

FŐVÁROSI ÍTÉLŐTÁBLA
3.Kf.27.115/2012/7. 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 Darázs és Társai Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Dián József ügyvéd által képviselt **Békéscsaba Megyei Jogú Város Önkormányzata** (5600 Békéscsaba, Szent István tér 7.) beavatkozott, a Budapest Környéki Törvényszék 2012. február 16. napján kelt 2.K.27.052/2011/10. számú ítélete ellen a felperes 11. sorszám alatt bejelentett fellebbezésére meghozta az alábbi

Í T É L E T E T

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek és az alperesi beavatkozónak külön-külön 50.000-50.000 (ötvenezer-ötvenezer) forint másodfokú perköltséget.

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

Ez ellen az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Az alperesi beavatkozó a ... Derkovits sor 1. szám alatti telken kialakítandó ... Multifunkcionális Községi Központ bontási és építési kivitelezési munkáinak elvégzése és a kivitelezési munkákhoz kapcsolódó egy-egy szakági kiviteli tervek elkészítése tárgyú, gyorsított meghívásos közbeszerzési eljárás részvételi

felhívásában műszaki és szakmai alkalmasság igazolásra olyan referenciaigazolást kért, amely egyértelműen tartalmazza azokat az adatoknak, információkat, amelyből az alkalmassági minimumkövetelményeknek (a tervezést és a kivitelezést is magában foglaló magasépítési beruházást tartalmazó 1db referencia) való megfelelés kétséget kizáróan megállapítható. A jelentkezőnek csatolni kellett a felelős műszaki vezetők minimum öt éves gyakorlati idejét bemutató szakmai önéletrajzt is (felhívás III.2.3.M1. és M2. pontjai).

A felperes mellett közös részvételi jelentkezést nyújtott be egy harmadik jelentkező mellett a ... Kft. és a ... Kft. (a továbbiakban: közös részvételre jelentkező). A felperes részvételi jelentkezésének 235. oldalán a közbeszerzés értékének tíz százaléka alatti alvállalkozó, az ... Zrt. részére adott referencia igazolást csatolta, amelyben a referencia adó a társaságot a ... Uszoda és Szabadidőközpont beruházás 100% os arányú vállalkozójaként jelölte meg. A közös részvételre jelentkező részvételi jelentkezésének 336-337. és a 342-343. oldalain ismertette G.Z. és B.B. szakmai önéletrajzát, amelyekben táblázatos formában szerepelt az adott munkahelyeken eltöltött, dátumszerűen is megjelölt idő. Az ajánlatkérő mindkét igazolás kapcsán hiánypótlásra hívta fel a jelentkezőket, a felperestől a tervezést is magában foglaló referenciaigazolást, a közös részvételi jelentkezőtől a két műszaki vezető gyakorlati ideje időtartamának az igazolását kérte. A felperes a felhívásra az ... Zrt. nyilatkozatát csatolta, amely egyebek mellett rögzítette, hogy a ... Uszoda és Szabadidőközpont kivitelezésére, a tervezést és kivitelezés is magában foglaló fővállalkozás keretében került sor; a közös részvételre jelentkező hiánypótlási nyilatkozata pedig arról szólt, hogy a részvételi jelentkezésük 336-337. és 343. oldalain csatolt szakmai referenciából megállapítható mindkét felelős műszaki vezető öt éves vezetői gyakorlata.

Az ajánlatkérő a felperes részvételi jelentkezését a tervezés és kivitelezést is magában foglaló magasépítési beruházás referencia hiánya miatt érvénytelennek minősítette, a közös részvételre jelentkező jelentkezését érvényesnek fogadta el. A részvételi jelentkezését érvénytelenné nyilvánító döntés ellen a felperes a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 114. § (1) bekezdés e) pontja és 113. § (1) bekezdése alapján, valamint a két részvételi jelentkezés eltérő megítélése miatt, (nem vitatva a közös részvételi jelentkezés érvényességét) a Kbt. 1. § (3) bekezdésére alapított jogorvoslati kérelmet terjesztett elő, melyet az alperes a D.492/8/2011. számú határozatában elutasított. Döntése szerint a felperes referenciaigazolása nem felelt meg az alkalmassági minimumkövetelménynek, mivel a fővállalkozás megjelölés nem igazolja, hogy a vállalkozó tervezési feladatokat is ellátott. A közös részvételre jelentkező által csatolt önéletrajzokból ugyanakkor megállapítható volt az alkalmassági minimum követelmény teljesülése, a felperesi referenciából pedig nem, a két eset eltért egymástól, ezért nem valósult meg a Kbt. 1. § (3) bekezdésének sérelme.

Az alperes határozatának bírósági felülvizsgálata iránt a felperes kerestet terjesztett elő, melyet az elsőfokú bíróság elutasított. A Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 389. és 401. §-ai, az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII törvény (a továbbiakban: Étv.) 2.

§ 36. pontja alapján kifejtette, hogy a fővállalkozó fogalmából nem szükségszerűen következik, hogy az a tervezést is végzi, ennél fogva a referencia nem igazolta, hogy az adott kivitelezés során a vállalkozó ellátott tervezői feladatokat is, emiatt felperes részvételi jelentkezése nem felelt meg az alkalmassági minimum követelményeknek. Nem sérült ezért Kbt. 111. § (1), 113. § (1), 114. § (1) bekezdése. A felperes válaszával a hiánypótlást nem teljesítette, a közös részvételre jelentkező esetében viszont elégséges volt, hogy a már korábban becsatolt életrajzban foglaltakra visszahivatkozott, nem sérült ezért az egyenlő bánásmód elve. Az elsőfokú bíróság nem tartotta releváns körülménynek azt, hogy az ajánlatkérő az öt éves szakmai időtartamot a mérnöki kamara nyilvántartásából is ellenőrizte.

Az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatása, elsődlegesen az alperesi határozat megváltoztatására a jogsértés megállapítására, másodlagosan a határozat hatályon kívül helyezésére és az alperes új eljárásra kötelezésére irányuló kereseti kérelemnek megfelelő döntés érdekében a felperes terjesztett elő fellebbezést. A Ptk. 389. §-a, a 401. §-a és 402. § (1) bekezdéseinek értelmezésével továbbra is azt a keresetével egyező álláspontot képviselte, hogy a szerződés teljesítése fővállalkozóként azt jelenti, hogy a tevékenység a tervezési, építési és szerelési feladatokra is kiterjed. Ebből pedig egyértelműen következik, hogy a referenciaigazolás az alkalmassági követelményeknek megfelelt. Hangsúlyozta, hogy az ajánlatkérő nem írta elő, hogy a tervezési feladatot a referenciának külön, szó szerint rögzítenie kellene, kétség esetén pedig a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerinti felvilágosítást kellett volna kérni. Azzal, hogy az ajánlatkérő a közös jelentkező esetében elfogadta a hiánypótlást és a Mérnöki Kamara nyilvántartására való hivatkozást, esetében pedig nem, ugyanazt a körülményt jelentkezőként eltérően ítélte meg, amit a Kbt. alapvető rendelkezése tilt. Megjegyezte, hogy sem B.B. és G.Z. önéletrajza, sem a határozat nem tartalmaz egyetlen olyan számadatot, amiből az öt éves gyakorlati idő megállapítható lett volna.

Az alperes fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását és a felperes perköltségben való marasztalását kérte. A felperes alkalmasságával összefüggésben előadta, hogy a felek megállapodásától függ, hogy a fővállalkozási szerződés a tervezést is magában foglalja-e. A társaság fővállalkozókénti megjelölése önmagában nem igazolta, hogy az adott kivitelezés során a vállalkozó tervezői feladatokat is ellátott volna, ezért az ajánlatkérő jogszerűen nyilvánította érvénytelenné a részvételi jelentkezést. Az egyenlő bánásmód sérelme körében azt emelte ki, hogy e tekintetben nem az alkalmassági követelménynek való megfelelést kellett vizsgálnia, hanem azt, hogy az öt éves időtartam tényszerűen megállapítható-e az önéletrajzokból, erre nézve a tényállást teljes körűen feltárta, azt a határozatban rögzítette. Kiemelte, hogy a két eset egymástól azért tért el, mert az önéletrajzokból kitűnt az alkalmassági követelménynek való megfelelés, a felperesi referenciaigazolásból pedig nem.

Az alperesi beavatkozó fellebbezési ellenkérelmében, egyetértve az alperesi érvekkel, az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását kérte, perköltséget igényelt.

A fellebbezés nem alapos.

Az elsőfokú bíróság megalapozott döntést hozott, lényegében az alperes határozati érveit fogadva el, a kifogásolt alperesi beavatkozó magatartás jogszerűségét illetően, ítéleti érveivel a másodfokú bíróság az alábbi indokolásbeli kiegészítéssel egyetért:

Az ajánlati kötöttség törvényi követelménye szerint a Kbt. 104. § (3) bekezdésének megfelelően a részvételre jelentkezőnek kell, a részvételi felhívásban előírt módon az alkalmasságát igazolnia, az ajánlatkérőnek pedig a Kbt. 111. § (2) bekezdés értelmében a részvételi felhívásban előírtaknak megfelelően kell a részvételre jelentkező szerződés teljesítésére való alkalmasságát megítélnie, amelyet az (1) bekezdés szerint - a részvételi felhívás és dokumentáció és a jogszabályok alapján - vizsgál. Az ajánlatkérő ennek a jogszabályi kötelezettségének tett eleget, amikor a felperes jelentkezésének 235. oldalán becsatolt referenciaigazolást összevetette a kiírási feltétellel. A benyújtott referenciából arról szerezhetett tudomást, hogy az építési beruházás vállalkozási szerződés alapján, az ... Zrt. 100 % os fővállalkozásában valósult meg. A kiírásnak csak az olyan referencia felelt meg, amely a tervezést is magába foglalta. A felperes által is elismerten a referenciaigazolás külön nem tartalmazta a tervezés munkafázisát.

A Kbt. 41. § (7) bekezdése alapján az ajánlatkérő által választott gyorsított, meghívásos eljárásban is megfelelően alkalmazandó Kbt. 65. § (1) bekezdése értelmében az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban köteles előírni az ajánlattevő pénzügyi és gazdasági, valamint műszaki, illetőleg szakmai alkalmasságának feltételeit és az igazolás módját. Az alkalmassági előírásokat nem határozhatja meg szabad belátása szerint, azokat kizárólag a Kbt. 66-69. §-aiban előírtak szerint teheti meg. Építési beruházás esetére a Kbt. 67. § (2) bekezdése hat pontban határozza meg azokat a lehetőségeket, amellyel az ajánlattevőnek és a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozójának a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki, illetőleg szakmai alkalmassága igazolható. Az a) pont az előző legfeljebb öt év legjelentősebb építési beruházásának ismertetésével ad erre lehetőséget. Az ajánlatkérő a részvételi felhívásban ennek megfelelően, az elvárt referencia tartalmának és a minimumkövetelményeknek az egyértelmű meghatározásával olyan referenciaigazolást kért, amelyből megállapítható, hogy az elvégzett munka a tervezést is magába foglalta. A felperes ezért tévesen hivatkozott arra, hogy ilyen kifejezett elvárást az ajánlatkérő nem fogalmazott meg.

A Kbt. 68. § (2) bekezdés alapján, a 67. § (2) bekezdése a) pontja szerinti referencia a szerződést kötő másik fél által kiadott vagy aláírt igazolás. A Kbt. 69. § (8) bekezdése felhatalmazást ad arra, hogy a Kbt. 67. § (2) bekezdés a) pont szerinti alkalmassági minimum követelménynek az ajánlattevő megfelelhessen a közbeszerzés értékének tíz százalékát nem meghaladó mértékben igénybe venni

kívánt alvállalkozójával együtt is. E rendelkezések alapján a felperes jogszerűen igazolhatta a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki szakmai alkalmasságát az ... Zrt. részére kiállított referenciával, melyet a vele szerződést kötő másik félnek kellett kiadni vagy aláírni. Ugyanakkor a Kbt. 68. § (2) bekezdése kizárta annak lehetőségét, hogy a megkövetelt referencia igazolást - illetőleg annak tartalmát - hiánypótlás keretében a felperes saját, vagy az ... Zrt.nyilatkozatával pótolja, magyarázza vagy kiegészítse. Az ... Zrt. hiánypótlás keretében csatolt nyilatkozatával ezért a felperes nem igazolhatta az alkalmassági minimumkövetelménynek való megfelelést. Tekintve, hogy a nyilatkozat a referencia kiváltásra, pótlására alkalmatlan igazolási mód volt, annak tartalmát az alperesi beavatkozó nem vehette figyelembe, az érvénytelenségről hozott döntését az alperes és az elsőfokú bíróság helyesen fogadta el jogszerűnek. A referencia azon részének, amely a vállalkozási szerződést teljesítő társaságot fővállalkozóként nevesíti, az alábbiak szerint, alappal nem tulajdonított jelentőséget.

Az építési (kivitelezési) szerződésben a vállalkozó előre megtervezett építmény elkészítését vállalja, ennél fogva a kivitelezés megkezdésekor legalább az engedélyezési tervek birtokában kell lennie. A felek megállapodásától függően lehet a szerződés tárgya a kiviteli terek elkészítése, de abban is megállapodhatnak, hogy a tervdokumentációt a megrendelő szolgáltatja a vállalkozó részére, ugyanis a megrendelő jogosult a kiviteli tervet mással elkészíttetni. Ezt támasztja alá a Ptk. 403. (1) bekezdése is, amely szerint ha a szerződés megkötésekor a kivitelezéshez szükséges valamennyi terv nem áll rendelkezésre, annak fokozatos szolgáltatását szerződésben meg kell határozni. A vállalkozási szerződésre vonatkozó szabályoknak nem lehet olyan olvasata, amely szerint ez a szerződésfajta a jogszabályi előírások alapján szükségképpen magában foglalja a tervezést is, így az, hogy a referencia vállalkozási szerződésről szólt, a társaságot fővállalkozónak jelöli a tervezés elvégzését még nem igazolta. A fővállalkozásnak nincs általános jogszabályi definíciója, a kialakult joggyakorlat általában úgy határozza meg, mint olyan szerződést, ahol a kivitelezést a megrendelő egyetlen vállalkozótól rendeli meg, aki alvállalkozókat vonhat be, akiknek munkáját összehangolja és akik tevékenységéért a megrendelővel szemben felel. A fővállalkozó kötelezettsége lehet a kiviteli tervek elkészítése, de megállapodhatnak a felek úgy is, hogy azt a megrendelő biztosítja. Így a fővállalkozó, fővállalkozás, fővállalkozói szerződés (legyen az 100%-os) fogalmából ugyanarra a következtetésre lehetett jutni, mint az építési-szerelési szerződés esetén, azaz nem feltétlenül tárgya a tervezési tevékenység. A fővállalkozói pozíciót illetően az elsőfokú bíróság már utalt az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 2. § I) pontjára, amely fővállalkozót az építetővel építési szerződést kötő vállalkozó kivitelezőként definiálja, és az Étv. 2. § 36. pontjára, amely az építési tevékenység fogalmát írja le. A felhívott értelmező rendelkezések egyike sem támasztja alá a felperesi álláspontot, azt, hogy a fővállalkozás szükségképpen tervezési tevékenységet is jelentene. De nem levezethető ez, az építőipari kivitelezési tevékenységet meghatározó Étv. 39. § (1) bekezdéséből sem.

Az alperesi beavatkozó a benyújtott referencia alapján észlelte a hiánypótlással orvosolható tartalmi hiányosságot, ez okból a felperest a Kbt. 112. § (4)

bekezdésnek megfelelően hiánypótlásra hívta fel. Az ismételt hiánypótlás lehetőségét szabályozó Kbt. 83. § (5) bekezdését a Kbt. 112. § (4) bekezdés szerint, a részvételi jelentkezésekkel kapcsolatos hiánypótlás esetében megfelelően kell alkalmazni. Tekintve, hogy a Kbt. 83. § (5) bekezdése az újabb hiánypótlást csak a korábban nem észlelt hiány esetén engedi meg, az igazolás hiánya újabb hiánypótlással nem volt orvosolható, mert már észlelt hiányosságról volt szó. A Kbt. 113. §-ában szabályozott felvilágosítás kérés intézménye a Kbt. 83. § (5) bekezdésére visszautalva nem engedi meg a felvilágosítás kérésre adott válasszal történő újabb hiánypótlást. A felperes így sikerrel a Kbt. 113. § (1) bekezdésére nem hivatkozhatott.

Mindezek alapján a referenciaigazolás a hiánypótlást követően is alkalmatlan volt a műszaki-szakmai alkalmasság adott minimumkövetelményének igazolására, ezért az elsőfokú bíróság ítéletének 10. oldalán, - bár szerkezetileg tévesen a Kbt. 1. § (3) bekezdésének sérelmére vonatkozó indokokhoz kapcsolva - megfelelően döntött a Kbt. 114. § (1) bekezdés e) pontja, és a 113. § (1) bekezdés sérelmének hiányáról.

Az alperesnek az alapelvi jogsértés vizsgálata során azt az ajánlatkérői magatartást kellett megítélnie, amely a hiánypótlásra adott válaszok értékelését jelentette. Ehhez mérten kellett megfelelő bizonyítási eszközökkel, releváns tényeket feltárnia, és a tényállást megállapítania. Ez a közös részvételre jelentkező esetében annak tisztázását igényelte, hogy az ajánlatkérő milyen alkalmassági követelményt választott, milyen igazolási mód mellett, erre a közös ajánlattevő milyen tartalmú igazolást csatolt be. A hiánypótlásra adott válasz mi volt. A közös részvételi jelentkezés a közbeszerzési eljárás anyagával együtt a jogorvoslati iratok részét képezte, ezek alapján az alperes a releváns tényállást megállapította. A vizsgált önéletrajzok részletes tartalmának rögzítését a határozatában mellőzte, az azonban a releváns tényállást nem tette hiányossá, tekintve, hogy nem az alkalmasság, hanem az alapelvi sérelem megítélése volt a feladata. Így az elsőfokú bíróság helyesen bocsátkozott az alapelvi sérelemről hozott döntés felülvizsgálatába.

Az alapelvek a Kbt. tételes rendelkezéseiben egzakt megfogalmazást nyerő, de önmagukban is érvényesülő, a közbeszerzési eljárási magatartást meghatározó önálló normák. Helyesen hivatkozott arra az alperes, hogy a jogorvoslati eljárásban a hiányolt alapelvi követelmény megtartottságáról és nem a közös ajánlattevő alkalmasságáról hozott döntés jogszerűségéről kellett állást foglalnia. A kérdés megválaszolása a közös ajánlattevő jelentkezésének vizsgálatát igényelte, de nem abból a szempontból, hogy G.Z. és B.B. szakmai önéletrajzában szerepeltetett gyakorlati idő összesítve elégséges-e az alkalmassági feltételként meghatározott öt év teljesítéséhez, hanem abból a szempontból, hogy - ellentétben a felperesi jelentkezéssel - a hiánypótlásra adott válasz szerint az eredeti jelentkezés valóban nem szorult hiánypótlásra, mert az önéletrajzok alapján a kért adatok rendelkezésre álltak. Ez okból a kamarai nyilvántartás felhasználásának nem volt relevanciája, abból az ajánlatkérő egyébként ellenőrizhette az önéletrajzban foglalt adatokat.

Az alperesi beavatkozó a részvételre jelentkezőkkel szemben azonos feltételeket támasztott, egyazon feltétel szerint hívta fel hiánypótlásra őket, eljárása ez okból nem volt diszkriminatív. Tény, hogy mindkét jelentkező nyilatkozatot tett az

alkalmassági követelmény teljesítését illetően, de a hiánypótlásra adott válasz nem teremtett azonos ténybeli helyzetet. Míg az önéletrajzokból - bár nem összesítve - kinyerhető volt az alkalmassági minimum követelményként meghatározott gyakorlati időtartamra szolgáltatott adat, addig a felperes referenciaigazolásából a tervezés igazolása hiányzott, és ezt nyilatkozattal a Kbt. szabálya folytán orvosolni sem lehetett. Az eltérő tények alapján jutott az ajánlatkérő más-más jogi megítélésre a két részvételre jelentkező alkalmasságát illetően, így nem alkalmazott a felperes terhére hátrányos megkülönböztetést, és a közös részvételre jelentkezőt sem jutatta indokolatlan előnyhöz.

Mindezek alapján a másodfokú bíróság az elsőfokú ítéletet a Pp. 253. § (2) bekezdése alapján helybenhagyta.

A sikertelenül fellebbező felperes a Pp. 78. § (1); (2) és 79. § (1) bekezdése valamint a 83. § (1) bekezdése alapján köteles az alperes és az alperesi beavatkozó másodfokú perköltségének megfizetésére, és az illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt fellebbezési illeték viselésére az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39. § (3) bekezdés c) pontja, 46. § (1) bekezdése, és a költségmentességről szóló 6/1986.(VI.26.) IM rendelet 13. § (2) bekezdése alapján.

Budapest, 2012. június 27. napján

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

A kiadmány hitelül:

tisztviselő