

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla a jogtanácsos 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. február 14. napján kelt 19.K.31.533/2006/7. számú ítélete ellen a felperes 8. sorszám alatt bejelentett 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.

A fellebbezési illetéket az állam viseli.

Ez ellen az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

A felperes 2005. december 30. napján szerződést kötött a pályázatára jelentkező, többségi önkormányzati részesedéssel létrehozott ... Kft.-vel, a kizárólagos tulajdonát képező vízellátó közműveinek, ivóvízellátó rendszerének 25 évre történő működtetésére.

A közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése miatt a ... Kft. által előterjesztett jogorvoslati kérelemre eljáró alperes a D.8/16/2006. számú határozatában

megállapította, hogy a felperes megsértette a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 2. § (1) és (2) bekezdését, ezért a felperest 2 millió forint pénzbírság megfizetésére kötelezte. A Kbt. 26. §-a, a 242. § (1); (3) és (4) bekezdései, valamint a koncesszióról szóló 1991. évi XVI. törvény (a továbbiakban: Konc.tv.) 1. § (1) bekezdés d) pontja alapján kifejtett jogi álláspontja szerint a felperes jogtalanul mellőzte a közbeszerzési eljárást, mert a működtetési és hasznosítási jogait a vízgazdálkodásról szóló 1995. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Vgtv.) 9. § (1) bekezdés b) pontja alapján olyan tevékenységi formában kívánta átengedni, amely az ágazati jogszabály szerint nem minősül koncesszióköteles tevékenységnek, ezért a Kbt. 267. § (4) bekezdés szerinti kivételi szabály nem alkalmazható. Az alperes a Kbt. 340. § (1) és (3) bekezdése alapján indokoltnak találta a bírság kiszabását és döntött annak összegéről. Mérlegelése során figyelembe vette, hogy a közbeszerzési eljárás mellőzése súlyosan jogsértő magatartás, amely a Kbt. alapelvei, garanciális szabályai érvényesülését akadályozza. Figyelembe vette a beszerzés nemzeti értékhatárt elérő (megközelítőleg 54,4 millió forint) értékét, azt, hogy a jogsértés a fogyasztók széles körét érintő szolgáltatás tekintetében valósult meg, és annak reparálására a megkötött szerződésre tekintettel nem volt lehetőség.

Az alperes határozatának bírósági felülvizsgálata iránt a felperes terjesztett elő keresetet, melyben elsődlegesen annak megváltoztatását a jogorvoslati kérelem elutasítását, másodlagosan az alperes határozatának részbeni megváltoztatását és a terhére kiszabott bírság összegének mérséklését kérte. Azzal érvelt, hogy a törzsvagyonának részét képező helyi közművek működtetése nem a Kbt., hanem a Konc.tv. hatálya alá tartozik, sem a Vgtv., sem a Konc.tv. nem tartalmaz a Kbt.-re visszautaló rendelkezést. A Vgtv. 9. § (2) bekezdés d) pontja a liberalizált tevékenységek vonatkozásában csak a koncessziós pályázat kiírása, illetve a koncessziós szerződés megkötése alól biztosít mentességet, azonban a Konc.tv. és a Vgtv. hatálya érintetlen marad. A Kbt. 267. § (4) bekezdése szerinti kivételi szabály esetében ezért alkalmazható volt. Utalt a Vgtv. 9. § (2) bekezdésének d) pontja alapján az államháztartásról szóló 1992. évi XXXVIII. törvény (a továbbiakban: Áht.) 108. § (1) bekezdésére, a Ptk., a helyi önkormányzatokról szóló 1990. évi LXV. törvény (a továbbiakban: Ötv.) egyes rendelkezéseire és a Vgtv. végrehajtására kiadott rendeletekben rögzített, a tevékenység átengedésére kötendő szerződésre vonatkozó előírásokra. A bírság összegének mérséklését arra figyelemmel kérte, hogy szándéka a beszerzéssel nem irányult a versenyeztetés és a közpénzek átláthatóságának sérelmére. Eljárása során kellő körültekintést tanúsított, a törvénytisztelő szándék realizálását a jogszabályi rendelkezések szövevényes ellentmondásossága megnehezítette. Magatartása jóhiszemű, együttműködő volt. Első alkalommal marasztalták a Kbt. szabályaiba ütköző magatartás miatt, a nyilvánosság, a verseny tisztasága nem szenvedett sérelmet.

Az elsőfokú bíróság a felperes keresetét elutasította. Rögzítette, hogy a peres felek között nem volt vitatott, hogy a felperes és a ... Kft. által kötött működtetési szerződés tárgyát képező tevékenység a Kbt. 242. § (4) bekezdése szerinti szolgáltatási koncessziónak minősül. A Kbt., a Konc.tv., és a Vgtv. egymáshoz való

viszonyát elemezve megállapította, ha a Kbt. 242. § (4) bekezdésében szabályozott szolgáltatási koncesszió tárgyát a Konc.tv. 1. § (1) bekezdésében tételesen felsorolt koncesszióköteles tevékenység képezi, akkor a Kbt. 267. § (4) bekezdése alapján kizárólag a Konc.tv. szerint kell eljárni, tehát nem kell a Kbt.-t alkalmazni, azaz az önkormányzatnak a koncesszióköteles tevékenység gyakorlásának átengedése során nem kell közbeszerzési eljárást lefolytatnia. Amennyiben a szolgáltatási koncesszió tárgyát olyan szolgáltatás-megrendelés képezi, melyet a Konc.tv. 1. § (2) bekezdése alapján valamely ágazati törvény liberalizált tevékenységgé minősít, - mint a felperes esetében is - az a tevékenység nem tartozik a Konc.tv. hatálya alá, vagyis közbeszerzési eljárást kell lefolytatni. A felperes a tevékenység gyakorlásának időleges jogát nem koncessziós szerződésben, hanem a Vgtv. 9. § (2) bekezdésének d) pontjában szabályozott kivételi körbe tartozó módon engedte át, a tevékenység nem tartozik a Konc.tv. hatálya alá, a Kbt. 267. § (4) bekezdése szerinti kivételi szabály ezért rá nézve nem volt alkalmazható. Az a Kbt. 4. számú mellékletének 27. pontja alapján egyéb szolgáltatás, annak értéke meghaladja a nemzeti értékhatárt, ennél fogva a Kbt. alanyi hatálya alá tartozó felperesnek a nemzeti rezsím szabályai szerinti közbeszerzési eljárás lefolytatásával kellett volna a szerzési igényét kielégítenie. E kérdés megítélését, az ítéleti indoklás szerint, nem befolyásolta az Áht. és az Ötv., amelyek előírásai nem adnak mentességet a Kbt. alkalmazása alól. Az elsőfokú bíróság a felperes másodlagos kereseti kérelmét a Kbt. 340. § (3) bekezdése és a 341. § (3) bekezdése alapján vizsgálta, és megállapította, hogy az alperes a bíróság kiszabását és annak összegét helyesen mérlegelte, figyelemmel az elkövetett jogsértés súlyára, az alapelvi sérelemre. A potenciális ajánlattevőknek az ajánlattétel és a közbeszerzési eljárás elnyerésének lehetőségéből történő kizárása miatt nincs relevanciája annak, hogy a szerzési eljárásra a felperes két pályázót is meghívott. Az ajánlatkérőkkel szemben általánosan elvárt követelmény és a Kbt.-n alapuló kötelezettségük a Kbt. szabályainak betartása, a szerzések megalapozott és jogszerű megvalósítása, és a jogorvoslati eljárás során a közigazgatási szerv eljárásának együttműködő segítése. A jogszerű magatartás tanúsítása nem értékelhető a jogsértő javára, míg annak hiánya a terhére esik. A Kbt. hatálya alá tartozó szervezeteket terhelő objektív felelősség folytán, az elsőfokú bíróság ezért nem értékelhette a felperes javára a jogszabályi előírások értelmezésének esetleges nehézségét, a jogszabályi rendelkezések betartására törekvését, a jóhiszeműségét és a szándékosság hiányát. Ugyancsak nem fogadta el bírágcsökkentő tényezőnek, hogy a Kbt. szabályaiba ütköző magatartást a felperes korábban nem tanúsított.

Az elsőfokú bíróság ítéletének a kereseti kérelem szerinti megváltoztatása iránt a felperes terjesztett elő fellebbezést, és költséget igényelt. Kereseti érveivel egyezően fejtette ki a Kbt., a Konc.tv. és a Vgtv. egymáshoz való viszonyáról alkotott álláspontját. Tévedett az elsőfokú bíróság abban, hogy a Konc.tv. 1. § (2) bekezdésében meghatározott liberalizált tevékenységekre nézve nem áll fenn a Kbt. 267. § (4) bekezdésében biztosított mentesség. Álláspontja szerint a Konc.tv. 1. § (2) bekezdésében biztosított liberalizált lehetőség esetén is figyelemmel kell lenni a törvény 1. § (1) bekezdésére, amely szerint az egyes tevékenységek folytatásának módját, részletes feltételeit meghatározó ágazati törvények csak e

törvény keretei között rendelkezhetnek. A Konc.tv 1. § (2) bekezdéséhez fűzött miniszteri indokolás alapján is nyilvánvaló, hogy a két törvény között különleges viszony, párhuzamos hatály áll fenn.

Az alperes ellenkérelmében az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását kérte a határozatában rögzített indokai változatlan tartalommal történő fenntartásával és annak kiemelésével, hogy az elsőfokú bíróság a releváns tények alapján, jogilag helyes következtetést vont le annak megállapításával, hogy a beszerzés tárgya szerinti szolgáltatási koncesszió megvalósítása érdekében a felperesnek a Kbt. szabályait alkalmazva közbeszerzési eljárást kellett volna lefolytatnia.

A fellebbezés nem alapos.

Az elsőfokú bíróság a tényállást teljes körűen feltárta, az alkalmazott jogszabályi rendelkezéseket, a Konc.tv., a Kbt., a Vgtv. tételes rendelkezéseit önmagában, és egymáshoz való viszonyában helyesen értelmezte, és helytálló következtetésre jutott a Kbt. tárgyi hatályának, a közbeszerzés jogtalan mellőzésének a megállapítását és a bírságra vonatkozó rendelkezések jogszerűségét illetően. Részletesen kifejtett indokait a másodfokú bíróság osztja, azt nem ismétli. A fellebbezésében ismételten hangsúlyozott jogszabály-értelmezésre a másodfokú bíróság az alábbiakat emeli ki:

A felek egyetértettek a szolgáltatási koncesszió megítélésében, a nemzeti értékhatárt elérő érték kérdésében, és abban sem volt köztük véleménykülönbség, hogy a víziközmű működtetése a Kbt. 4. számú mellékletének 27. pontja alá tartozó egyéb szolgáltatási kategóriába tartozik. A vita a Kbt. vagy a Konc.tv. hatálya alá tartozás megítélésében volt, figyelemmel a Vgtv. rendelkezései adta, és a felperes által választott működtetési módra.

A felperesi érvelés lényege szerint a szakági törvény biztosította liberalizáció nem jelenti egyben azt, hogy a tevékenység a Konc.tv. hatálya alól kikerülne, hiszen éppen a Konc.tv. biztosítja a kivétel lehetőségét.

A beszerzés tárgya szerinti tevékenység vagy a Kbt., vagy a Konc.tv. hatálya alá tartozhat. A közbeszerzési törvény nem vonja általános jelleggel a koncessziós tevékenységet a szabályozási körébe. A Kbt. 23. §-a alatt a közbeszerzés tárgyai közül kivett szolgáltatási koncessziót a Kbt. 242. § (1) bekezdése korlátozottan emeli vissza a közbeszerzés tárgyai közé, abban az esetben, ha a szolgáltatási koncesszió nem tartozik egyben a Konc.tv. hatálya alá is. Ez a jogi szabályozás azt jelenti, hogy a jogalkotó az adott szolgáltatási tevékenységet mindenképp valamely törvény szabályozása, (hatálya) alatt kívánja tartani. A két törvény egymáshoz való viszonya, ezt meghaladóan további jogértelmezést nem igényel, további eligazítást az elsőfokú bíróság által helyesen megfogalmazott jogkérdésre, a Konc.tv. és a Vgtv. egymásra utaló jogi normáinak összevetése ad.

A Konc.tv. egy kerettörvény, amely a koncesszió-köteles tevékenységek folytatására vonatkozó alapvető, valamennyi ágazatra irányadó közös kötelező

szabályokat tartalmazza, ugyanakkor - az eltérő tevékenységek sajátosságai miatt - a speciális részletszabályokat az ágazati törvények, így a Vgtv. állapítják meg.

A Konc. tv. és a koncessziós tevékenység folytatásának részletes szabályait meghatározó ún. ágazati törvények az általános és különös viszonyában állnak egymással, hiszen a Konc.tv. egyértelművé teszi, hogy az ágazati törvények csak a koncesszióról szóló törvény keretei között rendelkezhetnek. Mindazonáltal maga a Konc.tv. 1. § (2) bekezdés teremti meg annak a jogi alapját, hogy egy-egy tevékenységtípust az ágazati törvény kiemelhessen a koncesszió köteles tevékenységek közül. A Vgtv. 1. § (1) bekezdés d) pontja alapján, az egyébként a Konc.tv. hatálya alá tartozó, az önkormányzati törzsvagyon részét képező közművek működtetésének átengedése mégsem koncesszió köteles tevékenység abban az esetben, ha a helyi önkormányzat a törzsvagyonába tartozó vizilétesítmények közül a víziközművek működtetését a többségi részesedésével e célra alapított gazdálkodó szervezetnek engedi át (a Vgtv. 9. § (2) bekezdése d) pontja).

Ebből a szabályozásból pedig nem vonható le más következtetés - mint amire az elsőfokú bíróság is jutott -, hogy a Konc.tv. az egyes liberalizált tevékenységek esetében - mint például a víziközmű működtetési és hasznosítási jogának átengedése - az adott tevékenységet az ágazati törvény útján kiveszi a Konc.tv. hatálya alól. Ebből pedig egyenesen következik, hogy a felperes által választott tevékenység gyakorlásának átengedése nem koncesszió köteles tevékenység, és mint ilyen nem tartozik a Konc.tv. hatálya alá, következésképpen nem érvényesül a Kbt. 267. § (4) bekezdésének kizáró rendelkezése, beszerzése ezért a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozik.

A Konc.tv. szerint tételesen meghatározott tevékenységek gyakorlásának joga engedhető át koncessziós szerződés keretében. A koncesszióhoz jutás feltétele a sikeres pályázat és a koncessziós szerződés megkötése, amelynek alapján a tevékenység gyakorlása elnyerhető. A liberalizált tevékenységek esetén éppen előbbi két, a koncesszió lényegét adó elem hiányzik, ennél fogva a felperes sikerrel nem hivatkozhat arra, hogy Vgtv. 9. § (2) bekezdés d) pontja alapján csak a koncessziós pályázat kiírása, illetve a koncessziós szerződés megkötése alól biztosított a mentesség, egyebekben a Konc.tv. - mögöttesen a Vgtv. - hatálya alá tartozás érintetlen marad. A Konc.tv. 1. § (2) bekezdése éppen arra biztosít lehetőséget, hogy külön törvény alapján egyes tevékenységek a Konc.tv. hatálya alól kivonhatóak legyenek.

Mindezek alapján a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253. § (2) bekezdése alapján helybenhagyta.

A sikertelenül fellebbező felperest a Pp. 78. § (1); (2) és 79. § (1) bekezdése alapján kötelezte az alperesnek járó, másodfokú eljárásban felmerült perköltség megfizetésére.

A felperes az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 5. § (1) bekezdés b) pontja alapján személyes illetékmentes, ezért a feljegyzett fellebbezési illetéket a

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

Budapest, 2009. január 14. napján

**Dr. Sára Katalin s.k. a tanács elnöke,
Dr. Páldy Zsuzsanna s.k. bíró**

Dr. Szőke Mária s.k. előadó bíró,

A kiadmány hitelül:
tisztviselő