

FŐVÁROSI ÍTÉLŐTÁBLA
3.Kf.27.098/2012/7. szám

A Fővárosi Ítéltábla a Dr. Biró Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Biró J. Judit ügyvéd által képviselt felperesnek a jogtanácsos által képviselt **Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság** (1026 Budapest, Riadó utca 5.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított perében, amely perbe az alperes oldalán a jogtanácsos által képviselt **Szentes Város Önkormányzata** (6600 Szentes, Kossuth tér 6.) beavatkozott, a Gyulai Törvényszék 2012. február 2. napján kelt 9.K.23.527/2011/25. számú ítélete ellen az alperesi beavatkozó 26. és 28. sorszám, az alperes 27. és 29. sorszám alatt bejelentett fellebbezésére meghozta az alábbi

Í T É L E T E T

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatja és a felperes keresetét elutasítja.

Kötelezi a felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek és az alperesi beavatkozónak külön-külön 60.000-60.000 (hatvanezer-hatvanezer) forint együttes első-, másodfokú perköltséget.

Kötelezi a felperest, hogy fizessen meg a Magyar Államnak - az adóhatóság külön felhívására - 123.000 (százhuszonháromezer) forint kereseti és fellebbezési illetéket.

Az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Az ajánlatkérő alperesi beavatkozó a 2011. június 10. napján feladott hirdetménnyel a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) VI.

fejezete szerinti tárgyalás nélküli egyszerű közbeszerzési eljárást indított Szentes város Klauzál utcai óvodájának felújítására és bővítésére. Az ajánlattételi felhívásban a műszaki, szakmai alkalmasság minimumkövetelményei között M.4. pont alatt előírta, hogy az ajánlattevő és a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozója az esetben alkalmas az ajánlattételre, ha az ajánlattételi felhívás közzétételét megelőző öt évben rendelkezik legalább egy darab, nettó 100 millió forintot elérő és legfeljebb négy szerződésből származó oktatási és/vagy szociális célú épület felújítása/bővítése és/vagy új oktatási/szociális célú épület építése tárgyú referenciamunkával. Az ajánlattételi felhívás III.2.1) pontjában nyilatkozatot kért egyebek mellett a Kbt. 61. § (1) bekezdés d) pontja szerinti kizáró ok fennállásáról. Az igazolás módjára a Kbt. 249. § (3) bekezdése alapján az ajánlattevő nyilatkozatát írta elő. Az ajánlattételi határidőre mások mellett ajánlatot tett az ... Zrt. (a továbbiakban: felperes) és az ... Kft. (a továbbiakban: nyertes ajánlattevő) is. Ez utóbbi társaság ajánlatában nyilatkozott arról, hogy a közbeszerzés értékének tíz százalékát meg nem haladó mértékben a nyílászárók elhelyezésére, asztalos ipari munkák végzésére a ... Kft.-t veszi igénybe, amely társaság nem áll a Kbt. 61. § (1) bekezdés d) pontjának hatálya alatt. Referencia listájában négy munkát tüntetett fel, köztük a ... Zrt. (a továbbiakban: Zrt.) ... telephelyén lévő ipari építményeken végzett generálkivitelezési munkát 125.557.309 Ft + Áfa összegben, 100% teljesítési hányaddal. Az alperesi beavatkozó hiánypótló felhívására a Zrt.-től származó referenciaigazolást a nyertes ajánlattevő akként pontosította, hogy a végzett munka egy szerződésből származott, több évre áthúzódó, nagyrészt szociális és továbbképző épületrészt magában foglaló felújítási munka volt, majd az alperesi beavatkozó tisztázó kérdésére az igazolást azzal egészítette ki, hogy a felújítási munkákból a szociális és továbbképző oktatási épületrész felújítási munkáinak értéke meghaladta a nettó 100 millió forintot.

Az alperesi beavatkozó az eljárás nyertesének a nyertes ajánlattevőt hirdette ki, a nyertes ajánlatot követő legkedvezőbb ajánlatot a felperes tette.

A nyertes ajánlattevő ajánlatának érvényességét vitató, az összegzés visszavonását vagy módosítását kérő eredménytelen előzetes vitarendezési eljárást követően a felperes jogorvoslati kérelmet terjesztett elő, amely más kifogások mellett a Zrt. referenciaigazolásának hamis adattartalmára és a ... Kft.-nek a Kbt. 61. § (1) bekezdésének d) pontja szerinti kizáró ok hatálya alá tartozására vonatkozott. Az alperes D.591/13/2011. számú határozatával egyéb kérelemre is eljárva a felperesnek az alperesi beavatkozó eljárása, valamint a nyertes ajánlattevő ellen benyújtott jogorvoslati kérelmét elutasította. A Zrt. által kiadott referenciaigazolásra nézve nem állapított meg hamis adatszolgáltatást, mert a Kbt. 68. § (2) bekezdés szerinti igazolási mód, a Zrt. képviselőre jogosult ügyvezetőjének referenciaigazolásba foglalt nyilatkozata, és annak kiegészítése a beszerzés tárgyának megfelelő oktatási és/vagy szociális célú épület felújítására vonatkozó adatot tartalmazott, így megfelelt a műszaki-szakmai alkalmassági követelménynek, melyet a Zrt. tevékenységi körében feltüntetett egyéb információs szolgáltatás, az oktatást kiegészítő tevékenység és konferencia kereskedelmi bemutató szervezés is alátámasztott. Az igazolás tartalmát nem cáfolta a felperes által készített fénykép-

és hanganyag. Hamis referencianyilatkozat hiányában az alperesi beavatkozót nem terhelte a nyertes ajánlattevő eljárásból kizárásának kötelezettsége.

A tíz százalék alatti alvállalkozóként megjelölt ... Kft.-vel szemben a Kbt. 61. § (1) bekezdés d) pontja szerinti kizáró ok fennálltára alapított kérelmet azért nem tartotta alaposnak, mert a Kbt. 249. § (3) bekezdése értelmében a nyertes ajánlattevő ajánlata 8. oldalán nyilatkozott arról, hogy tíz százalék alatti alvállalkozója nem esik a kizáró ok hatálya alá. A közbeszerzési szerződés megkötését követően az alvállalkozó nyilatkozatát a Magyar Kereskedelmi és Iparkamara (a továbbiakban: MKIK) felé megtette, azt a MKIK az építőipari kivitelezői nyilvántartásba 2011. augusztus 24. napján 26A45949 számon bejegyezte. Az alperes megállapította továbbá, hogy az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX.15.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Korm. rendelet) 30. §-a lehetővé teszi a 29. § (1) bekezdés hatálya alá nem tartozó esetekben, hogy a vállalkozó a kivitelezés megkezdését követő 8 napon belül jelentse be az építési felügyeleti hatóságnak az építőipari kivitelezési tevékenység megkezdését.

Az alperes határozatának elsődlegesen megváltoztatása, az alperesi beavatkozó terhére jogsértés megállapítása, másodlagosan a határozat hatályon kívül helyezése és az alperes új eljárásra kötelezése, valamint perköltség iránt előterjesztett felperesi keresetre eljárva az elsőfokú bíróság ítéletében megállapította, hogy az alperesi beavatkozó megsértette a Kbt. 88. § (1) bekezdés e) pontjára tekintettel a Kbt. 81. § (3) bekezdését, valamint a Kbt. 91. § (1) bekezdését.

Az elsőfokú bíróság a perben bizonyítást folytatott le, tanúként hallgatta meg a Zrt. vezérigazgatóját, beszerezte a Zrt. részére a ... telephelyre kiadott építési és végleges használatbavételi engedélyt. A Kbt. 334. § (1) bekezdésére hivatkozással kifejtette, hogy az alperes a hamis adatszolgáltatásra nézve bizonyítást nem vett fel, az általa elvégzett vizsgálat alapján - mely arra szorítkozott, hogy a referenciaigazolást a társaság képviselőre jogosult tagja írta-e alá - viszont a referenciaigazolás valóságtartalmát nem lehetett megítélni. Az elsőfokú bíróság a bizonyítékok mérlegelése eredményeként azt állapította meg, hogy a Zrt. termelőtevékenységet folytató gazdálkodó szervezet, az ingatlan elsődleges hasznosítása ipari célú, melyhez kiegészítő jelleggel kapcsolódik a főleg saját munkavállalók továbbképzését szolgáló oktatási jellegű tevékenység, de ettől az épület még nem tekinthető oktatási célú épületnek, mert ilyennek kizárólag az az épület tekinthető, ahol a fő tevékenység az oktatás. Miután a közbeszerzés tárgya óvodai épület felújítása és bővítése volt, az alkalmasságot is oktatási vagy szociális funkciójú épületben végzett felújítási munkával kellett igazolni, mely nem lehet egyenértékű az oktatási célra is használható helyiségekben végzett felújítási munkával. Ez okból a nyertes ajánlattevő nem teljesítette az M.4. pontban írt alkalmassági követelményt, a referenciaigazolás tartalma nem felelt meg a valóságnak. A hamis adatszolgáltatás tényét az alperesi beavatkozónak észlelnie kellett volna és a nyertes ajánlattevőt a Kbt. 88. § (1) bekezdés d) pontja alapján ki kellett volna zárnia a közbeszerzési eljárásból.

A Kbt. 61. § (1) bekezdés d) pontjában foglalt kizáró ok fennállását is az alperestől eltérően ítélte meg. Kifejtette, hogy nem lehet alvállalkozó, aki a letelepedése

szerinti ország nyilvántartásába nincs bejegyezve. Az alperesi beavatkozónak a Kbt. 20. § (7) bekezdése alapján ellenőriznie kellett volna a nyertes ajánlattevőnek erre vonatkozó nyilatkozatát. Álláspontja szerint az alvállalkozónak legkésőbb az ajánlat elbírálásakor nyilvántartott vállalkozónak kellett volna lennie, mert ezt követően a kizáró ok fennállását már nem vizsgálhatja az ajánlatkérő, ezért a Korm. rendelet szabályai kizárólag a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel alkalmazhatók. A Korm. rendelet 29. § (1) bekezdése az építtető kötelezettségévé teszi az építőipari kivitelezési tevékenység megkezdésének előzetes, míg a 30. § a 29. hatálya alá nem tartozó építési tevékenység esetében az utólagos bejelentést. A Kbt. hatálya alá tartozó építési tevékenység esetében a Korm. rendelet eleve kizárja az utólagos bejelentést, a rendelet egyébként sem írhatja felül a Kbt. 20. § (7)-(9) bekezdéseiben foglalt rendelkezéseket. A perben nem volt vitatott, hogy a ... Kft. az eljárást lezáró döntés kihirdetésének napján nem szerepelt az MKIK névjegyzékében, ezért az alperesi beavatkozónak a nyertes ajánlatát a Kbt. 88. § (1) bekezdés d) pontja alapján érvénytelennek kellett volna nyilvánítani és az eljárásból ki kellett volna zárni. Az elsőfokú bíróság ugyanakkor nem találta alaposnak a Zrt. által kiállított referencia hiányos adattartalma miatti alperesi beavatkozási eljárás jogszerűtlensége miatti kereseti érveket sem a Kbt. 83. § (5) bekezdés, sem a Kbt. 86. § (1) bekezdés alapján.

Az elsőfokú bíróság ítélete ellen bejelentett fellebbezésében az alperes az ítélet megváltoztatását, a felperes keresetének teljes terjedelmében történő elutasítását, valamint a felperes perköltségben marasztalását kérte. Sérelmezte, hogy az elsőfokú bíróság ítélete a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 339. §-ában foglaltak ellenére az alperes határozatáról nem tartalmazott rendelkezést, nem a határozat jogszerűségéről döntött, hanem az alperesi beavatkozó terhére állapított meg jogsértéseket és ezzel a Kbt. 348/A. § (3) és (4) bekezdésében foglaltakat sértette meg. Ezen túlmenően az ítélet rendelkező része ellentétes az indokolással, mert a rendelkező rész az alkalmatlanságra tekintettel mondta ki az ajánlat érvénytelenségét, míg az ítélet indokolásában a Kbt. 88. § (1) bekezdés d) pontja szerinti kizáró ok alapján állapította meg ugyanazt.

Az alperes határozati álláspontjának fenntartása mellett vitatta, hogy az elsőfokú bíróság által lefolytatott bizonyítás alkalmas lenne a nyertes ajánlattevő M.4. pont szerinti műszak-szakmai alkalmassági minimumkövetelmény fennállása hiányának, és a referenciaigazolás hamis adattartalmának bizonyítására. Kifejtette, nem valósított meg hamis adatszolgáltatást a tíz százalék alatti alvállalkozóról tett nyilatkozat az MKIK által vezetett építőipari kivitelezői nyilvántartásban szereplés hiánya miatt, a Kbt. egyszerű eljárásban érvényesülő és a kizáró okok igazolására vonatkozó rendelkezéseire tekintettel. A nyertes ajánlattevő alkalmasságát kizárólag az ajánlattételi felhívásban foglaltaknak megfelelően kellett megítélni, ezért tévedett az elsőfokú bíróság, amikor a beszerzés tárgyára tekintettel úgy ítélte meg, hogy a referenciaigazolásban szereplő projekt „nem lehet egyenértékű az oktatási célra is használható helyiségeken végzett felújítási munkákkal”. Utalt arra, hogy az ajánlatkérő csak a Kbt. 68. § (2) bekezdése szerinti formában és tartalommal követelheti meg a referenciaigazolást. Az egyszerű eljárásban is érvényesülő ajánlati kötöttség szabja meg a referenciaigazolás megfelelőségének

vizsgálatát. Az alperesi határozat jogszerűsége az annak meghozatalakor fennálló tények alapján vizsgálható felül, ezért a Pp. 339/B. § alapján a közbeszerzési eljárásban kiadott referenciaigazolás valóságtartalma nem mérlegelhető felül. A Kbt. VI. fejezete szerinti egyszerű eljárásban a 249. § (3) bekezdése egyértelműen nyilatkozatot követel meg a kizáró ok igazolási módjára nézve, de nem tartalmaz előírást annak ellenőrzésére. A Kbt. 2010. szeptember 15-től hatályos szövegét megállapító 2010. évi LXXXVIII. törvény indokolása is azt támasztja alá, hogy az egyszerű eljárásban az ajánlatkérőnek a Kbt. 81. § (1) bekezdés szerinti vizsgálati kötelezettsége csak a nyilatkozat meglétére korlátozódik.

Az alperesi beavatkozó fellebbezésében az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatását, a kereset elutasítását és perköltséget kért. Azzal érvelt, hogy az ajánlattételi felhívásban semmilyen módon nem határozta meg, mit tekint oktatási és szociális célú épületnek. Az épület jellegének kötelező előírása hiányában nem volt módja annak vizsgálatára, így jogsértést sem követett el. Tévesen állapította meg az elsőfokú bíróság a ... Kft.-vel kapcsolatban a Kbt. 61. § (1) bekezdés d) pontjának sérelmét is, mivel a közbeszerzési útmutató a nyilvántartás ellenőrzését kizárólag az ajánlattevőre nézve írja elő, ez a kötelezettség a tíz százalék alatti alvállalkozóra nem vonatkozik. Az alvállalkozó nem állt kizáró ok hatálya alatt, mert a kivitelezés megkezdését követően is jogosult volt a kamarai nyilvántartásba bejelentkezni.

A felperes ellenkérelmében az elsőfokú ítélet helybenhagyását és perköltséget kért.

A fellebbezés az alábbiak szerint alapos.

A közigazgatási perben a bíróságnak azt kell vizsgálnia, hogy a felülvizsgálni kért közigazgatási határozat jogszabálysértő-e, szenved-e olyan eljárásjogi vagy anyagi jogi hibában, amely a Pp. 339. § (1) bekezdése szerinti döntés meghozatalát eredményezheti. Ha törvény ettől eltérően nem rendelkezik, a bíróság a jogszabálysértő közigazgatási határozatot hatályon kívül helyezi és - szükség esetén - a közigazgatási határozatot hozó szervet új eljárásra kötelezi. Ennek indoka az, hogy a közigazgatási hatósági ügyeket a hatáskörrelvonás tilalma miatt a közigazgatási hatóságnak kell érdemben elbírálni, végső soron a jogszabálysértést is neki kell kiküszöbölni. Bizonyos esetekben célszerű a közigazgatási határozatok megváltoztatása. A Pp. 339. § (2) bekezdése sorolja fel azokat az ügyeket, amelyekben a bíróság a közigazgatási határozatot megváltoztathatja, ennek q) pontjában szereplő eset, „ha törvény azt megengedi.” A Kbt. 348/A. § (3) bekezdése a megváltoztatásra vonatkozó törvényi felhatalmazást megadja, amikor úgy rendelkezik, hogy a bíróság a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatát - a bíróság összegét is ide értve - megváltoztathatja és alkalmazhatja a 340. § (2) bekezdésének f) pontja, a (3) és (4) bekezdése szerinti jogkövetkezményeket. A Pp. és a Kbt. fenti rendelkezéseiből következik, hogy a bíróságnak az ítéletében arról kell rendelkeznie, hogy a közigazgatási határozatot kasszációs, vagy reformatórius jogkörével élve bírálja felül, így elkerülhetetlen, hogy a határozat rendelkező része tartalmazza az alperes határozatára vonatkozó döntést. Jogszabálysértés esetén a

bíróság vagy hatályon kívül helyezi az alperes határozatát és az alperest új eljárásra kötelezi, vagy - ha ennek törvényi feltétele fennáll - a határozatot - részben, vagy egészben - megváltoztatja és helyébe - részben, vagy egészben - új rendelkezést hoz. Ennek a követelménynek nem felelt meg az elsőfokú bíróság ítélete. Bár az alperesi beavatkozó terhére - eltérően az alperesi döntéstől - a Kbt. 88. § (1) bekezdés e) pontjára tekintettel a Kbt. 81. § (3) bekezdésének és a 91. § (1) bekezdésének a sérelmét megállapította, az alperes határozatáról sem az ítélet a rendelkező részében, sem az indokolásában formálisan nem hozott döntést.

Okkal kifogásolta az alperes azt, hogy a rendelkező részben megjelölt Kbt. 88. § (1) bekezdés e) pontja az ajánlat érvénytelenségét arra az esetre teszi megállapíthatóvá, ha az ajánlattevő illetőleg a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladóan igénybe vett alvállalkozója nem felel meg a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelményeknek. Az elsőfokú bíróság a kereseti kérelemnek megfelelően azonban a Kbt. 88. § (1) bekezdés d) pontjának megsértését vizsgálta, ez esetben az ajánlat azért érvénytelen, mert az ajánlattevőt, illetőleg alvállalkozóját, vagy az ajánlatban szereplő erőforrást nyújtó szervezetet az eljárásból kizárták.

Hiányos volt az ítélet rendelkező része az okból is, mert az ismételt hiánypótlást illetően az elsőfokú bíróság a felperes keresetét nem találta megalapozottnak, de ez csak az indokolásból volt megállapítható, az ítélet rendelkező része az „ezt meghaladóan a felperes keresetét elutasítja” kitéltet nem tartalmazta.

Mindezek az eljárási szabálysértések azonban azért nem vezettek az ítélet hatályon kívül helyezésére, mert az elsőfokú bíróság döntése tartalmát tekintve a kereseti kérelmet teljes egészében kimerítette, az elsőfokú bíróság döntésének teljes körű, részletes indokát adta, ezért a másodfokú bíróság a Pp. 253. §-a alapján az elsőfokú bíróság ítéletét érdemben bírálta felül, azonban az elsőfokú bíróság jogi álláspontját nem osztotta a következők miatt:

Az alperesi beavatkozó a Kbt. VI. fejezete szerinti általános egyszerű közbeszerzési eljárást folytatott le, amely eljárás szabályait a Kbt. 22. címe alatti speciális előírások határozzák meg külön rögzítve azt, hogy a Kbt. mely egyéb szabályai alkalmazandók megfelelően. A Kbt. 250. § (3) bekezdés d) pontjára figyelemmel a 70. § (1) bekezdése értelmében az ajánlattevőnek az ajánlattételi felhívásban és a dokumentációban meghatározott tartalmi és a 70/A, § (1)-(3) bekezdései szerinti formai követelményeknek megfelelően kell ajánlatát elkészítenie és benyújtania. A Kbt. 250. § (1) bekezdése szerinti ajánlati kötöttség az ajánlattételi határidő lejártától kezdődött, ami azt jelenti, hogy az ajánlattételi határidő lejártát követően az ajánlatkérő kötve volt az ajánlati felhívásban és dokumentációban meghatározottakhoz, míg az ajánlattevő az ajánlatban foglaltakhoz. Az ajánlattételi felhívás a műszaki-szakmai alkalmasság minimumkövetelményei között azt fogalmazta meg, hogy az ajánlattevő, valamint a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozója akkor alkalmas a szerződés teljesítésére, ha rendelkezik az ajánlattételi felhívás közzétételét megelőző öt évben 100 millió forintot elérő összegű oktatási és/vagy szociális célú épület felújítása, bővítése, vagy építése tárgyú referenciamunkával.

Egyéb követelményt az alperesi beavatkozó nem támasztott, a referencia épület rendeltetését, funkcióját nem jelölte meg, azt nem hozta közvetlen összefüggésbe a beszerzés tárgya szerinti intézmény intézményi funkciójával, és arra nézve sem tett előírást, hogy az oktatási és/vagy szociális célú épületnek milyen mértékben, hogyan kell az ilyen célnak megfelelnie. Nem írta elő, hogy csak az olyan építési munka teljesíti az alkalmassági követelményt, amely épületnek elsődleges vagy kizárólagos hasznosítása irányul oktatási/szociális célra. Nem részletezte, hogy az oktatási és/vagy szociális cél miben rejlik. Az alperes helyesen hivatkozott arra, hogy az ajánlati kötöttségből fakadóan az ajánlatkérőnek a nyertes alkalmasságát az ajánlattételi felhívásban foglaltaknak megfelelően kellett megítélnie, utóbb más szempontú vizsgálata az egyes referencia munkáknak nem volt elvégezhető az esetben sem, ha a kiírás esetlegesen pontatlan volt, vagy félreérthető. Mindaz az épületreferencia ezért, amely épületben oktatási/szociális célú tevékenységet is folytatnak, teljesíti a műszaki-szakmai alkalmassági követelményt. Az alkalmasság megítéléséhez elegendőnek mutatkozott a hiánypótlás, illetve a tisztázó kérdés és az arra adott válasz, utóbbi alapján az alperesi beavatkozó meggyőződhetett egyebek mellett a referenciaigazolásban szereplő épület kívánalom szerinti céljáról, ezzel az alkalmassági követelmény teljesítéséről. Az ilyen módon a Kbt. 68. § (2) bekezdése szerinti tartalomnak megfelelő referenciaigazolás alapján az elsőfokú bíróság szükségtelenül folytatott le vizsgálatot az ingatlan elsődleges hasznosítási céljára egyfelől azért, mert erre nézve előírást az ajánlattételi felhívás sem fogalmazott meg, másfelől azért, mert ezzel az ajánlatkérői magatartás jogszerűségének vizsgálatán túlterjeszkedett. Tévesen minősítette a saját munkavállalók továbbképzését szolgáló oktatási jellegű tevékenységet olyannak, mint ami nem jelenti az oktatási célú követelmény megvalósítását és arra nézve sem tehetett volna megállapítást, hogy oktatási és/vagy szociális célú épületnek kizárólag az az épület tekinthető, ahol a fő tevékenység az oktatás vagy a szociális ellátás, mert mindez a kiírásból nem következett. A referencia megfelelőségére vonatkozó vizsgálat keretei törvény által meghatározottak, csak olyan ajánlatkérői magatartás kérhető számon, amely e kötelezettségből következik. Helyesen hivatkozott arra az alperes, hogy mindazok az eszközök, melyeket az elsőfokú bíróság az épület funkciójának a felderítésére igénybe vett, a közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő számára nem álltak rendelkezésre. A közbeszerzési eljárásban kiadott referenciaigazolás valóságtartalma bizonyítási eljárás eredményeként, a közbeszerzési eljárás lezárását követően felmerült tények birtokában nem lett volna megkérdőjelezhető. Az alperes a jogorvoslati eljárásban a törvényi követelmények szerint a referenciát adó szerződő másik fél igazolásának tartalmát vizsgálta, annak ellenőrzéséhez az ajánlatkérő által is elérhető eszközöket (céginformáció) vette figyelembe, illetve a felperes által állított hamis adatszolgáltatás bizonyítékait (kép, és hanganyag) mérlegelte. A Pp. 339/A. §-a szerint a közigazgatási határozat meghozatalakor fennálló tények alapján kell felülbírálni a határozat megállapításait. Az alperes a rendelkezésre álló dokumentumok alapján, a jogszabályoknak megfelelően vizsgálta a referencia igazolással összefüggő mind az ajánlatkérő, mind a nyertes ajánlattevő terhére állított hamis adatszolgáltatásra vonatkozó jogorvoslati kérelmet és döntött - helyesen - annak megalapozatlanságáról.

Az elsőfokú bíróság helytelenül értelmezte a Kbt. 334. § (1) bekezdését. E rendelkezés szerint, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárása során a kérelem, illetőleg a kezdeményezés alapján vizsgálaton túli jogsértésről szerez tudomást az érdemi határozat (340. §) meghozatala előtt, ezek vonatkozásában is eljár hivatalból. Ez a szabályozás az alperest olyan jogsértések vizsgálatára jogosítja fel, amelyeket a jogorvoslati kérelem nem tartalmaz, de az eljárás során az alperes azt észleli. A jelen közigazgatási eljárás során az alperes hivatalból nem járt el. A hivatkozott szabály az alperes hivatalból kezdeményezett eljárására, nem pedig a bizonyítás hivatalbóli kötelezettségére vonatkozik, amely egyébként - eltérő rendelkezés hiányában - az alperest a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény előírásai szerint terheli. A jogorvoslati kérelem egyik eleme volt a referenciaigazolás hamis adattartalma, az alperes a fentiek szerint a tényállás tisztázási kötelezettségének a jogszabály adta keretek között eleget tett, a felperes ezzel ellentétes állítása nem volt megalapozott.

Tévesen jutott az elsőfokú bíróság a tíz százalék alatti alvállalkozót illetően arra a következtetésre, hogy a ... Kft. a Kbt. 61. § (1) bekezdésének d) pontja szerinti kizáró ok hatálya alatt állt, ezért az eljárásból ki kellett volna zárni a nyertes ajánlattevőt. Az általános egyszerű közbeszerzési eljárás szabályai között a Kbt. 249. § (3) bekezdésében feljogosítja az ajánlatkérőt, hogy az ajánlattételi felhívásában a Kbt. 61. § (1) bekezdése szerinti kizáró okok érvényesítését előírja. Ezt az alperesi beavatkozó megtette. A Kbt. 249. § (3) bekezdése arról is rendelkezik, hogy milyen módon kell a kizáró ok fenn nem állását igazolni. Ilyen igazolás az ajánlattevő, a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó, valamint az ajánlattevő részére a szerződés teljesítéséhez erőforrást nyújtó szervezet nyilatkozata. Az ajánlatkérő az ajánlattételi felhívás III.2.1) pontjában egyértelműen utalt a kizáró ok igazolása körében a Kbt. 249. § (3) bekezdésére, amikor az ajánlattevő nyilatkozatát követelte meg. A ... Kft. tíz százalék alatti alvállalkozó, így a nyertes ajánlattevőnek arra nézve kellett nyilatkoznia, hogy a szerződés teljesítéséhez nem vesz igénybe kizáró ok hatálya alatt álló alvállalkozót. A szabályozásból következően a kizáró ok fenn nem állásának a szerződés teljesítésekor kellett megfelelni. Az elsőfokú bíróság tévesen várta el az igazolás meglétét az ajánlatok elbírálásának időpontjára. Az ajánlatkérőnek csak azt kellett ellenőriznie, figyelemmel az eljárásfajta sajátosságaira is, hogy a nyilatkozatot a nyertes ajánlattevő megtette-e.

Tévedett az elsőfokú bíróság a Korm. rendelet 29. és 30. §-ának megfelelő alkalmazását illetően is. A Korm. rendelet 29. §-a az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII. törvény (a továbbiakban: Étv.) 39/A. § (4) bekezdéséhez kapcsolódóan rögzíti, hogy az építőipari kivitelezési tevékenység tervezett megkezdésére irányuló bejelentést az építtetőnek a Kbt. hatálya alá tartozó építkezések esetében előzetesen kell bejelenteni. A Korm. rendelet 30. §-a szabályozza az utólagos bejelentési kötelezettségét az építtetőnek a 29. § hatálya alá nem tartozó, de építésügyi hatósági engedély köteles építési tevékenység

esetében akként, hogy a tervezett építőipari kivitelezési tevékenység megkezdését és az építési napló megnyitásának napját a kivitelezés megkezdését követő nyolc napon belül kell bejelenteni az építés-felügyeleti hatóságnál. A hivatkozott Étv. 39/A. § (4) bekezdése szerint az építető köteles az építőipari kivitelezési tevékenység megkezdését e törvény végrehajtására kiadott Korm. rendeletben meghatározott esetekben és módon bejelenteni.

Az Étv. 39. § (1) bekezdése az építőipari kivitelezési tevékenység fogalmát az építési beruházás megvalósítása keretében végzett építési tevékenység és az ezekre vonatkozó irányító és ellenőrző tevékenységek összességéként definiálja. A 39. § (2) bekezdése a vállalkozó kivitelezői tevékenység folytatásának feltételeiről rendelkezik, amely az üzletszerű gazdasági tevékenységként végzett építőipari kivitelezési tevékenységet jelenti. Ekként a feltétel szerint ilyen tevékenységet az folytathat, akinek az építőipari kivitelezési tevékenység a tevékenységi körében szerepel, a munkavégzésére alkalmas telephellyel rendelkezik, rendelkezik a tevékenységi körnek megfelelő szakképesítéssel és olyan személyt alkalmaz munkaviszonyban tagsági vagy megbízási jogviszonyban állóan, aki az a) pont szerinti tevékenységi körbe tartozó a 39/A. § szerint felelős műszaki vezető irányításával végezhető kivitelezési tevékenység tekintetében a felelős műszaki vezetői feladatok ellátására jogosult. A 39. § (4) bekezdése úgy rendelkezik, hogy aki vállalkozói kivitelezői tevékenységet kíván folytatni, köteles az erre irányuló szándékát a névjegyzéket vezető szervnek bejelenteni. Ezt a névjegyzéket a 39. § (7) bekezdése értelmében a Magyar Kereskedelmi és Iparkamara vezeti. A Korm. rendelet 35. § (1) bekezdése a vállalkozó kivitelezőre vonatkozó az Étv. 39. § (3) bekezdése szerinti bejelentésnek a szolgáltatási tevékenység megkezdésének és folytatásának általános szabályairól szóló 2009. évi LXXVI. törvény 22. § (1) bekezdésében meghatározott adatokon kívüli adatok szerepeltetését írja elő. A (3) bekezdése szerint a kivitelezőre vonatkozó, az Étv. 39. § (4) bekezdése szerinti bejelentésnek tartalmaznia kell több adatot, köztük a nyilvántartásba vétellel egyidejűleg kiadott nyilvántartási számot.

A ... Kft. a Korm. rendelet 35. § (4) bekezdése szerinti, és az Étv. 39. § rendelkezésein alapuló nyilvántartásba vétele történt meg. Ettől független a Korm. rendelet 29. § (1) bekezdésének b) pontja szerinti előzetes, vagy a 30. § szerinti utólagos bejelentés, mert ez az Étv. 39/A. §-án alapuló építés-felügyeleti hatóság felé történő bejelentésre vonatkozik.

A MKIK nyilvántartásba történő felvételéről szóló határozat kelte 2011. augusztus 24., ami azt jelenti, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítésekor a nyilvántartási bejegyzés a tíz százalék alatti alvállalkozónak rendelkezésre állt.

Mindezekre figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253. § (2) bekezdése értelmében megváltoztatta és a felperes keresetét elutasította. A másodfokú bíróság az elsőfokú ítélet tartalmát tekintve keresetet elutasító részét nem érintette, mert azt az alperes és az alperesi beavatkozó fellebbezéssel nem támadta, a másodfokú döntés rendelkező részében azonban erről az elsőfokú ítélet hiányosságai miatt külön rendelkezni nem tudott.

Az alperes és az alperesi beavatkozó sikeres fellebbezésének eredményeként a Fővárosi Ítéltábla a Pp. 78. § (1); (2) és 79. § (1) bekezdése értelmében kötelezte a felperest az alperes és az alperesi beavatkozó részére külön-külön az együttes első- másodfokú perköltség megfizetésére azzal, hogy a 60.000 forint összegű együttes perköltségből az elsőfokú eljárás költségét 20.000 forintban, a másodfokú eljárás költségét 40.000 forintban állapította meg.

A felperes a fellebbezés sikerére figyelemmel az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39. § (3) bekezdésének c) pontja, a 46. § (1) bekezdése alapján köteles a 27.000 forint összegű kereseti illeték és az alperes, valamint az alperesi beavatkozó fellebbezésére figyelemmel kétszeres 48.000 forint összegű fellebbezési illeték viselésére.

Budapest, 2012. május 9. napján

**Dr. Sára Katalin s.k. a tanács elnöke, Dr. Páldy Zsuzsanna s.k. előadó bíró,
Dr. Szőke Mária s.k. bíró**

A kiadmány hitelül:

tisztviselő