

A KÚRIA
mint felülvizsgálati bíróság

Kfv. II. 37. 667/2013/15. szám

A Kúria a Buda Ügyvédi Iroda (**cím, ügyintéző: Dr. Buda György ügyvéd**) által képviselt **I.r. Felperes (I.r. Felperes címe)** I.r. és az Oppenheim Ügyvédi Iroda (**cím, ügyintéző: Dr. Mucsányi Zoltán ügyvéd**) által képviselt **II.r. Felperes (II.r. Felperes címe)** II.r. felpereseknek a ... jogtanácsos által képviselt Közbeszerezési Hatóság Közbeszerezési Döntőbizottság (1026 Budapest, Riadó utca 5.) alperes ellen közbeszerezési ügyben hozott közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított perében, amely perbe a felperes pernyertességének előmozdítása érdekében beavatkozott a Hontvári és Társa Ügyvédi Iroda (**cím, ügyintéző: Dr. Völgyesiné Dr. Hontvári Zsuzsanna ügyvéd**) és a Szerencsés és Társa Ügyvédi Iroda (**cím, ügyintéző: Dr. Szerencsés Angéla ügyvéd**) által képviselt **Felperesi Beavatkozó (Felperesi Beavatkozó címe)**, az alperes pernyertességének előmozdítása érdekében beavatkozott a Dr. Dunai Sándor ügyvéd (**cím**) által képviselt **Alperesi Beavatkozó (Alperesi Beavatkozó címe)**, a Fővárosi Törvényszék, mint másodfokú bíróság 2013. június 18. napján kelt 3.Kf.649.954/2013/3. számú jogerős ítélete ellen a II.r. felperes által 17. sorszám, az I.r. felperes által 20. sorszám alatt benyújtott felülvizsgálati kérelem folytán az alulírott napon tartott tárgyaláson meghozta az alábbi

ítéletet:

A Kúria a Fővárosi Törvényszék 3.Kf.649.954/2013/3. számú ítéletét hatályában fenntartja.

Kötelezi az I.r. felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 100.000 (százezer) forint felülvizsgálati eljárási költséget.

Kötelezi a II.r. felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 150.000 (százötvenezer) forint felülvizsgálati eljárási költséget.

Kötelezi a II.r. felperest, hogy fizessen meg az államnak - külön felhívásra - 70.000 (hetvenezer) forint felülvizsgálati illetéket.

Az I.r. felperes felülvizsgálati kérelme kapcsán le nem rótt 700.000 (hétsszázezer) forint felülvizsgálati illetéket az állam viseli.

Az ítélet ellen további felülvizsgálatnak helye nincs.

Indokolás

Az ajánlatkérő, az I.r. felperes, egy eredménytelenül befejeződött előzményi közbeszerzési eljárást követően a ... Országos Közforgalmú Kikötő intermodális központ közlekedési kapcsolatainak fejlesztése tárgyban 2006. július 20-án gyorsított meghívásos közbeszerzési eljárást indító részvételi felhívást adott fel, mely az EU Hivatalos Lapjában (TED) 2006. július 25-én jelent meg. A felhívásban a részvételi határidőt 2006. július 31-ében határozta meg, a kiegészítő tájékoztatás kérésére írásban, a részvételi határidő lejártá előtt legkésőbb nyolc nappal kerülhetett sor (dokumentáció IV. cikkely IV.01/1.1.-1.3.). A gazdasági és pénzügyi alkalmasság körében az ajánlatkérő előírta, hogy a mérleg szerinti eredmény az utolsó három lezárt üzleti évre vonatkozó beszámoló alapján csak egy alkalommal lehet negatív (felhívás III.2.2.2. pontja). A műszaki-szakmai alkalmasságról szóló felhívás (III.2.3.6. pont) szerint a részvételre jelentkezőnek teljes munkaidőben, saját állományban kell szakembereket - az 50 fő fizikai dolgozót is beleértve - foglalkoztatnia. A felhívás III.2.3.2. pontja alapján a jelentkezőknek be kellett mutatnia a fizikai dolgozókra is kiterjedően azokat a szakembereket, akiket be kíván vonni a teljesítésbe, méghozzá a munkaviszony igazolásával, önéletrajz és hatósági nyilvántartásba vételt igazoló okirat csatolásával.

A II.r. felperes 2006. augusztus 9-én jogorvoslati kérelmet nyújtott be az alpereshez többek között állítva, hogy a részvételi felhívás sérti a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 1.§ (1) és (2) bekezdését, mivel diszkriminatív gazdasági és pénzügyi alkalmassági követelményt támaszt.

A jogorvoslati eljárásban az alperes a II.r. felperest, mint az előzményi közbeszerzési eljárásban részvételi jelentkezést benyújtó társaságot ügyfélképesnek fogadta el. Az alperes az egyesített eljárásban hozott 2006. szeptember 25. napján kelt D.556/22/2006. számú határozatában II.r. felperes jogorvoslati kérelmének részben helyt adott és megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 107.§ (2) bekezdését, a 103.§ (1) bekezdésére is tekintettel a Kbt. 65.§ (1) bekezdését, a Kbt. 67.§ (2) bekezdés e) pontjára tekintettel a Kbt. 69.§ (3) bekezdését, ezért az ajánlatkérőt a jogsértések és azok súlyának figyelembevételével 8.000.000 forint bírsággal sújtotta.

Az alperesi határozat indoklása szerint a ténylegesen rendelkezésre álló időintervallumot nem tartotta elegendőnek a megfelelő részvételi jelentkezés elkészítéséhez, továbbá úgy értékelte, hogy az ajánlatkérő a részvételi határidő meghatározásakor nem vette

figyelembe, hogy a részvételre jelentkezők törvényes határidőben (nyolc nap) kiegészítő tájékoztatást kérhetnek. A pénzügyi alkalmassági követelményről azt állapította meg, hogy a Kbt. 66.§ (1) bekezdés b) pontjának megfelel, nem diszkriminatív, összhangban van a 2004/18/EK Irányelv rendelkezéseivel. A részvételi felhívás III.2.3.2) és III.2.3.6) pontjait az alperes úgy értelmezte, hogy a konkrétan megjelölt szakembereknek különbség nélkül, teljes munkaidőben kell rendelkezésre állni, és ez a Kbt. 69.§ (3) bekezdésébe ütköző, túlzott mértékű elvárás. Az ajánlatkérő továbbá megsértette a Kbt. 65.§ (1) bekezdésére tekintettel a 67.§ (2) bekezdés e) pontját is, mert a fizikai dolgozókra is vonatkoztatta ezt az alkalmassági igazolási módot, holott a fizikai dolgozó nem minősíthető szakembernek.

Az elsőfokú bíróság a felperesek keresetét elutasította. Ítéletének indokolása szerint a II.r. felperes ügyfélképessége fennáll, azt nem befolyásolta az a tény, hogy nem vásárolta meg a dokumentációt. Kifejtette, hogy a részvételi határidőre vonatkozó törvényi minimum betartása önmagában még nem tette jogszerűvé a részvételi jelentkezési határidő meghatározását, mert az I.r. felperes figyelmen kívül hagyta a Kbt. 107.§ (2) bekezdésében szabályozott, a részvételi jelentkezés és igazolások beadásaira elegendő időtartamot előíró feltételt. Az időtartam megfelelőségének kapcsán megállapította, hogy az I.r. felperes által biztosított hat nap valamennyi rész elkészítésére, összeállítására nem tekinthető elegendőnek. Osztotta azt az alperesi álláspontot, hogy a Kbt. 103.§ (1) bekezdése szerinti kiegészítő tájékoztatás igénybevételét semmilyen tény, körülmény nem korlátozhatja, attól az ajánlattevő (jelentkező) nem zárható el.

A szakmai-műszaki alkalmasság körében a részvételi felhívás III.2.3.2) pontját úgy értékelte, hogy a szakemberek foglalkoztatottságára az I.r. felperes teljes munkaidőre szóló követelményt szabott meg, mellyel megsértette a Kbt. 69.§ (3) bekezdését. Az elsőfokú bíróság azt az értelmezést tartotta a Kbt.-vel összhangban állónak, hogy akkor kell a fizikai dolgozót szakembernek minősíteni, amennyiben szakképzettséggel bír.

Az elsőfokú bíróság szerint alaptalanul hivatkozott a II.r. felperes az alapelvi rendelkezések és a Kbt. 69.§ (3) bekezdésének sérelmére. Az ajánlatkérő, aki a Kbt. 69.§ (2) és (3) bekezdését és 66.§ (1) bekezdés b) pontját betartva az alkalmatlansági tényezőt a mérleg egyetlen adatsorára nézve határozta meg, ezzel nem valósította meg az esélyegyenlőség és a versenyelv sérelmét, mert a mérleg szerinti eredmény nem túlzott mértékű elvárás, az ténylegesen és szükséges mértékben kapcsolódik a szerződés teljesítéséhez, azzal arányban álló követelmény. Hivatkozott a mérlegek harmonizálása tekintetében a 78/660. EKG irányelvben foglaltakra. A II.r. felperes nem a német számviteli jog, nem is a kiírás, hanem a saját döntésének eredményeként került hátrányosabb

helyzetbe, ennél fogva diszkrimináció az ajánlatkérői kiírására nézve nem volt megállapítható.

Az elsőfokú bíróság ítélete ellen az I.r. és a II.r. felperesek terjesztettek elő fellebbezést. Az I.r. felperes az elsőfokú bíróság ítéletének a megváltoztatását és kereseti kérelmének megfelelő döntés meghozatalát kérte. Másodlagos jogorvoslati kérelme az elsőfokú bíróság ítéletének a keresetét elutasító részében való hatályon kívül helyezésére és az elsőfokú bíróság új eljárásra, új ítélet hozatalára utasítására irányult. Vitatta a II.r. felperes ügyfélképességét. Keresetével egyezően az általa biztosított határidőket, a fizikai dolgozók, szakemberek alkalmassági követelményeit továbbra is jogszerűnek tartotta. Elismerte, hogy a bírságot csak a jogsértés függvényében vitatta, az alperesi mérlegelést nem kifogásolta.

A II.r. felperes fellebbezésében az elsőfokú bíróság ítéletének a megváltoztatását és az alperesi határozat jogszerűtlenségének a megállapítását az alapelvi sérelemmel összefüggésben kérte. Álláspontja szerint a diszkrimináció és a hátrányos megkülönböztetés nemcsak nyilvánvaló, közvetlen megvalósulását, hanem annak bűjtatott, közvetett formáját is törvénysértőnek kell minősíteni. Sérelmezte, hogy az elsőfokú bíróság az alapelvi sérelmeket az általánosság szintjén vizsgálta és az általa csatolt két magánszakértői véleményt csak felszínesen említette meg ítéletében, és nem adta indokát, hogy annak tartalmát miért nem vette figyelembe. Tévesnek ítélte az elsőfokú bíróságnak a 78/660.EGK. Irányelvből levezetett azon álláspontját, hogy minden tagállamban olyan számviteli szabályok alkalmazandóak, amelyek alapján a vállalkozások által elkészített mérlegek minden egyes sora és így a mérleg szerinti eredmény is azonos tartalommal bír.

A II.r. felperes egy nappal a 2013. június 18-án tartandó másodfokú tárgyalás előtt terjedelmes előkészítő iratot nyújtott be a C-218/11. számon meghozott ítélettel kapcsolatosan. Az érkeztetett iratot a másodfokú bíróság a tárgyaláson részére visszaadta azzal, hogy lehetőséget biztosított az irat felolvasására, ismertetésére. A II.r. felperes a beadványt összefoglalóan ismertette.

A másodfokú bíróság elsőfokú bíróság által hozott ítéletet a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 253.§ (2) bekezdése alapján részben megváltoztatta, az alperes határozatát a Kbt. 348/A.§ (3) bekezdésének alkalmazásával megváltoztatta, a Kbt. 69.§ (3) bekezdése sérelmének megállapítását mellőzte, és az erre tekintettel kiszabott bírság mértékét 7.000.000 forintra leszállította, ezt meghaladóan az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyta.

A II.r. felperes ügyfélképességének alátámasztására idézte a

89/665.EGK és a 92/13.EGK tanácsi irányelveknek a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó jogorvoslati eljárások hatékonyságának javítása tekintetében történő módosításáról szóló, az Európai Parlament és a Tanács 2007/66.EK Irányelvét, mely megerősíti azt a kívánalmat, hogy a jogorvoslati eljárás igénybevételét legalább azon személyek számára lehetővé kell tenni, akiknek érdekében áll egy adott szerződés elnyerése, és akiknek az állítólagos jogsértés érdeksérelmet okozhat.

Álláspontja szerint az I.r. felperes tévesen hozta összefüggésbe az ügyfélképességet az alkalmassági követelménynek való megfeleléssel, annak - az elsőfokú ítélet szerint - jogszerű előírásaival. A bíróság a kiírás tartalmát kifogásoló jogorvoslati kérelmet benyújtó potenciális ajánlattevő ügyfélképességével kapcsolatosan az uniós joggyakorlatra is figyelemmel már több eseti döntésben kifejtette, hogy nincs összefüggés a kifogásolt alkalmassági feltételek és a között, hogy ezeknek a feltételeknek a jogorvoslattal élő megfelel-e. A közvetlen jogi érdeket az teremti meg, hogy szándékában áll egy olyan versenyben részt venni - a szerződést elnyerni -, amely verseny jogszerű kiírási feltételek mellett zajlik. Kifejtette, hogy az a körülmény, hogy az elsőfokú bíróság a vitatott pénzügyi alkalmassági előírást jogszerűnek ítélte, a II.r. felperest ügyfélképességétől nem fosztja meg.

A másodfokú bíróság a részvételi jelentkezés beadására megadott határidő körében rögzítette, hogy azt minden esetben úgy kell meghatározni, hogy elegendő időtartam álljon rendelkezésre a megfelelő részvételi jelentkezéshez. Álláspontja szerint az alperes és az elsőfokú bíróság alappal vizsgálta a részvételi határidő elégséges meghatározásának törvényi követelményét a kiírási követelmények rendszeréhez viszonyítottan, a Kbt. 107.§-át együtt kell értelmezni az I.r. felperes által választott eljárás típusára alkalmazandó Kbt. 136.§ (2) bekezdésével. A perbeli esetben a részvételi jelentkezés elkészítésére a minimális 10 naphoz képest ténylegesen hat nap, ezen belül csak három munkanap állt rendelkezésre. A Kbt. 107.§ (2) bekezdésében szabályozott, a megfelelő jelentkezés biztosításához való jog sérült annak ellenére, hogy az I.r. felperes a törvényi minimumot betartotta.

A másodfokú bíróság osztotta azt a véleményt is, hogy a részvételi határidő és a kiegészítő tájékoztatás időbelisége között szoros összefüggés van, miután a törvényi szabályozás folytán a kiegészítő tájékoztatáskérésre meghatározott idő beépül a részvételi határidőbe (Kbt. 103.§ (1) és (2) bekezdései). Ez a törvényi szabályozás nem azt jelenti, hogy az ajánlatkérő gyorsított eljárás jogszerű megválasztása mellett mentesülhetne a kiegészítő tájékoztatáskérés lehetőségének a biztosítása, mint kötelezettség alól.

A másodfokú bíróság a szakmai alkalmasság körében elsőként a Kbt. 65.§ (1) bekezdésre tekintettel a fizikai dolgozókra is alkalmazott 67.§ (2) bekezdés e) pontjának sérelme kérdésében az elsőfokú

bírósággal egyetértett. A Kbt. 69.§ (3) bekezdését illetően úgy foglalt állást, hogy az alperes tévesen értelmezte a kiírási feltételt, ebből okszerűen következik, hogy alaptalanul értékelte azt aránytalannak. A két alkalmassági előírás összevetéséből ugyanis véleménye szerint nem következik, hogy a szakembereknek teljes munkaidőben, a teljesítés teljes időszaka alatt rendelkezésre kell állnia. Helyesen állította az I.r. felperes, hogy a kiírás alapján alkalmas az a jelentkező, aki olyan szakembereket mutat be, akik amikor a teljesítésben részt vesznek, akkor azt teljes munkaidőben teszik. Ez okból mellőzte az I.r. felperes terhére a Kbt. 69.§ (3) bekezdésének megsértésére vonatkozó megállapítást.

A másodfokú bíróság a II.r. felperesnek az alapelvi sérelem körében előterjesztett érveit vizsgálva megállapította, hogy az elsőfokú bíróság az ítélet indokolásával szemben támasztott, a Pp. 221.§ (1) bekezdésében foglalt követelményt nem sértette meg, amikor a magánszakértői véleményt a II.r. felperes perbeli nyilatkozataként vette figyelembe, jogi álláspontját erről az elsőfokú bíróság teljes körűen kifejtette.

A másodfokú bíróság - figyelemmel arra, hogy 2006. július 20. napján hatályos, a Kbt. 65.§ (1)-(7) bekezdéseit és a Kbt. 1.§-át kellett alkalmaznia - a Kbt. hivatkozott bekezdéseinek megfelelő értelmezéséhez és a jogvita eldöntéséhez elengedhetetlennek ítélte a közösségi jog értelmezését, ezért a Szerződés az Európai Unió működéséről 267. Cikke alapján előzetes döntéshozatali eljárást kezdeményezett. Az Európai Unió Bírósága (a továbbiakban: EUB) az ügyben C-218/11. számon hozott ítéletet. Az EUB ítélete - a másodfokú bíróság álláspontja szerint - egyértelmű, kétségtelen, világos és teljes körű volt, nem maradt olyan értelmezésre szoruló közösségi rendelkezés, amelyben az EUB-nek a közösségi jogot értelmező újabb ítéletére a perbeli jogvita eldöntéséhez szükség lenne. Így a másodfokú bíróság nem látott okot arra, hogy ismételt előzetes döntéshozatali kérdéssel forduljon az EUB-hez, továbbá úgy ítélte meg, hogy a felterjesztett kérdésekre kapott válaszok alapján a perbeli jogvita eldönthető. Rögzítette, hogy az EUB nem tért el a diszkrimináció tekintetében elfoglalt korábbi álláspontjától.

Tekintettel arra, hogy az EUB azt a választ adta, hogy a gazdasági és pénzügyi alkalmasság minimális szintjének előírása nem minősül főszabály szerint jogellenesnek pusztán azért, mert e szint elérését a mérleg egy olyan elemére való utalással kell igazolni, amely vonatkozásában a tagállamok jogszabályai eltérőek lehetnek, ezért a másodfokú bíróság az alapelvi sérelem, a diszkrimináció hiányát állapította meg. Hangsúlyozta, hogy az alperes is ilyen értelmet tulajdonított a vonatkozó Kbt. előírásoknak, amikor nem találta jogsértőnek a negatív mérleg szerinti eredményre vonatkozóan előírt minimum alkalmassági követelményt. Egyetértett azzal, hogy az I.r. felperes által megválasztott pénzügyi-gazdasági alkalmassági követelmények összetett, több elemből álló rendszert

alkottak. A II.r. felperes ezekből egy elemet kifogásolt, ilyen formán figyelmen kívül hagyva a többi feltételt. Osztotta azt a megállapítást is, hogy nem volt kétségbe vonható, hogy az I.r. felperes választhatta a törvényi előírásokból következően a Kbt. 66.§ (1) bekezdés b) pontja alapján a beszámolóból nyerhető valamely adatot az értékelés alapjául. Hangsúlyozta a másodfokú bíróság, hogy törvényi korlátot a Kbt. 69.§ (3) bekezdés szabott, az alperes erre tekintettel külön vizsgálta az arányosságot, hogy azt a közbeszerzés tárgyára és becsült értékére figyelemmel a teljesítéshez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni. E kérdésről az elsőfokú bíróság is állást foglalt, a II.r. felperes fellebbezési kérelme ez utóbbi jogszabályra nézve kifogást nem tartalmazott. A másodfokú bíróság rögzítette, hogy az alperes érvelését az elsőfokú bíróság alappal fogadta el és a konkrét tényállásból következően okkal hivatkozott arra is, hogy nem az eltérő jogszabályi rendelkezések miatt, hanem tulajdonosi döntés következtében nem tudta a II.r. felperes ezt a kiírási feltételt saját erőből teljesíteni. Ugyanakkor nem lett volna elzárva külső erőforrás igénybevétele, így diszkriminációra sikerrel nem hivatkozhatott.

A másodfokú bíróság az általa megállapított bírság mértéke körében kifejtette, hogy azt az alperes is a jogsértésekre, azok súlyára figyelemmel kalkulálta ki. A másodfokú bíróság egy jogsértés megállapítását mellőzte, így a nagyobb részében fennmaradó jogsértésekhez kellett a bírság mértékét igazítania, ennek eredményeképpen 7.000.000 forint bírságot tartott a fennmaradó jogsértéssel arányban állónak.

Az I.r. felperes felülvizsgálati kérelmében a jogerős ítélet részbeni megváltoztatását és annak megállapítását kérte, hogy az I.r. felperes a közbeszerzési eljárás lefolytatása során mindenben a Kbt.-ben foglaltaknak megfelelően járt el, ezért az alperes által megállapított és a másodfokú bíróság által mérsékelt bírság törlését, illetőleg mérséklését kérelmezte.

Vitatta, hogy ajánlatkérőként jogsértő módon állapította meg a részvételi határidőt és a Kbt. 107.§ (2) bekezdésére ("elegendő határidőt") és a Kbt. 103.§ (1) bekezdésére ("kiegészítő tájékoztatás") nem volt tekintettel. Hivatkozott a Kbt. 136.§ (2) bekezdésére, és arra, hogy e szerint a 11 napos időtartam elegendő volt.

Hangsúlyozta, hogyha bármely ajánlatkérő jogszerűen alkalmazza a gyorsított eljárás szabályait, nem vonható felelősségre a kógens szabályok, így az előírt minimális eljárási határidők miatt még akkor sem, ha ezzel más határidők nem teljesülnek. A gyorsított eljárás esetén nyilvánvalóan elvárható a jelentkezők részéről, hogy a "normálistól" eltérő munkamenetben vegyenek részt a közbeszerzési eljárásban. Ezt egyébként több ítélet - így a legfelsőbb bírósági ítélet is - kimondta, melyre sem az alperes, sem az eljáró bíróságok nem voltak tekintettel.

Álláspontja szerint a fentiekből is megállapítható, hogy ajánlatkérőként nem sértette meg a Kbt. 107.§ (2) bekezdését és a Kbt. 103.§ (1) bekezdését.

A bírság és a Pp. 221.§-ában foglaltak sérelme tekintetében előadta, hogy a másodfokú bíróság a bírság mérséklésével kapcsolatosan súlyosan megsértette a Pp. alapján fennálló indokolási kötelezettségét, amikor csak röviden utalt arra, hogy a bírság kalkulálása során tekintettel volt a jogsértés súlyára, de nem indokolta, mely jogsértést milyen súllyal mérlegelt. Így egyáltalán nem indokolta, hogy az általa meghatározott 7.000.000 forint bírságot milyen alapon tartja a jogsértéssel arányban állónak. Az I.r. felperes álláspontja szerint a bírság csak 1/8 részével történő mérséklése a megállapított jogsértéseknek sem számával, sem súlyával nem áll arányban.

Az alperes felülvizsgálati ellenkérelmében az I.r. felperes felülvizsgálati kérelmének elutasítását kérte.

Álláspontja szerint az I.r. felperesnek a részvételi jelentkezés határidejére vonatkozó és a Kbt. 107.§ (2) bekezdésére alapozott felülvizsgálati kérelme nem megalapozott. Hangsúlyozta, hogy az I.r. felperes a Kbt. 136.§ (2) bekezdését nem sértette meg, azonban ajánlatkérőként figyelembe kellett volna venni a Kbt. 107.§ (2) bekezdésében foglalt általános szabályt, mely szerint a részvételi határidőnek elégségesnek kell lennie a beszerzés konkrét tárgyára tekintettel az érvényes részvételi jelentkezések benyújtására, továbbá az alkalmasság és kizáró okok hiányának igazolására is. A Kbt. 136.§ (2) bekezdésében foglalt gyorsított eljárási határidőre vonatkozó szabály és a Kbt. 107.§ (2) bekezdésében foglalt előírás között a Kbt. 107.§ (2) bekezdése szerinti mérlegelési kötelezettség folytán szabályozási inkoherencia nem áll fenn.

Hangsúlyozta, hogy az I.r. felperes hivatkozása a Kbt. 103.§ (1) bekezdésében foglalt és a kiegészítő tájékoztatással kapcsolatosan megállapított jogsértés tárgyában sem alapos, mert a Kbt. rendelkezések közötti összefüggésre tekintettel az ajánlatkérőnek a gyorsított meghívásos eljárás jogszerű módon történő megválasztása mellett is biztosítani kellett volna a kiegészítő tájékoztatás lehetőségét.

A Pp. 221.§-ában foglalt eljárási szabály sérelmére nézve előadta, hogy a Fővárosi Törvényszék eleget tett az indokolási kötelezettségnek a jogerős ítélet a 15. oldalon a 2. bekezdésben. A jogerős ítélet nyilvánvalóan a bírság mértékénél nem a jogsértések számára, hanem azok súlyára, jellegére volt figyelemmel.

Megjegyezte az alperes, hogy az I.r. felperes akként nyilatkozott, hogy a Kbt. 69.§ (3) bekezdésében foglalt jogszabálysértés megállapításának mellőzése vonatkozásában a jogerős ítéletet elfogadja. Az alperes álláspontja szerint a Pp., illetve a Kbt. szerinti mérlegelésnek az okszerű voltára figyelemmel a bírság összegének a meghatározása nem támadható felülvizsgálati kérelem útján.

A II.r. felperes felülvizsgálati kérelmében elsődlegesen a jogerős ítélet hatályon kívül helyezését és új, jogszerű döntés meghozatalát, másodlagosan a jogerős ítélet hatályon kívül helyezését, és a másodfokú bíróság új eljárásra, új határozat hozatalára utasítását kérte. Álláspontja szerint a másodfokú bíróság súlyos eljárási szabálysértések mellett a bizonyítékokat egyfelől nem megfelelően tárta fel, másfelől azokat, valamint az EUB C-218/11. számú döntését nem megfelelően értékelte, így ítélete jogszabálysértő és megalapozatlan.

Az eljárási jogsértés tekintetében előadta, hogy a bíróság által érkeztetett beadványát a Pp. és a bírósági ügyvitel szabályairól szóló 14/2002.(VIII.1.) IM rendelet (a továbbiakban: Bűsz.) vonatkozó rendelkezései ellenére - rosszhiszemű pervitelre hivatkozva - törvénysértően nem fogadta el. Véleménye szerint erre a másodfokú bíróságnak a rosszhiszeműség fennállása esetén sem lett volna joga, mivel a jogszabályban előírt figyelmeztetések mind a késedelem, mind a rosszhiszeműség tekintetében elmaradtak.

Kifejtette, hogy a jogerős ítélet megalapozatlan és okszerűtlen, mivel az mind a II.r. felperes, mind az EUB ítélet megállapításait félrevezető módon leegyszerűsíti. A pénzügyi és gazdasági alkalmasság vonatkozásában előadta, hogy miután a mérleg szerinti eredmény nem alkalmas az ajánlattevő pénzügyi helyzetének megismerésére, a szerződés teljesítésére való alkalmasságának megítélésére, így azt a másodfokú bíróságnak más körülmények feltárásával és azok értékelésével kellett volna vizsgálnia. Egy ilyen vizsgálat kimutatta volna, hogy a II.r. felperesnek az érintett három évben kiemelkedően magas volt az árbevétele, tehát nyereséges gazdálkodást folytatott. Ebből következően számos olyan mutatószámot (mint pl. az idegen tőke, tőke-ellátottsági mutató, tárgyi eszközök aránya, stb.) tudott volna az ajánlatkérő rendelkezésére bocsájtani, amely alapján az a II.r. felperes valós pénzügyi helyzetét megítélhette volna. A II.r. felperes hivatkozott az általa benyújtott szakvélemények tartalmára, mely szerint egy társaság pénzügyi helyzetének megismeréséhez a mérleg szerinti eredmény tökéletesen alkalmatlan. Az ajánlatkérő joga az alkalmassági kritériumok kiválasztását illetően nem korlátlan, csak olyan feltételeket írhat elő, amelyből objektíve képes megítélni az ajánlattevő teljesítőképességét. A perbeli kiírás, az alkalmasság igazolási módja a jogszabályi kritériumoknak nem felelt meg. Mindezek okán az alperes döntése és a jogerős ítélet is jogsértő.

Az egyéb, előírt pénzügyi és gazdasági alkalmassági kritériumok tekintetében előadta, hogy azok csak látszólag képeznek koherens rendszert, mivel azok semmilyen módon nem függenek össze, azokat az ajánlatkérő külön-külön vizsgálta, így az egyik feltétel hiánya is megalapozza az ajánlattevő alkalmatlanságát. Ebből kifolyólag továbbra is vizsgálni kell azt, hogy a mérleg szerinti eredmény objektíve alkalmas-e arra, hogy az ajánlatkérő kizárólag annak alapján ítélje meg az ajánlattevő alkalmasságát.

A mérleg, mint erőforrás kapcsán kifejtette, hogy az erőforrást nyújtó szervezet kapacitásaira való támaszkodás - az EUB ítélet ellenére - csak elméleti lehetőség, mivel az alperes gyakorlata nem teszi lehetővé, hogy a negatív mérleget az erőforrást nyújtó szervezet útján orvosolja.

Álláspontja szerint a jogerős ítélet azért is jogsértő, mert valójában nem felel meg az EUB ítéletnek, holott annak figyelembe vétele a nemzetközi joggyakorlat alapján is kötelező. A másodfokú bíróságnak vizsgálnia kellett volna, hogy a mérleg szerinti eredmény, mint a mérleg egyetlen mutatószáma, objektíve alkalmas-e arra, hogy az ajánlatkérő döntést hozzon az ajánlattevő gazdasági-pénzügyi alkalmasságáról. Ezen kérdésben kérte a Kúria döntését, illetőleg azt, hogy saját hatáskörben forduljon az EUB-hoz ismételt előzetes döntéshozatali kérelemmel, mivel a vonatkozó szerződés és szabályozás szerint az EUB törvényes bírónak minősül.

Az alperes a II.r. felperes felülvizsgálati kérelmére benyújtott ellenkérelmében az eljárási szabálysértések megtörténtét cáfolta. A II.r. felperes felülvizsgálati kérelmére nézve előadta, hogy az ítélet rögzíti, miszerint az EUB ítélete teljes körű, további értelmezésre váró kérdés nem maradt fenn, a mérleg szerinti alkalmasság és a diszkriminatív jelleg hiányára vonatkozóan is állást foglalt. Hangsúlyozta, hogy a mérleg szerinti eredmény nem egyetlen számviteli adat eredője, hanem komplex alkalmassági mutatószám. Az alperes nyomatékosan hivatkozott arra, hogy a II.r. felperes a jogorvoslati eljárás során egyértelmű nyilatkozatot tett, miszerint az alkalmassági igazolási módnak a Kbt. 66.§ (1) bekezdés b) pontjának való megfelelését nem kifogásolja, mindössze annak diszkriminatív jellegére hivatkozott. Cáfolta, hogy az I.r. felperes egyetlen alkalmassági szempontra szűkítette le a feltételrendszert. Álláspontja szerint a II.r. felperes tévesen hivatkozik az alperes D.261/12/2012. sz. határozatára, ahol is nem fióktelep a kérelmező, szemben a II.r. felperessel. Véleménye szerint az előzetes döntéshozatali eljárás iránti kérelem nem megalapozott, miként maga a felülvizsgálati kérelem sem.

A II.r. felperes felülvizsgálati előkészítő iratában megerősítette mind az eljárási, mind az anyagi jogsértések tekintetében a korábbiakban kifejtetteket. Ezen túlmenően az alkalmasság tekintetében hangsúlyozott álláspontját a vizsgálat elméleti háttéréről való fejtegetéssel is kiegészítette.

A beavatkozók a felülvizsgálati eljárásban ellenkérelmet, nyilatkozatot nem terjesztettek elő.

A felperesek felülvizsgálati kérelme nem alapos.

A Kúria a jogerős ítéletet a felülvizsgálati kérelem keretei között vizsgálta felül a Pp. 272.§ (2) bekezdése és a Pp. 275.§ (2) bekezdése alapján.

A Kúria álláspontja szerint a másodfokú bíróság helyesen megállapított tényállásból helytálló következtetésre jutott az alperesi határozat jogszerűségével kapcsolatban, döntésével és indokaival a felülvizsgálati bíróság egyetért.

A Kúria a felülvizsgálati kérelmekben foglaltakra tekintettel az alábbiakra mutat rá.

Az I.r. felperes kifogásai vonatkozásában a Kúria egyetért azzal, hogy a részvételi határidőt minden esetben úgy kell meghatározni, hogy elegendő időtartam álljon rendelkezésre a megfelelő részvételi jelentkezéshez. Az alperes és a bíróságok megalapozott álláspontja, hogy a részvételi határidő elégséges meghatározásának törvényi követelményét a kiírási követelmények rendszeréhez viszonyítottan, a Kbt. 107.§-át - a Kbt. kogens és kimentést nem adó rendelkezései folytán - együtt kell értelmezni az I.r. felperes által választott eljárástípusra alkalmazandó Kbt. 136.§ (2) bekezdésével. A I.r. felperes felülvizsgálati kérelmét arra alapozta, hogy a jogsértéseket nem követte el. A Kúria rámutat arra, hogy a bíróságok helytállóan és részletesen érveltek a jogsértések vonatkozásában, annak megisméltelése szükségtelen. Az I.r. felperes azzal, hogy ezeket nem fogadta el, még nem tudta megcáfolni a felhozott érvelést.

Az I.r. felperes a bírsággal kapcsolatban elismerte, hogy annak törlését keresetében a jogsértés hiányára tekintettel kérte, az alperes mérlegelését nem vitatta. A másodfokú bíróság az I.r. felperes terhére rótt jogsértések közül egyet törölt és erre tekintettel mérsékelte a bírságot. A Kúria egyetért az I.r. felperessel abban, hogy a másodfokú bíróság erre vonatkozó ítéleti érvelése sommás, ugyanakkor egyértelmű, hogy nem a jogsértések száma, hanem súlya alapján került kiszabásra az eredeti bírságösszeg. Az alperes kellő támpontot adott akkor, amikor határozatában kifejtette mérlegelése szempontjait, utalva a jogsértések súlyára, visszafordíthatatlanságára, a közbeszerzés magas értékére, az ismételt elkövetésre. Ebből következően a másodfokú bíróságnak akkor, amikor a négy jogsértés közül csak egyet törölt, nem matematikai műveletet kellett elvégeznie a bírság tekintetében, és nem annak 1/4 részét kellett törölnie, hanem továbbra is a fennmaradó jogsértések súlyára tekintettel kellett a bírságot megállapítania. Mivel változatlanul megállapítható, hogy a fennmaradó jogsértések alapvetően érintették a részvételi jelentkezők jogainak gyakorlását, és a megfelelő mennyiségű részvételi határidő biztosításának hiánya, a kiegészítő tájékoztatáskérés elnehezülése és a szakmai alkalmassági követelmények megsértése továbbra is fennáll, így az I.r. felperes magatartása súlyos jogsértésnek minősül. Nem vitatható a közbeszerzés rendkívül magas becsült értéke, a jogsértés reparálásának lehetetlensége, a jogsértés ismétlődése. Ennek

alapján a bírságösszeg 1/8 részének törlése a kieső jogsértéssel arányban áll, így a Kúria nem látott okot a bírságösszeg további mérsékelésére.

A Kúria a II.r. felperes felülvizsgálati kérelmében foglalt eljárási kifogásaira nézve mindenekelőtt rögzíti, hogy bár a másodfokú bíróság az érkeztetett beadványt - a Pp. és a Büsz. erre vonatkozó előírása hiányában - valóban nem adhatta volna vissza, ugyanakkor - amint a peres iratokban nyomon követhető határidőkből kitűnik - elegendő időt biztosított a feleknek az EUB ítélet észrevételezésére. Általánosságban figyelmeztette a feleket a Pp.141.§ (2) és (6) bekezdéseire vonatkozóan, továbbá lehetőséget adott arra is, hogy a II.r. felperes előkészítő iratát a tárgyaláson ismertethesse. Utóbbi lényegét maga az ítélet is tartalmazza, ennek folytán a Kúria nem látta a felvetett eljárási jogsértés megvalósulását.

A II.r. felperes további, az ügy érdekét érintő érvei tekintetében a Kúria rögzíti, hogy a II.r. felperes az alperesnél a Kbt. 323.§ (2) bekezdésében írt jogvesztő határidőn belül előterjesztett jogorvoslati kérelmét az ajánlatkérő diszkriminatív jellegű felhívására, eljárásra alapozta, azt állítva, hogy a Kbt. 1.§ (1) és (2) bekezdésében foglaltak sérültek. A II.r. felperes csak a későbbi (2006. szeptember 5-i, szeptember 14-i) beadványaiban kérelmezte, hogy az alperes vizsgálja, hogy a mérleg szerinti eredmény, mint annak egyetlen mutatószáma, objektíve alkalmas-e arra, hogy az ajánlatkérő döntést hozzon az ajánlattevő gazdasági pénzügyi alkalmasságáról. A felperes keresetében a Kbt. 1.§ (1) és (2) bekezdésének sérelme mellett a Kbt. 66.§ (1) bekezdés b) pontjára, továbbá arra is utal - részletes okfejtése mellett -, hogy a mérlegadatok önmagukban nem alkalmasak a pénzügyi-gazdasági alkalmasság megítéléséhez. A Kúria rámutat e körben arra, hogy az alperes egyfelől egyfokú eljárást folytat le, másfelől kötve van a jogorvoslati kérelemhez, határozata törvényessége a jogorvoslati kérelem tükrében ítéelhető meg. A Kbt. 323.§ (3) bekezdés a) pontja a (2) bekezdés szerint határidőhöz köti a jogorvoslati kérelem benyújtását. Ennek folytán nem volt mód arra, hogy a II.r. felperes a 2006. augusztus 9-én előterjesztett jogorvoslati kérelmétől később, jogvesztő határidőn túl oly módon eltérjen, hogy teljesen más jogsértésre, illetőleg érvrendszerre alapozza kifogását. A közbeszerzési eljárás egyfokú, fellebbezési lehetőség nincs, ezért az abban előterjesztett jogorvoslati kérelemről hozott hatósági döntés jogszerűségét felülvizsgáló bírósági eljárás keretére is kihat, annak irányt szab a jogorvoslati kérelem tartalma. Erre figyelemmel megjegyzi a Kúria, hogy tévedett az elsőfokú bíróság akkor, amikor ítélete 23. oldal 3. bekezdésében arra utal, hogy a bíróságnak a II.r. felperes alapelvi sérelmen túl előterjesztett, az alkalmassági követelmények megfeleltetése körében előadott érvei tekintetében is döntenie kellett, bár a „döntést”, illetőleg annak indokolását az elsőfokú ítélet végül is nem tartalmazza. Fentiek

folytán a Kúria által felülvizsgált bírósági eljárásban kizárólag a részvételi felhívás alapelveknek való megfelelése volt vizsgálható. E körben jelentőséggel bír az is, hogy a II.r. felperes fellebbezésében kizárólag e körben vitatta az elsőfokú ítélet törvényességét.

A fentiekre tekintettel a Kúria megállapította, hogy az EUB ítélet a vizsgált kérdések körében foglalt állást, amikor kimondta, hogy a gazdasági és pénzügyi alkalmasság minimális szintjének előírása nem minősül főszabály szerint jogellenesnek pusztán azért, mert e szint elérését a mérleg egy olyan elemére való utalással kell igazolni, amely vonatkozásában a tagállamok jogszabályai eltérőek lehetnek. A jogorvoslat keretére tekintettel az előzetes döntéshozatali kérelem ismételt előterjesztése jogszerűen mellőzhető volt. A fentiek tükrében megállapítható, hogy a másodfokú bíróság - figyelemmel az EUB ítéletére is - teljes körűen elbírált az alapelvi sérelem körében előadottakat és helyesen foglalt állást az elsőfokú bíróság erre vonatkozó ítéleti megállapításai, ezáltal az alperesi határozat jogszerűsége tekintetében. A Kúria elvi álláspontja szerint ugyanis a jogalkotó akkor, amikor határidőhöz kötötte a részvételi felhívás elleni jogorvoslati kérelem előterjesztését, egyben korlátozta a jogorvoslat tartalmi változtatásának lehetőségét. A jogalkotói akarat ez irányú értelmezését alátámasztja a közbeszerzési hatósági eljárás jellege, célja és szerkezete. A hatóság az előterjesztésben megjelölt jogsértés tényleges fennállását vizsgálja, attól eltérni, újabb jogsértéseket megjelölni nem lehet. Ellenkező esetben a hatósági eljárás parttalanná válna, sértené a közigazgatási eljárás, a „köz” érdekében történő gyors és hatékony lebonyolításának kívánalmát.

A határidőkorlát egyúttal kihat a bírósági eljárásra is, tekintettel arra, hogy a bíróság a közigazgatási eljárás és döntés jogszerűségét vizsgálja, mely feladatnak csak akkor tud maradéktalanul eleget tenni, ha a közigazgatási hatósághoz előterjesztett jogorvoslati kérelem keretei között vizsgálódik. A fentiek szerint a közbeszerzési hatósághoz előterjesztett jogorvoslati kérelem tartalma, mind a hatósági, mind a bírósági eljárásban kötőerővel bír.

A Kúria a II.r. felperesnek a mérlegadatok pénzügyi-gazdasági alkalmasság megítélésére való megfelelése körében kifejtett felülvizsgálati érvelésének vizsgálatát ez okból mellőzte.

Minderre tekintettel a Kúria a jogerős ítéletet a Pp. 275.§ (3) bekezdése alapján hatályában fenntartotta.

A pervesztes felperesek a Pp. 270.§ (1) bekezdése folytán a felülvizsgálati eljárásban is alkalmazandó Pp. 78.§ (1) bekezdése alapján kötelesek - figyelemmel a Pp. 82.§ (2) bekezdésére - egyenként az alperes jogi képvisellel felmerült felülvizsgálati eljárási költsége megfizetésére, melynek összegét a Kúria a

32/2003.(VIII.22.)IM rendelet 3.§ (3) és (5) bekezdései alapján állapította meg a felülvizsgálati eljárásban kifejtett munkára tekintettel.

A pervesztes II.r. felperes Pp. 78.§ (1) bekezdése és a 6/1986.(VI.26.)IM rendelet 13.§ (2) bekezdése alapján köteles a tárgyi illetékeljegyzési jog miatt le nem rótt felülvizsgálati illeték viselésére, melynek összegét a kereseti, illetőleg a felülvizsgálati kérelem előterjesztésekor hatályos, az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény (a továbbiakban: Itv.) 43.§ (3) bekezdése és 50.§ (1) bekezdése alapján állapította meg a Kúria.

Az I.r. felperes személyes költségmentessége okán a tárgyi illetékeljegyzési jog folytán le nem rótt - a pertárgyérték alapján megállapított - felülvizsgálati illetéket a 6/1986.(VI.26.)IM rendelet 14.§-a alapján az állam viseli. A felülvizsgálati illeték mértékét a Kúria az Itv. 43.§ (3) bekezdésének kivételi szabálya folytán, az Itv. 39.§ (1) bekezdése és 50.§ (1) bekezdése alapján, a bírság vitatott értékének 10 %-ában állapította meg.

Budapest, 2014. március 19.

Dr. Tóth Kincső s.k. tanácselnök, Dr. Rothermel Erika s.k. előadó bíró, Dr. Szilas Judit s.k. bíró