

A Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága a dr. László András és dr. Kiss Elemér ügyvédek által képviselt I.r. és II.r. felpereseknek a Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (1024 Budapest, Margit krt. 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott határozat bírósági felülvizsgálata iránt a Fővárosi Bíróságon 19.K.33.793/2005. számon megindított és a Fővárosi Ítéltábla 2010. január 20-án kelt 3.Kf.27.467/2009/4. számú ítéletével befejezett perben, amely perbe az alperes pernyertessége érdekében a dr. Molnár Judit ügyvéd által képviselt beavatkozott, a jogerős ítélet ellen az I.-II. r. felperesek által 14. sorszám alatt benyújtott felülvizsgálati kérelem folytán az alulírott helyen és napon megtartott nyilvános tárgyaláson meghozta a következő

í t é l e t e t :

A Legfelsőbb Bíróság a Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.467/2009/4. számú ítéletét hatályában fenntartja.

Kötelezi a felpereseket, hogy 15 napon belül egyetemlegesen fizessenek meg az alperesnek 80.000 (nyolcvanezer) forint és az alperesi beavatkozónak 80.000 (nyolcvanezer) forint felülvizsgálati perköltséget.

Kötelezi a felpereseket, hogy egyetemlegesen fizessenek meg az államnak - külön felhívásra - 36.000 (harminchatezer) forint felülvizsgálati eljárási illetéket.

Az ítélet ellen további felülvizsgálatnak nincs helye.

I n d o k o l á s

Az alperesi beavatkozó ajánlatkérőként a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 124.§ /2/ bekezdés b/ pontja szerinti, közösségi értékhatárt meghaladó építési beruházás tárgyú, hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárásra részvételi felhívást tett közzé az Európai Unió hivatalos lapjában 2005. február 5-én. A részvételi felhívás IV.1.4. pontja

szerint az ajánlattételre felkért szállítók tervezett száma minimum három, maximum öt. A részvételi felhívás III.2.1.3. pontja értelmében a jelentkezőknek a műszaki és szakmai alkalmasságot azoknak a szakembereknek a bemutatásával, szakmai jogosultságukat igazoló okmányaik, szakmai önéletrajzaik csatolásával kellett igazolniuk, akiket felelős műszaki vezetőként és felelős tervezőként a létesítmény megvalósításába be kívántak vonni.

A részvételi határidőre öt részvételi jelentkezés érkezett, köztük a felperesek által alkotta konzorcium is benyújtotta az ajánlati dokumentációját, amely a vezető tervezők között jelölte meg vezető műtárgytervezőként, csatolva ahhoz a tervező szükséges okiratait, igazolásait, okmányait. A részvételi határidő lejártát követően a felperesek által alkotott konzorcium az alperesi beavatkozótól a vonatkozó iratok figyelmen kívül hagyását kérte azzal, hogy tévedésből jelölték meg ajánlatukban vezető műtárgytervezőként.

A részvételi szakasz a 2005. július 25-én tartott eredményhirdetésen zárult le. Az alperesi beavatkozó a felperesek alkotta konzorcium jelentkezését a Kbt. 114.§ /1/ bekezdés c/ pontja alapján a Kbt. 10.§-ára utalással érvénytelennek nyilvánította, mert a beruházás előkészítő munkájában a vele megbízási viszonyban álló Kft. képviselőjében a konzorcium jelentkezésében vezető tervezőként megnevezett Szántó Miklós járt el.

A felperesek a döntés ellen jogorvoslati kérelmet nyújtottak be, amelyben kérték a részvételi jelentkezést érvénytelenné nyilvánító ajánlatkérői döntés megsemmisítését elsődlegesen azzal az indokkal, hogy tévesen, adminisztrációs hibából csatolták a vonatkozó dokumentumokat, amelyre már a jelentkezési határidőt követően, de a döntés előtt az ajánlatkérőnél hivatkoztak. Másodsorban állították, hogy és közöttük megbízási jogviszony nem áll fenn, harmadsorban, hogy a felelős vezetőre megkövetelt létszámot nélkül is teljesítették.

További érvük az volt, hogy a Kbt. 115.§-a és a 130.§ /7/ bekezdése, a részvételi felhívás IV.1.4. pontjának összevetéséből álláspontjuk szerint a három fős minimumhatárt nem éri el az alkalmas és érvényes jelentkezést benyújtó jelentkezők száma, ezért a részvételi szakasz eredménytelen, ez okból az alperesi beavatkozó a két alkalmasnak minősített jelentkező ajánlattételre felhívásával jogszerűen nem folytathatta az eljárást.

Az alperes a 2005. szeptember 12-én kelt D.568/11/2005. számú határozatával a jogorvoslati kérelmet elutasította. Határozata indokolása szerint a részvételi jelentkezésben személyének megjelölése nem volt adminisztrációs hibának tekinthető, ilyen indokkal figyelmen kívül hagyása a részvételi jelentkezésnek a Kbt. 108.§ /3/ bekezdése szerinti tiltott módosítását jelentette volna.

A felperesek és közötti jogviszony fennállásának nem tulajdonított jelentőséget, mert úgy ítélte meg, hogy személyével szembeni összeférhetetlenség nem volt vitatott, a jogorvoslati kérelem folytán csak azt kellett vizsgálni, hogy adminisztrációs hiba miatt volt-e feltüntetve a részvételi jelentkezésben. A Kbt. 130.§ /7/ bekezdés utolsó mondatát az alperes úgy értelmezte, hogy csak akkor kötelező legalább az előírt keretszámnak megfelelő számú jelentkezőt ajánlattételre felhívni, ha a jelentkezők közül marad a keretszámnak megfelelő számú alkalmas jelentkezést benyújtó, ajánlattételre felhívható jelentkező. Mindezekre tekintettel nem volt jogsértő az alperesi beavatkozó eljárása, amikor két alkalmas jelentkezővel az eljárást tovább folytatta. Az ajánlatkérő vizsgálata során ugyanis csak két alkalmas jelentkező maradt, ezért az ajánlatkérő csak ezt a két jelentkezőt kellett, hogy felhívja ajánlattételre.

A felperesek keresetet nyújtottak be az alperes határozatának felülvizsgálata iránt. Állították, hogy a részvételi szakasz eredménytelen volt, továbbá jogorvoslati kérelmükkel egyezően hivatkoztak arra, hogy összeférhetetlenség adminisztrációs hiba miatt nem állt fenn, ezért a jelentkezésüket nem lehetett volna érvénytelennek tekinteni.

Az elsőfokú bíróság a felperesek keresetét elutasította. Ítélete indokolása szerint a Kbt. 130.§ /1/ és /7/ bekezdése csak a keretszám felső határával kapcsolatos előírásokat tartalmaz. A közbeszerzési eljárás az ajánlattételi szakasszal akkor is folytatható, ha a részvételi szakasz értékelését követően rendelkezésre álló érvényes jelentkezést benyújtó és alkalmas részvételi jelentkezők száma nem éri el a minimum keretszámot, ilyen esetben az eljárás nem eredménytelen. Az összeférhetetlenség kapcsán megállapította, hogy az alperesi beavatkozó és a Kft. között létrejött megbízási szerződés alapján a közbeszerzési eljárás előkészítésének egész folyamatában részt vett, így a közbeszerzési eljárás előkészítésébe bevont személynek minősült. A Kbt. 10.§-a az ajánlatkérő oldaláról szabályozza az összeférhetetlenséget, az előírások megsértése objektív felelősséget vált ki. A Kbt. adminisztrációs hibát nem ismer, a részvételi jelentkezés vizsgálata során nem volt lehetőség ilyen hiba figyelembevételére. Az alperesi beavatkozónak nem volt jogszerű lehetősége arra, hogy a felperesek részvételi jelentkezésének elbírálása során az annak részeként benyújtott iratot ne kezelje a jelentkezés részeként, és azt ne vizsgálja. Az adminisztrációs hibára hivatkozással a kérelem bizonyos részeinek figyelmen kívül hagyása a részvételi jelentkezés módosítására irányuló kérelemnek lett volna minősíthető, amelyre az ajánlati kötöttség miatt már nem volt lehetőség. Irrelevánsnak értékelte a felpereseknek azt az állítását, hogy a jelentkezésükben

túlteljesítették a felelős tervezői létszámra megkövetelt keretszámot.

Az elsőfokú ítélet ellen a felperesek nyújtottak be fellebbezést, amelyben arra hivatkoztak, hogy nem minősül módosításnak a részvételi jelentkezés bármilyen megváltoztatása. Vitatták az összeférhetetlenségre vonatkozó megállapításokat. Hivatkoztak arra is, hogy az alperesi beavatkozó jogellenesen járt el, amikor nem tette lehetővé, hogy bizonyíthassák azt, hogy bevonásával nem jutottak információelőnyhöz.

A másodfokú bíróság által előterjesztett előzetes döntéshozatal iránti kérelem folytán az Európai Bíróság C-138/08. számon ítéletet hozott. Az Európai Bíróság ítéletének ismeretében a felperesek a Kf.3. sorszámú beadványukban az ítélet 37., 38., 39. pontjaira hivatkozással hangsúlyozták, hogy az ajánlatkérő által megadott minimális létszámot álláspontjuk szerint be kell tartani, ha az alkalmas jelentkezők száma ezt megengedi. Alkalmas jelentkezőnek minősül minden olyan vállalkozó, aki/amely megfelel a 93/37/EGK Tanácsi irányelv (a továbbiakban: irányelv) 24-29. cikkeiben foglalt előírásoknak és a gazdasági, műszaki jellegű feltételeknek. Álláspontjuk szerint ennek a vizsgálata nem történt meg, ők maguk is alkalmas jelentkezők voltak. A kiíró csak akkor folytathatja az eljárást háromnál kevesebb résztvevővel, ha az összes alkalmasnak talált jelentkezőt meghívja, de azok száma a hármat nem éri el. Amennyiben a minősítés az irányelv 24-29. cikkei szerint történt volna, akkor a felperessel szemben kizáró ok nem fogalmazódhatott volna meg. Az összeférhetetlenség kapcsán hivatkoztak az ún. Fabricom ügyre (azaz a C-21/03. és C-34/03. egyesített ügyben hozott ítéletre) és kérték annak figyelembevételét. Hangsúlyozták, hogy általános vélelem alapján összeférhetetlenség címén nem zárható ki a közbeszerzési eljárásból az ajánlattevő. Lehetőséget kell biztosítani számukra annak igazolására, miszerint nem állt fenn a tisztességes és egyenlő közbeszerzési verseny csorbítása. Így álláspontjuk szerint az automatikus kizárás ellentétes az Európai Bíróság ítélkezési gyakorlatával, a közösségi joggal.

A másodfokú bíróság az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyta. Ítéletek indokolása szerint a Kbt. 407.§-a kimondja, hogy a törvény az irányelvvel összeegyeztethető szabályozást tartalmaz, így a hatályos Kbt. 130.§ /1/-/7/ bekezdéseit alkalmazni kellett. Az előzetes döntéshozatali eljárásban hozott európai bírósági ítéletet alapul véve a másodfokú bíróság az ítéletben foglaltakat ítélkezése alapjául elfogadva azt állapította meg, hogy az irányelv 22. cikk /3/ bekezdését úgy kell értelmezni, hogy ha a közbeszerzési szerződést tárgyalásos eljárás útján ítélik oda, és az alkalmas jelentkezők létszáma nem éri el a szóban forgó eljárásra előírt minimális létszámot, az ajánlatkérő ennek ellenére folytathatja az eljárást úgy, hogy meghívja az alkalmas jelentkezőt vagy

jelentkezőket az említett szerződés feltételeinek megtárgyalására. A tényleges verseny biztosításának kötelezettsége teljesül, ha az ajánlatkérő a 7. cikk /2/ bekezdésében előírt feltételek (eljárásfajta jogszerű kiválasztása) betartásával folytatja le a tárgyalásos eljárást.

A másodfokú bíróság álláspontja szerint csak akkor kötelező legalább az előírt keretszámnak megfelelő jelentkező ajánlattételre való felhívása, ha a jelentkezők közül az alkalmassági /és érvényességi/ vizsgálatot követően marad a keretszámnak megfelelő számú alkalmas /érvényes/ jelentkezőt benyújtó, ajánlattételre felhívható jelentkező. Az irányadó értelmezés alapján az alperes és az elsőfokú bíróság is jogszerűen foglalt állást a jogvitában, így nem volt jogsértő az, hogy az alperesi beavatkozó a részvételi szakaszt nem nyilvánította eredménytelenné és folytatta az eljárást két érvényes jelentkező mellett.

A másodfokú bíróság kiemelte továbbá, hogy az Alkotmány 50.§ /2/ bekezdése értelmében bírósági felülvizsgálat az alperes határozatában foglaltak törvényességének felülvizsgálatára kérhető. A bíróság a kereseti kérelem korlátai között vizsgálja felül az alperes határozatát. Nem volt az alperesi határozat része, az alperesi vizsgálat tárgya, hogy a felperesi konzorcium, mint részvételre jelentkező kizáró okok hatálya alatt állt-e, alkalmas jelentkező volt-e. Az alperesnek a jogorvoslati kérelem folytán kizárólag azt kellett vizsgálnia, hogy a részvételi jelentkezés érvénytelenné minősítéséről az alperesi beavatkozó jogszerűen döntött az összeférhetetlenség okán és a két érvényes jelentkezőre tekintettel az eljárás folytatható volt-e. Az alkalmas jelentkezői létszám meglétének vizsgálata nem volt tárgya az eljárásnak, ezért az a peres eljárás során sem vizsgálható. A felperesek a másodfokú eljárás során hivatkoztak első alkalommal az EK szerződés 220. cikkére, az irányelv 6. cikkére és sérelmezték azt, hogy nem tették lehetővé részükre a kizárási ok kapcsán annak igazolását, magyarázatát, hogy az összeférhetetlenség kapcsán nem merült fel a verseny torzítása, nem szereztek az előkészítő munkában való részvétellel előnyt. A másodfokú bíróság hangsúlyozta, nem teszi kétséggé az összeférhetetlenség vizsgálatának módját, terjedelmét, de nem vizsgálhatta, hogy elégséges adat állt-e rendelkezésre az összeférhetetlenség megállapításához, mert a felperesek a jogorvoslati kérelmükben erre nem hivatkoztak, ilyen kifogást a kereseti kérelmükben sem terjesztettek elő, így nincs az alperesi határozatnak olyan része, amelynek ilyen irányú felülbírálatát az elsőfokú bíróság elvégezhetné volna és ítéletében erről döntést hozhatott. Az összeférhetetlenség vizsgálatának a felperesek által megkívánt módja az általuk állított helyzetben logikai ellentmondást feltételező érvelés is. Az adminisztratív hibára történő hivatkozás, az az állítás, hogy személye nem része a jelentkezésnek, egyben annak állítását is jelenti, hogy az összeférhetetlenség fel sem merülhet, tehát annak vizsgálata szükségtelen. A másodfokú bíróság úgy ítélte meg, hogy az elsőfokú

bíróság a Kbt. rendelkezéseit helyesen értelmezte, az ügy érdemében helytálló döntést hozott, ezért ítéletét helybenhagyta.

A jogerős ítélet ellen a felperesek nyújtottak be felülvizsgálati kérelmet, amelyben kérték a jogerős ítélet hatályon kívül helyezését és elsődlegesen a keresetüknek helyt adó határozat hozatalát, másodlagosan a másodfokú bíróság új eljárásra utasítását. Álláspontjuk szerint a másodfokú bíróság a rendelkezésre álló bizonyítékokat nem megfelelően tárta fel és értékelte, továbbá az Európai Bíróság C-138/08. számú ítéletét tévesen értelmezte, és figyelmen kívül hagyta az ügyben releváns un. Fabricom ügyben hozott ítéletet. Az előzetes döntéshozatali eljárásban hozott ítélet - helyes értelmezés mellett - az irányelv 22. cikk /1/ és /3/ bekezdéseire utalva azt mondta ki, hogy a tárgyalásos eljárást csak abban az esetben lehet háromnál kevesebb vagy a felhívásban megjelölnél kevesebb jelentkezővel folytatni, ha az irányelv 24-29. cikkeiben foglaltak szerinti alkalmas jelentkezők száma háromnál vagy a felhívásban megjelölnél kevesebb és az eljárás szempontjából releváns alkalmassági kritériumok megfelelően publikálásra, alkalmazásra és figyelembevételre kerültek a jelentkezők alkalmasságának vizsgálatánál. A tényleges verseny követelménye akkor érvényesül, ha az ajánlatkérő az irányelv 7. cikk /2/ bekezdésében előírt feltételeket betartva folytatja le a tárgyalásos eljárást és legalább három jelentkezőt hív meg az eljárásba, vagy az alkalmassági kritériumok megfelelő értékelése után háromnál kevesebb alkalmasnak minősített jelentkezővel folytatja az eljárást.

A perbeli esetben öt jelentkező volt, az ajánlatkérő három esetben - köztük a felperesek által alkotott konzorcium esetében - nem kérdőjelezte meg az alkalmasságot, a felperesi jelentkezést csupán az összeférhetetlenség miatt nyilvánította érvénytelennek. Vitatták, hogy az összeférhetetlenség eredményezhet-e alkalmatlanságot, figyelmen kívül hagyható-e a felperesi konzorcium a részvételre jelentkezők alkalmasságának vizsgálata során és két fennmaradó alkalmas jelentkezővel folytatható-e az eljárás. Állították, hogy a Kbt. 114.§ /1/ bekezdés c/ pontja szerinti érvénytelenség nem alkalmassági kérdés. Az alkalmasság körében csak az irányelv 24-29. cikkeiben foglaltakat lehet figyelembe venni, amely rendelkezések azonban az alkalmassági kritériumok körében az összeférhetetlenséget nem szabályozzák, a 24. cikkben felsorolt kizáró okok között az összeférhetetlenség szabályozásra nem került és a 24. cikk taxatív és kimerítő felsorolást tartalmaz. Álláspontjuk szerint a felperesi konzorcium alkalmasságát vizsgálni kellett volna, az alkalmasság nem áll összefüggésben az összeférhetetlenséggel, egy összeférhetetlennek minősülő jelentkező is az alkalmassági kritériumok tekintetében alkalmas jelentkezőnek minősül. Ilyen alkalmassági vizsgálat azonban mind az alperes előtti, mind az elsőfokú bíróság eljárás során elmaradt, és a

másodfokú bíróság jogsértő módon értelmezte az Európai Bíróság ítéletét akként, hogy együttesen értelmezte az alkalmasságot és az érvényességet. A másodfokú bíróság nem térhet el az Európai Bíróság ítéletétől, az adott jogszabályi rendelkezést nem értelmezheti más módon, mint ahogy azt az ítélet teszi. A másodfokú bírósági eljárásban hivatkoztak arra is, az alperes nem vizsgálta, hogy az irányelv 7. cikk /2/ bekezdésében foglalt feltételek teljesülnek-e, azonban ezzel a kérdéssel az Ítéltábla nem foglalkozott, holott az Európai Bíróság ítélete nyomán ennek a kérdéskörnek a vizsgálata szükséges annak eldöntéséhez, hogy folytatható volt-e az eljárás két jelentkező mellett. Az alkalmassági státuszt a másodfokú bíróság nem vizsgálta arra való hivatkozással, hogy azt nem vizsgálhatja. A másodfokú bíróságnak ez az álláspontja a Pp. 339/A. §-ával, az Alkotmány 50. § /2/ bekezdésével, a 39/1997. (VII.1.) AB határozatban kifejtettekkel ellentétes. Az eljárás során mindvégig hangsúlyozták, az összeférhetetlenségtől függetlenül alkalmas jelentkezőknek minősültek, így álláspontjuk szerint a Pp. 3. § /2/ bekezdése alapján a beadványaikat a tartalmuk szerint kellett volna értelmezni, így a kereseti kérelemhez kötöttség nem akadályozta ezen kérdéskör vizsgálatának, a kereseti kérelemhez kötöttség ugyanis nem jelent egyúttal jogcímhez kötöttséget is. A bíróságnak a jogviszony elbírálása a feladata. Elismerték, hogy nem fogalmaztak meg határozott kérelmet arra vonatkozóan, hogy az alperes vizsgálja meg az alkalmasságukat, azonban folyamatosan állították, hogy az ajánlatkérő jogsértést követett el, amikor két jelentkezővel folytatta az eljárást. A Kbt. 130. § /7/ bekezdésének és az irányelv 22. cikk /3/ bekezdésének helyes értelmezése alapján vizsgálni kellett volna az alkalmas jelentkezői státuszokat, amelyet az alperes jogsértő módon nem tett meg és az Európai Bíróság ítélete alapján ez elengedhetetlen eleme lett volna az eljárásnak. Az európai bírósági ítéletében foglaltak alapján kötelezően vizsgálat tárgyává teendő körülmények nem hagyhatók figyelmen kívül. Hivatkoztak egyúttal arra, hogy a Kbt. 334. § /1/ bekezdése alapján az alperes nem volt kötve a jogorvoslati kérelemhez, így az alperesnek kifejezett kérelem hiányában is vizsgálnia kellett volna az irányelv szerint a felperesi konzorcium alkalmasságát, hisz az alperesnek hivatalbóli vizsgálati kötelezettsége is van. Hivatkoztak továbbá az un. Fabricom ügyre, amely szerint általános vélelem alapján nem zárható ki az ajánlattevő, megengedhetetlen az automatikus kizárás, lehetőséget kell biztosítani arra, hogy igazolják, nem csorbul a verseny a közbeszerzési eljárásban. A perbeli esetben erre lehetőségük nem volt és az Ítéltábla ezzel kapcsolatos érvelésüket is figyelmen kívül hagyta azon okból, hogy erre csak a másodfokú bíróság előtti eljárásban hivatkoztak első alkalommal. A felperesek álláspontja szerint az összeférhetetlenség nem eleme az alkalmasságnak, inkább egyfajta igazolása annak, hogy a körülmények nem gátolják a tisztességes versenyt és nem sértik az egyenlő elbánás elvét. A jogsértések alperes által hivatalbóli tisztázása során ezt is vizsgálni kellett volna. Már a jogorvoslati

kérelmükben, az elsőfokú bíróság előtt is hivatkoztak arra, hogy nem álltak jogviszonyban, így személyének a megjelölése nem sérthette meg a verseny tisztaságának elvét és nem okozhatott összeférhetetlenséget. Ezért nem tartják megfelelő és jogszerű indoknak a másodfokú bíróság azon érvelését, mely szerint ezeket már utóbb a bíróság nem vizsgálhatja.

A felperesek arra az esetre, ha a Legfelsőbb Bíróság nem osztaná az álláspontjukat, előzetes döntéshozatali eljárás kezdeményezését kérték a C-138/08. ítélet további értelmezésére, az értelmező ítélet visszaható hatályának kérdésére vonatkozóan, illetve arra a kérdésre, hogy az ügy szempontjából lényegesnek tűnő az előzetes döntéshozatal során hozott ítéletben felvetett követelmények a folyamatban levő perben, ha arra a fél nem hivatkozott korábban, érvényesíthetők-e, továbbá arra, hogy a hatékony jogorvoslathoz való jog elvével összefüggésben az un. Fabricom ügyben hozott ítélet figyelembe vehető-e.

Az alperes felülvizsgálati ellenkérelmében a jogerős ítélet hatályban tartását kérte.

Az alperesi beavatkozó felülvizsgálati ellenkérelmében szintén a jogerős ítélet hatályban tartását kérte.

A felülvizsgálati kérelem alaptalan.

A Legfelsőbb Bíróság nem osztja a felpereseknek az alkalmassági követelmény vizsgálata kapcsán kifejtett álláspontját. A felperesek azzal érveltek, hogy az alkalmassági vizsgálatnak nem része az összeférhetetlenség miatti kizárási ok vizsgálata, ennek kapcsán úgy értelmezték az irányelvet és annak különösen a 24. cikkét, hogy mivel az összeférhetetlenséget az irányelv nem szabályozza, az nem is lehet része az alkalmassági vizsgálatnak. A felperesek azonban azt nem tették vitássá, hogy a Kbt. hatályos rendelkezéseit a jogvita elbírálására alkalmazni kell. Az irányelv tárgykörénél fogva nem érinti az összeférhetetlenséget, ez azonban nem jelenti azt, hogy a hatályos Kbt. rendelkezéseit figyelmen kívül kell hagyni és olyan ajánlattevő is részt vehet a közbeszerzési eljárásban, amellyel szemben összeférhetetlenségi ok áll fenn. A Kbt. 10. §-a sorolja fel azokat az okokat, amelyek alapján összeférhetetlenség áll fenn. Összeférhetetlenség esetén az érintett ajánlattevő a közbeszerzési eljárásban nem vehet részt, így az alkalmasság vizsgálatát minden esetben megelőzi az összeférhetetlenség fennállásának vizsgálata és az összeférhetetlenség okán felmerülő kizárás a közbeszerzési eljárásból.

A Legfelsőbb Bíróság hangsúlyozza, hogy a felülvizsgálat, azaz a közigazgatási határozat törvényességének bírósági felülvizsgálata

nem parttalan és nem korlátlan. A bíróság a közigazgatási határozatot, annak tartalmát, a megállapított tényállást, a jogi indokolást vizsgálja felül. Nem lehet része a bírósági felülvizsgálatnak olyan tény, adat, körülmény, megállapítás, amely nem volt a közigazgatási eljárásban a hatósági vizsgálat tárgya, vagy a vizsgálatnak része. A bíróság ezen felül kötve van a kereseti kérelemhez a Pp. 213.§ /1/ bekezdése és 215.§-a alapján, csak a kereseti kérelem korlátai között vizsgálhatja felül a keresettel támadott alperesi határozatot. Így mindazok a körülmények, amelyeket a felperesek a közbeszerzési eljárásban benyújtott jogorvoslati kérelmükben, illetve a benyújtott kereseti kérelmükben nem kifogásoltak, utóbb a peres eljárás során már nem tehetők vizsgálat tárgyává, és a bíróságnak nincs jogosultsága, hatásköre ezeknek a körülményeknek, tényeknek a vizsgálatára, illetve felülbírálatára. A másodfokú bíróság ezért helytállóan állapította meg, hogy nem volt a közbeszerzési jogorvoslati eljárásban a vizsgálat tárgya a felperesek alkalmasságának kérdése, ahogy ezt maguk a felperesek a felülvizsgálati kérelmük 58. pontjában elismerték, ezért csak azt vizsgálhatta az alperes, hogy jogsértő-e, hogy az ajánlatkérő két jelentkezővel folytatta az eljárást, ezzel összefüggésben azt is, hogy miként kell értelmezni a Kbt. 130.§ /7/ bekezdését.

A másodfokú bíróság helytállóan utalt arra is, hogy nem volt a közigazgatási határozat része annak vizsgálata sem, hogy az összeférhetetlenség kapcsán az automatikus kizárás ellentétes-e a közösségi joggal, a felperes összeférhetetlenség okán automatikusan kizárható-e a közbeszerzési eljárásból, mert ilyen tartalmú kifogást a felperesek a jogorvoslati kérelmükben nem fogalmaztak meg, de keresetükben sem terjesztettek elő az elsőfokú bírósági eljárásban.

A felperesek alaptalanul hivatkoztak arra, hogy az alperesnek a Kbt. 334.§ /1/ bekezdése alapján a másodfokú bíróság által nem vizsgálhatónak ítélt fenti körülményeket hivatalból kellett volna vizsgálnia. A felperesek ilyen irányú kifogásukat, vagy esetlegesen azt, hogy az alperes határozata hiányos, nem vizsgált meg minden jogorvoslati kérelemben megjelölt jogsértést, legkésőbb a keresetükben teheték volna kifogás tárgyává, a másodfokú eljárásban illetve a felülvizsgálati eljárásban erre már nincs jogi lehetőség.

A felperesek feltételelesen előzetes döntéshozatali eljárás kezdeményezését indítványozták a C-138/08. ítélet további értelmezésére.

A felülvizsgálati kérelmükben felvetett kérdésekben a Legfelsőbb Bíróság előzetes döntéshozatal kezdeményezését nem tartotta indokoltnak, mert a C-138/08. ítélet értelmezési problémát nem vet

fel, továbbá a bíróságok előtti jogérvényesítés módjára, keretére nem kérhető döntés és ezzel összefüggésben a bíróságok hatáskörére vonatkozóan az európai bírósági ítéletnek visszaható hatály nem tulajdonítható, nem igénylik az Európai Bíróság, új nevén az Európai Unió Bírósága általi értelmezést.

Mindezek alapján a Legfelsőbb Bíróság megállapította, hogy a jogerős ítélet a felülvizsgálati kérelemben hivatkozott jogszabályokat nem sértette meg, ezért azt a Pp. 275.§ /3/ bekezdése alapján hatályában fenntartotta.

A sikertelen felülvizsgálati kérelemmel élő felperesek a Pp. 270.§ /1/ bekezdése folytán alkalmazandó Pp. 78.§ /1/ bekezdése, 82.§ /1/ alapján egyetemlegesen kötelesek az alperes jogi képvisellel felmerült felülvizsgálati perköltsége megfizetésére, valamint a 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§ /2/ bekezdése alapján a tárgyi illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt felülvizsgálati eljárási illeték viselésére.

Budapest, 2011. február 7.

Dr. Kárpáti Zoltán sk. a tanács elnöke, Dr. Márton Gizella sk. előadó bíró, Dr. Sperka Kálmán sk. bíró

A kiadmány hitelül:

bírósági írnok