

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla a Dr. Fillinger György Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Fillinger György ügyvéd által képviselt felperesnek a jogtanácsos által képviselt **Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság** (1024 Budapest, Margit krt. 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított perében a Fővárosi Bíróság 2006. szeptember 15. napján kelt 19.K.33.685/2005/14. számú ítélete ellen a felperes 15. 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.552/7/2005. számú határozatát részben megváltoztatja és a Kbt. 125. § (2) bekezdés b) pontja sérelmének megállapítását és a bíróság kiszabását mellőzi.

Kötelezi az alperest, hogy 15 napon belül fizessen meg a felperesnek 50.000 (Ötvenezer) forint együttes első- másodfokú perköltséget.

A kereseti és a fellebbezési illetéket az állami viseli.

Ez ellen az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I N D O K O L Á S

Az ... Kft. (jelenlegi nevén az ...Kft.) az ... magyarországi leányvállalata, tevékenységi körébe tartozik televíziós társaságok, reklám- és médiaügynökségek, valamint

hirdetők számára televíziós nézettségi adatok műszeres mérése és szolgáltatása, erre Magyarországon 1994-től (műszeres) kiépített mintája van.

A felperes ajánlatkérőként 2005. július 13-án a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 125. § (2) bekezdésének b) pontja alapján hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárást indított előfizetői szerződés keretében televíziós nézettségi adatok mérésére, biztosítására. Az ajánlattételi felhívás II.1.3. pontjában a szerződés tárgyát komplexen határozta meg, többek között előírta, hogy a televíziós közönségmérés országosan reprezentatív minta alapján, legalább 840 háztartásból álljon. Mérti kell mindazoknak a magyarországi, illetve külföldi televízió műsorszolgáltatások nézettségét, amelyekre a háztartások vevőkészülékei be vannak hangolva. Csatornánként külön-külön nézettségi adatokat kell szolgáltatni mindazon Magyarországon engedélyezett országos televíziós csatornáról, amely 2005. január 1-jén már sugárzott. Az adatbázisnak személyenkénti, percenkénti nézési adatokat kell tartalmaznia, lehetővé téve az adatok elemzését legalább - többek között - a minta tagjainak részletes társadalmi, demográfiai, jövedelmi jellemzői és lakóhelyük regionális hovatartozása, továbbá műsorszámok és műsorfogyasztási lehetőségei, valamint technikai, a műsorszámok tipológiai besorolása szerint. A nyertes ajánlattevőnek rendelkeznie kell - saját tulajdon, illetőleg licenc szerződés alapján - olyan korszerű, Windows alapú felhasználói szoftverekkel, amelyeket az előfizetőnek az adatok elemzéséhez - szükség esetén - rendelkezésére tud bocsátani. Az ajánlatkérő felsorolta, hogy milyen adatok (pl. a panel minta összetétele, minimális nézettségi idő) ellenőrzésének lehetővé tételét kéri azzal, hogy az általa felsorolt pontok az ... kizárólagos tulajdonát képező produkciós szoftvernek, a „...”-nak a standard jelentései.

A felperes a Közbeszerzési Döntőbizottság elnökéhez intézett beadványában a Kbt. 125. § (2) bekezdés b) pontja szerinti tárgyalásos eljárásfajta választását azzal indokolta, hogy a hazai televízió szolgáltatók, csatornák mindegyikének nézettségi adatait egységes műszeres technológia, egységes módszertan alapján Magyarországon az ... Kft. kizárólagos tulajdonában lévő adatbázisok és az általa forgalmazott szoftverek felhasználásával, összességében az ... Kft. vagyoni jogaként létrejött know-how alapján, kizárólag az ... Kft. mérti, amely az ajánlattételre meghívni kívánt társaság.

A felperes közbeszerzési eljárásának jogalapja és az ajánlattételi felhívás jogszerűségének vizsgálata iránt a Közbeszerzési Döntőbizottság elnökének hivatalbóli kezdeményezésére eljáró alperes a D.552/7/2005. számú határozatában megállapította, hogy a felperes megsértette a Kbt. 125. § (2) bekezdés b) pontját, ezért az ajánlattételi felhívást és az azt követő közbeszerzési eljárásban hozott döntéseket megsemmisítette, és 1 millió forint bírságot szabott ki a felperessel szemben. A Kbt. 1. § (3) bekezdése, 4. § 13. pontja és a 124. §, valamint 125. § (2) bekezdésének b) pontjára alapított indokolása szerint a szoftverekre vonatkozó kizárólagos jog a konkrétan alkalmazott műszaki megoldásra vonatkozik, nem a beszerzés tárgyára. Álláspontja szerint a műszaki feltételrendszer elemeit képező „nézőmérő rendszer” (műszerek), az adatfeldolgozáshoz használatos négy szoftver, az 1995-től vezetett és az ... Kft. kizárólagos tulajdonát képező nézettségi műsorcím, reklámfilm és ... adatbázis nem alkotnak olyan know-how-t, amely megalapozza a

kizárólagos jogot, mert a know-how nem vehető figyelembe kizárólagos jogosultságot megalapozó jogi tényként. Megítélése szerint a beszerzési cél más szolgáltatók révén is megvalósítható. Megjegyezte, hogy az ajánlati felhívás jogsértő tartalmú, mert a felperes elmulasztotta megadni a pénzügyi- gazdasági alkalmasság körében az alkalmassági feltételt és annak igazolási módját, ezt azonban a jogkövetkezmények szempontjából nem értékelte, mert már az eljárásfajta választása is jogsértő volt.

Az alperes határozatának bírósági felülvizsgálata, annak megváltoztatása iránt, a jogsértést megállapító és a bírságot kiszabó rendelkezés mellőzése érdekében a felperes terjesztett elő keresetet. Indokai szerint a Kbt. 4. § 13. pontjában foglaltaknak a kiírás megfelelt, mert a meghívni kívánt társaság rendelkezik a ... (több éves) adatbázis tulajdonjogával, a szükséges szoftverek (..., illetőleg...) használati jogával, valamint azzal a műszaki-technikai sajátossággal, eljárási módszerrel (know-how), amely szükséges az összehasonlítható adatok előállításához, nyilvántartásához, elemzéséhez a hazai piacon. A szerződést ezért kizárólag egy szervezet képes szolgáltatni, kizárólagos jog pedig a szerzői jogról szóló 1999. évi LXXVI. törvény, a szellemi alkotások általános védelmét biztosító Ptk. 86. § (4) bekezdése, valamint a Ptk-t módosító 1978. évi II. tvr. 4. § (1) bekezdése alapján áll fenn. A műszaki-technikai megoldások, az eljárás, módszer (know-how) vagyoni jog létezését az ajánlattevő saját vagyoni jogként definiálja és szerződésben védi. Mivel más szolgáltató nem rendelkezik az összes televízió nézettségének adataira vonatkozó historikus adatbázissal, más műszaki megoldással ugyanilyen összehasonlítható adatok nem előállíthatók. Részletesen kitért a határozat tényállásbeli és indokolásbeli hiányosságaira. Nem tudta értelmezni az alperesnek a pénzügyi alkalmasságra vonatkozó megjegyzését, mellyel szerinte sem a jogorvoslati kezdeményezés, sem az eljárása során az alperes nem foglalkozott.

Az elsőfokú bíróság a felperes keresetét elutasította. A Kbt. 4. § 13., és a 125. § (2) bekezdés b) pontjának értelmezését követően úgy foglalt állást, hogy a felperes nem tudott megjelölni a beszerzés tárgyához közvetlenül kapcsolódó kizárólagos jogot, valamint műszaki-technikai sajátosságot. A televíziós nézettségi adatok műszeres mérésére és továbbítására ugyanis bárki képes és jogosult, aki rendelkezik a szolgáltatás nyújtásához szükséges műszaki-technikai berendezésekkel, felszerelésekkel, szoftverekkel, adatbázisokkal és szakemberekkel. Kiemelte, hogy az ajánlattevő kizárólagos tulajdonát képező adatbázisok és a használatában és forgalmazásában lévő szoftverek, valamint az alkalmazott mérési módszer és eljárás, mint know-how, tekintetében a szellemi alkotásokat megillető törvényi oltalom a tulajdonoshoz kötődik, a kizárólagos jog tehát nem a beszerzés tárgyát, hanem a hivatkozott szellemi alkotásokat illeti meg. A szoftverek, és az ajánlattevő által kifejlesztett és alkalmazott know-how nem képezték a beszerzés tárgyát, ez utóbbi csak az ajánlattevő részéről az általa nyújtott szolgáltatás során alkalmazott műszaki megoldásnak, módszernek, eljárásnak minősül. Az elsőfokú bíróság a műszaki-technikai sajátosságot olyan különleges, egyedi, speciális jellegzetességként határozta meg, amely mások előtt

nem ismert és nem válhat megismerhetővé, vagy a teljesítéséhez szükséges olyan, az általánostól eltérő, specifikus képesség, amely miatt a szolgáltatást senki más, csak és kizárólag egy konkrétan meghatározott személy vagy szervezet képes teljesíteni. Úgy ítélte meg, hogy a perbeli beszerzés tárgya ilyen különleges sajátossággal nem rendelkezett, a felperes nem tudta igazolni, hogy kizárólag az ajánlattevői alkalmazott módszer, eljárás és adatbázisok alkalmasak a nézettségi adatok műszeres mérésére, transzverzálisan és longitudinálisan összehasonlító adatok biztosítására. Egyetértett azzal az alperesi állásponttal, hogy a felperes a Kbt. 133. § (1) bekezdés b) pontja, és a Kbt. 65. (1) bekezdése ellenére elmulasztotta megadnia a pénzügyi-gazdasági alkalmasság feltételeit és annak igazolási módját, amelynek kimondására az alperesnek azért nyílt lehetősége, mert a hivatalbóli kezdeményezés az ajánlattételi felhívás jogszerűségét is érintette. Vizsgálta az államigazgatási eljárás általános szabályairól szóló 1957. évi IV. törvény (a továbbiakban: Áe.) 43. § (1) bekezdés c) pontja alapján az alperes határozatát, azt a tényállás megállapítása tekintetében hiányosnak nem találta, mert az alperes részletesen rögzítette a beszerzés tárgyát, és annak teljes körű figyelembevételével vizsgálta meg a Kbt. 125. § (2) bekezdés b) pontja szerinti eljárás feltételeinek teljesülését.

Az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatása, a kereseti kérelmének megfelelő döntés meghozatala érdekében a felperes élt fellebbezéssel. Az ítéleti érvelés fényében is fenntartotta az eljárás jogszerű választására vonatkozó kereseti indokait az alperesi határozat indokolásbeli hiányosságára alapított álláspontjával együtt. Hangsúlyozta, hogy az alperes nem vette figyelembe a beszerzés tárgyának azt a részét, amelyben a felperes az időbeli és a trendek szerinti összehasonlításra alkalmas adatokra vonatkozó igényt fogalmazta meg. Úgy ítélte meg, hogy a pénzügyi-gazdasági alkalmasságot a Kbt. 133. § (1) bekezdésében és a 69. § (1) bekezdésével adekvátan írta elő.

A fellebbezés az alábbiak szerint túlnyomórészt alapos.

Az elsőfokú bíróság a tényállást helyesen tárta fel, és helytállóan érvelt az eljárásjogi rendelkezések megtartása és az alkalmassági követelményeket nem kielégítő ajánlattételi felhívás kapcsán. Mindezeket részletező indokaival, és a levont jogkövetkeztéseivel a másodfokú bíróság egyetért annak kiemelésével, hogy a felperes döntési kompetenciája volt, hogy a beszerzési igényét mely, a Kbt. által felajánlott eljárásfajta választásával elégíti ki. A Kbt. szerinti speciális eljárások sorába tartozó hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás mellett döntött, döntésének jogszerűsége a Kbt. 329. §-a szerint hivatalból induló jogorvoslati eljárásban vizsgálható. A Közbeszerzési Döntőbizottság elnöke a jogorvoslati eljárás megindításának szükségességét az ajánlattételi felhívásra is nézve kérte vizsgálni, így a kezdeményezés alapján a tényleges vizsgálatot, az irányadó eljárási szabályok alapján, a kezdeményezéssel érintett körben az alperes folytatta le, és hozott határozatot az akkor hatályban lévő Áe. és a Kbt. rendelkezéseinek megfelelő alkalmazásával. Bár az alkalmassági követelményeket sértő kiírás - az alperes döntése értelmében - a felperes terhére joghátrányt, illetőleg

jogkövetkezmény megállapítását nem eredményezte, a másodfokú bíróság hangsúlyozni kívánja, hogy a Kbt. 133. § (1) bekezdése I) pontja az ajánlattételi felhívás minimális kötelező tartalmi elemeként említi az alkalmassági követelményeket és a Kbt. 69. § (2) bekezdésében foglaltakat. A Kbt. 65. § (1) bekezdése alapján nem vitatható, hogy az ajánlatkérőnek az ajánlati felhívásában kötelező előírnia a műszaki-szakmai alkalmasságra vonatkozó követelmények mellett, a pénzügyi-gazdasági feltételeket és annak igazolását. A felperes azzal, hogy az ajánlattételi felhívásában műszaki-szakmai alkalmassági követelményt és annak igazolási módját megjelölte, még nem teljesíthette a pénzügyi-gazdasági alkalmassági feltételek kiírására vonatkozó kötelezettségét, mert a Kbt. 65. §-a alapján a 66. és 67. §-ai két, egymástól jól megkülönböztethető szempontú alkalmassági vizsgálatot együttesen írnak elő.

A másodfokú bíróság a továbbiakban azt vizsgálta, hogy az ajánlatkérő beszerzési igénye kielégítésekor jogsértő módon választotta-e a Kbt. által felajánlott eljárásfajták közül a 125. § (2) bekezdés b) pontja szerinti hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárást. E tekintetben az elsőfokú bíróságtól eltérő, alábbi jogkövetkeztetésre jutott:

A Kbt. 133. § (1) bekezdése rögzíti azokat a minimális követelményeket, amelyeket az ajánlattételi felhívásnak tartalmaznia kell. Így a b) pont szerint a tárgyalásos eljárás 125. § szerinti jogcímét meg kell határozni. A Kbt. 125. § (2) bekezdés b) pontja kivételes jellegét az adja, tulajdonképpen a verseny korlátozását az indokolja, hogy a beszerzési igényt realizáló szerződést a törvény szerinti okok következtében kizárólag egy személy vagy szervezet képes teljesíteni. Ennélfogva a szerződés teljesítésére való képességet a beszerzési igénynek tartalmat adó tárgy szerint kell összevetni a norma szerinti feltételekkel. A szerződés teljesítésére képesség tehát nem választható el a beszerzési igénytől, a beszerzés tárgyától. Az ajánlatkérő a beszerzés tárgya részeként részletes műszaki jellemzőket, elvárásokat határozott meg. A választott tárgyalásos eljárási forma jogszerűsége csak e komplex, a szolgáltatás teljesítésének speciális igényegyüttesét, annak valamennyi elemét vizsgálva ítéltethető meg.

A felperes a kizárólagos jog fennálltára és a műszaki-tecnikai sajátosság meglétére egyaránt hivatkozott.

A hirdetmény közzététele nélkül induló tárgyalásos eljárások kezdeményezése speciális, a Kbt. 329. § szerinti, a Döntőbizottság elnöke által gyakorolt kontroll alatt állnak. A kezdeményezésre eljáró alperes jogorvoslati eljárásának nem volt része az, hogy a felperes a beszerzés tárgyának meghatározása során az ajánlattételi felhívását a vonatkozó Kbt. rendelkezéseknek megfelelően készítette-e el. Az eljárásfajta választása jogszerűségének megítélése során ezért azoknak a feltételek teljesítése volt számon kérhető, illetőleg vizsgálható, amelyek a kiírásból, illetőleg a kiírásnak a beszerzés tárgyára vonatkozó előírásából következtek.

Mindezeket előrebocsátva a másodfokú bíróság elsődlegesen azt vizsgálta, hogy fennáll-e a kizárólagos jogok védelme, amelyet a Kbt. 4. § 13) pontja határoz meg, és amely értelmező rendelkezésből kitűnik, hogy a közbeszerzési eljárásban

védendő kizárólagos jogok közül a jogalkotó kizárta azokat a jogosultságokat, amelyek nem jogszabályon vagy közigazgatási határozaton alapultak.

Az ajánlattevő kizárólagos tulajdonát képezik az adatbázisok és kizárólag az ő használatában és forgalmazásában vannak a nézettségméréshez és adatok feldolgozásához használt szoftverek. A szoftver tulajdonjogával az ... rendelkezik. A szoftverek mint szellemi alkotások törvényi védelem alatt állnak, ilyen értelemben fennáll a kizárólagos jog. Az eljárásfajta választását azonban ez mégsem tehetette jogszerűvé, mert a jogszabály által elismert kizárólagos jog nem az ajánlattevőt, hanem az anyavállalatot illeti. A használati és forgalmazási jog pedig nem elégíti ki a Kbt. 4. § 13) pontjába foglalt törvényi elvárást. Az elsőfokú bíróság ezért helyesen érvelt azzal, hogy az ajánlattevőnek a szoftverekre fennálló kizárólagos használati joga nem minősül a Kbt. szerinti kizárólagos jognak.

A másodfokú bíróság a továbbiakban azt vizsgálta, hogy az ajánlattevő részéről van-e olyan további kizárólagos jog, nevezetesen know-how, - ez utóbbi védelméhez fűződő jogot, a Ptk. 86. § (4) bekezdése és az 1978. évi II. tv. 4. § (1) bekezdése biztosítja - amely szükséges a szerződés teljesítéséhez. A kiírás szerint az ajánlattevőnek olyan nézettségi adatokat kellett szolgáltatni, amelyek 2005. január 1-jén már sugárzott televíziós csatornára vonatkoztak, és az előző évi közönségmérés eredményei szerint elérték a 3 százalékot. Az ajánlatkérő többek között olyan adatbázis rendelkezésre állását várta el, amely lehetővé teszi a nyert adatok elemzését, többek között, a minta tagjainak részletes társadalmi, demográfiai jövedelmi jellemzői, lakóhelyük regionális hovatartozása, továbbá műsorvételi és műsorfogyasztási lehetőségei, valamint technikája szerint. Az ... Kft. kizárólagos tulajdonát képezik azok az egyedüli adatbázisok, amelyek 1995-ig visszamenőleg tartalmazzák a több szempontú nézettségi adatokat. Kétségtelen, hogy ... Kft. dolgozta ki a ... adatbázist, amely egyben a társaság kizárólagos tulajdonát képezi, ez a ténybeli megállapítás az eljárások során nem volt vitatott. Az ajánlattevő know-howját képező adatbázisok használata nélkül az ajánlatkérő elvárása nem teljesíthető. Az ... Kft. maga is vagyoni jogként fogalmazta meg a know-how-t, amely a nézettségmérés korábbi, bázisadatoknak tekinthető adatokkal összehasonlító mérését, illetve a hazai televíziós társaságok nézettségmérésével megegyező módszertant biztosít. Mindebből következik, hogy a jogszabály alapján fennálló, tehát a Kbt. 4. § 13) pontjában meghatározott definíció szerinti kizárólagos jognak minősül az a know-how, mellyel az ajánlattevő rendelkezik. Ez önmagában megalapozottá teszi azt, hogy a szerződést - kizárólagos jog védelme miatt - kizárólag az ajánlattevő képes teljesíteni. Erre figyelemmel az elsőfokú bíróság tévesen állapított meg, hogy a beszerzés tárgya szerint nincs olyan kizárólagos jog, amely a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás választásának feltételeit megteremtette volna.

A másodfokú bíróság a továbbiakban vizsgálta, hogy van-e olyan műszaki, technikai sajátosság, amely miatt a szerződést kizárólag az ajánlattevő tudja teljesíteni és amely az eljárásfajta megválasztását ugyancsak megalapozottá teszi. A nézőmérő rendszer, - amely jelenleg az Kft. tulajdonában van - mind a detektort, mind a kijelzőegységet, mind a távirányítót és az adatgyűjtő egységet tekintve, önmagában nem olyan műszaki követelményrendszer, amelynek az

adatszolgáltatás érdekében történő megalkotására és üzemeltetésére más ne lenne képes. A nyertes ajánlattevőnek olyan Windows alapú felhasználói szoftverrel kellett rendelkeznie az adatok elemzéséhez, amelyet rendelkezésre is tud bocsátani az előfizetőknek. Erre nézve az ajánlatkérő olyan ellenőrzési lehetőség biztosítását írta elő, amelyek az úgynevezett ... standard jelentések útján biztosíthatóak. Erre az adatgyűjtő, adatfeldolgozó, súlyozó és minőségellenőrző szoftverre kizárólag az ajánlattevő rendelkezik használati joggal. Annak ellenére ezért, hogy ezekre a szoftverekre fennálló ajánlattevői kizárólagos használati jog kizárólagos jognak nem tekinthető, ugyanakkor kizárólag az ajánlattevő által biztosítható az az eljárás, műszaki- technikai megoldás, amely felhasználásával az ajánlatkérő által elvárt adatok szolgáltatathatóak.

Következésképpen az eljárásfajta választását nem az tette jogszerűvé, hogy az ajánlattevő végezte korábban is a műszeres nézettségmérést, és nem is az, hogy jelenleg az övé a ... háztartásban telepített ... nézőmérő rendszerműszer továbbá az sem, hogy az általa szolgáltatott közönségmérési adatok alapján vásárolnak a magyar reklámpiac tagjai reklámidőt, hanem az, hogy volt olyan kizárólagos jog, azaz a know-how és volt olyan műszaki, technikai előírása az ajánlattételi felhívásnak, amely miatt kizárólag az ajánlattevő volt képes a szerződés teljesítésére.

Mindezekre tekintettel 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 részben - a kereseti kérelem szerint - megváltoztatta és a jogsértés megállapítását és a bíróság kiszabását mellőzte. Az alperesi határozat a pénzügyi-gazdasági alkalmassági feltételek kiírásának elmulasztása miatt jogkövetkezményt nem alkalmazott, így - függetlenül attól, hogy a másodfokú bíróság az eljárásfajta választását nem találta jogsértőnek - a jogsértés jogszerűségének megállapítása a határozat megváltoztatását nem befolyásolta.

A pervesztes alperest a Pp. 78. § (1) és (2) bekezdése, valamint a Pp. 79. § (1) bekezdése értelmében kötelezte a sikeresen fellebbező felperes javára első- és másodfokú együttes perköltség megfizetésére. A kereseti- és fellebbezési illetéket az alperest az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 5. § (1) bekezdés c) pontja alapján megillető személyes illetékmentesség folytán, a költségmentességről szóló 6/1986.(VI.26.) IM rendelet 14. §-a alapján az állam viseli.

Budapest, 2008. április 23. napján

Dr. Sára Katalin s.k. a tanács elnöke,

Dr. Szőke Mária s.k. előadó bíró,

Dr. Páldy Zsuzsanna s.k. bíró

A kiadmány hiteléül:
tisztviselő