

**A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !**

A Fővárosi Ítéltábla a dr. Balogh Péter Ferenc 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 2007. november 7. napján kelt 12.K.33.439/2007/3. számú ítélete ellen a felperes 4. sorszám alatt előterjesztett fellebbezésére meghozta az alábbi

**Í T É L E T E T**

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 40.000 (negyvenezer) forint másodfokú perköltséget.

Kötelezi a felperest, hogy fizessen meg a Magyar Államnak - az illetékügyben eljáró hatóság külön felhívására - 24.000 (huszonnégyezer) forint fellebbezési illetéket.

Ez ellen az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

**I n d o k o l á s**

... Város Önkormányzata (a továbbiakban: ajánlatkérő) a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) VI. fejezete szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított ... iparosított technológiával épített lakóépületek energia megtakarítást eredményező korszerűsítésének kivitelezési munkáira 1-4. részben. Az ajánlati felhívás III.2.3) pontja tartalmazta az ajánlattevők gazdasági, pénzügyi valamint szakmai illetve műszaki alkalmasságának megítéléséhez

szükséges adatokat és igazolási módokat. Alkalmatlan volt a teljesítésre az ajánlattevő és a 10% feletti alvállalkozó, a Kbt. 67. § (4) bekezdése szerinti szervezetek erőforrásait is figyelembe véve, ha nem rendelkezik legalább 20 fő, 2 év szakmai gyakorlattal rendelkező kőműves, vagy festő szakmunkással a homlokzati hőszigetelési munkákat tartalmazó 2. és 3. rész tekintetében. Az ajánlatban meg kellett jelölni a közbeszerzés értékének 10%-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozókat, illetve a közbeszerzésnek azt a részét, amellyel összefüggésben az ajánlattevő harmadik személlyel szerződést fog kötni, e személy (szervezet) meghatározása nélkül.

Az ajánlattételi határidőre a 2. és 3. részre mások mellett a felperes nyújtott be ajánlatot, melyben úgy nyilatkozott, hogy a megfelelő gyakorlatú 20 fő festő vagy kőműves szakmunkás alkalmassági feltételnek erőforrást biztosító szervezet útján kíván megfelelni, mely szervezet a ... , 8 %-os mértékben. A felperes a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti harmadik személlyel történő szerződéskötésre vonatkozó nyilatkozatában a közterület foglalás, szigetelőanyag leszállítás részeket jelölte meg, a továbbiakban akként nyilatkozott, hogy a beszerzés értékének 10%-át meghaladó mértékben alvállalkozót nem kíván igénybe venni a szerződés teljesítéséhez. Az ajánlatkérő hiánypótlási felhívására és kiegészítő információ kérésére kifejtette, hogy a 20 fő megjelölt szakmunkást nem alvállalkozóként, hanem a ..., mint erőforrást biztosító szervezet szakembereiként szerepeltette ajánlatában az alkalmasság igazolásaként, a szigetelési kivitelezési munka elvégzésére 10% alatti alvállalkozót kíván igénybe venni.

Az eljárás nyertese 2. és 3. részre a ... Kft. lett, az ajánlatkérő a felperes ajánlatát mindkét részben a Kbt. 88. § (1) bekezdés f) pontja alapján érvénytelennek minősítette az ajánlat (azaz a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti nyilatkozat) módosítása miatt. A felperes ezt az ajánlatkérői döntést jogsértőnek tartotta, ezért jogorvoslati kérelemmel fordult az alpereshez, amely azt a D.430/8/2007. számú határozatával elutasította. Összevetve az ajánlatot és a felvilágosítás kérésre adott választ az alperes megállapította, hogy a felperes módosította az ajánlatát, megsértve ezzel a Kbt. 77. § (1) bekezdését.

Elsődlegesen az alperes határozatának hatályon kívül helyezése és új eljárásra kötelezése, másodlagosan a határozat megváltoztatása iránt előterjesztett keresetet az elsőfokú bíróság elutasította. A közigazgatási eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) 72. § (1) bekezdés eb)-ec) pontjai szerint vizsgálta a felperes eljárásjogi kifogásait és megállapította, hogy miután a közigazgatási eljárás iratai alátámasztják azt, hogy a felperes a jogorvoslati eljárás során olyan konkrét bizonyítási indítvánnyal nem élt, amellyel az alperesnek foglalkoznia kellett volna és illet a kereseti kérelmében sem jelölt meg, az alperesnek az ajánlatot az ajánlati felhívással és dokumentációval összevetve, a vitatott jogkérdésben kellett állást foglalnia, további bizonyításra nem volt szükség, jogértelmezés volt a feladata, amelyet elvégzett és álláspontját részletesen indokolta.

Az anyagi jogi rendelkezést érintő jogértelmezésbeli kérdéseket az elsőfokú bíróság a Kbt., különösen annak 71. § (1) bekezdés a-b) pontjai alapján válaszolta meg.

Hangsúlyozta, hogy a felperes tévesen értelmezte az ajánlatkérő Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti elvárását, amikor ajánlatában a 10% alatti alvállalkozó és az erőforrás szervezet fogalmát összemosva, a szigetelési munkákra a 20 fő kőműves, illetve festő biztosításának erejéig külső erőforrásra támaszkodott, ugyanakkor ugyanezen munkákra a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti 10% alatti alvállalkozót nem tüntetett fel. Ezt a kiegészítő információkérésre adott válaszában „korrigálta”, megadva azt, hogy a szigetelési munkákra 10% alatti alvállalkozóval kíván szerződést kötni. Az ajánlattételi határidő lejárta után ezzel tartalmilag módosította az ajánlatát, ezért helytállóan minősítette azt az ajánlatkérő érvénytelennek és helyesen utasította el az alperes a jogorvoslati kérelmet.

Az elsőfokú bíróság szerint a jogértelmezésbeli eltérő álláspontok nem általában az alvállalkozó és a harmadik személy fogalma köré csoportosulnak, hanem az a 10% alatti alvállalkozó és az erőforrás szervezet definíciója tekintetében érhető tetten. Rámutatott arra, hogy más-más ajánlatkérői megfontolások állnak az erőforrás szervezet konkrét megjelölésének előírása és a közbeszerzés azon része meghatározásának követelménye mögött, amelyekre az ajánlattevő harmadik személlyel kíván szerződést kötni. Az első előírás az ajánlattevő alkalmasságának, - jelenleg a perben releváns szakmai alkalmasságának - megítéléséhez, míg a második adatszolgáltatás ahhoz szükséges, hogy az ajánlatkérő az ajánlat benyújtásakor megfelelő módon tájékozódhasson arról, hogy a közbeszerzés mely munkafeladatát fogja az ajánlattevő saját maga elvégezni, és mely rész esetében kíván harmadik személyekkel (10% alatti alvállalkozókkal) a kivitelezésre szerződést kötni. Ez utóbbi nyilatkozat esetében a Kbt., és ennek megfelelően az ajánlatkérő, nem magának a kapacitásnak - az ajánlat benyújtásakor és a teljesítéskor szükséges - rendelkezésre állásáról kíván tájékoztatást, hanem arról, hogy munkanemenként, ki végzi az adott feladatot, amelyből esetlegesen a teljesítés jövőbeni minőségére vonhat le következtetéseket. Amennyiben az ajánlattevő részben vagy egészben nem maga végzi a kivitelezést, a teljesítésbe mindenképpen a rajta és az ajánlatkérőn kívüli harmadik személyt, személyeket von be, a közbeszerzés egyes részeire szerződést köt. A törvény (Kbt. 71. § (1) bekezdés a)-b) pontja) a teljesítésbe vonás mértéke tekintetében tartalmaz megkülönböztetést. A 10% feletti alvállalkozókra - egyébként is szigorúbb követelményeket megfogalmazva - külön nevesítést ír elő, míg e mérték alatt a személy (szervezet) konkrét megnevezése nélkül, az általuk teljesített részek illetve munkanemek szerinti megjelölést követeli meg. Az ajánlatkérő az ajánlati felhívásában e törvényi követelményeket átvéve tette közzé kívánalmait, amelynek a felperes nem tett eleget. Az elsőfokú bíróság osztotta az alperes álláspontját arról, hogy a felperes azzal, hogy az ajánlatában a 20 fő szakmunkás esetében külső erőforrásra támaszkodott, még nem tett eleget a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontjában foglaltaknak.

Az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatása, a kereseti kérelmének megfelelő döntés meghozatala érdekében a felperes élt fellebbezéssel, költséget igényelt. Fenntartva a Ket. 50. § (1) és (6) bekezdésére, valamint 71. § (1) és 72. § (1) bekezdésére alapított eljárásjogi kifogásait, részletesen az anyagi jogi jogkérdéseket illetően fejtette ki álláspontját. Azzal érvelt, hogy az elsőfokú bíróság

tévesen értelmezte a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) és b) pontját, mert a harmadik személy fogalma nem találkozhat az alvállalkozó fogalmával, a két halmaznak nincs metszete. A Kbt. 3. §-ára tekintettel úgy vélte, hogyha egy szervezet alvállalkozónak minősül - függetlenül attól, hogy 10% alatti vagy feletti, - a Kbt. 4. § 2. pontjának feleltethető meg, így más jogi kategóriaként - akár erőforrást biztosító szervezetként, akár harmadik személyként - nem minősíthető. Kiemelte, hogy a hiánypótlásra adott nyilatkozata nem tartalmazott korrekciót, egyértelmű és egybecsengő válaszokat adott arra nézve, hogy hol kíván harmadik személyt bevonni, és hol van szükség 10% feletti alvállalkozókra. A két fogalmat nem mosta össze, külön-külön nyilatkozott, ezért érvényes ajánlatot tett.

Az alperes fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását és a felperes költségeiben marasztalását kérte. Az elsőfokú bírósággal egyező álláspontja továbbra is az volt, hogy míg a törvény az erőforrás szervezetet az alkalmasság igazolásánál, addig a harmadik személyt a szerződés teljesítésével összefüggésben említi. Éppen ezért nem evidens az, hogy az erőforrást nyújtó szerv részt is vesz a teljesítésben, hiszen ő az alkalmasság szempontjából erőforrást biztosít. A felperes fellebbezésében olyan fogalmak jogértelmezését és fogalmi összefonódását vitatta, mely nem az ajánlatkérői döntés körébe tartozik.

A fellebbezés nem alapos.

Az elsőfokú bíróság a releváns tények alapján, helytálló ítéletet hozott, mind az eljárásjogi rendelkezések megtartottságát, mind az anyagi jogi jogszabálysértések megítélését illetően. A felperes fellebbezésében a kereseti érveit ismételte meg, melyre az elsőfokú bíróság részletes, megalapozott választ adott, azt a másodfokú bíróság osztja, megismételni nem kívánja.

A felperesnek a perben vizsgálandó jogintézményeket elemző előadásra az alábbiakat emeli ki:

A közbeszerzési eljárásban az alvállalkozó, a harmadik személy és a külső erőforrást nyújtó szervezet megkülönböztetése célját és rendeltetését tekintve fontos.

Az ajánlattevőnek ahhoz, hogy ajánlata más ajánlatokkal a szerződés elnyerése érdekében versenyezhesen, elsősorban a kizáró okok hiányát és az alkalmasságát kell igazolnia. Ez utóbbit szolgálják a Kbt.-nek azok az előírásai, melyek segítségével az ajánlatkérő a szerződés teljesítésére pénzügyi-, gazdasági-, műszaki-, szakmai szempontból leginkább megfelelő ajánlattevőket kiválaszthatja.

A Kbt. értelmező rendelkezésében definiált alvállalkozói fogalom egy egységes kategória, a Kbt nem e helyt, hanem konkrét - köztük az alkalmassági - előírások között emeli ki a 10% feletti alvállalkozót, akinek/amelynek az alkalmasságát az ajánlattevő mellett az ajánlatkérő a jogszabályi előírások szerint vizsgálhatja. A 10%

alatt igénybevett alvállalkozónak a Kbt. csak annyiban tulajdonít jelentőséget, amennyiben a Kbt. 71.§ (3) bekezdése szerint az ajánlattevőnek vállalnia kell, hogy nem vesz igénybe a szerződés teljesítéséhez kizáró okok hatálya alá eső alvállalkozót. Egyebekben az ajánlattevőnek a 10% alatti alvállalkozó igénybe vételére vonatkozó nyilatkozata a közbeszerzési eljárás szempontjából nem értékelhető.

A külső erőforrást nyújtó szervezet felhasználásának ugyancsak az alkalmasság igazolásánál van jelentősége. Az ajánlattevő, ha úgy dönt, a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelményeknek más szervezet (szervezetek) erőforrásaira támaszkodva is megfelelhet.

A Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja alapján arról kell az ajánlatkérőt tájékoztatni, hogy melyek a közbeszerzésnek azok a részei, melyekre az ajánlattevő harmadik személyekkel kíván szerződést kötni. Nincs jelentősége annak, hogy ki/mely szervezet ez a harmadik személy, annak megjelölését nem írja elő a törvény.

E rendelkezésekből látható, hogy az ajánlatkérőnek annak eldöntésekor, hogy a felperes jogellenesen módosította-e az ajánlatát vagy sem, kizárólag azt kellett vizsgálnia, hogy a kérdéses részekre az ajánlat tartalmazott-e nyilatkozatot arra nézve, hogy azt nem a felperes végzi el, vagy sem. Figyelemmel arra, hogy a felperes utóbb azt közölte, hogy vannak további olyan munkák (szigetelés kivitelezése, illetve az erőforrást biztosító szervezet szakmunkásainak bevonása a teljesítésbe), melyet nem ő végez, függetlenül attól, hogy ezt milyen formában kívánta megoldani, az az ajánlat módosítását jelentette, mert ez az információ ajánlatából korábban a megfelelő helyen (Kbt. 71. § a) pont) hiányzott.

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

A sikertelenül fellebbező felperest a Pp. 78. § (1), és (2) bekezdése alapján kötelezte az alperes másodfokú perköltségének megfizetésére.

A felperes az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39. § (3) bekezdésének c) pontja, a 46. § (1) bekezdése, valamint a költségmentességről szóló 6/1986.(VI.26.) IM rendelet 13. § (2) bekezdése szerint köteles a feljegyzett fellebbezési illeték viselésére.

Budapest, 2008. június 11. 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