

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla a Berzétei & Abonyi Ügyvédi Iroda által képviselt **Község Önkormányzata** felperesnek a jogtanácsos által képviselt Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (1024 Budapest, Margit körút 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2006. évi október hó 4. napján kelt 19.K.30.205/2006/5. számú ítélete ellen a felperes által 6. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott napon - tárgyaláson kívül - meghozta a következő

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 30.000 (azaz harmincezer) forint másodfokú perköltséget.

A fellebbezési illetéket az állam viseli.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

A felperes a Közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) IV. része szerint kábelhálózat felszerelés-kivitelezési munkái (megrendelő által biztosított anyagokból)” tárgyában egyszerű közbeszerzési eljárást indított. A Kbt. 62.§-ának (1) bekezdésében felsorolt okok valamelyikének a fennállását kizáró

oknak tekintette. Az ajánlattételi felhívás III.2.1 pontja szerint alkalmatlan az olyan ajánlattevő vagy a közbeszerzés értékének 10%-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozója, ha nem rendelkezik távközlési hálózat - építési referenciával. A felhívás III.2.1. 3. pontjában a műszaki, illetve szakmai alkalmasság igazolására távközlési hálózat vagy összeköttetés kiépítéséről legalább egy darab referencia levél csatolását írta elő.

A felperes a beérkező ajánlatokat értékelve ajánlattevőt (továbbiakban: kérelmező) szakmai etikai vétség és valótlan adatközlés miatt a Kbt. 62.§-ának (1) bekezdés a/ és b/ pontjai alapján kizárta az eljárásból. Megállapította, hogy a csatolt - az és a polgármesterek által kiállított - referencialevél, melyben rögzítették, hogy a kérelmező a községekben működtetett kábeltelevízió hálózat kivitelezője, tulajdonosa és üzemeltetője, nem felel meg a valóságnak, mivel engedéllyel csak községben üzemeltet hálózatot, és községekben nincs szolgáltatási jogosultsága, emiatt ellene piac-felügyeleti eljárás is indult.

A kérelmező jogorvoslati kérelme kapcsán az alperes a 2005. november 28-án kelt számú határozatával megállapította, hogy a felperes megsértette a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 300. § (6) bekezdésére tekintettel a Kbt. 62. § (1) bekezdésére, 88. § (1) bekezdés d) pontjára és (2) bekezdés b) pontjára figyelemmel a Kbt. 81. §-ának (3) bekezdését, ezért a felperest 300.000 forint bírság megfizetésére kötelezte. Indokolása szerint a kérelmező terhére rótt cselekményt a felperes a döntés pillanatában igazolni nem tudta, sem a nyilvántartás alapján általa vélelmezett engedély nélküli tevékenység, sem a kérelmező ellen megindult piac-felügyeleti eljárásra vonatkozó szóbeli információ nem tekinthető olyan bizonyítéknak, amely kétség nélkül bizonyítaná, hogy a kérelmező jogszabályban meghatározott szakmai kötelezettségszegés, vagy szakmai etikai szabályokba ütköző cselekedetet követett volna el, amely alapján őt a Kbt. 62. § (1) bekezdés a) pontja alapján jogszerűen kizárhatta volna. Az alperes megállapította, hogy a kérelmező az általa üzemeltetett kábelhálózatokkal kapcsolatban az ajánlatának cégismertető részében szereplő nyilatkozatával nem tett hamis nyilatkozatot és nem szolgáltatott hamis adatot, hiszen nyilatkozata kizárólag a tényeket tartalmazza. Abban az általa ellátott tevékenység jogszabályszerűségével, rendelkezésére álló engedélyekkel kapcsolatos információt nem szerepeltetett és ilyen információ közlésére egyébként az ajánlatkérő őt nem is hívta fel. Nem tett hamis nyilatkozatot és nem szolgáltatott hamis adatot az általa üzemeltetett kábelhálózatokra vonatkozó, az érintett községek polgármesterei által kiállított referenciák becsatolásával sem, hiszen ezek egyrészt nem a kérelmező nyilatkozatait tartalmazták, másrészt tartalmukban sem lelhető fel olyan adat vagy nyilatkozat, amelyek hamis voltát felperes igazolta volna. A felperes jogszerűtlenül zárta ki a kérelmezőt a közbeszerzési eljárásból, jogszerűtlenül nyilvánította az ajánlattevő ajánlatát érvénytelennek a Kbt. 88. § (1) bekezdés d) pontja alapján. Megsértette a Kbt. 81. § (3) bekezdését, mivel nem a Kbt. 62. § (1) bekezdése, 88. § (2) bekezdés b) pontja és 299. § (4) bekezdése megfelelő alkalmazásával hozott döntést a kérelmező kizárásáról, nem a Kbt. 88. §

(1) bekezdésében meghatározottak szerint ítélte meg a kérelmező ajánlatának az érvényességét.

A felperes a határozat felülvizsgálata iránti keresetében a jogszabálysértés elkövetését vitatta, a határozat hatályon kívül helyezését kérte. Fenntartotta, hogy a kérelmező kizárására a Kbt. rendelkezései szerint került sor, az ajánlattételi felhívás ugyanis tartalmazta azt, hogy az ajánlattevőnek távközlési hálózat építési referenciával kell rendelkeznie, amelyet az ajánlattevőnek referencialevél csatolásával kellett igazolnia. Ez alatt értendő a jogerős építési engedéllyel felépített és üzemeltetett hálózat. A kérelmező által hivatkozott referenciából kettő nem felelt meg e követelménynek és ennek tényét a kérelmező elhallgatta. A jóhiszeműség, tisztességesség, valamint tájékoztatási kötelezettségének nem tett eleget, azt a látszatot keltette, hogy korábbi hasonló megbízásait jogszabályszerűen teljesítette, holott az nem felel meg a valóságnak. A kérelmezőnek arra való hivatkozását, hogy nem a szolgáltatási engedélyek bemutatását kérték tőle és emiatt ő hamis adatot nem szolgáltatott kifejezetten rosszhiszeműnek tartják, az ilyen felfogás az jogszabály céljával ellentétes.

Az elsőfokú bíróság osztotta az alperesi határozatban kifejtett álláspontot és a felperes keresetét elutasította. Az ítélet indokolása kiterjedt arra is, hogy nem állt a felperes rendelkezésére a kérelmező közbeszerzési eljárásból való kizárása során a szakmai kötelezettségszegés bizonyítására hatósági határozat. A piac-felügyeleti eljárás megindításának ténye nem tekinthető a szakmai kötelezettségszegést igazoló bizonyítéknak, erre nem alapítható a Kbt. 62. § (1) bekezdés a) pontja szerinti kizárási ok. A közbeszerzési eljárás befejezéséig a felperes rendelkezésére nem állt sem a jogszabályban meghatározott szakmai kötelezettségszegés, sem a szakmai etikai szabályokba ütköző magatartást tényként megállapító határozat, ezért jogszabálysértő módon zárta ki a kérelmezőt a közbeszerzési eljárásból. A műszaki, szakmai alkalmasságot a távközlési hálózat vagy összeköttetés kiépítéséről szóló referencialevél csatolásával kellett igazolnia, míg a kiépítés jogszerűségét nem kellett igazolnia. A csatolt három referencialevél megfelel a felperes által előírt alkalmassági követelménynek, egyértelműen és a valóságnak megfelelően igazolják a három településen a kábeltelevíziós hálózat ajánlattevő által történt kivitelezését. A referencialevelek az ajánlattevő által nyújtott hírközlési szolgáltatás jogszerűségével, az annak végzéséhez szükséges engedélyek meglétével kapcsolatban nem tartalmaznak adatot, információt, ezért az ajánlattevő a referencialevelek csatolásával és a cégismertetőben tett nyilatkozatával nem szolgáltatott hamis adatot. Ilyen követelményt a referencialevéllel szemben a felperes a felhívásban nem támasztott, ezért azt utóbb már nem tehetett volna vizsgálat tárgyává. A referencialevelek nem tartalmaznak olyan adatot, tény, melynek hamis voltát a felperes igazolta volna. Mindezekre is tekintettel álláspontja szerint helytállóan állapította meg az alperes a felülvizsgált határozatában a Kbt. 340. § (2) bekezdésének e) pontja alapján a felperes terhére a jogsértés megtörténtét. Az alperes mérlegelési jogkörben hozott döntése a szankció kiszabásával megfelelt a Pp. 339/B. §-ában foglalt követelménynek és a Kbt. 340. §

(2) bekezdés h) pontja és 341. § (6) bekezdése alapján jogszerűen kötelezte a jogsértést elkövető felperest az igazgatási szolgáltatási díj viselésére.

Az elsőfokú bíróság ítélete elleni fellebbezésében a felperes a kereseti kérelmének megfelelően az ítélet megváltoztatását kérte. Álláspontja szerint helyesen alkalmazta a Kbt. 62. §-ának (1) bekezdés a) és b) pontjait a kérelmező eljárásból való kizárásánál, ugyanis a törvényalkotó nem határozta meg, hogy ebben a körben a kötelezettségszegést bíróságnak vagy más hatóságnak jogerős határozatban kell megállapítani. Éppen arra tekintettel, hogy ilyen rendelkezést a jogszabály nem tartalmaz a szakmai kötelezettségszegés vagy szakmai etikai szabályba ütköző cselekedet az ajánlatkérő más megfelelő bizonyítékkal is bizonyíthatja. Az ajánlattevő magatartásával a Kbt. 62.§-ának (1) bekezdés a) pontban szabályozott jogszabálysértést azáltal valósította meg, hogy a referenciaként általa megjelölt, és települések közül kizárólag községben volt üzemeltetési engedélye. A többi településen a hálózatot egyrészt engedély nélkül építette ki, másrészt üzemeltetésére nem rendelkezik jogosultsággal, vele szemben a Nemzeti Hírközlési Hatóság Miskolci Hivatala eljárást kezdeményezett. Az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII. törvény (a továbbiakban: Étv.) 34. §-ának (1) bekezdése, 44. §-ának (1) bekezdése, továbbá a 2003. évi C. törvény 83. §-ának (1) bekezdése rögzíti a kábeltelevíziós hálózat létesítéséhez, módosításához, használatbavételéhez, fennmaradásához hatósági engedélyek szabályait, a 2003. évi C. törvény pedig a Nemzeti Hírközlési Hatóság Hivatala felé - teljesítendő - bejelentési kötelezettséget. Az a körülmény, hogy a kérelmező ezen jogszabályban előírt kötelezettségeit több alkalommal is megszegte, változatlan az a felperesi álláspont, hogy ez olyan súlyos jogszabályban meghatározott szakmai, szakmai etikai kötelezettségszegésnek minősül, amely a közbeszerzési eljárásból való kizáráshoz kellő alappal szolgál. E tények bizonyítására becsatolta az Kft.-vel kötött szerződéseit, amelyek alapján a Kft. közreműködött a közbeszerzési eljárásban, csatolta továbbá a Kft. ügyvezetőjének az írásos nyilatkozatát, amely az ajánlattevő kötelezettségszegését tanúsítja és indítványozta tanúként meghallgatását. Becsatolta továbbá a Nemzeti Hírközlési Hatóság Hivatalának a leveleit annak bizonyítására, hogy a hivatal a szolgáltatókról és a szolgáltatásokról nyilvántartást vezet, amely nyilvános, azt az interneten bárki megtekintheti. Álláspontja szerint a Kbt. 62. § (1) bekezdés b) pontjára való hivatkozása is megalapozott a kizárás vonatkozásában és ezzel kapcsolatosan az elsőfokú bíróságnak téves az az álláspontja, hogy adatok, tények elhallgatásával, közlés hiányával nem lehet hamis adatszolgáltatást elkövetni. A továbbiakban a keresetében előadottakat ismételte meg.

Az alperes a fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú ítélet helybenhagyását kérte. Álláspontja szerint az elsőfokú bíróságnak a jogértelmezése a Kbt. 62. § (1) bekezdés a) és b) pontjára tekintettel helyes, az megegyezik a Fővárosi Ítéltábla 4.Kf.27.197/2007/4. számú ítéletében foglaltakkal. Jogszerű döntést hozott az első fokon eljáró bíróság, amikor megállapította, hogy a felperes számára az eljárást lezáró döntés meghozatalakor nem állt rendelkezésére a Hírközlési Hatóság által lefolytatott eljárás eredményeként olyan jogerős határozat, amely szakmai

kötelezettségszegést állapított meg. A felperes által hivatkozott körülmények önmagában nem elegendők a jogsértése megállapítására. A hamis adatszolgáltatás fogalmát a Kbt. meghatározza, a valóságnak megfelelően ismert, de attól eltérően közölt adat. Ebből a megfogalmazásból alperesi álláspont szerint egyértelműen következik, hogy a hamis adatszolgáltatás csak és kizárólag aktív, tevőleges magatartással valósítható meg, a felperes által hivatkozott „elhallgatás” hamis adatszolgáltatást nem eredményezhet. Helyesen mutatott rá az elsőfokú bíróság, hogy a becsatolt referencialevelek tartalma alapján hamis adatszolgáltatást megállapítani nem lehetett.

A felperes fellebbezése nem alapos.

Az elsőfokú bíróság a tényállást helyesen állapította meg, és érdemben helyes döntést hozott, ítéletének indokolását a másodfokú bíróság az alábbiak szerint pontosítja.

A Kbt. 62. §-a (1) bekezdésének a/ pontja értelmében az ajánlatkérőnek az eljárásból ki kell zárnia az olyan ajánlattevőt, aki, illetőleg - a Kbt. 71.§-a (1) bekezdésének b/ pontja és (5) bekezdése szerinti esetben - a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozója három évnél nem régebben súlyos, jogszabályban meghatározott szakmai kötelezettségszegést vagy szakmai etikai szabályokba ütköző cselekedetet követett el, vagy korábbi - három évnél nem régebben lezárult - közbeszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettségét súlyosan megszegte, amelyet az ajánlatkérő bizonyítani tud, míg a b/ pontja szerint azt az ajánlattevőt kell kizárni az eljárásból, aki az eljárásban előírt adatszolgáltatási kötelezettségének (különösen a 70.§ (2) bekezdése, 71. §.) teljesítése során hamis adatot szolgáltatott, illetőleg hamis nyilatkozatot tett.

Ahhoz, hogy e jogszabályi feltételek fennállását vizsgálni lehessen, elsődlegesen az ajánlati felhívásban előírtakból kell kiindulni. A tárgyi esetben alkalmatlansági kritériumként szerepelt „a távközlési hálózat-építési referencia” hiánya, a műszaki szakmai alkalmasságot legalább egy referencia levéllel kellett igazolni „távközlési hálózat vagy összeköttetés kiépítéséről”. Ezeknek az elvárásoknak a kérelmező a csatolt referenciával eleget tett, azok részletezése nem volt követelmény.

A perbeli esetben nem a múltban elkövetett szabályszegést vagy közbeszerzésen alapuló súlyos szerződésszegést kellett bizonyítani az ajánlatkérőnek, hanem a jelen közbeszerzési eljárásban a kérelmező tanúsított magatartását kellett megítélnie a kizárás szempontjából. Az ajánlatkérő feladata a Kbt. 62. § (1) bekezdés a) pontjának értelmezése volt a Kbt. 88. § (2) bekezdésének b) pontja tükrében, mivel ez a rendelkezés az ajánlatkérő kötelezettségévé teszi az ajánlattevő kizárását. A közbeszerzési eljárás befejezéséig nem állt az ajánlatkérő rendelkezésére a kérelmező jogszabályban meghatározott szakmai

kötelezettségszegését, vagy szakmai-etikai szabályokba ütköző magatartását tényként megállapító határozat, és olyan okirat sem, amely a szolgáltatási szerződés súlyos megszegését bizonyította volna. Ellenkezőleg, a kérelmező az NHH Hivatal nyilvántartásban 2003. október 2-től elektronikus hírközlő szolgáltatóként szerepel, szakmai etikai vétség miatt a nyilvántartásból való törlésére a döntés meghozataláig nem került sor, bizonyítékok hiányában a kérelmezőt az eljárásból kizárni nem lehetett. A közbeszerzési eljárás befejezését követően erre vonatkozó bizonyítási eljárást lefolytatni nem lehet, ezért a felperes által felajánlott bizonyítási indítványt jogszerűen utasította el az elsőfokú bíróság, szükségességét a másodfokú bíróság sem látta indokoltnak.

Rámutat a Fővárosi Ítéltábla arra, hogy a Kbt. 62.§ (1) bekezdése szerinti kizáró okok megállapításánál a bizonyítási teher az ajánlatkérőn nyugszik. Sem a normaszöveg, sem az ahhoz fűzött törvényi indokolás nem nyújt eligazítást abban, hogy a bizonyítás során az ajánlatkérő milyen bizonyítási eszközöket használhat fel, milyen eljárást folytathat le. A jogszabályon - amely akár a Büntető Törvénykönyv, akár egyéb, pl. adójogszabály is lehet - alapuló kötelezettségszegés tényét az ajánlatkérő nem jogosult megállapítani, nem veheti át a hatóságok szerepét, erre sem felhatalmazása, sem eszközrendszere nincs. Fogalmilag kizárt ezért, hogy a folyamatban lévő közbeszerzési eljárásban jogszabályon alapuló szakmai-etikai kötelezettségszegést vagy szerződésszegés súlyos megsértését az ajánlatkérő megállapítson.

A Kbt. nem rendelkezik arról, hogy az ajánlatkérő milyen keretek között jogosult ezekben az ügyekben eljárni, milyen bizonyítási eszközöket vehet igénybe, amivel a kizárást kellően bizonyítja, ugyanakkor a közbeszerzési eljárás sem szenved késedelmet. Az általános érvényű értelmezés szerint az ajánlatkérő csak akkor alkalmazhatja a kizárást, ha a szakmai-etikai szabályok súlyos megsértését bizonyítani tudja, bizonyítás azonban az ajánlatok értékelésekor nem történt, erre alapozni kizárást nem lehetett, nem állt rendelkezésre olyan döntés, amely a kérelmezőt jogerősen elmarasztalta volna.

A Kbt. a hamis adatszolgáltatást kizárási oknak tekinti, erről rendelkezik a 62. § (1) bekezdésének b) pontjában. A megállapíthatóságának két együttes feltételt szab, egyrészt az adatnak az azt szolgáltató által a valóságnak megfelelően ismertnek kell lennie, másrészt ettől eltérően közöltnek. Ha mindkét feltétel adott, megvalósul a hamis adatszolgáltatás. Ahhoz, hogy egy ajánlat az ajánlatok elbírálásában részt vehessen először az azt benyújtó ajánlattevőnek a beszerzés teljesítéséhez igazodó alkalmasságáról kell számot adnia. A Kbt. az alkalmasság igazolására szolgáló adatok, információk megkövetelésének módját és eszközeit taxatívén tartalmazza. Ezek kizárólag az ajánlattevő pénzügyi-, gazdasági helyzetének, műszaki paramétereinek objektív ismérvei lehetnek, amelyet az ajánlattevő saját magáról közöl. Az ajánlatkérő az alkalmasság megítélése során az így nyert

információk értékelésére szorítkozhat. Az ajánlattevői adatközlést a harmadik személytől származó referencia erősítheti.

E jogszabályi rendelkezések tükrében értelmezendő a hamis adatszolgáltatás. A törvényi fogalom nem vitásan feltételez tudati tartalmat, amennyiben az ajánlattevőnek a valóságnak megfelelően ismert adat birtokában kell lennie. Vizsgálni és feltárni azonban nem a tudattartalmat kell, hanem azokat a körülményeket, tényeket, amelyek megfelelően alátámasztják, hogy az ajánlattevő a valós adatokat ismerte (tudta)-e, vagy sem. Maga az adatközlés megvalósulhat bármilyen tudattartalmat hordozó módon. A Kbt. csak a hamis adat közlésének tényét szabja a hamis adatszolgáltatás megállapíthatóságának feltételéül, függetlenül attól, hogy a valóságtól eltérő közlés az ajánlatkérő véletlen, gondatlan, szándékos, jóhiszemű, rosszhiszemű stb. magatartásának eredménye. Ilyen értelemben helytállóan hivatkozott az alperes arra, hogy a perbeli esetben a hamis adatszolgáltatás nem valósult meg, a csatolt referencia a valóságnak megfelelő adatokat tartalmazott, a kérelmező cég jogi státusza alapján fő foglalkozási területe a kábel-televíziós rendszerek építése és üzemeltetése, erről önálló felelősségvállalás mellett adatokat szolgáltatott, azt a valóságtól nem eltérően tette meg. Annak vizsgálata, hogy a kérelmező engedéllyel vagy anélkül építette és üzemeltette a hálózatot más hatóság hatáskörébe tartozik. Ezzel kapcsolatos jogsértést a referencia csatolásáig az illetékes hatóság nem állapított meg, jogszabály előírhatja bizonyos feltételek mellett a szabálytalanul kivitelezett létesítmény fennmaradását is, ezért az engedély hiányának elhallgatása nem merítheti ki a hamis adatszolgáltatás tényét.

Mindezekre figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság érdemben helyes ítéletét a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése értelmében helybenhagyta.

Az alperes másodfokú eljárásban felmerült költsége megfizetésére a Fővárosi Ítéltábla a felperest a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése alapján kötelezte, míg a fellebbezési illetéket a személyes illetékmentessége folytán a 6/1986. (VI.26.) IM. rendelet 14.§-a alapján az állam viseli.

Budapest, 2008. évi május hó 29. napján

Dr. Rothermel Erika s.k. a tanács elnöke, **Dr. Losonczy Erzsébet** s.k. előadó bíró,
Huszárné dr. Oláh Éva s.k. bíró

A kiadmány hitelül:
tisztviselő