

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla a jogtanácsos által képviselt **Nemzeti Fejlesztési Ügynökség Központi Pénzügyi és Szerződéskötő Egység** (1054 Budapest, Bajcsy-Zsilinszky út 42-46.) felperesnek a közbeszerzési biztos által képviselt **Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság** (1024 Budapest, Margit körút 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított perében a Fővárosi Bíróság 2007. július 5. napján kelt 25.K.35.536/2006/7. számú ítélete ellen a felperes által 8. sorszám alatt előterjesztett fellebbezésére meghozta az alábbi

Í T É L E T E T

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatja, az alperes D.583/10/2006. számú határozatát megváltoztatja, és a felperes terhére megállapított jogsértést, valamint a pénzbírság megfizetésére kötelező rendelkezést mellőzi.

Kötelezi az alperest, hogy 15 napon belül fizessen meg a felperesnek 30.000 (Harmincezer) forint másodfokú perköltséget.

A kereseti és fellebbezési illetéket az állam viseli.

Ez ellen az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I N D O K O L Á S

A felperes ajánlatkérőként 200... március 15. napján a Kbt. IV. fejezete szerinti tárgyalásos közbeszerzési eljárást indított ...tananyagok fejlesztése arészére tárgyban. Az összességében legelőnyösebb ajánlat bírálati szempontot választotta, melynek megítélésére szolgáló egyik részszerzőpont az ajánlati ár volt, három alszerzőpontra - a licenszár, rendszerbevezetési díj, 1 éven túli terméktámogatási díj - bontva, melyekből a legkisebb súlyszámot, 0,15-ös szerzőzót, az 1 éven túli terméktámogatási díj kapta. Az ajánlattételi dokumentáció II. fejezet 5. pontja szerint az ajánlati árnak tartalmaznia kellett minden olyan költséget, amely az ajánlati dokumentációban és az ajánlattevők ajánlatában meghatározott feladatok végrehajtása során felmerül.

Az ajánlattételi határidőre érvényes ajánlatot benyújtókkal a felperes tárgyalta, az egyes árelemek műszaki adattartalmával - annak ellenére, hogy az ajánlattételi dokumentáció erre nézve részletes információt nem adott - a tárgyaló felek tisztában voltak. Az utolsó forduló tizenegy körből állt. AKft. első körben a licenszár: 131.824 EUR, a rendszerbevezetési díj: 3.976 EUR, az 1 éven túli terméktámogatási díj: 5.000 EUR/év ajánlati árat adott. Az így megadott ár a további tárgyalási körökben, minden alszerzőpont tekintetében, és mindegyik ajánlattevő esetében, folyamatosan csökkent. A végső ajánlati árban aKft.-nek az 1 éven túli terméktámogatási díjra tett megajánlása - 92.490 EUR licenszár mellett - 0 EUR/év összegre változott, a másik két ajánlattevő 1.000 EUR/év, 990 EUR/év árelemével szemben. (A rendszerbevezetési díjra mindegyik ajánlattevő végső ajánlata 0 EUR volt.)

Az 1 éven túli terméktámogatási díjra vonatkozó vállalás miatt az ajánlatkérő a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 87. § (1) bekezdése szerint, írásbeli indokolást kért. AKft. közölte, hogy a projekt árazását a kiemelkedő szakmai háttérre alapozta; a másik két ajánlattevő szumma ajánlati áránál összességében magasabb ajánlati ára fedezetet biztosít az 1 éven túli terméktámogatásra is. Utalt arra, hogy erre az alszerzőpontra a másik két ajánlattevő is alacsony árat adott, és az a legkisebb súlyozással szerepel az értékelésben.

Az ajánlatkérő ezt az indokolást elfogadta, és az ajánlatok elbírálását követően aKft.-t az eljárás nyerteseként kihirdette. A nyertes ajánlatot követő legkedvezőbb ajánlatot tevőRt. kirívóan aránytalan kötelezettségvállalás miatt a Kbt. 87. § (3) bekezdésére hivatkozással terjesztett elő jogorvoslati kérelmet.

Az alperes D. 583/10/2006. számú határozatában megállapította, hogy a felperes megsértette a Kbt. 88. § (1) bekezdés g) pontjára tekintettel a Kbt. 81. § (3) bekezdését, valamint a Kbt. 91. § (1) bekezdését, és az ajánlatkérőt 2.000.000,-Ft pénzbírság megfizetésére kötelezte. A Kbt. 86. §-ára alapított döntése szerint a nyertes ajánlattevő indokolása azért nem volt elfogadható, mert a megtett vállalásra kellett magyarázatot adni annak alátámasztására, hogy a megjelölt ellenértékért teljesíthető a szolgáltatás. A Kbt. alapelveivel és bírálati rendszerével is ellentétes az a magyarázat, amely azon alapul, hogy a vállalás ára egy másik szolgáltatási rész árába épül be. A megadott magyarázat nem objektív, nem igazolja a vállalás 0 EUR összegért való teljesíthetőségét.

Az alperes határozatának bírósági felülvizsgálata iránt a felperes keresetet terjesztett elő, annak megváltoztatását, a jogsértés hiányában a terhére kiszabott bírság mellőzését kérte. Elismerte, hogy minden szolgáltatásnak szükségszerűen van valamilyen összegű önköltségi ára, amely azonban nem jelenti azt, hogy egy szolgáltatás reális piaci árának minden egyes esetben el kell érnie legalább a szolgáltatás önköltségi árát. A szabad piaci verseny mellett ugyanis nem ritka, hogy egy piaci szereplő egy szolgáltatás teljesítését, akár veszteségesen is vállalja olyan későbbi előnyök reményében, amelyek a jövőben képesek ellensúlyozni az adott ügyleten elkönyvelt veszteséget. Nem látott különbséget az összes ajánlattevő által 0 EUR összeg ellenértékben vállalt rendszerbevezetés alszempontja, és az 1 éven túli terméktámogatás alszempont szerinti szolgáltatás között, hiszen mindkét szolgáltatás a fő szolgáltatáshoz, vagyis a licenszdíjhoz kapcsolódó járulékos mellékszolgáltatás volt. Hangsúlyozta, hogy az összességében magasabb ajánlati ár fedezetet biztosít az 1 éven túli terméktámogatásra is. Megjegyezte, hogy a bírálati szempontokat minden ajánlattevő ismerte, a felhívás ellen nem kezdeményezett senki jogorvoslatot.

Az elsőfokú bíróság a felperes keresetét elutasította. Az alperessel egyezően foglalt állást arról, hogy aKft. indokolása nem volt elfogadható. Részletesen elemezte, mi tekinthető objektív alapú indokolásnak, mely okból nem találta elfogadhatónak a szabad piaci verseny szabályai szerint működő, de a közbeszerzési eljárásban résztvevő ajánlattevő érveit. Megállapította, hogy aKft. az 1 éven túli rendszertámogatási díj összegét a másik alszempontba, a licenszárba beépítette, így a 0 EUR-os ajánlati ár kirívóan alacsony ellenszolgáltatásnak minősül, amely miatt az ajánlat érvénytelen. Hangsúlyozta, hogy a felperes maga is elismerte, hogy bár elhanyagolható nagyságrendben, de a vitatott alszempont szerinti szolgáltatás teljesítése igényelt anyagi, illetve szellemi ráfordítást, e szolgáltatás teljesítése nem ingyenes. Miután a rendszerbevezetési díj alszempontra vonatkozó árajánlat is 0, az 1 éven túli terméktámogatási díj összegét csak a licenszár alszempontra vonatkozó ajánlati ár fedezheti. Megjegyezte, hogy az alperes kizárólag az 1 éven túli rendszertámogatás díja alszempont vonatkozásában folytatta le a jogorvoslati eljárást, ennél fogva a bíróság is csak erre nézve végezhetette el a határozat felülvizsgálatát. Az alperes nem foglalt állást arról, és olyan megállapítást sem tett, miszerint helyénvalónak ítélte volna a rendszerbevezetési díj alszempontra adott 0 EUR összegű ajánlati árat.

Az elsőfokú bíróság ítélete ellen a felperes terjesztett elő fellebbezést. Hangsúlyozta, hogy az ajánlatkérő által megbontott áron belül a szabad piaci versenyt semmi sem korlátozza, és nincs akadálya annak, hogy valamely szolgáltatást díjmentesen kínáljanak az ajánlattevők. Álláspontja szerint egy díjtalan ajánlat esetében pusztán azt kell mérlegelni, hogy a gazdasági viszonyok ismeretében racionális, illetve szokásos-e az adott szolgáltatás díjmentes megajánlása. A díjtalanság gazdasági ésszerűségének elfogadása mellett a teljesíthetőség kérdését kell vizsgálni, azt hogy a szolgáltatás teljesítése során jelentkező költségek valamely más forrásból fedezhetők-e. Ennek megfelelően a nyertes ajánlattevő által adott indokolás elfogadásának akadálya nem volt. Az

alperes hallgatásával állást foglalt arról, hogy a rendszerbevezetés szolgáltatására tett 0 EUR összegű ajánlat jogszerű volt, hiszen a Kbt. 334. § (1) bekezdése alapján az alperes köteles hivatalból eljárni abban az esetben, ha az érdemi határozatát megelőzően jogsértésről szerez tudomást.

Az alperes a fellebbezésre ellenkérelmet nem terjesztett elő.

A fellebbezés alapos.

A másodfokú bíróság az elsőfokú bíróság által megállapított tényállást az ajánlattételi dokumentáció II. fejezet 5. pont szerinti tartalmával, valamint az utolsó tárgyalási forduló jegyzőkönyvének részleges tartalmával kiegészítette, és e tények figyelembe vételével, az érvénytelenség megállapítását megalapozó rendelkezések alkalmazását illetően, az elsőfokú bíróságtól eltérő következtetésre jutott, az alábbiak szerint:

A felperes tárgyalásos eljárást folytatott le. A választott eljárásfajta fő jellemzője, hogy az ajánlattételi szakaszban nem áll fenn ajánlati kötöttség (Kbt. 127. § (2) bekezdés), az a felek által folytatott tárgyalások befejezésével jön létre. Ez egyben azt is jelenti, hogy a felek szabadon tárgyalnak, mely tárgyalási szabadság egyetlen korlátja, hogy a tárgyalásos eljárás alkalmazásának feltételei fenn kell maradjanak.

A tárgyalások során az ár hármas tagozódása megmaradt, az utolsó fordulóban az egyes elemekért kért díj (ellenszolgáltatás) mértékének a leszorítása volt a cél.

A Kbt. 86. § (3) bekezdése azokat a szempontokat adja meg, amelyek segítik az ajánlatkérőt a kirívóan alacsonynak értékelt ellenszolgáltatás következtében kért és kapott indokolás mérlegelésében. Az indokolás a lényegesnek tartott ajánlati elemekre vonatkozó adatokat kell, hogy tartalmazzon. A törvény felsorolja - a teljesség igénye nélkül - azokat a lényegesebb elemeket, amelyekre az ajánlattevő a releváns ajánlati elemekre vonatkoztatva hivatkozhat. Törvényi feltétel, hogy csak objektív alapú indokolás fogadható el. Az indokolás azonban nem önmagában áll. Annak az ajánlati elemekre kell vonatkoznia, így az ajánlat egészének rendszerébe illesztve vizsgálható, melyet a kiírási feltételek, tárgyalásos eljárás esetén a tárgyalási fordulók végső eredményei határoznak meg. A Kbt. 88. § (1) bekezdés g) pontja szerinti érvénytelenségi okról az ajánlatkérőnek ezek együttes értékelésével kell meggyőződnie.

A megfelelő indok nélkül álló, kirívóan alacsony ellenérték sérti az esélyegyenlőséget, a verseny tisztaságát. Azt azonban, hogy mi minősül kirívóan alacsony ellenértéknek mindig esetenként kell vizsgálni. Az indokolás akkor megfelelő, ha kifejezetten az ajánlattevő piaci tevékenységéhez, gazdálkodásához, árpolitikájához képest győz meg az eltérés realitásáról. A kirívóan alacsony ellenértékre adott indokolásnak kifejezetten az ajánlattevő tevékenységére vonatkozó viszonyítási pontot, illetőleg pontokat kell tartalmaznia.

Az 1 éven túli rendszertámogatási díj alszempontra adott indokolás megítélését nehezítette, hogy sem az ajánlattételi felhívásból, sem az ajánlattételi dokumentációból, de még a tárgyalási jegyzőkönyvekből sem volt megállapítható annak objektív alapú tartalmat adó meghatározása, amely viszonyítási pontként szolgálhatott volna a ...Kft. indokolásának megítélésére. Ennek tisztázására irányuló kérdés, a kiírás megtámadásának hiányában ezt a másodfokú bíróság úgy értékelte, hogy az ajánlattevőknek az alszemponatok adattartalma felől a tárgyalások során kétségük nem volt, azt utóbb, állításaik igazolására eltérő tartalmakkal megtölteni nem lehet.

AKft. válaszában lényeges eleme volt az, hogy ő a hazai ...piac meghatározó szereplője, részt vett videó alapú tananyagokra épülő adaptívrendszereket kutató EU projektekben, a projekt árazását a kiemelkedő szakmai háttérére alapozta. Ez a nem cáfolt tényállítás a szolgáltatás-nyújtás módszerének gazdaságosságára, az ajánlattevő számára kivételesen előnyös körülményekre, a szolgáltatás eredetiségére vonatkoztak, amely érvek azonosak a Kbt. 86. § (3) bekezdése szerint figyelembe vehető szempontokkal. A vállalásra adott magyarázat az ajánlattevő piaci helyzetének bemutatását jelentette, objektív alapú volt.

Tény, hogy az 1 éven túli támogatási díj részszerpont a legkisebb súlyozással szerepelt az értékelésben,Kft.-nek végső ajánlati ára pedig magasabb volt mint a másik két ajánlattevő összára. Az utolsó tárgyalási forduló jegyzőkönyvei alapján ugyanakkor nyilvánvaló volt, hogy a felek árversenybe bocsátkoztak, ahol az ajánlatot tevők, köztük aKft., a saját kiinduló áraikat - annak mind a három részelemét - folyamatosan csökkentették. Következésképpen nem helytálló az az első fokú ítéleti megállapítás, hogy a nyertes a licenszár alszempontra beépítette az 1 éven túli támogatási díj részszerpont ajánlati díját. Az ajánlattevőknek a mintegy három órát felölelő tárgyalás egyes körei között kellett azt mérlegre tenniük, hogy az egyes elemekből végső soron mennyit engedhetnek. A harmadik alszempontra az ajánlattevők által megajánlott összegek között szignifikáns eltérés nem mutatkozott. Adott árelemek reális, még vállalható díjának megadásáról szólt az utolsó forduló.

A Kbt. 86. § (3) bekezdése szerinti feltételek megállapítása után, a hivatkozott szakasz (4) bekezdésében támasztott követelményt, azaz a gazdasági ésszerűséggel összeegyeztethetőséget kellett vizsgálni. Gazdaságilag ésszerű az amely a gazdasági viszonyok hálózatában vagy egy mikrostruktúrában elfogadható. Gazdasági ésszerűségről beszélhetünk akkor is, ha a gazdasági lépések ésszerűen kerülnek megtervezésre, ésszerű az ami a társaság gazdálkodása szempontjából előnyös, amikor a gazdasági szereplők olyan döntéseket hoznak, amelyek következtében a szükségletek minél nagyobb mértékben, hatékonyabban kielégíthetők. A gazdasági ésszerűség függ a piac fejlődésétől és jellegétől. A másodfokú bíróság ennél orientáltabb fogalom elemzést nem tud adni.

Mivel nincs egyértelmű definíció a gazdasági ésszerűség fogalmára, a közbeszerzési jogviszonyban is esetileg van lehetőség annak eldöntésére, hogy az ajánlattevői válasz valóságtartalma gazdasági szempontból reálisnak ítéltető-e vagy sem. Ilyen megközelítésbenKft.-nek a vitatott alszempontra

kigazdálkodására, a gazdasági tevékenységének színvonalára vonatkozó magyarázata, a piaci működésre felhozott érvei, a gazdasági ésszerűség elvének nem ellentmondóak. A felperes tehát jogszerűen ítélteKft. objektív alapú magyarázatát a gazdasági ésszerűséggel összeegyeztethetőnek, és nyilvánította az ajánlatát érvényesnek.

Helyesen hagyta figyelmen kívül az elsőfokú bíróság a másik árelemre adott ajánlatokat a jogsértés megállapítása jogszerűségének vizsgálata során, mert az az alperesi határozatnak nem volt része.

Helytelen a Kbt. 334. §-ára, a hivatalból lefolytatandó eljárási kötelezettségre vonatkozó felperesi érvelés. A Kbt. 322. §-a értelmében a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárása kérelemre vagy hivatalból indul. A Kbt. 326. §-a határozza meg azokat az eseteket, amikor a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárását hivatalból megindítja, és a Kbt. 327. § - 330. §-a meghatározza az eljárás rendjét is. A jelen eljárás nem tartozik az itt meghatározott esetkör alá, arra a Kbt. 334. § (1) bekezdésében írt feltételek vonatkoznak. E szerint, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárása során a kérelem, illetőleg a kezdeményezés alapján vizsgáltakon túli jogsértésről szerez tudomást az érdemi határozat meghozatala előtt, ezek vonatkozásában is eljár hivatalból. A Kbt. e szóhasználatából nem következik az eljárás kényszere. Így nem következik az eljárás hiányából az sem, hogy a rendszerbevezetési díjra megajánlott 0 EUR mérték jogszerűsége mellett, vagy ellene állást foglalt volna az alperes.

Az Alkotmány 50. § (2) bekezdésében biztosított bírói felülvizsgálat lényege az alperesi döntés feletti törvényességi kontroll. Az alperes nem foglalt állást a rendszerbevezetési díjra adott vállalásról, e jogkérdésben tehát nincs olyan hatósági döntés, mely bírósági felülvizsgálat tárgya lehetett volna. A felperes ezért sikerrel nem hivatkozhat az 1 éven túli támogatási díj részszerzőpontra adott árelemének jogszerűségére, párhuzamba állítva azt egy másik bírálati alszempontokra hozott döntésének jogi megítélésével.

Mindezekre figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 253. § (2) bekezdése alapján megváltoztatta, az alperes határozatát a Kbt. 348. § (5) bekezdésében biztosított jogköreinél fogva megváltoztatta és a felperes terhére megállapított jogsértést és a pénzbírság megfizetésére kötelező rendelkezést mellőzte.

Az alperes a Pp. 78. § (1); (2) és 79. § (2) bekezdése értelmében köteles a felperes másodfokú perköltségének megfizetésére. Az elsőfokú eljárásban a felperesnek perköltségigénye nem volt, így arról rendelkezni nem kellett.

A tárgyi illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt kereseti és fellebbezési illetéket az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény (a továbbiakban: Itv.) 39. § (3) bekezdésének c) pontja, a 46. § (1) bekezdése alapján, figyelemmel az alperest az Itv. 5. § (1) bekezdés c) pontja szerint megillető illetékmentességére is, a

költségmentességről szóló 6/1986.(VI.26.) IM. rendelet 14. §-a értelmében az állam viseli.

Budapest, 2008. január 16. 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