

Fővárosi Ítéltábla

4.Kf.27.238/2009/6. szám

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla a Dr. Csiky Ottó ügyvéd (.....) által képviselt
Község Önkormányzata (.....) felperesnek a jogtanácsos által
képviselet **Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság** (1024 Budapest,
Margit körút 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat
felülvizsgálata iránt indult perében, amely perbe a hivatalvezető által
képviselet **Regionális Államigazgatási Hivatal** (.....) az alperes
pernyertességének előmozdítása érdekében beavatkozott, a Fővárosi Bíróság
2009. évi március hó 19. napján kelt 13.K.34.514/2008/17. számú ítélete ellen a
felperes által 19. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen
2009. évi szeptember hó 16. 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 20 000 (azaz
húszezer) és az alperesi beavatkozónak 10 000 (azaz tízezer) 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 elsőfokú bíróság elutasította a felperes keresetét az alperes D.406/11/2008. számú határozata felülvizsgálata iránt, melyben az alperesi beavatkozó jogelődje által indított jogorvoslati eljárásban megállapította, hogy a felperes megsértette a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 2.§-ának (1) bekezdését és emiatt 16.000.000 forint bírság megfizetésére kötelezte. A határozati tényállás szerint a felperes 2003. május 12-én települési-és intézményi üzemeltetési, valamint közéletmezési feladat ellátására, 3.100.000 forint jegyzett tőkével létrehozta a Kht.-t (a továbbiakban: Kht.), melynek egy személyi tulajdonosa volt. A Kht.-val 2005. december 29-én létesített szerződések alapján településen a Kht. végezte a szociális étkeztetést, a házi szociális gondozást, a házi segítségnyújtást, a családsegítést, és az alap-, illetve szakosított szociális tevékenységet, valamint működtette a gondozási központban (.....) az Idősek Klubját, valamint az Idősek Otthonát (.....).

A felperes képviselő-testülete a 172/2008. (VII.16.) számú Önkormányzati határozat alapján pályázatot írt ki a Kht. 3.000.000 forint névértékű üzletrészenek az átruházására, valamint a Kht. által működtetett alatti ingatlanon lévő 62 férőhelyes emelt szintű Idősek Otthona bérleti díj ellenében 18 évre történő bérbeadására. A pályázónak vállalnia kellett, hogy a többség irányításával működő Kht. üzemelteti az Idősek Otthonát, szolgáltatást nyújt és viseli a működés költségeit. Felperes hozzájárult, hogy a Kht. lehívjon állami normatívát, valamint a szolgáltatás igénybe vevőjétől térítési díjat kérjen. A pályázat nyertese aBt. lett, akivel 2008. augusztus 1.-jén üzletrész adásvételi szerződést kötött 3.000.000 forint névértékű üzletrészre, és bérleti szerződéssel 18 évre évi 24.000.000 forintért bérbe adta a szám alatti ingatlant, kizárólag idősek bentlakásos intézményének a működtetési céljából és ingyen bérbe adta szám alatti ingatlant a szociális alapellátás időtartamára.

Az alperesi álláspont szerint a pályázat az Idősek Otthona üzemeltetésének a megvalósítására irányult, a felperes szolgáltatás beszerzése érdekében kötött szerződést, részben a Kht. többségű üzletrészenek az átruházására, részben az ingatlanok bérbeadására, mely szolgáltatás beszerzése a Kbt. fogalmi rendszerében szolgáltatás koncesszióknak minősül. A felperes ellenértékként az állami normatíva lehívásának és a térítési díj szedésének lehetőségét biztosította összesen évi 110.M/ft. összegben a Kht.-nak, melynek becsült értéke meghaladja a nemzeti értékhatárt, és az in-house beszerzés alapján felperes nem mentesülhet a Kbt. rendelkezéseinek az alkalmazása alól. A jogsértés súlyossága miatt szabta ki a bírságot a Kbt. 38.§-ának (1) bekezdés b/ pontja szerint, a beszerzés tárgyára, értékére és időtartalmára, nagyságrendileg 440 M. /Ft alapul vételével, figyelemmel az egyszeri jogsértésre, továbbá, hogy a jogsértés nem reparálható.

Az alperesi határozatban megállapított és nem vitatott tényállás alapján az elsőfokú bíróság nem találta megalapozottnak a felperes keresetét, melyben a jogsértést vitatta és eljárási szabálysértésre hivatkozott. Az alperessel egyező álláspontra jutott abban, hogy a Kht. üzletrészeinek értékesítése és a bérbeadása meghatározott célt szolgált, mely nem az ingatlanok bérbeadásában merült ki. A

felperes a pályázattal harmadik személyek részére idős bentlakásos szolgáltatás, a szociális alapellátás nyújtását, valamint az ahhoz szükséges idős otthonának a működtetését kívánta biztosítani, úgy, hogy a szolgáltatást nyújtó Kht-ba új tulajdonost (befektetőt) vont be. Az alperes helytállóan állapította meg, hogy a felperes azért értékesítette a Kht.-ban lévő többségi üzletrészt, illetve adta bérbe ingatlanait, hogy a Kht. szolgáltatást nyújtson magánszemélyeknek, és a megrendelt szolgáltatás a Kbt. 4. számú melléklet 25. számú szolgáltatás kategóriába tartozó egészségügyi és szociális szolgáltatás, idős gondozási szolgáltatás. A Kbt. 242.§-ának (4) bekezdése szerinti szolgáltatási koncesszióknak nem fogalmi eleme a díjfizetés, vagyis a szolgáltatási koncesszió pénzfizetés nélkül is megvalósulhat. A felperes nem vállalt ugyan fizetési kötelezettséget, azonban a nyertes pályázó többségi tulajdonába kerülő Kht.-t éppen a felperes (pályázat) jogosította fel arra, hogy szolgáltatása után térítési díjat kérjen a szolgáltatás tényleges igénybevevőjétől, valamint a tevékenységgel kapcsolatos állami támogatást lehívja. A szolgáltató az említett jogcímen azáltal juthatott bevételhez, hogy felperes átengedte neki az idős gondozási szolgáltatás végzésének jogát. Mivel a Kbt. 242.§-ának (4) bekezdése a megrendelt szolgáltatással kapcsolatos hasznosítási jog átengedését a szolgáltatási koncesszió ellenértékének tekinti, és ez a perbeli esetben megvalósult, megállapítható volt a felperes ellenszolgáltatás nyújtása. A nem vitatott beszerzési értékre figyelemmel az alperes jogszerűen állapította meg, hogy a beszerzés szolgáltatási koncesszióként a Kbt. hatálya alá tartozik.

A hivatkozott eljárásjogi szabálysértéssel kapcsolatosan kifejtette, hogy nem tekinthető lényeges eljárási jogszabálysértésnek a Bt.-nek az eljárásból való mellőzése, ugyanis ez a közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés megállapítását érdemben nem befolyásolta. A bíróság a perben értesítette őt a beavatkozás lehetőségéről, azonban beavatkozási szándékát nem jelezte.

Az elsőfokú bíróság a kiszabott bírsággal kapcsolatosan kifejtette, hogy a jogsértésnek objektív következménye és nem mérsékelhető azon okból, ha a közbeszerzés nélküli odaítélt szerződést a beszerző a határozat hozatala után bekövetkezett okból, szerződésszegésre hivatkozással felmondja, melyre felperes hivatkozott, ugyanis az idézett jogszabály alapján kizárólag a határozat hozatal időpontjában fennálló körülmények értékelése kérhető számon a közbeszerzési döntőbizottságon. Az alperesi határozat tartalmazza a bírság kiszabásánál figyelembe vett tényeket, körülményeket, számot adott azok értékeléséről. A bírság mértékének meghatározásánál helytállóan értékelte a felperes terhére - beszerzés közbeszerzési eljárás alóli kivonása, beszerzés érték és időtartam, szerződés megkötése, stb. - és javára mutató körülményeket - első jogsértés, szándékosság hiánya, beszerzési tárgy stb. - melyek felülmérlegelésére a bíróságnak nincs hatásköre. A túlzott szigorra, tévedésre, illetve az együttműködésre hivatkozással nem volt megállapítható a bírság kiszabásához szükséges tényállás megalapozatlansága, a bizonyítékok okszerűtlen mérlegelése, illetve a Kbt.-ben előírt szempontok mellőzése, vagy a Pp. 339/B. §-ának megsértése, így nem állt fenn olyan körülmény, mely alapján a bíróság a bírságot mellőzhette, illetve csökkenthette volna.

Az elsőfokú bíróság ítélete elleni fellebbezésében a felperes az ítélet megváltoztatását kérte az alperes határozatának hatályon kívül helyezését, szükség esetén új eljárás lefolytatására kötelezését. Előadta, hogy a 100%-os tulajdonát képező 3.100.000 forintos alapítói vagyonnal rendelkező Kht. 3.000.000 forintos üzletrésze értékesítésére kiírt pályázatnál kellő gondossággal járt el. Két jogi képviselő is egymástól függetlenül arra az álláspontra helyezkedett, hogy a kiírt pályázat, és ez alapján a szerződések nem esnek a Kbt. hatálya alá. Álláspontja szerint az ügy elbírálása céljából kiemelt jelentősége van annak, hogy milyen tevékenységet folytató társaság üzlet részére került a pályázat kiírásra. Az a tevékenységet vállalkozásszerűen, a gazdálkodás eredményét felosztható módon folytatja-e a jövőben vagy sem. A gazdasági társaságokról szóló 2006. évi IV. törvény (a továbbiakban: Gt.) 365.§-ának (3) bekezdése alapján a Kht. 2009. június 30-ig folytathatja a tevékenységét, ezt követően non profit Kft.-ként, non profit egyéb gazdasági társaságként folytathatja a tevékenységet, vagy jogutód nélkül megszűnik. Mivel a pályázat nyertese rájött arra, hogy 2009. júliustól már kizárólag non profit jelleggel folytathatja a tevékenységét, ezért igyekezett olyan helyzetet teremteni, hogy a szerződés felmondása által megszűnjön. Arra is tekintettel, hogy a Kht-szerű működése csak egy évig állhatott volna fenn, és utána már csak non profit Kft.-ként, vagy társaságként folytathatja működését, az értékesítés álláspontja szerint nem esik, és nem eshet a Kbt. hatálya alá. A kiírt pályázat elbírálásra került és a nyertessel kötötte meg a szerződéseket, a hatályba lépett jogszabály értelmében az értékesítés ténylegesen non profit működési társaság üzletrésze irányul, melyet az elsőfokú eljárásban nem vizsgáltak. A közbeszerzési bíróság nem eredményezheti az önkormányzati működés ellehetetlenülését, ugyanis a településnek 16.000.000 forint mértékű bírság megfizetésére képtelen, a közösségi céljait és feladatait rendeltetésszerűen a bíróság kifizetését követően már elvégezni nem tudja. A bíróság a célját betölteni nem tudja, mivel a felperes ezáltal csődhelyzetbe kerül. A jogalap hiánya az alperesi határozat hatályon kívül helyezését, a bíróság összekszerűsége és az alperes teljesíthetősége/felróhatóságának a súlya pedig új eljárás és új határozat meghozatala iránti szükségességét alapozza meg.

Az alperes fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú ítélet helybenhagyását kérte, fenntartotta, hogy az Idősek Otthona bentlakásos szociális ellátást nyújtó intézmény működtetésére irányuló szerződés a Kbt. 242.§ (4) bekezdése értelmében szolgáltatási koncesszióknak minősül, mely közbeszerzési eljárási kötelezettséget vont maga után. A Gt. hivatkozott szakaszával kapcsolatosan a fellebbező felperes nem jelölte meg, hogy a felhozott indok milyen összefüggésben van az elsőfokú ítéletben foglaltakkal, relevanciával nem rendelkező információ. Az üzletrész-értékesítés a fellebbezéssel támadott ítélet értelmében sem vitatottan nem tartozik a Kbt. hatálya alá függetlenül attól, hogy a Kht-szerű működés - jogszabályi változás következtében - milyen időtartamra várható. Az üzletrész elidegenítése abból a szempontból került az eljárásban vizsgálatra, hogy a 100%-os önkormányzati

tulajdon megszűnése folytán az önkormányzatnak a Kht.-vel kötött szerződése nem tartoznak a Kbt. 2/A.§-ban megjelölt „in-house” beszerzések körébe.

A felperes fellebbezése nem alapos.

A fellebbezési kérelem és ellenkérelem korlátaira tekintettel a másodfokú bíróság megállapította, hogy az elsőfokú bíróság az eldöntendő jogkérdés alapjául szolgáló tényállást helyesen állapította meg, a jogi következtetése helytálló, indokolásával a másodfokú bíróság mindenben egyetértett.

A Fővárosi Ítéltábla osztotta az alperes fellebbezési ellenkérelmében kifejtett álláspontját, a fellebbezésben felvetett kérdések az ügy szempontjából nem relevánsak, nem befolyásolták az elsőfokú bíróság döntését.

A Közbeszerzési Döntőbizottság a jogorvoslati kérelemben megjelölt jogsértést vagy azon túl a közbeszerzési törvény hatálya alá tartozó jogügylet törvényességét teljes körűen felülvizsgálhatja, vizsgálatának terjedelmét a Kbt. 334.§-ának (1) bekezdése szabályozza. Eljárását a Kbt. 340.§-a szerinti érdemi döntéssel zárja, míg a bíróság a határozat meghozatalakor alkalmazott jogszabály alapján a döntés törvényességét vizsgálja.

Az alperesnek a tudomására jutottak alapján abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a felperes által lebonyolított jogügylet az idős gondozási szolgáltatás átruházására a Kbt. hatálya alá tartozik-e mely közbeszerzési eljárás lefolytatását igényelte, vagy azt pályázat útján is lebonyolíthatta.

Az alperes határozatában a Kbt. 242.§-ának (4) bekezdésében meghatározott törvényi tényállás alapján helyesen állapította meg, hogy olyan szolgáltatás-megrendelés történt amely alapján az ajánlatkérő ellenszolgáltatása a szolgáltatás nyújtásával összefüggő hasznosítási jog meghatározott időre - 18 évre - történő átengedése valósult meg, szolgáltatási koncesszió keretében, mely a Kbt. hatálya alá tartozik, pályázat helyett a közbeszerzési eljárást kellett volna lefolytatni.

A felperes nem hivatkozhat sikerrel a Gt. 365.§-ának (3) bekezdésére, mely szerint a 18 évre kötött szerződés legfeljebb 2009. június 30-ig mehetett teljesedésbe, ugyanis a hivatkozott jogszabályhely hatályban volt már a szerződéskötéskor is, míg az alperesnek a szerződéssel lezárt jogügylet törvényességét kellett vizsgálnia a Kbt. rendelkezése értelmében, ily módon nem befolyásolhatta a bíróság alapjául szolgáló beszerzési értéket sem.

A jogsértés megállapításával kapcsolatosan az alperes határozatában részletesen indokolta a törvényi tényállás megsértése miben valósult meg, az elsőfokú bíróság helyes indokolással hagyta azt helyben, a felperes a fellebbezésében előadottakkal megdönteni nem tudta.

A Kbt. 340.§-a (2) bekezdésének c/ pontja szerint, a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában megállapítja a jogsértés megtörténtét. A 340.§ (3) bekezdés e/ pontja alapján ha a Közbeszerzési Döntőbizottság a (2) bekezdés c/-e/ pontja szerint

határoz, egyben bírságot szabhat ki az e törvény szabályait megszegő, illetőleg a nyilvánvaló jogsértés ismeretében szerződést kötő szervezettel (személlyel), valamint a jogsértésért, illetőleg a szerződéskötésért felelős személlyel, illetőleg a szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben.

A Kbt. 341.§-ának (3) bekezdése értelmében a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, illetőleg a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét - így különösen a jogsérelem súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását, az e törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítását, a jogsértőnek az eljárást segítő együttműködő magatartását - veszi figyelembe. A bírság összegének megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

Az alperes a jogorvoslati eljárás eredményeként hozott határozatában a Kbt. 340.§-ának (2) bekezdése szerint meghatározott jogkövetkezményeket alkalmazhatja, akár együttesen is. A Kbt. 340.§ (2) bekezdés c/ pontja szerinti jogsértés megállapításának két esetben kötelező, minden más esetben, így a perbeli jogsértés esetén is, lehetséges jogkövetkezménye a bírság kiszabása.

Amennyiben a bírság kiszabása nem kötelező, mérlegelési jogkörben dönt az alperes először a jogintézmény alkalmazásának szükségességéről, majd a bírság mértékének meghatározásáról. Az alperesi határozatból egyértelműen kitűnt, hogy a bírság jogalapja a Kbt. 340.§-a (3) bekezdésének e/ pontja, megállapításának szükségessége és összezszerűsége pedig a Kbt. 341.§-ának (3) és (4) bekezdésén alapul. Az alperes nem állapította meg a felperes esetében a jogsértés nyilvánvalóan szándékos voltát, így azt a bírság összegének megállapításánál sem vette figyelembe. Az alperes határozatában nevesítette a bírság szükségességét és összezszerűsége meghatározó, általa figyelembevett szempontokat.

A Pp. 339/B.§-a értelmében a mérlegelési jogkörben hozott közigazgatási határozat akkor tekintendő jogszerűnek, ha a közigazgatási szerv a tényállást kellő mértékben feltárta, az eljárási szabályokat betartotta, a mérlegelés szempontjai megállapíthatóak, és a határozat indokolásából a bizonyítékok mérlegelésének okszerűsége kitűnik.

A Kbt. 341.§-ának (4) bekezdése a 340.§ (3) bekezdés e/ pontja, valamint a (4)-(6) bekezdés szerinti bírság mértékét a közbeszerzés értékéhez köti, legfeljebb harminc százaléka lehet. A közbeszerzés értékén a Kbt. 298.§-ának (1) bekezdése szerint, a közbeszerzés megkezdésekor annak tárgyaért általában kért, illetőleg kínált - általános forgalmi adó nélkül számított, a 36-40.§-ban foglaltakra tekintettel megállapított - legmagasabb összegű teljes ellenszolgáltatást kell érteni (becsült érték). Az alperes e jogszabályi keretek között állapította meg a bírság mértékét, - a

közbeszerzés 440 MFt becsült értékéhez képest - a kiszabott bírság a 4 %-ot nem éri el.

A bírság megállapítása az alperesnek mérlegelési jogkörben hozott döntése. Felülmérlegelésre a bíróságnak lehetősége nincs. Ennek ismeretében osztotta a másodfokú bíróság az elsőfokú ítélet indokolását.

Mindezek alapján a Fővárosi Ítélőtábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. tv. (a továbbiakban: Pp.) 253.§-ának (2) bekezdése alapján helybenhagyta.

Az alperes és az alperesi beavatkozó másodfokú eljárásban felmerült perköltségének megfizetésére a Fővárosi Ítélőtábla a felperest a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése és 83.§-ának (1) bekezdése alapján kötelezte, míg az illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt fellebbezési illetéket a felperes személyes illetékmentessége folytán a 6/1986. (VI.26.) IM. számú rendelet 14.§-a alapján az állam viseli.

Budapest, 2009. évi szeptember hó 16. napján

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

A kiadmány hitelül: