

FŐVÁROSI ÍTÉLŐTÁBLA
3.Kf.27.484/2010/5. szám

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla a dr. Vidra Gábor ügyvéd által képviselt **Petz Aladár Megyei Oktató Kórház** (9024 Győr, Vasvári Pál utca 2-4.) 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, amely perbe a felperes oldalán az ügyvezető által képviselt, az alperes oldalán a dr. Hernádi Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Hernádi Rita ügyvéd által képviselt beavatkozott, a Fővárosi Bíróság 2010. március 25. napján kelt 13.K.32.467/2009/26. sorszámú ítélete ellen az alperes 27. sorszám, a felperes 28. sorszám alatt bejelentett fellebbezésére meghozta az alábbi

Í T É L E T E T

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

A peres felek a költségeiket maguk viselik.

A fellebbezési illetéket az állam viseli.

Az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

A súlyponti kórházként egészségügyi közszolgáltatást nyújtó felperes a működéséhez szükséges fűtési és használati melegvíz igényét, hőellátó hálózatának üzemeltetését és karbantartását, valamint gőzszolgáltatását, ezen belül gőztermelő és elosztó rendszerének üzemeltetését és karbantartását három gazdasági társasággal kötött szerződés révén biztosítja. Gőztermelő és elosztó rendszerét 1995-től kezdődően az alperesi beavatkozó üzemelteti. A felperes

hőenergia-ellátó rendszerének korszerűsítése, költségcsökkentést eredményező gázmotoros fejlesztés megvalósíthatósága érdekében a ... Kft.-vel megkötött megbízási szerződés eredményeként készült tanulmány alapján az öt tag részvételével megalakult felperesi beavatkozó projektársasággal 2008. december 17-én bérleti, üzemeltetési és gázátadási szerződést kötött. A bérleti szerződés értelmében a felperes a megyei önkormányzat tulajdonát képező kórház területén 150 m² területet adott bérbe a gázmotort telepítő felperesi beavatkozó részére 2.160.000 forint bérleti díj ellenében gázmotorral történő villamos- és hőenergia előállítása céljára. Az üzemeltetési és gázátadási szerződés preambulumban írtak szerint a felperes a működéséhez szükséges hőt és gőzt a szerződés megkötése útján szerzi be oly módon, hogy a felperesi beavatkozó saját költségén a bérleményben gázmotort telepít, amellyel villamosenergiát állít elő, és az eközben termelődő hőmennyiséget a felperesnek átadja, aki azt saját igényei szerint használja fel és azért kedvezménnyel csökkentett hőárat fizet. A gázmotorba bevezetett földgázt a felperes szerzi be, a gázszámla összegét ő egyenlíti ki, és azt továbbszámlázza a felperesi beavatkozónak. A felek a ténylegesen átadott hő figyelembe vételével megállapítják a hőár kedvezmény mértékét, amelyet a felperesi beavatkozó hőszámlában érvényesít. A hő-és gázszámla tartozásokat összevetik és annak eredményeként utalnak egymásnak. A szerződés időtartamát a felek a gázmotor üzembe helyezésétől számított 15 évben jelölték meg. A szerződés 12.7. pontjában a felek előírták, hogy a szerződés aláírását követően a felperes a hőellátó rendszer üzemeltetésével kapcsolatos szerződéseit 2009. június 30-ig megszünteti és közbeszerzési eljárás alapján kiválasztott üzemeltetővel legalább 15 évre szóló üzemeltetési szerződést köt a gázmotorral nem fedezett hőenergia biztosítására, az ehhez szükséges távhő és földgáz beszerzésére és a hőenergia ellátó rendszer üzemeltetésére, felügyeletére és karbantartására olyan vállalkozóval, aki átvállalja a felek közötti szerződésben rögzített kötelezettségeket, és elismeri a felperesi beavatkozó szerződésben körülírt jogait.

Az alperesi beavatkozó 2009. március 13-án nyújtotta be jogorvoslati kérelmét a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése miatt. A jogsértésről való tudomásszerzés időpontját 2009. március 10. napján jelölte meg, mert a felperes volt munkavállalója, Sz. B. ekkor jelentette ki írásos nyilatkozatban, hogy tudomással bír a felperes és a felperesi beavatkozó között 2008. december 16-án megkötött üzemeltetési és gázátadási szerződésről. A jogorvoslati eljárásban az alperes széles körű bizonyítást folytatott le a felperes által vitatott tudomásszerzés időpontjára nézve. Megállapította, hogy a jogorvoslati kérelem a Kbt. 323. § (2) bekezdésében rögzített objektív határidőben érkezett. Az alperesi beavatkozó nyilatkozata, tanúvallomások, okiratok összevetéséből azt a következtetést vonta le, hogy nem áll rendelkezésre olyan bizonyíték, amely cáfolná a 2009. március 10-ét megelőző tudomásra jutás időpontját. A felperes volt munkavállalójának nyilatkozatát két tanú aggálytalan és ellentmondástól mentes vallomása is alátámasztotta, azt nem rontotta le a nyilatkozat aláírójának a jogorvoslati tárgyalásokon egymásnak is ellentmondó előadása sem, melyet annak a ténynek tudott be, hogy a felperes fegyelmi eljárást indított vele szemben.

A bizonyítás eredményeként hozott D.92/32/2009. számú határozatával helyt adott a jogorvoslati kérelemnek és megállapította, hogy a felperes megsértette a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 2. § (1) és (2) bekezdésére figyelemmel a Kbt. 240. § (1) bekezdését, ezért 20 millió forint pénzbírság megfizetésére kötelezte. Elfogadta, hogy az alperesi beavatkozó közvetlen jogi érdekeltsége folytán ügyfélképes.

Érdemben a Kbt. 2. § (1) bekezdése alapján kifejtette, hogy kötelezően közbeszerzési eljárást kell lefolytatni akkor, ha az ajánlatkérőként meghatározott szervezet, megadott tárgyú, megadott értékű visszerthes szerződést kíván kötni. A felperes a Kbt. 22. § (1) bekezdés d) pontja alapján a Kbt. alanyi hatálya alá tartozik, a beszerzés tárgyát tekintve a szerződések tartalma szerint szolgáltatási koncessziónak minősül, és a szolgáltatási koncesszió értékhatára (25 M forint) tekintettel a beszerzés értéke alapján is a Kbt. hatálya alá tartozik. A beszerzés tárgyának minősítését arra alapította, hogy a szerződés értelmében a felperesi beavatkozó 15 évre kizárólagosan megkapta a gázmotor által termelt hő- és gőzszolgáltatás jogosultságát, a felperes pedig kizárólag a saját számára biztosította a gázmotor hasznosításának jogosultságát a használatában álló ingatlanon, így a szolgáltatás megrendelése mellett a koncesszió további sajátossága, a hasznosítás jogának átengedése is fennáll. A hőátadás mint árubeszerzés mellett felhozott érveket nem fogadta el, mert azok nem fogják át a teljes szerződéses konstrukciót. A felperesi beavatkozó által fizetendő bérleti díj nem zárja ki a visszerthes megállapítását, mert a szolgáltatási koncesszió fogalma eleve utal arra, hogy a hasznosítási jog átengedése ellenérték fejében is történhet, amely mellett a szolgáltatásnyújtás ellenértékének a megfizetése is jelentkezik. A szerződéses konstrukcióval a felperes kifejezett szándéka hőszükségletének kielégítése volt oly módon, hogy a hőenergiát a gázmotor üzemeltetőjétől szerzi be, ezért neki fizet, egyéb hőszolgáltatót csak akkor vesz igénybe, ha a gázmotor nem képes a teljes szükséglet kielégítésére. Leszögezte, hogy a beszerzés Kbt. megítélése szempontjából annak nincs jelentősége, hogy majdan a felperes helyébe a közbeszerzési eljárás alapján kiválasztott új üzemeltető lép, mert a vizsgálat tárgyát a felperes által megkötött bérleti, illetve hőszolgáltatási szerződés képezte. A Kbt. 340. § (3) bekezdés e) pontja értelmében szükségesnek látta bírság kiszabását, annak mértékénél figyelemmel volt a jogsérelem kirívó súlyára, a beszerzés értékére, a szerződés megkötésére figyelemmel a jogsértés reparálhatatlanságára, és arra, hogy a felperest 2006 és 2007 évben két alkalommal bírsággal sújtotta az elkövetett jogsértés miatt. Nem értékelte enyhítőként a felperesnek az eljárást segítő, együttműködő magatartását, mert ez amúgy is jogszabályból folyó kötelezettsége és azt sem, hogy az üzemeltetési és gázátadási szerződés a határozat meghozatalakor még nem lépett hatályba.

A felperes keresetében elsődlegesen a határozat hatályon kívül helyezését, az alperes új eljárásra kötelezését, másodlagosan a határozat megváltoztatását, az igazgatási-szolgáltatási díj viseléséről és a bírságról szóló rendelkezés hatályon kívül helyezését, illetve a bírság mérséklését kérte. Keresetlevelében rögzítette, hogy a jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatait változatlan tartalommal

fenntartja. Az alperes határozatát mind eljárásjogi, mind anyagi jogi szempontból jogsértőnek tartotta. Eljárási jogszabálysértésként jelölte meg, hogy az alperes az elkésett jogorvoslati kérelmet érdemben elbírálta, a tudomásra jutás tényét Sz. B. nyilatkozatához kötötte annak ellenére, hogy a tanú úgy nyilatkozott, a szerződéskötés időpontját nem ő, hanem az alperesi beavatkozó jelölte meg. Anyagi jogszabálysértésként a szolgáltatási koncesszió fogalmi elemeinek pontatlan és iratellenes alperesi értelmezésére hivatkozott, melyet a Fővárosi Ítéltábla eseti döntésére és az Európai Bíróság 2000/C. 121/02. sz. értelmező közleményére alapított és azzal indokolt, hogy a hasznosítási jog átengedése azt feltételezi, hogy az átengedő rendelkezzen a hasznosítás jogával. A perbeli esetben a gázmotor hasznosítási jogának átengedése - minthogy a felperes sem korábban, sem a szerződés bármely szakaszában azzal nem rendelkezett - fogalmilag kizárt, mivel a gázmotor tulajdonjogával a beruházást saját költségén megvalósító felperesi beavatkozó rendelkezik, így az őt megillető hasznosítási jog nem a szerződésből, hanem tulajdonjogából fakad. Ezen túlmenően a felperesi beavatkozó nem vett át a felperestől ellátandó feladatot, miután a felperes számára a gázmotoros beruházás megvalósítása és üzemeltetése sem kötelezően, sem önként vállaltan nem volt feladat. Hasznosítási jog átengedésének hiányában a gázmotoros működtetés felelősségének, gazdasági kockázatának átengedésére sem kerülhetett sor, mert azt a felperesi beavatkozó tulajdonosi minőségéből fakadóan viseli. A szerződés szerint a felperesi beavatkozó bérleti díjat fizet a felperesnek, vagyis a felperes esetében a kezelésében lévő önkormányzati vagyron bérleti szerződés keretében történő hasznosításáról van szó, amelytől független a gázmotor működtetéséből származó hulladék hő átadása. Állította, hogy az alperes a felek szerződéskötési szándékát, a szerződés tárgyát, a felek nyilatkozatait önhatalmúlag tévesen értelmezte és figyelmen kívül hagyta, hogy a felperesnek nem volt hőszolgáltatás beszerzésére vonatkozó igénye, a felperesi beavatkozó tevékenysége pedig nem volt szolgáltatás. A gázmotor működtetése mellett keletkező hulladék hő átvételét szabályozó szerződés árubeszerzésnek lenne minősíthető, melynek koncessziós változatát a Kbt. nem ismeri. Jogsértés hiányában a bírság törlését, illetve az aránytalanul eltúlzott bírság mérséklését azért kérte, mert az alperes nem mérlegelte azt, hogy a felperes ténylegesen nem valósított meg beszerzést, készpénzfizetésre nem került sor, figyelmen kívül hagyta, hogy az alperes korábbi joggyakorlatának szem előtt tartásával döntött a szerződés megkötése mellett, amellyel teljesítés esetén költségmegtakarítást ért volna el.

Az elsőfokú bíróság ítéletében az alperes D.92/32/2009. iktatószámú határozatát hatályon kívül helyezte és az alperest új eljárás lefolytatására kötelezte. Az alperessel egyezően állapította meg, hogy a jogorvoslati kérelem a Kbt. 323. § (2) bekezdésében írt határidőben érkezett, mert annak ellenére, hogy az alperesi beavatkozó által megjelölt tudomásra jutás időpontjáról Sz. B. tanú nem nyilatkozott egyértelműen, az alperes a bizonyítékok egyenkénti és összességükben való értékelésével, a tanúvallomások mérlegelésével helytállóan jutott arra a következtetésre, hogy nincs olyan dokumentum, amely cáfolta volna a tudomásszerzés megjelölt időpontját, a felperes a Polgári perrendtartásról szóló

1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 164. § (1) bekezdésében írt kötelezettsége ellenére ezzel ellentétes állítását nem tudta bizonyítani.

Az ügyfélképességgel érdemben nem foglalkozott, mert az azt kifogásoló felperesi érveket a Pp. 335/A. § (1) bekezdésbe ütköző meg nem engedett keresetváltoztatásnak minősítette, mivel a keresetlevél az alperesi határozat erre vonatkozó megállapítását nem támadta.

Az anyagi jogszabálysértést illetően leszögezte, hogy a felek között nem volt vitás, a felperes a Kbt. alanyi hatálya alá tartozik. A tárgyi hatály megállapításának elengedhetetlen feltétele a beszerző célkitűzésének, a jognyilatkozatok valós tartalmának vizsgálata, ezért az alperes helytállóan vizsgálta mindkét szerződés tartalmát, mivel azok a beszerzés tartalmát tekintve összetartoztak. A szolgáltatási koncesszió definíciójából következően megállapította, hogy a koncesszió jogosultja legalább részben, de nem feltétlenül közvetlenül az ajánlatkérőtől jut bevételhez, illetve annak nem fogalmi eleme, hogy a szolgáltatást ténylegesen a megrendelő vegye igénybe. Iratellenesen állította a felperes, hogy nem volt hőbeszerzési igénye, mert ezzel ellentétes megállapítást tartalmazott az üzemeltetési és gázátadási szerződés preambuluma első és második bekezdése, valamint 4.1.; 4.2. pontja. E szerint a felperes hőigényét a felperesi beavatkozó által telepített gázmotorral termelt hulladék hő beszerzésével kívánta kielégíteni. Az ellenérték nélkül történő hő átvételre hivatkozást is iratellenesnek minősítette, melyet a szerződés preambuluma második és harmadik bekezdése, valamint 7.1.j) pontja cáfol. Helytállóan állapította meg ezért az alperes, hogy a felek pénzbeli ellenérték fizetésében állapodtak meg, amelynek nem feltétele a készpénzben való fizetés vagy bankszámlára utalás, elégséges, ha a felek az egymással szemben nyilvántartott tartozásaikat számolják el, ahogy azt a szerződés 7.1.j) pontja rögzítette. A hő beszerzésére irányuló felperesi igényből azonban önmagában nem következik a szolgáltatás megrendelése. A szolgáltatási koncesszió fogalmi eleme valamilyen vagyoni értékű jog átengedése, amely csak konkrét, meglévő, értékkel bíró jog lehet, és az átadásnak az ajánlatkérő és ajánlattevő között közvetlenül végbe kell mennie. A felperes a gázmotor létesítésének jogát adta át a felperesi beavatkozónak, amelyből következik, de azzal nem azonos a hasznosítás joga. A felperes a hasznosítás jogát nem adhatta át, mert a telepítéshez szükséges elvi engedéllyel, berendezéssel, beszerzés szándékával, üzemeltetésével nem rendelkezett, ezért a beszerzés tárgya nem szolgáltatási koncesszió. A beruházási jog biztosítása nem azonos a vagyoni értékű joggal bíró hasznosítási jog átadásával. A szerződésnek nincs olyan kifejezett rendelkezése, amely alátámasztaná azt a megállapítást, hogy a hő átadásának domináns eleme lenne a hőszolgáltatás nyújtása. Az alperes határozata nem tartalmaz indokolást arra nézve, hogy a szerződés mely pontja alapján minősítette az alperes a felperesi beavatkozó tevékenységét szolgáltatásnak arra is figyelemmel, hogy a vitatott szerződés mellett a felperesnek a hőellátó hálózat üzemeltetésére, karbantartására, fűtési és használati melegvíz szolgáltatására hatályos szerződése is voltak. A felperesnek nem volt olyan hőszolgáltatási igénye, amelyet a felperesi beavatkozónak kellett volna kielégíteni, ebből következően a szolgáltatási koncesszió megállapításának nem volt helye. Mellőzte a bírság jogszerűségének vizsgálatát, mivel a kifogások a szolgáltatási koncesszióra vonatkoztak, amelyet

nem talált alaposnak. Iránymutatásként előírta, hogy az alperesnek minősítenie kell a beszerzést a szerződések alapján.

Az elsőfokú bíróság ítélete ellen mindkét peres fél fellebbezett.

A felperes az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatása, az alperes határozatának hatályon kívül helyezése és perköltség iránt élt fellebbezéssel. Változatlanul kifogásolta, hogy az alperes egy elkésett jogorvoslati kérelmet bírált el érdemben, amelyet olyan személy terjesztett elő, amely nem rendelkezett ügyfélképességgel. A nem határidőben érkezett jogorvoslati kérelem kapcsán az eljárás során kifejtetett indokait tartotta fenn annak kiemelésével, hogy az elsőfokú bíróság nem vette figyelembe, az alperesi beavatkozó által felhasznált okirat teljes bizonyító ereje Sz. B. tanú alperes előtt tett nyilatkozata alapján megszűnt. Állította, hogy a közjegyzői okiratba foglalt nyilatkozattal sikeresen döntötte meg a tudomásra jutás időpontját. Iratellenessége okán sérelmezte azt az ítéleti megállapítást, hogy az alperesi beavatkozó ügyfélképességét keresetlevelében nem támadta. Keresetlevelében úgy nyilatkozott, hogy a jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatait változatlan tartalommal fenntartja, melyekben kifejezetten vitatta az alperesi beavatkozó ügyfélképességét is.

Érdemben kereseti előadásának fenntartása mellett azzal érvelt, hogy nem volt célja hőenergia beszerzése, hőellátó rendszere üzemeltetésének vállalkozásba adása, mert meglévő szerződése alapján az biztosított volt. A szerződés megkötésére kizárólag az vezette, hogy a gázmotorral történő villamosenergia előállításának és a MAVIR részére történő értékesítésének biztosításával a saját működésében költségmegtakarítást érjen el. A gázmotor működéséből keletkező hulladék hő átvételével nem kényszerült meglévő szerződéseinek megszüntetésére, ellenkezőleg azokat továbbra is igényelte. Állította, hogy a szerződés nem tartalmazott számszerűsíthető ellenértéket, nem is tartalmazhatott, mert a hődíj csak a közbeszerzési eljárás eredményeként válhatott ismertté. Az átadott hő ellenértékeként csak pro-forma számlát állított ki, amelyet a felperesi beavatkozó által fizetendő gáz értékéből vont le, de ellenértéket nem fizetett. A számlával az átvett hő miatt megtakarított beszerzési költséget ismerte el és írta jóvá. A szerződés megkötésével a felek szándéka kizárólag a hulladék hő igazolt hasznosítására irányult.

Az alperes fellebbezésében elsődlegesen az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatását, a felperes keresetének teljes elutasítását és költséget kért, másodlagosan az ítélet hatályon kívül helyezését és az elsőfokú bíróságnak a per újabb tárgyalásra és újabb határozat hozatalára történő utasítását kérte. Azzal érvelt, hogy az elsőfokú bíróság tévesen foglalt állást a beszerzés szolgáltatási koncessziókénti minősítésének törvényességéről, ahelyett, hogy azt vizsgálta volna, az alperes megalapozottan állapította-e meg a Kbt. rendelkezéseinek jogtalan mellőzését. A határozat rendelkező része kizárólag a mellőzéssel kapcsolatos jogsértést állapította meg, a beszerzést nem minősítette. Amennyiben a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése megállapítható, az alperes döntése érdemben helytálló és megalapozott, annak jogszerűségét nem érinti a beszerzés

tárgyának minősítése, mert a bíróság jogosult a határozat megváltoztatására. Határozatban kifejtett érvei fenntartásával a beszerzést változatlanul szolgáltatási koncesszióknak minősítette azzal, hogy ha annak lényegi feltételei nem állnak fenn, a beszerzés akkor is a Kbt. hatálya alá tartozik, mert azt attól függően kell árubeszerzésnek vagy szolgáltatás megrendelésnek minősíteni, hogy mi tekinthető a szerződéses konstrukció lényegi elemének.

A felperes ellenkérelemként saját fellebbezésében foglaltakat tartotta fenn.

Az alperes fellebbezési ellenkérelmében határozatában foglaltakat kérte figyelembe venni.

A felperesi beavatkozó nyilatkozatot nem tett. Az alperesi beavatkozó bejelentette, hogy a fellebbezésekre nem kíván nyilatkozatot tenni.

A fellebbezések nem alaposak.

A Fővárosi Ítéltábla osztotta az elsőfokú bíróság jogi álláspontját mind az eljárásjogi kifogások, mind a beszerzési igény minősítését illetően. A döntéshez vezető indokaival a másodfokú bíróság egyetértett, azokat a fellebbezésekre figyelemmel az alábbiakkal egészítette ki:

Az elsőfokú bíróság helytállóan állapította meg, hogy az alperes az általa széles körben lefolytatott bizonyítási eljárás eredményeként helyesen jutott arra a következtetésre, hogy a jogorvoslati kérelem nem késett el. Helytállóan hivatkozott arra a felperes, hogy a jogsértés tudomásra jutásának időpontját - ha az iránt kétség merült fel - vizsgálni kell. Ezt a vizsgálatot az alperes elvégezte, e tárgyban a kérelmezőt és a felperest egyaránt megnyilatkoztatta, beszerezte azt az okiratot, amelyre a jogorvoslati kérelmet előterjesztő felperesi beavatkozó kérelmét alapította, a nyilatkozatot tévő személyt és az okiratot tanúként aláíró személyeket részletesen meghallgatta, a rendelkezésére álló bizonyítékokat egyenként és összességükben értékelte, számot adott arról, hogy milyen bizonyítékot fogadott illetve vetett el, és milyen okból. Az elsőfokú bíróság a Pp. 164. § (1) bekezdésének helyes alkalmazásával jutott arra a következtetésre, hogy a felperest terhelte volna az eljárás során annak bizonyítása, hogy az alperesi beavatkozó által megjelölt tudomásszerzés időpontja nem valós, a jogsértés nem a jogorvoslati kérelemben megjelölt időpontban jutott a tudomásra. E bizonyítási kötelezettségének a felperes nem tett eleget. A tudomásra jutás időpontjának megdöntésére nem volt alkalmas a közjegyzői okirat sem, mert annak tartalma Sz. B. tanú jogorvoslati eljárás során tett tanúvallomásával lényegében szinkronban volt. A tanú jegyzőkönyvi és közjegyzői okiratba foglalt nyilatkozatai egy elnehezült személyi és anyagi körülmények közé került ember bizonytalanságát tükrözték, melyet az alperes helyesen minősített és értékelt. Mindazon körülmények ellenére, amelyek a tanú vallomásából kiviláglottak, nyilatkozatát a tanú nem kívánta visszavonni, csak szerepét kívánta kisebbiteni a saját személyes sorsát hátrányosan befolyásoló retorziótól tartva. Mindkét okirat, a jogorvoslati tárgyalás jegyzőkönyve és a közjegyző okirata egyező volt a tekintetben, hogy Sz. B. nem volt tudatában annak, hogy a nyilatkozat mint teljes bizonyító erejű magánokirat a későbbiekben felhasználásra kerül, azt személyes

jellegű magánokiratnak tekintette, valóságtartalmától függetlenül nem adott engedélyt annak felhasználására. Nem volt igazolható ezért az a felperesi állítás, hogy a felhasznált okirat teljes bizonyító ereje a tanú saját nyilatkozata alapján megdőlt. A vallomás a tudomásszerzésre alapított nyilatkozat valóságtartalmát a rendelkezésre álló egyéb bizonyítékkal való összevetés eredményeként nem kérdőjelezte meg, és az abban foglaltakat nem rontotta le.

Az elsőfokú bíróság helyesen hivatkozott a Kbt. 317. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó, a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi XCL. törvény (a továbbiakban: Ket.) rendelkezéseire a tényállás tisztázása körében, indokaival a másodfokú bíróság teljes mértékben egyetértett, és abban is osztotta az elsőfokú bíróság álláspontját, hogy a kérelmezőnek nem a tudomásszerzés időpontjának bizonyítása, hanem a tudomásszerzés időpontjának megjelölése a kötelezettsége. A megjelölt időponthoz képest lehet ellenbizonyítással élni, amely a felperes részéről nem vezetett eredményre, az alperes mérlegelésen alapuló döntésének jogszerűtlenségét a peres eljárásban nem tudta bizonyítani.

A Fővárosi Ítéltábla elfogadta az elsőfokú bíróság álláspontját és indokait arra vonatkozóan, hogy miért nem vonta vizsgálat alá az alperesi beavatkozó ügyfélképességét. A felperes keresetében eljárási és anyagi jogszabálysértésre hivatkozott, de eljárási jogszabálysértésként kizárólag a jogorvoslati kérelem elkésettségét állította, az ügyfélképességről nyilatkozatot nem tett, e vonatkozásban a Pp. 121. § (1) bekezdésének c) és e) pontjában foglaltak ellenére kereseti kérelmet nem terjesztett elő. Nem volt kereseti kérelemnek tekinthető az a keresetlevéli általános hivatkozás, mely szerint a jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatait változatlan tartalommal fenntartja. A felperes a jogorvoslati eljárásban mint beszerző a jogorvoslati kérelemre tett észrevételeket, a kérelmező ügyfélképességére vonatkozó érveit a jogorvoslati kérelem ellenében fejtette ki, a közvetlen jog- és érdeksérelem fennállását vitatta, amelyről az alperes határozatában döntött. A kereseti kérelemnek határozottnak és ezáltal alkalmasnak kell lennie arra, hogy a felülvizsgálat irányát megszabja. A jogorvoslati eljárásban tett nyilatkozatok fenntartására utalás ennek a követelménynek nem felel meg. A kereseti kérelemhez kötöttség a közigazgatási perben is érvényesül. A Pp. 215. §-a szerint a döntés nem terjedhet túl a kereseti kérelmen, illetőleg az ellenkérelmen. Ez azt jelenti, hogy a bíróság a felperes által a keresetlevélben megjelölt jogszabálysértések körében kell, hogy vizsgálódjék, ha a határozatot más vonatkozásában találná jogszabálysértőnek, erre nem alapíthatja döntését. Közigazgatási perben a felperes meghatározott irányú felülvizsgálatot kérhet, kérelme nem általában vonatkozik a közigazgatási határozat felülvizsgálatára. Ugyanakkor érvényesül a Pp. 3. §-ának rendelkezése is, amely szerint a bíróság - a törvény eltérő rendelkezése hiányában - a felek által előterjesztett kérelmekhez és jognyilatkozatokhoz kötve van. A Pp. 324. § (1) bekezdése értelmében a I-XIV. fejezet rendelkezéseit a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránti perekben a XX. fejezetében foglalt eltérésekkel kell alkalmazni. A Pp. 336/A. § rendelkezik arról, hogy a bíróság mely esetekben rendelhet el hivatalból bizonyítást közigazgatási perben. A per adatai alapján egyértelműen megállapítható volt, hogy

a hivatalból való bizonyítás elrendelésének egyetlen törvényi feltétele sem állt fenn, ezért az elsőfokú bíróságnak sem oka, sem lehetősége nem volt arra, hogy a keresettel támadott határozatot a kereseti kérelmen túlterjeszkedve teljes körűen, a jogorvoslati eljáráshoz igazodva vizsgálja és értékelje. A felperes I. számú előkészítő iratában sem foglalkozott az ügyfélképességgel, a per első tárgyalásán keresetét változatlanul fenntartotta és csak az anyagi jogszabálysértéssel kapcsolatos álláspontját részletezte. Helytállóan állapította meg ezért az elsőfokú bíróság, hogy a felperes utóbb, határidőn túl előterjesztett keresetváltoztatásával érdemben nem foglalkozhatott.

Helytállóan foglalt állást az elsőfokú bíróság az anyagi jogszabálysértésről, a beszerzés minősítésének jogszerűtlenségéről, és a Kbt. tárgyi hatályáról. A nemzeti értékhatárokat elérő közbeszerzésekre vonatkozóan a Kbt. 242. § (4) bekezdése definiálja a közbeszerzés tárgyait, amelyek között a szolgáltatási koncessziót olyan szolgáltatás megrendelésnek tekinti, amelynek alapján az ajánlatkérő ellenszolgáltatása a szolgáltatás nyújtásával összefüggő hasznosítási jog meghatározott időre történő átengedése, vagy e jog átengedése pénzbeli ellenszolgáltatással együtt. Szolgáltatási koncesszió esetén a koncesszió jogosultja - legalább részben - nem közvetlenül az ajánlatkérőtől jut bevételhez, szemben a szolgáltatás megrendeléssel, hanem jogot szerez az adott szolgáltatás nyújtásából származó jövedelemre. A tevékenység folytatásához kapcsolódó kockázatviselés is a koncesszió jogosultjához telepítődik, míg a szolgáltatás megrendelésénél a megrendelőn marad. A felperes helyesen érvelt azzal, hogy a hasznosítási jog átengedése azt feltételezi, hogy aki azt átengedi, a jelen esetben a felperes, a hasznosítás jogával az átengedés előtt maga is rendelkezzen. A perbeli esetben a hasznosítás jogának a gázmotor működtetéséből származó villamosenergia értékesítése minősült, amellyel a felperes nyilvánvalóan nem rendelkezett, mivel közfeladatként egészségügyi szolgáltatást nyújtott és nyújt. Helyesen állapította meg az elsőfokú bíróság, hogy a vagyoni értékű jog átengedése nem azonosítható azzal a lehetőséggel, hogy a felperes a gázmotor kialakítására lehetőséget biztosított a bérleti szerződés tárgyát képező bérleményben. A felperes szolgáltatása az egészségügyi ellátás, mint közfeladat teljesítése, ezzel nem volt összefüggésbe hozható a gázmotor hasznosítási jogának átengedése, a szolgáltatási koncesszió Kbt. szerinti fogalmi elemei nem voltak fellelhetőek, ezért a beszerzés szolgáltatási koncesszióként történő minősítése sem felelt meg a Kbt. rendelkezéseinek. Elkerülte a figyelmét az alperesnek az is, hogy a szolgáltatási koncesszióval kapcsolatos különös szabályok, a Kbt. 266. § és 267. §-ában foglaltak további speciális feltételeket kívánnak e beszerzési tárgy szerinti minősítéshez, amely mind a szolgáltatás tárgya, mind a Kbt., illetve a koncessziós törvény hatálya alá tartozás szempontjából segítséget adhattak volna a perbeli jogi konstrukció és a szolgáltatási koncesszió jellemzőinek elhatárolásához.

Nem osztotta a másodfokú bíróság az alperes érveit abban, hogy az elsőfokú bíróság kiindulópontja téves volt, mert nem azt tette vizsgálat tárgyává, amit az alperes határozatának rendelkező részében a felperes terhére megállapított. Ahhoz, hogy állást lehessen foglalni abban a kérdésben, hogy valamely beszerzés tárgya

szerint a Kbt. hatálya alá tartozik-e, először a beszerzés tárgyát kell meghatározni, az alperes is ezt tette. Helyesen járt el ezért az elsőfokú bíróság, amikor előjáróban azt tisztázta, hogy az alperes helyesen foglalt-e állást arról, hogy a perbeli beszerzési igény tárgya szerint szolgáltatási koncesszió-e. Miután ezt - ellentétben az alperessel - nem találta megállapíthatónak nem volt további feladata, mert e minősítés hiányában nem foglalhatott állást a Kbt. jogszerű, vagy jogszerűtlen mellőzéséről. Az alperes tévesen foglalt állást a beszerzés tárgyáról, ezért helyesen döntött az elsőfokú bíróság a határozat hatályon kívül helyezéséről és helytállóan kötelezte az alperest új eljárásra, mert az alperes feladata annak meghatározása, ha a beszerzés nem szolgáltatási koncesszió, akkor az minek minősül, ehhez képest jogszerű vagy jogszerűtlen volt a jogorvoslati kérelemben kifogásoltak szerint a Kbt. mellőzése. A felperes beszerzési igényéről, a mindkét szerződés vizsgálatára kiterjedő szerződéses konstrukció domináns, lényegi elemeinek vizsgálatával kell állást foglalni és tisztázni, hogy az a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozik-e.

Mindezekre figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253. § (2) bekezdése értelmében helybenhagyta.

A felperes és az alperes fellebbezése egyaránt sikertelen volt, ezért a másodfokú bíróság a Pp. 81. §(1) bekezdése értelmében úgy rendelkezett, hogy a másodfokú eljárásban felmerült költségeiket a felek maguk viselik. A felperesi és alperesi beavatkozók másodfokú perköltsége a Pp. 83. § (1) bekezdése alapján osztja a beavatkozással támogatott peres felek költségviseléséről döntötteket.

A peres felek személyes illetékmentesége folytán a feljegyzett fellebbezési illetéket a költségmentség alkalmazásáról szóló 6/1986.(VI.26.) IM rendelet 14.§-a értelmében az állam viseli.

Budapest, 2011. február 23. napján

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

A kiadmány hitelül:
tisztviselő