

FŐVÁROSI ÍTÉLŐTÁBLA
3.Kf.27.073/2012/5. szám

A Fővárosi Ítéltábla a dr. Schönek Attila Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Schönek Attila 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 a Fővárosi Bíróság 2011. november 23. napján kelt 14.K.30.246/2011/6. számú ítélete ellen az alperes 7. 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 50.000 (ötvenezer) forint együttes első-, másodfokú perköltséget.

Kötelezi a felperest, hogy fizessen meg a Magyar Államnak - az adóhatóság külön felhívására - 48.000 (negyvennyolcezer) forint fellebbezési illetéket.

Az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

A ... Zrt. (a továbbiakban: ajánlatkérő) a 2010. augusztus 8-án feladott hirdetményével a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) VII. fejezete szerinti egyszerű tárgyalásos közbeszerzési eljárást indított a 2011-2013. években minősítő auditok lebonyolítására. Ajánlattételi felhívása III.2.3) pontjában megfogalmazott, a műszaki-szakmai alkalmasság minimumkövetelménye szerint az ajánlattevőnek, közös ajánlattevőnek és a tíz százalék feletti alvállalkozónak együttesen kellett megfelelnie a Kbt. 67. § (3) bekezdés d) pontja szerinti előírásnak, alkalmatlanságot eredményezett, ha nem

rendelkezik legalább három fő vezető auditor szakemberrel, akiknek felsőfokú műszaki végzettségük és legalább három éves erőművi szakterületen szerzett auditori gyakorlatuk van, illetve öt fő szakmai auditorral, akik auditori képesítéssel és legalább középfokú végzettséggel rendelkeznek szakmai területek szerinti bontásban. Az ajánlattételi határidőre két ajánlat érkezett, az ... Kft. (a továbbiakban: ... Kft.) és a felperes ajánlata. Az ... Kft. ajánlatának 6. oldalán név szerint sorolta fel a tíz százalékot meg nem haladó mértékben alvállalkozóként igénybe venni kívánt szakembereket és becsatolta azokat a megbízási keretszerződéseket, amelyeket a vezető auditorokkal és az auditorokkal kötött minden a ... Zrt. beszállítónál eseti megbízás útján végzendő feladatra. Az ajánlatkérő mindkét ajánlatot érvényesnek nyilvánította, az eljárás nyertesének az ... Kft.-t hirdette ki.

Az eredménytelen előzetes vitarendezési kérelmet követően benyújtott - egyebek mellett a nyertes ajánlatának a Kbt. 88. § (1) bekezdés e) és f) pontja szerinti érvénytelenségét állító - felperesi jogorvoslati kérelemre eljár alperes D.880/14/2010. számú határozatában a jogorvoslati kérelemnek részben helyt adott, megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 261. § (2) bekezdés h) pontja alapján alkalmazandó 83. § (2) bekezdését, valamint a 86. § (1) bekezdését, ezért az eljárást lezáró döntést megsemmisítette, ezt meghaladóan a jogorvoslati kérelmet annak megalapozatlansága miatt elutasította, míg az elkészített kérelmi elemek tekintetében az eljárást érdemi vizsgálat nélkül megszüntette. Alaptalannak minősítette a jogorvoslati kérelem azon elemét, amely a műszaki-szakmai alkalmasság meg nem felelő igazolása okán a nyertes ajánlatának a Kbt. 88. § (1) bekezdés e) és f) pontja szerinti érvénytelenségét állította. Kifejtette, hogy az ajánlattételi felhívásban az ajánlatkérő nem írta elő, hogy a vezető és a szakmai auditornak munkaviszonyban kell állnia az ajánlattevővel, így ennek hiánya nem eredményezett alkalmatlanságot, illetve az ajánlat érvénytelenségét. Az sem vezetett az ajánlat érvénytelenségére, hogy az alkalmasság igazolására a nyertes ajánlattevő tíz százalék alatti alvállalkozót vont be. Az építési beruházásra, az árubeszerzésre és szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, az Európai Parlament és a Tanács 2004/18/EK Irányelv (a továbbiakban: Irányelv) rendelkezéseinek és az e tárgykörben hozott Európai Bírósági ítéletek áttekintése mellett megállapította, hogy az Irányelv széles körben teszi lehetővé a gazdasági szereplők részére alvállalkozók bevonását, illetve a műszaki szakmai alkalmasság igazolását. Nem tartalmaz szigorító, korlátozó feltételeket, így nincs annak akadálya, hogy az ajánlattevő akár tíz százalék alatti mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozóval igazolja alkalmasságát. A vezető auditorok között megjelölt ... három éves erőművi gyakorlatának hiányával összefüggésben sem állapított meg jogsértést arra hivatkozással, hogy az ajánlattevő akkor felel meg az alkalmasság minimumkövetelményének, ha megjelöl három vezető auditort, és az előírt igazolásokat bemutatja. Az ... Kft. négy személyt jelölt meg, közülük ... személyét a felperes nem kifogásolta, két személy vonatkozásában azt kifogásolta, hogy tíz százalék alatti alvállalkozók, ... kapcsán pedig a 3 éves erőművi gyakorlatot hiányolta. A tíz százalék alatti alvállalkozókkal az alkalmassági követelményt lehet igazolni, ez két szakembert jelent, a harmadik szakember a felperes által sem kifogásolt ..., így ... személyétől függetlenül teljesült az ajánlattételi felhívás előírása a

minimum három fő vezető auditor bemutatására vonatkozóan. Megjegyezte, hogy ... is rendelkezett a szükséges gyakorlattal, így személye is megfelelt az alkalmassági követelménynek.

Az alperes határozatának elsődlegesen megváltoztatása, a nyertes ajánlattevő ajánlata Kbt. 88. § (1) bekezdés e) pontja szerinti érvénytelenné nyilvánításának hiánya miatt az ajánlatkérő terhére a Kbt. 81. § (1) és (3) bekezdése megsértésének megállapítása, másodlagosan az alperes határozatának hatályon kívül helyezése és az alperes új eljárásra kötelezése iránt előterjesztett felperesi keresetet az elsőfokú bíróság alaposnak találta, ezért ítéletével az alperes D.880/14/2010. számú határozatában a felperes jogorvoslati kérelmét elutasító rendelkezést hatályon kívül helyezte és az alperest új eljárás lefolytatására kötelezte. Rendelkezett a perköltségről és a keresetlevélben lerótt kereseti illeték visszatérítéséről. Jogi álláspontja szerint az Irányelv a belső jog részévé akkor válik, ha az adott tagállam azt a tételes jogszabályi rendelkezések útján a belső jogba beemeli. Erre a Kbt. 2010. szeptember 15-ével hatályba lépett módosításával került sor. A jogvitát azonban a közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos Kbt. rendelkezések alapján kellett elbírálni. Ennek alapján megállapította, hogy a nyertes ajánlattevő ajánlata az alkalmasság igazolása körében nem felelt meg az ajánlati felhívásban, illetve a Kbt. rendelkezéseiben foglaltaknak. A Kbt. 65. § (1) bekezdéséből következően a nyertes ajánlattevő akkor tudta volna megfelelően igazolni az öt fő auditor szakember igénybevételét jelentő alkalmasságát, ha azokat saját maga foglalkoztatja vagy tíz százalék feletti alvállalkozóként jelöli meg. A nyertes ajánlatban három fő felelt meg az ajánlattételi felhívásban írt követelménynek, a többi tíz százalék alatti alvállalkozó volt. Az alperes számára iránymutatásként azt írta elő, hogy a közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos Kbt. rendelkezések alapján bírálja el a jogorvoslati kérelem per tárgyát képező második elemét.

Az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatása, a felperes keresetének elutasítása és perköltség iránt az alperes terjesztett elő fellebbezést. Határozati álláspontjának megismétlése és európai bírósági ítéletek megjelölése mellett kifejtette, nincs akadálya annak, hogy az ajánlattevő szervezetek bármilyen mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozóval igazolják az alkalmassági feltételnek való megfelelésüket.

A felperes fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását kérte és perköltséget igényelt. Állította, hogy a Kbt. közbeszerzési eljárás lefolytatásakor hatályos 67. § (3) bekezdése nem teszi lehetővé, hogy az alkalmassági feltételeknek tíz százalék alatti alvállalkozóval tegyen az ajánlattevő eleget, ezt az álláspontját a Kbt. 65. és 69. §-ai is alátámasztják. Az alkalmassági feltételt a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékű alvállalkozóval vagy adott esetben erőforrás szervezettel lehetséges igazolni.

A fellebbezés az alábbiak szerint alapos.

Helyesen hivatkozott az elsőfokú bíróság arra, hogy a közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos Kbt. rendelkezések alapján kell a jogvitát elbírálni. Kétségtelen az is, hogy az Irányelvnek a műszaki-szakmai alkalmasságra vonatkozó 48. cikkében foglalt előírások átültetésére a Kbt. 2010. szeptember 15-i hatállyal megtörtént módosításakor került sor. Ez utóbbi jogszabályváltozásnak azonban nincs relevanciája, mert az alperes eljárása során - helyesen - a Kbt. beszerzés megkezdésekor hatályos rendelkezéseit alkalmazta, amely előírások a tíz százalék alatti alvállalkozóra nézve külön alkalmassági szabályozást nem tartalmaznak. A Kbt. 4. § 2. pontja az alvállalkozó fogalmát illetően mértékbeli megkülönböztetést nem tesz, de alapvetően a tíz százalék feletti alvállalkozó az, amelynek teljesítésbe történő bevonása esetére a törvény az ajánlatkérő számára kötelezővé teszi az ilyen szempontú vizsgálat elvégzését. Az alperes ezért a hatályos jogszabályok alapján arról foglalt állást, hogy a hatályos Kbt. által külön nem szabályozott, eseti megbízás útján tíz százalék alatti mértékben igénybe vett, de az alvállalkozó fogalma alá tartozó szakemberekkel az ajánlattevő igazolhatja-e saját alkalmasságát. Ennek eldöntése érdekében hívta segítségül a hazai jog megfelelő alkalmazásához az uniós jogot, illetve az annak nyomán kialakult európai bírósági gyakorlatot, amelynek akadálya nem lehetett. Tévesen ítélte meg ezért az elsőfokú bíróság az alperes eljárását a hatályos jog alkalmazását, az Irányelv és az eseti döntések figyelembe vételének lehetőségét illetően és tévesen következtetett az alkalmasságot szabályozó előírások alapján arra is, hogy az ajánlattevő alkalmassága eseti megbízás útján bevont szakemberekkel nem lehetséges.

A Kbt. értelmező rendelkezései között a 4. § 2. pont szerint definiálta az alvállalkozó fogalmát a perbeli közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos rendelkezése szerint akként, hogy alvállalkozó az a szervezet vagy személy, amely a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt. A definíció szerint nincs különbség tíz százalék feletti vagy tíz százalék alatti alvállalkozó között. A Kbt. 65. § (1) bekezdése szerint a tíz százalékot meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó alkalmasságának feltételeit és igazolását (71. § (4) bekezdés) az ajánlatkérő kizárólag a 66-69. §-ban meghatározott módon írhatja elő. A Kbt. 65. § (3) bekezdése lehetővé teszi az ajánlattevő számára, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmasság igazolása érdekében más szervezet erőforrására is támaszkodjon. Ebben az esetben köteles igazolni azt is, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt. Bár a tíz százalék alatti alvállalkozóról a Kbt. nem tesz említést az alkalmasság szabályozásakor, az előírás hiánya nem jelenti azt, hogy az ajánlattevő alkalmassága csak tíz százalék feletti alvállalkozó vagy külső erőforrás útján igazolható. Helyesen érvelt azzal az alperes és ezt elfogadta a felperes is, hogy az ajánlattételi felhívásnak nem volt olyan előírása, amely szerint a szakmai alkalmasság igazolása csak olyan szakemberekkel lehetséges, akik az ajánlattevővel munkaviszonyban állnak. Ebből következően törvényi rendelkezés és kiírási megkötés hiányában a szakmai alkalmasság olyan szakemberek bevonásával is igazolható volt, akik eseti megbízás, vagy egyéb jogviszony alapján vesznek részt a szerződés teljesítésében, ekként a törvényi

definíció szerint alvállalkozónak tekintendők, de az igénybevételük tíz százalék alatt marad.

A jogalkalmazási bizonytalanságot az alvállalkozói fogalom változása hozta. A 2009. április 1-ig hatályos Kbt. az alvállalkozó fogalmát úgy határozta meg, hogy alvállalkozó az a szervezet (személy), amellyel (akivel) az ajánlattevő a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése céljából, e szerződésre tekintettel fog szerződést kötni vagy módosítani, kivéve, ha a szervezet (személy) tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi. Ez a szabályozás azt jelentette, a nyertes ajánlattevőt nem terhelte a vele már szerződéses jogviszonyban álló harmadik személyek (alvállalkozók) megjelölése, mert a már fennálló szerződéses viszonyt a Kbt. nem tekintette a harmadik személy, illetve az alvállalkozó fogalmába tartozónak. Az ajánlattevőknek az ajánlati felhívás és a Kbt. 71. § (1) bekezdésének a) pontja alapján ajánlatukban a közbeszerzésnek azt a részét kellett megjelölniük, amellyel összefüggésben harmadik személlyel szerződést fognak kötni e személy vagy szervezet megnevezése nélkül. A nyertes ajánlattevőnek már fennálló szerződéses kapcsolatai nem tartoztak a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése céljából, e szerződésre tekintettel megkötött szerződésekhez, ezért nem is kellett azt az ajánlatban feltüntetni.

A perbeli közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos szabályozás annyiban módosított a korábbi fogalom meghatározáson, hogy alvállalkozónak azt a szervezetet vagy személyt tekintette, amely a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt. Ebbe a definícióba minden személy vagy szervezet beletartozott, aki/amely a közbeszerzési eljárásban kötött szerződés teljesítésében az ajánlattevőn keresztül részt venne.

A Kbt. 2010. szeptember 15. napjától hatályos 4. § 2. pontja egyértelműsíti az alvállalkozó fogalmát, mert mindazokat kiveszi e fogalomkörből, akik tevélegesen nem vesznek részt a szerződés teljesítésében, továbbá munkaviszonyban vagy egyéb foglalkoztatási viszonyban állnak. A törvényhez fűzött indokolás megjegyzi, hogy ha az ajánlatkérő alkalmasságát e szervezetekkel együtt kívánja igazolni, függetlenül attól, hogy a Kbt. ezeket nem tekinti alvállalkozónak, de a Kbt. 69. § új (4) bekezdése szerint az ajánlatkérő jogosult az ilyen szervezeteket is alvállalkozónak minősíteni, és velük szemben az alvállalkozóra vonatkozó szabályokat alkalmazni.

A Kbt. 2010. szeptember 15-től hatályos 69. § (8) bekezdése nevesíti a tíz százalék alatti alvállalkozót akként, hogy az (5) bekezdésen kívüli alkalmassági minimum követelményeknek az ajánlattevő a közbeszerzés értékének tíz százalékát nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozóval együtt is megfelelhetsen. Ezt a rendelkezést a 2010. évi LXXXVIII. törvény 26. §-a az irányelv rendelkezéseinek megfelelően ültette át a Kbt.-be. E módosítással a jogalkotó - a törvény indoklásából is kitűnően - csupán egyértelműsítette a tíz százalék alatti alvállalkozóval kapcsolatos jogalkalmazást, lényegében tévesnek minősítve azt az elterjedt jogértelmezést, mely szerint, ha a Kbt. 67. § (3) bekezdés d) pontja szerinti szakemberek megbízási szerződés alapján vesznek részt a szerződésben, de a

részvételük tíz százalék alatti, akkor - mivel alvállalkozónak minősülnek - az ő bemutatásukkal az ajánlattevő nem jogosult igazolni saját alkalmasságát.

A módosítás azonban a fentiek szerint nem jelent gyökeresen új szabályozást, mindössze a korábbi hazai gyakorlatban megnyilvánuló jogértelmezést teszi egyértelművé.

A Kbt. 71. § (1) bekezdésének a) pontja szerint az ajánlatban meg kell jelölni a közbeszerzésnek azt a részét (részeit), amelynek teljesítéséhez az ajánlattevő a közbeszerzés értékének tíz százalékát meg nem haladó mértékben alvállalkozót vesz igénybe. A nyertes ajánlattevő ajánlatának 6. oldalán e tárgyban nyilatkozatot tett, az ott felsorolt személyekkel kötött megbízási keretszerződést becsatolta.

Egyebekben a tíz százalék alatti alvállalkozókkal a nyertes ajánlattevő saját alkalmasságát igazolta, amelyre lehetősége volt.

Mindezekre figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 253. § (2) bekezdése értelmében megváltoztatta és a felperes megalapozatlan keresetét elutasította.

Az alperes sikeres fellebbezése eredményként kötelezte a másodfokú bíróság a felperest a Pp. 78. § (1), (2) és 79. § (1) bekezdése alapján az alperes első-másodfokú perköltségének megfizetésére és az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39. § (3) bekezdésének c) pontja, és a 46. § (1) bekezdése, valamint a költségmentességről szóló 6/1986.(VI.26.) IM rendelet 13. § (2) bekezdése értelmében a feljegyzett fellebbezési illeték viselésére. A felperes a kereseti illetéket az illetékfeljegyzési jog ellenére lerőtta, azt viselni köteles, így arról külön rendelkezni nem kellett.

Budapest, 2012. május 16. 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