

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla a jogtanácsos által képviselt **kerületi Önkormányzat** (.....) felperesnek a közbeszerzési biztos által képviselt **Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság** (1024 Budapest, Margit krt. 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2008. évi szeptember hó 11. napján kelt 25.K.30.623/2008/5. számú ítélete ellen a felperes által 6. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2009. évi február hó 11. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján 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

Az alperes a 2008. január 21-én kelt D-716/5/2007. számú határozatában megállapította, hogy a felperes ajánlatkérő a „koncessziós szerződés kerület közterületein az ajánlatkérő tulajdonában lévő hirdetményekkel, hirdető és reklámbeszerzésekkel kapcsolatos reklámtevékenységek ellátására” tárgyú

közbeszerzési eljárásban megsértette a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 246.§-ára és 266.§-ára tekintettel a 83.§-ának (1) bekezdését, a Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés f/ pontjára tekintettel a 81.§-ának (3) bekezdését és a 91.§-ának (1) bekezdését, ezért a felperest 1 000 000 forint bírsággal sújtotta. A jogsértés megvalósulását abban látta, hogy az Zrt. ajánlattevő ajánlata (a továbbiakban: ajánlattevő) nem felelt meg az ajánlati felhívásban és a dokumentációban előírt követelménynek, ugyanis a referencia igazolásból hiányzott az ellenszolgáltatás pontos összege. Az ajánlattételi felhívásban a hiánypótlás lehetőségét a felperes kizárta, e miatt nem lehetett volna őt a hiány pótlására felhívni majd nyertesnek kihirdetni.

A felperes a határozat felülvizsgálata iránti keresetében vitatta a jogsértés elkövetését. Nem ismerte el, hogy hiánypótlási felhívást adott volna ki, hanem azt állította, hogy felvilágosítást kért arra alapozottan, hogy az ajánlattevő által csatolt referencia tartalmazott információt, a korábbi referenciák értéke nem hiányzott, az erre vonatkozó információ szerepelt a referencia igazolásban, csupán pontatlanul, nem egyértelműen, mely felvilágosítás kérés keretében tisztázódott.

Az alperes érdemi nyilatkozatában a határozatában foglalt indokait fenntartotta.

Az elsőfokú bíróság az alperessel egyezően tényként állapította meg, hogy az ajánlati felhívás III.2.3. pontjában a felperes a műszaki, illetve a szakmai alkalmasság első feltételeként előírta, hogy alkalmatlan az ajánlattevő, illetve a közbeszerzés értékének 10%-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó, ha bemutatott referenciák alapján nem rendelkezik az előző három évben (2004-2006.) összesen legalább 2 db - folyamatosan fennálló, legalább évi 30 millió forint ellenértékű települési, vagy megyei önkormányzatnak, vagy más gazdasági társaságnak végzett reklám-rendszergazda tevékenységgel összefüggő tapasztalatokkal és az erre vonatkozó pozitív tartalmú referencialevéllel. E feltételhez kapcsolódóan az igazolási módot a felperes úgy határozta meg, hogy a Kbt. 67.§-ának (3) bekezdésének a) pontja alapján az előző három évben (2004-2006.) folytatott reklám-rendszergazdai tevékenységet kell ismertetni egyebek mellett az ellenszolgáltatás összege megjelöléssel és az erre vonatkozó pozitív visszaigazolási referencialevelet kell becsatolni a Kbt. 68.§-ának (1) bekezdése szerint. A felhívás VI-3. pontjában a további információk körében felperes a hiánypótlás lehetőségét kizárta.

A felperes írásban közölte az ajánlattevővel, hogy az ajánlatában csatolt referenciák nem tartalmazzák a korábbi szolgáltatások ellenszolgáltatásainak pontos összegét, felhívta ezért, hogy a Kbt. 67.§-ának a) pontjára, és a Kbt. 85.§-ára utalással a „többszörösen meghaladja a bruttó 30 millió forintot” szövegezés helyett tisztázza, hogy pontosan mekkora volt az ellenszolgáltatás összege. Az ajánlattevő válaszlevelében megjelölte, hogy a referencialistában meghatározott két cég esetében évente mekkora összegű volt az ellenszolgáltatás, és egyben megtiltotta az adatok nyilvánosságra hozatalát, kizárta ezen adatok tekintetében a harmadik fél irat-betekintési jogát.

Az elsőfokú bíróság osztotta az alperes álláspontját és a Kbt. 81.§-ának (1) és (3) bekezdésére utalással kifejtette, hogy az ajánlattevőnek az ajánlati felhívásban és a dokumentációban meghatározott tartalmi és formai követelményeknek megfelelően kell az ajánlatát elkészítenie. Ha az ajánlat, akár a felhívás, akár a dokumentáció bármelyik követelményének nem felel meg, úgy a Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés f) pontja szerinti érvénytelenség következményét vonja maga után. Ha azonban az ajánlattevő a felhívásban, vagy a dokumentációban a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelményeknek nem felel meg, úgy az ajánlattevő alkalmatlan, ajánlata pedig a Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen. A Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés e) és f) pontjaiban meghatározott érvénytelenségi okok egymással nem keverhetők, azok teljesen egyértelmű, éles különbséget mutatnak. Mindez azt jelenti, hogy az ajánlat ha nem felel meg a felhívás, vagy a dokumentáció valamelyik előírásának, úgy az attól függetlenül érvénytelen, hogy az ajánlattevő egyébként a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelményeknek megfelel. Az alperes a Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés f) pontjára tekintettel helytállóan állapította meg a Kbt. 81.§ (3) bekezdésének a megsértését, mivel sem a referencialista, sem pedig a referencia nyilatkozatok az ellenszolgáltatások összegét nem tartalmazzák. Az ellenszolgáltatás összege egy konkrét számadatot feltételez, egy pontosan meghatározott forint mennyiséget. A felperes a felhívásban és a dokumentációban a Kbt.-vel összhangban nem azt írta elő, hogy az ajánlattevőknek a referencialistán arról kell nyilatkozniuk, hogy megfelelnek a felhívás III.2.3. pontjában meghatározott az évi bruttó 30 millió forint ellenértékű referenciára vonatkozó követelménynek, hanem az ellenszolgáltatás összegét kérte meghatározni, ilyen ellenértéket azonban az ajánlattevő nem adott meg, ezért az ajánlata a Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés f) pontjára tekintettel érvénytelen, függetlenül attól, hogy az ajánlattevő egyébként a szerződés teljesítésére alkalmas-e. A Kbt. 67.§-ának (3) bekezdés a) pontjának alkalmazásával kapcsolatosan pedig a bíróság álláspontja szerint a korábbi szolgáltatás mennyiségére utaló más adat megjelölése egy mérhető megszámlálható nagyság megadását jelenti. Amennyiben elfogadható lenne az a felperesi érvelés, amely szerint a felhívás és a dokumentáció, valamint a Kbt. 67.§-ának (3) bekezdés a) pontja alapján megfelelő lenne a referencialistán az ellenszolgáltatás körében a korábbi szolgáltatás mennyiségére utaló más adat megjelölése is, az ajánlattevő ajánlata akkor is érvénytelen lenne, hiszen ilyen más adatot, egyéb mértéket az nem tartalmaz. A Kbt. 83.§-ának (2) bekezdése és 85.§-ának értelmezéséből pedig megállapítható, hogy jelentős különbség van a hiánypótlás és a felvilágosítás kérés jogintézménye között. Hiánypótlásra csak és kizárólag akkor kerülhet sor, ha azt az ajánlatkérő a felhívásban biztosította, míg ilyen megkötése a felvilágosítás kérés tekintetében nincsen. A tárgyi esetben az ajánlattevő ajánlata hiányos, az ajánlat az ellenszolgáltatást a felperes elvárásának megfelelően nem adta meg, mivel a felperes a felhívásban a hiánypótlás lehetőségét kizárta, az ajánlat hiányossága nem pótolható. A felperes jogsértést követett el azzal, hogy az ajánlatot nem nyilvánította érvénytelennek, és miután érvénytelen ajánlatot hirdetett nyertesnek megsértette a Kbt. 91.§-ának (1) bekezdését is. Mindezekre tekintettel a Pp. 339.§-a alapján nem látott lehetőséget sem a határozat megváltoztatására, sem annak hatályon kívül helyezésére.

Az elsőfokú bíróság ítélete elleni fellebbezésében a felperes kereseti kérelmének megfelelően az ítélet megváltoztatását kérte. Fenntartotta azon álláspontját, hogy az ajánlatból a korábbi referenciák értéke nem hiányzott, az erre vonatkozó információ szerepelt a referencia igazolásban, csupán pontatlanul, „nem egyértelműen”, ezért a Kbt. 85.§-ának segítségével teljes mértékben pontosítani lehetett. Akkor járt volna el jogszerűtlenül, amennyiben e jogszabály alapján nem adta volna meg a lehetőséget a referencia igazolás pontosítására és az ajánlatot érvénytelennek minősíti. A Kbt. 67.§-ának (3) bekezdés a) pontja értelmében az elért célnak a benyújtott referenciák megfeleltek, azokból egyértelműen kiderült, hogy az ajánlattevő megfelelt az ajánlati felhívásban foglalt alkalmassági feltételeknek hiszen a szolgáltatások ellenértékei többszörösen meghaladták a bruttó 30 millió forintot, A konkrét összeg hiánya az ajánlat ab ovo érvénytelenségét nem jelentheti, sem a jogszabály, sem pedig a tanács 1/2006. számú módosított ajánlása nem támasztja alá. A tanács ajánlása szerint ha egyértelműen beazonosítható a korábbi szolgáltatás mennyisége nem lehet érvénytelennek minősíteni az ajánlatot. Az elsőfokú bíróság tévesen helyezkedett arra az álláspontra, hogy konkrétan kell meghatározni az ellenszolgáltatás összegét, ugyanis a jogszabálynál nem lehet erősebb az ajánlati felhívás. Az ajánlattevő választja ki, hogy az ellenszolgáltatás összegét, vagy más mennyiséget tüntet fel a referenciában. A „többszörösen meghaladja a bruttó 30 millió forintot” kifejezés tartalmaz konkrét számadatot, mérhető, megszámlálható nagyság megadását jelenti, a Kbt. 85.§-a alapján pedig pontosítható, tisztázható, így ezen jogszabályhely alkalmazása szükségszerű volt. Tévedett az elsőfokú bíróság abban, hogy a felperes összekeveri a Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés e) és f) pontjaiban meghatározott érvénytelenségi okokat. A vitatott referencia tartalmának hiányos, vagy pontatlan megítélése szempontjából hivatkozott arra, hogy a referencianyilatkozat céljának megfelelt. Az elsőfokú bíróság nem negligálhatta volna a döntőbizottság korábbi gyakorlatát, mely a felperes érveit alátámasztotta, vizsgálnia kellett volna, hogy helyesen tért-e el a tárgyi esetben az alperes a korábbi gyakorlatától.

Az alperes a fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú ítélet helybenhagyását kérte. Fenntartotta azon álláspontját, miszerint a felperes közbeszerzési eljárása során hiánypótlásra hívta fel az ajánlattevőt, holott erre nem biztosított lehetőséget. A referencialevélnek azért kellett tartalmazni az ellenszolgáltatás összegét, mivel felperes az alkalmasság megítélését és igazolását a korábban teljesített szolgáltatások ellenszolgáltatásának mértékéhez kötötte, az ellenszolgáltatás megjelölése nélkül nem lehetne megállapítani az ajánlattevők alkalmasságát. Nem vitatta, hogy mind a Kbt. szabályai, mind az azzal összhangban lévő közbeszerzés tanácsa 2/2006. számú ajánlása lehetőséget ad arra, hogy a referenciát igazolni lehessen mennyiségre utaló más adattal is, azonban az ajánlattevő mind a referencialistában, mind a referencianyilatkozatban csak megállapítást tett a korábban teljesített szolgáltatások ellenszolgáltatására vonatkozóan, de nem erről kellett nyilatkozni, hanem az ajánlatkérő által kért adatokat kellett volna megadni, amelyből az ajánlatkérő el tudja dönteni, hogy az ajánlattevő megfelel-e az előírt

műszaki, szakmai alkalmassági követelménynek. A tárgyi esetben a Kbt. 83.§-ának (2) bekezdésében foglaltak szerint az ajánlatkérő által benyújtásra előírt irat hiányosságának a pótlása valósult meg, mert az nem tartalmazta hiánytalanul mindazon elemeket, amiket felperes pontosan meghatározott, előírt. Az ajánlati felhívásban előírt konkrét összeg a referencialistában és nyilatkozatban nem szerepelt, így az tartalmilag hiányos volt. A Kbt. 85.§-a szerinti felvilágosítás kérésre akkor kerül sor, ha valami nem egyértelmű, ellenmondásos és tisztázni kell. A felperes által hivatkozott alperesi döntések az alperes állításait támasztják alá, míg az elsőfokú bíróság nem tért el az alperes jelen kérdéskört illető gyakorlatától.

A felperes fellebbezése nem alapos.

Az elsőfokú bíróság a tényállást helyesen állapította meg és helytálló arra alapított következtetésre, hogy az alperes határozata az alkalmazott Kbt. szabályait nem sértette meg, ugyanis az ajánlattevő ajánlata a referencia igazolás és nyilatkozat vonatkozásában hiányos volta miatt nem felelt meg az ajánlati felhívásban és dokumentációban előírt követelménynek, ezért érvénytelen, a felperes az ajánlattevőt jogsértő módon nyilvánította nyertesnek.

A Kbt. 70.§-ának (1) bekezdése értelmében az ajánlattevőnek az ajánlati felhívásban és a dokumentációban meghatározott tartalmi és formai követelményeknek megfelelően kell ajánlatát elkészítenie és benyújtania. Az ajánlatok elbírálása során az ajánlatkérőnek meg kell vizsgálnia, hogy az ajánlatok megfelelnek-e az ajánlati felhívásban és a dokumentációban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek. Meg kell állapítania, hogy mely ajánlatok érvénytelenek, vagy van-e olyan ajánlattevő, akit az eljárásból ki kell zárni. (Kbt. 81.§-ának (1), (3) bekezdése). Érvénytelenségi ok a Kbt. 88.§-ának (1) bekezdés f/ pontja szerint ha az ajánlat nem felel meg az ajánlati felhívásban és a dokumentációban, valamint a jogszabályban meghatározott feltételeknek. A Kbt. 91.§-ának (1) bekezdése értelmében nem lehet az eljárás nyertese, aki az ajánlatát nem az ajánlati felhívásban és a dokumentációban meghatározott feltételek alapján tette meg. Az alperes e jogszabályhelyek megsértésére alapozta döntését.

Az elsőfokú bíróság az alperesi határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított perben azt vizsgálta, hogy a határozat megfelelt-e az abban felhívott jogszabályoknak, és kellő alapossággal fejtette ki e körben helyes indokait, mellyel a Fővárosi Ítéltábla is egyetértett, ezért azt nem ismétli.

A fellebbezés kapcsán a másodfokú bíróság azt emeli ki, hogy a referencialevélhez kapcsolódóan az igazolási módot a felperes úgy határozta meg, hogy abból ki kell tűnnie, az előző három évből (2004-2006) összesen legalább 2 db. folyamatosan fennálló, legalább évi 30 millió forint ellenértékű szolgáltatásnak. Ez konkrét számadatot feltételez, hiszen a felperes az ellenszolgáltatás összegét kérte igazolni. Nem tekinthető konkrét összegnek a „többszörösen meghaladja a bruttó 30 millió forintot” tehát az adattartalom hiányos, azt értelmezéssel nem lehet pótolni. Mivel a referencia nyilatkozat és igazolás nem volt teljes körű, azt hiánypótlás

keretében lehetett volna pótolni a Kbt. 83.§-ának (1) bekezdése értelmében, azonban ezt a lehetőséget a felperes kizárta.

Téves az a felperesi álláspont, hogy felvilágosítást kérhetett adat pontosításra, ugyanis nem létező adat nem pontosítható, a Kbt. 85.§-a egyebek mellett a nem egyértelmű kijelentések, nyilatkozatok és igazolások tartamának tisztázására szolgál. Felvilágosítás kéressel az egyébként egyértelmű, tisztázásra nem szoruló nyilatkozat tartalmi hiányosságát nem lehetett kiküszöbölni.

Nem fogadható el a felperesi érvelés a Kbt. 67.§-ának (3) bekezdés a/ pontja alapján a szolgáltatás mennyiségre utaló megfelelésséggel kapcsolatban, mivel ilyen adatot, egyéb mértéket a vitatott referenciák nem tartalmazzak.

Mindezekre tekintettel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp.253.§-ának (2) bekezdése alapján helybenhagyta.

Az alperes másodfokú eljárásban felmerült költségének a megfizetésére a Fővárosi Ítéltábla a felperest a Pp.78.§-ának (1) bekezdése kötelezte.

A fellebbezési illetéket a felperes személyes illetékmentesége folytán a 6/1986. (VI.26.) IM. rendelet. 14.§-a alapján az állam viseli.

Budapest, 2009. évi február hó 11. napján

. Rothermel Erika s.k. a tanács elnöke,
Huszárné dr. Oláh Éva s.k. bíró

Dr. Losonczy Erzsébet s.k. előadó bíró,

A kiadmány hitelül: