elérni kívánt céllal arányosak voltak.⁸⁸ A fenti célkitűzések összeegyeztethetőek, egymást kiegészítve és erősítve működtethetőek.

A fenti elsődleges unió jogforrásokból és a Bizottság véleményéből lesűrhető, hogy az általános érdekű szolgáltatások a társadalmi és területi kohéziós célkitűzés előmozdítására szolgálnak, a szabad versenyen alapuló piacgazdaságnak el kell tűrnie a jelenlétüket abból az okból kifolyólag is, hogy az Európai Uniónak a társadalmi és területi kohézió legalább olyan fontos célkitűzése, mint a szabad versenyen alapuló piacgazdaság.

A Lisszaboni Szerződés tartalommal is megtölti az általános gazdasági érdekű szolgáltatások fogalmát, a szolgáltatással kapcsolatosan minőségi, biztonsági, pénzügyi és szociális elvárásokat sorol fel a tagállamok számára: magas minőségi szint, magas fokú biztonság, megfizethetőség, egyenlő bánásmód, egyetemes hozzáférés, felhasználó jogok biztosítása.

⁸⁸ ÁÉSZ Közlemény, p 6.

A jegyzőkönyv 2. cikke az általános érdekű, nem gazdasági jellegű szolgáltatásokra vonatkozó tagállami hatásköröket tisztázza:

„A Szerződésekben foglalt rendelkezések nem érintik a tagállamok arra vonatkozó hatáskörét, hogy általános érdekű, nem gazdasági jellegű szolgáltatások nyújtásáról, más által való ellátásáról, illetve megszervezéséről gondoskodjanak.”

Nem gazdasági jellegű szolgáltatások például a hagyományosan állami felségjogúnak minősülő rendőrség, igazságszolgáltatás. A törvény által előírt szociális biztonsági rendszerek szintén nem tartoznak külön uniós jogi szabályozás, sem pedig a belső piacra és versenyre vonatkozó szabályok hatálya alá. Ugyanakkor az ilyen szolgáltatások megszervezésének néhány vonatkozása a Szerződések – például a megkülönböztetés mentesség elvét előíró – egyéb szabályai hatálya alá tartozhatnak.

A Lisszaboni Szerződés vívmányai az általános gazdasági érdekű szolgáltatás fogalmát érintően nem előzmény nélküliek. A Bizottság 2003. májusában jelentette meg az Európai Bizottság Zöld Könyvét a közérdekű szolgáltatásokról. A Zöld Könyvet széleskörű vitára bocsátották, majd a Bizottság ennek összefoglalásaként 2004. május 12-én adta ki a vita összefoglalását és a további feladatok meghatározását tartalmazó Fehér Könyvet.⁸⁹ A lisszaboni folyamat eredményeként 2007. november 20-án látott napvilágot a Bizottság Közleménye, amely „az általános érdekű szolgáltatások, beleértve az általános érdekű szociális szolgáltatásokat: új európai kötelezettségvállalás” címet viselte. A Bizottság a Közlemény 2. pontjában rámutatott arra, hogy az általános érdekű szolgáltatások a tevékenységek széles körét ölelik fel a nagy hálózatot működtető iparágaktól, így például az energiaipartól a távközlésen, a közlekedésen, audiovizuális műsorszóró szolgáltatásokon és a postai szolgáltatásokon át az oktatásig, vízellátásig, hulladékgazdálkodásig, az egészségügyi és szociális ellátórendszerekig. E szolgáltatások alapvetően fontosak a polgárok mindennapjaihoz és a vállalkozások napi működéséhez; az európai társadalmi modell tükröződik bennük. Kiemelkedő szerepet játszanak az Unión belül társadalmi, gazdasági és területi kohézió megteremtésében és létfontosságúak Európa fenntartható fejlődéséhez a magasabb foglalkoztatottsági szint, a társadalomba való beilleszkedés, a gazdasági növekedés és a jobb minőségű környezet eléréséhez.

A Bizottság kísérletet tett az általános érdekű szolgáltatások fogalmának meghatározására, annak ellenére, hogy maga is elismerte azok hatókörének és felépítésének – az állami beavatkozás történelmének és kultúrájának függvényében – meglehetősen eltéréseit. A Bizottság szerint *olyan – gazdasági vagy nem gazdasági jellegű – szolgáltatásokról van szó, amelyeket a hatóságok általános érdekűnek tekintenek és a közszolgáltatással kapcsolatos különös kötelezettségek vonatkoznak rájuk. Ez azt jelenti, hogy a hatóságok feladatkörébe tartozik az általános érdekű szolgáltatások jellegének és körének meghatározása. A hatóságok dönthetnek úgy, hogy maguk nyújtják e szolgáltatásokat, avagy más – költségvetési vagy magán, nyereséget elérni kívánó vagy nonprofit – szervezeteket bízhatnak meg e feladattal.*

⁸⁹ Dr. Grabner Péter: Általános gazdasági érdekű szolgáltatások és az Európai Unió szabályozása I. rész, in Elektrotechnika (2005, 98. évfolyam, 7-8. szám, Eurovat, p 203.

A Bizottság külön hangsúlyt fektet a közösségi fellépés legitimációjára az általános érdekű szolgáltatásokat illetően. Tekintettel arra, hogy az általános érdekű szolgáltatásokat nyújtó szervezeteknek be kell tartaniuk a Szerződéseket és a – különösen hálózatos iparágakat érintő – másodlagos uniós joganyagot (irányelvek), az Unió feladata a nemzeti, regionális és települési hatóságokkal együttműködve a szolgáltatások széles körének nyújtásával kapcsolatos elvek és feltételek megalkotása.

Az EUB a szabály kivételes jellegéből fakadóan megszorítóan értelmezi az általános gazdasági érdekű szolgáltatásokat ellátó vállalkozások körét.

Tóth Tihamér kutatása alapján az EUB a következő szolgáltatásokat tekinti általános gazdasági érdekű szolgáltatásnak:

- az ország legfontosabb vízi útjai hajózhatóságának biztosítása (*Port of Mertert* ügy);
- közérdekű, veszélyes repülőjárat üzemeltetésével megbízott vállalkozás tevékenysége (*Ahmed Saeed* ügy)⁹⁰;
- a hagyományos postai szolgáltatások (*Corbeau* ügy)
- nemzetközi küldemények belföldi kézbesítése (*Deutsche Post remail* ügy)
- közcélú telefonhálózat működtetése (*GB-Inno-BM* eset)
- országos villamosenergia-hálózat működtetése (*Rendo, Almelo* esetek)
- az alapvető szükségleteket kielégítő energiatermelő vállalatok tevékenysége (*Ijsselcentrale* határozat)
- hulladékgazdálkodás, különösen, ha ennek célja környezetvédelmi probléma orvoslása (*Kobenhavns Kommune* eset)

Nem minősül általános gazdasági érdekű szolgáltatásnak ugyanakkor pl.

- kompszolgáltatás végzése (*Roedby kikötő* ügye)
- dokkmunka szervezése
- szerzői jogokat kezelő szervezet tevékenysége (*BRT vs. SABAM* ügy)
- tagállamok közti pénzáttalás (*Züchner/Bayerische Vereinsbank*)

Tóth Tihamér szerint az alábbi kritériumrendszer alapján minősíthető egy tevékenység általános gazdasági érdekű szolgáltatásnak:

- egy nagyobb közösség számára alapvető fontosságú: ha az adott vállalat nem látná el, akkor magának az államnak kellene erről gondoskodnia;
- a megbízott vállalat tevékenységét az állam által előírt keretek között, szabályozottan végzi, az állam ellenőrzi a feladatok megfelelő szintű ellátását;
- a vállalkozás az általános gazdasági érdekű szolgáltatást mindenkire nézve azonos feltételek mellett köteles biztosítani;
- az előírt kötelezettség velejárója a jogi monopólium biztosítása, esetleges állami támogatásban részesítés.

⁹⁰ C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV* [1989].

Az EUB az *Almelo* ítéletben a következő módon határozta meg az általános gazdasági érdekű szolgáltatás fogalmát:

- a koncessziós terület egészén minden fogyasztó (akár vállalkozás, akár végső fogyasztó)
- a mindenkori keresletnek megfelelő mértékű
- azonos díjszabás és azonos (illetve csak objektív szükségszerűség esetén eltérő) feltételek mellett
- folyamatos ellátásban részesül.⁹¹

A 106. Cikk (2) bekezdésének alkalmazása szempontjából döntő jelentőségű, hogy mi történne a szóban forgó vállalkozással abban az esetben, ha az általános versenyszabályokat be kellene tartania.

Az EUB a *Corbeau*-ügyben arra az álláspontra helyezkedett, hogy a 106. Cikk (2) bekezdése alkalmazásának helye van abban az esetben, ha a kizárólagos jogok fenntartása szükséges ahhoz, hogy a kizárólagos jog jogosultja az általános gazdasági érdekű szolgáltatást gazdasági egyensúlyának (*economic equilibrium*) veszélyeztetése nélkül nyújtsa. A *Merci* ügyben az EUB arra világított rá, hogy a 106. Cikk (2) bekezdése alkalmazásához az szükséges, hogy az általános versenyszabályok alkalmazása megakadályozza, jogilag vagy ténylegesen, az általános gazdasági érdekből fakadó speciális kötelezettségek ellátását.

Az *egyetemes szolgáltatással* megbízott vállalkozások esetében az EUB általában hajlott a 106. Cikk (2) bekezdésének alkalmazására. A 106. Cikk (2) bekezdésének alkalmazhatósága szempontjából annak van döntő jelentősége, hogy az egyetemes szolgáltatás olyan szolgáltatások nyújtását is magában foglalja, amelyek önmagukban nem nyereségesek. Az egyetemes szolgáltatást nyújtó vállalkozás számára megoldást azt jelenthet, ha a nyereséges szolgáltatások nyújtására kizárólagos jogot biztosít számukra az állam és ebből a nyereségből lehet finanszírozni a veszteséges szolgáltatások nyújtását. Az EUB a *Corbeau*-ügyben mutatott rá a *lefölözés (creaming off)* problémájára az egyetemes szolgáltatással kapcsolatosan. Ha az állami posta számára a kizárólagos jogot nem biztosítaná a tagállam, akkor a nyereséges szolgáltatásokat üzleti alapon működtető vállalkozások is elláthatnák. Ezeknek a vállalkozásoknak nem kellene szembenézniük a profitábilisan nem működtethető szolgáltatásokból fakadó veszteséggel és költségekkel, ennél fogva ezek a vállalkozások az egyetemes szolgáltatást nyújtó állami vállalat lehetséges hasznát fölőznék le.⁹² (Áttételesen és végső soron természetesen az adófizetők terhére jutnának haszonhoz.)

A lefölözést jól illusztrálja az *Albany* ügy is, amelynek tényállása szerint a kötelező nyugdíjbiztosító kizárólagos jogot kapott a holland jogszabályok alapján arra, hogy a kiegészítő nyugdíjbiztosítási tevékenységet is ellássa. A kötelező nyugdíjbiztosítás keretében a biztosító nem válogathatott a munkavállalók között, előzetes egészségügyi vizsgálat nélkül be kellett fogadnia valamennyi jelentkezőt. A társadalombiztosítási hozzájárulás mértéke a válogatás és előzetes vizsgálat nélküli befogadás kockázatát nem tükrözte vissza. Az EUB szerint amennyiben a kiegészítő nyugdíjbiztosítási szolgáltatás nyújtására vonatkozóan nem kapott volna kizárólagos jogot a biztosító, akkor a fiatal és egészséges munkavállalókkal

⁹¹ C-392/92 *Almelo önkormányzata és mások vs. NV Energiebedrijf IJsselmij* [1994].

⁹² Craig, de Búrca *ibid.* p 1133.

rendelkező vállalkozások a munkavállalók számára kedvezőbb kiegészítő biztosítási feltételeket nyújtó magánbiztosítókat kerestek volna meg. A kötelező biztosítás nyújtására kötelezett biztosítónak ebben az esetben növekvő arányú rossz kockázattal kellett volna szembenéznie, mivel a jó kockázatot jelentő biztosítottak elhagyták volna a portfoliót a kiegészítő biztosítás tekintetében. Ez végeredményben oda vezetett volna, hogy a kötelező biztosító biztosítási díjait meg kellett volna emelni a rossz kockázatot jelentő munkavállalókat érintően.⁹³

Tóth Tihamér idézi Hancher tanulságos megfigyelését az EuB gyakorlatára vonatkozóan, amely szerint a szóban forgó monopólium által érintett gazdasági tevékenység, szolgáltatás természete, fontossága is befolyásolta az EuB-t akkor, mikor egy kizárólagos jog összeegyeztethetőségéről nyilvánított véleményt. Az figyelhető meg, hogy az EuB keményebben, határozottabban foglalt állást egy monopóliummal szemben, ha az nem volt alapvető fontosságú a közösség számára és ha a monopolizált tevékenységet sok helyen bevált módon verseny körülmények között végzik. Példa erre a munkaerő-közvetítés vagy a dokkmunka szervezése (*Höfner és Merci* esetek).⁹⁴ Ehhez képest az EUB sokkal óvatosabb álláspontra helyezkedett a távközlési, postai és energiapiaci ügyekben (ERT, Corbeau stb.), ahol a liberalizáció fokozatosan, irányelvek bevezetésén keresztül valósult meg.

A 106. Cikk (2) bekezdésére való hivatkozás során a tagállamnak azt is szem előtt kell tartania, hogy a kizárólagos jog biztosítása nem veszélyeztetheti az Unió érdekeit, ilyen módon tehát a tagállami érdek az Unió érdekeinek alárendelt.

Röviden utalni kell még a megkülönböztetés mentesség követelményére is a kizárólagos jogok biztosítása során. Az EUSZ 18. Cikke szerint:

„A Szerződések alkalmazási körében és az azokban foglalt különös rendelkezések sérelme nélkül, tilos az állampolgárság alapján történő bármely megkülönböztetés.”

A Kbt. 1.§-ában alapvető rendelkezéseként is megjelenik az egyenlő elbánás és a nemzeti elbánás követelménye

„(3) Az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania az ajánlattevők számára.

(4) Az Európai Unióban letelepedett ajánlattevők és a közösségi áruk számára nemzeti elbánást kell nyújtani a közbeszerzési eljárásban. Az Európai Uniót kívül letelepedett ajánlattevők és a nem közösségi áruk számára nemzeti elbánást a közbeszerzési eljárásban a Magyar Köztársaságnak és az Európai Közösségnek a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi kötelezettségeivel összhangban kell nyújtani.”

Az Európai Parlament és Tanács 2004/18/EK irányelve az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról 3. cikkében a fenti alapelveknek a különleges vagy kizárólagos jogok megadásával kapcsolatos további korlátját rögzíti egy megkülönböztetés-mentességi klauzula formájában:

⁹³ C-67/96, Craig, de Búrca ibid. p 1133.

⁹⁴ Tóth Tihamér, ibid. p 142.

„Ha egy ajánlatkérő szerv egy ajánlatkérő szervnek nem minősülő szervezetnek különleges vagy kizárólagos jogot ad közszolgáltatási tevékenység folytatására, az e jog megadásáról szóló okiratban ki kell kötni, hogy az érintett szervezetnek az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződéseknek – tevékenysége részeként – harmadik felek részére történő odaítélésekor be kell tartania az állampolgárságon alapuló megkülönböztetés tilalmának elvét.”

Összefoglalóan megállapítható, hogy a tagállamoknak a jogi monopóliumok létrehozása során korlátozott a szuverenitása. A kizárólagos jogok biztosítása csak abban az esetben lehetséges, ha az ellátandó tevékenység, a nyújtott szolgáltatás szervezeti keretei létrejötténél fogva nem járn a versenyszabályok, így az erőfölénnyel való visszaélés tilalmának *per se* megsértésével. Szükséges, hogy az ellátandó tevékenység általános, közérdekű célt szolgáljon. A Bizottság álláspontja szerint csak esetről-esetre lehet eldönteni, hogy az általános érdekű szolgáltatás gazdasági jellegűnek minősül-e. A versenyjogi szabályok korlátozott érvényesítésére csak arányosan, a megvalósításra kerülő célra tekintettel van lehetőség. További következtetés, hogy az adott iparág piaci versenyre való fogékonysága, érettsége is döntő hatással van a kizárólagos jogok fenntarthatóságára.

A versenyjogi szabályok a fentiek alapján azért vannak szoros kölcsönhatásban a közbeszerzési jog szabályaival, mert kijelölik azokat a kereteket, amelyeken belül a tagállam egy szervezetnek kizárólagos jogot és ezáltal ajánlatkérői minőséget is biztosíthat. Ezáltal a Kbt. 29. § (2) bekezdésének h) pontjában meghatározott kivétel szabály, amely szerint a klasszikus ajánlatkérők egymással szolgáltatás nyújtására anélkül köthetnek szerződést, hogy közbeszerzési eljárást folytatnának le, az Európai Unió alapszerződéseiben foglalt versenyjogi rendelkezések és a kapcsolódó joggyakorlat alapján is korlátozott. A Kbt. alóli mentesség egyúttal azt is jelenti, hogy a vizsgált piaci szegmensben a verseny korlátozott marad, hiszen a közbeszerzési eljárás lefolytatása mint eszköz teremtené meg a kérdéses szolgáltatás nyújtására vonatkozó versenyt. Tekintettel azonban arra, hogy a kizárólagos jog megadása csak az európai uniós versenyjog által megengedett módon és mértékben valósítható meg, a kivételes szabály nem ad túlzott mozgásteret a tagállamoknak arra, hogy jelentős szolgáltatási tevékenységeket vonjanak ki a közbeszerzési eljáráson keresztül megvalósuló verseny hatása alól.

A következőkben, mielőtt a Kbt. más jogszabályi rendelkezéseiben megjelenő kizárólagos jogok jellegét megvizsgálánk, szükséges a közszükséglet kielégítésére szolgáló házon belüli szervezeti forma vizsgálata is, amely a kizárólagos jogokkal rendelkező ajánlatkérő alapításához leginkább kapcsolódó téma.

7. Az *in-house* megállapodások

A Kbt. 29/A.§ (2) bekezdésében foglalt, kivételt jelentő szabály a gyakorlatban abban az esetben jut jelentőséghez, amennyiben a konkrét ügyben az *in-house* megállapodásra vonatkozó, a Kbt. 2/A.§ (1) bekezdésében meghatározott feltételek fennállása nem állapítható meg.

In-house vagy ajánlatkérőn belüli megállapodásról akkor beszélünk, ha a megállapodásban résztvevő felek egyfelől az ún. klasszikus ajánlatkérő, másfelől a százszázalékos tulajdonában lévő gazdálkodó szervezet. A Kbt. logikája ilyen esetben az, hogy a törvény tárgyi hatálya alól

mentesíti az ilyen jellegű megállapodásokat, tehát ezeket nem tekinti az ajánlatkérő által megkötendő visszerthes szerződésnek. A Kbt. 2/A. § részletesen kifejti, hogy milyen esetben lehet a közszolgáltatást illetve közfeladatot ellátó szervezetet házon belüliként minősíteni:

„a 22. § (1) bekezdése szerinti ajánlatkérő és az olyan, százszerű tulajdonában lévő gazdálkodó szervezet köt egymással, amely felett az ajánlatkérő - tekintettel a közfeladat, illetve a közszolgáltatás ellátásáért vagy ellátásának megszervezéséért jogszabályon alapuló felelősségére - a stratégiai és az ügyvezetési jellegű feladatok ellátását illetően egyaránt teljes körű irányítási és ellenőrzési jogokkal rendelkezik, feltéve, hogy

b) a gazdálkodó szervezet a szerződéskötést követő éves nettó árbevételének legalább 90%-a az egyedüli tag (részvényes) ajánlatkérővel kötendő szerződések teljesítéséből származik. A szerződések teljesítéséből származik az azok alapján harmadik személyek részére teljesített közszolgáltatás ellenértéke is, tekintet nélkül arra, hogy az ellenértéket az ajánlatkérő vagy a közszolgáltatást igénybe vevő személy fizeti meg.

(2) Az (1) bekezdésben foglaltak irányadóak akkor is, ha az (1) bekezdés a) pontja szerinti gazdálkodó szervezetben a tagsági jogot megtestesítő üzletrész, illetve részvény több, a 22. § (1) bekezdése szerint ajánlatkérőnek minősülő szervezet közös tulajdonában van; ebben az esetben jogait közös képviselőjük útján gyakorolják.

(3) Az (1) bekezdésben foglaltak irányadóak akkor is, ha az (1) bekezdés a) pontja szerinti gazdálkodó szervezet tulajdonosa az állam; ebben az esetben az (1) bekezdés szerinti további feltételeknek a tulajdonosi jogokat gyakorló jogalany (miniszter vagy más központi államigazgatási szerv vezető személy esetén az általa vezetett szerv) mint ajánlatkérő vonatkozásában kell fennállniuk.

(4) Ha törvény eltérően nem rendelkezik, a szerződések határozott időre, legfeljebb három évre köthetők; a szerződések közbeszerzési eljárás mellőzésével akkor hosszabbíthatók meg, ha az (1) bekezdés szerinti feltételek teljesültek.

(5) Az ajánlatkérő legalább háromévenként - független szakértő igénybevételével - hatáselemzés készítésére köteles, amelynek keretében megvizsgálásra kerülnek az (1) bekezdés szerinti szerződések teljesítésének tapasztalatai, így a közfeladat, illetve a közszolgáltatás ellátásával összefüggésben végzett gazdasági tevékenység minősége, hatékonysága (annak közvetett és közvetlen költségei), valamint az, hogy indokolt-e a 2. § (4) bekezdése szerinti önkéntes közbeszerzési eljárás lefolytatása.

A házon belüli megállapodásokra vonatkozó szabály a jogalkotónak abból a felismeréséből fakad, hogy a bemutatott helyzetben valójában nincs két szerződéskötő fél, az ajánlattevő csak a jogi látszat szintjén rendelkezik önálló szerződéskötési akarattal. A szerződés megkötésére az ajánlatkérő utasítására, döntése nyomán kerül sor, az ajánlattevő nem a piacon szokásosnak tekinthető gazdasági és egyéb megfontolások alapján látja el a tevékenységét.

Az *in-house* tényállás megállapításához és jogi szabályozásához az EuB két ügyben járult hozzá: a C-107/98. számú *Teckal* ügyben a testület kifejtette, hogy az *in-house* tényállás alkalmazásához két, együttes feltétel megléte szükséges: egyfelől az ajánlatkérő szervnek valamely jogi személy felett olyan irányítási-ellenőrzési jogokkal kell rendelkeznie, mintha az a része, részlege lenne; másfelől pedig hogy ez utóbbi jogi személy tevékenységének döntő hányadát az ajánlatkérő javára kell, hogy végezze. A C-26/03. számú *Stadt Halle* ügyben pedig a bíróság nyilvánvalóvá tette azt, hogy az *in-house* megállapodás alkalmazását kizárja az a körülmény, ha a kérdéses ajánlatkérő tulajdonában levő társaság tőkéjében egy magánvállalkozás is részesedéssel rendelkezik (akár kisebbségi részesedéssel is).⁹⁵

⁹⁵ dr. Csizmadia Péter: Kommentár a Kbt. 2/A.§-ához, *In A közbeszerzés joga*, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: dr. Patay Géza), p 32.

Versenyjogi szempontból a házon belüli megállapodások nem egymástól független vállalkozások között kötöttek, hanem egy vállalkozáson belül. (Vállalkozás alatt tág értelemben a gazdasági tevékenység végzését értjük valamely szervezet keretein belül.) A piaci verseny elől elzárt területet jelent a házon belüli megállapodásokkal érintett tevékenység végzése, éppen ezért az ilyen megállapodások három évnél nem lehetnek hosszabbak. A megállapodás időtartamának maximálása segíti a piaci verseny bevezetését, ahogy a kötelezően előírt felülvizsgálat és a Kbt. önkéntes alkalmazásának előírása is.

Tekintettel arra, hogy *közfeladat vagy közszolgáltatás ellátásáért illetve ellátásának megszervezéséért való jogszabályon alapuló felelősség körében* bízhatja csak az ajánlatkérő házon belüli szervezetre a tevékenység ellátását, a házon belüli megállapodások tárgyköre szükségszerűen korlátozott.

Álláspontunk szerint a jogszabályok a közfeladatokat vagy ellátásuk megszervezésének kötelezettségét az ajánlatkérők számára csak olyan módon és keretek között írhatják elő, amelyeket az európai uniós versenyjog is behatárol, a fentiekben bemutatott szabályok és kapcsolódó joggyakorlat szerint. Ezért az *in-house* megállapodások által lefedhető beszerzési szükségletek az európai uniós versenyjog kontrollja alatt állnak.

A házon belüli beszerzések további kérdéseinek (pl. PPP konstrukciók) vizsgálatára és mélyebb elemzésére a jelen tanulmány keretei között nincs lehetőség. Ennek a rövid kitérőnek a célja pusztán a figyelemfelhívás a Kbt. e sokat vitatott intézményének versenyjogi oldalára.

8. Kizárólagos jogosultság, mint a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás feltétele

A kizárólagos jog fogalmának önálló csoportját jelentik a polgári jogi jogviszonyon alapuló kizárólagos jogok. Ezt a csoportot vizsgáljuk az alábbiakban.

A kizárólagos jogokra alapított közbeszerzési eljárások tipikusan informatikai projektek esetében valósulnak meg, különösen a szoftverfejlesztésekre, szoftver-bővítésekre jellemzőek. A hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás esetében lényegében verseny nélkül valósul meg a beszerzés, éppen ezért az eljárást megalapozó feltételek tényleges fennállása döntő jelentőségű.⁹⁶ Az Európai Parlament és Tanács 2004/18/EK Irányelve az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról a 31. Cikkben a hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazását indokoló esetek között említi:

b) ha műszaki vagy művészeti, illetve a kizárólagos jogok védelmével kapcsolatos okokból a szerződés csak egy meghatározott gazdasági szereplőnek ítéltethető oda;”

A Kbt. 125.§ (2) bekezdésének b) pontja és 225.§ (1) bekezdésének b) pontja a fenti rendelkezést ültette át, annak alapján hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásra akkor is sor kerülhet, amennyiben a kizárólagos jog fennállása nem jogszabályon vagy közigazgatási határozaton alapul, hanem polgári jogi jogviszonyon (pl. felhasználási szerződés). További eltérést jelent a 4.§ 13. pontjában meghatározott kizárólagos jog fogalomhoz képest, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alapját jelentő kizárólagos jog fennállásának egy

⁹⁶ Cser-Palkovics in A közbeszerzés joga, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: dr. Patay Géza), p. 297.

meghatározott személyhez vagy szervezethez kapcsolódóan kell érvényesülnie. Ebből fakadóan állapítja meg Cser-Palkovics Tamás, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás jogalapja tekintetében a kizárólagos jog önálló értelmezéséről, *lex specialisről van szó*.

A fenti eltérésnek azért van különös jelentősége, mert a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás megalapozottságának vizsgálatánál azt kell a jogalkalmazónak mérlegelnie, hogy valóban egy meghatározott személy/szervezet képes-e teljesíteni az odaítélésre kerülő szerződést a kizárólagos jog fennállása miatt. A fenti probléma megoldására a joggyakorlat két irányba mutat: az Legfelsőbb Bíróság által is elismert első érvelés szerint az ajánlatkérőnek azt kell mérlegelnie, hogy időtényezőitől és földrajzi távolságtól függetlenül valóban csupán egy meghatározott személy képes-e teljesíteni a szerződést.⁹⁷ Az Európai Bíróság álláspontja még a Legfelsőbb Bíróság álláspontjánál is szigorúbban ragadja meg a kérdést: a kizárólagos jogok fennállása nem alapozza meg önmagában a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazását, ehhez az is szükséges, hogy az adott terméket kizárólag egyetlen vállalkozó tudja gyártani.⁹⁸

A fenti megközelítést csak elméleti tisztasága miatt lehet támogatni, a gyakorlatban azonban nem hagyható figyelmen kívül az eset összes körülményének figyelembevétele (pl. az ajánlatkérő felsőbb szervének elvárása az eljárás gyors és hatékony lefolytatására stb.). A másik irányt a funkcionális-célszerűségi, a tényleges teljesítési képesség vizsgálatát támogatók álláspontja jelenti, amely szerint a ténylegesen és aktuálisan képes ajánlattevői kört indokolt vizsgálni. A Közbeszerzési Döntőbizottság több esetben kifejtette, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás kivételes jellegét az adja, a verseny korlátozását az indokolja, hogy a beszerzési igényt realizáló szerződést a törvény szerinti okok következtében kizárólag egy személy vagy szervezet képes teljesíteni. Ennél fogva a szerződés teljesítésére való képességet a beszerzési igénynek tartalmat adó tárgy szerint kell összevetni a törvényi feltételekkel. A szerződés teljesítésére való képesség nem választható el a beszerzési igénytől, a beszerzés tárgyától.⁹⁹ A Közbeszerzési Döntőbizottság számos határozatában támogatta ezt az álláspontot, ugyanakkor a legújabb határozatok ismét a szigorúbb megítélés irányába hatnak.¹⁰⁰ A *D.18/13/2010.* számú ügyben a Döntőbizottság rámutatott arra, hogy „(...) önmagában a kizárólagos joggal rendelkezés nem elégséges feltétele a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazásának. Szükséges feltétel az is, hogy a beszerzési igényt jelentő terméket, szoftvert valamely szoftvertermékre vonatkozó kizárólagos jog fennállása miatt kizárólag egyetlen személy vagy szervezet tudja előállítani vagy szállítani. E feltételnek a *beszerzés tárgya egészére* fenn kell állnia. Ez a követelmény csak olyan termék vagy szolgáltatás esetében valósul meg, amely *nem áll versenyben az adott piacon.*”

A konkrét ügyben a Döntőbizottság egy szerzői joggal védett szoftverre épülő, önálló szoftvertermék fejlesztésével kapcsolatosan kifejtette, hogy a továbbfejlesztés kiindulópontját jelentő alapszoftverre vonatkozó kizárólagos jogosultság fennállása nem jelentett akadályt több, potenciális szoftverfejlesztő cég számára új, önálló szoftverterméket

⁹⁷ Legf. Bír. Kf. I. 27.313/1998, részletesen ír erről Cser-Palkovics *In* A közbeszerzés joga, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: dr. Patay Géza), p 298.

⁹⁸ Európai Bizottság v. Spanyolország 61999J0328, ECR 1994 Page I-01569.

⁹⁹ D.133/2010.

¹⁰⁰ D.409/5/2002., D.464/8/2003., D.570/7/2003 illetve D/4/8/2010 és D.18/13/2010.

előállításához. Éppen ezért, mivel a beszerzési igény az adott piacon versenyben állt, a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás nem volt megalapozott.

9. A közszolgáltatók különleges vagy kizárólagos joga

Az európai uniós és a magyar közbeszerzési jogban is külön közbeszerzési eljárásrendet képeznek a különleges vagy kizárólagos joggal rendelkező közszolgáltatók beszerzései. A különleges vagy kizárólagos jogok fennállásának vizsgálata azért kiemelkedő jelentőségű, mert a főként hálózatos iparágakban tevékenykedő, jellemzően stratégiai jelentőségű nagyvállalatok a tevékenységük alapját biztosító jog jellege alapján dönthetik el, hogy beszerzési igényeikre közbeszerzési eljárást kell-e lefolytatni.

A Kbt. 166.§ szerint:

„A 162. § (2) bekezdésének alkalmazásában különleges vagy kizárólagos jog az a jog, amely jogszabályon, illetőleg az illetékes hatóság által kiadott közigazgatási határozaton (engedélyen) alapul, és amely alapján a 163. §-ban meghatározott valamely tevékenység folytatására egy vagy csak korlátozott számú vállalkozás szerezhethet jogosultságot, és ezáltal jelentősen befolyásolja más szervezetek e tevékenységek végzésére vonatkozó lehetőségeit.”

Közösségi jogi szinten a 2004/17/EK Irányelv (a továbbiakban: Közszolgáltatói Irányelv) szabályozza a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatokban működő ajánlatkérők közbeszerzéseit. A Közszolgáltatói Irányelv (2) preambulumban bekezdése az irányelv megalkotásának szükségességét főként abban látja, hogy a nemzeti szervek különböző módszerekkel befolyásolhatják az ajánlatkérők magatartását. A Közszolgáltatói Irányelv (3) preambulumban bekezdése szerint ezen ágazatokban működő szervezetek által alkalmazott beszerzési eljárások összehangolásának szükségességét másrészt főként az indokolja, hogy a tagállamok által az adott szolgáltatás teljesítéséhez szükséges hálózatoknak történő szállításra, e hálózatok szolgáltatására vagy működtetésére vonatkozóan megadott, különleges, illetve kizárólagos jogok miatt, működési piacaik jellege zárt.

A Közszolgáltatói Irányelvet a 2005. évi CLXXII. törvény ültette át a magyar Kbt.-be. A közösségi értékhatárt elérő beszerzésekre a Kbt. V. fejezetét, a nemzeti értékhatárt elérő vagy meghaladó beszerzésekre pedig a VII. fejezetet kell alkalmazni. Amennyiben az építési beruházás értéke eléri vagy meghaladja a közösségi értékhatár felét, akkor is az V. fejezetet kell alkalmazni a 2009. április 1-je után indult beszerzések esetében.

A közszolgáltatókra vonatkozó közbeszerzési szabályozás rugalmas, az adott szektorban érvényesülő hatékony verseny fejlettségi fokához igazodik. A légitársasági, a tengeri hajózási, a távközlési iparágban tevékenykedő vállalkozások a jogilag és a gyakorlatban megjelenő valódi verseny miatt nem tartoznak az irányelv hatálya alá. Ugyanakkor az irányelv külön hangsúlyozza a hatékony verseny folyamatos figyelemmel kísérését a távközlési ágazatban. A jövőben elképzelhető, hogy a távközlési ágazat bizonyos szegmenseiben tevékenykedő vállalkozások újból a Közszolgáltatói Irányelv hatálya alá kerülnek, amennyiben a hatékony verseny megszűnik vagy nem kellő mértékben érvényesül.

A Közzolgáltatói Irányelv személyi hatálya több csoportot ölel fel: (1) az első csoportba az ún. klasszikus ajánlatkérők (*public authorities*) tartoznak, valamint azok a gazdálkodó szervezetek, amelyek fölött a klasszikus ajánlatkérők meghatározó befolyást gyakorolnak (*public undertakings* - közzállalkozások).¹⁰¹ A másik nagy csoportot a különleges vagy kizárólagos jogokkal rendelkező közzolgáltatók alkotják, amelyek nem minősülnek sem klasszikus ajánlatkérőknek, sem pedig közzállalkozásoknak.

Az érintett tevékenységek tevékenységek pedig a következők:

- ivóvíz, villamos energia, gáz vagy hőenergia termelése, szállítása vagy elosztása terén közzolgáltatás nyújtása céljából működtetett helyhez kötött hálózatok rendelkezésre bocsátása vagy üzemeltetése; vagy ilyen hálózatok ivóvízzel, villamos energiával, gázzal vagy hőenergiával történő ellátása;
- egy meghatározott földrajzi terület hasznosítása
 - kőolaj, gáz, szén vagy más szilárd tüzelőanyag feltárása, illetőleg kitermelése (bányászata) céljából, vagy
 - repülőtér, tengeri vagy belvízi kikötő vagy más kikötői létesítmények - légi, tengeri vagy belvízi fuvarozók, személyszállítók részére történő - rendelkezésre bocsátása céljából;
- közzolgáltatást nyújtó hálózatok rendelkezésre bocsátása, illetőleg üzemeltetése, működtetése a vasúti, automatikus rendszerekkel, villamossal, trolibusszal, autóbusszal vagy drótkötélpályán történő közlekedés terén;
- postai szolgáltatás nyújtása, illetőleg postai szolgáltatástól eltérő szolgáltatás nyújtása, amennyiben ez utóbbit olyan szervezet nyújtja, amely postai szolgáltatást is nyújt.

A szabályozás logikája tehát az, hogy a fenti tevékenységek végzése esetében akkor kell a Kbt.-t alkalmazni, ha azt a Kbt. személyi hatálya alá tartozó szervezet (személy) végzi. A továbbiakban csak a különleges vagy kizárólagos jogok e célra bevezetett fogalmát elemezzük.

Az EUB a *C-302/94 ex parte British Telecommunications* ügyben kifejtett véleménye szerint a Közzolgáltatói Irányelv 2. Cikkének (3) bekezdése a különleges vagy kizárólagos jogok új fogalmát vezette be az uniós közbeszerzési jogba. Ez az újonnan bevezetett fogalom egy esetről-esetre történő elemzést igényel annak érdekében, hogy el lehessen dönten, vajon az jelentősen befolyásolja-e más szervezeteknek a szóban forgó tevékenység végzésére vonatkozó képességét. Ha egy vállalkozásnak különleges vagy kizárólagos jogokat is biztosítottak, ezek a jogok nem minősülnek különleges vagy kizárólagos jogoknak az irányelv

¹⁰¹ Meghatározó befolyást akkor képes gyakorolni egy szervezet, ha az alábbi feltételek közül legalább eggyel rendelkezik egy másik szervezet tekintetében: a) a tagok (részvényesek) szavazatának többségével tulajdoni hányada alapján egyedül rendelkezik; b) más tagokkal (részvényesekkel) kötött megállapodás alapján vagy más módon a szavazatok többségével egyedül rendelkezik; c) tagként (részvényesként) jogosult arra, hogy a vezető tisztségviselők vagy a felügyelőbizottság (felügyeleti, ellenőrző szerv, testület) tagjainak többségét megválassza (kijelölje) vagy visszahívja.

(25) preambulum bekezdése értelmében, ha a tagállam ezeket a jogokat objektív, arányos és megkülönböztetés mentes szempontok alapján ítélte oda. Ezek olyan körülmények, amelyek bármely érdekelt fél számára lehetővé teszik az ilyen típusú jogok megszerzését.

Más szavakkal, a verseny előtt való megnyitás jogi formájára tekintet nélkül, amely lehet pályázat vagy engedély kiadása, ha az eljárás objektív, arányos és megkülönböztetés mentes körülményeken alapul, akkor a különleges vagy kizárólagos jogok alapján működő vállalkozások nem tartoznak a különös közbeszerzési eljárás hatálya alá.

Ezen túl az is egyértelmű, hogy önmagában az a tény, hogy egy szervezet villamos energiát, földgáz vagy távhőt szolgáltat egy olyan hálózatban, amelyet különleges vagy kizárólagos jogok alapján üzemeltetnek, önmagában nem jelenti olyan jog létrehozását, amely a különös közbeszerzési eljárás hatálya alá vonná a kérdéses szervezetet.¹⁰²

A szakirodalmi álláspont arra is felhívja a figyelmet, hogy a különleges vagy kizárólagos jognak jogszabályon vagy közigazgatási határozaton kell alapulnia, a kereskedelmi szerződésekben biztosított kizárólagos forgalmazási jogok például a Kbt. 166.§ (1) bekezdésében foglaltak alkalmazása szempontjából irrelevánsak.¹⁰³

A Kbt. 164-165.§-okban foglalt rendelkezései széles körben kivételeket állapítanak meg a közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettsége alól. Ezeket figyelembe kell venni a különleges vagy kizárólagos joggal rendelkező szervezet (személy) Kbt. hatálya alá tartozásának mérlegelése során is. A kivételek a tevékenység sajátos formájára és további pénzügyi feltételekre épülnek.

10. Az Európai Bizottság valódi versenyfeltételek megállapítására irányuló eljárása

A valódi versenyfeltételek megállapítására irányuló eljárás mint rugalmas keretrendszer

A különleges vagy kizárólagos joggal felruházott közszolgáltatók helyzete a versenyjog számára azért kiemelkedő, mivel itt a beszerzések közbeszerzési eljárás alá helyezését nem a közpénzek elköltése, hanem elsősorban piacvédelmi okok indokolják. A piacok koncentrálódása, az erőfölényben levő szolgáltatók (inkumbensek) nagy száma indokolja, hogy a beszerzési igények valódi versenyfeltételek mentén kerüljenek kielégítésre. Tekintettel arra, hogy a közszolgáltatói piac jellemzői folyamatosan változnak, sokszínűek, tagállamonként jelentős különbségek mutatkoznak, indokolt egy a klasszikus ajánlatkérőkre vonatkozó szabályozásnál sokkal rugalmasabb szervezeti keretrendszer létrehozása. Ennek az egyik eszköze az Európai Bizottság eljárása, amely során a versenyhatóság azt vizsgálja, hogy a kérdéses tevékenység valódi versenyfeltételek mellett végezhető-e. A Kbt. – összhangban a 2004/17/EK Irányelv 30. cikkében foglalt rendelkezésekkel – lehetővé teszi, hogy a Bizottság a valódi versenyfeltételek mellett működő ajánlatkérőket – egyedi elbírálást

¹⁰² Martha M. Roggenkamp (szerk.): Energy law in Europe, national, EU and international regulation, 2nd edition, Oxford University Press, 2007, p 331.

¹⁰³ dr. Cser-Palkovics Tamás: Különös közbeszerzési eljárás a vízügyi, az energia-, a közlekedési és a postai ágazatokban működő egyes ajánlatkérők esetében, in A közbeszerzések joga, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: dr. Patay Géza), p 359.

követően – „felmentse” a különös közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettsége alól.¹⁰⁴

A Közzolgáltatási Irányelv 30. Cikkében illetve a Kbt. 175/A-175/C.§-aiban foglalt eljárás során az Európai Bizottság azt vizsgálja, hogy a kérdéses tevékenység valódi versenykörülmények között működik-e olyan piacokon, amelyekhez a hozzáférés nem korlátozott.

Az eljárás megindítása

Az Európai Bizottság eljárását a Kbt. 175/C.§ (1) bekezdése értelmében a Gazdasági Versenyhivatal és az ajánlatkérők maguk is kezdeményezhetik, utóbbiak az ügyben elfoglalt álláspontjukat pedig a tagállami szabályozó hatóságok vagy versenyhatóságok megállapításaival is alátámaszthatják. Az Európai Bizottság eljárásának kezdeményezése esetén a Közbeszerzések Tanácsát egyidejűleg értesíteni kell.

Az Európai Bizottság a valódi versenyfeltételek megállapítására irányuló eljárását maga is kezdeményezheti hivatalból [Kbt. 175/C.§ (1) bekezdése].

Az eljárás további részleteit a Bizottság 2005. január 7-én kelt határozata tisztázza, amely a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló 2004/17/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv 30. cikke szerinti eljárás alkalmazásának részletes szabályairól szól. A Bizottság számára kérelem vagy az értesítés beérkezése napját követő munkanapon kezdődő, három hónapos eljárási határidő áll rendelkezésére, hogy határozatát meghozza. Ez a határidő legfeljebb 1 alkalommal, legfeljebb három hónappal meghosszabbítható, különösen, ha a Bizottság rendelkezésére bocsátott információk pontatlanok, illetve ha a közölt tények tekintetében lényeges változás következett be.¹⁰⁵

Ha a megfelelő határidőn belül a Bizottság nem hoz határozatot, azt úgy kell tekinteni, hogy a Bizottság hozzájárult a kivételes eljárás alkalmazásához [Kbt. 175/B.§ (1) bek. b) pontja].

A Gazdasági Versenyhivatal versenyfeltételekre vonatkozó tájékoztatási kötelezettsége

Amennyiben az Európai Bizottság eljárását a Gazdasági Versenyhivatal kezdeményezi, indokolással ellátott állásfoglalása megküldése mellett egyidejűleg köteles tájékoztatni az Európai Bizottságot az adott tevékenység versenyfeltételek mellett történő végzésével összefüggő minden lényeges tényről, különösen az implementációs tevékenységről, a kérdéses tevékenység jellemzőiről, helyettesítő szolgáltatások létezéséről, árakról, valamint arról, hogy az érintett piacon több szolgáltató van-e jelen.

¹⁰⁴ dr. Cser-Palkovics Tamás: Különös közbeszerzési eljárás a vízügyi, az energia-, a közlekedési és a postai ágazatokban működő egyes ajánlatkérők esetében, in *A közbeszerzések joga, kommentár a gyakorlat számára* (szerk.: dr. Patay Géza), p 353.

¹⁰⁵ dr. Cser-Palkovics Tamás: Különös közbeszerzési eljárás a vízügyi, az energia-, a közlekedési és a postai ágazatokban működő egyes ajánlatkérők esetében, in *A közbeszerzések joga, kommentár a gyakorlat számára* (szerk.: dr. Patay Géza), p 381.

A Gazdasági Versenyhivatal az ajánlatkérő kérésére vagy az eljárás hivatalból történő megindítása esetén köteles az Európai Bizottságot a valódi versenyfeltételeket megalapozó fenti körülményekről tájékoztatni [Kbt. 175/C.§ (3) bekezdése).

A kivételes eljárás alkalmazhatósága körében vizsgálni kell a Kbt. 163.§ körébe eső tevékenység jellemzőit, a helyettesítő szolgáltatások létezését, az árakat, valamint azt, hogy adott tevékenység tekintetében több szolgáltató van-e az adott piacon.

Gyakorlati tapasztalatok

A Bizottság eljárását több tagállam kezdeményezte az energia szektort érintően: 2006. július 1-jével a Bizottság az Egyesült Királyság kezdeményezésére a villamosenergia termelést vizsgálta Angliában, Skóciában és Wales-ben. Finnország szintén kezdeményezett ilyen eljárást a villamosenergia előállítás (a kapcsolt villamosenergia termelést is beleértve), továbbá a nagykereskedelmi és kiskereskedelmi értékesítés vonatkozásában. Ezekben a fenti ügyekben a Bizottság megállapította a tevékenységek valódi versenyfeltételek szerinti végzését és a közszolgáltatást nyújtó vállalkozásoknak nem kellett alkalmazniuk a Közszolgáltatási Irányelvből fakadó közbeszerzési eljárást. Ezeket a határozatait a Bizottságnak azonban felül kell vizsgálni abban az esetben, ha jelentős változások következnek be a piaci körülményekben vagy a jogi keretfeltételekben és a valódi versenyfeltételek megállapításához szükséges feltételek már nem állnának fent.¹⁰⁶

A felmentés biztosítása esetről esetre történő elemzést igényel. A Közszolgáltatási Irányelv 30. Cikkének (3) bekezdése illetve a Kbt. 175/A.§ (2) bekezdése szerint a piacra jutás nem korlátozott, amennyiben a megfelelő, a kérdéses iparágat a verseny előtt megnyitó európai uniós jogszabályok megfelelően átültetésre kerültek és alkalmazzák is őket. Ha az implementáció alapján nem vélelmezhető az érintett piacra történő szabad belépés, akkor bizonyítani kell, hogy az érintett piacra való belépés ténylegesen és jogilag is szabad.

A Bizottság a fenti, Egyesült Királyság és Finnország által kezdeményezett ügyekben megállapította, hogy a villamosenergiára vonatkozó liberalizációs irányelvek átültetésre kerültek, míg Finnország esetében az is megállapításra került, hogy teljes tulajdonosi szétválasztásra kerültek az átviteli hálózatok és jogilag és funkcionálisan kerültek szétválasztásra az elosztóhálózatok. Ennek megfelelően a fenti piacokhoz való hozzáférés nem volt korlátozott.¹⁰⁷ A versenynek való közvetlen kitétség vizsgálata objektív kritériumok mentén történik, összhangban az alapszerződések versenyjogi rendelkezéseivel, amelyeket a Közszolgáltatási Irányelv 30. Cikkének (2) bekezdése (illetve a Kbt. 175/A.§ (1) bekezdése) rögzít:

„az arra vonatkozó kérdést, hogy valamely tevékenység közvetlenül ki van-e téve a versenynek, olyan szempontok alapján kell eldönteni, amelyek megfelelnek a Szerződés versennyel kapcsolatos rendelkezéseinek, mint például az érintett áruk vagy szolgáltatások jellemzői, a helyettesítő áruk

¹⁰⁶ Martha M. Roggenkamp (szerk.): Energy law in Europe, national, EU and international regulation, 2nd edition, Oxford University Press, 2007, p 333.

¹⁰⁷ Martha M. Roggenkamp (szerk.): Energy law in Europe, national, EU and international regulation, 2nd edition, Oxford University Press, 2007, p 333.

vagy szolgáltatások megléte, az árak, valamint az, hogy van-e ténylegesen vagy potenciálisan az érintett árunk, illetve szolgáltatásnak egynél több szállítója, illetve szolgáltatója.”

A fentiek alapján a Finnországot és az Egyesült Királyságot érintő ügyekben a Bizottság vizsgálta a három legnagyobb termelő együttes piaci részesedését, a vásárlói helyettesítés mértékét valamennyi vásárlói csoport tekintetében és végül a végfelhasználók árak fölötti ellenőrzésének hiányát is. Az alapvető adatokat különböző benchmark jelentésekből vette a Bizottság, tekintettel a rendelkezésére álló szűk (három-négy hónapos) időkeretre.¹⁰⁸

Összefoglalóan megállapítható, hogy a valódi versenyfeltételek vizsgálata során a saját versenyhatósági jogalkalmazási gyakorlatát és tapasztalatait követi a Bizottság.

A szakirodalmi álláspont arra is felhívja a figyelmet, hogy a Bizottság hatásköre csak a Közzolgáltatási Irányelv alkalmazása alól mentheti fel a közzolgáltató vállalkozásokat, a *WTO Government Procurement Agreement* (GPA) rendelkezéseit, az európai uniós alapvető szabadságokból fakadó alapvető követelményeket a szerződések odaítélése kapcsán a közzolgáltatást nyújtó vállalkozásoknak továbbra is be kell tartania.¹⁰⁹ A *C-324/98 Teleaustria v Telekom Austria* ügy 60. bekezdése szerint: *the contracting entities concluding them are, none the less, bound to comply with the fundamental rules of the Treaty, in general, and the principle of non-discrimination on the ground of nationality, in particular.*

Az EuB a következőkben pedig kifejtette, hogy a megkülönböztetés mentes eljárás követelménye magában foglalja az átláthatóság elvének következetes érvényesítését. Az átláthatóság elve megköveteli a beszerzési igények nyilvánosan történő meghirdetésének bizonyos fokát annak érdekében, hogy a tevékenység a piaci verseny előtt nyitva legyen a potenciális ajánlattevők előtt és hogy a pártatlanság követelményét ellenőrizni lehessen a beszerzési eljárásokra tekintettel. A közbeszerzési eljárás alól való felmentés tehát nem jár együtt a versenyjogi szabályok alól való felmentéssel.

A Gazdasági Versenyhivatal és Magyarországon működő közzolgáltató vállalkozás egyelőre még nem kezdeményezte a fentiek szerinti eljárást. A magyarországi gyakorlati tapasztalatok elemzésére egyelőre várni kell.

11. Az alvállalkozó megújult fogalma: a kizárólagos jog további megjelenése a Kbt.-ben

A fejezet végén röviden szeretnénk utalni a 2010. szeptember 15-ével bevezetett új alvállalkozóra vonatkozó meghatározásra is, amely a kizárólagos jogok Kbt.-ben való megjelenését tovább bővítette. A Kbt. rendelkezése szerint:

„alvállalkozó: az a szervezet vagy személy, amely vagy aki a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve
a) az ajánlattevővel munkaviszonyban vagy egyéb foglalkoztatási jogviszonyban álló személyeket,
b) azon személyt vagy szervezetet, aki vagy amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,

¹⁰⁸ Martha M. Roggenkamp (szerk.): *Energy law in Europe, national, EU and international regulation*, 2nd edition, Oxford University Press, 2007, p 333.

¹⁰⁹ Martha M. Roggenkamp (szerk.): *Energy law in Europe, national, EU and international regulation*, 2nd edition, Oxford University Press, 2007, p 333.

- c) a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártót, forgalmazót, alkatrész- vagy alapanyag-szállítót,
d) építési beruházás esetén az építőanyag-szállítót;”

Véleményünk szerint a Kbt. 4.§ 13. pontjában meghatározott kizárólagos jog fogalmának alapulvételével kell a fenti kizárólagos jog fogalmat értelmezni. Ez azt jelenti, hogy a tevékenység végzésére alapot biztosító kizárólagos jog alapulhat jogszabályon, közigazgatási határozaton, de polgári jogi jogviszonyon (pl. kereskedelmi szerződésen, szerzői jogon stb.) nem. Ha a kizárólagos jog polgári jogi jellegű, akkor a kérdéses szervezetet alvállalkozónak minősítheti az ajánlattevő. Ha a kizárólagos jog jogszabályon vagy közigazgatási határozaton alapul, akkor nem beszélhetünk közvetlen bevonásról a teljesítésbe, hanem a kizárólagos jog fennállása miatt szükségszerűen be kell kapcsolódnia az ajánlattevő teljesítésébe a kizárólagos jog alapján tevékenységet végző szervezetnek.

Az alvállalkozó fogalmának további értékelésétől eltekintően, érdemes bevárni a jogalkalmazói gyakorlatot az új definíció alkalmazásával kapcsolatosan.

IV. Versenykorlátozó megállapodás és összehangolt magatartás a közbeszerzési eljárásokban

1. Ajánlattétel: együttműködési variációk és a konzorcium

A versenykorlátozó megállapodások illetve összehangolt magatartás szemszögéből döntő jelentőségűek az ajánlatok benyújtásának előzményei, az ajánlattétel kereteinek meghatározása, az ajánlattétellel kapcsolatos független vagy nem független vállalkozások közötti együttműködés.

Az ajánlattevőknek tisztában kell lenniük a legális együttműködés kereteivel, meg kell találniuk azokat a kapcsolatfelvételre alkalmas módokat, amelyek alkalmazása során még nem sérül a tiszta verseny követelménye. Az együttműködés szükségszerű, mivel a közbeszerzés tárgya gyakran olyan összetett áru, szolgáltatás vagy építési beruházás, amelyet egyetlen vállalkozás sem képes önállóan, más vállalkozások bevonása nélkül nyújtani. Az együttműködés legális kereteit azért is fontos egyértelműen rögzíteni, hogy a közbeszerzési eljárásban megjelenő verseny valódi legyen.

Az ajánlatkérő elsődleges célja – a közpénzek tiszta versenyfeltételek mellett történő racionális elköltése – akkor biztosított, ha valamennyi olyan vállalkozás indulhat a közbeszerzési eljárásban, amely a legális együttműködés keretei között megtalálja a gazdasági-pénzügyi és a szakmai-műszaki alkalmassági feltételeknek (a továbbiakban: alkalmassági feltételek) való megfelelés legjobb módját. A legális együttműködés kereteinek bizonytalansága kétséges teszi a vállalkozások számára a kapcsolatfelvételt, nem ösztönzi őket a megfelelő partnerek megtalálására az induláshoz. A versenyjogi és közbeszerzési jogi szankcióval való fenyegetettség riasztóan hat azokra a vállalkozásokra is, amelyek esetleg képesek volnának a közbeszerzési eljárásban ajánlatot benyújtani, versenyjogi terminológiával: az érintett piacra belépni.

Ha az együttműködés szabályai nem egyértelműek, nehezen követhetőek, akkor kevesebb ajánlattevői formáció fog indulni a közbeszerzési eljárásban, kisebb versenynyomás lesz az induló vállalkozásokon, összességében csökken a verseny által biztosított jóléti hatás.

A tanulmánynak ebben a fejezetében a hatályos Kbt. együttműködésre lehetőséget biztosító rendelkezéseit tekintjük át, kiegészítve a szükséges versenyjogi magyarázattal.

Egyedüli ajánlattétel

A közbeszerzési eljárásban az ajánlattevő ajánlatot nyújt be. A legegyszerűbb eset, amikor az ajánlattevő egy olyan vállalkozás, amely az ajánlatot maga készíti el, az ajánlatban vállalt kötelezettségét egyedül csak saját maga teljesíti, az ajánlat komolyságát biztosító pénzügyi biztosíték a rendelkezésére áll stb. Ebben az esetben az ajánlatot benyújtó vállalkozás minden más – ugyanabban a közbeszerzési eljárásban induló – vállalkozásnak versenytársa. A vállalkozástól elvárható, hogy a saját üzleti érdekei mentén cselekedjen, azaz a többi vállalkozást versenytársnak tekintse és bizalmas üzleti információkat, az ajánlatának a részleteit a többi versenytárs vállalkozással ne ossza meg.

Fel kell hívni a figyelmet a 2010. szeptember 15-től bevezetett módosításokra is az ajánlattevő fogalmát érintően. Az új szabályok szerint ajánlattevő, aki

- a) a közbeszerzési eljárásban ajánlatot tesz, továbbá*
- b) az 59. § (5) bekezdés a) pontja alkalmazásában az is, aki (amely) az ajánlati biztosítékot az ajánlatkérő rendelkezésére bocsátotta, továbbá*
- c) az ajánlattételi határidő lejártáig az a), b) pontokban foglaltakon kívül az is, aki (amely) a dokumentációba az ajánlatkérőnél beletekintett, illetőleg azt átvette, vagy kiegészítő tájékoztatást kér, vagy előzetes vitarendezést kezdeményez;*

Az ajánlattevői jogállás fentiek szerinti tisztázása a korábbi, sok esetben nem egyértelmű közbeszerzési jogi joggyakorlatot egyértelműsítette. Témánk szempontjából külön érdekes kérdés az ajánlati biztosítékot rendelkezésre bocsátó személy helyzete. Az ajánlati biztosíték az ajánlati kötöttség biztosítására (a komolytalan ajánlat szankciója) szolgál, azaz ha az ajánlattevő visszavonja az ajánlati kötöttség ideje alatt az ajánlatát, akkor az ajánlati biztosíték az ajánlatkérőt illeti meg. Az ajánlati biztosíték jellemzően bankgarancia nyújtásával, készfizető kezesség vállalásával vagy meghatározott pénzeszeg ajánlatkérő számlájára történő befizetésével valósul meg. Tekintettel arra, hogy az ajánlati biztosítékot a független ajánlattevők számára ugyanaz a pénzügyi szolgáltató is nyújthatja, ezért ha az ajánlati biztosítékot nyújtó személyt is ajánlattevőnek tekintjük, akkor szükségszerűen egybeesik az ajánlattevő személye akár több, független ajánlattevő vállalkozás vonatkozásában.

Az ajánlattevőre vonatkozó új fogalom értékelését a gyakorlatban történő alkalmazást követően szeretnénk elvégezni, egyelőre csak annyi lehet a célunk, hogy az ajánlatok és az ajánlattevők függetlenségével kapcsolatos követelmény apró ellentmondására világítunk rá a fenti sorokkal.

Alvállalkozó és/vagy erőforrást nyújtó szervezet bevonása

A vállalkozások többsége egyedül, más vállalkozásoktól teljesen függetlenül, nem tud ajánlatot tenni. Az ajánlattételhez, a pénzügyi követelményeknek (pl. ajánlati biztosíték, szerződés teljesítéséhez szükséges bankgarancia stb.) való megfeleléshez, a közbeszerzési eljárás alapján megkötésre kerülő szerződés teljesítéséhez (beleértve például a teljesítést

követő szavatossági és jótállási igények teljesítését is: kijavítás, kicserélés) más vállalkozások szakértelmére, humán erőforrásaira, üzleti kapcsolataira, pénzügyi-gazdasági erőforrásaira van szükség. Az ajánlattevő ezért a szerződés teljesítésébe alvállalkozót vonhat be, pénzügyi-gazdasági és műszaki-szakmai alkalmasságát pedig erőforrást nyújtó szervezet bevonásával igazolhatja.

A közbeszerzési jog alvállalkozó fogalma *sui generis* fogalom, nem azonos a polgári jogban használatos alvállalkozó fogalmával. Míg polgári jogi értelemben akkor beszélünk alvállalkozásról, ha a vállalkozási szerződésben eredmény előállítására kötelezettséget vállaló fél bizonyos tevékenységeket további vállalkozási szerződéssel más vállalkozó (alvállalkozó) részére szervez ki, addig a közbeszerzési jogban az alvállalkozó olyan személyt vagy szervezetet is jelenthet, amely nem vállalkozási, hanem egyéb szerződéses kapcsolat (pl. bérlet, megbízás, adásvétel stb.) alapján végez valamilyen tevékenységet. A közbeszerzési jog doyenjének, Patay Gézának szavaival élve: *a nyertes ajánlattevő közbeszerzési értelemben vett alvállalkozója nem eredménykötelmet eredményező polgári jogi értelemben vett alvállalkozói tevékenységet végez, hanem az alap jogviszonyhoz igazodó eljárási kötelelemnek megfelelő feladatokat lát el.*¹¹⁰ A korábbi közbeszerzési jogi joggyakorlatban különösen a gyártók, forgalmazók és alkatrész-, illetve alapanyag-szállítók besorolása jelentett nehézséget. A 2010. szeptember 15-től bevezetett, módosított Kbt. 4.§ 2. pontja alapján alvállalkozónak minősül

az a szervezet vagy személy, amely vagy aki a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve

- a) az ajánlattevővel munkaviszonyban vagy egyéb foglalkoztatási jogviszonyban álló személyeket,*
- b) azon személyt vagy szervezetet, aki vagy amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,*
- c) a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártót, forgalmazót, alkatrész- vagy alapanyag-szállítót,*
- d) építési beruházás esetén az építőanyag-szállítót;*

A jogalkotó tehát normatív szinten nemlegesen döntötte el azt a korábban sokat vitatott kérdést, hogy a gyártó, a forgalmazó, az alkatrész vagy alapanyag szállító alvállalkozónak minősül-e. Ugyanakkor a közös ajánlattételre vonatkozó szabályok szerint, a későbbiekben ezzel részletesen foglalkozunk, a felsorolt személyek közös ajánlattevőnek minősülnek bizonyos feltétel fennállása esetén.

Az alvállalkozó fogalmához meg kell vizsgálni, hogy mi számít teljesítésnek, illetve azt is, hogy ki teljesíti a szerződést, a nyertes ajánlattevő bevon-e a teljesítésbe valakit. Tekintettel arra, hogy a Kbt. nem rendezi a szerződés teljesítésének a fogalmát, ebből a jogalkotó azon akaratára lehet következtetni, hogy a kérdésre vonatkozóan a Polgári Törvénykönyvet kell segítségül hívni. A vizsgálat során figyelemmel kell lenni a kötelmi jog általános szabályaira és a konkrét jogügyletre vonatkozó különös részben foglalt szabályokra is. Egy árubeszerzésnél jellemzően szállítási szerződést köt az ajánlatkérő a nyertes ajánlattevővel, ezért ebben az esetben a dolog szállító részéről vevő részére történő átadásával valósul meg a teljesítés. Egy építési beruházás esetében a megkötött vállalkozási szerződések (tervezési, szerelési, építési stb.) előállított eredményének elkészítésével és azt követően annak átadásával és átvételével valósul meg a teljesítés.

¹¹⁰ Patay Géza magyarázata a Kbt. értelmező rendelkezéseire, II. fejezet *In A Közbeszerzés joga*, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: dr. Patay Géza) p 46.

A Kbt. nem határozza meg, hogy mit jelent a nyertes ajánlattevő által történő közvetlen bevonás a szerződésbe. Kétségtelen, hogy a jogalkotó a 2010. szeptember 15-én hatályba lépett módosítással – negatív szabályozással – tisztázta a korábbi nagyfokú jogalkalmazói bizonytalanságot a gyártók és a forgalmazók tekintetében, azonban továbbra sem nyújt eligazítást abban a tekintetben, hogy a “ teljesítésbe történő közvetlen bevonás” fordulatot milyen módon kell értelmezni. Ennek a fordulatnak a jogalkotói értelmezése nagyban segíthetné a versenyjogi jogalkalmazást is, hiszen jelenleg nem áll a vállalkozások rendelkezésére olyan kiindulópont, amely tisztázná a bevonás folyamatát és kereteit.

Szerény véleményünk szerint, közbeszerzési jogi normatív keretek hiányában, a vállalkozásoknak a versenyjogi rendelkezéseket kell betartania az alvállalkozókkal való kapcsolatfelvétel során. A tárgyalások során érdemes írásba foglalt szándéknyilatkozatot (előszerződést) készíteni a bevonás szándékáról, módjáról, az elvégzendő feladatokról, az átadható információk köréről, felhasználásuk célhoz kötöttségéről, az alvállalkozói bevonás megghiúsulása esetén követendő eljárásról (adott esetben az érintett közbeszerzési eljárásban való önálló indulás tilalmáról). Az elővigyázatos eljárás szolgáltathat a vállalkozás számára írásos bizonyítékot arra vonatkozóan, hogy valóban az alvállalkozói bevonás szándékával lépett kapcsolatba a tőle független más vállalkozással.

A verseny tisztaságát, az egymástól független ajánlatok benyújtására vonatkozó követelményt a Kbt. 70. § (4) bekezdésének b) pontja is erősíti, amely szerint az ajánlattevő ugyanabban a közbeszerzési eljárásban más ajánlattevő - a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt – alvállalkozójaként nem vehet részt.

Az erőforrást nyújtó szervezet az ajánlattevő műszaki-szakmai illetve gazdasági-pénzügyi alkalmasságának igazolásában vesz részt. Bizonyos alkalmassági feltételeket az erőforrást nyújtó szervezetként fellépni kívánó személy csak akkor igazolhat, ha az ajánlattevő és a szervezet között többségi befolyás áll fenn. A fenti, alvállalkozóra vonatkozó megjegyzéseinket annyival érdemes kiegészíteni, hogy az erőforrást nyújtó szervezet alvállalkozóként nem szerepelhet ugyanannak az ajánlattevőnek az ajánlatában. További kötöttség, hogy más ajánlattevő nem nyújthat erőforrást az ajánlattevőnek ugyanabban a közbeszerzési eljárásban [Kbt. 3/D.§ illetve Kbt. 70.§ (4) c)]. A Kbt. hivatkozott rendelkezései ismét csak a verseny tisztaságát erősítik a független ajánlatok benyújtására vonatkozó követelmények érvényesítésén keresztül.

Közös ajánlattétel – a konzorciumok

Közös ajánlattételre csak olyan vállalkozások jogosultak, amelyek a kérdéses közbeszerzési eljárásban egyébként (önálló más ajánlattevőként, más ajánlattevő alvállalkozójaként, erőforrást nyújtó szervezeteként stb.) nem vesznek részt. A közös ajánlattételre a Kbt. 52.§-a jogosítja fel az ajánlattevőket:

„Több ajánlattevő közösen is tehet ajánlatot.(...)”

A Kbt. kógens jellegéből fakadóan az ajánlatkérő nem zárhatja ki a közös ajánlattétel lehetőségét, de azt kötelezően nem is írhatja elő. A közös ajánlattevők ajánlat benyújtására

irányuló alkalmi együttműködését konzorciumnak nevezik. A Döntőbizottság egy korai, D.19/13/1997. számú határozatában rámutatott arra, hogy a konzorcium nem jogi, hanem közgazdasági kategória.¹¹¹

A konzorcium felelősségi viszonyai és fajtái (önkéntes és törvényen alapuló konzorciumok)

A konzorcium jogi minősítésének a polgári jog társaság kategóriája feleltethető meg, mivel a konzorciumnak nincs jogi személyisége, nincs cégjogi minősége, a cégjegyzékbe nem jegyezhető be stb. A konzorcium által vállalt kötelezettségek és megkötött szerződések közvetlenül a tagokat kötelezik illetve jogosítják. Ez azt is jelenti, hogy a tagok belső, egymás közötti jogviszonyukat szerződéssel rendezhetik (*konzorciumi szerződés*). A konzorciumi szerződésben a konzorcium tagjai rögzíthetik a konzorcium tevékenységével járó költségek megosztását, a konzorcium tevékenységében való közreműködés arányát, a konzorcium tevékenységét érintő feladatok felosztását, az ügyvitel módját, a tevékenységből származó bevétel felosztását, a fontos kérdéseket érintő döntéshozatal módját, a felelősség megosztását, az engedélyek beszerzését, a pénzügyi biztosítékok megszerzésének módját stb.

A konzorciumi szerződés alakiséghez nincs kötve. A konzorciumi tagok harmadik személyek irányában egyetemlegesen lesznek jogosítottak és kötelezettek a polgári jogi társaság tagjaiként. Képviselőüket konzorciumi szerződés szabályozhatja, közös meghatalmazott útján történő képviselőt elképzelhető.

Tekintettel arra, hogy a Kbt. nem szabályozza a konzorciumi együttműködés feltételeit, minden közös ajánlattétel során szabadon alakítható a konzorciumi tagok egymás közötti viszonya. Önkéntes konzorciumnak tekintjük azokat a helyzeteket, amikor az egymástól független vállalkozások üzleti, célszerűségi vagy gazdasági megfontolásból úgy döntenek, hogy egy konkrét ajánlat benyújtása kapcsán együttműködnek egymással. A versenyjog számára egy önkéntes konzorcium alakítása *ipso facto* jelentőséghez jut, mivel addig egymástól független vállalkozások jelennek meg az érintett piacon gazdasági egységként.

A Kbt. 70.§ (4) bekezdése rendezi a közös ajánlattétellel kapcsolatos tilalmakat. Az ajánlattevő ugyanabban a közbeszerzési eljárásban nem tehet közös ajánlatot más ajánlattevővel. A közös ajánlattevő is ajánlattevő, ezért az ajánlattevőre vonatkozó további tilalmak rá is érvényesek: a közös ajánlattevő más ajánlattevő – a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt – alvállalkozójaként sem vehet részt a közbeszerzési eljárásban, továbbá szintén nem jogosult arra, hogy más ajánlattevő ajánlatához erőforrást nyújtson.

A Kbt. 70.§ (6) bekezdésében foglalt rendelkezés szerint közös ajánlattevőnek kell tekinteni az ajánlattevővel munkaviszonyban, más foglalkoztatásra irányuló jogviszonyban álló személyeket, a tevékenységét kizárólagos jog alapján végző személyt, a gyártót, a forgalmazót és az alkatrészeket illetve alapanyagokat szállító személyeket abban az esetben, ha a szerződés teljesítésében a közbeszerzés értékének 25%-át meghaladó mértékben

¹¹¹ dr. Dudás Gábor: Az ajánlati felhívás, *In* A közbeszerzés joga, kommentár a gyakorlat számára (szerk.: dr. Patay Géza) p 150-151.

vesznek részt. (A felsorolt személyek egyébként, ha a teljesítésben való közreműködésük mértéke nem éri el a közbeszerzés értékének 25%-át, a Kbt. 4§ 2. pontja értelmében nem tekinthetők alvállalkozónak, sem pedig erőforrást nyújtó szervezetnek a Kbt. 3/D.§-a alapján.)

A törvény erejénél fogva közös ajánlattevővé váló személyek jogintézményét a jogalkotó a Kbt. 2010. szeptember 15-i módosításával vezette be. Ezzel összefüggésben a Kbt. egy másik, a szakirodalomban sokat vitatott jogintézményének, az alvállalkozó fogalmának az újradefiniálására is sor került. (Az alvállalkozó új fogalmának értékelésére a jelen tanulmány keretei között még nincs lehetőség, ahhoz szükséges lesz a Közbeszerzési Döntőbizottság későbbiekben kialakuló joggyakorlatát alapul venni.)

Versenyjog-konform együttműködés a konzorcium tagjai között

A versenykorlátozó megállapodások illetve összehangolt magatartás szemszögéből a közös ajánlattétellel, az alvállalkozói és erőforrást nyújtó szervezetként történő bevonással kapcsolatosan érdemes rögzíteni, hogy a versenykorlátozó megállapodás illetve összehangolt magatartás létét a versenyhatóságnak kell bizonyítania a versenyfelügyeleti eljárásban. A következő fejezetben foglalkozunk részletesen a tipikusnak tekinthető védekezési stratégiákkal a versenykorlátozó megállapodásokkal illetve összehangolt magatartással kapcsolatosan. Annyit azonban előre kell bocsátani a következő fejezet megállapításaiból, hogy a kölcsönös versenykorlátozó szándék (akarat) bizonyítása a versenyhatóság részéről elegendő a Tptv. 11.§-ában foglalt tilalom megsértéséhez.

A vállalkozások szabadon tárgyalhatnak a közös indulás lehetőségéről, konzorcium alakításának lehetőségéről. (Az alvállalkozóként vagy erőforrást nyújtó szervezetként történő bevonás feltételeinek és eshetőségének latolgatása sem tiltott a vállalkozások számára.) A Tptv.-ben és a Kbt.-ben nincs olyan szabály, amely ezt a vállalkozások számára megtiltaná. A tárgyalások illetve kapcsolatfelvétel azonban nem vezethet olyan érzékeny üzleti információk kölcsönös rendelkezésre bocsátásához, amely az ajánlattételt, a tiszta piaci versenyt befolyásolhatja.

Szerény véleményünk szerint a vállalkozások akkor cselekszenek a versenyjog rendelkezéseivel összhangban, ha az ajánlat tényleges tartalmi elemeinek, részleteinek kidolgozását megelőzően már előre írásban megkötnék egy konzorciumi megállapodást vagy egy alvállalkozói bevonásról szóló szándéknyilatkozatot írnak alá. A konzorciumi megállapodásban célszerűnek tűnik rendezni az átadható üzleti információk körét, célhoz kötöttségét, a kapcsolattartás módját és formáját, a közös ajánlat elkészítésének ütemtervét és felelősségi kérdéseit. Ezzel megelőzhető a további tárgyalások versenyellenes célzatának valószínűsítése, hiszen az írásbeli megállapodás alapján vélelmeznie kell a versenyhatóságnak, hogy az együttműködés és az üzleti információk kölcsönös átadása a közös, minél inkább versenyképes ajánlattétel (alvállalkozói bevonás, erőforrást nyújtó szervezetként történő bevonás) érdekében történt.

A konzorciumi együttműködés meghíúsulása

Joggal merülhet fel a kérdés a vállalkozások részéről, hogy mi a teendő a konzorciumi együttműködés ajánlat benyújtását megelőző meghíúsulása esetén. A konzorciumi részvétel kockázatait, köztük annak meghíúsulását is, a konzorciumi szerződésben javasolt előre rendezni, a kockázatok felmerülését megelőzően. A konzorciumi együttműködés keretében korábban átadott információk, üzleti titok, érzékeny és bizalmas piaci adatok felhasználásának tilalma, további használata vagy bármilyen piaci lépés tervezése során való figyelembevétele a konzorciumi megállapodásban megtiltható. Az ilyen tilalom megszegésére a vállalkozások kártérítési felelősséget is megállapíthatnak a tilalmat megszegő konzorciumi taggal szemben. A versenyjogi felelősség csökkentése érdekében elképzelhető az is, hogy a vállalkozások a konzorciumi megállapodásban úgy döntenek, hogy a konzorciumi együttműködés meghíúsulása esetén az érintett közbeszerzési eljárásban nem tesznek ajánlatot.

2. *Az ajánlatkérő felelőssége és annak enyhítése*

Az ajánlatkérő versenykorlátozó megállapodásokkal kapcsolatos felelőssége a versenykorlátozó megállapodásokra alkalmas helyzet kialakításának elkerülésében ragadható meg leginkább. Az alábbi döntéseivel az ajánlatkérő a versenykorlátozó megállapodások létrejöttéhez kapcsolódó felelősségét is enyhítheti.

A konzorciumi együttműködés kapcsán az ajánlatkérőnek lehetősége nyílik az ajánlat kötelező részeként előírni a konzorciumi megállapodás becsatolását közös ajánlattétel esetére. A konzorciumi megállapodás becsatolására vonatkozó kötelezettség részletesen rögzítheti a konzorciumi megállapodás tartalmi elemeit.

Az ajánlatkérőnek a részajánlat tétel biztosítására vonatkozó kötelezettsége szintén a versenykorlátozó megállapodások kialakítása ellen hat [Kbt. 50.§ (3)]. A komplex közbeszerzési igények több együttműködésre kényszerítik a vállalkozásokat, ha azonban az összetett beszerzési igényt az ajánlatkérő részekre bontja, akkor az egyedüli ajánlattétel könnyebben valósítható meg a vállalkozások részéről.

Az ajánlatkérő felelőssége a szignalizációs kötelezettségen keresztül érvényesül a legerőteljesebben. A Tpv. 20/A.§-ában foglalt rendelkezéssel részletesen az V. fejezetben foglalkozunk.

3. *Tipikus védekezési magatartások közbeszerzési kartelles ügyekben*

Az elmúlt évek Gazdasági Versenyhivatal előtt folyó közbeszerzéses kartell ügyekben az eljárás alá vont vállalkozások által előadott védekezési stratégiák két jól elhatárolható csoportba – eljárásjogi és érdemi védekezések – sorolhatóak.

Mivel a közbeszerzési eljárásban történő kartellezés bizonyítása a versenyhatóságot terheli, a kartell létének igazolására szolgáló bizonyítási eszközöket rendszerint előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálat (hajnali rajtaütés, *dawn raid*) keretében sikerült a Gazdasági Versenyhivatal vizsgálóinak beszereznie. A bizonyítási eszközök az esetek túlnyomó részében az eljárás alá vont vállalkozások közép- és felsővezetőinek számítógépén talált elektronikus levelekben, levélláncolatokban foglalt nyilatkozatok vagy a levelekhez csatolt ajánlatadásra vonatkozó elképzeléseket tartalmazó táblázatok voltak.

Az eljárásjogi érvelések túlnyomórészt az előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálat szabályos lefolytatását vitatják. Az ilyen típusú védekezések központi gondolata, hogy nem megengedett a szabálytalan eljárás eredményeképpen beszerzett bizonyíték felhasználása.

Mivel az előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálat szabályosságára irányuló érveknek kiemelkedő a jelentősége, röviden szükséges bemutatni a jogintézmény főbb elemeit.

A védekezés korlátai - a hajnali rajtaütés (dawn raid) fogalma, eljáró hatóságok

Hajnali rajtaütés alatt a versenyhatóságok előzetes értesítés nélkül helyszíni vizsgálatát értjük, melynek során az érintett vállalkozás helyiségeiben a versenyhatóság tisztviselői vizsgálódnak.

Versenyhatóságok alatt a hajnali rajtaütés lefolytatása vonatkozásában a magyar Gazdasági Versenyhivatalt és az Európai Bizottságot kell érteni. A versenyjogi szabályozás az Európai Unió tagállamaiban két szintű, az első szintet az Európai Unió elsődleges joganyaga jelenti, közelebből az EUMSZ 101., 102. és 106. Cikkei. (A 2009. december 1-jén hatályba lépett Lisszaboni Szerződés nem lépett az Európai Közösségeket létrehozó Szerződés és az Európai Unióról szóló Szerződés helyébe, azonban bizonyos módosításokat vezetett be a régi szerződéses rendszerhez képest. Közelebbi témánk szempontjából az Európai Unió jogi személyiséggel történő felruházása fontos, a korábbi három Közösség (az Euratom, az Európai Szén- és Acélközösség és az Európai Gazdasági Közösség) alapítószerződésai mindhárom esetben kimondták az egyes közösségek jogi személyiségét, míg az Unió egészére nézve kifejezetten sem a Maastrichti, sem az Amszterdami, sem pedig a Nizzai Szerződés nem tette ezt meg.¹¹² A Lisszaboni Szerződés lehetővé teszi, hogy egységes terminológiát használva európai uniós jogról, európai uniós versenyjogról beszéljünk a továbbiakban, a korábbi közösségi versenyjog helyett.)

A hajnali rajtaütés lefolytatása a GVH által

A hajnali rajtaütés során a GVH tisztségviselői jogosultak az érintett személyek akaratára ellenére is lefolytatni a vizsgálatot. Olyan feltételezett versenyjogsértésre vonatkozó bizonyítékok összegyűjtésére is sor kerülhet, amely korábban a versenyhatóság előtt nem volt ismert.

A „hajnali” jelző utal arra, hogy a versenyhatóságok emberei rendszerint a kora reggeli órákban, a munkaidő kezdetével egy időben vagy annál korábban érkeznek meg a vállalkozáshoz.

Előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálatra kartellügyekben és erőfölényes ügyekben van lehetősége a Gazdasági Versenyhivatalnak. A GVH által lefolytatható vizsgálat részletes szabályait a Tpvt. 65/A.§ és 65/B.§ rendelkezései tartalmazzák.

A vizsgálati cselekményekre előzetes bírói engedéllyel kerülhet csak sor, legkorábban a vizsgálat megindításával (azaz a vizsgálatot elrendelő végzés meghozatalával) egy időben. A Gazdasági Versenyhivatal a Fővárosi Bíróságnál indítványozza az engedély megadását. Az indítványban a következőket kell valószínűsíteni: (i) ésszerűen feltehető, hogy az indítvány szerinti helyszínen a megjelölt jogsértéssel kapcsolatos információforrás fellelhető; (ii) feltételezhető, hogy az információforrást önként nem bocsátanák rendelkezésre vagy felhasználhatatlanná tennék; (iii) más vizsgálati cselekmény nem vezetne eredményre. A

Fővárosi Bíróság az indítványról nemperes eljárásban dönt, a kérelem beérkezésétől számított hetvenkét órán belül.¹¹³

Vizsgálói jogosítványok

Az előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálat során a vizsgáló bármely helyszínt átkutathat, oda beléphet, lezárt területet, épületet, helyiséget felnyithat, szóban vagy írásban felvilágosítást és magyarázatot kérhet, a helyszínen más módon tájékozódhat (pl. tipikusan számítógépek adatállományát rögzítheti, elektronikus levelezéseket foglalhat le stb.).¹¹⁴ A vállalkozás munkavállalói kötelesek a megjelölt dokumentumokhoz hozzáférést biztosítani, a szükséges jelszavakat rendelkezésre bocsátani, lezárt helyiségeket és szekrényeket hozzáférhetővé tenni.

A munkavállalók ugyanakkor jogosultak a vizsgálókat felszólítani személyazonosságuk igazolására, az eljárás alapjául szolgáló bírói végzés és az eljárást megindító végzés bemutatására is.¹¹⁵

Magáncélú, illetve magánhasználatú helyiségben, ideértve a járműveket és más területet is, a vizsgálati cselekményt csak akkor lehet lefolytatni, ha az eljárás alá vont vállalkozás bármely jelenlegi vagy volt vezető tisztségviselője, alkalmazottja, megbízottja, valamint a ténylegesen irányítást gyakorló, vagy korábban irányítást gyakorolt más személy használatában van.¹¹⁶

Az eljárás alá vont vállalkozás jogai

Az eljárás alá vont vállalkozás számára elengedhetetlenül fontos, hogy tisztában legyen jogaival a hajnali rajtaütés során. Ez biztosíthatja a hatékony védekezést számára a későbbiekben.

A vállalkozás képviselői észrevételeket tehetnek a hajnali rajtaütés lefolytatásával kapcsolatban, kifogásolhatják a szabálytalanságokat, ezek rögzítését jegyzőkönyvben kérhetik, a jegyzőkönyv elkészítését a hajnali rajtaütés lefolytatásától számított három napon belül lehet kérni a GVH-tól.

A vállalkozás képviselői külső jogi tanácsadóként megbízott ügyvédet is igénybe vehetnek, aki jelen lehet a vizsgálati cselekményeknél, megérkezéséig kérhető a vizsgálati cselekmények megkezdésének elhalasztása. Gyakorlati tapasztalatok alapján 15 illetve 30 perces várakozási időt a vizsgálók engedni szoktak a cselekmények megkezdésére.

A megbízott ügyvéd által készített, akár védekezési stratégiát is magában foglaló írásos dokumentumok – amennyiben az magából az iratból kitűnik – mentesek a lefoglalás alól. További feltétel, hogy ezeknek a dokumentumoknak a vállalkozás (illetve törvényes képviselője) vagy a megbízott ügyvéd birtokában kell lenniük ahhoz, hogy az iratok védettsége teljes körűen érvényesüljön. Ha az ilyen irat nincs az érintett vállalkozás (illetve törvényes képviselője) vagy a megbízott ügyvéd birtokában, akkor szükséges azt is bizonyítani, hogy az irat jogellenesen került ki ezeknek a személyeknek a birtokából.

¹¹³ Tpvt. 65/A.§ (3) bekezdése.

¹¹⁴ Tpvt. 65/A.§ (1) bekezdése.

¹¹⁵ Tpvt. 65/A.§ (7) bekezdése.

¹¹⁶ Tpvt. 65/A.§ (2) bekezdése.

Ha az irat jellege vitás, tehát a vállalkozás képviselője vagy megbízott ügyvédje és a vizsgáló álláspontja között eltérés van az irat védett minőségét illetően, akkor az iratot tárolóeszközben kell elhelyezni a megismerhetőség kivédésére, majd a GVH kérelmére induló nemperes eljárásban a Fővárosi Bíróság dönti el nyolc napon belül, hogy az irat megismerhető-e.¹¹⁷

A megbízott ügyvéd által készített iratra vonatkozó különös rendelkezések nem mondhatóak el a vállalattal munkaviszonyban álló jogi előadók és jogtanácsosok által készített feljegyzésekről.¹¹⁸ Ezeket a feljegyzéseket, kommunikációkat nem illeti meg a fenti védelem.

A Bizottság eljárása

Az Európai Bizottság vizsgálati cselekményekre vonatkozó eljárását a Tanácsnak a Szerződés 81. és 82. cikkében meghatározott versenyszabályok végrehajtásáról szóló 1/2003. számú Rendelete (a továbbiakban: Végrehajtási Rendelet) részletesen szabályozza. A Végrehajtási Rendelet 20. Cikke tekinthető az uniós versenyjog „hajnali rajtaütés” szabályának.

Az Európai Bizottság tisztviselőinek jogosítványai lényegesen különböznek a GVH vizsgálóinak jogosítványaitól, a körültekintő vállalkozásoknak tisztában kell lenniük ezekkel a különbségekkel a hatékony felkészülés és védekezés érdekében.

Az Európai Bizottság tisztviselői szabadabbak abban az értelemben, hogy előzetes bírói engedélyre nincs szükségük a hajnali rajtaütés lefolytatása érdekében. A Bizottság a vizsgálat lefolytatását megelőzően kapcsolatot vesz fel annak a tagállamnak a versenyhatóságával, amelynek területén vizsgálatot kíván lefolytatni. A hajnali rajtaütésre csak írásba foglalt határozat alapján kerülhet sor, amelynek kötelező tartalmi elemei vannak, ezeknek a tartalmi elemeknek a meglétét ellenőriznie kell az érintett vállalkozást képviselő személynek. Az Európai Bizottság tisztviselőinek megjelenése esetén a hajnali rajtaütésre feljogosító és bemutatásra kerülő engedélynek tartalmaznia kell:

a vizsgálat tárgyát és célját,
a vizsgálat kezdő időpontját
a jogkövetkezményekre (bírság stb.) való figyelmeztetést,
jogorvoslatról való tájékoztatást (a határozat az Európai Bíróságnál megtámadható),
valamint a Versenyügyi Főigazgatóság egyik vezető tisztviselőjének az aláírását.

A Bizottság határozatát mindig az érintett tagállam versenyhatóságával történő konzultáció eredményeként hozza meg.

A Bizottság jogosítványai a vizsgálat lefolytatása során

A Bizottság jogosítványai főbb vonalakban megegyeznek a GVH vizsgálóinak jogosítványaiával: a tisztviselők az érintett vállalkozás

- bármely helyiségbe beléphetnek, járműveket ellenőrizhetnek,
- bármely iratot, dokumentumot és feljegyzést megvizsgálhatnak, arról másolatot vagy kivonatot készíthetnek,
- lepecsételhetnek helyiségeket, dokumentumokat, adatokat,

¹¹⁷ Tpv. 65/B.§ (4)-(5) bekezdései.

¹¹⁸ Tpv. 65/B.§ (1) bekezdése.

- kérdéseket tehetnek fel a vállalkozás képviselőjére jogosult személyeknek, munkavállalóknak, a válaszokat rögzíthetik.

Eltérést jelent, hogy a Bizottság vizsgálata szigorúan célhoz kötött, azaz csak a vizsgálatot elrendelő határozatban foglalt feltételezett versenyjogsértésre vonatkozó adatokat lehet gyűjteni.

Közvetlen rendőri (karhatalmi) segítséget nem vehetnek igénybe a tisztviselők, ugyanakkor a tagállami versenyhatóságon keresztül, bírói engedély birtokában bevonhatják a karhatalmi szervet, ha ellenállást tapasztalnak a vizsgálati cselekmények végzése során. Az átvizsgálható helyszínek is korlátozottak, mivel csak a vállalkozás helyiségeire kiterjedően jogosultak a tisztviselők eljárni.

Számos esetben a Bizottság tisztviselői a GVH vizsgálóival együtt jelennek meg a vállalkozásnál. Ebben az esetben bírósági engedéllyel a vállalkozás törvényes képviselőjének, egyéb érintett személyeknek a magánhasználatú helyiségeit (lakóhelyet, tartózkodási helyeit, járműveit) is átkutathatják. A Bizottság tisztviselői egyébként az ilyen magánhasználatú helyiségekbe nem jogosultak belépni.

A vizsgálat lefolytatásának akadályozása

A vállalkozások törvényes képviselőinek és munkavállalóinak a vizsgálati cselekmények akadályozásának jogkövetkezményeire is tekintettel kell lenniük. A vizsgálati cselekmények akadályozása két jogkövetkezménnyel jár. Az egyik az eljárási bírság kiszabása: az eljárási bírság maximuma az eljárás alá vont vállalkozás vizsgálatot megelőző üzleti évben elért nettó árbevétele 10%-ig terjedhet a GVH által kiszabott bírság esetén, míg a Bizottság eljárási bírságot maximum az előző évi nettó árbevétel 1%-ában szabhat ki. Az eljárási bírság célja az eljárás során tanúsított jogellenes magatartás szankcionálása.¹¹⁹

A másik jogkövetkezmény, hogy versenyjogsértés (pl. kartellezés, erőfölénnyel visszaélés) megállapítása esetén is (újabb) bírságot fog kiszabni a versenyhatóság, amelynek megállapítása során súlyosbító körülményként kell számításba venni a vizsgálat akadályozását az érintett vállalkozás részéről.

A következőkben az eljárásjogi védekezési stratégiákat tekintjük át, utalva a korábbi (azaz a védekezés előadásakor hatályban lévő) versenyjogi szabályozás sajátosságaira is. Ez a jobb megértés érdekében elengedhetetlen, mivel a hajnali rajtaütés hatályos szabályozásához számos lényeges módosításon keresztül vezetett az út.

4. Eljárásjogi védekezési stratégiák

Az eljárásjogi védekezési stratégiákban központi elemként jelenik meg a védekezéshez való jog korlátozására való hivatkozás, különösen a hajnali rajtaütés elrendelése kapcsán. Az

¹¹⁹ Tpvt. 78.§ ill. Végrehajtási Rendelet 23. Cikk 1. (a).

építőipari cégek jól meghatározható köre ezt a védekezést szinte kivétel nélkül valamennyi eljárásban felhozta érvként, azonban a Versenytanács azt következetesen elutasította.

Az alábbi eseteken keresztül bemutatásra kerül, hogy a védekezéshez való jog korlátozását milyen összefüggésekben hozták fel az eljárás alá vont vállalkozások.

Tisztességes tárgyaláshoz való jog alapjogi sérelme

Az eljárás alá vont vállalkozások a hajnali rajtaütés szabálytalanságára vonatkozó érvelésüket gyakran alapjogok sérelmével hozzák összefüggésbe.¹²⁰ Egy építési beruházást érintő ügyben konkrét jogalapként jelölte meg az eljárás alá vont vállalkozás az Emberi Jogokról és Alapvető Szabadságokról szóló Római Egyezmény (a továbbiakban: Egyezmény) 6. Cikkében biztosított tisztességes tárgyaláshoz való jogot illetve az Egyezmény 8. Cikkében rögzített családi élet tiszteletben tartásához való jogot is.

Az Egyezmény 6. Cikkének megsértésével kapcsolatban a vállalkozás előadta, hogy a Versenytanács bírói testületnek minősülő fórumként nem rendelkezik az Egyezményben meghatározott függetlenséggel, ezért érdemi döntést az ügyben nem hozhat. A Versenytanács ráadásul az ügyfelek meghallgatása nélkül foglal állást az ügy érdemében előzetes álláspontja kialakításával. A védekezés előkészítésére a Versenytanács nem biztosított elegendő időt, ezért az eljárás egésze az Egyezménybe ütközik.¹²¹

A Versenytanács a fentiek cáfolataként rámutatott az Emberi Jogok Európai Bírósága (a továbbiakban: EJEB) által kialakított joggyakorlatra, amely szerint az Egyezmény 6. Cikke nem kötelezi az államokat arra, hogy a polgári jogi jogviták minden szakaszában az Egyezmény által követelt garanciákat nyújtó bíróságok járjanak el. Az eljárás előzetes, első szakaszában eljárhatnak közigazgatási, szakmai szervezetek, vagy a kérdéses garanciákat nem teljes körűen biztosító igazságszolgáltatási szervek is – a kérdéses állam jogi hagyományaitól függően. Ebben az esetben azonban kell olyan bírói szerv, mely az eljárásban született határozatot a fél kezdeményezésére: (i) teljes hatáskörrel felülvizsgálhatja; (ii) ennek során biztosítja az Egyezményben foglalt garanciákat. A Versenytanács eljárására az Egyezmény 6. Cikkéből fakadóan akkor hárulnának kötelezettségek, amennyiben a rákövetkező bírói felülvizsgálatot nem olyan bírói szerv folytatná le, amely teljes hatáskörrel és a 6. Cikkből folyó eljárási garanciák biztosításával járna el. A Versenytanács érdemi határozatát bíróság azonban – a fél kérelmére – közigazgatási per keretében felülvizsgálhatja.

A Versenytanács álláspontja szerint a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (Pp.) rendelkezései általánosan biztosítják a polgári (és közigazgatási) jogvitákban az Egyezmény által megkövetelt garanciális elemeket (pl. függetlenség, pártatlanság, tisztességes eljárás, nyilvánosság stb.). Szintén teljesül a teljes hatáskörben történő felülvizsgálat követelménye is, mivel a Pp. 339.§ (2) bekezdésének q) pontja, továbbá a Tptv.

¹²⁰ Vj-27/2003/16, 171-172. vagy Vj-174/2007/332, 145-148.

¹²¹ 1993. évi XXXI. törvény az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény és az ahhoz tartozó nyolc kiegészítő jegyzőkönyv kihirdetéséről, 6. Cikk - **Tisztességes tárgyaláshoz való jog** 1. Mindenkinek joga van arra, hogy ügyét a törvény által létrehozott független és pártatlan bíróság tisztességesen nyilvánosan és ésszerű időn belül tárgyalja, és hozzon határozatot polgári jogi jogai és kötelezettségei tárgyában, illetőleg az ellene felhozott büntetőjogi vádak megalapozottságát illetően (...).

83.§ (4) bekezdése alapján a Versenytanács határozatát a bíróság a közigazgatási per keretében nem pusztán hatályon kívül helyezheti, de azt meg is változtathatja. A magyar bírói gyakorlatból pedig kitűnik, hogy a felülvizsgálat a kereseti kérelemtől függően kiterjed ténykérdések részletes vizsgálatára, sőt a támadott határozatban foglalt mérlegelés vizsgálatára is.¹²²

Ugyancsak cáfolta a Versenytanács az előzetes állásponttal kapcsolatban kifejtett érvelést. Az előzetes álláspont lényege, hogy az eljárás alá vontak védekezéshez való jogukat megfelelően gyakorolhassák. Az előzetes álláspont hiányában ugyanis a versenytanácsi tárgyaláson az ügyfelek nem tudnának mire nyilatkozni. Szintén a védekezéshez való jog megfelelő gyakorlásának feltétele, hogy az ügyfelek tudomást szerezzenek az előzetes álláspont megismerésével arra vonatkozóan, hogy a vizsgálati jelentéstől mennyiben tér el a Versenytanács véleménye.¹²³

Ami a védekezéshez szükséges időt illeti, a Versenytanács rámutatott arra, hogy az eljárás alá vontaknak egy hónap állt a rendelkezésére ahhoz, hogy kifejtsék az előzetes állásponttal kapcsolatos véleményüket. Álláspontja szerint ez elegendő idő a védekezés kifejtésére, ugyanakkor a versenytanácsi tárgyalást követően további jelentős idő állt rendelkezésre ahhoz, hogy fennmaradó észrevételeiket kifejtsék az eljárás alá vontak.

Az Európai Bizottság mint versenyhatóság versenyfelügyeleti eljárásában a védekezés kifejtésére rendelkezésre álló két hónapos időköz – amelyre az eljárás alá vont vállalkozások hivatkoznak – a magyar versenyhatóság eljárására nem helyes viszonyítási alap. Ezt a következőkkel indokolja a Versenytanács: (i) a magyar versenyfelügyeleti eljárásban az ügyfél eljárás alá vont vállalkozások sokkal korábban szereznek tudomást az ellenük folyó eljárásról és annak a tárgyáról;¹²⁴ (ii) az Európai Bizottság versenyfelügyeleti eljárásai jóval hosszabb ideig tartanak.¹²⁵

A hajnali rajtaütés elrendelésének és lefolytatásának kontrollja

A fent hivatkozott ügyben a vállalkozás kifejtette, hogy amennyiben a Versenytanács nem minősülne bíróságnak, abban az esetben is alkalmazni kell az Egyezmény 8. Cikkét.¹²⁶

A hajnali rajtaütést engedélyező bírói végzés nem mérlegelte megfelelően, hogy fennállnak-e a Tpvt. 65/A.§-ban meghatározott feltételek. Ugyanakkor a hajnali rajtaütés során a

¹²² Vj-27/2003/16, 262-265.

¹²³ Vj-27/2003/16, 267.

¹²⁴ Az Európai Bizottság előtti eljárásban az eljárás alá vont vállalkozások csak az ún. *statement of objections* megküldésekor szereznek tudomást arról, hogy eljárás folyik ellenük, ettől az időponttól kezdve gyakorolhatják iratbetekintési jogukat is. Ezzel szemben a magyar versenyfelügyeleti eljárásban a vállalkozások már a vizsgálati jelentés elkészülésekor tudomást szerezhetnek a kifogásolt magatartásokról, iratbetekintési jogukat pedig a vizsgálat megindításának időpontjától kezdve gyakorolhatják.

¹²⁵ Vj-27/2003/16, 320-322.

¹²⁶ 1993. évi XXXI. törvény az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény és az ahhoz tartozó nyolc kiegészítő jegyzőkönyv kihirdetéséről, 8. Cikk **Magán- és családi élet tiszteletben tartásához való jog** 1. Mindenkinek joga van arra, hogy magán- és családi életét, lakását és levelezését tiszteletben tartsák. 2. E jog gyakorlásába hatóság csak a törvényben meghatározott, olyan esetekben avatkozhat be, amikor az egy demokratikus társadalomban a nemzetbiztonság, a közbiztonság vagy az ország gazdasági jóléte érdekében, zavargás vagy bűncselekmény megelőzése, a közegészség vagy az erkölcsök védelme, avagy mások jogainak és szabadságainak védelme érdekében szükséges.

rendőrségi kontroll is hiányzott, mivel a vállalkozás álláspontja szerint a rendőrség jelenléte hivatott biztosítani azt, hogy a vizsgálók ne lépjék túl a végzésben meghatározott kereteket. A vállalkozás azt is sérelmezte, hogy nem kapott tájékoztatást arra vonatkozóan, hogy miként folytatták le a vizsgálók a rajtaütést, milyen helyiségekből és információforrásokból gyűjtötték össze az anyagokat.¹²⁷

A Versenytanács kifejtette, hogy a fenti kérdések elbírálására nincs hatásköre, mivel azok egyrészt nem a GVH hatósági cselekményére vonatkoznak, másrészt a Tpvt. alkotmányossági szempontból történő megítélésére vonatkoznak.

A Fővárosi Ítéltábla és a Legfelsőbb Bíróság az ügyre vonatkozó jogorvoslati eljárásokban érdemben foglalkoztak az Egyezmény 8. Cikkének kérdésével. Kiemelték, hogy magánszemély autonómiája nem sérült, a vállalkozások autonómiájának korlátozását a bíróság Tpvt. 65/A.§-án alapuló jogerős végzése megalapozta. A Gazdasági Versenyhivatal eljárása nem valósíthatta meg az Egyezmény megsértését, mert ez esetben alkalmazhatatlanok lennének a Tpvt. versenyjogsértő magatartás illetve tevékenység föltárására vonatkozó eljárási rendelkezései, a jogsértő magatartások felderítésére nem volna lehetőség, a törvény ilyen szabályai céljukat vesztenék.¹²⁸

Ami a rendőrség közreműködésének hiányát illeti, a Tpvt. 65/A.§-ának (7) bekezdése szerint a GVH-nak lehetősége van a rendőrség közreműködésének igénybevételére, de ez csak lehetőség. Az eljáró bíróságok szerint a kifogás a fentiek miatt alaptalannak bizonyult.

Egy másik, építési beruházást érintő ügyben eljárás alá vont vállalkozás azt kifogásolta, hogy az iratbetekintés során nem szerezhette tudomást az előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálat engedélyezésére irányuló indítványról. Előadta, hogy a védekezéshez való joga sérül abban a tekintetben, hogy a Fővárosi Bíróság végzésének megalapozottságáról nem lehetett meggyőződni a GVH indítványának részletes ismerete nélkül.¹²⁹

A Versenytanács a fent előadott védekezéssel kapcsolatos álláspontjában megállapította, hogy a GVH előzetes döntéshozatal iránti kérelmét egy önálló hatalmi ág, azaz a bíróság kontrollálja. A kontroll eljárás nem a GVH-nál van folyamatban, az indítvány megismerésére értelemszerűen nem kerülhet sor a versenyfelügyeleti eljárásban. A GVH indítványa jogszerűségének és megalapozottságának elbírálása nem az eljárás alá vont vállalkozás joga és kötelezettsége, mivel ezt a hatáskört a jogszabály a bírósághoz telepítette.¹³⁰

A fentiekkel kapcsolatosan meg kell jegyezni, hogy a Kbt. 65/A.§ (3) bekezdése a Fővárosi Bíróság előzetes értesítés nélkül helyszíni vizsgálat elrendelése tárgyában hozott végzésével szemben fellebbezést és felülvizsgálatot nem tesz lehetővé. Önálló jogorvoslati eljárás tárgyává a GVH indítványának megalapozottsága és jogszerűsége nem tehető, ebben a tekintetben az eljárás alá vont vállalkozás védekezési lehetőségei korlátozottak.

Fishing expedition - a hajnali rajtaütés során beszerzett bizonyítékok más eljárásban való felhasználhatósága

¹²⁷ Vj-27/2003/16, 172.

¹²⁸ Kfv.IV.39.399/2007/28.szám

¹²⁹ Vj-66/2006/35, 16.8.

¹³⁰ Vj-66/2006/35, 39.

Az eljárás alá vont vállalkozás álláspontja szerint a hajnali rajtaütés keretében beszerzett bizonyítékokat csak abban a versenyfelügyeleti eljárásban lehet felhasználni, amelynek keretében a hajnali rajtaütést tartották. Mivel a Tpvt. 65/A.§-a korlátozza magánszemélyek alapvető jogait, így a tulajdonhoz és a magánlakás sérthetlenségéhez való jogot, az alkotmányos alapjogok és a felderítés hatékonysága közötti érdekegyensúlyt *a célhoz kötöttség elve* teremti meg a hajnali rajtaütés kapcsán.¹³¹

A vállalkozás úgy értelmezi a célhoz kötöttség elvét, hogy az érintett vállalkozások magánszférájába történő hatósági beavatkozás nem valamifajta általános, az adott vállalkozás folyó vagy elmúlt ügyeire kiterjedő generál-ellenőrzés keretében történik. Ebben az esetben ugyanis kiüresedne a két egyformán fontos jogpolitikai érdek közötti egyensúlyt megteremtő szabályozás. Az ún. „*fishing expedition*” a magyar jogban is tilos a versenyhatóság számára. A hajnali rajtaütés keretében összegyűjtött dokumentumokat és bizonyítékokat a célhoz kötöttség elvéből következően csak abban a versenyfelügyeleti eljárásban lehet felhasználni bizonyítékként, amelyben a hajnali rajtaütés lezajlott. Más versenyfelügyeleti eljárásban ezek az iratok bizonyítékként nem használhatóak fel, ilyen ún. „iratátemelésre” a Tpvt. egyetlen rendelkezése sem biztosít lehetőséget.¹³²

A hajnali rajtaütés keretében beszerzett dokumentumok más eljárásban történő felhasználása több okból *korlátozza a vállalkozás védekezéshez való jogát*: a második versenyfelügyeleti eljárásban szereplő vállalkozások nem tehetnek észrevételeket a bizonyítékok beszerzésére vonatkozóan, a korábbi eljárásban ügyfélként nem szereplő vállalkozások a versenyhatóság által egyoldalúan kiragadott iratokat nem tudják kontrollálni, észrevételezni, más forrással összehasonlítani. A mindkét eljárásban szereplő ügyfelek esetében azok elvesztik a védekezéshez való joguk egy részét, mivel a második eljárásban védelmi stratégiájukat már nem autonóm módon – az adott eljárás szempontjából legkedvezőbb módon – tudják kialakítani (pl. az első eljárásban az adott irattal kapcsolatos nyilatkozat kihatással lehet a második eljárásra is).¹³³

A Versenytanács a fenti kérdést a hivatalos tudomásszerzés oldaláról közelítette meg. A későbbiekben a jogorvoslati fórumként eljáró bíróságok is megerősítették azt az álláspontot, mely szerint a felhasznált irat a jogszabályi előírásoknak megfelelően engedélyezett hajnali rajtaütés keretében, jogszerűen került a GVH birtokába, így arról a GVH hivatalosan tudomást szerzett. Nincs olyan versenyfelügyeleti eljárásra vonatkozó szabály, mely tiltaná azt, hogy egy jogszerűen végrehajtott hajnali rajtaütés során ne vehetne a GVH birtokba olyan iratokat, melyekről első látásra megállapítható, hogy valamely versenyjogi jogsértés bizonyítékául szolgálnak.¹³⁴ A célhoz kötöttség nem értelmezhető úgy, hogy a versenyhatóságnak kötelezettsége keletkezne valamely jogsértésre utaló bizonyíték figyelmen kívül hagyására. A célhoz kötöttség elvét a Tpvt. 65/A.§ nem minden eljárási, tényállást tisztázó jogosítványhoz írja elő, hanem csupán ahhoz, hogy a GVH vizsgálói az eljárás alá vont helyiségeibe önhatalmúlag belépjenek és ott kutassanak. A célhoz kötöttség csupán e két hatósági cselekményre vonatkozatható.

¹³¹ Vj-27/2003/16, 94.

¹³² Vj-27/2003/16, 95.

¹³³ Vj-27/2003/16, 99.

¹³⁴ Lásd még Vj-56/2004, 129.

Ami a *fishing expedition* tilalmára vonatkozó gondolatmenetet illeti, a Versenytanács álláspontja szerint az csak abban az esetben merülhetne fel, amennyiben konkrét jogsértés valószínűsítése, illetve előzetes bírói engedély nélkül kerülne sor a hajnali rajtaütésre. A kérdéses esetben a vizsgálók olyan dokumentumokat vettek birtokba a hajnali rajtaütés helyszínén, mely dokumentumok egy korábbi eljárásban érintett vállalkozásokra tartalmaztak információkat. Nem arról volt tehát szó, hogy a GVH vizsgálói önkényesen mindenféle, adott ügy tárgyához nem tartozó iratot foglaltak volna le.¹³⁵

A Legfelsőbb Bíróság felülvizsgálati eljárásában a Versenytanács álláspontját támogatta. A bíróság hangsúlyozta, hogy mind az Áe., mind a Pp. főszabályként a szabad bizonyítási rendszer talaján áll, amely azt jelenti, hogy a közigazgatási hatóság és a közigazgatási per bírósága is felhasználhat minden olyan bizonyítékot, amely a tényállás tisztázására, felderítésére alkalmas. Az Áe. 26.§ (2) bekezdése azt is rögzítette, hogy a közigazgatási szerv által hivatalosan ismert és a köztudomású tényeket nem kell bizonyítani. Az előzőekből következően semmiféle eljárási jogszabályi akadálya nem volt annak, hogy a GVH egy korábbi eljárásban jogszerűen beszerzett bizonyítékokat további, ugyanazokat az eljárás alá vont vállalkozásokat érintő eljárásokban is felhasználja.¹³⁶

A fenti bírósági álláspontot ki kell egészíteni azzal, hogy a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló, jelenleg hatályos 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) 50.§ (3) bekezdése szó szerint átvette az Áe. korábbi szabályát és a szabad bizonyításra, továbbá a bizonyítékok szabad mérlegelésére vonatkozó rendelkezéseit is. Ezért a fentiekben kifejtettek a vállalkozások számára továbbra is irányadóak.

Az eljárás megindítását megelőzően fellelt bizonyíték kérdése

Az eljárás alá vont vállalkozás a tisztességes eljárás követelményére hivatkozva előadta, hogy annak biztosítása szempontjából kulcsfontosságú, hogy a bizonyítékok beszerzését ténylegesen megelőzze a versenyfelügyeleti eljárás megindítása, hiszen a Tpv. rendszerében a versenyhatóságnak csak akkor van hatásköre bizonyítékokat gyűjteni meghatározott, konkrét eljárás alá vontakkal szemben, ha ellenük az adott ügyben már versenyfelügyeleti eljárás indult. Az ügyfélstátusz ugyanis számos eljárási lehetőséget biztosít (iratbetekintés, vizsgálati kifogás lehetősége, nyilatkozattétel, nyilatkozattétel megtagadásának lehetősége stb.) az eljárás alá vontaknak, ezek azonban nem működnek a bizonyíték eljárás megindítását megelőző beszerzése esetében.

Az uniós versenyjog eljárási szabályai és a kapcsolódó bírósági joggyakorlat az eljárás alá vont vállalkozás álláspontja szerint tovább erősítik a fenti gondolatmenetet. A 2004. május 1-jétől hatályos Végrehajtási Rendelet 28. Cikkének (1) bekezdése szerint „(...) a versenyjogi eljárási szabályok alkalmazásakor gyűjtött információkat csak arra a célra lehet felhasználni, amelyre beszerezték azokat.” A vonatkozó bírósági esetjogból kiemelte azokat az ügyeket, amelyek a bizonyítékok célhoz kötött felhasználását illetve az egyik ügyben megszerzett információ vagy bizonyíték másik ügyben való közvetlen felhasználásának tilalmát mondták ki.

¹³⁵ Vj-27/2003/16, 286-288.

¹³⁶ Kfv.IV.39.399/2007/28.szám.

A Versenytanács ezt az érvelést a fentiekhez hasonlóan elutasította. A védekezéshez való jog nem sérül azáltal, hogy az eljárás megindítása előtt kerül a GVH vizsgálóinak birtokába valamely bizonyíték, melyet az a későbbi eljárásban felhasznál. Az ügyfelet megillető jogosítványok minden eljárásban megilletik az ügyfeleket, függetlenül attól, hogy a jogsértés megállapítására alkalmas bizonyíték beszerzésére mikor, milyen forrásból került sor. A bizonyíték észrevételezésével kapcsolatos aggály nem alapos, az eljárás alá vontaknak van lehetősége a beszerzett bizonyíték észrevételezésére.

Az Európai Bizottság joggyakorlata és a rá vonatkozó szabályozás analógiaként nem használható fel a célhoz kötöttség értelmezése kapcsán. E körben a Versenytanács rámutatott arra a körülményre, hogy a GVH eljárására abban az időben háttérjogszabályként alkalmazandó államigazgatási eljárásról szóló 1957. évi IV. törvény (Áe.) eltérően szabályozta a hivatalos tudomásszerzés kérdését a kérdéses közösségi jogszabályokétól. Ráadásul az Európai Bíróság *Dow Benelux* ügyben kifejtett álláspontjából nem vonható le az a következtetés, hogy az Európai Bizottság akadályoztatva lenne egy eljárás megindításában olyan információ alapján, mely egy másik eljárás keretében végrehajtott hajnali rajtaütés kapcsán jutott a tudomásra.¹³⁷

5. Érdemi védekezési stratégiák

Az eljárásjogi jellegű védekezési irányok mellett az eljárás alá vont vállalkozások érdemi, anyagi jogi jogszabályok értelmezésével együtt járó alapokra is hivatkoztak számos esetben. Ezeket a hivatkozási jogalapokat tekintjük át az alábbiakban.

A kartell-tagság jogutódlása, a versenyjogi felelősség megoszlása üzletág átruházás esetén

Védekezési érvként szolgálhat egy vállalkozás számára, hogy a versenyhatóság által vizsgált időszakban vagy egy közbeszerzési eljárásra vonatkozóan nem hozható összefüggésbe a kartell tagjaival. A Gazdasági Versenyhivatal a GIS kartell magyarországi piaci hatásainak tanulmányozása során került szembe azzal a kérdéssel, hogy egy átadott vállalkozásrész magatartásáért mely vállalkozásokat és milyen időponttól terheli versenyjogi felelősség a kartellben való részvételre vonatkozóan.¹³⁸

A kartellben részt vevő vállalkozás a kartell-tevékenység által érintett üzletágát eladta egy másik vállalkozásnak még azt megelőzően, hogy a kartell megszűnt volna. Az üzletág tevékenységéért való felelősség ebben az esetben megoszlik a két vállalkozás között. A Versenytanács az Európai Bíróság joggyakorlatát követve arra az álláspontra helyezkedett, hogy a jogutódra abban az esetben száll át az átvett vállalkozás irányításszerzést megelőzően

¹³⁷ Vj-27/2003/16, 306.

¹³⁸ A GIS-kartell magyarországi hatásai közbeszerzési eljárásokat is érintettek. A gázszigetelésű elektromos kapcsoló-berendezések (GIS) piacát érintő világméretű kartellben japán és európai vállalkozások vettek részt, Európa területére külön piacfelosztó megállapodást hoztak létre.

kifejtett magatartásért való versenyjogi felelősség, ha az irányításszerzéssel együtt az átvett vállalkozást korábban irányító jogi személyiség is megszűnik.¹³⁹

Ilyen helyzetre akkor kerülhet sor, ha az átvett vállalkozás nem volt része egy nála nagyobb vállalkozáscsoportnak, vagy ha a vállalkozás-csoport teljes egészében átkerül az irányítást megszerző vállalkozáshoz.

A Versenytanács kifejtette azt is, hogy az üzletággal kapcsolatos tényleges irányítási lehetőség (beleértve az átvett üzletág mindenre kiterjedő átvizsgálását is) az irányítást megszerző vállalkozás-csoport számára korlátozott maradt egészen az adásvételi szerződés teljesülésének zárónapjáig. Éppen ezért az irányításszerző vállalkozás versenyjogi felelősségét az adásvételi szerződés teljesülésének és nem aláírásának napjához kötötte a versenyhatóság.¹⁴⁰ Az irányítást megszerző vállalkozás versenyjogi felelőssége tehát időben korlátozott maradt, az adásvételi szerződés teljesülését megelőző időszakra az eladó versenyjogi felelősségét kellett megállapítani az üzletág döntéseiért, kartellben való részvételéért.

A vasútépítési tevékenységre vonatkozó, rekordösszegű versenyjogi bírságot eredményező ügyben szintén védekezési érvként szolgált az egyik európai építőipari konszern számára, hogy a jogsértés időszakában az eljárás alá vont vállalkozás még egy korábbi vállalkozás tulajdonában volt. A vállalkozás ezzel kapcsolatosan utalt egy holland városi bíróság által hozott ítéletre, amely a holland versenyhatóság határozatát változtatta meg. Az ítélet kimondta, hogy nem bizonyított a vállalkozás felelőssége akkor, ha a vállalkozás kartellben való részvétele egy engedékenységi kérelemben foglalt nyilatkozaton alapul, ugyanakkor a vállalkozás a jogsértés elkövetésének időszakában még nem volt a jelenlegi tulajdonos irányítása alatt és a vásárláskor az adásvételi szerződésben az eladó tett egy szavatossági kijelentést, mely szerint a cég nem követett el – többek között – versenyjogban ütköző magatartást.¹⁴¹ A Versenytanács az eljárás alá vont vállalkozás álláspontját nem osztotta, ebben a körben rámutatott arra, hogy a vállalkozás felelőssége akkor is megállapítható, ha a jogsértés elkövetését követően vált tulajdonossá. Az eladó által tett szavatossági kijelentés pedig nem alkalmas arra, hogy valamely magatartás „meg nem történtét” egy közigazgatási eljárás során igazolja.¹⁴²

Az egységes/folyamatos jogsértés megállapításának feltételei és az elévülés kérdésköre

A Tptv. 67.§ (4) bekezdésének hatályos szabályozása szempontjából is érdeklődésre tarthat számot egy olyan félig anyagi jogi, félig eljárásjogi kifogás, amely vitatta a különböző közbeszerzési eljárásokban tanúsított versenykorlátozó magatartás egységes/folyamatos jellegét és azokat elkülönítve egyes közbeszerzési eljárásokban tanúsított magatartásokkal kapcsolatban elévülésre hivatkozott. A védekezési stratégia jobb megértéséhez először

¹³⁹ Vj-102/2004, 251-252.

¹⁴⁰ Az adásvételi szerződés szerint az aláírás dátumától a záró dátumig bizonyos, az üzletág tevékenységére vonatkozó döntések az eladó részéről nem voltak megtehetőek a vevő előzetes írásos hozzájárulása nélkül. Ilyen döntés volt a közbeszerzési árajánlatok felülvizsgálásának a joga is.

¹⁴¹ Vj-174/2007/332. 178.

¹⁴² Vj-174/2007/332. 278.

utalni kell a jelenleg hatályos és a korábbi, 2008. szeptember 1-jét megelőző szabályozási keretekre.

A versenykorlátozó megállapodások és az erőfölénnyel való visszaélés eseteiben az elévülési idő a hatályos rendelkezések szerint öt év.¹⁴³ Az elévülési határidő kezdő időpontjának meghatározása folyamatos jogsértő magatartás (pl. különböző közbeszerzési eljárásokra vonatkozó versenykorlátozó egyeztetés) esetében a magatartás *abbahagyásának* az időpontja.

Az eljárás alá vont vállalkozások számára az egységes/folyamatos jogsértés esetén az elévülési idő kezdő időpontja az a nap, amelyen az egységes/folyamatos versenykorlátozó magatartásokból álló összetett jogsértés utolsó, bizonyítható versenyellenes cselekménye megtörtént.

Az eljárás alá vont vállalkozás a kérdéses ügyben azt próbálta bizonyítani, hogy az egy ajánlatkérő által több éven keresztül kiírt különböző tenderekben való magatartásával kapcsolatban nem állapítható meg az egységes/folyamatos jogsértés. A védekezés azt célozta, hogy az elévülés megállapítható legyen a korábbi tenderek kapcsán, míg a későbbi tenderekben tanúsított versenykorlátozó megállapodásokat a korábbiaktól leválasztva, önállóan bírálja el a Versenytanács. Az eljárás alá vont vállalkozás álláspontja szerint a GVH-nak három feltételt kellene bizonyítania ahhoz, hogy az adott vállalkozás részvételét megalapozottan állíthassa egy folyamatos/egységes jogsértésben:

- folyamatos (viszonylag hosszú) magatartássorozat, amely
- azonos versenykorlátozó célú átfogó tervbe illeszkedik úgy, hogy
- az adott vállalkozás tudta vagy tudnia kellett volna, hogy a magatartás amelyben részt vett a versenykorlátozó célú átfogó terv részét képezi (szubjektív elem).

A Versenytanács ezzel a védekezéssel szemben hangsúlyozta, hogy az értékelés során az önmagukban is versenyjog sértő magatartásokat összességükben és összefüggéseikben kell értékelni. A Tpv. 11.§-ban foglalt versenyjogi tilalom nemcsak egyetlen egy magatartással, aktussal, hanem egymással tartalmilag és időben összefüggő magatartásokkal, aktusokkal, ezek sorozatával is megvalósulhat.

A komplex jogsértést az egységes cél (piacfelosztás, meghatározott piaci részesedés elérése, versenytársak kizárása stb.) jellemzi, az versenykorlátozó megállapodás és/vagy összehangolt magatartás formáját is öltheti.¹⁴⁴ Ebben a tekintetben a Versenytanács és az eljárás alá vont vállalkozás álláspontja megegyezett a fentiek szerint.

Ami azonban az átfogó tervet illeti, a Versenytanács szerint nem hagyható figyelmen kívül a vizsgált piac speciális jellege. Egyik különlegessége a piacnak, hogy a kereslet alakulása hosszabb távon nem látható előre. Ez azt jelenti, hogy nem látható előre a majdani megrendelő személye, a munka nagysága, jellege és a jelentkező igények száma sem. A hivatkozott okok miatt nem reális az, hogy a felek olyan évekre szóló megállapodást kötnek,

¹⁴³ 2005. október 31-ét megelőzően az elévülési idő egységesen, azaz valamennyi Tpv.-be ütköző magatartás esetében három év volt, azt követően egységesen öt évre módosították a határidőt. A jelenleg hatályos szabályozás különbséget tesz az elévülési idő tekintetében a Tpv. III. fejezetét, továbbá a IV-VI. fejezeteit érintő versenyjogot sértő magatartások között.

¹⁴⁴ Vj-130/2006/239, 376.

mint amelyeket egyébként a közösségi joggyakorlatban az egységes jogsértésre például szolgáló esetekben lehetett látni.¹⁴⁵ Ennek ellenére az átfogó terv létezését a Versenytanács bizonyítottan látta, hozzátéve, hogy a pályázatos piacokon a piacfelosztás sajátos elvek szerint működik, mivel nem lehetséges valamennyi kartell-tag munkához juttatása minden egyes meghirdetett projektben. A jogsértés céljának egységessége szükségszerűen áll fenn az egyes projektek között, mivel minden új projekt felosztása a korábbi nyerésekre és veszteségekre tekintettel valósul meg.¹⁴⁶

A szubjektív elem fennállásával kapcsolatosan annyit érdemes megjegyezni, hogy az eljárás alá vont vállalkozás aktív magatartást tanúsított a kartell során, amely megalapozza a tudomásszerzését a jogsértésekről. Az egységes jogsértő magatartásban való részvételhez azonban önmagában elegendő lett volna a passzív magatartás is.¹⁴⁷

A találkozók célja: konzorciumi szerepvállalás, alvállalkozói bevonás, együttműködési szándék felderítése, kompetenciák feltérképezése

A közbeszerzéses kartellezés miatt eljárás alá vont vállalkozások több esetben azzal védekeztek, hogy megbeszéléseik célja csupán a konzorciumi megállapodások előkészítése volt, továbbá hogy szükséges volt a kapacitások előzetes felmérése érdekében a szükséges alvállalkozói bevonást előkészíteni.¹⁴⁸ Ha a Versenytanács rendelkezésére áll a nyertes előre történő kiválasztására vonatkozó írásos bizonyíték, vagy további – a fenti célokon túlmutató – megállapodás-részletek is (pl. a közbeszerzési eljáráson való indulásra vonatkozó szándéknyilatkozatok, érvénytelen ajánlat beadása, ajánlati sorrend, ki mivel lenne elégedett stb.), akkor a munkapartner keresése és a kapacitások egyeztetése olyan eszközcsелеkmény, amely a közbeszerzési eljárás eredményének befolyásolására irányul és ezért önmagában is versenyjog ellenes.¹⁴⁹

A találkozók céljával kapcsolatos másik védekezés szerint azok kizárólag az együttműködési szándék felderítésére irányultak. Az informatikai tendereket érintő piacon a vállalkozás álláspontja szerint szokásos eljárásnak tekinthető, hogy a vállalkozások egymás számára blanketta-szövegeket tartalmazó ajánlatokat küldenek és a tárgyalások folytatására csak akkor kerül sor, ha a címzett az ilyen megkeresésre pozitívan reagál. Ezeknek a kapcsolatfelvételeknek a célja pusztán a kapacitáshiány megismerése, az alvállalkozói szándék szondázása, a kompetenciák felmérése volt.¹⁵⁰ A fenti körülmények fényében ez a védekezési stratégia is bukásra van ítélve.

A Versenytanács az alvállalkozói munkákra vonatkozó megbeszélésekkel kapcsolatban rámutatott arra is, hogy az ilyen megbeszélések nem igénylik több olyan vállalkozás részvételét a megbeszéléseken, amelyek a későbbiekben önállóan vagy konzorciumi tagként indulnak a pályázatokon. A Versenytanács szerint a potenciális fővállalkozók és alvállalkozók közti *megbeszélések jellemzően kétoldalúak*, azokon nem vesz részt más vállalkozás, illetve

¹⁴⁵ Pl. az Elsőfokú Bíróság 1991. október 24-én hozott T-2/89. sz. ítélete a *Petrofina SA kontra Bizottság* ügyben.

¹⁴⁶ Vj-130/2006/239, 398.

¹⁴⁷ Vj-130/2006/239, 405.

¹⁴⁸ Vj-25/2004, 175.

¹⁴⁹ Vj-25/2004, 263.

¹⁵⁰ Vj-40/2005/227.

az alvállalkozó ajánlatát *konkrét munkákra* teszi meg. Nem tekinthető valódi alvállalkozó bevonására irányuló megbeszélésnek az olyan találkozó, ahol a pályázaton ajánlatot benyújtó versenytársak jelen és jellemzően nem konkrét munkákra vonatkozik a megbeszélés, hanem az egyes vállalkozások munkákból való részesedésének mértékére.¹⁵¹ Ezt a megközelítést az egyik eljárás alá vont vállalkozás már felhasználta egy későbbi ügyben, állítva, hogy kizárólag több, egymástól független, kétoldalú *teaming* illetve alvállalkozói kapcsolat létrehozására irányuló megbeszélést folytatott.¹⁵²

A versenyjog ellenes konzorciális együttműködés másik példája, amikor három vállalkozás a közös indulásra konzorciumot hozott létre a kiírás megjelenését megelőzően, azonban három különböző pályázatot készítettek el a konzorciumi együttműködés keretében, majd az egyes pályázatokkal önállóan indultak. Az egymással ellentétes érdekű vállalkozásokról ésszerűen nem feltételezhető az önálló indulás, de azok jogszerűen nem is működhetnek együtt.

Az áregyeztetés célja a dezinformálás, megtévesztés

Az eljárás alá vont vállalkozások álláspontja szerint az árak egyeztetésére, kölcsönös információcserére vonatkozó elektronikus levelezés célja a versenytársak megtévesztése, dezinformálása volt. Az információcsere során a vállalkozások maguk is arra vonatkozó információhoz jutottak, de abból egyértelmű következtetéseket nem tudtak levonni illetve az ilyen árakra vonatkozó információcsere a kölcsönös megtévesztés jegyében született. A vállalkozások ezt a védekezési irányt még azzal is kiegészítették, hogy az információcserére olyan késői időpontban került sor, amely a felek ajánlatát érdemben már nem befolyásolhatta.¹⁵³

A Versenytanács ezeket az érveket összekapcsolta és rámutatott a védekezés ellentmondásos jellegére: a pályázatok kidolgozásáért felelős, komoly beosztású személyekről nem feltételezhető, hogy a leadás napját megelőző kései órákban fölöslegesen, irreleváns adatokat küldözgetve töltsék idejüket. Arra nézve, hogy a kései időpont eleve kizárja az érdemi egyeztetést, szükséges arra az ellentmondásra utalni, amely szerint a levelezés célja a dezinformálás lett volna. A dezinformálás is szükségszerűen arra irányul, hogy befolyásolja a másik pályázó magatartását: azaz, ha az időpont abszolút kései lett volna, úgy dezinformálásnak sem lett volna semmi értelme.¹⁵⁴

A Versenytanács rögzítette továbbá, hogy a levelezésben szereplő számok és a véglegesen beadott ajánlatokban szereplő számok között mutatkozott eltérés, de nem olyan mértékű, amely megcáfolná a megállapodás piacfelosztásban rejlő érdemét. A verseny tisztasága akkor biztosított, ha kevés számú pályázó között *egyáltalán nincsen* az ajánlati árakra vonatkozó információáramlás, kapcsolatfelvétel. A versenytársak között *bármilyen tartalmú áregyeztetés tilos*, akár a végén ténylegesen beadott, akár valamilyen okból más összegű árakra vonatkozik is az.¹⁵⁵

¹⁵¹ Vj-56/2004, 138.

¹⁵² Vj-21/2005/117, 75.

¹⁵³ Vj-21/2005/117., 70.

¹⁵⁴ Vj-21/2005/117., 105.

¹⁵⁵ Vj-21/2005/117., 109.

Együttműködési megállapodás önálló ajánlattevők között

Az informatikai iparágra jellemző elsősorban, hogy a versenytárs gyártók termékeihez szükséges szakmai kompetencia biztosítására a felek együttműködési megállapodást kötnek. Ezekre az együttműködési megállapodásokra a vállalkozások álláspontja szerint azért van szükség, hogy a műszaki tartalomra leginkább alkalmas vállalkozás valósíthassa meg az összetett feladat egyes részeit. Az együttműködési megállapodásokat úgy kötik meg a vállalkozások, hogy fővállalkozói ajánlataikat üzleti titokként kezelik.

A verseny intenzitásának elméletileg kedvezhetnek az ilyen megállapodások, mivel nemcsak a közbeszerzés tárgyával érintett alapszoftvert fejlesztő vállalkozás, hanem versenytársai is indulhatnak a tendereken (pl. egy szoftver továbbfejlesztésével, frissítésével, bővítésével kapcsolatos közbeszerzési eljárásban). A Versenytanács ugyanakkor az együttműködési megállapodások értékelése kapcsán valamennyi rendelkezést és körülményt összhatásában vizsgál meg.¹⁵⁶ Az ilyen együttműködési megállapodások értékelése heterogén, a versenykorlátozó jelleg megállapítása nagymértékben függ a kapcsolódó kikötések hatásaitól.

A Versenytanács szerint a fővállalkozók között, az ajánlattételi szakaszban megkötött kölcsönös alvállalkozói megállapodás akkor is alkalmas lehet a felekre nehezedő versenynyomás csökkentésére, ha a fővállalkozói ajánlataikat egymással nem egyeztetve alakították ki. A felek ezzel a megállapodással csökkenthetik a versenyztetéssel járó kockázatot, mert alvállalkozóként mindenképpen részesedést szerezhetnek a munkából, egymást kompenzálva azért, hogy elvesztették a tendert.¹⁵⁷

Elegendő a versenykorlátozó hatás megállapításához, ha a felek egymást kölcsönösen 10%-ot meghaladó mértékben vonják be a projekt megvalósításába. A Versenytanács szerint a 10%-ot meghaladó mértékű alvállalkozói közreműködés lehetősége önmagában is elegendő ahhoz, hogy a vesztes esetére megfelelő kompenzációt biztosítson, ezért – egyéb előnyök hiányában is – lényegesen csökkenti a felek érdekeltségét abban, hogy a pályázat megnyerésére törekedjenek.¹⁵⁸

Egy másik, alvállalkozóként való kölcsönös bevonást biztosító megállapodás kapcsán a Versenytanács úgy érvelt, hogy a 10%-ot meg nem haladó mértékben történő bevonás nem elegendő önmagában ahhoz, hogy a vesztes esetére megfelelő kompenzációt biztosítson, ezért – egyéb előnyök hiányában – nem csökkenti lényegesen a felek érdekeltségét abban, hogy a pályázat megnyerésére törekedjenek. A megállapodás szintén nem tartalmazott olyan rendelkezéseket, amelyek a felek egymástól független fővállalkozói ajánlatának korlátozására, illetve ezzel kapcsolatban a felek közti előzetes egyeztetésre vonatkozó kikötésre vonatkozott. (Nota bene: az akkori közbeszerzési szabályok még lehetővé tették önálló ajánlat benyújtását akkor is, ha más ajánlatban 10%-ot meghaladó mértékben alvállalkozóként jelent meg a vállalkozás. A Kbt. 70.§ (4) bekezdésének jelenleg hatályos szabályozása szerint az önálló ajánlatot tevő vállalkozás más vállalkozás *10%-ot meghaladó mértékben bevonn*i kívánt alvállalkozójaként, erőforrást nyújtó szervezeteként nem jelenhet meg.)

¹⁵⁶ Ezt a megközelítést erősítette meg a Fővárosi Ítéltábla is, többek között a 2.Kf.27.150/2008/7. számú ítéletében.

¹⁵⁷ Vj-40/2005/227., 230.

¹⁵⁸ Vj-40/2005/227., 239.

Egy autópályák kivitelezését érintő ügyben a Versenytanács kapacitáshiányra alapozott, kölcsönös előzetes alvállalkozói bevonásra irányuló megállapodást vizsgált. A következő indokok miatt azonban nem fogadta el a vállalkozások védekezését: a szükséges kapacitások a vállalkozás rendelkezésére álltak a versenytársa bevonása nélkül is, továbbá a bevonásra vonatkozó előzetes megállapodás olyan viszonyrendszert hozott létre, amely csak az adott vállalkozás által megnyert tenderekre vonta be a versenytársat alvállalkozóként. Ebből a versenytárs kompenzációjának szándékára lehetett következtetni, mivel a gazdaságilag ésszerűen elvárható magatartás az lett volna a vállalkozások részéről, ha az összes projektet érintően feltételes bevonásra vállalnak kötelezettséget. Az alvállalkozói bevonásra vonatkozó egyeztetés célja így nem lehetett más, csak a tenderek elosztása az érintett vállalkozások között.¹⁵⁹

A versenykorlátozó hatás megállapításakor döntő tényező az egyéb kompenzáció mértéke, például amennyiben a vesztes ajánlatot adó vagy a tenderen el sem induló vállalkozás olyan alvállalkozói szerződést köthetett a nyertes ajánlattevővel, amelyben a szerződésszegésért való kártérítés mértéke megegyezett a teljes alvállalkozói szerződésben foglalt vállalkozói díj mértékével. Az alvállalkozóként érintett vállalkozás ilyenkor abban a kényelmes helyzetben van, hogy akár elvégzi a munkát, akár nem, mindenképpen ugyanolyan összeghez jut hozzá. Az ilyen szerződés csak abban az esetben életszerű, ha a nyertes ajánlattevő arra számít, hogy az alvállalkozóként bevonni kívánt vállalkozás nem indul önálló ajánlattal a tenderen és a szerződésszegésért való kártérítés címén kifizetésre kerülő összeg a vesztes ajánlat fájdalomdíja.¹⁶⁰

Szintén lényeges körülménynek bizonyult egy másik eljárás kapcsán az a tény, hogy az önálló ajánlattevőként és egy másik önálló ajánlattevő alvállalkozójaként is induló vállalkozás a saját tanácsadási tevékenységéért alacsonyabb napidíjjal adott alvállalkozói ajánlatot a saját fővállalkozói ajánlatában szereplő díjnál. Ez a körülmény a támogató (vesztő) ajánlat beadását valószínűsítette a vállalkozás részéről, amelytől ésszerűen nem lehetett a fenti árpolitikát elvárni.¹⁶¹

Egy másik ún. teaming-típusú együttműködési megállapodás vizsgálata során a Versenytanács ismét a körülmények és kísérő cselekmények megállapodással való együtthatását hangsúlyozta.¹⁶² Vizsgálta az együttműködési megállapodás nélkülözhetetlenségét az ajánlattétellel (szoftverfejlesztés) kapcsolatban, megállapítva, hogy a megállapodás legfeljebb csak célszerű volt a résztvevő vállalkozások számára, de nem volt szükségzerű az ajánlattételhez. Szintén nem fogadta el a Versenytanács a vállalkozások szakosítási megállapodásra illetve K+F megállapodásra vonatkozó, csoportmentességet célzó érvelését. Az együttműködési megállapodás kísérő cselekményei (a megállapodáson kívüli jelentősebb versenytársakkal való tárgyalások, pályázati kiírások aktív befolyásolása, párhuzamos indulás tendereken), továbbá külső körülményei (a megállapodás titkos jellege, szűk körben való ismertsége a résztvevő cégeken belül, nem állt elő új termék stb.) alapján az együttműködés célja inkább volt a biztos piacszerzés, a közös fejlesztés pusztán járulékos

¹⁵⁹ Vj-27/2003/16, 67., 246.

¹⁶⁰ Vj-40/2005/227., 183.

¹⁶¹ Vj-97/2006/5., 59. c).

¹⁶² Vj-162/2004., 408.

jellegű lehetett.¹⁶³ Megjegyzi a Versenytanács, hogy a csoportmentesség alá tartozás szempontjából azért nem kellett pontosan meghatározni az együttműködéssel járó fejlesztés léptékét, mivel a versenykorlátozó kísérő cselekmények önmagukban megalapozták a versenyjogsértés megállapítását.

Az együttműködési szerződés létrejöttének időpontja, formája

Az eljárás alá vont vállalkozások a települési önkormányzat által építési munkákra kiírt tenderrel kapcsolatos védekezésükben arra hivatkoztak, hogy közjegyzői okiratba foglalt együttműködési megállapodásukat a pályázat lezárását követően kötötték meg. A Versenytanács ezzel kapcsolatban megállapította, hogy a vállalkozások védekezése nem életszerű, mivel az együttműködési megállapodás számos rendelkezése úgy lett megszövegezve, hogy bizonytalan volt a kivitelezésre vonatkozó vállalkozási szerződést kötő fél személye. Szintén cáfolta a védekezést a titkolt információcserére vonatkozó rendelkezés az ajánlattételi időszakra vonatkozóan. A Versenytanács arra is felhívta a figyelmet, hogy az események láncolata alapján elképzelhető, hogy az együttműködési szerződés aláírására olyan későbbi időpontban kerül sor, amikor a tender már lezárult. Ebből azonban *legfeljebb* az következne, hogy a szerződés *később lett aláírva*, mint amikor a versenyjogi értelemben vett megállapodás létrejött.¹⁶⁴ A Versenytanács a tényállás értékelése során nem pusztán a szerződés aláírásának dátumára volt tekintettel, a vállalkozások egyéb cselekményeit is figyelembe vette. Ezeknek a cselekményeknek a tükrében pedig a pályázati eredmény befolyásolására irányuló akarategységet már a tender lezárulását megelőzően is meg lehetett állapítani. Az akarategység létrejötté a versenyjogi értelemben vett versenykorlátozó megállapodást létrehozza, annak megállapításához nincs szükség további bizonyítékokra.

Egy másik ügyben a vállalkozások azzal érveltek, hogy az együttműködési megállapodás – amelyből a Versenytanács a versenykorlátozást levezette – nem került aláírásra. A Versenytanács ezzel kapcsolatban megállapította, hogy versenyjogi szempontból nem akkor jön létre egy a Tpv. 11.§-ába ütköző megállapodás, ha azt a szerződő felek aláírják, hanem akkor, amikor a megállapodásban rögzítettekre vonatkozóan a felek közötti akarategyzség megállapítható.¹⁶⁵

A találkozókön való részvétel és képviselet

A Versenytanács gyakorlata szerint a megbeszéléseken való részvétel döntő jelentőségű a versenyjogsértésért való felelősség megállapítása során. Ha a vállalkozás részt vesz olyan találkozón, amelynek célja a nyertes kiválasztása, az ajánlati sorrend meghatározása vagy az alvállalkozói bevonás ellentételezéseként, akkor a versenyjogsértésért minden valószínűség szerint felelőssége megállapítható.¹⁶⁶ A megbeszéléseken résztvevő személyek munkahelyi beosztása, a részvétel hivatkozott személyes indoka közömbös. Azt kell vizsgálni, hogy a résztvevők egymást a vállalkozások nevében nyilatkozni jogosult személynek fogadták-e el. Versenyjogi szempontból az is közömbös, hogy a versenytárs vállalkozások közötti

¹⁶³ Vj-162/2004., 408.

¹⁶⁴ Vj-74/2004., 86.

¹⁶⁵ Vj-21/2005/117., 82.

¹⁶⁶ Vj-25/2004, 263.

tárgyalásokat (és az esetleges megállapodást) maguk a versenytársak, vagy pedig egy harmadik személy kezdeményezte.¹⁶⁷

A részvétel során tanúsított magatartásnak csak akkor van jelentősége a felelősség szempontjából, ha a vállalkozás képviselői kifejezetten és hivatalosan elhatárolódnak a találkozó céljától és a további megbeszélésektől. Ha egy vállalkozás képviselője csak részt vesz a megbeszélésen és saját cégére nézve nem tesz nyilatkozatot, akkor ezt úgy kell tekinteni, mintha ráutaló magatartásával jóváhagyta volna a találkozón történeteket és azzal összhangban fog a jövőben eljárni.¹⁶⁸

Az elektronikus levelek elküldése és megérkezése

Az eljárás alá vont vállalkozások részéről meghallgatott vezető tisztségviselők több esetben védekeztek azzal, hogy

- nem tudtak a versenyjogsértést magában foglaló e-mail saját gépükről való kiküldéséről;
- valaki más férhetett hozzá a géphez és így került kiküldésre az e-mail illetve
- a hivatkozott tartalmú e-mailre egyáltalán nem emlékszik;
- a kérdéses e-mailt a címzett nem kapta meg stb.

A Versenytanács a fentiek szerint előadott védekezéssel kapcsolatosan megjegyezte, hogy az egyfelől életszerűtlen, másfelől a versenyjogi felelősség alól az sem mentesíti az adott vállalkozást, ha egy munkavállaló egy másik munkavállaló számítógépéről küldi el az adott e-mailt.¹⁶⁹ Az ellenkező bizonyításáig okszerűen lehet arra következtetni, hogy valakinek az e-mail címéről más nem küld e-maileket, különösen nem a küldő aláírásával, a küldő munkakörébe eső információkkal, és végül különösen nem éveken keresztül. Az eljárás alá vont vállalkozásnak semmilyen ésszerű érvet és bizonyítékot nem sikerült bemutatnia arra vonatkozóan, hogy ki, milyen indokból, és hogyan küldhetett egy munkatársa e-mail címéről üzeneteket, és ez miért nem tűnt fel senkinek (a név szerinti küldőnek, címzettnek). Azzal kapcsolatban szintén nem volt megalapozott az eljárás alá vont vállalkozások védekezése, hogy a címzettek a kérdéses e-maileket nem kapták meg illetve nem olvasták el ezeket. A vállalkozások magatartása azt támasztotta alá, hogy az e-mailekben szereplő információk birtokában alakították ki piaci magatartásukat a címzettek, az e-mail váltást követő események cáfolják a fenti állításokat.¹⁷⁰

A versenykorlátozó megállapodás ésszerűtlensége

Az érintett vállalkozások több, azonos időszakban kiírása kerülő informatikai tender megvalósításában voltak érdekeltek. A tényállás szerint olyan piacfelosztó versenykorlátozó megállapodást kötöttek egymással, hogy az egyik vállalkozás az egyik projektre, a másik a másik projektre ad be vesztő ajánlatot. A vállalkozások védekezésének egyik fő gondolata szerint nem jöhetett létre megállapodás a vállalkozások között azért, mert a projektek nem álltak arányban egymással. A Versenytanács álláspontja szerint a projektek értékaránya nem

¹⁶⁷ Vj-40/2005, 227., 225. és Vj-102/2004, 245.

¹⁶⁸ Vj-25/2004, 240.

¹⁶⁹ Vj-130/2006/239., 351.

¹⁷⁰ Vj-130/2006/239., 366.

döntő, mivel a megállapodás során a felek kiköthettek egyéb, a GVH számára nem ismert ellentételezéseket is.¹⁷¹

Egy másik ügyben kifejtésre került, hogy a versenykorlátozó megállapodások létrejöttének nem feltétele, hogy az abban részt vevő vállalkozások közül utóbb – bizonyíthatóan – részesüljenek a haszonból a pályázaton induló, de ott nem nyerő más vállalkozások.¹⁷² A Versenytanács az ügyben felmerült speciális tényállásra tekintettel tovább értelmezhetette a pályázati eredményben való részesülés fogalmát. A helyzet ugyanis az volt, hogy a tender győztes vállalkozás együttműködött a pályázat elkészítése során egy másik műszaki tervet készítő vállalkozással. Ennek az együttműködő partnernek a felelős műszaki vezetője egy olyan szakember volt, aki kültagként tulajdonosa volt a vesztes (támogató) ajánlatot adó másik, pályázaton induló vállalkozásnak. A Versenytanács szerint a pályázati eredményben való részesülés az esetben is megállapítható, ha formálisan ugyan nem a pályázatban induló vállalkozás részesül a pályázat eredményéből, hanem a tulajdonosi kör szempontjából azonos érdekeltséggel bíró vállalkozás.¹⁷³

Párhuzamos magatartás

Az eljárás alá vont vállalkozások számára adott a lehetőség, hogy összehangolt magatartás valószínűsítése esetén párhuzamos magatartásukra hivatkozzanak mentesítő körülményként. A Versenytanács álláspontja szerint az összehangolt magatartástól el lehet választani a párhuzamos magatartást. A párhuzamos magatartás nem tiltott a Tpv. által, ilyenkor a piac résztvevői spontán azonos, vagy nagymértékben hasonló magatartást tanúsítanak, amelynek racionális oka van, például a nyersanyag piaci árának megváltozása vagy valuta leértékelődése.¹⁷⁴

Az azonos magatartás akkor bizonyítható a kartellnak, ha a párhuzamos magatartásra egyetlen ésszerű magyarázatként a magatartás összehangolása szolgál, arra más elfogadható magyarázat nincs. Akkor bizonyított az összehangolt magatartás, ha összehangolás hiányában az adott magatartás racionális ok nélküli, a piac logikája által nem alátámasztott és életszerűtlen a létrejött állapot. Ha a vállalkozások közötti kapcsolatfelvétel célja vagy hatása a magatartás összehangolása, akkor ez kizárja a vállalkozások által követett magatartások autonóm, egymástól függetlenül tanúsított, spontán, párhuzamos jellegének a megállapítását.¹⁷⁵

A versenykorlátozó megállapodás csekély jelentőségű

A bagatell kartellre hivatkozás közbeszerzési ügyeket érintő versenykorlátozó megállapodások esetén nem járható út a vállalkozások számára, mivel a Tpv. 13. § (1) szerint

„Nem esik a tilalom alá a megállapodás, ha csekély jelentőségű.

¹⁷¹ Vj-40/2005/227., 204.

¹⁷² Vj-66/2006/35., 35.

¹⁷³ Vj-66/2006/35., 35.

¹⁷⁴ Vj-130/2006/239., 372.

¹⁷⁵ Vj-130/2006/239., 372. ill. Főv. Ítéltábla 2.Kf.27.713/2006/6. számú ítélete.

(2) Csekély jelentőségű a megállapodás, ha a megállapodást kötő feleknek és az azoktól nem független vállalkozásoknak az együttes részesedése az érintett piacon a tíz százalékot nem haladja meg, kivéve, ha az

a) a vételi vagy az eladási árak versenytársak közötti közvetlen vagy közvetett meghatározására, vagy

b) a piac versenytársak által történő felosztására vonatkozik.”

A Versenytanács rámutatott arra, hogy a közbeszerzési eljárásban az eljárás alá vontak magatartása az árak meghatározására, illetve a piac felosztására vonatkozott, így a csekély jelentőségű megállapodásra (összehangolt magatartásra) vonatkozó rendelkezések alkalmazhatósága nem merült fel.¹⁷⁶

A *de minimis* szabállyal kapcsolatban utalni kell még arra is, hogy az eljárás alá vont vállalkozások a 10%-os piaci részesedési korláttal kapcsolatban hivatkoztak arra, hogy az érintett piac túlzottan szűken került meghatározásra.¹⁷⁷ A Versenytanács gyakorlata alapján a versenyeztetési eljárás esetében a kínálati oldal a pályázat jellegéből adódóan egyértelműen azonosítható, hiszen a jelentkezőkön kívüli vállalkozás – mégha általában hasonló szolgáltatást nyújt is – nem tud ajánlatot adni éppen amiatt, hogy nem került meghívásra a tenderbe. Az ajánlatkérő (vevő) sem tud mástól érdemben árut vagy szolgáltatást elfogadni, ezért a versenyeztetési eljárásban indulóknak nem kell ajánlatuk tartalmának kialakításakor más, érdeklődését korábban nem jelző vállalkozástól tartaniuk.¹⁷⁸ A szűk – azaz egyetlen közbeszerzési eljárást magában foglaló – piacmeghatározás a fentiek szerint indokolt és alátámasztott, de egyébként sincs jelentősége a felek piaci részesedésének a közbeszerzéses kartellek szükségszerűen piacfelosztó és áregyeztető jellege miatt.

A versenykorlátozó megállapodás egyedi mentesítése

Ami a közbeszerzési kartelleket érintő egyedi mentesítésére vonatkozó védekezési stratégiát illeti, a *Matra Hachette vs. Commission* ügyben az Elsőfokú Bíróság arra az álláspontra jutott, hogy jogszabálynál fogva nincs olyan típusú versenykorlátozó megállapodás, amely ne felelhetne meg az EUMSZ 101. Cikk (3) bekezdésében illetve a Tpv. 17. §-ban foglalt négyes kritériumrendszernek.¹⁷⁹ Elvben nem lehet tehát kizárni, hogy a közbeszerzési kartellezés miatt felelősségre vont vállalkozás egyedi mentesítésre hivatkozzon és megkísérelje mentességét bizonyítani. Ugyanakkor meglehetősen valószínűtlen, hogy az eljárás alá vont vállalkozásoknak sikerül olyan bizonyítékokkal előállniuk az eljáró versenyhatóság eljárásában, ami akár a fogyasztók versenykorlátozó megállapodásból való méltányos részesedését támasztja alá.

6. Az engedékenységi politika közbeszerzési kartellek esetében

¹⁷⁶ Vj-21/2005/117., 98.

¹⁷⁷ Vj-21/2005/117., 81.

¹⁷⁸ Vj-21/2005/117., 99.

¹⁷⁹ Idézi Richard Wish in *Competition Law*, T-17/93. számú ügy, lásd még ehhez a 101. Cikk (3) bekezdésének alkalmazásához kiadott Bizottsági Iránymutatást.

A közbeszerzési kartellekben való részvétel a vállalkozás vezető tisztségviselője számára az elérhető előnyök és a mérhető kockázatok folyamatos összehasonlításával jár. Tekintettel a versenyhatóságok egyre szigorodó bírságpolitikájára, számos vezetőben felmerülhet az engedékenység iránti kérelem benyújtásával járó előnyök és hátrányok figyelembevétele közbeszerzési kartellezés során. A közbeszerzési kartellek esetében a mérlegelés jóval összetettebb egy egyszerű versenykorlátozó megállapodásénál, mivel külön érdekes kérdés, hogy az engedékenységi kérelem benyújtásával a vállalkozás a polgári jogi, közbeszerzési jogi illetve a vállalkozás vezető tisztségviselői a büntetőjogi jogkövetkezmények alól mentesülnek-e.

A közelmúlt legnagyobb horderejű közbeszerzési kartelles ügyében, ahol négy vállalkozásra több mint 7 milliárd forint(!) bírságot szabott ki a GVH, vasútépítési és pályafelújítási munkálatok kerültek több éven keresztül elosztásra az eljárás alá vont vállalkozások között.¹⁸⁰

A közbeszerzési kartelles ügy az engedékenységi politika hatékony működésére is jó példával szolgál: a vizsgálók az engedékenységi kérelmet benyújtó vállalkozástól perdöntő (ún. *smoking-gun evidence*) bizonyítékokhoz jutottak és a vállalkozás a bírság alóli teljes mentesülésben részesült. A következőkben az engedékenységi politika jogi szabályozását ismertetjük és kiegészítjük a vasútépítési kartellt érintő Vj-174/2007/332. számú végzésben foglalt jogalkalmazói gyakorlattal.

Az engedékenységi politika a Tpvt. 2009-es módosításáig közlemény szinten volt jelen a GVH joggyakorlatában, a közleményeket a GVH elnöke adja ki és célja a GVH jogalkalmazási gyakorlatának ismertetése, azonban nincs kötelező erejük.¹⁸¹ A 3/2003. számú közlemény 8. pontja szerint az engedékenységi politika arra épül, hogy a titkos megállapodásoknak lehetnek olyan résztvevői, akik készek lennének részvételüket megszüntetni és a kartell létezéséről, működéséről információkat szolgáltatni, ha nem tartanának a tevékenységük miatt rájuk váró szankcióktól. Az ilyen vállalkozásoknak kínál megoldást az engedékenységi politika, amelynek keretében a hatósággal való együttműködést a bírság mérséklésével vagy teljes elengedésével honorálja a versenyhatóság. A „hallgatás falának” megtöréseként jellemzett intézmény a titkos és bizalmas viszonyt szünteti meg a tagok között, érdekeltté téve valamennyi vállalkozást a kartell felszámolásában. A közlemény részletesen szabályozza a bírságösszeg elengedésének és csökkentésének, az engedékenységi kérelem benyújtásának a folyamatát. Ezek részletes ismertetésére nincs szükség, mivel a közleményt a GVH a 2009. május 31-ig benyújtott engedékenységi kérelmekre alkalmazta. (A vasútépítési kartellt érintő ügyben még a közlemény szabályai alapján került alkalmazásra az engedékenységi politika.)

A 2009. június 1-jétől benyújtott engedékenységi kérelmekre a Tpvt. jogszabályi rendelkezéseit kell alkalmazni. A Tpvt. 78/A.§-ában foglalt szabály szerint az eljáró versenytanács a bírság kiszabását mellőzi vagy a bírságot csökkenti azzal a vállalkozással szemben, amely a GVH-nak felfedi az olyan versenykorlátozó megállapodást vagy összehangolt magatartást, amely közvetlenül vagy közvetve a vételi vagy eladási árak rögzítésére, a piac felosztására – beleértve a versenytárgyalási összejátszást is, vagy termelési, eladási kvóták meghatározására irányul.

¹⁸⁰ Vj-174/2007.

¹⁸¹ Lásd a *kartellek feltárását segítő engedékenységi politika alkalmazásáról* szóló, a Gazdasági Versenyhivatal Elnökének és a GVH Versenytanácsa Elnökének 3/2003. számú közleményét egységes szerkezetben az azt módosító 1/2006. számú és 2/2009. számú közleményekkel.

A bírság mellőzésére csak azzal a vállalkozással szemben kerülhet sor, amely az engedékenységi kérelmét elsőként nyújtja be és olyan bizonyítékot szolgáltat, amely

- a GVH-nak alapot szolgáltat a hajnali rajtaütés elrendeléséhez szükséges bírói engedély beszerzéséhez, feltéve, hogy a GVH ilyen bizonyítékkal a kérelem benyújtásának időpontjában még nem rendelkezett illetve hajnali rajtaütésre még nem került sor vagy
- alkalmas a jogsértés bizonyítására, feltéve, hogy a kérelem benyújtásának időpontjában a GVH még nem rendelkezett elegendő bizonyítékkal ahhoz, hogy a jogsértést bizonyítsa és egyetlen vállalkozás sem felel meg az első esetnek.

Nincs helye a bírság mellőzésének olyan vállalkozással szemben, amely eljár annak érdekében, hogy más vállalkozást a jogsértésben való részvételre kényszerítsen. Több vállalkozás közösen nem nyújthat be engedékenységi kérelmet, továbbá egy vállalkozás több vállalkozás nevében sem járhat el az engedékenységi kérelem előterjesztése során [Tpv. 78/A.§ (7)-(8)].

A bírság csökkentésére akkor kerülhet sor, ha a bírság mellőzésének körülményei nem állnak fenn, azonban a vállalkozás olyan bizonyítékot szolgáltat a GVH-nak, amely többletértéket képvisel a GVH rendelkezésére álló bizonyítékokhoz képest. A kérelem előterjesztésére az előzetes álláspont kézbesítésének vagy az ügyfélre irányadó iratbetekintés kezdő napjáig van lehetősége a vállalkozásnak [Tpv. 78/A.§ (3)]. A bírság csökkentésének mértéke lépcsőzetesen csökken az engedékenységi kérelem benyújtásának időbeli sorrendje alapján.

További együttes feltételeknek szintén fenn kell állnia ahhoz, hogy a vállalkozással szemben az engedékenységi politika alkalmazásra kerülhessen. A vállalkozásnak az engedékenységi kérelem benyújtását követően a jogsértő magatartással azonnal fel kell hagynia, esetleges további együttműködés a jogsértésben csak a hajnali rajtaütés eredményes lefolytatásához szükséges mértékben engedhető meg. A másik feltétel szerint pedig a GVH-val jóhiszeműen, teljes mértékben és folyamatosan együtt kell működni egészen a versenyfelügyeleti eljárás befejezéséig [Tpv. 78/A.§ (6)].

Az engedékenységi politika keretében nem végleges kérelem (*marker*) benyújtására is lehetőség van, ez a kérelem ranghelyét biztosítja. A GVH diszkréciójába tartozik, hogy az ilyen típusú, bizonyítékok nélkül benyújtott, kérelmet benyújtott engedékenységi kérelemnek fogadja el vagy sem. A bizonyítékok benyújtására a nem végleges kérelem esetében határidőt kell tűzni [Tpv. 78/B.§ (1)].

Az engedékenységi kérelem elfogadásáról vagy elutasításáról a GVH végzéssel dönt. Amennyiben a kérelem elutasításra kerül, a GVH köteles a benyújtott kérelmet és a mellékelt dokumentumokat a kérelmezőnek visszaszolgáltatni [Tpv. 78/B.§ (8)].

Az engedékenységi kérelemben foglalt nyilatkozatra vonatkozó védekezési stratégia

A vasútépítési tevékenységre vonatkozó Vj-174/2007/332. számú ügyben eljárás alá vont vállalkozás védekezése abban állt, hogy a versenytanács álláspontját nem alapíthatja kizárólagosan az engedékenységi kérelemben foglalt nyilatkozatra, az a jogsértés megfelelő bizonyítékául nem szolgálhat.

A fentiekre válaszul a következő versenytanácsi álláspont alakult ki: egy engedékenységi kérelem nyilvánvalóan szolgálhat a bizonyítás alapjául – ezt ismeri el többek között a magyar joggyakorlat is a Közlemény, illetve a Tpv-t módosító 2009. évi XIV. törvény révén – lásd a hatályos Tpv. 78/A.§-át –, de a nemzetközi (többek között EU, USA) gyakorlatban is bevett szokás. Adott engedékenységi kérelem esetében is *ugyanakkor általában elvárt*, hogy nem pusztán valamely nyilatkozat legyen az alapja a bizonyításnak, szolgáljon az engedékenységet kérő az általa előadott körülményekről egyéb – a nyilatkozatán túli – bizonyítékokkal. (...)

Az eljáró versenytanács a fentiekén túl megállapította, hogy a védekezési érvelésben az eljárás alá vont vállalkozások összemosták az „egy tanú nem tanú” elvét azzal a körülménnyel, hogy adott engedékenységi kérelem kapcsán többféle bizonyíték is azonos eljárás alá vonttal összefüggésben kerülhet adott hatóság kezébe. Önmagában ez a körülmény ugyanakkor nem lehet akadálya a bizonyításnak abban az esetben, ha a szolgáltatott bizonyítékok önmagukban hitelesek és egységükben egy koherens rendszert alkotnak a bizonyítandó tény kapcsán.

Szintén nem fogadta el az eljáró versenytanács azt az érvelést, amely az engedékenységi politika motivációjaként a versenytársak piacról való kiszorítását célozta. Ebben a körben az engedékenységi kérelmet benyújtó vállalkozás álláspontja is figyelemre méltó, amely a versenyjogi jogkövetkezmények mellett párhuzamosan érvényesülő büntetőjogi és polgári jogi jogkövetkezményekre (pl. kártérítés) hivatkozással minősítette a fenti védekezési stratégiát életszerűtlennek.¹⁸²

A következő részben a versenyjogi jogkövetkezményekkel párhuzamosan érvényesülő büntetőjogi aspektusaival foglalkozunk a versenykorlátozó megállapodásoknak.

7. A közbeszerzésekből való kizárás és annak elkerülése

A Kbt. 61.§ (1) bekezdésének b) pontja szerint

„Az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban előírhatja, hogy az eljárásban nem lehet ajánlattevő, a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó vagy erőforrást nyújtó szervezet, illetőleg a d)-e) pont tekintetében alvállalkozó, aki

b) a Tpv. 11. §-a, vagy az Európai Közösséget létrehozó szerződés 81. cikke szerinti - öt évnél nem régebben meghozott - jogerős és végrehajtható versenyfelügyeleti határozatban vagy a versenyfelügyeleti határozat bírósági felülvizsgálata esetén a bíróság jogerős és végrehajtható határozatában megállapított és bírsággal sújtott jogszabálysértést követett el versenyztetési eljárás során; illetőleg ha az ajánlattevő ilyen jogszabálysértését más versenyhatóság vagy bíróság - öt évnél nem régebben - jogerősen megállapította, és egyúttal bírságot szabott ki;”

A fenti rendelkezéssel kapcsolatosan röviden szeretnénk arra utalni, hogy a versenykorlátozó megállapodások jogerős és végrehajtható határozatban történő megállapításának közbeszerzési jogi jogkövetkezménye a közbeszerzési eljárásokból történő kizárás. Ez a kizáró ok azonban nem feltétlen, az ajánlatkérő döntésétől függően érvényesül. Az ajánlatkérő

¹⁸² Vj-174/2007/332., 176-177.

versenyjogi felelőssége a fenti rendelkezésen keresztül közvetlenül érvényesül, hiszen kizárásra vonatkozó döntésével a vállalkozásokat további szankcióval fenyegeti a versenyjogi, büntetőjogi és polgári jogi párhuzamos jogkövetkezményeken túl.

A kizárásból adódó felelősség elkerülését szemlélteti a D.659/11/2007. számú ügy. Ennek lényege szerint a Strabag Zrt. és a Hídépítő Zrt. konzorciumi tagokként közös részvételi jelentkezést nyújtottak be a BKV Zrt. eljárásában. A két céggel szemben időközben jogerős és végrehajtható versenyhatósági határozat állapította meg a versenykorlátozó megállapodásból eredő felelősséget. Ajánlattevőként azonban a közbeszerzési eljárásban már a jogerősen elmarasztalt vállalkozás jogutódja – egy ugyanazon vállalkozáscsoportba tartozó másik leány cég – vett részt. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő jogszerűen nem zárhatta ki a jogutód céget a Kbt. 61.§ (1) bekezdésének b) pontja alapján, mivel az ajánlattevők között jogerősen elmarasztalt cég nem szerepelt.

8. A közbeszerzési kartellek büntetőjogi jogkövetkezményei

A Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. számú törvénybe a 2005. évi XCI. törvény iktatta be a versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban tényállást 2005. szeptember 1-jétől kezdődő hatállyal. A versenykorlátozó megállapodások megkötése vagy összehangolt magatartás tanúsítása ezekben az eljárásokban a versenyjogi és közbeszerzési jogi jogkövetkezmények mellett kiegészül egy újabb, párhuzamos jogi felelősségi alakzattal, nevezetesen a büntetőjogi jogkövetkezménnyel.

„Versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban

296/B. § (1) Aki a közbeszerzési eljárás, illetve a koncesszióköteles tevékenységre vonatkozóan kiírt nyílt vagy zártkörű pályázat eredményének befolyásolása érdekében az árak (díjak), illetőleg egyéb szerződési feltételek rögzítésére, illetve a piac felosztására irányuló megállapodást köt, vagy más összehangolt magatartást tanúsít, és ezzel a versenyt korlátozza, büntetést követ el, és öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Az (1) bekezdés szerint büntetendő az is, aki a közbeszerzési eljárás, illetve a koncesszióköteles tevékenységre vonatkozóan kiírt nyílt vagy zártkörű pályázat eredményének befolyásolása érdekében a vállalkozások társadalmi szervezete, a köztestület, az egyesülés és más hasonló szervezet olyan döntésének a meghozatalában vesz részt, amely a versenyt korlátozza.

(3) A büntetés vétség miatt két évig terjedő szabadságvesztés, ha az (1) és (2) bekezdésben meghatározott cselekményt jelentős értéket meg nem haladó közbeszerzési értékre követik el.

(4) Nem büntethető az (1)-(3) bekezdésben meghatározott bűncselekmény elkövetője, ha a cselekményt, mielőtt az a hatóság tudomására jutott volna, a hatóságnak bejelenti, és az elkövetés körülményeit feltárja. Hatóság alatt a verseny- vagy pénzügyi felügyeletet ellátó szerveket és a közbeszerzésekkel kapcsolatos jogorvoslati eljárást lefolytató szervet is érteni kell.”

A jogalkotói szándék a tényállás Btk.-ban történő elhelyezésével egyértelmű, a létező legsúlyosabb versenyjogi jogsértésről van szó a közbeszerzési eljárásokban való kartellezés esetében. A bűncselekmény jogi tárgya a pénzügyi támogatások rendszerének törvényes működése, a közpénzek, a költségvetési források átlátható, tisztességes és haszonelvű felhasználásának védelme, valamint a verseny szabadsága és a szabadpiac korlátozásmentes működése, ennek érdekében a közbeszerzési és koncessziós eljárások tisztességes és befolyásolástól mentes lefolytatásához fűződő gazdasági és pénzügyi érdek.

A közbeszerzési kartellekben való részvétel büntetőjogi tényállása azért is különösen jelentős jelen dolgozat céljára, mert a Tpv. versenykorlátozó megállapodásokra vonatkozó szabályai segítenek értelmezni az egyes tényállási fordulatokat. A versenykorlátozó megállapodásokat illetően a Tpv. általánosan tiltja a kartell megállapodások megkötését, azaz főszabályként a horizontális és a vertikális megállapodásokat is. Horizontális megállapodás a versenytársak között jöhet létre, míg vertikális megállapodás a piaci rendszer különböző szintjein elhelyezkedő, a forgalmi folyamatok különböző szakaszaiban működő vállalkozások viszonyában. A vizsgált tényálláshoz fűződő indokolásból derül ki, hogy büntetőjogi felelősséget csak a horizontális kartell tagjait képviselő személyek vonatkozásában lehet megállapítani.

Itt vissza kell utalnunk Fejes Gábor meglátására annyiban, hogy vertikális versenykorlátozó megállapodásnak minősíthető, ha az ajánlatkérő egy általa előre kiválasztott ajánlattevőnek kedvez, arra rászabja az ajánlati felhívásban és dokumentációban meghatározott gazdasági-pénzügyi és műszaki-alkalmassági feltételeket illetve további belső információkhoz juttatja a vállalkozást. Az ilyen magatartás vertikálisan összehangolt magatartásnak bizonyosan tekinthető, büntetőjogi felelősséget azonban a 296/B.§ alapján nem lehet megállapítani az ajánlatkérő döntéshozataláért felelős személyek vonatkozásában. Ilyen esetben azonban megállapítható az alábbi, Btk. 225.§-ban foglalt tényállás:

„ Az a hivatalos személy, aki azért, hogy jogtalan hátrányt okozzon vagy jogtalan előnyt szerezzen, hivatali kötelességét megszegi, hatáskörét túllépi, vagy hivatali helyzetével egyébként visszaél, büntetett követ el, és három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.”

A BH 2002.471. szerint megszegi a hivatali kötelességét a közbeszerzés során feladatokat ellátó hivatalos személy, aki a pályázat átnézésével és javításával, az ajánlattételi áráról adott információval a közbeszerzési pályázat résztvevője számára jogtalan előnyt biztosít. A bírósági gyakorlat tehát nem hagy kétséget afelől, hogy a közbeszerzési eljárás során bármely természetes személy, amely a közbeszerzési eljárás lebonyolításában közreműködik, hivatalos személynek tekinthető. Azoknak a belső információknak a kiszivárogtatása pedig, amelyekhez a lebonyolításban közreműködő személyek hozzáférhetnek, a bűncselekmény célzatát (jogtalan előny szerzése vagy jogtalan hátrány okozása) kimeríti és a hivatali helyzettel való visszaélést is megalapozza. A vertikális együttműködés alapján tehát a Btk. 225.§-a alapján az ajánlatkérő döntéshozatali mechanizmusában részt vevő, lebonyolításban közreműködő természetes személyek büntetőjogi felelőssége biztosított. Az ajánlattevő oldaláról ilyen helyzetben a hivatali személlyel vagy a költségvetési szerv tagjával, dolgozójával kapcsolatban elkövetett vesztegetés passzív tényállása merülhet fel a Btk. 253-254.§-ai alapján. Ha azonban az ajánlattevő részéről nem merül fel a jogtalan előny ígérete vagy juttatása a közbeszerzési eljárás befolyásolására tekintettel, akkor az ajánlatkérő büntetőjogi felelősség sem állapítható meg.

A vertikális versenykorlátozó megállapodást érintő kitekintést követően részletesen elemezzük a Btk. 296/B. §-ban foglalt tényállást. Az elkövetési magatartás a horizontális versenykorlátozó megállapodás (kartell-megállapodás) megkötése, illetve az összehangolt magatartás tanúsítása. Az összehangolt magatartás azonos piaci magatartás tanúsítását jelenti a versenytársak magatartására figyelemmel. Az összehangolt magatartást azonban, az irányadó versenyjogi gyakorlat szerint is, el kell határolni a párhuzamos magatartástól. A párhuzamos magatartásra a versenytársak a piac azonos hatásmechanizmusai miatt

kényszerülnek, pl. a kőolaj világpiaci árának emelkedése miatt a kiskereskedelmi benzinárak emelésére kényszerülnek a töltőállomások.

A törvény szerinti bűncselekmény célzatos bűncselekmény, a versenykorlátozó megállapodásnak a közbeszerzési eljárás eredményének befolyásolására kell irányulnia. Ennél fogva a bűncselekmény csak egyenes szándékkal követhető el. A törvény szerint a bűncselekményt az követi el, aki a koncessziós vagy közbeszerzési eljárás eredményének befolyásolása érdekében az árak, díjak – ideértve pl. a koncessziós díjat – illetőleg egyéb szerződéses feltételek (pl. a szerződés teljesítését biztosító kötbér, opció, fizetési garancia stb.) rögzítésére vagy a piac felosztására köti meg a megállapodást. A bűncselekmény a megállapodás megkötésével, az összehangolt magatartás tanúsításával, illetve a döntések meghozatalával befejezett akkor, ha ezek a magatartások alkalmasak a verseny korlátozására. Ennek megfelelően a megállapodásra irányuló előzetes tárgyalások, a döntések előkészítése a bűncselekmény kísérletének megállapítására alkalmasak.

A GVH Vj-18/2008. számú ügyében megfogalmazott elvi állásfoglalás szerint az EU és magyar gyakorlat szerint a versenykorlátozó célzat keretén belül a megállapodás természetét, „szokásos”-tipikus következményeit kell vizsgálni, nem pedig a vállalkozások szubjektív szándékait bizonyítani. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a szándékok ismertsége esetén ne lehetne azokat a célzat kapcsán bizonyítékként felhasználni. A gazdasági kontextus feltárásának egyik eleme lehet a felek motiváltságának tisztázása. Különösen igaz ez a Tptv. szövegezése esetén (célzat, hatással lehet, hatás). Továbbá az EU Bíróság ítélezésének elismert tétele szerint az, hogy egy megállapodásnak a versenykorlátozó célzaton túl más, legitim célja is van, nem jelenti azt, hogy a jogsértés célzat alapon ne lenne megállapítható. A büntetőügyben eljáró bíróságok számára – szerény véleményünk szerint – ez az elvi kiindulópont megfelelően használható a tanúsított magatartás értékelését illetően.

A bűncselekmény alanyát a Btk. szövege az „aki” fordulattal határozza meg, tág határokat biztosítva a bíróság számára az értelmezéshez. Ennél fogva a versenyjogi joggyakorlatra lehet ismételten támaszkodni, amely a kartell megkötésére jogosult személynek tekint bármely a gazdálkodó szervezet ügyintézésre vagy képviselőre feljogosított tagját, tisztségviselőjét, alkalmazottját, illetve a gazdasági társaság tagját, aki a gazdálkodó szervezeten belüli tevékenysége vagy pozíciója révén érdekeltje a piaci versenynek és a versenytársakkal megállapodást köthet vagy a vállalkozások, társadalmi szervezetek, közttestület, egyesülés és más hasonló szervezet döntéshozatali folyamataiban vesz részt. A fentiek alapján nem csak a vezető tisztségviselő vonható büntetőjogilag felelősségre, hanem az ajánlattevő vállalkozás bármely olyan tagja vagy munkavállalója is, akit a kartellben részt vevő többi vállalkozás olyan személynek tekint, aki képviselheti a vállalkozást a megállapodás létrehozásában.

A törvény 2009. évi módosítása nyomán az 50 millió forintos értékhatárt el nem érő közbeszerzési tárgyak esetében a büntetés enyhébb, tekintettel a bűncselekmény tárgyi súlyának kisebb jelentőségére. Fontos, hogy ez az enyhítő körülmény koncessziós eljárásokban nem alkalmazható.

A Btk. 296/B.§ (4) bekezdésében büntethetőséget megszüntető okként került szabályozásra az elkövető feltáró jellegű bejelentése. A büntethetőséget megszüntető ok érvényesülésének két feltételnek kell egyidejűleg fennállnia: a büntetendő cselekmény még azelőtt kell feltárni, hogy az a hatóságnak tudomására jutott volna, másfelől hatóság tudomására kell hozni a

büntetendő cselekmény részleteit, ez a hatóság lehet a Gazdasági Versenyhivatal, a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete és a Közbeszerzések Tanácsa (illetve azon belül a Közbeszerzési Döntőbizottság) is. Ez a rendelkezés a versenyjogban alkalmazott engedékenységi politika büntetőjogi tükörképe. Az engedékenységi politikával külön foglalkozunk annak kiemelkedő jelentősége miatt, itt elegendő arra utalni, hogy kizárólag az a vállalkozás mentesülhet teljes mértékben a versenyjogi jogkövetkezmények alól, amely elsőként tárja fel a versenyhatóságnak a versenykorlátozó megállapodás részleteit. Ez a büntetőjogi jogkövetkezmények alkalmazását illetően sincs másként, hiszen ha az ajánlattevő nem az első olyan vállalkozás, amely feltáró jellegű bejelentést tesz a megfelelő hatóságnak, akkor a két konjunktív feltétel közül az egyik már biztosan nem teljesíthető, hiszen az első bejelentés nyomán a hatóság már tudomást szerzett a bűncselekményről. Azaz ha a vállalkozás nem elsőként teszi meg a bejelentést, akkor sem a teljes bírságelengedésre, sem pedig a büntetőjogi jogkövetkezmények alól való mentesülésre nem számíthat.

9. Alapelvei sérelemre történő hivatkozás a Közbeszerzési Döntőbizottság joggyakorlatában – a verseny tisztasága

Utaltunk már arra korábban, hogy a Tpv. és a Kbt. viszonyában a verseny megőrzése, fenntartása a legerősebb kapcsolódási pont, a közös jogpolitikai cél. A Tpv. általában kívánja a tisztességes, fogyasztók számára jóléti hatásokkal bíró piaci versenyt fenntartani, a Kbt. a közbeszerzési eljárásban (közpénzek felhasználásával megvalósuló szerződéskötés eljárási rend) mint sajátos piaci szegmensben. A verseny tisztasága a Kbt. alapelvei között kap helyet, közvetlenül az 1. §-ban:

„A közbeszerzési eljárásban - ideértve a szerződés megkötését is - az ajánlatkérő köteles biztosítani, az ajánlattevő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát és nyilvánosságát.”

A Fővárosi Ítéltábla 4.Kf.27.291/2006/8. számú ítéletében kifejtette, hogy a Kbt. alapelvei rendelkezései általános törvényi követelményeket határoznak meg a közbeszerzési eljárás valamennyi résztvevője számára. Az alapelvek főszabályként a Kbt. egyes jogszabályi helyeiben realizálódnak. Ezekben az esetekben csak az vizsgálható, hogy a Kbt. konkrét jogszabályi helye sérelmet szenvedett-e, s ennek hiányában nem lehet megkerülni a konkrét jogszabályi helyet és közvetlenül az alapelvekre alapítani a sérelmet. Előállhat azonban az a helyzet is, hogy az adott tényállásra nincs konkrét jogszabályi hely, ekkor közvetlenül vizsgálható, hogy az adott cselekmény, vagy mulasztás nem ütközik-e valamelyik alapelvbe.¹⁸³ A Közbeszerzési Döntőbizottság álláspontja a D.423/12/2005. számú ügyben egybecsengett a Fővárosi Ítéltábla fenti megállapításával. Eszerint az alapelvei rendelkezések megsértésének megállapítására csak akkor kerülhet sor, ha a Kbt.-nek nincs olyan tételes rendelkezése, amelynek megsértése által következett be a jogsértő helyzet.

A verseny tisztaságának elve a Tpv. valamennyi szabálya mögött generálklauzulaként biztosítja a versenyjogi szabályok működését. A Tpv. 7.§-ában pedig a közbeszerzéseket is magában foglaló versenyeztetési eljárásokra mondja ki a törvény a verseny tisztasága alapelveinek védelmét:

¹⁸³ dr. Patay Géza: Alapvető rendelkezések, in A közbeszerzés joga, kommentár a gyakorlat számára, Ötödik kiadás, p 17.

„Tilos a versenyztetés – így különösen a versenytárgyalás, a pályáztatás -, az árverés, a tőzsdei ügylet tisztaságát bármilyen módon megsérteni. E tilalmat csak azokra a magatartásokra kell alkalmazni, amelyeket e törvény más rendelkezése, vagy külön törvény nem szabályoz.”

Ez az általános háttérjogszabály a Tpvt.-ben valamennyi, nem csak közbeszerzést érintő eljárásban tanúsított, a tisztességes verseny követelményét sértő magatartás általános tilalmáról rendelkezik. A bíróság minden ilyen magatartásra hatáskörrel rendelkezik a fenti jogszabályi rendelkezés alapján. A Kbt. verseny tisztaságát érintő alapelvéhez hasonlóan a Tpvt. 7.§-ában foglalt rendelkezés alkalmazásának is csak akkor lehet helye, ha különös versenyjogi tényállás nem állapítható meg.

Patay Géza a verseny tisztasága megsértésének mibenléte kapcsán utal Kuncz Ödön meglátására: *„Hogy mikor tisztességtelen a verseny és mi a tisztességtelen verseny, azt pontosan megmondani lehetetlen. A kereskedelmi élet kimeríthetetlen fantáziája napról napra vet fel új cselekményeket, amelyeket a tisztességes kereskedők erkölcsi érzéke az üzleti tisztességbe ütközőnek tart”*. Álláspontunk szerint a XX. század egyik legragyogóbb civilizisztikai jogtudósának a meglátása az 1930-as évek végén a mai napig érvényesnek tekinthető.¹⁸⁴

A Közbeszerzési Döntőbizottság előtt induló jogorvoslati eljárásokban ritkának mondható az olyan eljárás, amelyben a kérelmező nem hivatkozik a verseny tisztaságának megsértésére, a konkrét Kbt. rendelkezések megsértésének megjelölésén túl. A Döntőbizottság és a felülvizsgálati fórumként eljáró bíróságok elutasítják a verseny tisztaságának megsértését, amennyiben úgy találják, hogy a konkrét jogszabályi rendelkezés megsértése nem volt megállapítható. A jogorvoslati kérelem előterjesztése kapcsán a konkrét jogszabályi rendelkezés megsértését kell bizonyítani, az alapelvi sérelem önmagában aligha lehet sikeres.

Az alábbiakban néhány olyan esetre szeretnénk a figyelmet felhívni, amikor a jogalkalmazó szervek a verseny tisztaságának megsértését olyan esetben mérlegelték, amikor a Kbt. konkrét jogszabályi rendelkezése a vitatott magatartást egyáltalán nem rendezte.

A Fővárosi Bíróság előtt 19.K.34.988/2006/6. számon futó ügyben a kérelmező (felperes) azt sérelmezte, hogy az ajánlatkérő az ajánlattevők ajánlatát tartalmazó jegyzőkönyvet a tárgyalóhelyiségtől eltérő, más helyiségben nyomtatta ki. A Fővárosi Bíróság megállapította, hogy a Kbt. 1.§ (1) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő köteles biztosítani a verseny tisztaságát és nyilvánosságát. Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás lefolytatása és annak valamennyi eljárási cselekménye során az őt terhelő jogok gyakorlásakor és kötelezettségek teljesítésekor köteles a jóhiszeműségnek és a tisztességnek megfelelően eljárni, tartózkodnia kell minden olyan magatartás tanúsításától, mely alkalmas a közbeszerzési eljárás lefolytatásának, az ajánlattétel és az eljárás elnyerésének tisztességtelen befolyásolására. Önmagában az a cselekmény, mely szerint az ajánlatkérő az ajánlattevők ajánlatát tartalmazó jegyzőkönyvet másik helyiségben nyomtatta ki, nem sérti a Kbt. 1.§ (1) bekezdésében rögzített alapelvet. Az ilyen cselekmény nem alkalmas a közbeszerzési eljárás lefolytatásának, az ajánlattétel tisztességtelen befolyásolására. A

¹⁸⁴ Kuncz Ödön: A magyar kereskedelmi és váltójog tankönyve, Grill Bp., 1938. p 48.

bíróság azt is megjegyezte, hogy a felperes sem a jogorvoslati eljárásban, sem a per során nem tudott megjelölni olyan többlet tényállási elemet, körülményt, ténytet, mely alapján megállapítható lett volna, hogy a jegyzőkönyvnek más helyiségben történő kinyomtatása sérti a verseny tisztaságának alapelvét. A felperes a módosított ajánlatát tartalmazó jegyzőkönyvet aláírta és átvette, azt aláírásával igazolta, s az abban foglaltakra, valamint az ajánlatkérő eljárásával kapcsolatban nem tett észrevételt, így az ajánlatkérő eljárását jóváhagyólag tudomásul vette.

Egy másik korai ügyben a műszaki specifikációt az ajánlatkérő úgy határozta meg, hogy a korábban tehergépkocsik szállítására megkötött szerződésekben szereplő, milliméterre megadott és csak egy meghatározott típusú személygépkocsi esetében érvényes műszaki specifikációkat használta az ajánlati dokumentáció műszaki alkalmassági követelményeinél. A Közbeszerzési Döntőbizottság az ajánlatkérőnek ezt a gyakorlatát, amely kétséget kizáróan a korábban ajánlatkérővel szerződéses kapcsolatban álló szállító egyedüli teljesítésre való képességét volt hivatott biztosítani – a verseny tisztasága alapelveinek durva megsértéseként értékelte (*D.20/12/1998.*).

A Közbeszerzési Döntőbizottság szintén egy korai ügyben foglalkozott azzal a kérdéssel is, hogy az ajánlatkérő beszerzési szándékának az ismerete mennyiben alapozza meg a verseny tisztaságának a megsértését. A Döntőbizottság megállapította, hogy magának a beszerzési szándékának az ismerete nem alapozza meg a verseny tisztaságának a megsértését, az előzetes éves összesített tájékoztató közzétételére vonatkozó szabályokra is tekintettel. Ezt még annyival ki kell egészíteni, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság nem találta bizonyítottnak azt a körülményt, hogy az ajánlatkérő előzetesen tájékoztatta volna a nyertest a beszerzés részletes feltételeiről (*D.198/9/1998.*).

Egy másik ügyben bizonyítottnak találta a Döntőbizottság, hogy a nyertes ajánlattevő az ajánlatok értékelése során és ezt megelőzően is olyan megbeszéléseket folytatott és ennek eredményeképpen olyan „megállapodást” kötött harmadik személlyel, amelynek kifejezetten az volt a célja, hogy egy építési beruházást érintő közbeszerzési eljárás eredményét meg nem engedhető módon befolyásolja. Ezzel a magatartással az ajánlattevő megsértette a Kbt.-t. Az ajánlattevőn kívül azonban az ajánlatkérő is megsértette a verseny tisztaságának és az esélyegyenlőségnek az alapelveit azzal, hogy nem hártotta el magától az ajánlattevőnek az értékelés befolyásolására irányuló törekvéseit.

Néhány későbbi ügyben a Döntőbizottság foglalkozott az alkalmassági feltételek előírásának és az esélyegyenlőségre vonatkozó alapvető rendelkezésnek a viszonyával is. Ezekben az ügyekben a Döntőbizottság arra mutatott rá, hogy az esélyegyenlőség követelményét az alkalmassági feltételek meghatározása önmagában nem sérti meg, mivel azok előírása során kiválasztásra kerülnek az egyedi beszerzési igény teljesítésére alkalmas potenciális ajánlattevők (*D.41/35/2006.*).

A D.404/10/2006. számú ügyben a verseny tisztaságának megsértését állapította meg a Közbeszerzési Döntőbizottság, anélkül, hogy konkrét jogszabályi rendelkezés sérelmét is megállapította volna. A tényállás szerint az ajánlatkérő pontatlan tájékoztatást adott az ajánlattételi határidő módosításáról, majd a módosítás megíúsulásának tényéről való tájékoztatást mulasztotta el. Ez a magatartás nem ütköztethető a Kbt. valamely konkrét

rendelkezésébe, azonban ajánlatkérő ezen magatartása alkalmas volt arra, hogy a közbeszerzési eljárás eredménytelenségéhez vezessen azzal, hogy az eredeti határidőben ne nyújtsanak be ajánlatot, holott az ajánlat benyújtásának szándéka kérelmező részéről egyértelműen megállapítható volt, melyre a módosított határidőben került sor. Az ajánlatkérő ezzel a magatartásával a verseny tisztaságának alapvető sérelmét okozta azzal, hogy nem biztosította a verseny tisztaságát (D.404/10/2006).¹⁸⁵

A fent bemutatott esetekből és jogirodalmi álláspontból levonható az a következtetés, hogy a verseny tisztaságának alapvető sérelmére történő hivatkozást ritkán, kivételes esetekben fogadja el a Közbeszerzési Döntőbizottság. A verseny tisztaságának megsértése rendszerint valamilyen konkrét Kbt. rendelkezés megsértésén keresztül valósul meg. Ha valamilyen konkrét jogszabályi rendelkezés megsértésére nem kerül sor, akkor sem a Közbeszerzési Döntőbizottság, sem a felülvizsgálati eljárásban eljáró bíróságok nem állapítják meg a verseny tisztaságára vonatkozó alapelv megsértését. Az alapvető rendelkezés szubszidiárius, kiegészítő és kiegészítő jellegéből fakad a fenti jogalkalmazói hozzáállás. Szűk körben találhatóak azonban olyan tényállások, amikor a jogalkalmazó szervek csak a verseny tisztaságán keresztül tudják értelmezni az adott magatartás versenyellenes jellegét.

V. Intézményi kapcsolatok – a tiszta verseny biztosítása a közbeszerzési eljárásokban

A versenyjogi jogalkalmazásért felelős szervek, az Európai Bizottság és a Gazdasági Versenyhivatal, továbbá a közbeszerzési eljárások lebonyolításáért felelős ajánlatkérők és jogalkalmazó szervek (Közbeszerzések Tanácsa, Közbeszerzési Döntőbizottság) intézményi együttműködését több jogszabályi rendelkezés alapozza meg. Ezek a rendelkezések a Kbt.-ben és a Tptv.-ben találhatóak. Az alábbiakban rövid áttekintést adunk ezekről a jogintézményekről, főként arra tekintettel, hogy gyakorlatban való alkalmazásuk mennyiben tekinthető sikeresnek.

Szignalizáció

A Kbt. az ajánlatkérők számára megteremti a *szignalizáció* kötelezettségét abban az esetben, ha nyilvánvaló jogsértést észlelnek vagy azt alapos okkal feltételezik:

20/A. § (1) Amennyiben az ajánlatkérő az általa lefolytatott eljárás során, a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tptv.) 11. §-a, vagy az Európai Közösséget létrehozó szerződés 81. cikke szerinti rendelkezések nyilvánvaló megsértését észleli vagy azt alapos okkal feltételezi, köteles azt - a Tptv. bejelentésre vagy panaszra vonatkozó szabályai szerint - jelezni a Gazdasági Versenyhivatalnak.

(2) Az (1) bekezdés alkalmazásában a Tptv. 11. §-a megsértését az ajánlatkérő alapos okkal különösen akkor feltételezheti, ha

a) a közbeszerzési eljárásban benyújtott legalább két ajánlat tartalma az ajánlati felhívás és dokumentáció követelményeit meghaladó mértékben azonos vagy hasonló; vagy

¹⁸⁵ Az ismertetett esetek szemelvényeit dr. Patay Géza: A közbeszerzés joga, kommentár a gyakorlat számára p. 20-22. tartalmazza.

- b) a közbeszerzési eljárásban legalább két ajánlattevő egymásban tulajdoni részesedéssel rendelkezik, vagy legalább két ajánlattevőben azonos személy vagy szervezet rendelkezik tulajdoni részesedéssel; vagy
- c) az ajánlatkérő által egy költségvetési éven belül megindított több közbeszerzési eljárásban azonos ajánlattevők nyújtanak be ajánlatot, azonban az eljárások nyertese minden esetben különbözik a korábbi ilyen eljárások nyertesétől.

A jogszabály korábbi szövege nem határozta meg, hogy mit is kell az ajánlatkérőnek alapos okkal feltételezhető vagy nyilvánvaló jogsértésként tekintenie. Ez bizonytalan helyzetet teremtett, az ajánlatkérők pedig erre a bizonytalanságra támaszkodva – érthető módon – igyekeztek elkerülni a szignalizáció teljesítését.

Az ajánlatkérő a közpénzek nyilvános és tiszta verseny keretei között történő elköltésére vonatkozó társadalmi elvárásokkal néz szembe. Ahogy arra az erőfölnnyel való visszaélés kapcsán már tettünk utalást, az ajánlatkérőnek kockázatkerülésre és a szerződés megkötésére is törekednie kell egyúttal, utóbbit ésszerű határidőn belül meg kell kötnie. A közvélekedés és a közvélemény számára mindig hír értékkel bír, ha egy ajánlatkérő határidőre nem tudja a feladatát elvégezni, azaz a kérdéses építési beruházás nem készül el vagy a közérdekű szolgáltatás biztosításában problémák adódnak. Természetesen a hírérték akkor is jelentős, ha az ajánlatkérő esetlegesen a közbeszerzési eljárásból fakadó kötelezettségek megszegésével biztosítja az érintett feladat határidőre történő elvégzését. A fentiek miatt az ajánlatkérő részéről természetes törekvésnek tekinthető, hogy igyekszik minden adminisztratív kötelezettségtől vagy az eljárás gyors és hatékony lebonyolítását akadályozó tényezőtől megszabadulni. Ebből kiindulva nem meglepő a szignalizációs kötelezettség kerülése, ritka használata az ajánlatkérők részéről.

Ugyanakkor a 2010. szeptember 15-ével hatályba lépett módosítása a vizsgált rendelkezésnek példálózó jelleggel vezette be azokat az eseteket, amikor az ajánlatkérőnek kötelessége a GVH felé bejelentést tenni. Ezzel az intézményi kapcsolatot biztosító szabály sokkal szigorúbbá vált az ajánlatkérők kötelezettségét illetően. Azonban nem lehet a bevezetett eseteket kritika nélkül sem hagyni.

Az első esetben arról van szó, hogy az ajánlati felhívás és a dokumentáció rögzíti a formai és tartalmi követelményeket az ajánlattevőkkel szemben. Az ajánlatkérő maga mérlegeli, hogy a benyújtásra került ajánlatok közül legalább kettő az ajánlati felhívásban és dokumentációban meghatározott formai és tartalmi kereteket meghaladó részében hasonló-e. Nincs viszont mérlegelési jogköre az ajánlatkérőnek akkor, ha a kérdéses forma és tartalom azonos. Ebben az esetben az ajánlatkérő köteles bejelentést tenni a GVH-nak. Meg kell jegyeznünk, hogy mindenképpen erőforrást von el az ajánlatkérőtől az, hogy az ajánlatok értékelése kapcsán az azonosságot megállapítsa kérdéses részek tekintetében. Adódhat olyan helyzet is, hogy nincs olyan formai vagy tartalmi része az ajánlatnak, amelyek tartalmát és formáját az ajánlattevők szabadon alakíthatják. Ebben az esetben az ajánlatkérőnek álláspontunk szerint nincs szignalizációs kötelezettsége, hiszen az ajánlatok azonossága a közbeszerzési eljárás kereteit adó rendelkezésekből fakad, azaz nincs olyan objektív kiindulópont, ami megalapozhatná a tiszta versenyt korlátozó megállapodás létét. A törvény indokolása a tartalmában és formájában azonos vagy hasonló ajánlatokra példaként hozza azt a helyzetet, hogy amennyiben *az egyik ajánlattevő nem akar nyerni, tehát nem vette a fáradságot, hogy maga készítse el az ajánlatát, akkor a "jövendőbeli nyertes ajánlattevő" készíti el neki az ajánlatot.*

A következő pont az ajánlattevők tulajdonjogi összefüggéseire figyelemmel eleve versenykorlátozó megállapodás létezését tételezi fel. A jogalkotó a Kbt.-t módosító 2010. évi LXXXVIII. törvény indokolásában megállapítja, hogy a módosítás *példálózóan sorolja fel azokat a körülményeket, melyekből az ajánlatkérő az ajánlattevők tisztességtelen összejárására, a "körbenyerésre" következtethet.* Fel kell hívni a figyelmet arra, hogy a körbenyerés a közbeszerzési versenykorlátozó megállapodások egyik fajtája, amely azt tételezi fel, hogy a versenykorlátozó megállapodásban részes felek egy meghatározott időszakon belül kiiírásra kerülő közbeszerzési eljárásokban úgy nyerne, hogy a többi eljárásban veszítő vagy támogató ajánlatot adnak be. Ezzel a versenykorlátozó megállapodásban részes vállalkozások mindegyike előnyhöz jut, míg a valódi versenyt csak színlelik az ajánlatok beadásával. A szignalizációs kötelezettségnek értelemszerűen többre kell vonatkoznia, mint a körbenyerés sajátos tényállására.

Visszatérve a Kbt. 21/A.§ b) pontjára, összejárásra enged következtetni, ha legalább két ajánlattevő egymásban tulajdoni részesedéssel rendelkezik, vagy legalább két ajánlattevőben azonos személy vagy szervezet rendelkezik tulajdoni részesedéssel. Álláspontunk szerint ez a törvényi rendelkezés nem kellően megalapozott, hiszen önmagában a tulajdoni részesedés egy objektív helyzet. Egy versenykorlátozó megállapodás létezése nincs semmiféle formai kötöttségnek alárendelve, de a tulajdoni összefüggésen túl biztosan további körülmények valószínűsítése szükséges a versenykorlátozó megállapodás létezésének versenyhatósági eljárásban való megalapozásához. A versenyjog egyáltalán nem ismeri azt a gyakorlatot, amely a kölcsönös tulajdoni részesedésre úgy tekintene, mint ami megalapozza egy versenykorlátozó megállapodás létezését. A Közbeszerzési Döntőbizottság előtt számos olyan ügy is ismert, amikor egymással rokoni kapcsolatban levő természetes személyek akár tulajdonosként, akár vezető tisztségviselőként jelennek meg az egyes ajánlattevőkben. Kétségtelen, hogy ezeket a helyzeteket is a tulajdonjogi összekapcsolódáshoz hasonlóan kellene vagy nem kellene a versenykorlátozó megállapodás létezéséhez kapcsolni.

A vélelem feltehetően abból indul ki, hogy a szoros kapcsolatban levő természetes személyek egymás között üzleti információkat cserélnek ki, egymásra tekintettel alakítják ki az ajánlatukat és a közös érdekeiknek megfelelően cselekszenek. Mivel azonban egymástól független ajánlattevők vezető tisztségviselőiről van szó, a tulajdonosi vagy családi kapcsolatoktól a vezető tisztségviselői feladatok ellátása során függetleníteniük kell magukat ezeknek a személyeknek. A Kbt. fenti pontja a vezető tisztségviselőre vonatkozó jogi elvárásokat negligálja, mivel azok a vezető tisztségviselőtől azt várják el, hogy elsődlegesen a vállalkozás érdekében tevékenykedjenek. Az ellentmondás különösen akkor nyilvánvaló, ha az egymástól független ajánlattevő vállalkozások jelképes, pár százalékos tulajdonrészesedéssel rendelkeznek a másokban. Más a helyzet akkor, ha egy tulajdonos irányítja mind a két vállalkozást, ebben az esetben a vállalkozások versenyjogi értelemben nem tekinthetők függetlennek egymástól [Tptv 15.§]. Nem független vállalkozások között pedig valódi versenyhelyzet kialakulását a közbeszerzési eljárásban sem indokolt elvárni, ahogy a Tptv. 11.§ (1) bekezdésében foglalt versenykorlátozó megállapodásra vonatkozó általános tilalom alól is kivételt képeznek az egymástól nem független vállalkozások között létrejött megállapodások.

Az ajánlatkérőtől az sem várható el, hogy az ajánlattevők tényleges tulajdonosának, az ún. *beneficiary owner*-nek a személyét ellenőrizték. Ez a magyar cégjogi nyilvántartásból ugyanis

nem deríthető ki, amennyiben külföldi cég az ajánlattevő tulajdonosa. Az ajánlatkérőnek további adminisztratív terhet jelentene, ha az ügyvédekhez hasonlóan nyilatkoztatnia kellene az ajánlattevőket a tényleges tulajdonos személyéről. Ha pedig az ajánlattevők valótlan nyilatkozatot tennének, nem valószínű, hogy kiderülne a nyilatkozat valótlan tartalma a későbbiekben, mivel ebben a helyzetben az ajánlatkérőnek nincs módja a nyilatkozati tartalom valóságáról meggyőződni.

A vizsgált szakasz utolsó pontjában megfogalmazott eset alapján körbenyerést lehet feltételezni, ha az ajánlatkérő által egy költségvetési éven belül megindított több közbeszerzési eljárásban azonos ajánlattevők nyújtanak be ajánlatot, azonban az eljárások nyertese minden esetben különbözik a korábbi ilyen eljárások nyertesétől. Az ilyen eset arra utal, hogy néhány nagy cég az árak magasán tartása érdekében megegyezett, hogy felváltva nyernek a közbeszerzési eljárásokban, erre tekintettel aki éppen "nem jogosult nyerni" a megállapodás alapján, az nagyon magas árat ajánl azért, hogy a "nyerésre jogosult" még mindig a piaci árnál magasabb áron lehessen nyertes ajánlattevő. Ennek a tényállásnak az észlelése objektíve olyan körülmény, ami ésszerűen leginkább az ajánlattevőtől várható el.

Kritikai észrevételeink persze annak a fényében értékelhetőek, hogy a szignalizációs kötelezettség alapján tett bejelentésre a versenyhatóság a saját, Tpvt.-ben meghatározott eljárása szerint reagál. A bejelentés intézményét a Tpvt. 43/H. §-a szabályozza:

Bejelentés a Gazdasági Versenyhivatal által közzétett formátumú, megfelelően kitöltött űrlap Gazdasági Versenyhivatalhoz történő benyújtásával tehető. Az űrlap tartalmazza a bejelentés elbírálásához szükséges lényeges tényeket, így különösen a bejelentő és a bejelentett azonosításához szükséges adatokat, a feltételezett jogsértés megjelölését, a feltételezett jogsértést megvalósító konkrét magatartás leírását, az érintett piac meghatározásához szükséges alapvető információkat, a feltételezett jogsértés időtartamát, a feltételezett jogsértéssel kapcsolatos állításokat alátámasztó tényeket és bizonyítékokat.

A bejelentés alapján a vizsgáló végzéssel elrendelheti a vizsgálatot, vagy megszüntetheti az eljárást, ha nem állnak fenn a versenyfelügyeleti eljárás lefolytatásának feltételei. A bejelentésben foglaltakkal kapcsolatosan a vizsgáló adatokat szerezhethet be, a bejelentőt meghallgathatja és további szóbeli meghallgatást tarthat az érintettek részvételével annak érdekében, hogy a vizsgálatot elrendelő vagy megszüntető végzést megalapozottan hozhassa meg. A vizsgáló végzéssel akkor rendelheti el a versenyfelügyeleti eljárás lefolytatását, ha olyan tevékenységet, magatartást vagy állapotot észlel, amely a Tpvt. rendelkezéseit sértheti, feltéve, hogy az eljárás a Gazdasági Versenyhivatal hatáskörébe tartozik és a közérdek védelme az eljárás lefolytatását szükségesség teszi. A közérdek védelmével kapcsolatosan utalni kell Tóth András meglátására, aki a kábeltelevíziós szolgáltatók túlzó árazási gyakorlatával kapcsolatos fejtegetésében azt állapította meg, hogy a közérdek fennállására vonatkozó mérlegelhetőség jogi indoka nem lehet más, mint hogy létezik egy olyan határ, amely alatt indokolatlan a Gazdasági Versenyhivatal korlátos vizsgálói kapacitásait illetve pénzügyi erőforrásait az adott ügyre fordítani.¹⁸⁶ Egyébként a közérdek hiányát valószínűsítő körülmény lehet az érintett piac kis terjedelme, a végső fogyasztók közvetett érintettsége, az ágazati szabályozó (esetünkben a Közbeszerzési Döntőbizottság) fellépésének a lehetősége. Ha a vizsgáló úgy dönt, hogy a bejelentést végzéssel elutasítja, akkor a végzés közlésétől számított nyolc napon belül a bejelentőnek

¹⁸⁶ Tóth, ibid p 6.

lehetősége van a végzést fellebbezéssel megtámadni, az ilyen eljárás lefolytatására a Fővárosi Bíróság jogosult. Egyébként a vizsgálatot elrendelő vagy a versenyfelügyeleti eljárást megszüntető végzést két hónapon belül kell a vizsgálónak meghoznia, ez a határidő egy ízben további két hónappal meghosszabbítható. A bejelentés alapján a vizsgáló végzéssel elrendelheti az ügy áttételét is, amennyiben az eljárás lefolytatására a GVH nem rendelkezik hatáskörrel.

Más a helyzet a panasz esetében, itt tulajdonképpen egy formátlan bejelentésről van szó. Panasznak minősül minden olyan GVH-hoz benyújtott információ, amely a bejelentés formai követelményeinek nem tesz eleget. A vizsgálónak 22 munkanap áll rendelkezésére a panasz elbírálásához, a bejelentéshez hasonlóan további adatokat szerezhet be a panasz megalapozottságának vizsgálatához, a panaszost és az ügyben érintett további személyeket meghallgathatja. A bejelentéshez hasonlóan kerülhet sor a panasz alapján a versenyfelügyeleti eljárás végzéssel történő elrendelésére, a vizsgálat megszüntetésére vagy az ügy hatáskörrel rendelkező bírósághoz való áttételére.

A bejelentésre és a panaszra is érvényesül az informátor anonimitására vonatkozó szabály, tehát a bejelentő és a panaszos kérheti a versenyhatóságtól, hogy ne kerüljön sor személyazonosságának a felfedésére. Ez a szignalizáció esetében kevésbé jelentős szabály, hiszen az ajánlatkérő törvényél fogva köteles jelzést tenni a GVH felé.

Szerény véleményünk szerint a fenti, tulajdonjogi összefonódásra vonatkozó esetek többségében a GVH vizsgálói végzéssel megszüntetik majd a versenyfelügyeleti eljárást, mivel a versenykorlátozó megállapodásokat egyébként valószínűsítő körülmények feltárására aligha lesz mód a bejelentés és a panasz jogintézményi keretei között. Az ajánlatkérő és a versenyhatóság adminisztratív terhelettségére tekintettel különösen fontos, hogy a szignalizációs kötelezettségre vonatkozó Kbt. rendelkezés alaposan átgondolt legyen. A fenti gondolatok fényében javasoljuk a teljes szöveg gondos felülvizsgálatát, a példaként meghatározott esetek újragondolását, a tulajdonjogi összefonódásra utaló eset elhagyását. Javaslatunk arra irányul, hogy a versenykorlátozó megállapodás nyilvánvaló észlelése esetére a Kbt. normatív rendelkezésként tartalmazzon kötelezettséget az ajánlatkérő számára a jelzést illetően. A nyilvánvaló észlelés olyan objektíve ellenőrizhető feltételeken nyugszik, mint az ajánlati dokumentáció keretében megismert versenykorlátozó szándék. Ez a kirívóan súlyos eseteket büntetné és az ajánlatkérő számon kérhető volna a jelzési kötelezettség elmulasztásáért, de csak ebben a szűk körben. Az „*alapos okkal feltételezheti*” fordulat elhagyása szintén indokolt, mivel az ajánlatkérőtől szükségtelen elvárni, hogy a Tptv.-ben részletesen szabályozott vizsgálati cselekményeket előkészítse. Tekintettel arra a korábban már megfogalmazott kiindulópontra, mely szerint a Kbt. és a Tptv. egymástól függetlenül – párhuzamosan – érvényesül, az ajánlatkérőnek a közigazgatási eljárásra vonatkozó elévülési határidőn belül bármikor van arra lehetősége, hogy a versenyjog sértő ajánlattevői cselekményért való felelősségre vonást kezdeményezze. Ez a jog az ajánlatkérő mellett az érdeksérelmet szenvedett ajánlattevőket is megilleti.

Jogorvoslati eljárás kezdeményezése

A versenyjogi és a közbeszerzési jogi jogkövetkezmények további kapcsolódási pontját jelenti a Kbt. 327.§ (1) bekezdésének i) pontjában foglalt rendelkezés, amely szerint ha a GVH tudomást szerez valamilyen közbeszerzési jogi jogsértésről, akkor jogosult a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt jogorvoslati eljárást kezdeményezni. Ennek határideje pedig a jogsértés tudomásra jutásától számított harminc nap. Az erőfölénnyel való visszaélés miatt lefolytatott versenyfelügyeleti eljárásban a GVH tudomást szerezhethet arról, hogy az ajánlatkérő esetleg jogsértő módon nem alkalmazta a Kbt. irreálisan alacsony árra vonatkozó rendelkezéseit. Ebben az esetben a GVH jogosult (de nem köteles) kezdeményezni a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalbóli eljárását. A jogsértés megtörténtétől számított egy éven túl a GVH már nem kezdeményezheti a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárását, ez a határidő a tudomásra jutástól független, objektív jellegű határidő.