

A közbeszerzési jog és a versenyjog határterülete: a közbeszerzési kartell Cartels in public procurements

Dr. Ferencz Nándor, jogi tanácsadó, Közbeszerzési Hatóság

DOI: 10.37371/KEP.2020.5.1

Címszavak: közbeszerzés, versenyjog, kartell, kizáró ok, öntisztázás

Absztrakt

A közbeszerzési jog és a versenyjog nagyon szoros kapcsolatot mutat egymással, jelen cikk célja, hogy bemutassa – elsősorban a közbeszerzési törvény felől közelítve – a két jogterület legfontosabb határterületét: a közbeszerzési kartellt, ahol nem lehet eljárni mind a versenyjogi, mind a közbeszerzési jogi szempontok figyelembevételével. A cikk körbejárja a fontosabb bírósági, európai és döntőbizottsági jogeseteket a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) rendelkezéseinek vizsgálata mellett. Először a Kbt. alapelvei, azt követően a releváns kizáró okok, egy-két további rendelkezés, majd végül az öntisztázást érintő rendelkezések lesznek a vizsgálat tárgyai.

Abstract

Public procurement law and competition law has a lot in common, the aim of this article is to show (primarily from the perspective of the Act on Public Procurement) the most important interface between the two areas of law, namely public procurement cartels. In that field, it is not possible to act without taking into account both competition law and public procurement law aspects. The article will show the most important European and Hungarian court cases and the relevant cases of the Hungarian Arbitration Board of Public Procurements. Following the logic of the Act on Public Procurement the article will start with the general principles, then follows the assessment of the exclusion grounds and other important rules, and finally, the provisions on self-cleaning will be examined.

1. A kartell fogalma

A kartell fogalma szempontjából a két legfontosabb jogforrás az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés (a továbbiakban: EUMSZ.), valamint a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.). Az EUMSZ. 101. cikke szerint a belső piaccal összeegyeztethetetlen és tilos minden olyan vállalkozások közötti megállapodás, vállalkozások társulásai által hozott döntés és összehangolt magatartás, amely hatással lehet a tagállamok közötti kereskedelemre, és amelynek célja vagy hatása a belső piacon belüli verseny megakadályozása, korlátozása vagy torzítása.

A Tpv. 11. § (1) bekezdése szerint tilos a vállalkozások közötti megállapodás és összehangolt magatartás, valamint a vállalkozások egyesülési jog alapján létrejött szervezetének, köztestületének, egyesülésének és más

hasonló szervezetének (a továbbiakban együtt: vállalkozások társulása) 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.

2. Alapelvek

A Kbt. 2. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő köteles biztosítani, a gazdasági szereplő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát.

Közbeszerzési jogi szempontból rendkívül nagy jelentősége van annak, hogy a verseny tisztasága külön alapelvként nevesítésre került a Kbt.-ben, mivel így az

ajánlatkérők, valamint a Kbt. 145. § (2) bekezdésére¹ tekintettel a Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban: Döntőbizottság) hatáskörrel rendelkezhet annak a kérdésnek az eldöntésében is, hogy valamely közbeszerzési eljárás során tanúsított magatartás sérti-e a verseny tisztaságát. A leírtak alapján az ajánlatkérők és a Döntőbizottság olyan esetben is alkalmazhat szankciókat, amikor a gazdasági szereplők - az alapelveken kívül - nem sértenek konkrét közbeszerzési jogi rendelkezést, azonban magatartásuk nyilvánvalóan torzította a versenyt. A Döntőbizottságnak így lehetősége volt például a D.229/21/2018. számú, valamint a D.344/20/2019. számú határozatában feltárni egy-egy közbeszerzési kartellt.

Az Európai Unió Bírósága (a továbbiakban: EUB) által kialakított és a Kbt. alapelvei között is szereplő egyenlő bánásmód, valamint az átláthatóság követelménye nem esnek egybe a verseny biztosítására vonatkozó versenyjogi törekvésekkel. A közbeszerzési jog területén ugyanis az átláthatóság és az egyenlő bánásmód alapelvei alapján a benyújtott ajánlatoknak mindig önállóknak kell lennie, míg a versenyjogi kartelltilalom nem terjed ki olyan vállalkozások magatartására, amelyek egymástól nem függetlenek,² ahogyan láttuk ezt a Tpv. 11. §-a szerinti kartell definíciójában is. Ebből a szempontból is kiemelkedő szerepe van a Kbt.-ben deklarált alapelveknek, ugyanis az ajánlatkérőknek, valamint a Döntőbizottságnak lehetősége van olyan esetekben szankcionálni a versenytorzító megállapodást, ahol a Tpv. alapján egyébként nem lehetne megállapítani a kartellt. A leírtakból következően a közbeszerzési eljárás során az ajánlatkérők, a Döntőbizottság, valamint a bíróságok tágabb értelemben vizsgálhatják a versenyt szűkítő magatartásokat. Tovább növelve az ajánlatkérők lehetőségeit 2020. február 1-jétől, immár a Tpv. szerinti kartellfogalomtól nem terhelve külön nevesített kizáró okként került meghatározásra a közbeszerzési eljárás során kötött kartellmegállapodás. Érdeemes

megjegyezni, hogy az ajánlatkérőknek a februári módosítást megelőzően is, alapelvi sérelem esetén lehetősége volt a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja szerint érvényteleníteni az érintett ajánlatokat, sőt a Kbt. 75. § (2) bekezdés c) pontja alapján ajánlatkérő eredménytelenné nyilváníthatja az eljárást, amennyiben valamelyik ajánlattevő vagy részvételre jelentkező az eljárás tisztaságát vagy a többi ajánlattevő, részvételre jelentkező érdekeit súlyosan sértő cselekményt követ el.

Az eljárás eredménytelenségének kimondása azonban nem lehet automatikus. A Kúria Kf.III.37.521/2019/10. számú ítéletében kifejtette, hogy a Kbt. 75. § (2) bekezdés c) pontja az eljárás tisztaságának sérelmét jelöli meg lehetséges eredménytelenné nyilvánítási okként, a Kbt. a legtöbb helyen azonban - Kbt. 2. § (1) bekezdés, 25. §, 28. §, 65. § (3) bekezdés, 158. § (1) bekezdés - a verseny és nem az eljárás tisztaságára vonatkozó szabályokat tartalmaz, míg a Kbt. 36. § (2) és 62. § (1) bekezdés o) pontja kifejezett versenyjogsértésekről szól, továbbá a Kbt. 187. § (4) bekezdése egy negyedik fogalmat, a közbeszerzések tisztaságának fogalmát használja. A Kúria kifejtette, hogy az eljárás tisztaságát sértő cselekmény bizonyított elkövetését, és a konkrét versenykorlátozó megállapodás, összehangolt magatartás esetleges, valószínű, de nem bizonyított fennálltát, mint különböző kifejezéseket, fogalmakat egymásnak nem lehet automatikusan megfeleltetni.³ Az eredménytelenség megállapítását tehát minden esetben egyedileg kell mérlegelni.

A fentiek szerint látható, hogy a Kbt. alapelveinek vizsgálata nélkülözhetetlenné teszi, hogy az eljáró ajánlatkérő, bíróság vagy a Döntőbizottság versenyjogi szempontokat is mérlegeljen, illetve versenyjogi joggyakorlatot alkalmazzon, azonban bizonyos esetekben mégis figyelmen kívül kell hagynia egyes speciális versenyjogi szabályokat, mivel ahogy azt az európai bírósági joggyakorlat is több esetben kimondta, a közbeszerzési jogsértés vizsgálata független a

¹ A közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, az építési, illetve szolgáltatási koncesszióra, valamint a koncessziós beszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok megsértése miatt indult eljárás lefolytatása a közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás tekintetében - ideértve a Kbt. 21. § (4) bekezdésében említett külön jogszabály szerinti előminősítési kérelem elutasítása és az előminősítési listáról való törlés miatt indult eljárást is (a továbbiakban: előminősítési ügyekben indított jogorvoslati eljárás) - a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik.

² dr Szijjártó Katalin és dr. Várhomoki-Molnár Márta: A közbeszerzési verseny tisztaságának védelme, a közbeszerzési és a versenyjog kapcsolata az Európai Unió Bíróságának 2018. évi döntésében, Közbeszerzési Szemle, 2018/12. szám.

³ Kúria Kf.III.37.521/2019/10. számú ítéletének 47-48. pontjai.

vállalkozások magatartásának versenyjogi értékelésétől.⁴

3. A kartell bizonyítása

Érdemes itt röviden kitérni a Kbt. 36. § (2) bekezdésére, mely szerint, amennyiben az ajánlatkérő az adott közbeszerzési eljárás során a Tpv. 11. §-a, vagy az EUMSZ. 101. cikke szerinti rendelkezések nyilvánvaló megsértését észleli vagy azt alapos okkal feltételezi, köteles azt jelezni a Gazdasági Versenyhivatalnak (a továbbiakban: GVH). A Kbt. vagylagos feltételrendszerében a „nyilvánvaló megsértés észlelése” kevesebb magyarázatot igényel. Azt, hogy mi számít alapos oknak, a Döntőbizottság D.492/22/2009. sz. határozata segíthet eldönteni, mely szerint a kötelezettség beálltához nem elégséges a szubjektív megítélés, a feltételezés, vagy csak a gyanú, hanem a minősítő jelzővel ellátott alapos gyanú szükséges. Az alapos gyanú pedig – hasonlóan más jogágakban már kikristályosodott jogértelmezéshez, joggyakorlathoz – azt jelenti, hogy ajánlatkérő a rendelkezésére álló dokumentumokra, bizonyítékokra tekintettel, alappal gondolhat arra, hogy a konkrét esetben megvalósulhatott a hivatkozott törvényi előírások megsértése. Ezt az értelmezést erősíti a Kúria Kf.III.37.521/2019/10. számú ítélete is.⁵ Füzesi Géza, a GVH Felderítő Iroda vezetője azonban arra az álláspontra helyezkedett, hogy a Döntőbizottság ezen értelmezése kissé szigorú és elegendő lehet a jelzéshez csupán a gyanú, mely úgy írható körül, hogy olyan tényeken és adatokon nyugvó sejtés, mely esetén nagyobb annak a valószínűsége, hogy jogsértés történt, mint annak, hogy nem történt.⁶

Önmagában azonban a GVH felé történő jelzés nem elegendő az ajánlatkérő részéről. A Döntőbizottság a D.138/19/2018. sz. határozatában rámutatott, hogy a Kbt. 62. § (1) bekezdés o) pontja nem alternatív lehetőség a Kbt. 36. § (2) bekezdéséhez vagy az eljárás eredménytelenségének a megállapításához képest, vagyis abban az esetben, ha az ajánlatkérőnek a Tpv. 11. §-ában foglaltakra vonatkozóan megalapozott

információi vannak, akkor az érintett gazdasági szereplőt az eljárásból ki kell zárnia. A határozat kiemelte, hogy sem a Döntőbizottság, sem pedig az ajánlatkérő nem vonja el a GVH hatáskörét, amikor a Tpv. 11. §-ában foglaltakat megvizsgálja annak eldöntése érdekében, hogy alkalmaznia kell-e a Kbt. 36. § (2) bekezdését, vagyis mind az ajánlatkérőnek, mind a Döntőbizottságnak joga van, sőt kötelezettsége vizsgálni és bizonyítani a kartelljogsértés feltételeit.

A Kvf.II.37.672/2015/28. sz. ítéletében a Kúria kifejtette, hogy a kartellezésről általában nem kötnek írásbeli megállapodást, hiszen az elkövetők érdeke az, hogy a jogsértés rejtve maradjon. Éppen ezért a kartelljogsértések esetében általában nem áll rendelkezésre egyetlen, mindent eldöntő, egyértelmű, közvetlen bizonyíték, vagyis ilyen jellegű bizonyíték szolgáltatása még a GVH-tól sem várható. A D.397/22/2017. sz. határozat kiemeli továbbá, hogy a kartell adott eljárásban való bizonyítását nehezíti az a tény, hogy az ajánlatkérők nem nyomozó hatóságok, tehát nem végezhetnek nyomozati cselekményeket, ennek megfelelően az ajánlatkérő számára nem írnak elő kötött bizonyítást sem a Kbt., sem az irányelvek. A Döntőbizottság álláspontja szerint - a leírtakból következően - a kizáró ok alkalmazásához elegendő, ha az ajánlatkérő az egyes bizonyítékok logikai láncba fűzésével és az azokból levont okszerű következtetéssel bizonyítani tudja, hogy az adott ajánlattevők magatartásukat összehangolták a verseny jogellenes torzítása érdekében.

Az eljárás akkor is hasonló, amikor az ajánlatkérő vagy a Döntőbizottság nem a Tpv. szerinti versenyjogi kartellt, hanem alapvető sérelmet kíván megállapítani. Az EUB ítélkezési gyakorlata nem a versenyjogot, hanem az összeférhetetlenséget alkalmazta analógia-ként olyan esetben, amikor nem a versenyjog szerinti kartell, hanem „csupán” a közbeszerzési eljárás során tanúsított versenyt sértő magatartás volt a vizsgálat

⁴ dr. Szíjjártó Katalin és dr. Várhomoki-Molnár Márta: A közbeszerzési verseny tisztaságának védelme, a közbeszerzési és a versenyjog kapcsolata az Európai Unió Bíróságának 2018. évi döntésében, *Közbeszerzési Szemle*, 2018/12. szám.

⁵ A Kúria Kf.III.37.521/2019/10. számú ítéletének 40. pontja szerint az alapos gyanú fennállásához az szükséges, hogy az ajánlatkérő a rendelkezésére álló dokumentumokra, bizonyítékokra tekintettel, alappal gondolhasson arra, hogy a konkrét esetben megvalósulhatott a jogsértés.

⁶ Füzesi Géza: Miről lehet felismerni a kartellezőket? *Közbeszerzési Szemle*, 2018/10. sz.

tárgya.⁷ Az EUB C-531/16. sz. ügyben hozott ítélete szerint a tényleges érvényesülés elve megköveteli, hogy a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó uniós szabályok megsértésének bizonyítása ne csak közvetlen bizonyítékok, hanem valószínűsítő körülmények útján is történhessen, feltéve hogy azok objektívek és egybehangzóak és az ajánlattevők számára fennáll az ellenkező bizonyításának lehetősége (lásd analógia útján: 2016. január 21-i Eturas és társai ítélet, C-74/14, EU:C:2016:42, 37. pont).

4. Kartellre utaló tartalmi és formai jelek:

A Törvényszék T-110/07. számú ügyben hozott ítéletében - amelyet az EUB C-239. P. számú ítéletével helybenhagyott - kifejtette, hogy a versenyellenes magatartás vagy megállapodás létezésére bizonyos egybeesésekből és jelekből olyan következtetéseket lehet levonni, amelyek együttes vizsgálata egyéb összefüggő magyarázat hiányában a versenyjogi szabályok megsértésének bizonyítékát nyújthatják.⁸ A GVH a honlapján „Az ajánlatkérők lehetőségei a közbeszerzési kartellek felderítésének segítésére” címmel oktatási anyagot⁹ és „Kartellgyanús közbeszerzés?” címmel tájékoztató füzetet¹⁰ tett közzé a közbeszerzésben közreműködő ajánlatkérők és az őket ellenőrző felügyeleti szervek munkatársai számára a lehetséges egybeesésekről és jelekről. A kartelljogsértés gyanúját ugyanis, különböző, az ajánlatokban megtalálható tartalmi és formai anomáliák is felvethetik.

A GVH által közzétett anyagok alapján kartellről árulkodó tartalmi jel lehet például, ha egy vagy több ajánlattevő visszavonja az ajánlatát, majd a győztes alvállalkozóként bevonja őket a teljesítésbe vagy, ha számottevő különbség van a legalacsonyabb ár és a többi árajánlat között. Árulkodó tartalmi jel lehet, ha ugyanazok a szereplők vesznek részt több versenytárgyaláson és mindig más nyer. Ilyen jel lehet továbbá, ha a nyertes ajánlattevő a szerződés teljesítésébe alvállalkozóként bevonja az érvénytelen ajánlatot adó ajánlattevőket, vagy ha a nyertes ajánlattevő hirtelen

eláll a szerződéskötéstől arra kényszerítve a kiíró, hogy a második legjobbal szerződjön.

Kartellről árulkodó formai jel lehet, ha az ajánlatok formája, külalakja hasonló, illetve, ha az ajánlatban hasonló helyesírási hibák, számítási hibák, elütések találhatóak. Kartellre utalhat, ha az adott ajánlattevőtől érkező ajánlat kifejezetten hivatkozik a versenytárs ajánlatára vagy egy másik ajánlattevő levelezési cégjelzését, faxszámát tartalmazza. Egyes ajánlattevők teljesen egyforma, részleteiben is azonos árakat jelölnek meg, illetve az árazásuk jelentős számban tartalmaz egyes tételek költségével kapcsolatosan hasonló becsléseket. Felmerülhet a versenyjogsértés gyanúja, amikor ugyanazok a mellékek, mellékletek, igazolások hiányoznak az ajánlatokból vagy, amikor több különböző ajánlattevőtől érkező ajánlat is tartalmaz utolsó pillanatban elvégzett törléseket vagy egyéb fizikai módosításokat.

Hasonló formai jelek alapján hozott döntést a Döntőbizottság a D.184/12/2011. sz. határozatában. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlattevők ajánlatukban a kizáró okok tekintetében formailag és tartalmilag teljesen azonos nyilatkozatot csatoltak és a kizáró okokról szóló nyilatkozat ugyanazokat a hibákat tartalmazta, valamint a kizáró okokra vonatkozó nyilatkozat tagolása, betűtípusa is ugyanaz volt.

Gyanúra okot adó formai jeleket rejthetnek az eljárás során készült elektronikus dokumentumok metaadatai is. A D.229/21/2018. sz. ügyben a Közbeszerzési Hatóság elnöke, mint hivatalbóli kezdeményező észlelte, hogy az ajánlatkérő részéről rendelkezésére bocsátott adathordozón fellelhető ajánlatok metaadatai szerint, azokat a bontás időpontját megelőzően, ugyanazon felhasználónévvel, ugyanazon verziószámú programmal készítették. A Döntőbizottság végül megerősítette a hivatalbóli kezdeményező álláspontját, mely szerint az a tény, hogy az érintett eljárásban beadott összes ajánlat készítője megegyezik, továbbá az, hogy rövid időbeli eltéréssel készültek a dokumentumok arra utaltak, hogy

⁷ dr Szíjjártó Katalin és dr. Várhomoki-Molnár Márta: A közbeszerzési verseny tisztaságának védelme, a közbeszerzési és a versenyjog kapcsolata az Európai Unió Bíróságának 2018. évi döntésében, Közbeszerzési Szemle, 2018/12. szám.

⁸ Törvényszék T-110/07. számú, a Siemens AG kontra Európai Bizottság ügyben hozott ítéletének 48. pontja.

⁹ Az ajánlatkérők lehetőségei a közbeszerzési kartellek felderítésének segítésére <https://bit.ly/2WQRZ43> (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

¹⁰ Kartellgyanús közbeszerzés? <https://bit.ly/3cp4b2p> (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

az egyes gazdasági szereplők összehangoltan, egymás megajánlásairól tudva vettek részt az eljárásban, kizárva ezzel a tényleges verseny érvényesülését. Végül a Döntőbizottság alapvető sérelmet állapított meg, jelen esetben azonban nem kérdéses, hogy versenyjogi szempontból is kartellnek minősült volna az ajánlattevők eljárása.

Hasonlóan az előbbi ügryhöz a Döntőbizottság ismételt az elektronikus iratok metaadataira támaszkodva állapította meg jogsértést a D.344/20/2019. sz. határozatában. A Közbeszerzési Hatóság elnöke, mint hivatalbóli kezdeményező kérte annak megállapítását, hogy az ajánlatkérő, valamint az eljárás több ajánlattevője megsértették a Kbt. 2. § (1) bekezdését, valamint az ajánlatkérő a Kbt. 36. § (2) bekezdését. A gyanút az keltette fel, hogy az ajánlatok felbontásáról szóló jegyzőkönyv szerint a rendelkezésre álló anyagi fedezet (és egyben a becsült érték) összege forintra pontosan megegyezett a nyertes ajánlat összegével. A hivatalbóli kezdeményező részéről a vizsgálata során felmerült a gyanú, hogy több ajánlatot, valamint az összeférhetlenségi nyilatkozatot, azok metaadatai, valamint a formai hasonlóságok alapján ugyanazon szerző készítette. Tekintettel arra, hogy az ajánlatokat tartalmazó .pdf fájlok a bontást megelőzően kerültek létrehozásra, azokat jogszerűen nem hozhatta létre ugyanazon szerző. A Döntőbizottság rögzítette továbbá, hogy ajánlatkérő nem mutatta be okszerűen, hogy miért nem kérdezett rá a nyertes ajánlat és a rendelkezésre álló fedezet vitathatatlanul szembetűnő egyezésére. A Döntőbizottság végül alaposnak találta a kérelmet és megállapította a jogsértést.

5. Kizáró okok

A versenyjogsértés és a közbeszerzési jog legmélyebb összefonódása a Kbt. által nevesített kizáró okok kapcsán figyelhető meg. A jogalkotó a kartellmegállapodást két esetben is kizárással szankcionálja. Egyrészt – a Kbt. 62. § (1) bekezdés o) pontja alapján – az adott közbeszerzési eljárásból maga az ajánlatkérő zárhatja ki a gazdasági szereplőt, ha bizonyítja az ajánlattevők összejátszását, másrészt – a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja szerint – három éves kizárást von maga után, amennyiben versenyjogsértés miatt a GVH

bírságot szabott ki az érintett gazdasági szereplőre. Ezekben az esetekben a jogalkotó korábban merev hivatkozást alkalmazva utalt a Tpv. 11. §-ára és az EUMSz. 101.cikkére, vagyis kizárólag a versenyjogi szempontból is kartellnek minősülő eljárás vont maga után kizárást és nem volt lehetőség közbeszerzési jogi szempontok figyelembevételére. Ez a merev hivatkozás februártól már csak az „n) pontos” kizáró ok esetében maradt meg.

5.1 Összejátszás az adott eljárásban

A Kbt. 62. § (1) bekezdés o) pontja tekintetében 2020. februárját megelőzően két kivétel is fennállt, ilyenkor a gazdasági szereplőt az „o) pontra” tekintettel nem lehetett kizárni a közbeszerzési eljárásból, függetlenül attól, hogy a verseny sérelmére vonatkozó egyéb feltételek megállapíthatók voltak. Az egyik kivételt a Tpv., a másikat pedig a Kbt. nevesítette. A kartelljogsértésre vonatkozó kizáró ok vizsgálatokor korábban nem mulaszthatta el ajánlatkérő a Tpv. 11. § (1) bekezdése második fordulatában szereplő kivétel vizsgálatát, ahogy erre rámutatott a Döntőbizottság a D.138/19/2018. sz. határozatában. Nem minősült ugyanis kartelljogsértésnek a megállapodás, ha egymástól nem független vállalkozások között jött létre. Annak a feltételeit, hogy mely vállalkozások minősülnek függetlennek, a Tpv. 15. § (1) és (2), valamint a 23. § (2) és (3) bekezdései tartalmazzák. A Tpv.-re való merev hivatkozás azonban 2020. február 1-jével kikerült a Kbt.-ből. A módosító javaslatához fűzött miniszteri indokolás szerint a Kbt. hatályos szabályai ugyan eddig is lehetővé tették – alapvető sérelemre hivatkozással – a nem független vállalkozások verseny torzítására alkalmas ajánlatainak érvénytelenné nyilvánítását, azonban a kizáró okok alkalmazása körében célszerűbb felhívni az ajánlatkérők azon kötelezettségére a figyelmet, hogy a nem független vállalkozások esetében is szükséges feltárni az ajánlatok egymásra történő befolyását, és meghozni a megfelelő intézkedéseket.

A módosítás a gyakorlatban nem jelent jelentős változást, az egymással közvetlen irányítási viszonyban álló gazdasági szereplőknek eddig is független versenytársként kellett viselkedni egy közbeszerzési eljárás során.¹¹ A Döntőbizottság a D.521/13/2014. határoza-

¹¹ dr Szijjártó Katalin és dr. Várhomoki-Molnár Márta: A közbeszerzési verseny tisztaságának védelme, a közbeszerzési és a versenyjog kapcsolata az Európai Unió Bíróságának 2018. évi döntésében, Közbeszerzési Szemle, 2018/12. szám.

tában megállapította, hogy amennyiben az egyik ajánlattevő tagja és ügyvezetője, illetve a másik ajánlattevő egyik tagja ugyanaz a személy, fennáll a Kbt. 2. § (1) bekezdésének a sérelme. A leírtakból azonban nem következik, hogy önmagában az a tény, hogy egy közbeszerzési eljárásban részt vevő két vállalkozás függő viszonyban áll egymással, sértené a verseny tisztaságát. A C-144/17. sz. „Lloyd’s of London” -ügyben az EUB – hivatkozva a következetes ítélkezési gyakorlatra – megállapította, hogy az uniós jog érdeke, hogy a lehető legtöbb ajánlattevő részvételét biztosítsa a közbeszerzési eljárásokban. Ebből következően az EUB szerint más részvételre jelentkezőkkel vagy ajánlattevőkkel felügyeleti vagy társulási viszonyban álló részvételre jelentkezők vagy ajánlattevők automatikus kizárása meghaladja azt a mértéket, amely az összejátszó magatartás megelőzéséhez és ekként az egyenlő bánásmód elve alkalmazásának és az átláthatósági követelmény tiszteletben tartásának biztosításához szükséges.¹² Az ajánlatok önállóságának vizsgálata tehát minden ügyben egyedi vizsgálatot igényel. Ahogy azonban azt az EUB,¹³ valamint a Döntőbizottság¹⁴ is több alkalommal kimondta és a Kbt. 25. § (1) bekezdésében is rögzítésre került, az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás során köteles minden olyan cselekményt, szükséges intézkedést elvégezni, amely a közbeszerzési eljárás tisztaságába vetett bizalom megőrzését biztosítja.

Februárt megelőzően a Kbt. 62. § (1) bekezdés o) pontja alapján kivételt jelentett a kizáró ok alkalmazása alól, amennyiben a gazdasági szereplő feltárta a GVH-nak a Tpv. 11. §-ba, illetve az EUMSZ. 101. cikkébe ütköző kartellt és ezért a GVH engedékenységet alkalmazott a gazdasági szereplővel szemben. Ez a kivétel szintén törölni került 2020. február 1-jével. A törvénymódosítás indokolt volt, mivel az ajánlatkérőt szükségtelenül szorította be a versenyjog keretei közé a jogalkotó, miközben az alapvető sérelem kapcsán kialakított joggyakorlat ettől függetlenül elvárta az ajánlatkérőtől a verseny tisztaságát sértő ajánlatok érvénytele-

nítését. Így a szabályozás következetesebb lett és kizárólag olyan esetekben maradt meg a Kbt.-ben a Tpv.-re való merev hivatkozás, ahol a GVH is érintett. Az ajánlatkérőnek, illetve jogorvoslat esetén a Döntőbizottságnak a verseny tisztaságát sértő magatartás észlelése esetén továbbra is mérlegelnie kell a vállalatok függetlenségét, csak nem a kizáró okok, hanem a Kbt. 36. § (2) bekezdése szerinti értesítési kötelezettség kapcsán. A GVH engedékenységi eljárása pedig mind az „n) pontos” kizáró ok, mind egy esetleges öntisztázás kapcsán releváns lehet.

5.2 Hatósági határozatban vagy bírósági ítéletben megállapított kartell

A Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja szerinti kizáró ok csak abban az esetben áll be, ha a kartellt a GVH, bíróság vagy külföldön az erre illetékes szerv állapítja meg. A kizáró ok másik feltétele, hogy bíróság kiszabására is sor kerüljön. Jelen esetben tehát a kizáró ok beálltának időpontja végleges közigazgatási határozathoz vagy jogerős bírósági ítélethez kötődik, ebből következően a jogsértés tényleges időpontja és a kizáró ok lejártának időpontja között akár jóval több idő is eltelhet, mint az az Európai Parlament és a Tanács a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló 2014. február 26-i 2014/24/EU irányelve (a továbbiakban: 2014/24/EU irányelv) által a kizárás maximális időtartamaként meghatározott öt vagy három év.¹⁵ A magyar szabályozás azonban nem ütközik az irányelvi rendelkezésekbe, ezt megerősítette a C-124/17. sz. (Vossloh Laeis GmbH)¹⁶ előzetes döntéshozatali eljárásban született ítélet, melyben az EUB kimondta, hogy a tagállamok jogszerűen járnak el, amikor a kizáró ok fennálltát és annak maximális időtartamát a jogsértés megállapításához és nem a jogsértő cselekmény elkövetéséhez kötik.

A kizárás hároméves időtartamát a Kbt. 63. § (3) bekezdésének megfelelően kell számolni. A 2018. január 1-jétől hatályos általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.)

¹² Lloyd's of London kontra Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria (C-144/17. sz. ügy) ítéletének 34-35. pontjai.

¹³ Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras és Ecoservice projektai (C-531/16. sz. ügy).

¹⁴ Lásd: D.344/20/2019. sz. határozat.

¹⁵ 2014/24/EU irányelv 57. cikk (7) bekezdése.

¹⁶ Vossloh Laeis kontra Stadtwerke München (C-124/17. sz. ügy).

fontos változásokat hozott. A Kbt. 62. § (1) bekezdésének n) pontja ugyan nem fogalmaz teljesen egyértelműen,¹⁷ abból azonban, ahogy beépítésre kerültek az Ákr. szerinti fogalmak, lehet következtetni. Két esetet határoz meg a jogalkotó. Az első esetben a jogsértést a GVH végleges határozata állapítja meg, ilyenkor a hároméves kizáró ok - az Ákr. 82. § (1) bekezdése alapján - a döntés közlésével áll be. A második esetben a jogsértést közigazgatási per keretében a bíróság állapítja meg. Ez olyankor fordulhat például elő, amikor a GVH határozatát - mely egyébként nem állapít meg jogsértést - megváltoztatja a bíróság. Ebből következően az az eset, amikor közigazgatási per keretében a bíróság helybenhagyja a GVH döntését, a kizáró ok beálltát nem befolyásolja, az továbbra is a GVH határozatától számítandó, vagyis önmagában a közigazgatási per kezdeményezése nem jár halasztó hatállyal a kizáró ok fennállására vonatkozóan. A gazdasági szereplőnek azonban lehetősége van a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 50. §-a szerinti azonnali jogvédelmet kérni.

Ezt az értelmezést támasztja alá a Döntőbizottság gyakorlata is. Ugyan nem az „n) pontos”, hanem a „q) pontos”¹⁸ kizáró ok kapcsán merült fel először az akkor még új Ákr. értelmezésének kérdése, azonban mivel a két kizáró ok időtartamának meghatározása szinte azonosan van megfogalmazva a Kbt.-ben, álláspontom szerint bátran vehetjük alapul a Döntőbizottság gyakorlatát. Az első „q) pontos” ítéletek 2018-ban, az Ákr. hatályba lépését követően, a D. 162/38/2018. sz. és a D.161/21/2018. sz. határozatok voltak. Ezen döntések alapján a Döntőbizottság a határozatok véglegessé válását követően azonnal feltette a szankcionált gazda-

sági szereplőket a „q) pontos” kizáró ok hatálya alatt állók listájára, a kizáró ok időtartama pedig a végleges határozattól számítva került feljegyzésre. A Döntőbizottság a megjegyzés rovatban feltünteti, amennyiben közigazgatási per során az érintettek azonnali jogvédelmet kérnek. A Döntőbizottság gyakorlata azóta is töretlen, álláspontom szerint hasonlóan kell kezelni a kartelljogsértésről szóló végleges határozatokat is.

Jelen kizáró ok esetében konjunktív feltétel, hogy sor kerüljön mind a jogsértés megállapítására, mind a bírság kiszabására. Ebből következően, amennyiben pl. a GVH által kiszabott bírság összegét utólag a bíróság csökkenti, a kizárás hároméves időtartamának kezdő időpontja nem változik, mivel ebben az esetben nem kerül sor bírság kiszabására, csupán annak módosítására.¹⁹

6. Egyéb rendelkezések

A kartelljogsértéseket és a versenytorzító magatartásokat tiltó szakaszokon felül a Kbt. több olyan rendelkezést is tartalmaz, melyek esetében a jogalkotó a megelőzés érdekében olyan magatartásformákat korlátoz, melyek célja tipikusan a verseny korlátozása lehet. Ezeknek az eseteknek is lehet közbeszerzési jogi és a versenyjogi aspektusa, de jellemzően önmagában ezen rendelkezések megsértése még nem jelent automatikusan versenyjogsértést. Ilyen tipikus magatartás, amikor a nyertes ajánlattevő ún. támogató ajánlatokkal segíti a többi ajánlattevőt, amit jellemzően a kartellben résztvevők kompenzálnak és például alvállalkozóként

¹⁷ A Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja szerint az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, és nem vehet részt alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, aki a Tpv. 11. §-a, vagy az EUMSZ 101. cikke szerinti - három évnél nem régebben meghozott - véglegessé vált és végrehajtható versenyfelügyeleti határozatban vagy a versenyfelügyeleti határozat megtámadására irányuló közigazgatási per esetén a bíróság véglegessé vált és végrehajtható határozatában megállapított és bírsággal sújtott jogszabálysértést követett el; vagy ha az ajánlattevő ilyen jogszabálysértését más versenyhatóság végleges döntésében vagy bíróság jogerősen - három évnél nem régebben - megállapította és egyúttal bírságot szabott ki”.

¹⁸ A Kbt. 62. § (1) bekezdés q) pontja szerint az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, és nem vehet részt alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, aki súlyosan megsértette a közbeszerzési eljárás vagy koncessziós beszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés teljesítésére e törvényben előírt rendelkezéseket, és ezt a Közbeszerzési Döntőbizottság véglegessé vált, - vagy a Döntőbizottság határozatának megtámadására irányuló közigazgatási per esetén a bíróság jogerős - 90 napnál nem régebben meghozott határozata megállapította.

¹⁹ Lásd: GVH Vj/20-243/2017. számú határozata.

vonják be ezeket a szereplőket.²⁰ Ezt az esetet hivatott megelőzni a Kbt. 36. § (1) bekezdése, mely szerint az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező ugyanabban a közbeszerzési eljárásban - részajánlat-tételi lehetőség biztosítása esetén ugyanazon rész tekintetében - nem tehet másik ajánlatot más ajánlattevővel közösen, illetve nem nyújthat be másik részvételi jelentkezést más részvételre jelentkezővel közösen, más ajánlattevő, illetve részvételre jelentkező alvállalkozójaként nem vehet részt, és más ajánlattevő, illetve részvételre jelentkező szerződés teljesítésére való alkalmasságát nem igazolhatja.

Természetesen a közös ajánlattétel vagy az alvállalkozók bevonása önmagában nem jogellenes, ilyenkor azt kell vizsgálni, hogy a konzorcium tagjai, valamint az alvállalkozóként bevont gazdasági szereplők egyébként képesek lettek volna-e önállóan ajánlatot tenni.²¹

Hasonló megközelítést tükröznek a műszaki leírás, az alkalmassági követelmények, valamint az értékelési szempontokra vonatkozó előírások is.²² A GVH viszonylag nagy médiafigyelmet kiérdemlő Vj/19/2016. számú határozata például egy olyan közbeszerzési kartellt tárt fel, ahol a műszaki specifikációk és az értékelési szempontok meghatározásának kiemelt jelentősége volt. A GVH észlelte, hogy az eljárás alá vont vállalkozások 2015-től olyan egyeztetéseket folytattak és információkat osztottak meg egymással, amelyek a KEOP 5.6.0-E/15-2015 azonosító számú "Egészségügyi eszközök energia-megtakarítást célzó beszerzésének támogatása" elnevezésű pályázati konstrukcióhoz (a továbbiakban: KEOP pályázat) kapcsolódóan kiírt, képalkotó diagnosztikai eszközök beszerzésére szóló közbeszerzési eljárások kapcsán tanúsítandó ajánlatadói magatartások meghatározására irányultak.

A GVH határozatában megállapította, hogy az ajánlatkérők az ajánlati felhívás műszaki dokumentáció tartal-

mának elkészítésébe különböző módokon bevonták az általuk preferált piaci szereplőket, amely szereplők oly módon működtek közre a műszaki tartalom meghatározásában, hogy annak hatására a specifikáció bizonyos gyártókat teljesen vagy részlegesen kizárt az ajánlattétel lehetőségéből. A túlspecifikáció révén a piaci szereplők leszűkítették a potenciális ajánlattevők, ideértve a gyártók és a szállítók körét is, így előre meghatározhatták a nyertes vállalkozás személyét, hiszen a műszaki tartalomként olyan tulajdonságokat határoztak meg a túlspecifikációban résztvevők, amelynek csak a saját termékük vagy annak a gyártónak a terméke, akinek a termékét értékesítik képes megfelelni, valamint az értékelési szempontok meghatározásában is részt vettek oly módon, hogy olyan értékelési szempontokat igyekeztek meghatározni, amik az általuk gyártott, illetve forgalmazott termékeket hozza ki győztesként az értékelés során.²³

Nem teljesen világos, hogy a Kbt.-ben szereplő, a verseny, illetve a közbeszerzési eljárás tisztaságát deklarálóan védő rendelkezések miként viszonyulnak egymáshoz. A Kúria Kf.III.37.521/2019/10. számú ítéletében - tekintettel arra, hogy a Kbt. maga négy egymástól különböző fogalmat használ²⁴ versenyjogsértő cselekményekkel összefüggésbe hozható módon - a Döntőbizottságot hívta fel, hogy ezen fogalmakat elvi szinten is meghatározza, egymástól elkülönítse, és koherens rendszerbe helyezze.

6.1 Kartellbűncselekmény

Érdemes még néhány szót szólni a közbeszerzési kartell esetleges büntetőjogi következményeiről. A Büntető Törvénykönyvről szóló 2012. évi C. törvény (a továbbiakban: Btk.) 420. §-a tartalmazza a közbeszerzési kartellt, mint büntetőjogi tényállást. Ez azt jelenti, hogy az eddig tárgyalt közbeszerzési és versenyjogi jogterületen felül egy harmadik jogterület, a büntetőjog is

²⁰ dr. Péli-Bencze Márk: Az alvállalkozói lét elviselhető könnyűsége, *Közbeszerzési Értesítő Plusz*, 2019. I. évfolyam 4. szám, 40. oldal.

²¹ dr. Péli-Bencze Márk: Az alvállalkozói lét elviselhető könnyűsége, *Közbeszerzési Értesítő Plusz*, 2019. I. évfolyam 4. szám, 41. oldal.

²² Lásd: [2014/24/EU irányelv preambulum (74) bekezdés], [Kbt. 58. § (3) bekezdés], [Kbt. 65.§ (3) bekezdés], [Kbt. 76. § (6) bekezdés].

²³ Lásd: Vj/19/2016. sz. határozat (126) bekezdése https://www.gvh.hu/dontesek/versenyhivatali_dontesek/dontesek_2016/vj-1920161405 (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

²⁴ Lásd: Alapelvek cím alatt.

bírhat relevanciával a kartellmegállapodások esetén. Létezik olyan szakirodalmi értelmezés, mely keretdiszpozícióként definiálja a tényállást, ugyanis azt egyrészt a Kbt. tölti meg tartalommal, másrészt az elkövetési magatartás értelmezése szempontjából a Tpv. az irányadó háttérnorma.²⁵ A gyakorlatban ugyanakkor nincs sok relevanciája a büntetőjogi tényállásnak, ugyanis jóllehet a tényállás mintegy 14 éve része a magyar jogrendszernek, az tulajdonképpen a bűnügyi statisztikák alapján holtnak tekinthető.²⁶

7. Öntisztázás

Tekintettel arra, hogy a GVH által megállapított és bírsággal sújtott kartell hároméves kizárást von maga után, egy ilyen határozattal sújtott gazdasági szereplő számára rendkívül fontos lehet, hogy minél előbb visszakerülhessen a közbeszerzési piacra. Így a közbeszerzési jog és a versenyjog kapcsolatának vizsgálatakor megkerülhetetlen az öntisztázás intézményének áttekintése.

A 2014/24/EU irányelvnek²⁷ megfelelően a Kbt. lehetőséget biztosít, hogy a kizáró ok hatálya alatt álló gazdasági szereplő bizonyíthassa megbízhatóságát és a kizáró ok ellenére részt vehessen közbeszerzési eljárásban. A megbízhatóság megállapítása iránti kérelmeket Magyarországon a Közbeszerzési Hatóság (a továbbiakban: Hatóság) bírálja el. A Hatóságnak ahhoz, hogy mérlegelni tudjon egy „n) pontos” kizárás okán benyújtott kérelmet, akarva akaratlanul is alkalmaznia kell versenyjogi szempontokat, valamint vizsgálnia kell a GVH határozatában tett megállapításait, amely értelemszerűen versenyjogi és nem közbeszerzési jogi szempontokat érvényesít határozataiban.

A megbízhatóság megállapításának feltételeit a Kbt. 188. § (2) bekezdése tartalmazza, eszerint „a kizáró ok hatálya alá tartozó gazdasági szereplő a megbízhatóságának bizonyítása érdekében köteles igazolni, hogy

- a) a bűncselekménnyel, köteleességszegéssel vagy egyéb jogsértéssel okozott kárt - a károsult által elfogadott mértékben - megtérítette vagy arra meghatározott határidővel kötelezettséget vállalt;
- b) az illetékes hatóságokkal aktívan együttműködve átfogóan tisztázta az ügy tényállását és körülményeit; és
- c) olyan technikai, szervezeti és személyi intézkedést hozott, amely alkalmas a további bűncselekmény, köteleességszegés, illetve egyéb jogsértés megelőzésére.”

A kártérítés, az együttműködés, valamint a jogsértés megelőzése egyaránt olyan fogalmak, melyeknek lehet a versenyjog és az öntisztázás szempontjából releváns vetülete, ezért a továbbiakban külön-külön vizsgálom ezeket a kérdéseket.

7.1 Kártérítés

A Hatóság által kiadott elnöki tájékoztató szerint a Hatóság a kár fogalmát funkcionálisan értelmezi, vagyis a reparáció követelményéből adódóan a jogsértéssel okozott joghátrány kompenzációját vizsgálja. Ez azt is jelenti, hogy a kár bekövetkezésének nem feltétele annak bírósági ítéletben való megállapítása.²⁸

A versenyjog területén a kártérítésre vonatkozó szabályozásban az Európai Parlament és a Tanács 2014. november 26-i a tagállamok és az Európai Unió versenyjogi rendelkezéseinek megsértésén alapuló, nemzeti jog szerinti kártérítési keresetekre irányadó egyes szabályokról szóló 2014/104/EU irányelv (a továbbiakban: 2014/104/EU irányelv) hatályba lépésével fontos változások történtek. A 2014/104/EU irányelv (47) preambulumbekzdése szerint indokolt azt vélelmezni, hogy egy kartell által elkövetett jogsértés esetében a jogsértés kárt okozott, különösen az arra gyakorolt hatás révén. Ebből kifolyólag a 2014/104/EU irányelv 17. cikk (2) bekezdése szerint kartell keretében elkövetett ver-

²⁵ Molnár Erzsébet: a kartellmegállapodás büntetőjogi szankcionálásának kriminálpolitikai vizsgálata, Versenytükr, XV. évfolyam, 2019/1. szám, 32. oldal.

²⁶ Molnár Erzsébet: a kartellmegállapodás büntetőjogi szankcionálásának kriminálpolitikai vizsgálata, Versenytükr, XV. évfolyam, 2019/1. szám, 37. oldal.

²⁷ [2014/24/EU irányelv 57. cikk (6) bekezdés].

²⁸ A Közbeszerzési Hatóság Elnökének tájékoztatója a Kbt. 64. §-a szerinti öntisztázás gyakorlati tapasztalatairól Közbeszerzési Értesítő, 2018. évi 236. szám, 7. oldal <https://bit.ly/35W5Vh0> - (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

senyjogi jogsértés esetén vélelmezni kell a károkozás tényét. A jogsértő jogosult e vélelem megdöntésére.

A hivatkozott irányelv rendelkezéseinek átültetésére a magyar jogrendszerbe 2017. január 15-ével, a Tpv. 88/A. §-88/Q. §-ig terjedő szakaszokkal való kiegészítésével került sor.

Az elnöki tájékoztató az „n) pontos” kizáró ok kapcsán kiemeli, hogy a Tpv. 88/D. § (4) bekezdése szerint az ellenkező bizonyításáig vélelmezni kell, hogy a jogsértés kárt okozott, ha a felperes bizonyítja, hogy a versenyjogi jogsértés kartellt valósított meg.

A kartellek kapcsán a Tpv.-be bekerült károkozási vélelem olyan jelentőséggel bír, hogy a Hatóság ezt külön kiemelte tájékoztatójában. Ez egy újabb példája annak, amikor a versenyjogi rendelkezések kihatnak a közbeszerzési jogi megítélésre. Álláspontom szerint azonban ez nem jelenti azt, hogy a Hatóság az idézett rendelkezést közvetlenül alkalmazná eljárása során. A Hatóság a Philips Magyarország Zrt. megbízhatóságát megállapító határozatában²⁹ kérelmező időbeli hatályra vonatkozó kifogása kapcsán kifejtette, hogy a Tpv. 88/D. §-a szerinti vélelem alkalmazásának időbeli hatálya nem releváns, tekintettel arra, hogy az kizárólag a kár fogalmának értelmezése, funkcionális megközelítése keretében nyújt viszonyítási pontot, csupán megerősíti a Hatóság - már a vélelem törvénybe iktatását megelőzően is alkalmazott - értelmezését a versenyjogsértés kapcsán történt károkozás vonatkozásában. A leírtakból következően a Hatóság valójában nem közvetlenül alkalmazza a Tpv. szerinti rendelkezéseket, hanem azokat csak egyfajta mankóként használja saját értelmezésének alátámasztására. Ez értelemszerű, mivel a Tpv. 88/D. §-a valójában a kartell következtében bekövetkezett károk bírósági úton való reparációját hivatott segíteni. A Hatóság kárértelmezése és a polgári jog szerinti kár fogalma között nem tehető egyenlőségjel, így ezen rendelkezéseket a Hatóság nem alkalmazhatja közvetlenül.

A Hatóság egyébként nincs könnyű helyzetben, amikor kartelljogsértés esetén kell mérlegelnie a károkozás tényét. A Hatóság kialakította ugyanis azt a joggyakorlatot, mely szerint, ha az ellenkezőjére utaló irat nem áll rendelkezésre, elfogadja a Kbt. 188. § (2) bekezdése a) pontjának igazolásához kérelmező nyilatkozatát, mely szerint nem történt károkozás.³⁰ Kartell esetén azonban ez önmagában nem elegendő, mivel ott a Tpv. és a Hatóság is felállított egy megdönthető vélelmet a károkozás ténye tekintetében. A Hatóságnak ugyanakkor nem állnak rendelkezésre olyan eszközök a bizonyításra, mint egy bíróságnak vagy akár a GVH-nak, továbbá a Kbt.-ben meghatározott 15+15 munkanapos határidő sem teszi lehetővé szakértő igénybevételét. A vélelem azonban megdönthető, így annak a kiüresítését jelentené, ha a Hatóság automatikusan elutasítaná a károkozás hiányára való hivatkozást. A leírtakból következően ugyan a károkozás hiányának bizonyítása a kérelmezőt terheli, de ha okszerűen bemutatja érvelését, azt alátámasztja iratokkal és a Hatóságnak nem áll rendelkezésre az ellenkezőjére utaló irat, elfogadja kérelmező nyilatkozatát a károkozás hiányára, ahogy ez történt a Philips Magyarország Kft. és a Siemens Healthcare Kft.³¹ ügyében is. Ez természetesen nem azt jelenti, hogy a Hatóság eljárása ne lett volna alapos, a határozatok alapján kérelmezőknek számlákkal, szerződésekkel és a piaci összevetésekkel kellett bizonyítaniuk, hogy árazásuk nem volt magasabb a szokásos piaci áraknál. A Hatóságnak, összhangban a 2014/104/EU irányelv (46) preambulbekezdésével azt kellett értékelnie, hogy a szóban forgó piac hogyan alakult volna a jogsértés hiányában. Fontos kiemelni a szóban forgó határozatok kapcsán, hogy a KEOP pályázattal összefüggésben megkötött kartellmegállapodások olyan szempontból rendkívül különlegesek voltak, hogy céljuk elsősorban nem az árrögzítés, hanem a rövid határidők miatt összehangolt magatartás útján lehívható uniós támogatások felhasználása volt.³²

²⁹ <https://bit.ly/3fDSdUy> (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

³⁰ A Közbeszerzési Hatóság Elnökének tájékoztatója a Kbt. 64.§-a szerinti öntisztázás gyakorlati tapasztalatairól Közbeszerzési Értesítő, 2018. évi 236. szám, 7. oldal <https://bit.ly/35W5Vh0> - (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

³¹ <https://bit.ly/3dI24XA> (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

³² Vj/19/2016. határozat 240) bekezdése https://www.gvh.hu/dontesek/versenyhivatali_dontesek/dontesek_2016/vj-1920161405 (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

7.2 Együtműködés

Versenyjogsértés tekintetében az, hogy mely hatóság minősül illetékes hatóságnak³³ értelemszerű. Az aktív együtműködés kereteinek meghatározása már a Hatóság mérlegelési jogköre. E tekintetben segítséget nyújthat a Hatóság elnöki tájékoztatója, mely szerint versenyjogsértés esetén nem elvárható a kérelmezővel szemben az engedékenységi kérelem vagy az egyezségi nyilatkozat benyújtása, de természetesen ez megalapozhatja az aktív együtműködés megállapítását.³⁴ Áttekintve a Hatóság megbízhatóságát megállapító határozatait megállapítható, hogy ugyan nem minden esetben, de az „n pontos” kizáró okkal kapcsolatos ügyek nagyrésztében az engedékenységi, illetve egyezségi kérelem jelentette az aktív együtműködést. A Hatóság régebbi határozataiban még elfogadta kérelmező érvelését, melyet a Törvényszék T-236/01., T-239/01., T-244/01., T-246/01., T-251/01 és T-252/01-egyesített ügyek (Tokai Carbon Co. Ltd. és mások kontra Bizottság [2004] ECR II-1181. 409. pont) során kifejtett elvi álláspontjára alapozott, mely szerint önkéntes együtműködésnek kell tekinteni azon tény, hogy olyan kérdésekre vonatkozóan szolgált a gazdasági szereplő információkkal, ami bírságcsökkentést igazolhat.

A Tpv. 78/A. § (1) bekezdése szerint az eljáró versenytanács a bírság kiszabását mellőzi vagy a bírságot csökkenti annak a vállalkozásnak a tekintetében, amely az e törvényben meghatározott módon feltárja a GVH-nak a 11. §-ba, illetve az EUMSZ. 101. cikkébe ütköző kartellt vagy közvetlenül vagy közvetve a vételi vagy az eladási árak rögzítésére irányuló más megállapodást vagy összehangolt magatartást és az abban való részvételét. Az engedékenység alkalmazása két szempontból fontos lehet közbeszerzési jogi aspektusból. Egyrészt, amennyiben az eljáró versenytanács a bírság kiszabásának mellőzése mellett dönt, a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja szerinti feltételek nem állnak fenn, így a gazdasági szereplő „megússza” a hároméves kizárást. Másrészt, amennyiben csak bírságcsökkentő tényező-

ként jelenik meg az engedékenység, az öntisztázás esetén aktív együtműködésként értékelhető.

A Tpv. 73/A. § (1) bekezdése szerint, ha a 11. §-ban vagy a 21. §-ban, illetve az EUMSZ. 101. vagy 102. cikkében tilalmazott magatartás miatt indított eljárásban a vizsgálatot lezáró jelentés alapján az eljáró versenytanács a feltárt tényállásra és az azt alátámasztó bizonyítékokra figyelemmel az eljárás gyors és eredményes befejezése szempontjából azt célszerűnek tartja, az ügyfelet felhívhatja, hogy írásban jelezze, kíván-e egyezségi eljárásban részt venni.

Az egyezségi eljárás annyiban különbözik az engedékenységi eljárástól, hogy abban a GVH felajánlására, a versenyfelügyeleti eljárás egy előrehaladottabb szakaszában vehet részt a gazdasági szereplő. A jogsértés tényét azonban az eljárás alá vontnak el kell ismernie és le kell mondania a jogorvoslati jogáról. A leírtakra tekintettel egy esetleges egyezségi kedvezmény is értékelhető aktív együtműködésként. Meg kell különböztetni továbbá a GVH által a határozataiban alkalmazott együtműködés fogalmát és az öntisztázás során vizsgálandó együtműködés fogalmát, a GVH ugyanis figyelembe veszi az eljárás alá vontak megfelelési programját is a bírság értékelésekor, mint együtműködés, ez azonban az öntisztázás tekintetében inkább a jogsértés megelőzése érdekében hozott intézkedések körében értékelendő.

7.3 Bizonyítékok benyújtása és a jogsértés megelőzése

A Kbt. 188. § (1) bekezdése külön kiemeli, hogy a kérelmező kötelessége, hogy a megtett intézkedésekkel kapcsolatos bizonyítékokat a kérelemmel együtt benyújtsa a Hatóság részére. A C-124/17. sz. (Vossloh Laeis GmbH) előzetes döntéshozatali eljárásban a Bíróság megállapította, hogy azon intézkedések között, amelyeket meg kell tennie valamely gazdasági szereplőnek annak érdekében, hogy bizonyítsa megbízhatóságát, szerepel az arra vonatkozó bizonyíték benyújtása, hogy a gazdasági szereplő az általa elkövetett bűncselekménnyel vagy kötelességszegéssel okozott kárt megtérítette, vagy vállalta annak megtérítését. Ebből kifolyólag a fenti ügyben sikertelenül hivatkozott

³³ „az illetékes hatóságokkal aktívan együtműködve átfogóan tisztázta az ügy tényállását és körülményeit;” [Kbt. 188. § (2) bekezdés b) pont].

³⁴ A Közbeszerzési Hatóság Elnökének tájékoztatója a Kbt. 64.§-a szerinti öntisztázás gyakorlati tapasztalatairól Közbeszerzési Értesítő, 2018. évi 236. szám, 10. oldal <https://bit.ly/35W5Vh0> (letöltés ideje: 2020. 03. 31.).

arra a kérelmező gazdasági szereplő, hogy a kartellt megállapító és a gazdasági szereplő engedékenységi nyilatkozatát tartalmazó határozat benyújtása megkönnyítheti, hogy vele szemben polgári jogi felelősség megállapítása iránti keresetet indítsanak.³⁵

A jogsértés megelőzése érdekében hozott intézkedések bizonyításához nem elegendő a GVH határozatokban a GVH által együttműködésként értékelt és vizsgált megfelelési programok hivatkozása, mivel azokat a Hatóságnak meg kell vizsgálnia közbeszerzési jogi szempontból is, elsősorban a jogsértés megelőzésére való alkalmasság vonatkozásában. Mivel kérelmezőnek a kötelessége, hogy bizonyítsa állításait, ezeknek a programoknak dokumentumai és a bizonyításhoz szükséges bármilyen egyéb dokumentum bekérhető.

8. Összegzés

Összességében elmondható, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás során köteles minden olyan cselekményt, szükséges intézkedést elvégezni, amely a közbeszerzési eljárás tisztaságába vetett bizalom megőrzését biztosítja. Ezért az ajánlatkérőnek kiemelt figyelemmel kell vizsgálnia a kartellmegállapodásokra utaló formai és tartalmi jeleket, melyek között – tekintettel az elektronikus közbeszerzésre is – az eljárás során előállított fájlok metaadatai egyre fontosabb szerepet tölthetnek be a jövőben.

Amennyiben az ajánlatkérő okszerűen bizonyítani tudja a kartell gyanúját, a Kbt. 36. § (2) bekezdése alapján értesítenie kell a GVH-t. Az értesítés azonban önmagában nem elegendő, emellett az ajánlatkérőnek alkalmaznia kell a Kbt. 62. § (1) bekezdés o) pontja szerinti kizáró okot is. Az a tény, hogy a kartellmegállapodást egymással függési viszonyban álló gazdasági szereplők kötötték meg, kizárólag az értesítési kötelezettséget befolyásolja, az „o) pontos” kizáró ok, egyéb versenyszűkítő magatartás esetén pedig az alapelvi sérelem megállapítása ilyenkor is indokolt lehet. A versenyt szűkítő vagy azt torzító magatartás az ajánlatok érvénytelenségét, sőt a teljes eljárás eredménytelenségét vonhatja maga után. Fontos még kiemelni, hogy a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja szerinti kizáró ok időtartama alapesetben a GVH határozatának közzétételével beáll. Amennyiben a gazdasági szereplők élnének az öntisztázás lehetőségével, a károkozás hiányát, illetve a kártérítés károsult által elfogadott mértékben való teljesítését a kérelmezőnek kell bizonyítani. Összességében elmondható, hogy a kartellmegállapodások vizsgálata más megközelítést igényel a versenyjogban, mint a közbeszerzési jogban. Míg a versenyjog elsősorban az egymástól független vállalatok magatartását tartja szem előtt, addig a közbeszerzési jog szempontjából az ajánlatok minél magasabb száma, és azok függetlensége a legfontosabb.

³⁵ a C-124/17. sz. ügy ítéletének 30-32. pontjai.