

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla a Dr. Molnár Judit Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Molnár Judit ügyvéd által képviselt **Budapest Főváros Önkormányzata** (1052 Budapest, Városház utca 9-11.) 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 2010. január 28. napján kelt és 2010. március 10. napján a 6. sorszámú végzéssel kijavított 7.K.34.918/2009/4. sorszámú ítélete ellen a felperes 5. sorszám alatt bejelentett fellebbezésére meghozta az alábbi

Í T É L E T E T

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatja, az alperes D.547/23/2009. számú határozatát részben megváltoztatja és a Kbt. 88. § (1) bekezdés e) pontjára tekintettel a Kbt. 81. § (3) bekezdésének, valamint 91. § (1) bekezdésének sérelmét megállapító rendelkezést mellőzi.

Kötelezi az alperest, hogy 15 napon belül fizessen meg a felperesnek 100.000 (százezer) forint együttes első-másodfokú perköltséget.

A kereseti és fellebbezési illetéket az állam viseli.

Az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

A felperes a TED-en 2009. május 22-én 2009/S 97-139565 számon megjelent ajánlati felhívásával a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) IV. fejezete szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított az M3 autópálya (3. sz. főforgalmi út) XIV. és XV. kerületi szakasza mentén fekvő

lakóterületek aktív zajvédelmének megépítésére és passzív zajvédelme kiviteli terveinek elkészítésére és kivitelezési feladatainak ellátására. A feladatokat részekre bontotta, az 1. részfeladat zajárnyékoló falak esetében kivitelezést, a zajárnyékoló falak megépítését, kontrollmérések elvégzését, szakvélemény készítését, zajárnyékoló fal építése után megvalósulási terv készítését és átadását a megrendelőnek és egyéb, az építéssel, illetve azzal összefüggésben végzett szavatossági illetve garanciális munkák elvégzését foglalta magában. A zajárnyékoló falak építése a XIV. kerületben 14.200 m²-t, a XV. kerületben 6.800 m²-t tett ki, átlagosan 4 m magasságban. Az ajánlati felhívásban a műszaki-szakmai alkalmasság körében egyebek mellett előírta, hogy az ajánlatnak tartalmaznia kell az ajánlattevőre, illetve a közbeszerzés értékének 10%-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó(i)ra vonatkozóan az előző öt évben (2004-2008) sikeres műszaki átadás-átvétellel lezárt, a közbeszerzés tárgya (zajárnyékoló fal, illetve passzív zajvédelem) szerinti, befejezett építési munkáinak a szerződést kötő másik fél által meghatározott tartalommal kiadott igazolását. Alkalmatlannak nyilvánította azt az ajánlattevőt, és 10%-ot meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozóját, aki nem rendelkezik az előző öt évben (2004-2008) összesen sikeres műszaki átadás-átvétellel lezárt, legalább egy-egy darab befejezett, a szerződésnek megfelelően teljesített referenciával, amely zajárnyékoló fal kivitelezésére irányult, és a referencia értéke összesen a nettó 100 millió forintot elérte. Az 1. részfeladatra a módosított ajánlattételi határidőre hárman nyújtották be ajánlatukat, köztük a ... Kft., a ... Kft. (a továbbiakban: kérelmező) és a ... Kft. közös ajánlattevők. A ... Kft. ajánlatában nyilatkozott a referenciamunkára, és becsatolta a ... referenciaigazolását, mely szerint a beruházás tárgyát az M5-ös autópálya 2. fázis Kiskunfélegyháza és Szeged között 113,5-140,0 km szelvények közötti szakasza képezte. Az elvégzett munka e két település között 26,5 km hosszúságú új építésű 2x2 nyomú gyorsforgalmi út építését, beleértve a hidak építését, kapcsolódó két csomópont építését, és egyebek mellett környezetvédelmi és befejező munkákat jelentett, ez utóbbin belül feltüntetve a zajárnyékoló fal építését. A halasztott eredményhirdetés időpontjában, 2009. szeptember 4-én a felperes az 1. rész vonatkozásában nyertesnek a ... Kft. ajánlatát hirdette ki.

A kérelmező jogorvoslati kérelmére - amely szerint a nyertes ajánlat a Kbt. 88. § (1) bekezdésének e) pontja alapján érvénytelen, mert a referenciaigazolásban feltüntetett zajárnyékoló fal építését nem a nyertes ajánlattevő, hanem a kérelmező végezte el - eljárás alperes ideiglenes intézkedéssel megtiltotta a szerződéskötést. Beszerezte a ... és az ... Rt. között 1994. május 2-án létrejött koncessziós szerződést, a koncesszor és az ... Konzorcium tagjai tervezési és építési szerződését, a konzorcium egyik tagjának a-nek a ... Kft.-vel kötött, az M5 autópálya projekt 113,5-140,0 km közötti szakaszainak építési szerződését, a ... Kft. mint megbízó és a ... Rt. mint vállalkozó között 2004. szeptember 23-án megkötött tervezési és kivitelezési szerződést, a ... Rt. és a kérelmező között a zajárnyékoló falak építésére vonatkozó szerződést és azok értékelését követően hozott D.547/23/2009. számú határozatában a jogorvoslati kérelemnek részben helyt adva megállapította, hogy a felperes megsértette a Kbt. 88. § (1) bekezdés e) pontjára tekintettel a Kbt. 81. § (3) bekezdését, valamint a Kbt. 91. § (1) bekezdését. A felperes eljárást lezáró

döntését az 1. részre vonatkozóan megsemmisítette, egyebekben a jogorvoslati kérelmet elutasította. Döntését azzal indokolta végig követve a referencia munkára kötött szerződéseket, hogy a ... Kft. teljes egészében továbbadta a kivitelezői feladatot, sem generálkivitelezői, sem fővállalkozói, sem vállalkozói tevékenységet nem végzett a zajárnyékoló fal építése során. Az ajánlati felhívásban a felperes a közbeszerzés tárgya szerinti, befejezett építési munkára vonatkozó igazolást írt elő, amelyet nem a ... Kft. végzett el, e tényre figyelemmel az alkalmasság igazolására a felperes nem fogadhatta volna el a referenciamunkát. Érdemben nem befolyásolta jogi álláspontját, hogy a ... Kft. felelősségét a szerződés rögzítette, miután a ... Zrt.-vel kötött szerződésben a felelősséget is tovább gördítette. Az alperes kifejtette, kiüresedne az alkalmasság Kbt. szerinti követelményrendszere, ha az ilyen típusú, teljes körben átadott munkák alapul szolgálhatnának az igazolásra.

Az alperes határozatának megváltoztatása, a terhére megállapított jogsértés mellőzése és perköltség iránt indított felperesi keresetet az elsőfokú bíróság ítéletével elutasította.

Hangsúlyozta, hogy a konkrét ügy specifikumaira tekintettel kell megvizsgálni, hogy az adott referenciamunkát az arra hivatkozó ajánlattevő elvégezte-e. Az alperes által feltárt szerződéses láncolat alapján tényként volt megállapítható, hogy a ... Kft. kizárólag aszfalt keverék előállítására és beépítésére vállalkozott, zajárnyékoló fal építési munkát nem végzett, közte és a munkát ténylegesen elvégző kérelmező között szerződéses kapcsolat nem állt fenn. A saját erőforrás alkalmazásával teljesített munkára vonatkozó megszorítás és a saját teljesítésre vonatkozó ajánlatkérői előírás hiányából nem vonható le az a - téves - felperesi következtetés, hogy az igazolás kiadásához semmilyen kapcsolatra nincs szükség. A határvonalat a konkrét eset összes körülményét mérlegelve kell az ajánlatkérőnek meghúznia. Mindezek alapján az alperessel egyezően megállapította, hogy a felperes jogsértést követett el azzal, hogy érvénytelen ajánlatot tett ajánlattevőt hirdetett ki az eljárás nyertesének.

Az elsőfokú bíróság ítélete ellen, annak megváltoztatása, kereseti kérelmének megfelelő döntés meghozatala és perköltség iránt a felperes terjesztett elő fellebbezést. Azzal érvelt, hogy kizárólag a Kbt. 66-69. §-aiban írtak szerint írhatta elő az alkalmasság feltételeit és ehhez rendelt az alkalmasság igazolásának módját. E kógens rendelkezésekből következően nem volt módja építési beruházási szerződések, építési naplók, bejegyzések, számlák és további dokumentumok csatolását előírni, mivel azt a Kbt. 68. § (2) bekezdése számára nem tette lehetővé. Az abban foglaltaktól eltérő tartalmú igazolást nem kérhetett, az ajánlati felhívásban előírt és annak megfelelően csatolt igazolást köteles volt elfogadni. Kiemelte, hogy a Kbt. által lehetővé tett ellenőrzési kötelezettségének eleget tett, mert a referenciaigazolás ellenőrzése mellett a munkák elvégzéséről a Nemzeti Fejlesztési és Gazdasági Minisztérium honlapjáról is meggyőződött. Sérelmezte, hogy az elsőfokú bíróság nem határozta meg, hogy mit kell a konkrét ügy specifikumaira kiterjedő vizsgálat tartalma alatt érteni és ezt a kötelezettséget előíró jogszabályhelyet sem jelölte meg. Tévedett az elsőfokú bíróság, amikor az ajánlatkérő meggyőződési kötelezettségére hivatkozással az alperesi határozatban

megjelenő mélységű tényfeltárást, átvilágítást várt el az ajánlatkérőtől. A Kbt. elismeri azt a tényt, hogy a meggyőződés referenciaigazolással történő kialakítása alapulhat valótlan állításon, de ilyenkor hamis adatszolgáltatásról van szó, melyet az alperes határozatában nem állapított meg az ajánlattevő terhére. Álláspontja szerint a felperes kizárólag azt vizsgálhatta, hogy az ajánlattevőnek szerződéses kötelezettsége volt-e a megjelölt referenciamunka elvégzésére és azt teljesítette-e. Nem tudta értelmezni azt az alperesi előadást, hogy a szerződéses láncolatban a partnerek felelősségvállalásai a szerződésszerű teljesítés vonatkozásában kizárólag polgári jogi szempontból relevánsak, nem pedig a Kbt. 65. § (1) bekezdés szerinti alkalmasság tényleges megállapításához szükséges igazolások és feltételek vizsgálata szempontjából. Ajánlatkérői előírás hiányában nem bírt relevanciával az elsőfokú bíróság megállapítása a referenciák számáról. A felperes helyesen járt el az alkalmasság elbírálása során, helytállóan minősítette érvényesnek a nyertes ajánlattevő ajánlatát, az alperes által terhére rótt jogsértést nem követte el.

Az alperes az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását és perköltséget kért. Határozatban foglalt érvei változatlan fenntartásával azt emelte ki, hogy a felperes által az alkalmasság körében végzett ellenőrzés formálisan valósult meg, de határozata nem is az ellenőrzés elmulasztását állapította meg, hanem azt, hogy a bemutatott referenciaigazolás tárgyát képező munkálatokat nem a bemutató, hanem a kérelmező végezte el. Az alkalmasság igazolására az ajánlattevő által ténylegesen végzett tevékenység alapján kerül sor. A jogorvoslati eljárás során feltárt szerződéses kapcsolatrendszer alapján egyértelműen megállapítható volt, hogy a nyertes ajánlattevő a zajárnyékoló falakat illetően semmiféle teljesítést nem végzett, ezért a felperes nem győződhetett meg arról, hogy képes-e a beszerzés tárgya szerinti építési tevékenység elvégzésére, holott a Kbt. 65. § (1) bekezdése alapján ez kötelessége lett volna. Hamis adatszolgáltatást az alperes nem állapított meg, de ez nem jelenti azt, hogy olyan referenciaigazolás elfogadható lenne, amelynek alapul szolgáló munka tényleges elvégzésével a referenciát adó más társaságot bízott meg, és abban maga nem vett részt. Az alperes azt vizsgálta, hogy az ajánlattevőnek szerződéses kötelezettsége volt-e a megjelölt referenciamunka és azt szerződésszerűen teljesítette-e, abból jutott arra a következtetésre, hogy tényleges munkavégzés a nyertes ajánlattevő részéről a zajárnyékoló fal kiépítése során nem történt, ezért a jogsértés tényét meg kellett állapítania.

A fellebbezés az alábbiak szerint alapos.

A Kbt. 65. § (1) bekezdése értelmében az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban köteles előírni az ajánlattevő pénzügyi és gazdasági, valamint műszaki, illetőleg szakmai alkalmasságának feltételeit és az igazolás módját. Az alkalmassági előírásokat nem határozhatja meg szabad belátása szerint, azokat kizárólag a Kbt. 66-69. §-ainak megfelelően teheti meg. Építési beruházás esetére a Kbt. 67. § (2) bekezdése hat pontban határozza meg azokat a lehetőségeket, amellyel az ajánlattevőnek és a közbeszerzés értékének 10%-ot meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozójának a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki, illetőleg szakmai alkalmassága igazolható. Az a) pont az előző legfeljebb öt év legjelentősebb építési

beruházásának ismertetésére ad lehetőséget. A 68. § ez esetben az igazolás módjaként a szerződést kötő másik fél által adott igazolást kívánja meg. Az igazolás minimális tartalmi követelménye, hogy abban legalább az ellenszolgáltatás összegét, a teljesítés helyét és idejét meg kell adni, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt. A Kbt. 68. § (3) bekezdésének megfelelően az (1) és (2) bekezdés szerinti igazolásban, illetve nyilatkozatban foglalt tények, adatok valóságtartalmáért az ajánlattevő felel.

Az ajánlatkérő kötelezettsége, hogy az ajánlati felhívásban előírtaknak megfelelően, a Kbt. előírásai szerint döntsön az ajánlattevő, valamint - ha ezt az ajánlatkérő előírta - a közbeszerzés értékének 10%-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó szerződés teljesítésére alkalmasságáról, vagy alkalmatlanságáról. A Kbt. 81. § (2) bekezdése meghatározza azokat a lehetőségeket, amelyek e vizsgálat elvégzése során az ajánlatkérő rendelkezésre állnak. Ezek az előírások az igazolások eredetiségének, illetve a hiteles másolatok megfelelőségének ellenőrzésére adnak felhatalmazást. A Kbt. korlátozottan biztosít lehetőséget az ellenőrzésre, részben időbeli korlátot szab, mert az ellenőrzési lehetőséget az ajánlat elbírálásához társítja, részben meghatározza azt a kört, amely az ellenőrzés tárgyát képezi. Az ellenőrzés módját nem szabályozza.

A másodfokú bíróság elfogadta azt a felperesi érvelést, hogy a felperes az ellenőrzési kötelezettségének eleget tett, mert vizsgálta a referenciaigazolást, és meggyőződött arról is, hogy az abban szereplő munkák elvégzése megtörtént. Ezt a Nemzeti Fejlesztési és Gazdasági Minisztérium honlapjának tartalma is alátámasztotta.

Helyesen hivatkozott arra a felperes, hogy az alperes az ajánlatkérő magatartásának megítélésénél olyan tényfeltárást és átvilágítást várt el tőle, amelyre a Kbt. rendelkezései nem kötelezik, de arra ajánlatkérői pozícióban egyébként sincs lehetősége.

Az alperes hatáskörében eljárva a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok megtartásának vizsgálatát végzi el, eljárására a Kbt. 317. §-ában írt felhatalmazás alapján - ha a Kbt. másként nem rendelkezik - a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) rendelkezéseit kell alkalmazni. A jogsértés vizsgálata az alperes számára azt kell jelentse, hogy az ajánlatkérő magatartás jogszerűségének ellenőrzését kell elvégeznie, vagyis azt kell megvizsgálnia, hogy az ajánlatkérő a Kbt. előírásait betartotta-e. Ehhez, amennyiben a tényállás tisztázásának érdekében arra szükség van, a Ket. által biztosított bizonyítási eszközök széles tárházát igénybe veheti, de eljárását a releváns tényekre kell korlátoznia. Ez a perbeli esetben annak tisztázását igényelte, hogy az ajánlatkérő milyen alkalmassági követelményt választott, milyen igazolási mód mellett, az jogszerű volt-e, a kapott referenciát ellenőrizte-e a Kbt. adta keretek között, a kapott információt jogszerűen fogadta-e el, amely alapján jogszerűen döntött-e az alkalmasságról. Az ajánlatkérőnek a Kbt. nem ad törvényi felhatalmazást az igazolt referenciák mögött húzódó szerződéses jogviszony (szerződéses láncolat) teljes feltérképezésére, sem annak a vizsgálatára, hogy tényleges munkavégzés kinek a részéről történt. Ez utóbbi követelmény az alkalmassági feltételek között nem szerepel, a Kbt. szerződéses

jogviszony igazolását várja el, a teljesítésre egyébként - közbeszerzési eljárás nyomán keletkezett szerződés esetén a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel - a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről szóló 1959. évi IV. törvény az irányadó. Nem hiába nem állapított meg az alperes hamis adatszolgáltatást, hiszen a beszerzés tárgyát is felölelő, az alkalmassági követelményeknek megfelelő szerződéses teljesítést igazoló referenciát tudott az ajánlattevő, mint szerződő fél csatolni.

Érthető az alperes által követni kívánt cél, hogy a közbeszerzési eljárásban a lehető legminimálisabbra szorítsa az alvállalkozók számát, és az alvállalkozók alvállalkozói és szubalvállalkozói láncolatán keresztül gátat szabjon annak, a sajnálatos módon, a magyarországi közbeszerzési gyakorlatban kialakult helyzetnek, hogy a munkát ténylegesen elvégző személy/szervezet már nem jut hozzá jogos követeléséhez, mert azt az alvállalkozók láncolata felemésztette, valamint az a célkitűzés, hogy csak az az ajánlattevő legyen alkalmas a szerződés teljesítésére, aki/amely a beszerzés tárgya szerinti munkát ténylegesen elvégezte. E törekvések a törvény egyes - nem az alkalmassági követelményeket szabályozó - rendelkezéseinek módosításai nyomán már megjelentek. A jogalkalmazás azonban a törvény előírásaihoz kell igazodjon. Az ajánlatkérőtől olyan eljárási cselekmények nem követelhetők meg, amelyre sem a Kbt. sem egyéb jogszabályok nem adnak számára lehetőséget. Az ajánlatkérő magatartásának megítélése csak a rá irányadó Kbt. rendelkezések alapján történhet. Az alperes eljárása során nem terjeszkedhet túl az ajánlatkérőt megillető és egyben terhelő jogokon és kötelezettségeken. Helyesen érvelt a felperes azzal, hogy sem az alperes, sem az elsőfokú bíróság nem fejtette ki, mit kell a konkrét ügy specifikumai alatt érteni, mennyiben kell a közbeszerzési eljárásban részt vevőkre nézve kogens szabályokhoz képest eltérő vizsgálat alá vonni, hogy az adott referenciamunka és az azzal alkalmasságot igazolni kívánó személy között megvan-e a releváns tartalmi, oksági kapcsolat. Ennek indokait a másodfokú bíróság nem találta, meggyőződése szerint ilyen, a konkrét ügy okán indokolt eltérő jogalkalmazásra a Kbt. nem ad felhatalmazást.

Mindezekre figyelemmel a másodfokú bíróság úgy ítélte meg, hogy a felperes nem követett el jogsértést, amikor a rendelkezésére álló eszközök alapján az ajánlattevő szerződés teljesítésére alkalmasságát állapította meg, mert nem állt rendelkezésére olyan adat, amelynek alapján ezzel ellentétes megállapítást tegyen. Az alperes ezért jogszerűtlenül állapította meg, hogy a felperesnek a ... Kft. ajánlatát a Kbt. 88. § (1) bekezdésében írt okból érvénytelenné kellett volna nyilvánítania.

A fentiek alapján a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 253. § (2) bekezdése alapján megváltoztatta, az alperes határozatát a Kbt. 348. § (5) bekezdésében írt felhatalmazás alapján, annak marasztaló részében megváltoztatta, és az alperes D.547/23/2009 számú határozatában a felperes terhére rótt jogsértések megállapítását mellőzte.

A felperes sikeres fellebbezése folytán a másodfokú bíróság a Pp. 78. § (1), (2) és 79. § (1) bekezdése értelmében kötelezte az alperest az első-és másodfokú együttes perköltség megfizetésére.

Az alperes az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 5. § (1) bekezdésének c) pontja alapján személyes illetékmentes, ezért a feljegyzett kereseti és fellebbezési illetéket a költségmentességről szóló 6/1986 (VI.26.) IM rendelet 14. § értelmében az állam viseli.

Budapest, 2010. szeptember 22. napján

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

A kiadmány hitelül:
tisztviselő