

Hargita Árpád:

Közbeszerzés vagy közbe szerzés?



Bevezető

Könnyen elképzelhető, hogy miközben az olvasó e cikket olvassa komoly üzletemberek elmélkednek arról, hogy a közeljövőben kiírandó közbeszerzési eljárások valamelyikén milyen módon fogják versenytársaik közreműködésével kiiktatni a számukra kényelmetlen versenyt. Rosszabb esetben éppen az isztambuli bazár eladóit megszegyenítő alkudozás folyik egy konkrét pályázattal meghirdetett „munka” előzetes (f)elosztásáról.

E magatartások elleni fellépés fontosságát felismerve a Gazdasági Versenyhivatal (GVH) 2001-ben tűzte zászlajára a titkos versenykorlátozó megállapodások elleni harcot. A cél világos és mindenki számára érthető: a verseny tisztasága felett őrködő hivatalnak azon jogsértések feltárására kell összpontosítania erőforrásait, amelyek a fogyasztók (valamennyi állampolgár) számára a legnagyobb károkat okozzák.

A GVH gyakorlatában a feltárt titkos versenykorlátozó megállapodások nagy része valamely közbeszerzési eljárással volt kapcsolatos.

E cikk be kívánja mutatni a közbeszerzésekkel kapcsolatos titkos versenykorlátozó megállapodásokra vonatkozó szabályok lényegét, e megállapodások fajtáit, a GVH legfontosabb ügyeit, és egyes jogalkalmazási kérdéseket.

A közbeszerzési eljárások és azok jelentősége

A közbeszerzési eljárás során az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek a törvény¹ által meghatározott áruk és szolgáltatások – a törvényben meghatározott értéket elérő mértékben –, ellenszolgáltatás fejében szereznek be.

A közbeszerzések célja a közpénzek és a köztulajdon törvényes és ésszerű mó-

don történő felhasználásának, működésének és ellenőrzésének biztosítása, más szóval a hatékonyság növelése - meghatározott áruk és szolgáltatások legalacsonyabb költségen történő beszerzése.

A jelen cikk témájául szolgáló kartellek tilalma arra vezethető vissza, hogy a magasabb árak és a csökkentett kibocsátás révén korlátozzák a hatékonyságot, illetve csökkentik a fogyasztói jólétet. A közbeszerzési és a versenyjogi szabályozás e tekintetben hasonló célokat követ. A közbeszerzésekkel kapcsolatos összefüggések nemcsak a versenyjogi szabályokat, hanem a közbeszerzések általános alapelveit² is sértik. Ezen alapelvek gyakran sérülnek, ezt tükrözi többek között e cikk megszületése is.

A közbeszerzések összértéke 2002-ben 804,6 milliárd forint volt, mely a hazai GDP 5%-át tette ki. A 2003-as évben a közbeszerzések értéke 600 milliárd forintra csökkent, azonban 2004-ben elérte az 1200 milliárd forintot. 2003-ban három építőipari vállalkozás vezette a közbeszerzési nyertesek listáját: Strabag Rt. (112 projekt 163,3 milliárd forint értékben), Betonút Rt. (26 projekt 86,1 milliárd forint értékben) és a Hídépítő Rt. (14 projekt 70,8

milliárd forint értékben). A tendereket kiíró szervezetek közül a Nemzeti Autópálya Rt. állt az első helyen 31 pályázat kiírásával 433 milliárd forint értékben.

A közbeszerzések értékének emelkedésével, a versenyjogi szabályok szigorú érvényesítésének jelentősége egyre inkább növekszik. Ezt mutatja a GVH tavalyi statisztikája: 2004-ben öt, az építőipari közbeszerzéssel kapcsolatos kartellügyben hozott döntést a Versenytanács. Több további közbeszerzéses kartell döntés a közeljövőben születik meg. Ezek szinte mindegyike építőipari beruházással kapcsolatos.

Az eljárások viszonylagosan nagy száma részben annak köszönhető, hogy a GVH fokozott figyelmet szentel ezen magatartásoknak. A Gazdasági Versenyhivatal 2001-ben hozta létre a Kartell Csoportot annak érdekében, hogy hatékonyabban tudja felvenni a harcot a kartellek ellen, és az elindított kartell eljárások nagy száma (kb. 30) mutatja, hogy ez a törekvés nem maradt eredménytelen.

A közbeszerzési kartellekkel kapcsolatos eljárások számának növekedése a „dominó-hatás” érvényesülésére vezethető vissza másrésről, értve ezalatt azt az esetet, amikor egy adott eljárásban másik kartellel vonatkozó bizonyítékokat lel fel a GVH.

Az építőipari közbeszerzési kartellek nagy száma nem magyar sajátosság. Szá-

²Például a verseny tisztaságának, és nyilvánosságának tiszteletben tartása (A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény 1. §-a).



¹Jelenleg a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény szabályozza a közbeszerzési eljárásokat. A cikkben említett közbeszerzési eljárások idején ugyanakkor az 1995. évi XL. törvény volt hatályban.

mos versenyhatóság találkozik ilyen magatartásokkal.

A versenyjogi szabályozás

A versenyjogi kapcsolatos rendelkezéseket a tisztességtelen piaci magatartás és versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény tartalmazza. E törvény 11. §-a rendelkezik³ a versenykorlátozó megállapodások tilalmáról. A második bekezdés példálózva sorolja fel a versenykorlátozó magatartások, megállapodások egyes fajtáit: így pl. az a) pont tiltja az árakra vonatkozó megállapodásokat, a d) pont a piacfelosztást, míg az e) pont a versenyeztetéssel kapcsolatos összejársásokat. A 13. § rendelkezik a csekély jelentőségű megállapodásokról: a megállapodás abban az esetben mentesül a 11. §-ban meghatározott tilalom alól, amennyiben a megállapodást kötő felek piaci részesedése nem haladja meg a 10%-ot. Ha azonban a versenytársak közötti megállapodás az árak rögzítésére, vagy a piac felosztására vonatkozik, úgy a tilalom a piaci részesedéstől függetlenül érvényesül.

A GVH által feltárt építőipari kartellek rövid ismertetése

Az esetek rövid ismertetése előtt rögzítendő, hogy valamennyi határozat bírósági felülvizsgálata folyamatban van. Ítélet a Fiumei úti székház ügy kivételével még nem született, azonban ezen ítéletet ellen a GVH nyújtott be jogorvoslati kérelmet a Fővárosi Ítéltáblához.

A jogorvoslati kérelmek kapcsán megállapítható, hogy az eljárás alá vontak általában nem értettek egyet a határozatban foglalt érintett piac meghatározásával, vitatták a bizonyítékok beszerzésének jogosságát, állították, hogy a GVH a jogszervi alvállalkozóval folytatott tárgyalásokat/alvállalkozói minőségben kötött szerződéseket minősítette versenykorlátozó megállapodásnak, és végül úgy vélték, hogy a GVH megsértette a bírságolásra vonatkozó közleményét.

³Tpvt. 11. § (1) Tilos a vállalkozások közötti megállapodás és összehangolt magatartás, valamint a vállalkozások társadalmi szervezetének, a köztisztviselőnek, az egyesülésnek és más hasonló szervezetnek a döntése (a továbbiakban együtt: megállapodás), amely a gazdasági verseny megakadályozását, korlátozását vagy torzítását célozza, vagy ilyen hatást fejthet, illetve fejt ki. Nem minősül ilyennek a megállapodás, ha egymástól nem független vállalkozások között jön létre.



Fiumei úti székház⁴

Az Országos Nyugdíjbiztosítási Főigazgatóság 2001-ben nyílt előminősítéses eljárást hirdetett meg a fiumei úti székháza teljes körű átalakítására, felújítására, a kapcsolódó kivitelezői, szakipari munkálatok elvégzésére, felhívását megjelentetve a Közbeszerzési Értesítőben. Ezen a Baucont Rt., továbbá a KÉSZ Kft. és az ÉPKER Kft., végül a Középületépítő Rt. is indult. A kiíró az eljárást érvénytelennek nyilvánította.

2002-ben a Főigazgatóság az eljárást ismét kiírta, de most már tárgyalásos közbeszerzési eljárást hirdetett. Erre a korábban említett négy vállalkozás ismét jelentkezett. A kiíró a részvételi felhívásban megadott értékelési szempontok alapján az ajánlattevőket rangsorolta; ajánlatételre a három legmagasabb pontszámot elért jelentkezőt, a Középületépítő Rt.-t, a Baucont Rt.-t és az ÉPKER Kft.-t kérte fel. E döntés ellen a KÉSZ Kft. jogorvoslattal élt a Közbeszerzési Döntőbizottságnál.

A Versenytanács (Vt.) megállapította, hogy a Baucont Rt. és az ÉPKER Kft. a végső ajánlatételt megelőzően olyan megállapodást kötött, amely bármelyikük nyertessé válása esetére a vesztes félnek - alvállalkozási megbízás, illetve pénzügyi kárpótlás formájában - ellentételezési kötelezettséget írt elő. A Vt. szerint ez a magatartás nem csupán felosztotta a piacot az érintett felek között, de jelentős mértékben csökkentette a gazdasági verseny egyik fontos elemét, a vesztes kockázatát. Az eljárás alá vontak magatartása megvalósította a versenyeztetéssel kapcsolatos összejársás tényállását.

⁴Vj-28/2003.

A Baucont Rt. és az ÉPKER Kft. később bevonta a megállapodásba a KÉSZ Kft.-t is, amely ennek ellentételezéséül később visszavonta jogorvoslati kérelmét, így szintén részesévé vált a tiltott összejársásnak. A Baucont Rt. és ÉPKER Kft. kísérletet tettek a Középületépítő Rt. bevonására is, ez azonban – a rendelkezésre álló bizonyítékok alapján – nem volt sikeres, a Középületépítő Rt. nem követett el versenyjogsértést.

A pályázatot végül a Baucont Rt. nyerte meg, a megvalósítási munkálatokba bevonta a KÉSZ Kft.-t és az ÉPKER Kft.-t is.

A Vt. a versenyeztetés, ezen belül különösen a közbeszerzési eljárások során történő összejársást, piacfelosztó magatartást a gazdasági verseny tisztaságát súlyosan sértő cselekménynek minősítette, s ezért a Baucont Rt.-t 227 millió forint, az ÉPKER Kft.-t ugyancsak 227 millió forint, végül a KÉSZ Kft.-t 136 millió forint bírság megfizetésére kötelezte.

Kaposvári egyetem⁵

Az Oktatási Minisztérium 2002. április 3-án közbeszerzési eljárást írt ki a Kaposvári Egyetem részére épülő hallgatói multifunkcionális központ, oktatási és szolgáltatói férőhelyek, valamint informatikai központ megvalósítására, amelyen - más vállalkozások mellett - a Középületépítő Rt. és a Baucont Rt. is elindult, az utóbbi a Klíma-Vill Kft.-vel alkotott konzorcium keretében. A pályázatok előzetes elbírálását követően csak e két vállalkozást kérték fel ajánlatételre.

A versenyfelügyeleti eljárás során megállapítást nyert, hogy a Baucont Rt. és a

⁵Vj-154/2003.

Középületépítő Rt. a végső ajánlattételt megelőzően olyan megállapodást kötöttek, amely bármelyikük nyereségre esetére a vesztes félnek - alvállalkozói megbízás, illetve pénzbeli kárpótlás formájában - elmentételezési kötelezettséget ír elő. A GVH birtokába került ún. alvállalkozói tükörszerződések minden elemükben azonos tartalmúak voltak, csak a megbízó és megbízott cserélt helyet. A közbeszerzési törvény a vizsgált időszakban nem tilalmazta azt, hogy az ugyanazon közbeszerzési eljárásban versenytársként induló vállalkozások a megbízás elnyerését követően – műszaki és/vagy kapacitás kihasználtsági okok miatt – egymást bevonják a munka megvalósításába, és ez a magatartás önmagában véve a versenyjogot sem sértene. A Vt. álláspontja szerint ugyanakkor az ajánlattétel során, az eredményhirdetés előtt titokban megkötött tükörszerződések a fenti okokkal nem magyarázhatóak, ezért céljuk a gazdasági verseny egyik fontos hajtóerejének, a vesztes kockázatának a csökkentése volt. Ez a magatartás a versenytörvény 11. §-ának e) pontjába ütközően megvalósította a versenytársak közötti, a versenyztetéssel kapcsolatos összejátszás tényállását.

A Vt. a Baucont Rt.-t és a Középületépítő Rt.-t egyaránt 149-149 millió forint bírsággal sújtotta.

A Fővárosi Bíróság hatályon kívül helyezte⁶ a GVH ezen határozatát, mivel az érintett piac tekintetében nem értett egyet az abban foglaltakkal, ugyanakkor a jogsértés bizonyíthatóságát megállapíthatónak tartotta. Az eljárás jelenleg a Fővárosi Ítéletábrla előtt van folyamatban a GVH jogorvoslati kérelme folytán.

Bartók Béla út felújítása⁷

A BKV Rt. Metró Projekt Igazgatóság 2002 első negyedében több közbeszerzési eljárást írt ki a 4-es metró előkészítésével kapcsolatban.

A Vt. álláspontja szerint a belső Bartók Béla útra vonatkozó közbeszerzési eljárás ajánlati szakaszában induló Strabag Rt. és EGUT Rt. a verseny korlátozását célzó, illetve arra alkalmas összehangolt magatartást tanúsítottak. Ugyancsak jogellenes – a versenytársak közötti versenyztetéssel kapcsolatos –, összehangolt magatartást állapított meg a Vt. a Bocskai cso-

mópont átépítésére kiírt közbeszerzési eljárással összefüggően a Strabag Rt. és a RING Kkt. terhére.

A határozat indokolása szerint a pályázati ajánlatok beadása előtt fenti vállalkozások – a versenyhelyzetből következő ésszerű magatartással szemben – közvetlen kapcsolatot vettek fel a Strabag Rt. által küldött faxüzenetek formájában, melyek alkalmasak voltak a pályázaton induló versenytársak piaci magatartásának befolyásolására.

A Versenytanács álláspontja szerint a versenyt megalapozó és meghatározó üzleti érdek – jogszerű magatartás mellett – azt tételezi fel, hogy a pályázatok egyes szereplői (a versenytársak) önállóan határozzák meg piaci magatartásukat. Ez kizár minden olyan – közvetlen vagy közvetett – kapcsolatot, amelynek akár célja, akár hatása folytán befolyásolni kívánja, befolyásolja, vagy befolyásolhatja a versenytárs piaci viselkedését. Mindezen szempontokra figyelemmel a Versenytanács a Strabag Rt., valamint az EGUT Rt. és a RING Kkt. fenti magatartását a gazdasági versenyt korlátozóknak és így a versenytörvénybe ütközően jogsértőnek találta. Ezért a Versenytanács a Strabag Rt.-vel szemben együttesen 137 millió forint, az EGUT Rt.-vel szemben 56 millió forint, a RING Kkt.-vel szemben pedig 52 millió forint versenyfelügyeleti bírságot szabott ki.

Autópálya-kartell⁸

A GVH 2003 februárjában indított versenyfelügyeleti eljárást annak megállapítására, hogy a Nemzeti Autópálya Rt. által 2002 augusztusában (az M7 balatonszárszói, az M7-M70 Becsehely–Letenye, és az M3 görbeházai szakaszra) kiírt nyílt, előminősítéses közbeszerzés során az induló vállalkozások összejátszottak-e ajánlataik beadása során. A GVH az eljárást később kiterjesztette a 2002. júliusban kiírt, majd eredménytelennek nyilvánított ugyanezen szakaszokra vonatkozó meghívásos pályázatra is. A Vt. a felderített tényállás alapján megállapította, a cégek előzetesen felosztották egymás között melyik pályázó melyik autópálya szakasz kivitelezését szerzi meg, illetve a fővállalkozó melyik vállalkozást fogja alvállalkozóként bevonni az összesen 59,91 kilométeres, bruttó 160 milliárd forintos

építkezés során. A Vt. szerint az áregyeztetésben és a piacfelosztásban megnyilvánuló akarategyezség, az eredménytelenül nyilváníttás után, a megismételt pályázat során is fennmaradt. A bírság kiszabása során a Vt. azt mérlegelte, hogy az összejátszás piactorzító hatása számottevő volt, mert abban valamennyi, a kiíró feltételei alapján szóba jöhető, jelentős vállalkozás részt vett, illetve a nem versenykörülmények között kialakult árak több évre kiterjedően befolyásolták a magyarországi autópálya-építéseket. A Vt. a korábban ismertett ügyekhez hasonlóan tekintettel volt arra is, hogy a jogsértés közpénzek felhasználását érintette, így annak hatása fokozottan sértette a társadalmi érdekeket. A kiszabott bírságok az alábbiak szerint alakultak: Strabag Rt. 2 468 000 000 Ft., Betonút Rt. 2 212 000 000 Ft., Hídépítő Rt. 1 371 000 000 Ft., Debmüt Rt. 496 000 000 Ft., Egüt 496 000 Ft.

A versenyztetéssel kapcsolatos kartellek fajtái

A versenyztetéssel kapcsolatos kartellek a legsúlyosabb versenyjogi jogsértések körébe tartoznak. E jogsértések általában a piac felosztására, illetve az árak meghatározására vonatkoznak és számos országban büntetőjogi szankciók kiszabását vonják maguk után.

Általában az alábbi típusú versenyztetéssel kapcsolatos kartelleket különbözteti meg a nemzetközi szakirodalom:⁹

Színlelt ajánlat (Cover bidding): A megállapodásban részt vevő vállalkozások magasabb ajánlati árat adnak be, mint a nyereségre kiválasztott vállalkozás, vagy olyan ajánlatot adnak, mely a kiíró számára elfogadhatatlan (pl. Autópálya ügy)

Ajánlat visszatartás (Bid suppression): A vállalkozások abban állapodnak meg, hogy nem tesznek ajánlatot, vagy visszavonják azt annak érdekében, hogy a kiválasztott vállalkozás nyerjen.

Ajánlatok körforgása (Bid rotation): Ez a változat egy több pályázatra kiterjedő, kifinomult rendszert takar, melyben a vállalkozások abban egyeznek meg, hogy melyik alkalommal ki lesz a legjobb ajánlatot beadó.

Piacfelosztó megállapodások: A versenyztetéssel kapcsolatos piacfelosztó

⁶ 2.K.32084/2004/2-1 sz. ítélet
⁷ Vj-138/2002.

⁸ Vj-27/2003.

⁹ Ld. pl. <http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct01076e.html>

megállapodások során a vállalkozások abban állapodnak meg, hogy meghatározott területeken vagy meghatározott kiírók esetében nem adnak be ajánlatot.

Megemlítendő továbbá az ún. *kockázatcsökkentő megállapodás*, melyben a felek abban állapodnak meg, hogy a nyertes meghatározott arányban alvállalkozóként alkalmazza a vesztes vállalkozást. Az elvégzendő munka általában nincsen konkrétan megjelölve a szerződésben, hanem csak a fizetendő pénzeszeg.

E kockázatcsökkentő megállapodások célja és hatása, hogy csökkentik a versenytársakra kifejtett versenynyomást. Nyilvánvaló ugyanis, hogy más ajánlatot tesz egy vállalkozás abban az esetben, ha „vesztés” esetén mindent elveszt, mintha a vesztes esetén is részesedik a kiírt munka elvégzéséből. A versenynyomás csökkenése egyben az árak emelkedésével jár, hiszen a pályázaton részt vevők nincsenek arra kényszerítve, hogy a lehető legalacsonyabb ajánlatot adják be.

E megállapodás-típussal a Versenytanács többek között a Kaposvári egyetem ügyben szembesült. A GVH több megállapodástervezetet talált, melyek ugyanazon rendelkezéseket tartalmazták, csak a felek neve cserélődött az egyes pozíciókban. A GVH arra a következtetésre jutott, hogy e megállapodások gazdaságilag nem ésszerűek, és egyetlen céljuk a vesztes kockázatának csökkentése.

A versenyeztetéssel kapcsolatos kartellek fajtái

- Ajánlat-visszatartás
- Színlelt ajánlat
- Ajánlatok körforgása
- Piacfelosztó megállapodások
- Kockázatcsökkentő megállapodás

Konzorciális megállapodások és a közös vállalatok

A kockázatcsökkentő megállapodások sok hasonlóságot mutatnak a közös vállalatokkal és a konzorciális megállapodásokkal.

Az előbbi megállapodások titkosak, a kiíró számára nem ismertek, és céljuk az, hogy minden félnek jusson egy szelet a „tortából”. Ennek megfelelően e megállapodások közvetett hatással vannak az árakra is, magasabb pályázati árat, vagy a tárgyalásos eljárásban kisebb árengedményt eredményeznek.

Konzorciális megállapodások

A konzorciális megállapodások nyilvánosak, a kiíró számára is ismertek, és elősegítetik a verseny fejlődését azáltal, hogy növelik a pályázó vállalkozások számát és hatékonyság-alapon csökkentik az árakat. A konzorciális megállapodások lehetnek versenyellenesek, de a csekély jelentőségükre¹⁰ tekintettel egyedi mentesítésekre lehetőség van.

A vállalkozások mindaddig azonban jellemzően nem fordultak a GVH-hoz mentesítési kérelemmel - e lehetőségük a Tpvt. novemberben hatályba lépő módosítását követően meg is szűnik. Ennek feltehetőleg több oka is volt:

Egyrészt a közbeszerzési törvény lehetőséget ad a közös ajánlat adására. E rendelkezésre való hivatkozás Tpvt.-vel való összeegyeztethetőségének megmértetésére még csak egy alkalommal¹¹ került sor, és a Vt. nem tartotta elfogadhatónak azt, azonban e határozat nem kapott nagy nyilvánosságot. Megjegyzendő az is, hogy a közösségi dimenziójú eseteknél a nemzeti jog adta esetleges „védelem” is hiábavaló lesz a közösségi versenyjog alkalmazása következtében.

Másrészt a vállalkozások lehetnek azon az állásponton, hogy egy ilyen jellegű megállapodás nem versenykorlátozó: ez igaz is lehet abban az esetben, ha a felek önállóan nem lennének képesek az adott munka kivitelezésére¹².

¹⁰ Tpvt. 13. § (1) Nem esik a tilalom alá a megállapodás, ha csekély jelentőségű.

(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.

¹¹ „Gyakori, hogy a közbeszerzési eljárásban több vállalkozás konzorciumot alkotva közös ajánlattal vesz részt. Erre a Kbt. 36. §-a (2) bekezdésének első mondata (több ajánlattevő közösen is tehet ajánlatot) lehetőséget ad a közbeszerzési eljárások során, azonban a Kbt. e rendelkezése önmagában nem eredményezi a Tpvt. hatályának hiányát. ... A kartelltilalom a vállalkozások más jogszabály által megengedett magatartás-koordinációjától függetlenül érvényesül (vö. a Legfelsőbb Bíróság, mint felülvizsgálati bíróság a Vj-49/1991. számú ügyben hozott Kfv. X. 25.428/1993/10. számú ítéletével). Ennek megfelelően a Tpvt. 11. §-ának rendelkezései csak abban az esetben nem alkalmazandók, ha egy világos, egyértelmű törvényi rendelkezés a vállalkozások számára egy olyan körülírt, konkrét magatartás tanúsítását teszi lehetővé, amely egyébként a Tpvt. előírásaiba ütközne.” (Vj-149/2003.)

¹² Az erre vonatkozó versenytanácsi álláspont vonatkozásában ld. Vj-149/2003.: „A Versenytanács szerint a versenyjogi tilalomba ütközhet, ha olyan vállalkozások hoznak létre objektív gazdasági indokok nélkül konzorciumot (a jelen esetben konzorciumnak is minősülő együttbiztosítási csoportot), amelyek önállóan is képesek lennének a siker esélyével indulni a közbeszerzési eljárásban.”. Ld. továbbá a Bizottság 88/568/EEC számú döntését (Commission Decision IV.32.437/8-Eurotunnel)

Harmadrészt, ha a megállapodás versenykorlátozó is lenne, hivatkozhatnának a vállalkozások a csekély jelentőségű megállapodásokra vonatkozó kivételre. (A csekély jelentőség kapcsán ugyanakkor figyelemmel kell lenni arra, hogy az érintett piac meghatározása függ attól, hogy a közbeszerzési eljárás mely szakaszára vonatkozik a megállapodás.)

Könnyen előfordulhat, hogy a konzorciális megállapodások a versenyjogi szabályokba ütköznek: pl. amennyiben ugyanazon vállalkozások vesznek részt rendszeresen különböző konzorciumokban, úgy csökkenhet a verseny azáltal, hogy a konzorciumtagok megismerik egymás értékes üzleti titkait. Vegyük például azt a helyzetet, amikor X, Y, Z, W vállalkozások három konzorciumban nyújtanak be ajánlatot egy pályázatra: XY, YW, és WZ. Ilyen esetben nyilvánvaló, hogy megvalósul egy versenykorlátozó hatású információáramlás. E helyzetek könnyen elkerülhetőek azáltal, hogy kiíró megtiltja a jelentkezők számára, hogy több konzorciumban vegyenek részt.

Közös vállalatok

A GVH-nak lehetősége volt, hogy egy építőiparral kapcsolatos eljárás során véleményt nyilvánítson a közös vállalatokról.¹³ Az első kartellvizsgálatok idejében nyújtottak be a GHV-hoz egy összefonódási kérelmet, melynek értelmében négy építőipari vállalkozás létre kívánt hozni egy közös vállalatot. Mindegyik alapító vállalkozásnak 25%-os részesedése lett volna, és a közös vállalat az alapítókéval azonos tevékenységét végzett volna. A Versenytanács arra a következtetésre jutott, hogy e tranzakció nem összefonódás, mivel a felek célja nem az alapítók tevékenységeinek és eszközeinek összeolvasztása volt, hanem a korábban független piaci tevékenységük koordinálása. Megjegyezte a Versenytanács, hogy a közös vállalat valószínűsíthetően olyan megállapodásnak minősül, mely alkalmas a verseny korlátozására, vagy akadályozására. Ezt támasztották alá az alábbi tények:

- a közös vállalat célja a felek piaci magatartásának koordinálása volt,
- a tulajdonosok ugyanazon piacon tevékenykedtek, mint a közös vállalat,

¹³ Vj-80/2003.

- a közös vállalat alaptőkéje alacsony volt, mely nem zárta ki, hogy a közös vállalat fő célja a közös ajánlatok beadásának lehetővé tétele volt,
- a közös vállalat irányítói az alapító vállalkozások vezetői voltak.

Az érintett piac meghatározása

A GVH szerint az érintett piac meghatározásának célja a közbeszerzési eljárások esetében azon potenciális és aktuális vállalkozások beazonosítása, amelyek a pályázat eredményének befolyásolására képesek. Megjegyzendő ugyanakkor, hogy amennyiben a megállapodás kőkemény kartellnek¹⁴ minősül, úgy a releváns piac, és a felek piaci részesedése pusztán a bíróságszámítás szempontjából fontos, hiszen a „csekély jelentőség” ezen ügyekben nem alkalmazható.

A releváns piac meghatározása számos körülménytől függ:

- a közbeszerzés típusa: nyílt, meghívásos, vagy tárgyalásos,
- a közbeszerzés érintett szakasza: részvételi vagy ajánlattételi szakasz,
- a pályázati kiírásban szereplő feltételek.

Néhány alapelv kikristályosodott az érintett piac meghatározása kapcsán a GVH gyakorlatában:

A nyílt¹⁵, vagy tárgyalásos pályázat esetében elméletileg számtalan vállalkozás nyújthat be ajánlatot, így piaci részesedésük alacsony. Ez ugyanakkor csak a részvételi szakaszban igaz, mivel az ajánlattételi szakaszban a GVH tapasztalata szerint általában már csak négy-öt vállalkozás marad. A meghívásos eljárásban a résztvevők száma már az elejétől kezdve korlátozott, miután többnyire csak néhány vállalkozás kerül meghívásra. Ez volt a helyzet pl. a első autópálya tender esetében, ahol négy vállalkozást hívott fel a kiíró ajánlattételre.

A pályázat feltételei szintén nagymértékben korlátozhatják az ajánlatot beadó vállalkozások számát. A második autópálya pályázat esetében kizárólag olyan magyar vállalkozások tehetek ajánlatot, amelyek az elmúlt öt évben az autópálya kivitelezésére kiírt közbeszerzés tárgyának megfelelő, vagy azonos súlyú referenciával rendelkeztek. E feltételek eredményeként az érintett piac szűk volt, pusztán négy vállalkozás tehetett ajánlatot. Ezen túlmenően az egyik vállalkozás „kettős” ajánlatot tett, egyet önállóan, egyet pedig egy konzorcium tagjaként, mivel tartott attól, hogy nem felel meg a referenciakövetelményeknek.

Az érintett piac meghatározása függ attól is, hogy az eljárás mely fázisában került sor a megállapodás megkötésére. Ha pl. X és Y vállalkozások közötti megállapodás, mely szerint a vesztes megkapja a munka 50 %-át, a tender kiírása előtt kötetik meg, úgy az érintett piac főszabály szerint rendkívül széles, hiszen a pályázatra jelentkezni képes vállalkozások száma nagy, akár Magyarország területén kívüli vállalkozások is szóba jöhetnek. Szűkebb lesz ugyanakkor a piac, ha a megállapodást a részvételi jelentkezés határidejének lejártát, vagy a részvételi szakasz lezárását követően az ajánlati szakaszban kötik meg, ahova csak néhány vállalkozás jut tovább. Az ajánlati szakaszban ugyanis már csak azok a vállalkozások vannak jelen, melyek megfeleltek a kiíró által meghatározott követelményeknek. A kiíró szempontjából csak ezek a vállalkozások vannak az adott piacon, hiszen az eljárásban nem indult, illetve tovább nem jutott vállalkozások nem képesek a „bentmaradók” magatartásának befolyásolására. Összegzőképpen elmondható tehát, hogy a pályázati szakasztól függően alakul a pályázaton történő összejátszás versenyre gyakorolt hatása.

Az érintett piacon aktív vállalkozások piaci részesedésének kiszámítása során a GVH az alábbiak szerint járt el: ha a vállalkozások lényegében azonos erőt képviseltek az ajánlatok beadása szempontjából, akkor azonos piaci részesedéssel rendelkezőnek tekinthetőek. Valamennyi vállalkozás piaci részesedése így $1/N$, ahol N az ajánlatot adók száma.¹⁶

Az érintett piac meghatározása kulcskérdéssé vált a Fiumei úti székház bírósági felülvizsgálata során. Ezen ügyben a GVH ellentmondásosan indokolta, hogy az ügyben szereplő kockázatcsökkentő megállapodás piacfelosztásra vonatkozik-e vagy nem, és így lehetőség van-e a csekély jelentőségű megállapodásokra vonatkozó kivétel alkalmazására.

A felek álláspontja szerint az érintett piac a meghatározott volumen (érték) feletti építkezések magyarországi piaca, ahol a felek piaci részesedése jóval 10% alatti, és így a csekély jelentőség miatt a magatartásuk jogszerű.

A Fővárosi Bíróság lényegében a felek álláspontjával értett egyet. A GVH az Ítélet táblához fordult az elsőfokú ítélet megváltoztatása érdekében, arra hivatkozva, hogy a kockázatcsökkentő megállapodás a piacfelosztó megállapodások egy fajtája, így nem kerülhet sor a csekély jelentőségű megállapodásokra vonatkozó kivétel alkalmazására. Fenntartotta továbbá a GVH azon álláspontját mely szerint az érintett piac az adott meghirdetett építési-kivitelezési munka, így ha a megállapodás nem is kőkemény versenykorlátozásnak lenne, abban az esetben sem minősülne csekély jelentőségű folytán kivétel alá esőnek, tekintettel a felek majd 100%-os piaci részesedésére.

A megállapodás vagy az összehangolt magatartás bizonyítása

Bár a GVH Kartell csoportja egyre fejlettebb eszközökkel kutatja fel a bizonyítékokat, általában csak közvetett bizonyítékok (e-mailek, naptárbejegyzések, alá nem írt megállapodások és tanúvallomások) állnak a hatóság rendelkezésére.

A bíróságokra marad annak eldöntése, hogy a GVH megfelelő mértékben bizonyította-e az egyes összejátszásokat. A Fiumei úti székház ügyében hozott bírósági ítélet alapján elmondható ugyanakkor, hogy a bíróságok megfelelőnek tartják a közvetett bizonyítékokon alapuló bizonyítást. A Fővárosi Bíróság arra az álláspontra jutott, hogy közvetlen bizonyíté-

¹⁴ Kőkemény kartellnek a hazai szakirodalom azon versenykorlátozó megállapodásokat érti, amelyek nyilvánvalóan arra a célra irányulnak, hogy a versenyjogellenes korlátozása révén tisztességtelen haszonhoz jussanak a részes felek. Tipikusan ebbe a körbe tartozik az árverseny egymás közötti kizárása, a piac egymás közötti felosztása, vagy a pályázatokon, közbeszerzéseken való olyan összejátszás, melynek célja a verseny látszatának fenntartása mellett az ellenértékként kért díj magasán tartása.

¹⁵ Megjegyzendő, hogy az előminősítéses nyílt eljárás során az előminősítés már nagymértékben szűkíti a potenciális ajánlatot tevők körét.

¹⁶ Ld. The World Bank, Washington, D.C. and OECD, Paris, "A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy", (1998), 17. oldal

kok hiányában, a rendelkezésre álló közvetett bizonyítékok, így a megállapodástervezetek, a beadott ajánlatok, a jogorvoslat visszavonása, és a felek megállapodás tervezetben foglaltakkal nagymértékben megegyező magatartása elegendőek voltak a jogsértés megállapításához. A Bíróság vélekedése szerint egy korábbi akaratgyegység hiányában nincs ésszerű és indokolható magyarázat arra, hogy a pályázatot megnyerő vállalkozás miért adja fel a jövedelmező fővállalkozói pozícióját, és miért vonja be a vesztes felet egyenrangú partnerként a kivitelezésbe, amikor ugyanezen feladat elvégzésére egyszerű alvállalkozóként is bevonhatná.

A kartellben részt vevőkre kiszabható „szankciók”

A kartellben részt vevőkre kiszabható „szankció”

- versenyjogi bírság,
- büntetőjogi szankció: szabadságvesztés, közérdekű munka, vagy pénzbírság,
- közbeszerzési szankció: kizárás,
- kártérítés.

Versenyjogi bírság

A Versenytörvény rendelkezései szerint a GVH megállapíthatja a jogsértést, eltilthatja a vállalkozást a magatartás további folytatásától, és bírságot szabhat ki, melynek legmagasabb összege a határozat meghozatalát megelőző üzleti évben elért nettó árbevétel 10%-a lehet.

A büntetőjogi szankciók

A versenytörvény 2005 első félévében aktuális módosítása kapcsán felmerült annak lehetősége, hogy természetes személyekkel szemben sor kerülhessen büntetőjogi szankció kiszabására a közbeszerzésekkel kapcsolatos kartellek esetében. Végül a Tpv. keretein kívül, a Büntető törvénykönyv módosításával került sor bizonyos kartellek „kriminalizációjára”.¹⁷

¹⁷ Ld. a Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény és más törvények módosításáról szóló 2005. évi XCI. törvény 14. §-át. A hatálybalépés időpontja 2005. szeptember 1-je.

A Büntető törvénykönyv új 296/B §-ának szövege

„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, közérdekű munka vagy pénzbüntetés, 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 GVH álláspontja a „kriminalizáció” kapcsán mindvégig egyértelmű volt: a büntetőjogi szankciók növelhetik a kartellek elleni harc hatékonyságát, azonban a jogalkotónak biztosítani kell, hogy a büntetőeljárások ne akadályozzák a versenyfelügyeleti eljárást, és ne tegyék működésképtelenné az engedékenységi politikát.¹⁸

¹⁸ Ezen politika lényege, hogy a jogsértő megállapodásban részes vállalkozás, ha felhagy a jogsértéssel és azt a hatóság előtt feltárja, mentesül a kifizetendő bírság alól, mellyel szembesülnie kellene, ha megállapodását egy másik részes fél jelentené be a hatóságnak, vagy ha az magától jönne rá arra, hogy az adott piacon ilyen jogsértő magatartás zajlik. Ld. a GVH elnökének és a GVH Versenytanácsa elnökének 3/2003. számú együttes közleménye a kartellek feltárását segítő engedékenységi politika alkalmazásáról.

Közbeszerzési eljárással kapcsolatos jogkövetkezmények

A közbeszerzési kartellekben résztvevő vállalkozások a büntetőjogi és versenyjogi következményeken túlmenően más jogkövetkezményekkel is szembesülhetnek. A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény 61. §-a szerint az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban előírhatja, hogy az eljárásban nem lehet ajánlattevő vagy a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó, aki a Versenytörvény 11. §-a (2) bekezdésének e) pontjával kapcsolatban - öt évnél nem régebben meghozott - jogerős és végrehajtható versenyfelügyeleti határozatban vagy a versenyfelügyeleti határozat bírósági felülvizsgálata esetén a bíróság jogerős és végrehajtható határozatában megállapított jogszabálysértést követett el; illetőleg ha az ajánlattevő ilyen jogszabálysértést más versenyhatóság vagy bíróság - öt évnél nem régebben - jogerősen megállapította.

Az ajánlattevő kizárása pusztán lehetőség, és nem kötelezettség, ugyanakkor a gyakorlat azt mutatja, hogy e rendelkezés az egyik legnagyobb akadálya az engedékenységi kérelmek előterjesztésének, mivel az esetleges 5 évre történő eltiltás a közbeszerzésektől jóval nagyobb visszatartó erővel bír, mint a versenyfelügyeleti bírság.

Kiegészítette a közbeszerzési törvény e rendelkezését a versenytörvény módosításáról szóló 2005. LXVIII. törvény¹⁹. E módosításnak megfelelően a Tpv. 11. §-ába, vagy az Európai Közösségeket létrehozó szerződés 81. cikkébe ütköző magatartás is a potenciális kizárás indoka lehet. Szűkítő feltétel lett ugyanakkor, hogy csak azon vállalkozások esetében érvényesül e rendelkezés, melyekre bírságot is kiszabtak.

¹⁹ 2005. évi LXVIII. törvény 63. § (1) 2005. november 1-jén a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény 61. §-a (1) bekezdésének b) pontja helyébe az alábbi rendelkezés lép: [Az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban előírhatja, hogy az eljárásban nem lehet ajánlattevő vagy a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó, illetőleg a d)-e) pont tekintetében alvállalkozó, aki]

„b) a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény 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