



GAZDASÁGI
VERSENYHIVATAL

VERSENYTANÁCS

Vj-81/2006/74.

A Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa

- a **Kortex Mérnöki Iroda Kft.**;
- az **Olympus Hungary Kft.**; valamint
- a **Mediszer Kórháztechnikai és Kereskedelmi Kft.**

eljárás alá vont vállalkozás ellen gazdasági versenyt korlátozó megállapodás miatt indult versenyfelügyeleti eljárásban – tárgyaláson kívül – meghozta az alábbi

h a t á r o z a t o t

A Versenytanács megállapítja, hogy a Kortex Mérnöki Iroda Kft. és az Olympus Hungária Kft. között 2005. szeptember 19-én létrejött Együttműködési Megállapodás 2.b) pontja szerinti, az Olympus Hungária Kft. által az Együttműködési Megállapodás 2.a) pontjában foglalt árúknak a Kortex Mérnöki Iroda Kft. részére, a Budapesti Bajcsy Zsilinszky úti Kórház rekonstrukciójára kiírt közbeszerzési eljárás II. és III. üteméhez történő kizárólagos szállítására vonatkozó vállalása tilalom alá eső versenyt korlátozó megállapodásnak minősül.

Kötelezi a Versenytanács a Kortex Mérnöki Iroda Kft-t, hogy a határozat kézbesítését követő harminc napon belül fizessen meg 77.000.000.- (azaz Hetvenhétmillió) Ft versenyfelügyeleti bírságot a Gazdasági Versenyhivatal 10032000-01037557. számú bírságbevételi számlájára.

A határozat felülvizsgálatát az ügyfelek a kézbesítéstől számított harminc napon belül kérhetik a Fővárosi Bírósághoz címzett, de a Gazdasági Versenyhivatalnál benyújtandó keresettel.

I n d o k o l á s

I.

Az eljárás tárgya

- 1) A Gazdasági Versenyhivatal 2006. június 26-án a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló, módosított 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 67. § (1) bekezdése és a 70. § (1) bekezdése együttes alkalmazásával versenyfelügyeleti eljárást indított, mert a rendelkezésre álló információk alapján valószínűsíthető volt, hogy
 - a) a Budapest Főváros Önkormányzata (a továbbiakban: Önkormányzat) által a „Fővárosi Bajcsy Zsilinszky Kórház rekonstrukciója” tárgyában kiírt nyílt közbeszerzési eljárás pályázati kiírásában olyan termék specifikációk is szerepeltek, amelyeknek kizárólag az Olympus Hungary Kft. (a továbbiakban: Olympus Kft.) által forgalmazott endoszkópiai eszközök, illetve a Mediszer Kórháztechnikai és Kereskedelmi Kft. (a továbbiakban: Mediszer Kft.) által forgalmazott műtőasztalok feleltek meg; és
 - b) a Kortex Mérnöki Iroda Kft. (a továbbiakban: Kortex Kft.) olyan megállapodást kötött az Olympus Kft-vel és a Mediszer Kft-vel, hogy azok más vállalkozásnak nem adnak ajánlatot az általuk forgalmazott, a kiírási feltételeknek megfelelő termékekre, mely magatartásuk sértheti a Tpv. 11. § rendelkezéseit.
- 2) A versenyfelügyeleti eljárás megindításával egyidejűleg mindhárom eljárás alá vont vállalkozásnál a Tpv. 65/A. §-án alapuló, előzetes bírói engedéllyel végrehajtott helyszíni vizsgálatra került sor.
- 3) A Gazdasági Versenyhivatal a Tpv. 63. § (6) bekezdése alapján az elintézési határidőt két alkalommal egyenként száznolcvan nappal meghosszabbította.
- 4) A Versenytanács a vizsgálat során beszerzett bizonyítékok alapján a Kortex Kft. és a Mediszer Kft. tekintetében nem látta megállapíthatónak, hogy közöttük – akárcsak hallgatólagosan – a Tpv. 11. §-ába ütköző megállapodás jött volna létre, és úgy ítélte meg, hogy ebben a tekintetben az eljárás további folytatásától sem várható eredmény. Ezért a Versenytanács az eljárást a Mediszer Kft-vel szemben a Tpv. 72. § (1) bekezdés a.) pontjának második fordulata alapján 50. sorszámú végzésében megszüntette. A végzés ellen Tpv. 82. § (1) bekezdése szerinti jogorvoslatot az eljárás alá vont vállalkozások nem terjesztettek elő.

II.

A tényállás

Az eljárás alá vont vállalkozások

- 5) A Kortex Kft. egészségügyi beruházásokkal foglalkozik, mely magában foglalja a kórházak és más egészségügyi intézmények tervezését, kivitelezését, egészségügyi berendezések forgalmazását. A Kortex Kft. 2006. évben 3990 millió forint nettó árbevételt ért el.
- 6) Az Olympus Medical Systems Europe GmbH (a továbbiakban: Olympus GmbH) által irányított Olympus Kft. az – egyebek mellett – orvostechikai eszközöket gyártó és világszerte forgalmazó Olympus-csoport tagjaként az Olympus védjegy alatt bejegyzett termékek (köztük endoszkópiai termékek) kizárólagos magyarországi forgalmazója. Az Olympus Kft. 2006. évi nettó árbevétele 5702 millió forint volt.

A közbeszerzési eljárás

- 7) Az Önkormányzat a 2003. évben döntött a „Fővárosi Bajcsy Zsilinszky Kórház (a továbbiakban: Kórház) rekonstrukciója” tárgyú, címzett támogatással megvalósuló beruházásról, mely két részből: „beruházási ktg”-ből (épület kivitelezés) és „első készlet beszerzés ktg”-ből állt. Az „első készlet beszerzés”-hez az Önkormányzat három ütemből álló, nyílt közbeszerzési eljárást (a továbbiakban: Pályázat) írt ki meghatározott gyógyászati eszközök beszerzésére. Mindhárom ütem esetében a pályázók csak minden tételre vonatkozó egységes ajánlatot adhattak be, egy-egy termékre (vagy termékkörre) vonatkozó részajánlatok beadására nem volt mód.

- 8) A Pályázat három ütemére vonatkozó főbb információkat az 1. táblázat foglalja össze.

1. táblázat

**A Kórház rekonstrukciójára kiírt nyílt
közbizserzési eljárásra vonatkozó főbb információk**

Ütem	Az ajánlati felhívás időpontja	Az ajánlat beadásának határideje	A dokumentációt megvásárlók száma	A pályázók száma	A nyertes nettó ár (millió Ft)
I.	2005.08.25.	2005.10.17.	5	1	1193
II.	2005.12.20.	2006.01.27.	3	1	1358
III.	2005.12.22.	2006.02.28.	3	2	854

- 9) A Pályázatot az I., a II. és a III. ütem esetében is a Kortex Kft. nyerte. Az Olympus Kft-t mindhárom ütem esetében bevonta alvállalkozónak. Az Olympus Kft. endoszkópiai eszközöket és kiegészítőket szállított a Kortex Kft. részére.
- 10) Az Olympus Kft. által szállított termékek értéke a II. és a III. ütem esetében a Kortex Kft. nettó ajánlati árának nem jelentéktelen hányadát tette ki, amit a 2. táblázat mutat be.

2. táblázat

**Az Olympus Kft. által szállított termékek nettó ára és annak aránya
a Kortex Kft. nettó ajánlati árában (%)**

Ütem	Nettó ár (millió Ft)	Arány (%)
I.	19	1,7
II.	133	9,0
III.	178	20,8

- 11) A Kortex Kft. mellett csak a III. ütem esetén pályázott más vállalkozás. A pályázó Mediplan Kft. nettó ajánlati ára ugyan csekély mértékben (0,4 százalékkal), de alacsonyabb volt, mint a Kortex Kft-é. A Mediplan Kft. pályázatát azonban a Bíráló Bizottság egyhangú szavazással érvénytelennek nyilvánította, mert a Mediplan Kft. a hiánypótlás során sem csatolta minden megajánlott termékre a tanúsítványt, azok magyar nyelvű fordítását, illetve másolatok esetében azok hitelesítését.

- 12) A Mediplan Kft. ajánlatában Olympus termékek nem szerepeltek, az azok helyett szerepeltetett azonos funkciójú termékek ajánlaton belüli együttes értéke alig több, mint fele (54,5 százaléka) volt a Kortex Kft. ajánlataiban szereplő Olympus termékek együttes értékének.

A Kortex Kft. és az Olympus Kft. közötti Megállapodás

- 13) A Kortex Kft. és az Olympus Kft. 2005. szeptember 19-én Együttműködési Megállapodást (a továbbiakban: Megállapodás) kötött, mely szerint a Kórház rekonstrukciójára vonatkozó Pályázat már kiírt I. ütemének, illetve további két ütemének lebonyolítása kapcsán:
- a) a Kortex Kft. a Megállapodás 2.a) pontja szerint vállalta, hogy a Megállapodásban rögzített endoszkópiai termékeket kizárólag az Olympus Kft.-től szerzi be;
 - b) a Megállapodás 2.b) pontja szerint az Olympus Kft. vállalta, hogy ezen termékeket kizárólag a Kortex Kft. részére szállítja (más vállalkozással a Pályázat kapcsán nem lép szerződéses viszonyba).

Az endoszkópiai termékek további magyarországi forgalmazói

- 14) A pályázati kiírásban szereplő flexibilis endoszkópiai termékek közül az Olympus Kft. mellett
- a Cal+Med Hungary Kft. a Pentax;
 - a Hun-Med Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. a Fuji;
 - Novotrading-Medical Kereskedelmi Kft. a Storz
- márkájú termékeket forgalmazza Magyarországon (az előbbi két vállalkozás kizárólagos; az utóbbi „kiemelt” forgalmazóként).
- 15) A forgalmazó vállalkozások becslései alapján a flexibilis endoszkópiai termékek magyarországi forgalmából az Olympus termékek 70-75, a Pentax termékek 15-20, a Fuji termékek 5-10, a Storz termékek 1-2 százalékkal részesednek.
- 16) A három vállalkozás – tartalmát tekintve egybehangzóan – úgy nyilatkozott, hogy a Kórház rekonstrukciójára kiírt pályázathoz kapcsolódóan kapott ajánlatokra nem tudtak endoszkópiai termékeket szállítani, mert az általuk forgalmazott termékek

ugyan a pályázati kiírásban szereplő termékekhez hasonlóak, funkciójukban szinte teljesen megegyezők voltak, azonban kisebb-nagyobb mértékben eltértek a kiírásban szereplő műszaki paraméterektől. Az Olympus, valamint – a magyarországi forgalmazásban jelentős szerepet játszó – Fuji és Pentax termékek műszaki paramétereit, illetve a pályázati kiírásban ezen termékekre megfogalmazott követelményeket a II. és a III. ütem esetében a „Kiegészítés a vizsgálati jelentéshez” című irat 1. melléklete mutatja be.

Az Olympus termékek európai beszerezhetősége

- 17) Az Olympus Kft. nyilatkozata szerint az Olympus termékek fő disztribútora Európában az Olympus GmbH. A legtöbb európai országban (kivéve Izlandot, Liechtensteint, Görögországot, Ciprust, Máltát, Bulgáriát, Romániát és 2007. április 1. óta Magyarországot) az Olympus GmbH az irányítása alá tartozó leányvállalatokat tart fenn aldisztribútorként, amelyek közvetlenül értékesítenek gyógyászati termékeket végfelhasználók (kórház, stb.) részére, vagy tenderek esetén közvetítőknak. Az irányítása alatt álló (teljes tulajdonú) leányvállalatok az érintett országban kizárólagos disztribútornak minősülnek. Amelyik országban nem található leányvállalat, ott az Olympus GmbH által kizárólagos forgalmazóként kijelölt vállalkozás értékesít. Az Olympus disztribúciós rendszerében főszabály szerint minden disztribútor a hozzárendelt területért felelős. Az Olympus GmbH azonban nem nyújt abszolút területi védelmet, és nyomást sem gyakorol ebben a tekintetben a disztribútoraira, minden disztribútor szabadon végezhet határokon átnyúló passzív eladásokat, ha azt valamely ügyfél kezdeményezi. Ha egy adott országban be nem jegyzett vállalkozás Olympus terméket kíván beszerezni, hogy ott közbeszerzési tenderen vegyen részt, ez a vállalkozás minden esetben be tudja szerezni ezeket az Olympus termékeket a bejegyzése helye szerinti országban.
- 18) Az Olympus termékek európai forgalmából az Olympus GmbH által irányított (leány)vállalkozások részesedése a 2004., a 2005. és a 2006. évben egyaránt 95 százalék körüli volt.
- 19) Az Olympus endoszkópiai termékek főbb magyarországi forgalmazói a külföldről történő beszerezhetőség tekintetében az alábbi nyilatkozatokat tették.

- a) A Mediplan Kft. az elmúlt öt évben nem értékesített olyan Olympus terméket, amelyet nem az Olympus Kft-től szerzett be. Tudomása szerint a kialakult gyakorlat szerint általában az adás-vétel esetén az adott ország képvisellete működik közre, és a másik országbeli képviselőt felkeresése esetén az érdeklődőt az érdeklődő országának megfelelő képviselőhöz irányítják.
 - b) Az Endo Plus Service Kft. szerint Magyarországon új Olympus készülékek beszerzésére csak és kizárólag az Olympus magyarországi képviselőjétől van lehetőség. Bármely külföldi Olympus képviselőt azonnal a cél ország kizárólagos képviselőjéhez irányít, ajánlatot nem ad ki.
 - c) A Pikosystem Kft. szerint Magyarországon kívülről nem lehet Olympus endoszkópiai terméket beszerezni, mert az ismert gyakorlat szerint a multinacionális cégek ajánlatkérés esetén mindenkor az ajánlatkérő országában lévő képviselőhöz vagy területi képviselőhöz irányítják az ajánlatkérőt. Olympus endoszkópok esetében ezért ők csakis a hazai képviselőhöz fordulhattak.
 - d) Az Allegro Kft. az elmúlt öt évben kizárólag az Olympus Hungary Kft-től szerzett be endoszkópos eszközöket, ezen termékek esetleges más beszerzési forrásáról nincs tudomása. Az általa megkeresett ciprusi Olympus disztribútor, a Papaetis Medical a megkeresésre azt a választ adta, hogy az Olympus Kft. az Olympus termékek kizárólagos disztribútora Magyarországon, és ha megkeresést kap Olympus termékekre Magyarországról, azt továbbítja az Olympus Kft-nek. Az Olympus Deutschland GmbH pedig azt válaszolta, hogy a Németországon belüli forgalmazásban illetékes, ezért forduljon közvetlenül az Olympus Kft-hez.
- 20) Európában – csakúgy mint Magyarországon – Pentax, Fuji és Storz márkájú flexibilis endoszkópiai termékek vannak még forgalomban. Az Olympus Kft. becslése szerint az Olympus márka részesedése a flexibilis endoszkópiai termékek európai forgalmából lényegesen meghaladja a 30 százalékot (a pontos mértéket az Olympus Kft. kérte üzleti titokként kezelni).

III. Jogi háttér

- 21) A Tpv. 11. § (1) bekezdése szerint tilos a vállalkozások közötti megállapodás, amely a gazdasági verseny megakadályozását, korlátozását vagy torzítását célozza, vagy ilyen hatást fejthet, illetve fejt ki. A tilalom a (2) bekezdés alapján vonatkozik különösen:
- c) a beszerzési források közötti választás lehetőségének korlátozására;
 - d) az értékesítési lehetőségek közötti választás korlátozására.
- 22) A Tpv. 13. § (1) bekezdése szerint nem esik tilalom alá a megállapodás, ha a megállapodást kötő feleknek és az azoktól nem független vállalkozásoknak az együttes részesedése az érintett piacon nem haladja meg a tíz százalékot.
- 23) A Tpv. 14. § szerint:
- (1) Az érintett piacot a megállapodás tárgyát alkotó áru és a földrajzi terület figyelembevételével kell meghatározni.
 - (2) A megállapodás tárgyát alkotó árun túlmenően figyelembe kell venni az azt – a felhasználási célra, az árra, a minőségre és a teljesítés feltételeire tekintettel – ésszerűen helyettesítő árukat (keresleti helyettesíthetőség), továbbá a kínálati helyettesíthetőség szempontjait.
 - (3) Földrajzi terület az, amelyen kívül
 - a) a fogyasztó nem, vagy csak számottevően kedvezőtlenebb feltételek mellett tudja az árut beszerezni, vagy
 - b) az áru értékesítője nem, vagy csak számottevően kedvezőtlenebb feltételek mellett tudja az árut értékesíteni.
- 24) A Tpv. 16. § alapján a megállapodások csoportjait a Kormány rendeletben mentesítheti a Tpv. 11. §-ban foglalt tilalom alól. A fenti törvényhelyen alapuló, a vertikális megállapodások egyes csoportjainak a versenykorlátozás tilalma alól történő mentesítéséről szóló 55/2002. (III. 26.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Vr.) 1. § (1) bekezdése szerint mentesül a tilalom alól az olyan (vertikális) megállapodás, amelyben a résztvevő vállalkozások mindegyike a termelési vagy forgalmazási lánc egymástól eltérő szintjein működik, és amely azokra a feltételekre vonatkozik, amelyek mellett egyes áruknak a felek általi vásárlása, értékesítése, vagy

vizsonteladása történik. A Vr. 2. § (1) bekezdése alapján a mentesülés feltétele, hogy a szállító piaci részesedése, ahol a megállapodás szerinti árukat értékesíti ne haladja meg a 30 százalékot. A Vr. 2. § (2) bekezdése szerint kizárólagos szállítási kötelezettséget tartalmazó vertikális megállapodás esetében a Vr. szerinti mentesülés nem alkalmazható, ha a vevő piaci részesedése azon az érintett piacon, ahol a megállapodás szerinti árukat beszerzi a harminc százalékot meghaladja. A Vr. 2. § (3) bekezdése értelmében a piaci részesedést a megállapodás szerinti áruk érintett piacán (Tpvt. 14. §) az előző naptári évben elért nettó árbevétel alapján kell kiszámítani, azzal, hogy a Vr. 2. § (2) bekezdése alkalmazásában a piaci részesedés kiszámításához a beszerzés értékét kell figyelembe venni.

- 25) A Tpvt. 17. § a-d) pontjában foglalt feltételek együttes teljesülése esetén a megállapodás mentesül a tilalom alól, melynek bizonyítása – csakúgy mint a 16. § szerinti mentesülés esetén – a Tpvt. 20. § alapján azt terheli, aki a mentesülésre hivatkozik. A Tpvt. 17. § b) pontja szerint a mentesülési feltétel értelmében a megállapodásból származó előnyök méltányos részének a fogyasztókhöz kell jutnia.

IV.

A Versenytanács előzetes álláspontja

- 26) A Versenytanácsnak az eljárás vizsgálói szakaszában [Tpvt. 47. § (1) bekezdés a) pont] beszerzett információk alapján kialakított előzetes álláspontja szerint a Kortex Kft. és az Olympus Kft. között létrejött Megállapodás a Kórház rekonstrukciójával kapcsolatos Pályázattal összefüggésben
- a) a Kortex Kft. esetében a beszerzési források;
 - b) az Olympus Kft. esetében pedig az értékesítési lehetőségek
- közötti választás lehetőségét korlátozta, ami beleütközik a Tpvt. 11. § (2) bekezdés c) és d) pontjába.
- 27) A Megállapodással érintett árupiac (Tpvt. 14. § (2) bekezdés) meghatározásakor a Versenytanács előzetes álláspontjában abból indult ki, hogy azt (figyelembe véve, hogy a Megállapodás kifejezetten a Kórház rekonstrukciójához kapcsolódik) nem általában az endoszkópiai termékek alkotják, hanem a Kórház rekonstrukciójára kiírt Pályázatban foglaltaknak megfelelő endoszkópiai termékek. Miután pedig az Olympus Kft-n kívüli endoszkópiai termékforgalmazók úgy ítélték meg, hogy termékeik a

pályázati feltételeknek nem feleltek meg (és ennek megfelelően üzleti érdekeikkel nyilvánvalóan ellentétesen nem is adtak ajánlatot azokra) a Versenytanács az Olympus termékeket tekintette érintett árupiacnak. Érintett földrajzi piacnak (Tpvt. 14. § (3) bekezdés) Magyarország egész területét tekintve – kizárólagos magyarországi forgalmazási joga alapján – az Olympus Kft. részesedése ezen érintett piacon 100 százalékosnak tekinthető, mire tekintettel a Versenytanács előzetes álláspontja szerint a Tpvt. 13. és 16. §-ában foglaltak alkalmazása nem jöhetett szóba.

- 28) A Tpvt. 17. § alkalmazhatóságára vonatkozó bizonyítást az eljárás vizsgálói szakaszában a Kortex Kft. és az Olympus Kft. sem terjesztett elő, és a Versenytanács sem azonosított előzetes álláspontja kialakításakor olyan körülményt, ami alapot adna a Megállapodás mentesülésére.
- 29) Az előzőek alapján a Versenytanács előzetes álláspontjában azt közölte, hogy a Kortex Kft. és az Olympus Kft. között létrejött Megállapodás tekintetében a Tpvt. 77. § (1) bekezdés d) pontja alapján annak törvénybe ütközését tervezi megállapítani, továbbá bírság kiszabását tervezi.

V.

A Kortex Kft. álláspontja

- 30) A Kortex Kft. részint az előzetes álláspontra tett nyilatkozataiban, részint az ezen nyilatkozatokra tekintettel a Versenytanács felhívására a vizsgáló által készített „Kiegészítés a vizsgálati jelentéshez” című irat ismeretében tett további nyilatkozataiban:
- a) elsődlegesen kérte azt, hogy a Versenytanács, a Tpvt. 72. § (1) bekezdése a) pontjának második fordulója alapján, az eljárást a vele szemben végzéssel szüntesse meg, mivel a vizsgálat során beszerzett bizonyítékok alapján nem állapítható meg törvénysértés, és az eljárás folytatásától sem várható eredmény;
 - b) másodlagosan indítványt tett arra, hogy a Versenytanács szakértőt rendeljen ki az alábbi kérdések megválaszolására:
 - ba) a Kórház új diagnosztikai és műtéti tömb megvalósításához szükséges orvostechnikai berendezéseinek II. és III. ütemének beszerzésére kiírt

Pályázatban a kiírásban szereplő egyes tételeket (endoszkópiai termékek) milyen gyógyászati területen alkalmazzák, azokkal szemben támasztott csereszavatossági követelményeknek van-e bármilyen orvosszakmai indokoltsága;

- bb) fenti megállapítások tükrében a világpiaci kínálat ismeretében nyilvánítson véleményt abban a vonatkozásban, hogy a beszerzés kizárólag Olympus termékkel volt-e megvalósítható, vagy annak más termékek is megfelelnek;
- c) harmadlagosan kérte annak megállapítását, hogy a Megállapodás a Tpvt. 16. és 17. § alapján is mentesül a tilalom alól;
- d) a bírság tekintetében kérte annak mellőzését, bírság kiszabása esetén pedig az általa a Pályázat III. üteméhez beszerzett Olympus termékek értéke alapján történő meghatározását, illetve részletfizetési kedvezmény biztosítását.

Az elsődleges kérelem

Az érintett piac meghatározáshoz kapcsolódóan

- 31) A Kortex Kft. álláspontja szerint a Versenytanács előzetes álláspontja az érintett piac meghatározásakor helytelenül, mechanikusan alkalmazza a hasonló, közbeszerzéses ügyekben kialakított alapelveit, illetve indokolatlanul eltér az Európai Bizottság e tárgyban kiadott Közleményében foglaltaktól. A Közlemény szerint a piac meghatározásának célja – mind a termékek, mind a földrajzi dimenziójában – az, hogy beazonosítsa a vállalkozás azon tényleges versenytársait, amelyek képesek korlátozni e vállalkozások magatartását, és megakadályozni azokat abban, hogy a tényleges verseny kényszerítő erejétől függetlenül viselkedjenek. Hivatkozott arra, hogy a Vj-27/2003. sz. eljárás megfogalmazása szerint „A Tpvt. 14. §-ában foglalt rendelkezések célja az adott megállapodással (magatartással) érintett vállalkozások versenytársainak (mint az érintett piac további szereplőinek) beazonosítása. Ehhez normális esetben meg kell határozni az érintett áru- és földrajzi piacot. Abban az esetben azonban, ha a versenytársak köre közvetlenül is meghatározható, akkor ez a közbenső lépés szükségtelen.” (Vj-27/2003/16. 204. pont). Ez a Kortex Kft. megítélése szerint gyakorlatilag azt jelenti, hogy a Versenytanács az ilyen esetekben nem végzi el a "normális" piacmeghatározás feladatát, mert arra "nincs szükség". (A Kortex Kft. ezt "abnormális" piacmeghatározásnak nevezi.) Utalt arra, hogy az abnormális eljárást a

Versenytanács azzal indokolja, hogy a "helyettesíthetőséget annak megfelelően kell mérlegelni, hogy a vélelmezett versenykorlátozó magatartást a közbeszerzési eljárás melyik fázisában fejtették ki." (u.o. 205. pont). Mivel a hivatkozott eljárásban a megállapodásra már abban a fázisban került sor, amikor a megállapodásban részes vállalkozásokon kívül (a pályázat lebonyolítási rendjéből következően) más már nem tehetett ajánlatot, az ajánlatottevők magatartását már sem ténylegesen, sem pedig potenciálisan nem befolyásolhatta más vállalkozás. Emiatt lehetett eltekintetni a "normális" piacmeghatározástól, hiszen a versenytársak köre enélkül is ismert volt a résztvevők számára.

- 32) Ha a versenykorlátozó megállapodásra a közbeszerzési eljárás kiírása előtt, vagy az előminősítési (részvételi szakasz) lezárta előtt, vagy általában az egyfordulós nyílt pályázatokon az ajánlattételre nyitva álló határidő lejárta előtt kerül sor, akkor viszont – a Kortex Kft. szerint – a fenti érvelésnek nem lehet helye, hiszen a megállapodást kötő vállalkozások nem tudhatják pontosan, hogy hány vállalkozás fog még a pályázaton elindulni. Álláspontja szerint, ilyen körülmények között – amint azt a Vj-138/2002. sz. eljárásban a Versenytanács is leszögezte – a részvételi felhívásban írt jelentkezési határidő lejártáig a keresleti helyettesíthetőség szempontjából (adott esetben egy más piac meghatározás mellett) jóval tágabb a potenciális versenytársak köre (Vj-138/2002/79. 28. pont). Hivatkozott továbbá arra, hogy a Vj-28/2003/47. sz. határozat 90. pontjában még egyértelműbben fogalmazott a Versenytanács: „Ha a versenykorlátozó magatartást a részvételi szakaszban, a részvételre megadott jelentkezési határidő lejárta előtt követték volna el, akkor a helyettesíthetőség vizsgálatát szélesebb körre kellett volna terjeszteni”.
- 33) A Kortex Kft. hivatkozott arra, hogy a jelen eljárásban érintett közbeszerzési eljárás feltételei 2005. augusztus 25-én kerültek közzétételre, a Megállapodás szeptember 19-én került aláírásra, a pályázat I. ütemének benyújtási határideje október 17-e volt. Ezért a fentebb kifejtettekben – a Kortex Kft. szerint – egyértelműen következik, hogy jelen esetben az érintett piac "normális" elemzése nem nélkülözhető azon az alapon, hogy a megállapodást kötő vállalkozásokon kívül más vállalkozás (a pályázat lebonyolítási rendjéből következően) nem adhatott volna be pályázatot. A versenynyomás egyértelműen megvolt, hiszen a Kortex Kft. nem tudhatta, hogy lesznek-e Magyarországon kívüli pályázók (EU-s pályázat lévén), miként azt sem, hogy magyarországi pályázók külföldi forrásból hozzá tudnak-e jutni Olympus

termékekhez, illetve azt, hogy a kiíró ténylegesen mekkora eltérést fog tolerálni a kiírási feltételekben konkrét, nem Olympus termékekkel történő pályázás esetén. Ezek mindegyike olyan bizonytalansági tényező, amelyek a verseny nyomására utalnak.

- 34) A Kortex Kft. álláspontja szerint vizsgálni kellett volna a piacmeghatározás során azt, hogy a fővállalkozói tevékenység és az Olympus endoszkópiai termékek mint alvállalkozói piac között milyen szoros a kapcsolat. A kiegészítő vizsgálati jelentés erre vonatkozóan csak a Gazdasági Versenyhivatal vizsgálóinak saját (nem szakértői) véleményét tartalmazza, amelynek látványosan ellentmond az, hogy a III. ütemben egy vállalkozás nem Olympus termékekkel is adott be pályázatot, amely egyrészt olcsóbb volt, másrészt formai hiányosságok miatt (nem pedig a specifikációktól való eltérés miatti tartalmi okok miatt) lett elutasítva. Ha ez a III. ütem során lehetséges volt, amikor pedig a korábbi fordulóban nyertes pályázó az Olympus termékeit már beépítette, akkor a korábbi ütemekben még inkább lehetséges lett volna, amikor az Olympus termékek még nem voltak beépítve.
- 35) Hivatkozott a Kortex Kft. arra is, hogy a normálisan meghatározott termékpiac nem szűkülhet le egyetlen adásvételi aktusra. Egy közbeszerzéses eljárás, legyen az bármilyen kiugróan magas értékű, csak egy, a piacon zajló számos adásvételi aktus közül. Ha tehát a fenti értelemben "abnormális" piacmeghatározás nem alkalmazható, akkor az érintett piacnak a hasonló termékekre vonatkozóan, egy adott időszakban lezajlott valamennyi adásvételt magában kell foglalnia. Csak ennek alapján lehet egyébként piaci részesedést számolni. A versenytársak egy adásvételi aktus (pályázat) során kifejtett magatartását értelemszerűen befolyásolja az, hogy a piacon abban az időszakban milyen más eladási és/vagy vételi lehetőségek álltak rendelkezésére.
- 36) A Kortex Kft. álláspontja szerint a helyes piacmeghatározás során a Gazdasági Versenyhivatalnak legalább két, vertikálisan kapcsolódó piacot kellett volna meghatároznia: az orvostechnológiai generálkivitelezés (fővállalkozói piac) és a kapcsolódó endoszkópiai termékek (alvállalkozói piac) piacait. A Kortex Kft. piaci részesedését ezen a fővállalkozói piacon, az Olympus Kft. piaci részesedését pedig ezen az alvállalkozói piacon külön-külön kell meghatározni. Hivatkozott arra, hogy a Gazdasági Versenyhivatal egyik piacra vonatkozóan sem rendelkezik objektív piaci adatokra alapozott piaci részesedési adatokkal. Álláspontja szerint az Olympus Kft.

piaci részesedése a magyar piacon valószínűleg, de egy szélesebb EU-s piacon biztosan 10 százaléknál lényegesen kisebb lenne.

A versenyt korlátozó hatás és célzat tekintetében

- 37) A Kortex Kft. álláspontja szerint a Megállapodás célját és hatását tekintve sem lehet versenyt korlátozó, mert – az általa, az érintett piac kapcsán részletesen kifejtettek szerint – nem kizárólag magyarországi vállalkozások adhattak be ajánlatot, továbbá – még abban az általa vitatott esetben is, ha csak az Olympus termékek feleltek meg a kiírási feltételeknek – nem voltak elzárva a potenciális ajánlattevők, hogy külföldi Olympus kereskedőktől vásároljanak, vagy olyan magyar kereskedőktől, amelyek az Olympus Kft-t megkerülve jutottak Olympus termékekhez („szürke import”). Sőt: álláspontja szerint a Kortex Kft-től is beszerezhetők lettek volna a szükséges Olympus termékek.
- 38) Ez utóbbi körülményt a Kortex Kft. arra hivatkozva állította, hogy a Megállapodás célja nem egyszerűen nem volt versenyt korlátozó, hanem kifejezetten azt a célt szolgálta, hogy az Olympus Kft. a Pályázat tekintetében „termékértékesítési jogát delegálta annak a másodlagos forgalmazójára a Kortex Kft-re, amelyet a Megállapodás félreérthetetlen értelmezésében megkereshetett volna bármely más kereskedő.” A versenyt korlátozó célzat hiányát jelzi a Kortex Kft. szerint az is, hogy nem tartalmaz a Megállapodás olyan kitételt, hogy azáltal bárkit is ki akarnának szorítani a felek a piacról.

A csekély jelentőség tekintetében

- 39) A Kortex Kft. álláspontja szerint a Megállapodás, még ha versenyt korlátozónak is minősülne, nem esik a Tpv. 11. §-ának tilalma alá, mert a Tpv. 13. § (1) bekezdése alapján csekély jelentőségű, minek megállapítása (vagy alkalmazhatósága) az érintett piac kiterjedésének meghatározásán múlik. Álláspontja szerint a Megállapodás a kiírás tartalmából levezethetően Magyarországnál szélesebb földrajzi piacot érint, amelyen a résztvevők piaci részesedése elenyésző. Megítélése szerint a Gazdasági Versenyhivatal az ettől eltérő eredményre vezető piacmeghatározását nem tudta sem konkrét, sem pedig elvi jelentőségű bizonyítékokkal alátámasztani, ezért a

piacmeghatározás kérdése, az ügy jelen állásában megalapozottan nem dönthető el, és ebben a tekintetben a vizsgálat folytatásától sem várható eredmény.

- 40) Az I. ütemben kiírt endoszkóp fertőtlenítő készülékek esetében az Olympus termék és a Johnson termékek közötti megfelelésségre vonatkozóan, korábbi nyilatkozatát a Kortex Kft. aszerint módosította, hogy a Johnson e termékkörben teljes mértékben képes lett volna helyettesíteni az Olympus ezen termékeit, különösen mert minden más eszköz csatlakoztatható hozzá.

A másodlagos kérelem

- 41) A Kortex Kft. álláspontja szerint a vizsgálat csupán egy egyszerű – nem teljes körű és csak a részparaméterekre kiterjedő – adat összehasonlítást végzett, amely nem alkalmas arra, hogy minden tekintetben megbízható, pontos képet adjon arra vonatkozólag, hogy a pályázati kiírásban szereplő feltételeknek pontosan mely Olympus és azzal versenyző márkájú termékek felelhetnek volna meg. Kifogásolta, hogy a kiegészítő vizsgálati jelentés mellékleteként csatolt összehasonlító táblázat a piaci versenytárs, az Allegro Kft. által készített anyagra támaszkodik. Megítélése szerint elvárható, hogy egy ilyen jelentőségű eljárásban ne a konkurens által szolgáltatott adatok alapján folytatódjék a vizsgálat, hanem pártatlan, szakmai kompetenciával rendelkező szakértő megállapításai képezzék a vizsgálat alapját.

A harmadlagos kérelem

- 42) A Tpv. 16. § alapján kiadott Vr. szerinti mentesülést arra tekintettel kérte a Kortex Kft., hogy a Megállapodás a Vr. szerinti vertikális megállapodásnak minősül, és a Kortex Kft.-nek mint vevőnek a részesedése az érintett piacon, ahol a Megállapodás szerinti árukat beszerzi nem éri el a Vr. 2. § (2) bekezdése szerinti, a mentesülést kizáró 30 százalékos mértéket.
- 43) A Tpv. 17. § szerinti mentesülés tekintetében a Kortex Kft. az alábbiakra hivatkozott.
- a) A Megállapodás azzal az előnnyel járt, hogy az ésszerűség követelményét betartva a termék mindenképpen piacra került [Tpv. 17. § a) és c) pont], továbbá nem zárta ki a versenyt az áruk jelentős részével kapcsolatban [Tpv. 17. § d) pont], ugyanis csak a közvetlen út került leszabályozásra azon

ismeret vizsgálata nélkül, hogy a többi versenytárs milyen más forgalmazók által szerezhette be Olympus terméket Magyarországon kívül.

- b) A fogyasztóhoz jut a Megállapodásból származó előnyök méltányos része [Tpvt. 17. § b) pont], mert a fogyasztó számára a Megállapodás azt is jelentette, hogy a Kortex Kft. folyamatos pályázati kötelezettséggel rendelkezett a közbeszerzési eljárásban. Így a Kortex Kft. által a közbeszerzési eljárásba bevitt technológia kompatibilisen és olcsón volt jelen a közbeszerzésben. A fogyasztó továbbá élvezte az Olympus termékek előnyeit, hiszen a legfejlettebb technológiát képviselve jelent meg az Olympus Kft. az endoszkópiai termékek piacán, valamint a Kortex Kft. kötelező pályázata útján mindvégig jelen volt a helyileg legkedvezőbb áron a közbeszerzésben.

Bírsággal kapcsolatos álláspont

- 44) A Kortex Kft. arra hivatkozva kérte a bírság kiszabásának mellőzését, hogy még nincs kialakult joggyakorlat arra nézve, hogy az adott magatartás jogsértő-e.
- 45) Az esetleges bírság összegének meghatározásakor kiindulópontként legfeljebb a Pályázat III. üteméhez vásárolt Olympus termékek forgalmát ítélte figyelembe vehetőnek a Kortex Kft., mert (az általa egyébként vitatott) versenykorlátozás
- kizárólag az Olympus termékekre vonatkozott; továbbá
 - csak a III. ütemet érintette, mert csak arra jelentkezett más pályázó.
- 46) A Kortex Kft. a bírság összegének meghatározásakor kérte figyelembe venni azt is, hogy
- figyelemmel a versenyt korlátozó célzat hiányára is, nem lehetett tisztában magatartása versenyellenes mivoltával; továbbá
 - korábban nem került megállapításra vele szemben a Tpvt. megsértése.
- 47) A részletfizetési kérelme tekintetében minden konkrétum nélkül csupán a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. Törvény (a továbbiakban: Ket.) 74. § (1) bekezdése szerinti elvi lehetőségre hivatkozott.

VI. Jogi értékelés

Az érintett piac meghatározása

- 48) A Megállapodás szövegéből egyértelműen megállapítható, hogy a Tpv. 14. § (1) bekezdés szerinti, „a megállapodás tárgyát alkotó áru” a Pályázathoz szükséges (flexibilis) Olympus endoszkópiai termékek. Ezért a Versenytanács álláspontja szerint a Megállapodással érintett piac meghatározásakor azt kell vizsgálni, hogy
- a) a Pályázaton lehetett volna-e érvényes ajánlatot tenni nem Olympus endoszkópiai termékekkel és, ha igen melyekkel (árupiac);
 - b) a szükséges Olympus endoszkópiai termékek beszerezhetők lettek volna-e az Olympus Kft-n kívül más (nem magyarországi) vállalkozástól is (földrajzi piac).

Árupiac

- 49) A Megállapodás tárgyát alkotó árut ésszerűen helyettesítő áruk beazonosításakor a Versenytanács abból indult ki, hogy a Pályázatban egyértelműen rögzítésre került, hogy milyen paraméterekkel kell rendelkezniük a szükséges endoszkópiai termékeknek. Ezért – a kiírásnak a határozat 1. és a 2. melléklete szerint egyértelműen megfelelő – Olympus termékeket értelemszerűen csak olyan endoszkópiai termékek voltak képesek a Pályázaton helyettesíteni, amelyek szintén megfeleltek a kiírásnak. A Pályázatban semmiféle utalás nem volt arra nézve, hogy az abban közölt műszaki paraméterektől bármilyen mértékben el lehetett volna térni. Ezért a Versenytanács alaptalannak ítélte a Kortex Kft. azon megközelítését, hogy nem lehetett tudni, hogy „a kiíró ténylegesen mekkora eltérést fog tolerálni” (lásd 33. pont). Abból pedig hogy egy, a III. ütemre pályázó vállalkozást nem a kiírásban foglalt paraméterektől való eltérés, hanem formai okok (lásd 34. pont) miatt utasították el, nem következik, hogy elfogadtak volna a kiírásban szereplőtől eltérő termékekkel történő pályázatát.
- 50) Az előzőekre is tekintettel a Versenytanács a helyettesíthetőség szempontjából külön-külön vizsgálta a Pályázat I-III. ütemét.

- a) Az I. ütem vonatkozásában a Versenytanács elfogadta a Kortex Kft. azon álláspontját, hogy az abban szereplő endoszkóp fertőtlenítő berendezéseket a hasonló Johnson termékek teljes mértékben képesek lettek volna helyettesíteni, ezért azokat is az érintett árupiac részének tekintette.
 - b) A II. ütem esetében a „Kiegészítés a vizsgálati jelentéshez” című irat 1. melléklete alapján megállapítható, hogy míg az Olympus termékek paraméterei teljes körűen megfelelnek a kiírásban foglalt követelményeknek, addig a két további meghatározó magyarországi forgalmazó termékei a termékek többségében nem. Utal a Versenytanács arra is, hogy a pályázók mindhárom ütem esetében csak minden tételre vonatkozó, egységes ajánlatot tehettek (lásd. 7. pont). Ebből pedig az következik, hogy ha adott ütem esetében akárcsak egyetlen termékre nézve nem felelnek meg az Olympus termékeken kívüli termékek a kiírásnak, akkor az esetlegesen megfelelő termékekkel sem lehetett volna pályázni. Mindezek alapján a Versenytanács a II. ütemre nézve az Olympus termékeket minősítette érintett árupiacnak.
 - c) A III. ütem tekintetében szintén több olyan termék van, amelyek esetében kizárólag az Olympus termékek felelnek meg a kiírásban foglaltaknak, ezért a Versenytanács – a b) pontban foglaltakat figyelembevéve – a III. ütem esetében is az Olympus termékeket minősített érintett árupiacnak.
- 51) A Versenytanács az előzőeket is figyelembevéve nem látott okot a más flexibilis endoszkópiái termékek magyarországi forgalmazói azon nyilatkozatának megkérdőjelezésére, mely szerint az általuk forgalmazott termékek nem feleltek meg a Pályázat feltételeinek (lásd 16. pont). Ezért a Versenytanács szükségtelennek tartotta a Kortex Kft. indítványa (lásd 30.b. pont) szerint szakértő kijelölését a helyettesíthetőség vizsgálatára. Ezen döntésénél a Versenytanács figyelembe vette azt is, hogy a Megállapodás Tpv-t-be ütköző voltán – a később részletezettek szerint (lásd 64. és 68. pont) – az sem változtatna, ha más flexibilis endoszkópiái termékekkel is lehetett volna indulni a Pályázat II. és III. ütemén.

Földrajzi piac

- 52) Az Olympus GmbH az egyes európai országokban működő kizárólagos forgalmazói számára nem tiltja az országhatáron átnyúló, a vevő által kezdeményezett („passzív”) eladásokat. Ennek ellenére a kialakult gyakorlat (lásd 18. pont) alapján, továbbá arra

tekintettel, hogy a Pályázat egyes ütemeinek meghirdetési időpontja és az azokra vonatkozó ajánlat beadási határideje között viszonylag rövid volt az idő, a Versenytanács szerint nem zárható ki az sem, hogy az érintett földrajzi piac nem tágabb Magyarország egész területénél. A Versenytanács azonban ennek eldöntését szintén szükségtelennek ítélte, mert a Kortex Kft. által hivatkozott, Európa egészére kiterjedő földrajzi piac feltételezése sem változtatna – a később részletezettek szerint (lásd 63. és 68. pont) – a Megállapodás érdemi versenyjogi megítélésén.

Az abnormális piac meghatározás

- 53) A Kortex Kft. pontosan, annak lényegét kiemelve hivatkozik a Versenytanács által a közbeszerzési eljárásokhoz kapcsolódó horizontális megállapodások versenyjogi értékelésekor alkalmazott – a Kortex Kft. által „abnormális”-nak minősített – érintett piac meghatározási módszerre (lásd 31-33. pont).
- 54) A Versenytanács álláspontja szerint azonban a Kortex Kft. által kifejtettek az adott ügyhöz nem kapcsolódnak. Az adott ügyben ugyanis – szemben az „abnormális” piac-meghatározással – nem az időbeliségnek van jelentősége (vagyis annak, hogy a „versenyző” pályázók olyan időpontban egyeznek meg, amikor már biztosak lehetnek abban, hogy további pályázó rajtuk kívül nem lehet), hanem annak, hogy egy kizárólagossági (vertikális) megállapodás révén az abban részes pályázón (adott esetben: a Kortex Kft-n) kívül más pályázók nem (vagy csak korlátozottan) tudnak hozzájutni olyan árukhoz, amelyek nélkülözhetetlenek az adott pályázaton való induláshoz.

Az érintett piacok

- 55) Az előzőekből következőleg a Versenytanács a Megállapodással érintett piacként a Pályázathoz szükséges Olympus flexibilis endoszkópiai termékek magyarországi vagy európai piacát nem a Kortex Kft. által „abnormális”-nak minősített módon határozta meg, hanem a Tptv. 14. § rendelkezései szerint („normálisan”). A Versenytanács ugyan elvileg egyetért a Kortex Kft. azon megközelítésével, hogy a „normálisan meghatározott termékpiac nem szűkülhet le egyetlen adásvételi aktusra” (lásd 35. pont). Általános esetben ugyanis az a tény, hogy két vállalkozás megállapodik meghatározott árumennyiség adás-vételében azt jelenti, hogy azt az eladó más

vevőnek már nem tudja eladni, illetve arra a vevő más eladótól már nem tart igényt. Ennek versenyt korlátozó tartalma (ha egyáltalán van ilyen), valóban csak a „hasonló termékekre vonatkozóan, egy adott időszakban lezajlott valamennyi adás-vétel” figyelembevételére ítélt meg. Az adott esetben azonban a Versenytanács álláspontja szerint maga a vizsgálat tárgyát képező Megállapodás szűkítette le az érintett árupiacot a Pályázatra, mint „egyetlen adásvételi aktusra”, kiemelve a Pályázathoz szükséges árumennyiséget flexibilis endoszkópiai termékek teljes piacából, és azáltal a Pályázat tekintetében (a Kortex Kft-n kívüli vállalkozások indulásának – legalábbis – nehezítésével) befolyásolta a versenyt.

- 56) Az előzőekkel összefüggésben megjegyzi a Versenytanács azt is, hogy a Megállapodással érintett árupiac előzőek szerinti meghatározásából nem következik az, hogy a Megállapodásnak ne lehetnének hatásai a flexibilis endoszkópiai termékek értékesítésének és (fővállalkozás keretében vagy más módon történő) beszerzésének teljes piacára. Ez azonban – szemben a Kortex Kft. álláspontjával (lásd 36. pont) – semmiképpen sem jelenti azt, hogy csak ez utóbbi (teljes) piac minősül a Megállapodással érintett árupiacnak, hanem azt, hogy (a Versenytanács által az előzőek szerint meghatározott érintett árupiac mellett) ezen teljes piac is a Megállapodással érintett piacnak minősül.

A versenyt korlátozó hatás és célzat

- 57) Egy megállapodás akkor is a Tptv. 11. § (1) bekezdésébe ütközik, ha az akár csak versenyt korlátozó hatást fejthet ki. Az adott esetben
- a Megállapodás 2.a) pontjában a Kortex Kft azt vállalta, hogy a Pályázathoz kapcsolódóan kizárólag az Olympus Kft-től vásárol endoszkópiai termékeket, ami az adott termékek értékesítői közötti versenyt korlátozhatja, mert az Olympus Kft. versenytársai számára egy lehetséges vevő kiesik, mely hatás azonban a Megállapodás jellegéből adódóan kizárólag az 56) pont szerinti teljes piacon jelentkezik,
 - a Megállapodás 2.b) pontjában az Olympus Kft. azt vállalta, hogy a Pályázathoz kapcsolódóan kizárólag a Kortex Kft. részére szállít endoszkópiai termékeket, ami az adott termékeket felhasználók (beszerzők) közötti versenyt korlátozhatja, mert a Kortex Kft. versenytársai számára egy

lehetséges eladó a Pályázathoz kapcsolódóan és a teljes piacon egyaránt kiesik.

- 58) Az előzőek szerinti megállapodás típusokat – mint a beszerzési lehetőségek, illetve az értékesítési lehetőségek közötti választás korlátozását – a Tpv. 11. § (2) bekezdés c) és d) pontja nevesítetten is tiltja. Ezért a Versenytanács álláspontja szerint a Megállapodás beleütközik a Tpv. 11. §-ának rendelkezéseibe.
- 59) Elvileg nem zárható ki, hogy egy, a Tpv. 11. § (2) bekezdés a)-h) pontjai valamelyikének formálisan megfelelő megállapodás nem hordoz magában a Tpv. 11. § (1) bekezdése szerinti versenyt korlátozó tartalmat, minek hiányában nem is minősülhet jogsértőnek. Az adott esetben azonban ilyen körülményre a Kortex Kft. nem hivatkozott. A Kortex Kft. ugyanis a Megállapodás versenyt korlátozó hatásának hiányára vonatkozó álláspontját arra alapozta, hogy a Pályázaton nem csak Olympus termékekkel lehetett indulni, illetve Olympus termékeket nem kizárólag az Olympus Kft-től lehetett beszerezni (lásd 37. pont). A Versenytanács álláspontja szerint azonban ezek a körülmények nem azt kérdőjelezik meg, hogy a Megállapodás versenyt korlátozó hatást fejthet ki, hanem ezen hatás intenzitásával vannak összefüggésben. Ez viszont nem a Tpv. 11. § szempontjából bír jelentőséggel, hanem a Megállapodás esetleges csekély jelentőségének (Tpv. 13. §), illetve (más körülményekkel együttesen) mentesülésének (Tpv. 16. és 17. §) vizsgálata során értékelendő.
- 60) Az a körülmény, hogy a Megállapodás versenyt korlátozó hatást fejthet ki, szükségtelemmé teszi a célzat vizsgálatát. A Versenytanács azonban megjegyzi, hogy – szemben a Kortex Kft. álláspontjával – a versenyt korlátozó célzatot önmagában nem kérdőjelezi meg
- az a körülmény, hogy a felek a Megállapodásban nem rögzítették, hogy „bárkit is ki akarnának szorítani a piacról”; továbbá
 - az sem, hogy a Kortex Kft. – egyébként minden bizonyíték nélkül – azt állította, hogy a Megállapodás célja az volt, hogy a többi esetleges pályázónak is ő értékesítse az Olympus termékeket.

A csekély jelentőség vizsgálata

- 61) A vevő és az eladó közötti (vertikális) versenyt korlátozó megállapodások esetében a Tpv. 13. § (2) bekezdésének alkalmazásában nem a vevő és az eladó együttes piaci részesedése, hanem külön-külön számított (egyedi) piaci részesedései az irányadók. Egy vertikális megállapodás akkor minősül csekély jelentőségűnek, ha az abban részes felek egyedi piaci részesedései egyetlen a megállapodással érintett piacon sem haladják meg a 10 százalékot.
- 62) Az Olympus Kft. piaci részesedését a Megállapodás kapcsán az értékesítés tekintetében kell vizsgálni, mert az általa vállalt kizárólagos szállítás versenyt korlátozó hatása annál erősebb, minél nagyobb a részesedése az érintett piacon az adott termékek értékesítéséből.
- 63) A Pályázat II. és III. üteme esetében érintett árupiacnak minősülő Olympus termékekből az Olympus Kft. részesedése
- Magyarországon (mint érintett földrajzi piacon) gyakorlatilag 100 százalék, amit a Kortex Kft. által hivatkozott (de nem bizonyított) esetleges „szürke import” (lásd 37. pont) sem csökkenhet érdemben, de
 - Európa egész területét (mint a Kortex Kft. által hivatkozott földrajzi piacot) feltételezve is közel 100 százalék (lásd 18. pont), figyelembevéve, hogy a piaci részesedés meghatározásakor a Tpv. 13. § (2) bekezdése alapján figyelembe kell venni a megállapodást kötő felektől nem független vállalkozások – adott esetben a 15. § (1) és (2) bekezdése alapján az Olympus Kft-t irányító Olympus GmbH által irányított európai Olympus aldisztributor leányvállalkozások – részesedését is.
- 64) Mindezt figyelembevéve a Versenytanács álláspontja szerint a Megállapodás a 2.b) pontja szerinti versenykorlátozás tekintetében nem minősül csekély jelentőségűnek.
- 65) A II. és III. ütemben szereplő flexibilis endoszkópiai termékek teljes köre esetében az Olympus Kft. (és a tőle 2004-2006. években nem független vállalkozások együttes) részesedése Magyarországon és Európában is lényegesen meghaladja a 10 százalékot, ezért a Megállapodás ezen (széles) érintett árupiacon sem minősül csekély jelentőségűnek. Mindez – és a jelen eljárás szempontjából ennek van meghatározó

jelentősége – egyben azt is jelenti, hogy a Megállapodás a Pályázathoz kapcsolódó piacon akkor sem minősülne csekély jelentőségűnek, ha a Pályázat II. és III. ütemében – miként arra a Kortex Kft. hivatkozott – nem csak Olympus termékekkel lehetett volna indulni.

- 66) A Pályázat I. üteme esetében nem nyert bizonyítást, hogy arra kizárólag Olympus endoszkópiai fertőtlenítőkkel lehetett pályázni, és az Olympus piaci részesedésére sem álltak rendelkezésre olyan adatok, amelyek azt bizonyították volna, hogy részesedése ezen termékek tekintetében 10 százalék feletti, ezért a Versenytanács az I. ütem esetében alkalmazhatónak ítélte a Tpv. 13. § (1) bekezdését.
- 67) A Kortex Kft. mint vevő részesedését az általa a Megállapodás alapján vásárolt áruk beszerzésének piacán kell vizsgálni, mert a versenyt korlátozó hatás annál erősebb, minél nagyobb a Kortex Kft. részesedése az adott termékek beszerzéséből. Az adott esetben a Kortex Kft. által vállalt kizárólagos beszerzés kizárólag a Pályázathoz szükséges árumennyiségre vonatkozott. E mellett a Megállapodásból fakadó versenyt korlátozó hatás az endoszkópiai termékeknek csak azt a csekély hányadát érintette, amelyek esetében a Pályázat feltételei alapján lehetőség lett volna nem Olympus termékek használatára (a többi termék esetében a verseny azért korlátozódott, mert a Pályázat úgy került kiírásra, hogy a termékek túlnyomó többsége esetében csak Olympus termék jöhetett szóba). A Versenytanács nem látta bizonyítottnak, hogy a Kortex Kft. előzőek figyelembevételével számított részesedése az endoszkópiai termékek beszerzésének piacán meghaladná a 10 százalékot, ezért a Megállapodás 2.a) pontja esetében alkalmazhatónak ítélte a Tpv. 13. § (1) bekezdését.

Mentesülés

Csoportmentesség

- 68) A Versenytanács osztotta a Kortex Kft. azon álláspontját (lásd 42. pont), hogy a Megállapodás a Vr. 1. § (1) bekezdése szerinti vertikális megállapodásnak minősül. Álláspontja szerint azonban a Megállapodásra a Vr. szerinti mentesülés a Vr. 2. § (1) bekezdése alapján nem alkalmazható, mert az Olympus Kft.-nek (mint a Megállapodás szerinti áruk szállítójának) az érintett piaci részesedése meghaladja a 30 százalékot

- mind a Pályázatban szereplő Olympus endoszkópiai termékek;
- mind a flexibilis endoszkópiai termékek teljes körének

értékesítése tekintetében, akár Magyarország egész területe, akár Európa egésze minősül érintett földrajzi piacnak.

- 69) Nem osztotta a Versenytanács a Kortex Kft. azon megközelítését, hogy a Vr. szerinti mentesülés elégséges feltétele az, ha a Kortex Kft-nek, mint vevőnek az érintett beszerzési piacon a részesedése nem éri el a 30 százalékot (lásd 42. pont). A Versenytanács álláspontja szerint ugyanis a Vr. 2. § (1) bekezdése a vertikális megállapodások teljes köre tekintetében (így a kizárólagos szállítási kötelezettséget tartalmazó megállapodások esetében is) kizáró feltételnek minősíti a szállító 30 százalék feletti érintett piaci részesedését. A szállító piaci részesedése a kizárólagos szállítási kötelezettség esetén is meghatározó jelentőségű abból a szempontból, hogy annak révén a vevő versenytársai a beszerzés milyen hányadából záródnak ki. A Vr. 2. § (2) bekezdése ehhez képest további feltételként jeleníti meg a kizárólagos szállítási kötelezettség esetén a vevő piaci részesedését, mert a vevő viszonylag magas piaci részesedéseiből fakadó piaci ereje révén képes lehet 30 százaléknál alacsonyabb piaci részesedésű szállítókat kizárólagos szállítási kötelezettséggel magához kötni, és ezzel versenytársai beszerzési lehetőségeit érdemben korlátozni.
- 70) Megjegyzi a Versenytanács, hogy – álláspontja szerint – a Vr. szerinti mentesülés azért sem alkalmazható, mert az nem csak kizárólagos szállítási, hanem kizárólagos beszerzési kötelezettséget is tartalmaz, amelyre mindenképpen a Vr. 2. § (1) bekezdése az irányadó.

Egyedi mentesülés

- 71) A Versenytanács a Kortex Kft. által a Tpv. 20. § alapján a Megállapodás 17. § szerinti mentesülésének bizonyítására előterjesztett érveket elsőként a Tpv. 17. § b) pontjával összefüggésben értékelte. Vagyis azt vizsgálta, hogy eljut-e a Megállapodásból származó előnyök méltányos része a fogyasztóhoz.
- 72) A fogyasztói előnyök tekintetében a Kortex Kft. az alábbiakat jelölte meg (lásd 43.b. pont):

- a) a Megállapodás révén a Kortex Kft. folyamatos pályázati kötelezettséggel rendelkezett, így az általa bevitt technológia folyamatosan és kompatibilisen jelen volt a közbeszerzésben;
 - b) az Olympus termékek a legfejlettebb technológiát képviselik;
 - c) ajánlata „olcsó” volt, illetve a „legkedvezőbb árat” jelentette.
- 73) A Versenytanács elöljáróban rögzíti, hogy a Megállapodás tekintetében a Tpv. 17. § b) pontjának alkalmazásában fogyasztónak a Kórház, illetve annak tulajdonosa (finanszírozója) az Önkormányzat minősül. Szempontjukból a Megállapodás előnyének értelemszerűen az minősül, ha annak révén olcsóbban és/vagy jobb minőségben valósul meg a Pályázat szerinti beruházás, mint a Megállapodás hiányában.
- 74) Az előzőek alapján a Versenytanács álláspontja szerint a Kortex Kft. által a 72.a) és b) pont alatt hivatkozott körülmények a Tpv. 17. § b) pontjával összefüggésben nem relevánsak, mert a Megállapodás jogsértőnek minősülő kizárólagossági rendelkezése hiányában még nagyobb esély is lett volna arra, hogy ezeket az „előnyöket” (ha egyáltalán előnynek minősülnek) más vállalkozások is biztosíthatják a Pályázat során.
- 75) A Kortex Kft. csak állítja, de nem bizonyítja, hogy ajánlata „olcsó” volt, illetve a „legkedvezőbb árat” jelentette. A Versenytanács álláspontja szerint ez elvileg is csak akkor lenne bizonyítható, ha a Pályázat II. és III. ütemére további (drágább, kedvezőtlenebb árú) ajánlatok érkeztek volna. Ezek hiányában legfeljebb az lenne állítható, hogy a Megállapodás szerinti kizárólagosság semleges volt a Kortex Kft. Által ajánlott árakra, így a Tpv. 17. § b) pontja szerinti értelemben előnyről ebben az összefüggésben sem lehet beszélni.
- 76) Mindezek alapján a Versenytanács álláspontja szerint a Megállapodásból semmiféle fogyasztói előny nem vezethető le, így értelemszerűen annak fogyasztóhoz eljutó része sem lehet. Ezért a Tpv. 17. § b) pontja szerinti mentesülési feltétel nem teljesül.
- 77) A Tpv. 17. §-ban foglalt további feltételek teljesülésének vizsgálatát a Versenytanács szükségtelennek tartotta, mert a Tpv. 17. § a)-d) pontjának együttes teljesülése szükséges a mentesüléshez, így azt a Tpv. 17. § b) pontja teljesülésének hiánya önmagában kizárja.

VII.

A Versenytanács döntése

- 78) Az előzőekben részletesen kifejtettek alapján a Versenytanács a Tpv. 77. § (1) bekezdés d) pontja alapján a Kortex Kft. és az Olympus Kft. esetében a törvénysértést a rendelkező részben foglaltak szerint megállapította.
- 79) A Versenytanács a Tpv. 77. § (1) bekezdés e) és f) pontja szerinti intézkedéseket (a törvénybe ütköző állapot megszüntetésének elrendelése, a törvény rendelkezésébe ütköző magatartás további folytatásának megtiltása) szükségtelennek ítélte, mert a vizsgált magatartás a Pályázat lezárultával megszűnt.

A bírság

- 80) A Tpv. 78. § (1) bekezdése szerint a Versenytanács bírságot szabhat ki azzal szemben, aki a törvény rendelkezéseit megsérti. A bírság összege legfeljebb a vállalkozás előző üzleti évben elért nettó árbevételének tíz százaléka lehet. A (2) bekezdés értelmében a bírság összegét az eset összes körülményeire – így különösen a jogsérelem súlyára, a jogsértő állapot időtartamára, a jogsértéssel elért előnyre, a jogsértő felek piaci helyzetére, a magatartás felróhatóságára, az eljárást segítő együttműködő magatartására, a törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítására – tekintettel kell meghatározni. A jogsérelem súlyát különösen a gazdasági verseny veszélyeztetettségének foka, a fogyasztói érdekek sérelmének köre, kiterjedtsége alapozhatja meg.
- 81) A bírság összegének meghatározásakor a Versenytanács a Gazdasági Versenyhivatal elnökének és a Versenytanács elnökének 2/2003. számú közleményében foglaltak szerint veszi figyelembe az előzőekben részletezett szempontokat.
- 82) A Versenytanács a releváns forgalom (Közlemény 11. pont) meghatározásakor abból indult ki, hogy a Megállapodás versenyt korlátozó hatása alapvetően abban jelentkezett, hogy a Pályázat II. és III. üteme tekintetében korlátozhatta a Kortex Kft-n kívüli vállalkozások pályázását, miáltal lehetőséget teremthetett arra, hogy a Kortex Kft. a versenyár feletti árajánlatot tegyen. Ennek megfelelően a Versenytanács

releváns forgalomként a Kortex Kft. esetében a pályázat II-III. ütemére adott együttes nettó ajánlati árát (2212 millió forint) vette figyelembe.

- 83) Az Olympus Kft. esetében az általa a II. és III. ütemben szállított termékeknek a Kortex Kft. ajánlatában feltüntetett együttes nettó értékét (311 millió forint) vette figyelembe.
- 84) A Versenytanács a verseny veszélyeztetettsége (Közlemény Melléklet A.a. pont) szempontjából figyelembe vette, hogy a Megállapodás (a verseny szempontjából kevésbé veszélyes) vertikális megállapodásnak minősül (10 pont).
- 85) A jogsértés piaci hatása (Közlemény Melléklet A.b. pont) tekintetében a Versenytanács abból indult ki, hogy a Kortex Kft. és az Olympus Kft. jogsértőnek minősülő magatartásukkal csak korlátozták, de nem zárták ki a versenyt különös tekintettel arra, hogy a többi európai országban működő Olympus disztribútoroktól elvileg lehetséges volt az érintett termékek beszerzése. Figyelembevette ugyanakkor a Versenytanács azt is, hogy az Olympus Kft. magyarországi (illetve az Olympus Kft. és a tőle nem független vállalkozások európai) piaci részesedése még valamennyi flexibilis endoszkópiai terméket tekintve is kiugróan magas (15 pont).
- 86) A jogsértéshez való viszonyulás (Közlemény Melléklet B. pont) körében a Versenytanács egyik vállalkozást sem tekintette „kiszolgáltatott”-nak vagy „szervező”-nek (B.a. pont), a „felróhatóság”-ot (B.b. pont) azonban mindkét vállalkozás esetén megállapíthatónak tartotta (5 pont).
- 87) Kialakult gyakorlatával (pl.: Vj–27/2003.) összhangban a Versenytanács további lényeges szempontként vette figyelembe, hogy az eljárás alá vont vállalkozások jogsértő magatartása közpénzek felhasználásához kapcsolódott, így annak hatása már csak emiatt is a társadalom széles rétegeire volt kihatással, illetve a közérdeket fokozottan sértette (5 pont).
- 88) Az előzőek alapján a Közlemény Melléklete szerint számítva a bírság alapösszege
- a Kortex Kft. esetében $2212 \times 35/1000 = 77,4$;
 - az Olympus Kft. esetében $311 \times 35/1000 = 10,8$
- millió forint.

- 89) A Kortex Kft. esetében a Közlemény Melléklete szerinti korrekciókra nem látott okot a Versenytanács, továbbá a számított bírság nem érte el a Kortex Kft. előző (2006.) évi nettó árbevételének (3991 millió forint) 10 százalékát, ezért a Versenytanács az előzőek szerint számított összeg (lefelé) kerekített mértékében, 77 millió forintban határozta meg a Kortex Kft-re kiszabott bírságot.
- 90) A Versenytanács nem látott indokot a bírság részletekben történő megfizetésének előírására figyelembevéve, hogy
- a kiszabott bírság összege a Kortex Kft. 2006. évi nettó árbevételének kevesebb, mint 2 százaléka; továbbá
 - a Kortex Kft. erre irányuló kérelmét érdemben nem is indokolta.
- 91) A bírságot a határozat kézhezvételétől számított harminc napon belül kell megfizetni, függetlenül attól, hogy a határozattal szemben keresetet terjesztenek-e elő. A Ket. 110. § (1) bekezdése szerint a keresetlevél benyújtásának a döntés végrehajtására nincs halasztó hatálya, az ügyfél azonban a keresetlevélben a döntés végrehajtásának felfüggesztését kérheti. A végrehajtást a kérelem elbírálásáig a Versenytanács nem fogantatosíthatja.
- 92) A Ket. 138.§-ának (1) bekezdés a) pontja szerint a pénzfizetési kötelezettségének határidőre eleget nem tevő kötelezett késedelmi pótlékot köteles fizetni. Ugyanezen szakasz (3) bekezdése szerint a késedelmi pótlék mértéke minden naptári nap után a felszámítás időpontjában érvényes jegybanki alapkamat kétszeresének 365-öd része. Ennek ellentételezéseként a Tpv. 83.§-ának (5) bekezdése úgy rendelkezik, hogy ha az eljáró versenytanács határozata jogszabályt sértett és ennek következtében az ügyfélnek igénye keletkezik a bírság visszatérítésére, a visszatérítendő összeg után a mindenkorai jegybanki alapkamat kétszeres összegének megfelelő kamatot is meg kell téríteni.

- 93) Az Olympus Kft. esetében a Versenytanács a Gazdasági Versenyhivatal elnökének és a Versenytanács elnökének a Kartellek feltárását segítő engedékenységi politika alkalmazása tárgyában kiadott 1/2003. számú közleménye 12.a. pontja alapján a bírság teljes összegét elengedte, mert az Olympus Kft. a Gazdasági Versenyhivatal számára nem ismert kartellről elsőként szolgáltatott olyan információkat és bizonyítékokat, amelyek alapján a vizsgálat megindítható volt; továbbá megfelelt a fenti közlemény 15. pontjában foglalt, az adott esetre értelmezhető valamennyi feltételnek is, mert
- a) nem végzett olyan tevékenységet, amellyel más vállalkozásokat a jogsértésben való részvételre és a kartell megállapodás működtetésére kényszerített,
 - b) az eljárás során teljes körűen és folyamatosan együttműködött a Gazdasági Versenyhivatallal, valamennyi birtokában lévő bizonyítékot és információt átadott, azok valóságtartalmát nem változtatta meg.
- 94) A Versenytanács annak ellenére alkalmazhatónak és alkalmazandónak ítélte az 1/2003. sz. Közleményt a Megállapodásra, hogy az csak a kartellekre vonatkozik, mely kifejezés alatt a nemzetközi és a magyar versenyjogi gyakorlat is a versenytársak közötti titkos megállapodásokat érti. Jelen esetben ugyanis tekintettel kellett lennie arra, hogy az 1/2003. sz. Közlemény alapján a Gazdasági Versenyhivatal befogadta az engedékenységi kérelmet, amely egy versenyeztetési eljáráshoz kapcsolódó, nem egyértelműen kategorizálható megállapodásra vonatkozott. A Versenytanács álláspontja szerint a jogbiztonság súlyos sérelmét jelentette volna az 1/2003. sz. Közleményben foglaltaktól az eljárás alá vont vállalkozás terhére történő eltérés.
- 95) A Megállapodás egyébként annak ellenére, hogy nem tekinthető klasszikus kartellnek – annak alapvetően titkos jellegét, továbbá lehetséges és tényleges következményeit tekintve – a Versenytanács álláspontja szerint olyan megállapodásnak minősül, amelyre vonatkozó engedékenységi kérelem befogadása összhangban állt az 1/2003. sz. Közlemény céljaival. Ebből azonban értelemszerűen nem következik az, hogy az 1/2003. sz. Közleményt általában indokolt lenne alkalmazni a vertikális megállapodásokra.

- 96) Megjegyzi a Versenytanács, hogy az Olympus Kft-vel szemben bírság kiszabását – az 1/2003. sz. Közleménytől függetlenül – a Tpv. 78. § (2) bekezdése azon rendelkezése alapján sem tartotta indokoltnak, mely szerint a bírság összegének meghatározásakor figyelembe kell venni az eljárást segítő együttműködő magatartást.

VIII.

Eljárási kérdések

- 97) Az eljárás alá vont vállalkozásokat megillető jogorvoslati jog a Tpv. 83. § (1)-(2) bekezdésén alapul.
- 98) A Gazdasági Versenyhivatal hatásköre a Tpv. 45. §-án, illetékessége a Tpv. 46. §-án alapul. E rendelkezések értelmében a Gazdasági Versenyhivatal kizárólagos hatáskörrel rendelkezik minden olyan versenyfelügyeleti ügyben, amely nem tartozik bíróság (Tpv. 86. §) hatáskörébe, illetékessége pedig az ország egész területére kiterjed.

Budapest, 2007. december 18.