

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla az Arday Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Arday Márta ügyvéd által képviselt 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. július 2. napján kelt 28.K.34.176/2009/7. számú ítélete ellen a felperes 8. 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.475/13/2009. számú határozatát hatályon kívül helyezi és az alperest új eljárás lefolytatására kötelezi.

Kötelezi az alperest, hogy 15 napon belül fizessen meg a felperesnek 40.000 (negyvenezer) forint együttes első- másodfokú perköltséget.

A kereseti és fellebbezési illetéket az állam viseli.

Ez ellen az ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

A ... ajánlatkérő az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2009. július 9-én tette közzé a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) IV. fejezete szerinti gyorsított tárgyalásos eljárás indítására vonatkozó részvételi felhívását az országos gyorsforgalmi és főúthálózat nagytávú terve és hosszútávú fejlesztési programja című megalapozó vizsgálat második fázisa tárgyában. Részvételi jelentkezését mások mellett a felperes is benyújtotta, azt az ajánlatkérő a 2009. augusztus 14-én tartott eredményhirdetésen a Kbt. 114. § (1) bekezdésének d) pontja alapján érvénytelenné nyilvánította, mert az eljárásból kizárta. Kizáró

döntését azzal indokolta, hogy a felperes az M6 Autópálya meghatározott km szakaszai között alagút nélküli nyomvonal változatának kidolgozása tárgyban indult közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött tervezési szerződést nem szerződésszerűen teljesítette, a 13 pontban összefoglalt szakmai hiányosság miatt alátámasztott a súlyos szerződésszegés, illetve megalapozott a Kbt. 62. § (1) bekezdés a) pontja szerinti ok alkalmazása. A fentieket a Közbeszerzési Döntőbizottság 2009. július 16-án kelt D.274/5/2009, a 2009. július 17-én kelt D.305/7/2009. és D.337/6/2009. számú határozatai is alátámasztják.

A felperes a részvételi szakaszt lezáró döntés ellen annak megsemmisítése iránt jogorvoslati kérelmet terjesztett elő azzal az indokkal, hogy az ajánlatkérő valós és bizonyított kizáró ok fennállásának hiányában jogellenesen zárta ki őt az eljárásból, és nyilvánította érvénytelennek részvételi jelentkezését.

Az alperes D.475/13/2009. számú határozatával a jogorvoslati kérelmet elutasította. Megállapította, hogy a kizárás alkalmazásához nem feltétlenül szükséges a szerződésszegést kimondó jogerős bírósági vagy közigazgatási határozat, elegendő, ha az ajánlatkérő a szerződéses kötelezettség súlyos megszegését bizonyítani tudja. A Döntőbizottság megjelölt határozatai, a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) 50. § (4) bekezdés alapján bizonyítékként elfogadhatók, ezért megalapozottan állította az ajánlatkérő a kizáró ok meglétét és döntött a részvételi jelentkezés érvénytelenné nyilvánításáról. A felperes érvelésével szemben kifejtette, hogy a súlyos szerződésszegés tényét az is megállapíthatja, aki a kizáró okban hivatkozott szerződésnek nem volt alanya, miután a jogalkotó erre nézve nem szűkítette le a szerződő felek meghatározását. Nem vizsgálta a jogorvoslati eljárásban a felperesnek a korábbi jogorvoslati kérelmeiben előadottakon túl megfogalmazott újabb indokait, ezért mellőzte az igazságügyi műszaki szakértő kirendelését is.

Az alperes határozatának elsődlegesen megváltoztatása, jogorvoslati kérelmének megfelelő döntés meghozatala, másodlagosan a határozat hatályon kívül helyezése és az alperes új eljárás lefolytatására kötelezése iránt előterjesztett keresetében a felperes állította, hogy az a kívülálló harmadik személy, aki/amely nem volt szerződő fél, kizárásra vonatkozó döntését nem alapíthatja súlyos szerződésszegésre. Kifogásolta, hogy az alperes hatáskörén túlterjeszkedett és elvonta a bíróság hatáskörét, amikor olyan határozatokra alapította a súlyos szerződésszegés tényét, amelyek bírósági felülvizsgálata iránt per van folyamatban, és a tervezési szerződés alanyai között is gazdasági per folyik a szerződésszerű teljesítés tárgyában. E perekre figyelemmel a súlyos szerződésszegés a megjelölt alperesi határozatokkal nem volt bizonyítható. Súlyos eljárási szabálysértésnek minősítette, hogy az alperes nem vizsgálta azokat az újabb indokait, amelyeket a szerződésszegéssel összefüggésben kifejtett, és ezért mellőzte szakértő kirendelését is, valamint azt is, hogy csak a határozatból szerzett tudomást arról, hogy az ajánlatkérő a jogorvoslati kérelemre észrevételt tett. Kiemelte, hogy a kizárás szankció súlyára figyelemmel különösen indokolt, hogy alkalmazására aggálytalanul, megalapozottan és jogszerűen kerüljön sor, a jogorvoslati eljárást a hatásköri és egyéb eljárási szabályok betartásával folytassa le az alperes, amelyben nem sérülhet a

védekezéshez való jog, a szankció alkalmazása nem válhat egy vállalkozás szándékos és/vagy alaptalan ellehetetlenítésének eszközévé. Megjegyezte, hogy az állítólagos súlyos szerződésszegés elkövetése óta több mint 80 pályázaton indult, amelyeken a kötelező kizáró ok ellenére egyszer sem zárta ki szerződéses partnere, a ... Zrt., ami azt jelenti, - amennyiben a perbeli határozat jogszerű volt - hogy sorozatos jogsértést követett el, melyet az alperes - tudomásszerzése ellenére - egyszer sem szankcionált.

Az elsőfokú bíróság elutasította a felperes keresetét. Elöljáróban leszögezte, hogy nem vizsgálta azt a felperesi hivatkozást, amely szerint más eljárásokban ugyanezen ok miatt nem került kizárásra, mivel a pernek kizárólag az alperes jelen ügyben hozott határozatának felülvizsgálata volt a tárgya. Ez okból az alperes nem sérthette meg a Ket. 50. § (4) bekezdésében foglaltakat azzal, hogy nem vizsgálta, korábbi határozataiban jogszerűen vagy jogszerűtlenül mondta-e ki a súlyos szerződésszegés elkövetésének tényét, ezért helytállóan mellőzte a felperes erre vonatkozó bizonyítási indítványait is. A felperes által közelebbről meg nem jelölt Kbt. és Ket. eljárási szabályainak megsértését bizonyítottság hiányában nem tudta megállapítani. Osztotta a felperes álláspontját abban, hogy jogvita esetén annak megítélése, hogy a szerződést valamelyik fél súlyosan megszegte-e vagy sem, polgári bíróság hatáskörébe tartozik. A jelen eljárásnak azonban nem az volt a tárgya, hogy az alperes egy korábbi határozatában a felperes terhére megállapított súlyos szerződésszegés törvényességét felülvizsgálja, hanem az, hogy ez a határozat bizonyítékként felhasználható-e egy másik eljárásban. Megítélése szerint az alperes határozatai alkalmas bizonyítéknak minősültek, figyelemmel a Kbt. 62. § (1) bekezdés a) pontjában írt három éves határidőre is. Kiüresedne a szankció, ha ezen határidőn túl állapítaná meg a jogvita eldöntésére hivatott polgári bíróság a szerződésszegés tényét.

Az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatása, kereseti kérelmének megfelelő döntés meghozatala, ennek hiányában az elsőfokú ítéletnek az alperes határozatára kiterjedő hatállyal történő hatályon kívül helyezése és az alperes új eljárás lefolytatására kötelezése, valamint perköltség iránt a felperes terjesztett elő fellebbezést.

Iratellenesnek minősítette azt az ítéleti megállapítást, hogy ne nevezte volna meg a Kbt. és Ket. eljárási szabályait, amelyek sérültek. Kifogásolta egyrészt, hogy a Kbt. 335. § megsértéséről az ítélet említést sem tett, másrészt figyelmen kívül hagyta az elsőfokú bíróság a felperesnek a szerződésszegés tényét megállapító korábbi jogorvoslati eljárásokban előadottakon túli tényállításait, és bizonyítási indítványát. Sérelmezte, hogy a per tárgyát arra szűkítette le, hogy a súlyos szerződésszegésre elfogadhatók-e bizonyítékként az alperes határozatai, holott azt kellett volna elbírálnia, hogy az alperesi határozat meghozatala során bekövetkeztek-e a felperes keresetében megjelölt anyagi és eljárási jogszabálysértések. Kereseti kérelmében foglaltak fenntartásával azt emelte ki, hogy az ajánlatkérő állíthatja a súlyos szerződésszegés tényét és megkísérélheti azt bizonyítani, de a felek közti jogvitát a polgári bíróságnak kell eldöntenie, az alperes eljárásának a felek közötti jogvita megítélése nem lehet tárgya. A bizonyítékként elfogadott határozatok

bíróági felülvizsgálata során a Fővárosi Bíróság mindhárom alperesi határozatot megváltoztatta és kimondta, hogy az ajánlatkérő jogsértően alkalmazta a súlyos szerződésszegésre alapított kizárást. Ezekre, valamint a felek között folyamatban lévő gazdasági perre az elsőfokú bíróságnak figyelemmel kellett volna lennie. Nem tartotta elfogadhatónak azt az alperesével azonos ítéleti álláspontot, hogy a súlyos szerződésszegésre nem csak a szerződés alanyai, hanem bárki hivatkozhat, mert a kötelezően alkalmazandó kizárási ok azt az elvárást támasztaná az ajánlatkérővel szemben, hogy tudomással bírjon az ajánlattevők és alvállalkozóik közbeszerzési eljárás keretében kötött szerződéseinek teljesítésének minőségéről három éven belül, amely teljesíthetetlen követelmény. Jogsértőnek minősítette azt a megállapítást is, hogy azért kell az alperes határozatát a súlyos szerződésszegés bizonyítékául elfogadni, mert a polgári bíróság döntéséhez szükséges idő miatt a szankció kiüresedne.

Az alperes fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú bíróság jog- tény- és iratszerű, ellentmondást nem tartalmazó ítéletének helybenhagyását és költséget kért. Tájékoztatásul közölte, hogy az alperes hivatkozott határozatait az elsőfokú bíróság megváltoztatta, megállapította, hogy a kizárás kimondása az ajánlat érvénytelenné nyilvánítása jogsértően történt, és ezt a döntését a Fővárosi Ítéltábla 4.Kf. tanácsa helybenhagyta.

A fellebbezés az alábbiak szerint alapos.

Az elsőfokú bíróság a tényállást helyesen állapította meg, de tévesen fogalmazta meg a jogvita lényegét, ezért helytelen következtetést vont le a jogsértésről, jogi álláspontját a téves kiindulási pontra figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla nem osztja.

Előjáróban a másodfokú bíróság azt emeli ki, hogy az eljárási szabálysértéseket a felperes megjelölte, nevesítette a Kbt. 335. § megsértését, és a Kbt. 317. § (1) bekezdése folytán alkalmazandó Ket. 50. § (4) bekezdését. Ez utóbbi rendelkezés kapcsán azt sérelmezte, hogy az alperes nem vizsgálta a súlyos szerződésszegést megállapító határozatokkal szemben kifejtett újabb érveit, valamint elutasította szakértő kirendelésére vonatkozó bizonyítási indítványát.

A Kbt. 335. § értelmében a Közbeszerzési Döntőbizottság gondoskodik arról, hogy a kérelmező (az eljárást kezdeményező) és az ellenérdekű ügyfél minden, az eljárás során felvetődött új tény, előterjesztett kérelmet, nyilatkozatot, valamint a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz benyújtott okiratot megismerhessen és azokkal kapcsolatos álláspontját kifejthesse. Ezt a garanciális jellegű szabályt az alperes megsértette, mert a felperest nem tájékoztatta az ajánlatkérő jogorvoslati észrevételéről és a felperes 2009. szeptember 7-én érkeztetett előkészítő iratára benyújtott észrevételről. Eljárási szabálysértése azonban nem volt olyan súlyú, amely a határozat érdemét, a felperes jogainak érvényesítését befolyásolta volna, a bírósági eljárásban az ajánlatkérő észrevételeinek ismeretében fejthette ki jogi álláspontját.

Abban helytállóan foglalt állást az elsőfokú bíróság, hogy súlyos szerződésszegésre nem csak annak a szerződésnek az alanyai hivatkozhatnak, akik által kötött szerződés teljesítése során az felmerült, hanem bárki, kívülálló harmadik személy is. A Kbt. 62. § (1) bekezdés megfogalmazásából ez következik. A jogszabályhely szerint az ajánlatkérőnek az eljárásból ki kell zárnia az olyan ajánlattevőt, aki, illetőleg - a 71. § (1) bekezdésének *b)* pontja és (5) bekezdése szerinti esetben - akinek a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozója vagy a számára erőforrást nyújtó szervezet

a) három évnél nem régebben súlyos, jogszabályban meghatározott szakmai kötelezettségszegést vagy szakmai etikai szabályokba ütköző cselekedetet követett el, vagy korábbi - három évnél nem régebben lezárult - közbeszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettségét súlyosan megszegte, amelyet az ajánlatkérő bizonyítani tud.

A törvény fenti előírásaiból következik, hogy adott közbeszerzési eljárásban egy korábban eredményesen - szerződéskötéssel lezárult - közbeszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettség súlyos megszegését kell az ajánlatkérőnek igazolnia, akár harmadik személyek között fennálló szerződéses jogviszony megítélése alapján.

Nyilvánvalóan nem jelenti ez azt, hogy az ajánlatkérőnek minden egyes a Közbeszerzési Értesítőben a szerződés teljesítésére vonatkozóan megjelent hirdetményt figyelemmel kell kísérnie, vagy egyéb módon vizsgálnia, hogy mely eredményes közbeszerzési eljárást követően megkötött szerződés teljesítésében történt súlyos szerződésszegés, mert ez valóban teljesíthetetlen követelményt állítana az ajánlatkérő elé, de ha tudomást szerez a súlyos szerződésszegésről, és rendelkezésre állnak e vonatkozásban bizonyítékok, azt nem hagyhatja figyelmen kívül.

A Fővárosi Ítéltábla több eseti döntésében is kifejtette, hogy nincs könnyű helyzetben az ajánlatkérő, amikor súlyos szerződésszegés megállapításáról kell döntenie. Ha helytelenül alkalmazza a kizárást, mert a Kbt. 62. § (1) bekezdésnek a) pontjában írt súlyos szerződésszegést nem tudja bizonyítani, ugyanúgy jogot sért, mint azzal, ha a súlyos szerződésszegés ellenére nem alkalmazza a kizárást.

Arra helyesen hivatkozott az elsőfokú bíróság, hogy ha a felek között vita van a létrejött szerződés szerződésszerű teljesítéséről, a jogvitát a szerződéses jogviszonyt értékelő polgári/gazdasági ügyben eljáró bíróság/választottbíróság döntheti el, ő állapíthatja meg adott esetben - döntve a felek által eléje vitt jogkérdésekben - a szerződésszegést. Az ajánlatkérő akkor van könnyű helyzetben, ha ez a döntés egyben a súlyos szerződésszegés megállapítását is jelenti és a kizárás kimondásakor már rendelkezésére áll, mert a bíróság határozata megfelelő bizonyítási eszköze a súlyos szerződésszegésnek. A perbeli esetben bírósági ítélet még nem állt rendelkezésre, mert a döntés meghozatalakor a gazdasági per még folyamatban volt. Miután a Kbt. nem határozza meg, hogy milyen bizonyítékkal kell az ajánlatkérőnek igazolnia a súlyos szerződésszegést, - amúgy a „súlyos” szerződésszegés közbeszerzési jogi és nem polgári jogi fogalom - így minden olyan bizonyíték, amely hitelt érdemlő módon igazolja annak tényét, alkalmas a kizáró ok igazolására, ami azt jelenti, hogy minden esetben az adott ügyben egyedileg, a rendelkezésre álló valamennyi adat együttes vizsgálata alapján dönthető el, mi lehet

a kizárási ok bizonyításának megfelelő eszköze. A perbeli esetben három jogerős alperesi határozat állt rendelkezésre, amelyek - az ajánlatkérő döntése értelmében - a felperes súlyos szerződésszegését alátámasztották. A határozatokat az ajánlatkérő objektív alapú bizonyítéknak fogadta el, ezt a döntését az alperes és az elsőfokú bíróság is jogszerűnek ismerte el. Az alperes határozatai a Kbt. szabályrendszeréből következően bírósági felülvizsgálattal támadhatók. A felperes élt is a felülvizsgálat lehetőségével, melynek eredményeként az a sajátos helyzet állt elő, hogy az eljárás menetében utóbb az objektív alapú bizonyíték megdőlt. A felperes a jogorvoslati eljárásban mindvégig arra hivatkozott, hogy a kizárás indokaként 13 pontban konkrétumok nélkül megjelölt szakmai hiányossággal szemben a hivatkozott eljárások ideje alatt általa még nem ismert tények birtokába jutott, ezért ezek figyelembevételével lehetőséget kell adni számára, hogy a szakmai hiányosság fennállását cáfolja és ennek érdekében a tervezési szerződés tárgyának megfelelő szakirányú képzettséggel és szakértelemmel rendelkező szakértő kirendelésére bizonyításra indítványt tegyen. Az elsőfokú bíróság úgy ítélte meg, hogy az alperes nem sérthette meg a Ket. 50. § (4) bekezdését azon az alapon, hogy nem vizsgálta, a felperes a ... Zrt.-vel korábban fennálló szerződéses kapcsolatában ténylegesen követett-e el súlyos szerződésszegést, és ezért helytállóan mellőzte a bizonyítási indítványt. A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság álláspontjával ellentétben úgy ítélte meg, hogy az alperes a tényállás tisztázása érdekében nem mellőzhette volna a Kbt. 317. § (1) bekezdése folytán alkalmazandó Ket. 50. § (4) bekezdésében írt bizonyítási eszközöket, miután az ajánlatkérő döntésében tételesen megjelent ez a 13 pontra alapított súlyos szerződésszegésre hivatkozó állítás. Az ajánlatkérő minden további vizsgálat nélkül átemelte a súlyos szerződésszegésre alapított döntést és az azt alátámasztó alperesi határozatokat a perbeli közbeszerzési eljárásba. Az objektív alapú bizonyítékként megjelölt alperesi határozatok mellett nem lett volna szabad eltekinteni az új jogorvoslati eljárásban ennek ellenében kifejtett érvek vizsgálatától. Éppen ezért azzal, hogy az alperes nem adott módot a felperesnek érvei kifejtésére, bizonyítékai előterjesztésére és bizonyítási indítványa teljesítésére, megsértette az eljárására a Kbt. 317. § (1) bekezdése értelmében irányadó Ket. 50. § (4) bekezdését.

Mindezekre figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253. § (2) bekezdése értelmében megváltoztatta, az alperes határozatát a Pp. 339. § (1) bekezdése értelmében hatályon kívül helyezte és az alperest új eljárás lefolytatására kötelezte.

Az új eljárás során az alperesnek, miután a három, a kizárás alaposságát igazoló határozat a döntés helyességét nem támaszthatja alá, a kizáró döntésbe átemelt 13 pontban összefoglalt szakmai hiányosság ellenében a jogorvoslati eljárásban előterjesztett, a felperes 2009. szeptember 7-én kelt előkészítő iratában foglaltakat kell megvizsgálnia és a szükséges bizonyítás lefolytatása után döntenie kell abban a kérdésben, hogy a súlyos szerződésszegés ténye megállapítható-e, mert ennek hiányában a kizárásról való döntés nem lehet megalapozott.

A felperes sikeres fellebbezése folytán az alperes a Pp. 78. § (1) és (2) bekezdése, és 79. § (1) bekezdése értelmében köteles a felperesnek járó együttes első-másodfokú perköltség megfizetésére, amelynek az első- és a másodfokú eljárás közötti megoszlása 20.000-20.000 forint.

Az alperes személyes illetékmentességére figyelemmel a feljegyzett kereseti és fellebbezési illetéket a költségmentesség alkalmazásáról szóló 6/1986.(VI.26.) IM rendelet 14. §-a értelmében az állam viseli.

Budapest, 2011. március 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