

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla a jogtanácsos által képviselt I. rendű a Pallós & Gyalcs Ügyvédi Iroda által képviselt II. rendű, a III. rendű és a IV. rendű felpereseknek a jogtanácsos által képviselt **Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság** (1024 Budapest, Margit körút 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében, amely perbe a Tamási & Társai Ügyvédi Iroda által képviselt az alperes pernyertességének előmozdítása érdekében beavatkozott, a Fővárosi Bíróság 2009. évi december hó 3. napján kelt 13.K.34.237/2009/7. számú ítélete ellen az alperes által 8. sorszám alatt, az I. rendű felperes által 10. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán, valamint a II., a III. és a IV. rendű felperesek által a másodfokú eljárás során 6. sorszám alatt előterjesztett csatlakozó fellebbezés folytán az alulírott helyen 2010. évi október hó 13. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

í t é l e t e t:

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét akként változtatja meg, hogy az alperes 2008. június 30-án kelt D.148/45/2008. számú határozatát részben megváltoztatja, és a III. és IV. rendű felperesek vonatkozásában a Kbt. 303. § sérelmének megállapítását mellőzi, erre figyelemmel a II., III. és IV. rendű felperesekre egyetemlegesen kirótt bírság tekintetében az alperesi határozatot hatályon kívül helyezi és ebben a körben az alperest új eljárásra kötelezi. Egyebekben az I., a II., a III. és a IV. rendű felperes keresetét elutasítja.

Az I. rendű felperest terhelő kereseti és fellebbezési illetéket az állam viseli.

Kötelezi a II., a III. és a IV. rendű felpereseket, hogy fizessenek meg az állam javára - az adóhatóság külön felhívására - egyetemlegesen 16 500 (azaz tizenhatezer-ötszáz) forint kereseti és 36 000 (azaz harminchatezer) forint fellebbezési illetéket.

Kötelezi az I. rendű felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 70 000 (azaz hetvenezer) forint, az alperesi beavatkozónak 60 000 (azaz hatvanezer) forint együttes elsőfokú és másodfokú perköltséget.

A II., a III. és a IV. rendű felperesek az elsőfokú és a másodfokú perköltséget maguk viselik.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Az I. rendű felperes, mint ajánlatkérő 2006. január 11-én indított hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárást a „Rekonstrukcióval egybekötött szolgáltatás-igénybevétel biztosító 20 éves PPP-szerződés a BME Schönherz Zoltán kollégiumban” tárgyában. A szerződéses időtartam három fázisra tagozódott: előkészítés, kivitelezés, üzemeltetés. Az ajánlati felhívás lehetőséget adott közös ajánlattételre akként, hogy a nyertes közös ajánlattevőknek jogi személyiségű gazdasági társaságot kell létrehozni. Az ajánlatban meg kellett jelölni a 10%-ot meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozókat, és rájuk nézve is igazolni kellett az alkalmassági feltételeket.

A III. és IV. rendű felperes közösen tett ajánlatot. Az üzemeltetéshez kapcsolódóan az alperesi beavatkozó, mint 10%-on felüli alvállalkozó, és a III. rendű felperes együttműködési megállapodását csatolták, az alperesi beavatkozóra igazolták az alkalmassági feltételeket. A I. rendű felperes a III. és IV. rendű felperes közös ajánlatát hirdette ki nyertesként. Az I., a III. és a IV. rendű felperes 2006. szeptember 11-én megkötötte a „Határozott idejű ingatlan bérleti és szolgáltatási szerződés kollégiumi szolgáltatások igénybevételére” megnevezésű szerződést (a továbbiakban: Szerződés). A III. és IV. rendű felperes - a részvételi felhívásnak megfelelően - 2006. december 11-én létrehozta a II. rendű felperest.

A rekonstrukciós munkálatok nem a terveknek megfelelően haladtak, ezért a Szerződést úgy módosították, hogy az üzemeltetési szolgáltatás kezdő időpontja 2008. március 1. helyett 2008. május 15. lett.

A II. rendű felperes még a rekonstrukciós kivitelezési munkák alatt, 2007. december 17-én ajánlatot kért az üzemeltetésről az alperesi beavatkozótól, aki nem tett ajánlatot, hanem 2008. február 20-án megkereste a III. rendű felperest, hogy kössék meg az üzemeltetési szerződést. Ettől a III. rendű felperes elzárkózott. Eredménytelen egyeztetést követően a II. rendű felperes 2008. március 12-én megadott szempontok szerinti ajánlat benyújtására szólította fel az alperesi beavatkozót.

Az alperesi beavatkozó ajánlat helyett jogorvoslati kérelemmel fordult az alpereshez. Ebben a II., a III. és a IV. rendű felperes eljárását kifogásolta, amely

álláspontja szerint sérti a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. tv. (a továbbiakban: Kbt.) tételesen megnevezett 304.§ (1) és (2) bekezdését. A D.148/23/08. iktatószámú, 2008. május 6-án előterjesztett nyilatkozatban hivatkozott arra, hogy a II. rendű felperes eljárása sérti a Kbt. 303.§-át. Az I. rendű felperes részt vett a 2008. május 7-ei jogorvoslati tárgyaláson.

A jogorvoslati eljárás tartama alatt, 2008. május 14-én a II. rendű felperes az üzemeltetésre vonatkozó vállalkozói szerződést kötött a HÉROSZ FM Kft-vel. Az I. és a II. rendű felperes ugyanezen a napon, a 10%-ot meghaladó mértékben feltüntetett alvállalkozó személyében bekövetkezett változás miatt, módosította a Szerződést.

Az alperes a 2008. június 5-én kelt D.148/39/2008. sorszámu végzésével tájékoztatta az eljárás feleit és az I. rendű felperest, hogy a Kbt. 334.§-ának (1) bekezdése alapján hivatalból eljár és vizsgálja, hogy az I. rendű felperes jogszerűen járt-e el a közbeszerzési eljárást lezáró Szerződés teljesítése során, betartotta-e a Kbt. vonatkozó rendelkezéseit, különösen a 303.§-át és 304.§-ának (2) bekezdését. Az alperes a szerződéskötési körülmények vizsgálata alapján azt állapította meg, hogy sem a Kbt. 304.§ (2) bekezdés szerinti, sem a Kbt. 303.§ szerinti feltételek nem valósultak meg egyik érintett esetében sem, a megkövetelt változás nem a Szerződés megkötése után következett be, mivel előzetesen sem volt meg. Továbbá az I. rendű felperesnél nem került sor a Szerződés módosításához szükséges hozzájárulásra. Mindezekre tekintettel az alperes a 2008. június 30-án kelt D.148/45/2008. számú határozatában megállapította, hogy az I., II., III. és IV. rendű felperések megsértették a Kbt. 303.§-át, valamint 304.§-ának (2) bekezdését, ezért az I. rendű felperest 15.000.000 forint, a II., III. és IV. rendű felperest egyetemlegesen 15.000.000 forint bírság megfizetésére, a II., III. és a IV. rendű felperest, az alperesi beavatkozó részére, egyetemlegesen 900.000 forint igazgatási szolgáltatási díj megfizetésére kötelezte. A bírsághoz kapcsolódó indokok szerint súlyos jogsértés valósult meg azáltal, hogy a húsz éves üzemeltetést - mely önmagában is sokszorosan meghaladja a közösségi értékhatárt - egy olyan 10% feletti alvállalkozó teljesítheti, aki a közbeszerzési eljárásban nem vett részt, bevonásának kötelező törvényi feltételei nem álltak fenn. Önálló elemként értékelte a húsz éves teljesítési időt, azt hogy a jogsértés reparálhatósága nem áll fenn, mivel az új alvállalkozóval az üzemeltetési szerződést megkötötték, illetőleg a közbeszerzési eljárást lezáró Szerződés is módosításra került. A közbeszerzés értékét 129.24 millió forint/év díjban vette figyelembe. A felperések terhére értékelte a jogsértő helyzet kialakítását, az I. rendű felperes terhére azt, hogy hozzájárulásával ténylegesen is lehetővé vált az új alvállalkozó közreműködése, a Szerződés módosítása, a módosítás szerinti teljesítés, amely jogsértés súlyát nem csökkentí az a körülmény, hogy a közlés időpontjában az I. rendű felperesnek az üzemeltetési szolgáltatás nyújtására szüksége volt. Az egyetemleges fizetésre kötelezésnél figyelembe vette a III. és IV. rendű felperések nyertes ajánlattevői pozícióját, valamint azt, hogy az általuk alakított projekt társaság kötelezettségeiért teljes körűen felelnek. Az alperes értékelése szerint közreműködésük mértéke a kérelmezettek egymás közötti polgári jogi jogviszonyában vizsgálható.

Az elsőfokú bíróság a felperesek keresetei nyomán a 13.K.33.057/2008/25. számú ítéletével az alperes határozatát akként változtatta meg, hogy az I-IV. rendű felperesek terhére a Kbt. 303.§ és 304.§ (2) bekezdés megsértését megállapító, valamint a bírság megfizetését előíró rendelkezéseket mellőzte, rendelkezett arról, hogy a jogorvoslati eljárásban megfizetett 900.000 forint igazgatási szolgáltatási díjat az alperesi beavatkozó viseli. Kötelezte továbbá az alperesi beavatkozót, hogy a II., III. és IV. rendű felperesnek külön-külön fizessen meg 40.000 - 40.000 - 30.000 forint költséget a jogorvoslati eljárással kapcsolatban. Kötelezte továbbá az alperest és alperesi beavatkozót egyetemlegesen, hogy 15 napon belül fizessenek meg a „felperesnek fejenként” 30.000 - 30.000 forint perköltséget.

Az alperes és az alperesi beavatkozó fellebbezése folytán eljáró másodfokú bíróság észlelte, hogy a II., a III. és a IV. rendű felperes esetében vizsgálható jogsértéseket helyesen állapította meg az elsőfokú bíróság. Mivel azonban a jogorvoslati kérelmet tévesen idő előttinek értékelte, illetve azt állapította meg, hogy az I. rendű felperessel szemben nem volt helye a hivatalbóli eljárásnak, érdemben nem vizsgálta a felpereseknek a jogsértéseket vitató-, illetőleg a bírság körében előterjesztett kereseti kérelmét. Ezért a Fővárosi Ítéltábla a 4.Kf.27.211/2009/5. számú végzésével az elsőfokú bíróság ítéletét hatályon kívül helyezte, és az elsőfokú bíróságot a per további tárgyalására, és újabb határozat hozatalára utasította.

A megismételt eljárás során az elsőfokú bíróság az alperesi határozatnak a III. és IV. rendű felperesek jogsértésének megállapító, továbbá az I. rendű felperest és a II-IV. rendű felpereseket pénzbírság megfizetésére kötelező rendelkezéseit hatályon kívül helyezte, és a bírság körében, az I. és a II. rendű felperesek tekintetében, az alperest új eljárásra kötelezte. Egyebekben az I. és a II. rendű felperesek keresetét elutasította.

Az eljárásjogi kérdésekben elsődlegesen rögzítette, hogy a III. és a IV. rendű felperesek tekintetében nem volt a Kbt. 303.§-ára vonatkozó jogorvoslati kérelem, az alperes hivatalból sem járt el, ezért alaptalan volt rájuk nézve ezen jogszabályi hely sérelmének megállapítása.

Az eljárás hivatalbóli kiterjesztése kapcsán - I. rendű felperes vonatkozásában - az alperes a Kbt. 334.§ (1) bekezdésnek, 330.§ (1) bekezdésnek megfelelően járt el. Nincs adat arra vonatkozóan, hogy az I. rendű felperes el lett volna zárva az iratbetekintéstől, vagy bármely jogának érvényesítésétől.

A továbbiakban a Szerződés módosításának a Kbt. 303.§ szerinti lehetőségeit vizsgálta az elsőfokú bíróság. Értékelése szerint az alperes helytállóan állapította meg, miszerint a Szerződés megkötésekor ismert volt, hogy az üzemeltetési szolgáltatásra a felek még nem szerződtek: a későbbi megkötés lehetősége magában hordozta, hogy arra esetleg nem fog sor kerülni. Így az üzemeltetési szerződésnek-, illetőleg a szerződéses feltételeknek a hiánya a Szerződés megkötésekor ismert volt, arra az I. és a II. rendű felperes jogsértően alapozta a Szerződés módosítását. Az alperesnek csak a módosítási ok ismertségét kellett vizsgálni, azt nem, hogy a felek miért nem tudtak megállapodni az üzemeltetési

szerződés feltételeiben, kinek a hibájából nem jött létre. Az elsőfokú bíróság ezért mellőzte a tanúmeghallgatást.

A Kbt. 304.§-ának alkalmazandósága kapcsán rögzítette az elsőfokú bíróság, hogy az kifejezetten nem tartalmazza az ajánlatkérői hozzájárulás szabályait, azt hogy kell-e az ajánlatkérőnek vizsgálnia, miszerint az új alvállalkozó megfelel-e az alvállalkozókra meghatározott követelményeknek, és milyen dokumentumok vizsgálatára kötelez. A Kbt. 304.§ (2) bekezdéséből nem következik, hogy az ajánlatkérő ellenőrzési kötelezettsége az új vállalkozó bevonása esetén is fennáll. Erre tekintettel nem róható az I. rendű felperes terhére jogsértés azért, mert nem vizsgálta az új alvállalkozó alkalmasságát. A Szerződéskötés körülményeiből azonban következik, hogy a módosítás az előre látható körülmények alapján volt jogsértő, azaz a Kbt. 304.§ (2) bekezdésének megsértése is ezen ok miatt volt jogsértő.

A Kbt. 304.§ (2) bekezdésével érintett személyi kör vizsgálata során az elsőfokú bíróság megállapította, hogy az új alvállalkozónak a Szerződésben való közreműködése a szolgáltatást nyújtó fél, és a megrendelő döntésének következménye, így a döntésért való jogi felelősséget is nekik kell viselni. Mivel a döntés meghozatalában nem vett részt, a III. és IV. rendű felperes tekintetében nem állapítható meg, hogy megsértették volna a Kbt. 304.§-ának (2) bekezdését.

Az elsőfokú bíróság a bírságra vonatkozóan, valamennyi felperes tekintetében, rögzítette, hogy az alperes mérlegelési körben járt el, amely jogkört a bíróság nem veheti át, ezért van annak jelentősége, hogy a mérlegelés szempontja, és a bizonyítékok mérlegelésének okszerűsége kitűnik-e a határozatból. A III. és IV. rendű felperes tekintetében azért helyezte hatályon kívül az alperesi határozatot, mert esetükben tévesen került megállapításra mind a Kbt. 303.§-nak, mind a 304.§ (2) bekezdésének sérelme. A II. rendű felperes esetében nem volt megállapítható, hogy felelősségét az alperes - az egyetemleges bírság megfizetésre kötelezés során - hogyan értékelte.

Az I. rendű felperesnek a bírságra vonatkozóan előterjesztett másodlagos kereseti kérelme kapcsán az elsőfokú bíróság kifejtette, az alperes törvényesen alkalmazta a bírságot a súlyos jogsértések miatt, azonban a határozat indokolásából nem derül ki, hogy értékelte-e, és ha igen, miben az I. rendű felperes javára szóló körülményeket. Osztotta az I. rendű felperes érvelését, hogy a bírság összegének megállapításánál az alperes figyelmen kívül hagyta azon releváns körülményeket, melyek szerint az üzemeltetési szolgáltatás kezdő időpontja előtt egy nappal értesült a felek közötti vitáról, miközben az üzemeltetési szolgáltatásra feltétlenül szüksége volt, és azt oktatási nevelési célból kívánta igénybe venni. Az elsőfokú bíróság álláspontja szerint ezért nem volt ellenőrizhető, hogy a kiszabott bírság arányos-e a jogsértés súlyával.

Az I. rendű felperes fellebbezésében az elsőfokú ítélet megváltoztatását, az alperesi határozat teljes egészében történő hatályon kívül helyezését kérte. Az eljárásjogi kérdések tekintetében vitatta, hogy az eljárás hivatalbóli kiterjesztése során az alperes eleget tett volna kötelezettségeinek. Ügyféli jogai akkor csorbultak, amikor úgy kellett nyilatkozatokat tennie, hogy azt sem tudhatta - és ez az iratbetekintésből

sem derült volna ki -, hogy mégis milyen oknál fogva véli kifogásolhatónak magatartását az alperes, mit tart felróhatónak.

Az anyagi jogszabályok körében kifejtette, hogy a Kbt. 303.§, illetőleg a 304.§ (2) bekezdései szerinti esetekben csak olyan események minősíthetők, amelyeknél a biztosat majdnem megközelítően valószínű a bekövetkezés: az együttműködésre kötelezett felek között utóbb fellépő üzleti jellegű vita nem tartozik ebbe a körbe. Az elsőfokú bíróság azt helytállóan rögzítette, hogy az I. rendű felperesnek a Kbt. rendelkezései hiányában nem volt kötelezettsége az alvállalkozó cseréjével kapcsolatos formai előírásokat vizsgálni. De a felperesnek, az elsőfokú ítélet indokolásával szemben, olyan kötelezettsége sem volt, hogy egy vele jogviszonyban nem álló harmadik fél és a fővállalkozója közti polgári jogi jogvitát érdemben értékeljen. Abból, hogy az I. rendű felperes nem írta elő a közbeszerzési eljárásban a megkötött együttműködési szerződés meglétét, nem következik, hogy előre látnia kellett volna a szerződés megkötésének megghiúsulását. Az elsőfokú bíróság ítéletéből az is következne, ami szintén nem tűnik életszerűnek, hogy amennyiben az alvállalkozót hibás teljesítés, vagy nem teljesítés miatt kell lecserélni, akkor a megrendelő szempontjából az is előre látható ok. A Kbt. azon rendelkezése, amely megengedi az alvállalkozóval a későbbi szerződéskötést, kizárja az előreláthatóságot. A Kbt. 303.§-ában meghatározott „előre nem látható ok” helytelen értelmezése következtében semmilyen oknál fogva nem kerülhetne sor a közbeszerzési szerződések módosításra.

További álláspontja szerint az elsőfokú ítéleti indokolással szemben igen is releváns az, hogy kinek felróhatóan, milyen okból hiúsult meg az üzemeltetési szerződés megkötése, mert ebből ítéltető meg az a körülmény, hogy kinek és mit kellett volna előre látnia, valójában ki sértett jogot: ezt az elsőfokú bíróságnak érdemben kellett volna vizsgálni. A II. rendű felperes előadásaai megerősítik azt, hogy sem az I. sem a II. rendű felperes nem követte el a terhére rótt jogsértéseket, a III. és IV. rendű felperesek mindent megtettek, hogy a teljesítésbe bevonják az alperesi beavatkozót. Egyébként, ha a II. rendű felperes nem sértette meg a Kbt. 303-304.§-ait fogalmilag az is kizárt, hogy az I. rendű felperes megsérthette volna. Az érdemi vizsgálat elmaradásával az elsőfokú bíróság a másodfokú bíróság végzésének sem tett eleget.

Hivatkozott arra, hogy a Kbt. 303.§-ára nézve kifejtettek a Kbt. 304.§ (2) bekezdésével összefüggésben is alkalmazandók.

Az alperes fellebbezésében az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatását, a felperesek keresetének teljes körű elutasítását kérte. A jogorvoslati eljárás terjedelmére vonatkozóan arra hivatkozott, hogy az alperesi beavatkozó a II-IV. rendű felperessel szemben nyújtotta be jogorvoslati kérelmét, velük szemben jogsértések megállapítását jogkövetkezmények alkalmazását kérte, és a II-IV. rendű felperes ennek megfelelően nyilatkozott a Kbt. 303. §-ára és 304.§ (2) bekezdésére. Az alperes által meghozott határozatot a III-IV. rendű felperes olyan okból, hogy velük szemben az alperesi beavatkozó a Kbt. 303.§ és 304.§ (2) bekezdésének megsértése miatt nem terjesztett elő kérelmet, nem vitatták, ellenkezőleg éppen annak alaptalanságára hivatkoztak.

A projektársasághoz kapcsolódóan előadta, hogy a Kbt. irányadó szabályozása még nem rendezte teljes körűen a kapcsolatos kérdéseket, ezért az alperesnek a Kbt. kógens szabályozási struktúrája alapján kellett minősíteni a helyzetet. E szerint az ajánlati kötöttség a Kbt. 99.§ (1) bekezdés értelmében az ajánlatra áll be, és kizárólag ennek megfelelően köthető meg az eljárást lezáró Szerződés is, amely az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő között jön létre. A Szerződésben meghatározott jogokat és kötelezettségeket, amelyek a nyertes ajánlattevővel szemben állnak fenn, nem lehet megszüntnek tekinteni - mint tette azt az elsőfokú bíróság - csak amiatt, hogy a teljesítésre, illetve jelen esetben annak egy részére - egyébként éppen a nyertes ajánlattevők - létrehozták az ajánlatkérő előírása szerinti projektársaságot. A Kbt. 303.§-ában és 304.§-ában meghatározott kötelezettségek is a nyertes ajánlattevőkkel szemben kerültek meghatározásra, így ezen előírások alól, amelyek a Kbt. 306.§ (4) bekezdés alapján a Szerződés részei, nem mentesülhetnek a nyertes ajánlattevők. A Kbt. ezen szabályozásával ellentétesen rögzítette a Szerződés XVIII.1. pontja, hogy a nyertes ajánlattevők helyébe az általuk létrehozott projekt társaság lép. Megjegyzendő, hogy maga a Szerződés is fenntartotta a nyertes ajánlattevők teljes körű felelősségét a teljesítésért. Hangsúlyozta, hogy a jogsértéshez vezető helyzet az által alakulhatott ki, hogy a III-IV. rendű felperesek az ajánlat adás időszakában nem állapodtak meg a végleges üzemeltetési feltételekben. Egyebekben a II., a III. és a IV. rendű felperes között, valamint az új alvállalkozót tekintve, mind a vezető tisztségviselők, mind a céges tagság tekintetében, átfedések vannak.

A továbbiakban az I. rendű felperes és az új alvállalkozó közötti közbeszerzési kapcsolatot elemezve kifejtette, hogy az elsőfokú bíróság álláspontjának elfogadása azt jelentené, hogy az új 10% feletti alvállalkozó egyszerűen saját magára nézve-, saját maga által kiállított nyilatkozat alapján bevonható lenne, a korábbi-, a Kbt. alapján már vizsgált és megfelelt - alvállalkozó helyett.

Álláspontja szerint a bíróság tekintetében az alperesi határozat mind a jogalap, mind az összecszerűség tekintetében helytálló volt. A mérlegelés szempontjait közölte, és maga a mérlegelés is okszerű volt. A szervezetek közötti érdekazonosság folytán jogszerű volt a II., III. és IV. rendű felperes egyetemleges kötelezése.

Az I. rendű felperes esetében, a bíróság körében, az elsőfokú bíróság tévesen állapította meg, hogy ne értékelték volna a szolgáltatás szükségességét. A javára szolgáló körülményeket azért nem vette figyelembe, mert ilyen nem állt fenn: nem felel meg a tényeknek, hogy az I. rendű felperes csak az üzemeltetés előtt egy nappal értesült volna a felek közötti vitáról, és az oktatási cél a bíróság körében nem minősíthető az I. rendű felperes javára értékelhető szempontnak. Egyébként, hogy ha adott volt, hogy milyen szempontot hagyott ki az alperes, vagy miként mérlegelt nem okszerűen, akkor a bíróság élhetett volna a megváltoztatási jogával. A jogsértés súlya mellett nem alapozható meg alacsonyabb összegű bíróság.

A II., a III. és a IV. rendű felperes fellebbezési határidő elmulasztása miatt előterjesztett igazolási kérelmét a másodfokú bíróság a Legfelsőbb Bíróság Kfv.VI.39.137/2010/2. számú végzésével helybenhagyott 4.Kf.27.17/2010/2. végzésével elutasította és fellebbezésüket hivatalból elutasította.

A II., a III. és a IV. rendű felperesek ezt követően csatlakozó fellebbezést terjesztettek elő, az elsőfokú ítélet megváltoztatását, az alperesi határozat teljes egészében történő hatályon kívül helyezését kérve.

A történeti tényállás, illetőleg a per-történet felvázolását követően előadták, tévedett az elsőfokú bíróság akkor, amikor az I. és II. rendű felperesek terhére megállapította a Kbt. 303.§-ában foglalt rendelkezések megsértését, és akkor is, amikor nem vizsgálta, hogy a felek miért nem tudtak megállapodni az üzemeltetési szerződés feltételeiben. Egyébként kérdéses az is, hogy a Szerződés megkötésekor kellett-e előre látni azt, hogy majdan nem lehet megállapodni az alperesi beavatkozóval. A Kbt. 303.§-ában meghatározott előre nem látható ok helytelen értelmezése az, hogy a közbeszerzési szerződés módosítására semmilyen olyan ok miatt nem kerülhet sor, amely későbbi bekövetkezésének lehetőségét a szerződéskötéskor nem lehet kizárni. A közbeszerzési szerződés módosítások gyakorlatában leggyakrabban hivatkozott indokok - hatósági eljárásoknál ügyintézési határidő túllépése, engedélyek végrehajthatóságának jogorvoslati eljárások miatti késedelme stb. - mind olyan okok, amelyek az elsőfokú ítélet indokolása szerint a közbeszerzési szerződések megkötésekor nem zárhatóak ki. Álláspontja szerint az elsőfokú ítélet helyesen állapította meg, hogy az új alvállalkozónak a Szerződésben való közreműködése a szolgáltatást nyújtó fél, és a megrendelő döntésének következménye, így a döntésért való jogi felelősséget is nekik kell viselniük, azzal, hogy a II. rendű felperes általi teljesítéséért a nyertes ajánlattevők - a III. és IV. rendű felperesek - felelősséggel tartoznak. Ez a felelősség azonban a szerződés teljesítésért fennálló felelősség és nem bármilyen jogsértésért bárkivel szemben fennálló abszolút szerkezetű felelősség. Az alperesi fellebbezéssel szemben az a tény, hogy a III. és IV. rendű felperesek a II. rendű felperes tulajdonosai, nem alapozzák meg mögöttes felelősségüket a jogsértésekért. A Kbt. 303.§-ával összefüggésben előadottakat a 304.§ (2) bekezdésével összefüggésben is fenntartották.

Az alperes fellebbezési ellenkérelmét az I. rendű felperes fellebbezése tekintetében terjesztette elő, mivel az elsőfokú bíróság jogszerűen utasította el az I. rendű felperes keresetét. Hangsúlyozta, hogy maga az I. rendű felperes sem jelölt meg tényállási hiányosságokat, csak a tényekből eltérő következtetéseket vont le. Kiemelte, hogy a konkrét ügy tényállása több szempontból specifikus.

Az I. rendű felperes az alperes fellebbezésére vonatkozó fellebbezési ellenkérelmében hangsúlyozta, hogy az új 10% feletti alvállalkozó alkalmassága megítélése körében nem járt el jogszerűen. A Kbt. kógens rendelkezései alapján ugyanis csak annyit lehet az I. rendű felperes terhére róni, mint amennyit a Kbt. kötelezően előírt, minden más értelmezés kiterjesztő lenne. A bíróság tekintetében is helytálló volt az elsőfokú ítélet, mivel az alperes határozatából semmi nem derül ki arra nézve, milyen megfontolások vezettek az I. rendű felperes esetében a bíróság összegének megállapításához.

Az alperesi beavatkozó ellenkérelemként korábbi nyilatkozatainak figyelembe vételét kérte.

A II., a III. és a IV. rendű felperes nem terjesztett elő ellenkérelmet.

Az I. rendű felperes fellebbezése és a II., a III. és a IV. rendű felperes csatlakozó fellebbezése alaptalan, az alperes fellebbezése részben alapos.

A Fővárosi Ítéltábla a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. tv. (a továbbiakban: Pp.) 252.§-a (2) bekezdését és (3) bekezdését alkalmazva, az elsőfokú eljárás lényeges szabályai megtartását vizsgálva elsődlegesen azt értékelte, az elsőfokú bíróság eleget tett-e a 4.Kf.27.211/2009/5. számú végzésben előírtaknak. Megállapította, hogy erre maradéktalanul sor került - a végzés szerinti érdemi vizsgálatra a későbbiekben részletesen kitér a másodfokú bíróság - és az elsőfokú eljárás egyéb lényeges szabályai sem sérültek, továbbá a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése szerinti esetleges megváltoztatáshoz szükséges adatok rendelkezésre állnak, ezért a felek fellebbezéseit érdemben bírálta el.

Ennek során a Fővárosi Ítéltábla elsődlegesen ismételten azt rögzíti, hogy az elsőfokú bíróság - akárcsak az alapeljárásban - helytállóan határozta meg az alperesi beavatkozó jogorvoslati kérelmének terjedelmét. A Fővárosi Ítéltábla, egyezően a 4.Kf.27.211/2009/5. számú végzésében foglaltakkal, az alperesi beavatkozó jogorvoslati kérelmének adatai alapján csak azt állapíthatta meg, hogy a jogorvoslati kérelem Kbt. 304.§ (2) bekezdés sérelmére vonatkozó előadása a II., a III. és a IV. rendű felperessel szemben-, a 303.§ megsértése kizárólag a II. rendű felperessel szemben lett benyújtva és az alperes a III. és IV. rendű felperesre nézve a Kbt. 303.§-ára nem terjesztette ki hivatalból az eljárást. Az alperesi fellebbezésben foglaltakkal szemben az is megállapítható, hogy a jogorvoslati eljárás terjedelmét nem az ellenérdekű felek nyilatkozatainak tartalma, hanem - a Kbt. 324.§ (1) bekezdés d/ pontjának megfelelően - a jogorvoslati kérelem határozza meg. Arra is alaptalanul hivatkozott az alperes fellebbezésében, hogy a III. és a IV. rendű felperes a bírósági felülvizsgálat során nem hivatkozott volna arra, hogy jogorvoslati kérelem hiányában hozott határozatot az alperes: a II., a III. és a IV. rendű felperesek a közösen előterjesztett keresetlevél 3/ pontjában hivatkoztak arra, hogy az alperes az alperesi beavatkozó 2008. március 31-ei kérelmétől eltérő jogsértés alapján tett megállapítást. Az alperesi határozatot követően pedig, értelemszerű a keresetben a megállapítás teljes körű - a Kbt. mindkét szakaszára kiterjedő - anyagi jogi vitatása is.

Az eljárásjogi kérdések körében az elsőfokú bíróság helytállóan állapította meg, hogy az eljárás I. rendű felperesre történő hivatalbóli kiterjesztése kapcsán az alperes jogszerűen járt el. Az I. rendű felperes fellebbezése nyomán a másodfokú bíróság kiemeli, hogy a D.148/39/2008. számú végzésében az alperes megjelölte a hivatalbóli eljárással érintett a Kbt. rendelkezéseket, közölte, hogy az eljárást az I. rendű felperesre is kiterjeszti. Arra pedig, mint az elsőfokú bíróság megállapította, valóban nincs adat, hogy az I. rendű felperes el lett volna zárva az iratbetekintéstől, vagy bármely jogának érvényesítésétől.

A feleknek a Kbt. 303.§ és 304.§ (2) bekezdéseit vitató előadásai kapcsán a másodfokú bíróság először az intézményi jellemzőket vizsgálta.

A Kbt. 303.§-a szerint a felek csak akkor módosíthatják a szerződésnek a felhívás, a dokumentáció feltételei, illetőleg az ajánlat tartalma alapján meghatározott részét, ha a szerződéskötést követően - a szerződéskötéskor előre nem látható ok következtében - beállott körülmény miatt a szerződés valamelyik fél lényeges jogos érdekét sérti. A 304.§ (2) bekezdése alapján az ajánlattevőként szerződő fél teljesítésében - ha az ajánlatkérő a felhívásban előírta a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozók megjelölését - csak az ajánlatban megjelölt alvállalkozó működhet közre; ebben az esetben az alvállalkozó sem vehet igénybe saját teljesítésének tíz százalékát meghaladó mértékben teljesítési segédet. Ha a szerződéskötést követően - a szerződéskötéskor előre nem látható ok következtében - beállott lényeges körülmény miatt a szerződés vagy annak egy része nem lenne teljesíthető a megjelölt alvállalkozóval, az ajánlatkérőként szerződő fél más megjelölt szervezet (személy) közreműködéséhez is hozzájárulhat, ha az megfelel a közbeszerzési eljárásban az alvállalkozókra meghatározott követelményeknek.

A 4.Kf.27.211/2009/5. számú végzésében már kitért arra a Fővárosi Ítélőtábla, hogy a Kbt. ezen rendelkezései két eltérő tényállást tartalmaznak, melyek nem szükségszerűen épülnek egymásra. A Kbt. 303.§-a az ajánlatkérő és a nyertes közötti jogviszonyt szabályozza, a 304.§ (2) bekezdése pedig a nyertes szerződés szerinti teljesítését, amely további tényállási elemek megvalósulása esetén eredményezheti a szerződés módosítást a Kbt. 303.§-a szerint. A fellebbezésekben és ellenkérelmekben foglaltakra tekintettel ezt most azzal egészíti ki a másodfokú bíróság, hogy a Kbt. 303.§ szerinti szerződés módosítás nem eredményezheti, hogy a szerződő felek személyében változás álljon be (Fővárosi Ítélőtábla 3.Kf.27.123/2010/7.). A 10%-ot meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó személyének változása is csak a Kbt. 304.§ (2) bekezdés szerinti módon következhet be jogszerűen: a feltételeket a Kbt. 304.§ (2) bekezdés konjunktív módon határozza meg. Ha a változás jogszerűen következik be, a szerződés a Kbt. 303.§ alapján - az ott meghatározott további feltétel teljesülése esetén - jogszerűen módosítható, ha viszont sérül a Kbt. 304.§ (2) bekezdése, kizárt a Kbt. 303.§ jogszerű alkalmazása.

Tehát az alvállalkozó változására alapított közbeszerzési szerződés módosítás esetén követendő jogszerű eljárás fordított, mint amilyen sorrendre az I. rendű felperes fellebbezésében és a II., a III. és a IV. rendű felperes csatlakozó fellebbezésében hivatkozott. Az alvállalkozó változása esetén nem a Kbt. 303.§-ának szabályai alkalmazandók a 304.§ (2) bekezdésével összefüggésben, hanem csak a 304.§ (2) bekezdés szerinti feltételek beállta esetén kerülhet sor a Kbt. 303.§-ának megfelelő, jogszerű szerződésmódosításra, amennyiben a Kbt. 303.§ szerinti további feltételek is teljesülnek. Megjegyzi a másodfokú bíróság, hogy az alperesi határozat is ezt a jogszabályi sorrendet követte, amikor először a Kbt. 304.§ (2) bekezdés szerinti feltételek teljesülését vizsgálta, és csak ezt követően tért rá a 303.§ szerinti értékelésére.

A Kbt. 303.§ és 304.§-a közötti kapcsolat folytán az elsőfokú bíróságnak először is a Kbt. 304.§ (2) bekezdés szerinti feltételeket kellett volna vizsgálni. Másodsorban alaptalanul következtetett arra, hogy a Kbt. 304.§-ának (2) bekezdése ne tartalmazzon kifejezetten azt, hogy az ajánlatkérőnek vizsgálnia kell az új alvállalkozó megfelelőségét. A Kbt. 304.§-ának (2) bekezdése ugyanis a fentiekben már hivatkozott konjunktív feltételeket tartalmaz, melyek sorában az, hogy az új alvállalkozó megfelel-e a közbeszerzési eljárásban az alvállalkozókra meghatározott követelményeknek, semmilyen módon meg nem kerülhető követelmény, elmaradása esetén irrelevánssá válik a Kbt. 304.§ (2) bekezdésének minden további feltétele.

Az alperes határozatában megbontotta a Kbt. 304.§ (2) bekezdés szerinti feltételrendszert: csak az I. rendű felperesre nézve vizsgálta, hogy jogszerű volt-e hozzájárulása az új 10% feletti alvállalkozó bevonásához, valamennyi felperes esetében értékelte azonban az előreláthatóság követelményét. A Fővárosi Ítélőtábla, erre tekintettel vizsgálta a fellebbezések és ellenkérelmek nyomán Kbt. 304.§ (2) bekezdésével összefüggésben az előre láthatóság kérdését.

A másodfokú bíróság értékelése szerint az előreláthatóság kérdésének alapvető elemét tartalmazza az alperesi határozat 40. oldal 3. bekezdése. Az alperes ugyanis a Kbt. 304.§ (2) bekezdése szerinti „előre nem látható”-ságból a „változás” szükségességét ragadta meg, mellyel a Fővárosi Ítélőtábla egyetért. Eszerint a közbeszerzési eljárásban a Szerződés megkötése folytán - a beállott ajánlati kötöttségre tekintettel - már rögzült mind a Szerződésben résztvevők személye, mind az ellátandó feladat. A teljesítés időszakában már csak a korábbi megállapodáshoz képest bekövetkező változások értékelhetők, az alvállalkozó teljesítésére vonatkozó, a nyertes és a vállalkozó közötti korábbi megállapodás hiányában pedig, nincs változás.

A csatlakozó fellebbezésben hivatkoztak szintén a Kbt. 304.§ (2) bekezdés által megkívánt, valamihez képest történő változás szükségességét igazolják. A II., III. és IV. rendű felperes által példaként megjelölt ügyintézési határidő túllépése, engedélyek végrehajthatóságának jogorvoslati eljárások miatti késedelme, mind olyan esemény, amelyek valamilyen „jogszerű” ügymenettől való eltéréssel következnek be. A jelen esetben azonban az alperesi beavatkozóval való üzemeltetési szerződéskötés elmaradása következtében nem volt mihez képest eltérni, nem volt mihez képest hivatkozni arra, hogy az ajánlati kötöttség alapján létrejött Szerződés nem teljesíthető. Ennek folytán hivatkozott az I. rendű felperes megalapozatlanul arra, hogy az elsőfokú bíróság által kifejtett indokok szerint előre látható ok lenne az is, ha az alvállalkozót hibás teljesítése, vagy nem teljesítése miatt kellene lecserélni: ebben az esetben ugyanis van mihez képest eltérni, van minek változni, mivel az alvállalkozónak a vele kötött szerződése alapján már teljesítenie kell/kellene.

Az I. rendű felperes kitért arra, hogy a Kbt. lehetővé teszi, hogy az ajánlati szakaszban megjelölt alvállalkozóval a nyertes a közbeszerzési szerződés megkötését követően kössön szerződést. A Fővárosi Ítélőtábla ennek kapcsán arra utal, hogy a nyertes ajánlatban szereplő személyi körtől való eltérés csak a Kbt. szabályai szerint lehetséges: az ajánlatkérő és a nyertes személye egyáltalán nem-,

az alvállalkozó személye pedig csak a teljesítési szakaszban, és csak a Kbt. 304.§ (2) bekezdés szerint változtatható meg. A változás csak akkor következhet be, ha a nyertes és 10% feletti alvállalkozója már megállapodott: ennek hiányában az alvállalkozó személye nem változhat.

Az eltérés, a változás hiánya következtében sem volt alkalmazható a Kbt. 304.§-ának (2) bekezdése, hangsúlyozva, hogy az I. rendű felperes nem vizsgálta, megfelel-e a közbeszerzési eljárás alkalmassági feltételeinek az új alvállalkozó.

A Fővárosi Ítéltábla itt tér ki arra, hogy értékelése szerint az elsőfokú bíróság eleget tett a 4.Kf.27.211/2009/5. számú végzés azon előírásának, miszerint vizsgálni kell a kereseti kérelmeknek a jogsértés megállapítását érdemben vitató előadásait. Az elsőfokú bíróság az alapul szolgáló tényállásból helytállóan emelte ki az alperesi beavatkozóval való szerződéskötés elmaradását, és ebből alappal következtetett a jogsértés megtörténtére. Az érdemi vizsgálat a szükséges mértékben megtörtént, az elsőfokú bíróság nem vétett eljárási hibát.

Az I. rendű felperes fellebbezése kapcsán itt utal a másodfokú bíróság arra, hogy mivel az üzemeltetésre is kiterjedő Szerződés megkötésekor, még a közbeszerzési eljárás időszakában, nem állapodtak meg a nyertes ajánlatban 10%-ot meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alperesi beavatkozóval, nem releváns, hogy a teljesítési szakaszban kinek a magatartása következtében maradt el a közbeszerzési eljárásban megjelölt alvállalkozóval való üzemeltetési szerződés megkötése.

Mivel a Fővárosi Ítéltábla a fentiekben megállapította, hogy nem teljesültek a Kbt. 304.§ (2) bekezdésének feltételei, meg kellett állapítani azt is, hogy az alvállalkozó személyére alapított okból nem kerülhetett sor a Kbt. 303.§ alapján a Szerződés módosítására. Ki kell azonban emelni, hogy az alperesi határozat, még akkor is, ha csak utalt a korábbi okfejtésre, a Kbt. 303.§-ához fűződően önállóan vizsgálta, hogy bekövetkezett-e a Szerződés megkötését követően előre nem látható körülmény, illetőleg a határozat 46. oldal első bekezdésében kitért a további követelménynek, a lényeges jogos érdeknek a vizsgálatára is.

Az alperes fellebbezése nyomán a Fővárosi Ítéltábla itt vizsgálta a közbeszerzési eljárás közös ajánlattevő nyertesei által az ajánlati szerződés alapján létrehozott jogi személyiségű gazdasági társaság, az ún. projektársaság problematikáját. Az elsőfokú bíróság ugyanis azért nem állapította meg a III. és a IV. rendű felperesek esetében a Kbt. 304.§-a (2) bekezdésének megsértését, mert közvetlenül nem vettek részt a Szerződés módosításában.

Az érintett időszakban hatályos Kbt. még nem tartalmazta a projektársaságok szabályait. Az alperes azonban alappal hivatkozott arra fellebbezésében, hogy az ajánlati kötöttség mind a III., mind a IV. rendű felperesre nézve beállt, a részvételi felhívásnak megfelelő jogi személyiségű gazdasági társaság létrehozásával - a Kbt. ellentétes rendelkezésének hiányában - nem volt lehetőség az őket a közbeszerzési eljárás alapján terhelő kötöttségek átruházására. Mivel a Kbt. 304.§ (2) bekezdése az ajánlattevőként szerződő félre vonatkozik, és a Szerződést még a III. és IV. rendű felperes kötötte az I. rendű felperessel, az általuk kötött Szerződés

módosítása esetén nem mentesülhetnek az időközben létrehozott projekttársaságra hivatkozással.

Maga a Szerződés is tartalmazza, hogy a II. rendű felperes mellett a III. és IV. rendű felperes teljes körű felelősséget vállal. A II., a III. és a IV. rendű felperesek előadása szerint ez a felelősség nem abszolút szerkezetű, kizárólag a teljesítéssel kapcsolatban áll fenn. A másodfokú bíróság ezzel egyetért: az azonban a teljesítéshez kapcsolódó kérdés, hogy a közbeszerzési eljárást realizáló Szerződés, a Kbt. 304.§-ának (2) bekezdésére alapítottnak, a 303.§ alapján miként módosítható.

Ennek folytán a másodfokú bíróság azt állapította meg, hogy egyrészt a perbeli időszakban hatályos Kbt. nem adott lehetőséget arra, hogy az ajánlati kötöttséggel keletkező jogok és kötelezettségek átszálljanak a II. rendű felperes projekttársaságra, másrészt a Szerződésben kifejezetten fenntartották a III. és IV. rendű felperes felelősségét az I. rendű felperessel szemben a feladatok teljesítésére. A közbeszerzési szabályok megtartásáért való felelősségük nem zárható ki.

Fentiekre tekintettel a másodfokú bíróság nem vizsgálta az alperesi fellebbezésnek a II., a III., a IV. rendű felperes és a teljesítésbe bevont új alvállalkozó közötti személyi összefonódásokra vonatkozó előadását.

A bíróság tekintetében az alperes megalapozott fellebbezést terjesztett elő. Az elsőfokú ítélet indokolásával szemben az I. rendű felperes legkésőbb 2008. május 7-én, a jogorvoslati tárgyaláson, már értesült a vitáról, nem csak a szerződés 2008. május 14-ei módosításakor, az üzemeltetési szolgáltatás megkezdését megelőző napon. Megállapítható továbbá, hogy az alperes értékelte a szolgáltatás igénybevételének szükségességét (alperesi határozat 47. oldal utolsó bekezdés 2. mondata). A Kbt. 341.§ (2) bekezdésének „így különösen” fordulatából pedig, a perbeli tényállás, a perbeli jogsértés mellett nem következik, hogy a közbeszerzés célja a bíróság kiszabása és a bíróság mértéke körében az alperes által értékelhető önálló körülmény lenne.

A II., a III. és a IV. rendű felperesekre vonatkozó bíróság körében, a jogsértésekre irányadó, fentiekben kifejtett indokok folytán volt megalapozott az alperesi fellebbezés.

Mindezekre tekintettel - jogorvoslati kérelem és az eljárás hivatalbóli kiterjesztésének hiányában - a III. és IV. rendű felperes esetében nem vizsgálható a Kbt. 303.§-ának megsértése. Jogorvoslati kérelem, illetőleg az eljárás hivatalbóli kiterjesztése nyomán megállapítható, hogy az I. és a II. rendű felperes megsértette a Kbt. 303.§-át és 304.§-ának (2) bekezdését, a III. és IV. rendű felperesek pedig a Kbt. 304.§-ának (2) bekezdését.

Az I. rendű felperesre nézve az alperes helytállóan alkalmazta a bíróság kiszabás szempontjait, döntése jogszerű volt.

Így a másodfokú bíróság az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatta és az I. rendű felperes keresetét teljes körűen elutasította. A másodfokú bíróság ítélete következtében azonban az alperes által egyetemlegesen kötelezett II., III. és IV. rendű felperesek esetében megváltozott a szankcionálható jogsértések köre. Az

alperesi határozat azonban, mivel ugyanazon jogsértések miatt egyetemleges kötelezést alkalmazott, nem tartalmazza egyéenként és jogsértésekként lebontva a döntés indokait, így a másodfokú bíróság nem került abba a helyzetbe, hogy megváltoztathassa reájuk nézve a határozatot. Ezért a Fővárosi Ítéltábla, az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatva, a II., III. és IV. rendű felperesek esetében, a bíróság körében hatályon kívül helyezte az alperesi határozatot és a II., III. és IV. rendű felperesekre kiszabandó bírság mértékére nézve új eljárásra kötelezte az alperest. Az új eljárás során, az alperesi határozatba már belefoglalt indokok mellett, azt kell értékelni, hogy a II., III. és IV. rendű felperes esetében mely jogsértések után állapítható meg bírság, milyen körben kell egyéniesíteni és milyen körben alkalmazható-, illetve alkalmazható-e az egyetemlegesség.

A feleket terhelő elsőfokú és másodfokú perköltség megállapítása során a másodfokú bíróság azt vette figyelembe, hogy az I. rendű felperes teljes egészében pervesztes lett, irányadó a Pp. 78.§-ának (1) és (2) bekezdése, míg a II., a III. és a IV. rendű felperesek oldalán részleges pernyertesség-pervesztesség tapasztalható, ezért esetükben a Pp. 81.§-ának (1) bekezdését alkalmazta. A feleket terhelő kereseti és fellebbezési illeték megállapítása során a Fővárosi Ítéltábla a 6/1986.(VI.26.) IM számú rendelet 13.§-ának (2) bekezdése és 14.§-a szerint járt el.

Budapest, 2010. évi október hó 13. napján

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

A kiadmány hitelül: