



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma:

D.493/7/2022.

A tanács tagjai: Dr. Peleskey Viktória közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Gusztávné közbeszerzési biztos, Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke
Budapest, Riadó u. 5.

A hivatalbóli kezdeményező képviselője:

Dr. Kugler Tibor
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
(Budapest, Riadó u. 5.)

Az ajánlatkérő:

Baranya Megyei Rendőr-főkapitányság
(Pécs, Vargha Damján u. 1.)

Az ajánlatkérő képviselője:

Dr. Zoric Ildikó ügyvéd
(Sikló, Felszabadulás u.38/a)

A beszerzés tárgya, értéke: Minőség-ellenőrzési és minőségbiztosítási tevékenység ellátása az általános (nem technikai) UXO (elhagyott és fel nem robbant harcanyagok, a továbbiakban: UXO) felderítés, a technikai felderítés és mentesítés ideje alatt, 78.740 EUR (24.162.944.-Ft.)

A Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban: Döntőbizottság) a Közbeszerzési Hatóság nevében meghozta az alábbi

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 65. § (3) bekezdését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 450.000.-Ft, azaz négyszázötvenezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja az ajánlatkérőt, hogy a bírság összegét a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbeszerzési Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-01040360-00000000 számú központosított beszedési számlájára átutalással teljesítse.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható annak kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a Kbt. 113. § szerinti nyílt eljárást indított a fent ismertetett beszerzés tárgyában, az összefoglaló tájékoztatót 2016. október 12-én jelentette meg.
Az eljárás iránti érdeklődés jelzésének határideje: 2016. október 18. napja volt.

2. Az ajánlatkérő az alábbi cégeket hívta fel ajánlattételre: Detektor Plussz 11 Lőszermentesítő Kft., Tűzszerész és Aknakutató Kft. és Albert Tűzvédelmi Csoport Kft.

3. Az eljárás iránt az alábbi cégek fejezték ki érdeklődésüket:
Detektor Plussz 11 Lőszermentesítő Kft., Különleges Biztonsági Szolgáltató és Tanácsadó Kft., Geomagnetic General Kft., HÍRÖS AMMO Tűzszerész és Lőszermentesítő kft., Nemes és Társa Harciaszköz-elhárító Kft., Tűzszerész és Aknakutató Kft., Solymos és Társa Bt., Albert Tűzvédelmi Csoport Kft. és az EL-KÁ Tűzszerész Szolgáltató Kft.

4. Az eljárást megindító felhívást 2016. november 15-én küldte meg az ajánlatkérő a gazdasági szereplőknek.

5. A felhívás 3. pontja szerint a közbeszerzés tárgya:
Minőség-ellenőrzési és minőségbiztosítási tevékenység ellátása az általános (nem technikai) UXO (elhagyott és fel nem robbant harcanyagok, a továbbiakban: UXO) felderítés, a technikai felderítés és mentesítés ideje alatt”.
Európai Unió alapokra vonatkozó információk: „A háborús szennyezéssel érintett területek felszámolása” című (De-mine HUHR II.) HUHR/1501/2.1.4/0001 számú projekt.

6. Az ajánlatkérő a részekre történő ajánlattételt nem biztosította.

A nyertes ajánlattevő feladatai:

1. részfeladat: Általános (nem technikai) felderítés során az azt végző cég munkájának ellenőrzése során:
 - a feladat végrehajtására vonatkozó nemzeti jogi szabályzóknak és nemzetközi sztenderdeknek való megfelelés garantálása, az UXO gyanús területről összegyűjtött információk alapján létrehozásra kerülő UXO Információs Adatbázis készítése során
 - UXO Információs Adatbázis írásos anyagának jóváhagyása
 - a BMRFK által megadott célterületből a nem UXO gyanús terület kivonásáról szóló igazolások jóváhagyása
 - a technikai UXO felderítés és lőszermentesítés előzetes műszaki dokumentációjának jóváhagyása
 - A BMRFK projekt menedzsment je részére tűzszerészeti szaktudás biztosítása
2. részfeladat: A technikai UXO felderítést és lőszermentesítést végző cég munkájának szakmai felügyelete, minőségbiztosítása során:
 - a feladat végrehajtására vonatkozó nemzeti jogi szabályzók és nemzetközi sztenderdeknek való megfelelés garantálása
 - technikai UXO felderítést és lőszermentesítést végző cég feladat végrehajtási tervének jóváhagyása
 - technikai UXO felderítés terepen végzett munkálatainak minőségellenőrzése, dokumentálása (ez magába foglalja a feladatok végrehajtásának szabályszerűségi ellenőrzését, a személyi feltételek rendelkezésre állásának és tárgyi eszközök működőképességének ellenőrzését, a biztonsági intézkedések, módszerek, időszaki végrehajtási tervek ellenőrzése

- a technikai UXO felderítés adataiból összeállított papír alapú és elektronikus térképes adatbázis adatainak ellenőrzése és a mentesítendő területek paramétereinek jóváhagyása
- A lőszermentesítés során a terepen végzett munkálatok minőségellenőrzése, dokumentálása (Ez magába foglalja a feladatok végrehajtásának szabályszerűségi ellenőrzését, a személyi feltételek rendelkezésre állásának és tárgyi eszközök működőképességének ellenőrzését, a biztonsági intézkedések, módszerek, időszaki végrehajtási tervek ellenőrzését, a tűzszerészek munkájának ellenőrzését. A talált UXO-k Magyar Honvédségnek történő átadásával kapcsolatos tevékenységek szabályszerűségének ellenőrzését) .
- Dokumentációs feladatok (naplók, jelentések, fotó dokumentáció készítése)
- A szabálytalanságok észlelése esetén a szükséges intézkedések megtétele (pl: a minőségbiztosítás során a már megtisztított területről UXO kerül elő találásra, a terepen végzett műveletek nem felelnek meg a jogszabályoknak vagy eltérnek a jóváhagyott végrehajtási tervektől.)
- A megtisztított területrészek (poligonok) szakmai átvétele, mintavételezéssel végzett minőség biztosítás, a mérési adatok ellenőrzése
- A technikai UXO felderítést és lőszermentesítést végző cég által készített dokumentációk és a lőszermentességről kiállított igazolások ellenőrzése, jóváhagyása

7. A teljesítés határideje 2018. május 31.

8. A felhívás 15. pontja alatt ismertette az ajánlatkérő a Gazdasági és pénzügyi alkalmasság feltételrendszerét.

P3) „A 321/2015. (X.30.) Kormány rendelet 19. § (1) bekezdés a) pontja alapján csatolandó valamennyi számlavezető pénzügyi intézménytől származó nyilatkozat - attól függően, hogy ajánlattevő mikor jött létre, illetve mikor kezdte meg tevékenységét, amennyiben ezek az adatok rendelkezésre állnak – az alábbi kötelező és kifejezett tartalommal: a számlavezető pénzügyi intézmény által vezetett számlák számlaszáma, a számlák megnyitásának időpontja, az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban (amennyiben a számla megnyitásának időpontja ennél későbbre esik, akkor a megnyitás időpontja óta) bármelyik pénzforgalmi számláján előfordul-e sorbanállás. Ajánlattevőnek továbbá nyilatkoznia kell arról, hogy mely pénzügyintézeteknél vezet bankszámlát a bankszámlaszámok megjelölésével. Ajánlatkérő felhívja ajánlattevő figyelmét, hogy a csatolt pénzügyi intézménytől származó igazolásnak, valamint az ajánlattevő nyilatkozatának is ki kell terjednie az előírt 24 hónapos időszakban a megszűnt számlákra is. Amennyiben nincsenek megszűnt számlák, a pénzügyintézeti igazolásnak, illetve ajánlattevő nyilatkozatának ezt is tartalmaznia kell.”

9. A P3 ponthoz rendelt alkalmassági követelmény:

„az eljárásban alkalmas az ajánlattevő, ha a pénzügyi intézménytől származó nyilatkozat(ok) szerint egyik pénzforgalmi számláján sem fordult elő az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban (amennyiben a számla megnyitásának időpontja ennél későbbre esik, akkor a megnyitás időpontja óta) sorban állás. (A „sorban állás” kifejezés alatt ajánlatkérő a 2009. évi LXXXV. törvény 2. § 25. pontjában meghatározott fogalmat érti.)...”

10. A bírálat szempontja a Kbt. 76. § (2) bekezdés c) pontja alapján a legjobb ár-érték arány:

Bruttó ajánlati ár	50
A szerződés teljesítésében részt vevő személyi állomány szervezettsége, képzettsége, tapasztalata	50

Az ajánlattétel határideje: 2016. december 6.

11. Az ajánlatkérő a felhívás „13.) Fő finanszírozási és fizetési feltételek” körében rögzítette:
„Ajánlatkérő a szerződés teljesítéséhez szükséges fedezettel az alábbi forrásból rendelkezik:

- magyar kormányzati támogatás mértéke: 15 %
- EU támogatás mértéke: 85 %

13.2 A kifizetés pénzneme. EURO

13.3 Benyújtható számlák száma, értéke, gyakorisága: Nyertes ajánlattevő 1 részfeladathoz kapcsolódóan a nettó ajánlati ár 30 %-ának megfelelő 1 darab részszámla és a 2 részfeladathoz kapcsolódóan a nettó ajánlati ár 70%-ának megfelelő 1 darab végszámla benyújtására jogosult.

13.4 Előleg biztosítása: Utőfinanszírozás miatt Ajánlatkérő előleget nem fizet.

13.5 Teljesítésigazolás: Ajánlatkérő a teljesítést a Kbt. 135. § (1) bekezdésben meghatározottak szerint 15 napon belül igazolja le.

13.6 Fizetési határidő: Az igazolt (rész)teljesítés alapján kiállított (rész)számla a Ptk. 6:130. § (1) bekezdés szerint a (rész)számla kézhezvételétől számított harminc napon belül banki átutalással kerül kifizetésre.

13.7 Alvállalkozók igénybevétele esetén a kifizetés a Kbt. 135. § (3) bekezdése szerint történik.

13.8 Kifizetésre vonatkozó jogszabályok:

- Ptk. 6:130. § (1)-(2) bekezdései
- Kbt. 135. §
- 2003. évi XCII. törvény (Art.) 36/A §
- a behajtási költségátalányról szóló 2016. évi IX. törvény”

12. Az ajánlattételi határidőig egy ajánlat érkezett:

Aknamentesítés-2016 Konzorcium: Konzorciumvezető Albert Tűzvédelmi Csoport Kft és konzorcium tagja Kiss Imre.

Az összegezés elkészítésére és megküldésére 2017. január 3-án került sor. Az eljárás nyertese az Aknamentesítés-2016 Konzorcium lett, nettó 78.000.- EURO ajánlati árral.

A vállalkozási szerződést a felek 2017. január 16-án kötötték meg.

13. 2019. október 9. napján közérdekű bejelentés érkezett a Közbeszerzési Hatósághoz az ajánlatkérő „Minőség-ellenőrzési és minőségbiztosítási tevékenység ellátása az általános (nem technikai) UXO (elhagyott és fel nem robbant harcanyagok, a továbbiakban: UXO) felderítés, a technikai felderítés és mentesítés ideje alatt” elnevezésű, a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerinti közbeszerzési eljárásával kapcsolatosan.

14. A bejelentő előadta, hogy az Európai Támogatásokat Auditáló Főigazgatóságról szóló 210/2010. (VI. 30.) Korm. rendelet 4. § (2a) bekezdésében, a 2014-2020 programozási időszakban az Európai Regionális Fejlesztési Alap és az Előcsatlakozási Támogatási Eszköz egyes, határon átnyúló együttműködési programjainak végrehajtásáról szóló 126/2016. (VI. 7.) Korm. rendelet 58. § (1) bekezdés d) pontjában, 61. § (1) bekezdésében, valamint a 1303/2013/EU rendelet 127. cikk (1) bekezdésében foglaltak alapján a HUHR/1501/2.1.4/0001 azonosítószámú „De-contamination of war-affected territories (Demine HU-HR II)” című projekt mintavételes ellenőrzése keretében az alábbi megállapításokra került sor az ajánlatkérő, mint ellenőrzött projekt partner tekintetében.

15. A Jelentés szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) bekezdését, amikor ajánlattételi felhívásában előírta annak az igazolását, hogy ajánlattevő egyik pénzforgalmi számláján sem fordult elő az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban sorbaállítás. A bejelentő szerint az ajánlatkérő a fentiek alapján olyan alkalmassági követelményt írt elő, mely nem kapcsolódott szorosan a közbeszerzés tárgyához.

16. A hivatalbóli kezdeményező 2019. október 14-én kelt, T-02280/02/2019. számú levélben a közérdekű bejelentés érdemi vizsgálata érdekében tájékoztatáskéréssel fordult az ajánlatkérőhöz.

17. Az ajánlatkérő a vitatott - az ajánlattételi felhívás P3) pontja szerinti - alkalmassági követelmény kapcsán előadta, hogy a Kbt. 65. §-ában azzal összefüggésben sem tiltó, sem korlátozó előírás nincsen. Ajánlatkérő előadta továbbá, hogy a 2016. július 25-től hatályos 321/2015. Kormányrendelet 19. § (1) bekezdése kifejezetten rendelkezik arról, hogy az előírt kritérium jogszerűen alkalmazható, valamint az eljárás megindításakor hatályos pénzforgalmi szolgáltatás nyújtásáról szóló 2009. évi LXXXV. törvény (a továbbiakban: Pft.) 60. § (1) bekezdése a sorbaállítás minimális időtartamára nem ad törvényi korlátozást. Ajánlatkérő előadta továbbá, hogy a tárgyi eljárás megindításának időszakában elfogadott, bevett gyakorlat volt a sorbaállítás alkalmazott előírása. Az ajánlatkérő álláspontja szerint csak később alakult ki olyan értelmezés és joggyakorlat (ld. egy évvel későbbi, hivatkozott D.359/16/2017. sz. határozat) és korábbiakban nem volt ismert olyan álláspont, miszerint a sorbaállítás ne lenne alkalmas arra, hogy kifejezze az alkalmassági feltételben célzott funkciót.

A hivatalbóli kezdeményezés

18. A hivatalbóli kezdeményező 2019. november 20-án benyújtotta a hivatalbóli kezdeményezését.

19. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy 2019. október 9. napján közérdekű bejelentés érkezett a Közbeszerzési Hatósághoz az ajánlatkérő „Minőség-ellenőrzési és minőségbiztosítási tevékenység ellátása az általános (nem technikai) UXO (elhagyott és fel nem robbant harcanyagok, a továbbiakban: UXO) felderítés, a technikai felderítés és mentesítés ideje alatt” elnevezésű, a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerinti közbeszerzési eljárásával kapcsolatosan.

20. A Jelentés alapján az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) bekezdését, amikor ajánlattételi felhívásában előírta annak az igazolását, hogy ajánlattevő egyik pénzforgalmi számláján sem fordult elő az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban sorbaállítás. A bejelentő szerint az ajánlatkérő a fentiek alapján olyan alkalmassági követelményt írt elő, mely nem kapcsolódott szorosan a közbeszerzés tárgyához.

21. A Döntőbizottság D.359/16/2017. számú határozata szerint a hivatkozott pénzforgalmi jogszabályi rendelkezésekből látható, hogy a pénzforgalmi számlán a sorbaállítás nem fejezi ki az ajánlatkérő által az alkalmassági feltételben célzott funkciót, a pénzforgalmi szolgáltató ugyanis - jogszabály eltérő rendelkezése hiányában, illetve ha a számlatulajdonossal másként nem állapodik meg - a fizetési számlán pénzügyi fedezet hiánya miatt nem teljesíthető fizetési megbízásokat visszautasítja, a visszautasítás folytán a fedezet hiánya miatt nem teljesíthető követelés tehát nem kerül sorbaállításra. A hivatkozott pénzforgalmi jogszabályi rendelkezések alapján a fizetési számlán a sorbaállításra a jogszabályokban meghatározott feltételek teljesülése esetén kerül sor, továbbá sorbaállítás esetében is legfeljebb harmincöt napra biztosított a számlatulajdonos számára a teljesítéshez szükséges fedezet biztosítása. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság álláspontja szerint aránytalan az alkalmassági feltételnek az ajánlati felhívás feladásának napját megelőző 24 hónapban előforduló valamennyi sorban álló tételre vonatkozó előírása.

22. Az ajánlatkérő a hivatalbóli kezdeményező megkeresésére adott válasza alapján megállapítható, hogy a vitatott alkalmassági követelményekre vonatkozóan az ajánlatkérő nem adott adatszolgáltatásban elfogadható magyarázatot. Az ajánlatkérő az általa előírt egyéb pénzügyi és műszaki alkalmassági követelmények előírását a szerződés tárgyával, teljesítésével összhangban indokolta. A sorbaállítás (ajánlattételi felhívás P3) pontja kapcsán azonban az ajánlatkérő kizárólag arra hivatkozott, hogy a mérték tekintetében a Kbt., illetve egyéb jogszabály nem korlátozza kifejezetten az ajánlatkérőt, ugyanakkor konkrét előírása kapcsán azt nem indokolta, hogy az mennyiben felel meg a Kbt. 65. § (3) bekezdésének.

Az ajánlatkérő észrevétele

23. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárásban tett észrevételeiben a P3 pénzügyi feltétel magyarázatával kapcsolatban az alábbiakat adta elő:

P3) a pénzügyi intézménytől származó nyilatkozat(ok) szerint egyik pénzforgalmi számláján sem fordult elő az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban (amennyiben a számla megnyitásának időpontja ennél későbbre esik, akkor a megnyitás időpontja óta) sorban állás. (A „sorban állás” kifejezés alatt ajánlatkérő a 2009. évi LXXXV. törvény 2. § 25. pontjában meghatározott fogalmat érti.)

24. Az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy az alkalmassági követelmény vonatkozásában közös ajánlattevők együttesen is megfelelhetnek. (Kbt. 65. § (6) bekezdés). Az ajánlattevők legyenek figyelemmel a Kbt. 65. § (7)-(8), (11) bekezdéseiben foglaltakra is.

25. Az eljárás megindítására 2016. november 15-én került sor, így a 2016. november 1-től hatályos, a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (Kbt.) és kapcsolódó jogszabályai irányadóak a vizsgált közbeszerzési eljárásra. A Kbt. 65.§-ban a fenti alkalmassági kritériummal kapcsolatos sem tiltó, sem korlátozó előírás nincsen, a „sorban állás” vizsgálata jogszerűen történt.

A 2016. július 25-től hatályos a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 19. § (1) bekezdés a) pontja kifejezetten rendelkezik arról, hogy az előírt kritérium jogszerűen alkalmazható, mivel az ajánlattevőnek, illetve a részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmassága árubeszerzés, építési beruházás, valamint szolgáltatás megrendelése esetén igazolható pénzügyi intézménytől származó, legfeljebb az eljárást megindító felhívás feladásától nem hirdetményvel induló eljárásokban megküldésétől - visszafelé számított kettő évre vonatkozó megfelelő nyilatkozattal; attól függően, hogy az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező mikor jött létre, illetve mikor kezdte meg tevékenységet, ha ezek az adatok rendelkezésre állnak.

26. Az előírás tartalmi korlátozást nem jelöl meg, vagyis ajánlatkérő jogosult meghatározni, hogy milyen tartalommal kéri a pénzügyi intézmény nyilatkozatát. Itt is kétséget kizáróan megállapítható, hogy a 2 év (24 hónap) időtartam korlátozáson túl semmi egyéb korlát az előírás kapcsán nincsen. Az eljárásban ez betartásra került, a vizsgált időtartam 24 hónapban került megjelölésre.

27. A 2009. évi LXXXV. törvény 60. § (1) bekezdése a sorba állítás minimális időtartamára nem ad törvényi korlátozást, vagyis az ajánlatkérő jogszabálysértést nem követett el.

A Döntőbizottság D.532/7/2019. számú határozata

28. A Döntőbizottság a 2019. december 12. napján kelt D.532/7/2019. számú határozatával megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) bekezdését, és 500 000 forint bírságot szabott ki vele szemben.

29. Döntésének indokolásában rögzítette, hogy a hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 152. § (2) bekezdésében meghatározott határidőn belül nyújtotta be kezdeményezését. Megállapította, hogy a felperes nem adta indokát a kérdéses alkalmassági feltétel előírásának, az elfogadott gyakorlat nem alapos hivatkozás a jogszerűség megítélése során. Okfejtése szerint a Kbt. 65. § (3) bekezdése, a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Vhr.) 19. § (1) bekezdés a) pontja, a pénzforgalmi szolgáltatás nyújtásáról szóló 2009. évi LXXXV. törvény 2. § 25. pontja, 60. § (1) bekezdése, a pénzforgalom lebonyolításáról szóló 18/2009. (VIII. 6.) MNB rendelet 7. § (1)-(3) bekezdései és 8. § (1) bekezdése szerint az alkalmassági követelmények meghatározását az esélyegyenlőségre, az egyenlő elbánásra és a verseny tisztaságára vonatkozó alapelvek figyelembevétele mellett a közbeszerzés tárgyára kell korlátozni, és azokat – a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel – legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

30. A pénzforgalmi számlán a sorba állítás nem fejezi ki az alkalmassági feltételben célzott funkciót, a pénzforgalmi szolgáltató ugyanis – jogszabály eltérő rendelkezése hiányában, illetve ha a számlatulajdonossal másként nem állapodik meg – a fizetési számlán a pénzügyi fedezet hiánya miatt nem teljesíthető fizetési megbízásokat visszautasítja, a visszautasítás folytán a fedezet hiánya miatt nem teljesíthető követelés tehát nem kerül sorba állításra. A jogszabályi feltételek teljesülése esetén is legfeljebb 35 nap áll rendelkezésre a fedezet biztosítására, így az ajánlati felhívás feladásának napját megelőző 24 hónapban előforduló valamennyi sorban álló tételre vonatkozó előírás nincs összhangban a Kbt. 65. § (3) bekezdésben foglaltakkal.

31. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja és (11) bekezdése alapján a beszerzés becsült értéke 10%-ának alapulvételeivel a bírságösszeg tekintetében a felperes terhére értékelte a jogsértés súlyos voltát, annak nem reparálható jellegét, és azt, hogy a beszerzés uniós forrásból finanszírozott, ezért a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat, továbbá, hogy a felperes az előírás indokait nem mutatta be. A felperes javára értékelte, hogy az adott közbeszerzés vonatkozásában nem történt ismételt jogsértés, illetve a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre nem volt befolyása.

A közigazgatási per

32. A felperes – a tárgyaláson pontosított – keresetében elsődlegesen a határozat megsemmisítését, másodlagosan annak megváltoztatását és a hivatalbóli kezdeményezés visszautasítását, harmadlagosan a bírság összegének 100 000 forintra mérséklését kérte. Előadta, hogy az ajánlatkérési felhívásban utófinanszírozást jelölt meg, a 10 felhívott gazdasági szereplőből két gazdálkodó szervezet tett ajánlatot; előzetes vitarendezésre, jogorvoslati eljárásra nem került sor. A projekt ellenőrzési feladatait a Széchenyi Programiroda Nonprofit Kft. látta el, amely nem állapított meg jogsértést, ahogyan az Országos Rendőr-főkapitányság Költségvetési Ellenőrzési Irodája sem. A nem publikus záró audit jelentést az AESA Magyarország Kft. 2019. szeptember 30-i keltezéssel bocsátotta ki,

amely auditáló szervként jogorvoslati eljárást nem kezdeményezett. A hivatalból kezdeményező tájékoztatás kéréséből nem, csak az alperesi határozatból szerzett tudomást arról, hogy a közérdekű bejelentő a Kbt. 152. § (1) bekezdés j) pontjában meghatározott, európai támogatásokat auditáló szerv, ezáltal a jogorvoslati eljárásban a bejelentés jogszerűtlenségével kapcsolatosan kifogást nem tudott tenni.

33. Álláspontja szerint a hivatalbóli kezdeményezés a Kbt. 152. § (2) bekezdés a) pontjában meghatározott objektív határidőn (három éven) túl, elkésletten érkezett.

Kifejtette, hogy az európai uniós támogatásokat auditáló szervnek a Kbt. alapján önálló hivatalbóli kezdeményezői jogosultsága és ügyfélképessége van, ezért az eljárása jogsértő akkor, ha a kezdeményezési határidőn túl a közérdekű bejelentés eszközével él. Az alperesnek vizsgálnia kellett volna ezen körülményeket, és a Kbt. 152. § (5) bekezdése alapján vissza kellett volna utasítania a hivatalbóli kezdeményezést. Állítása szerint a közérdekű bejelentő hivatalbóli kezdeményezői jogosultságát a jogorvoslati eljárásban nem ismerhette fel. Hivatkozott a hivatalbóli kezdeményező közérdekű bejelentésekkel kapcsolatban közzétett tájékoztatójára, mely szerint „A bejelentőnek, amennyiben az eljárásban ügyfélképességgel rendelkezik, és valamely mulasztás okán nem kezdeményezett a Közbeszerzési Döntőbizottságnál vizsgálatot, abban az esetben a közérdekű bejelentés alapján benyújtott kérelmet - a 2013. évi CLXV. törvény 1. § (2) bekezdésében foglaltakra tekintettel - a Közbeszerzési Hatóság érdemi vizsgálat nélkül elutasítja, ugyanis a Közbeszerzési Hatóság Elnöke által kezdeményezett hivatalbóli jogorvoslati eljárás jogintézménye nem szolgálhat a konkrét ügyben egyébként ügyfélképességgel rendelkező személyek jogai érvényesítésének a helyettesítésére.”

34. A megállapított jogsértéssel összefüggésben előadta, hogy az alperes határozatában lényeges és általa ismert körülményeket nem vont vizsgálata körébe, mégpedig azt, hogy a hatóság gyakorlata alapján a pénzügyi és gazdasági alkalmassági feltételeknek összetett rendeltetésük van. Alapvető funkciójuk, hogy biztosítsák a pénzügyi, gazdasági stabilitással rendelkező ajánlattevő kiválasztását, továbbá, hogy bemutassák annak a lehetőségét: az ajánlattevő képes biztosítani az ellenérték egészének vagy egy részének kifizetéséig szükséges előfinanszírozási igényt. Annak a körülménynek a megítélése, hogy egy adott alkalmassági feltétel összeegyeztethető-e a Kbt. 65. § (3) bekezdésével, mindig az adott közbeszerzési eljárásra vonatkozó körülmények figyelembevételével lehetséges. Az ellenérték biztosítása az utófinanszírozás miatt előlegfizetés nélkül, az igazolt teljesítést követően történt, a beszerzés kiemelkedően védendő jogi érdeket tartalmazott: emberéleteket védett, azt biztosította, hogy az aknamentesített területen ne maradjon fel nem robbant hadianyag. Álláspontja szerint a pályázati felhívás az irreleváns alperesi okfejtéssel szemben az ajánlattevőkre kedvezőbb, nem szűkítő megfogalmazású előírást tartalmazott. Hivatkozott e körben a Döntőbizottság D.190/7/2016. számú határozatára, valamint a Fővárosi Bíróság 25.K.33.031/2006/8. számú ítéletére. Nincs olyan előírás, mely szerint az alkalmassági követelménynek – az alperes által hibásan írt módon – szorosan a közbeszerzés tárgyához kell kapcsolódnia.

35. A bírságösszeg mérséklése kapcsán kifejtette, hogy az alperes a Kbt. 165. § (11) bekezdés e) pontjával szemben nem értékelte nyomatékos enyhítő körülményként a jelentős időmúlást, noha a közbeszerzési eljárás, valamint a jogorvoslati eljárás megindítása között több, mint 3 év telt el.

A perben hangsúlyozta, hogy a sorban állás, mint alkalmassági feltétel kapcsán a 2016. évben még általános jelleggel érvényesülő joggyakorlat 2019-re megváltozott, ezen előírást az auditok nyomán az ajánlatkérők már nem alkalmazták. Az alperes jogszabálysértő módon járt el, amikor nem a 2016. évben ismert joggyakorlatnak megfelelően vizsgálta az alkalmassági feltételt.

36. A Döntőbizottság a védiratában elsődlegesen a keresetlevél visszautasítását kérte, mivel álláspontja szerint azt a felperes a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 28. § (2) és (3) bekezdései alapján alkalmazandó, a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény (a továbbiakban: Pp.) 608. § (1) bekezdése, 325. § (1) bekezdés f) pontja, az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény (a továbbiakban: E-ügyintézési törvény) 9. § a) pont ad) alpontja és b) pontja, valamint 18. § (2) bekezdése, az ügyvédi tevékenységről szóló 2017. évi LXXVIII. törvény (a továbbiakban: Ütv.) 18. §-a megsértésével nem teljes bizonyító erejű magánokiratban, az eljáró ügyvéd elektronikus aláírása nélkül, tehát nem a jogszabályban meghatározott módon terjesztette elő.

37. Másodlagosan a határozatban foglaltakat fenntartva a kereset elutasítását kérte. Kifejtette, hogy a hivatalbóli kezdeményezés a Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja alapján nem késett el. Rámutatott, hogy a felperes a hivatalbóli kezdeményezést megkapta, eljárásjogi kifogásait a jogorvoslati eljárásban nem adta elő, ahogyan a kérdéses alkalmassági követelmény előírásának indokait sem. A felperes által hivatkozott alperesi határozatban, illetve bírósági ítéletben valamennyi alkalmassági követelmény kifogásolására és vizsgálatára sor került, továbbá az alkalmassági követelményrendszer egy több milliárdos beszerzésre vonatkozott. A bíróság kiszabása kapcsán előadta, hogy a Kbt. 165. § (11) bekezdése példálózó jellegű felsorolást tartalmaz, a perbeli esetben a bíróság összege a kiszabható összegnek csak a 22,07%-a.

Kiemelte, hogy a hivatalból kezdeményező hivatalbóli eljárása során, közérdekű bejelentésből értesült a vélelmezett jogsértésről, a hatóság a kezdeményező tudomásszerzésének idejét igen, a módját azonban nem vizsgálhatja. A jogorvoslati eljárásban a hivatalbóli kezdeményezés keretei között vizsgálódhat, és a jogorvoslati eljárás során előterjesztett nyilatkozatok tartalmát veheti figyelembe, ezért nem értékelte a hivatalbóli kezdeményező eljárásában a felperes által előadott indokokat.

A közigazgatási bíróság ítélete és annak indokai

38. A bíróság a közigazgatási jogvitát a Kp. 4. § (3) bekezdés a) pontja alapján a Kp. Második része szerinti elsőfokú közigazgatási peres eljárásban bírálta el. A közigazgatási tevékenység jogszerűségét a Kp. 2. § (4) bekezdése és 85. § (1) bekezdése értelmében a kereseti kérelem korlátai között, és a Kp. 85. § (2) bekezdése alapján a megvalósításának időpontjában fennálló tények alapján vizsgálta. A tényállást a Kp. 78. § (2) bekezdésére figyelemmel a rendelkezésre álló adatok, valamint a felek előadásának egybevetése alapján, a bizonyítékokat egyenként és összességükben, a megelőző közigazgatási eljárásban megállapított tényállással összevetve állapította meg.

39. A bíróság a feladási igazolások alapján megállapította, hogy a felperesi jogi képviselő a papír alapon teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalt keresetlevelet – az elektronikus ügyintézés részletszabályairól szóló 451/2016. (XII. 19.) Korm. rendelet 12. § (1) bekezdés d) pontjának megfelelően – a NISZ biztonságos kézbesítési szolgáltatási rendszerén keresztül küldte meg. A rendszer működésénél fogva automatikusan AVDH hitelesítéssel (időbélyegzővel) látja el az alperes által rendszeresített elektronikus űrlaphoz csatolt dokumentumokat, tehát az Ütv. és az E-ügyintézési törvény rendelkezéseinek megfelelően szerkesztett és benyújtott keresetlevél visszautasításának a Kp. 48. § (1) bekezdés l) pontja alkalmazásával nem volt helye.

40. A felek – a túlnyomó részt eljárásjogi kifogásokat tartalmazó keresetben foglaltakra figyelemmel – azon kérdésekre vártak választ a bíróságtól, hogy az alperes a hivatalbóli kezdeményezést érdemben elbírálhatta-e, valamint a felperes által megadott indokok alapulvételével vizsgálta-e az előírt alkalmassági követelmény szükségességét, és ennek alapján megalapozott döntést hozott-e, továbbá a bírságösszeg meghatározására irányuló mérlegelését jogszerűen végezte-e el.

41. A bíróság nem találta megalapozottnak a felperes azon állítását, hogy a közérdekű bejelentő személyét nem ismerte, és ezen okból nem hivatkozott a jogorvoslati eljárásban a hivatalbóli kezdeményezés visszautasításának szükségességére.

42. A bíróság megállapította, hogy maga a hivatalbóli kezdeményezés is beazonosítható módon utal az EUTAF-ra, mint közérdekű bejelentőre, tehát a felperesnek a jogorvoslati eljárás megindításakor tisztában kellett lennie azzal, hogy a közérdekű bejelentést a Kbt. 152. § (1) bekezdés j) pontja alapján hivatalbóli kezdeményezésre jogosult szerv tette. Ha a felperesben kétségek merültek volna fel ezzel kapcsolatban, akkor a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó, az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 33. §-ában biztosított iratbetekintési jogánál fogva erről tájékozódhatott volna, figyelemmel arra, hogy a közérdekű bejelentés a hivatalbóli kezdeményezés melléklete volt, amelyre az általa ismert hivatalbóli kezdeményezés egyértelműen utalt is.

A bíróság megállapította továbbá, hogy a jogorvoslati eljárásban benyújtott eljárásjogi kifogás elmaradásának ellenére a felperes ezzel kapcsolatos kereseti érvelése a perben vizsgálható, mivel az alperesnek a Kbt. 152. § (2) bekezdésében meghatározott jogorvoslati határidők megtartottságát hivatalból kellett vizsgálnia.

43. A bíróság rámutatott arra, hogy az alperesnek a Kbt. 152. § (2)-(3) bekezdései, valamint (8) bekezdése alapján kizárólag a hivatalbóli kezdeményező vonatkozásában kellett a jogvesztő – a 9/2020. (V. 28.) AB határozat alapján anyagi jogi – határidő megtartottságát vizsgálnia és döntenie az esetlegesen szükséges visszautasításról. A Kbt. 152. § (3) bekezdése szerint alkalmazandó Kbt. 148. § (8) bekezdés a) pontja alapján az állított jogsértés a felhívás megküldésével 2016. november 15. napján következett be, a szolgáltatás beszerzésére 85%-ban európai uniós forrásból került sor, így a hivatalbóli kezdeményezés benyújtására a Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontjában rendelkezésre álló öt éven belül, határidőben került sor, az alperes jogszerűen döntött a visszautasítás mellőzéséről.

44. A bíróság kiemelte, hogy az alperes csak a hivatalbóli kezdeményezőre vonatkozó jogorvoslati eljárás kezdeményezési szabályok megtartottságát vizsgálhatja, a hivatalbóli kezdeményező saját eljárásának vagy a közérdekű bejelentő eljárásának vizsgálatára nincs hatásköre, ezáltal nem vizsgálhatta azt, hogy miért nem lépett fel maga az EUTAF hivatalbóli kezdeményezőként. Az irányadó ítélkezési gyakorlatnak megfelelően a Kúria a Kfv.II.38.141/2014/4. számú ítéletében – a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontjának megfelelő, a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény 140. § (1) bekezdés a) pontját értelmezve – rögzítette, hogy a hatóság elnökének diszkrecionális jogkörébe tartozik az, hogy hivatalból eljárást kezdeményez-e vagy sem. A hivatalbóli kezdeményezés megtétele kapcsán az alperes nem vizsgálhatja, hogy a közbeszerzési hatóság elnöke milyen forrásból szerzett tudomást a jogsértésről. A hatóság elnöke bármilyen információt felhasználhat a jogsértésről való tudomásszerzés érdekében. Az alperes a hivatalbóli kezdeményezés kapcsán csak a jogsértés tudomásra jutásának időpontját vizsgálhatja, azért, hogy megállapíthassa, a kezdeményezés határidőben került-e előterjesztésre, de azt nem vizsgálhatja, hogy a közérdekű bejelentés - mint a jogsértésről való tudomásszerzés - kitől származik, a bejelentést tevő önálló

jogorvoslati kérelemmel élhetett-e volna. Ez a körülmény ugyanis nem zárja ki a közérdekű bejelentés megtételét, sem a hivatalbóli eljárás kezdeményezését.

Mindebből következően a felperes elkésettségre hivatkozása alaptalan, mivel a Kbt. 152. § (2) bekezdésének megtartottságát nem az EUTAF, hanem a hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzése vonatkozásában kellett az alperesnek vizsgálnia; a hivatalbóli kezdeményező pedig a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontja alapján jogosult volt a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére, ezáltal a Kbt. 152. § (5) bekezdése alkalmazásának nem volt helye.

45. A bíróság megjegyezte, hogy az alperes közzétett döntéseiből megállapítható, hogy az EUTAF vizsgálatai nyomán mind maga az EUTAF, mind a Közbeszerzési Hatóság Elnöke fel szokott lépni hivatalbóli kezdeményezőként.

Az Alkotmánybíróság a 9/2020. (V. 28.) AB határozatának [34] bekezdésében a Kbt. 152. §-át értelmezve megállapította, hogy a Kbt. 152. § (1) bekezdésében taxatív felsorolt szervek és személyek feladatkörük gyakorlása kapcsán a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nemcsak jogosultak, hanem kötelesek is. Ez a követelmény ugyanakkor nem feltétlenül a fellépés kötelezettségét, hanem – például közérdekű bejelentés esetén – a kivizsgálásra és a saját álláspont kialakítására irányuló kötelezettséget jelenti; a jogsértés megállapíthatóságáról, illetve a hivatalbóli kezdeményezés szükségességéről a kezdeményezők diszkrecionális jogkörben maguk dönthetnek. A hivatalbóli kezdeményezés benyújtójának kiválasztása nem lehet a jogosultak közötti alku eredménye, nem vezethet olyan álláspontra, mely szerint a jogosult saját vizsgálata eredményeképpen, azaz a jogszabályban meghatározott feladatkörének ellátása során (Kbt. 152. § (1) bekezdés bevezető szövegrész) szükségesnek tartja a hivatalbóli kezdeményezés benyújtását, azonban azt maga valamely okból nem teszi meg, és átadja más hivatalbóli kezdeményezőnek. Mivel a hivatalbóli kezdeményezés elmulasztásának vizsgálatára, annak szankcionálására az alperes hatáskörrel nem rendelkezik, ezáltal a közigazgatási perben eljáró bíróság sem vonhatja le ennek következményeit, az ezzel kapcsolatos jogszerű gyakorlatot a Kbt. 152. § (1) bekezdésében felsorolt szervezeteknek kell kialakítaniuk.

A fentiekhez kapcsolódóan nem releváns a hivatalbóli kezdeményezési határidő megtartottsága szempontjából az sem, hogy a projekt ellenőrzési feladatait ellátó szervezet vagy a felperes ellenőrzési irodája miért nem tárt fel szabálytalanságot, ahogyan az sem, hogy a hivatalbóli kezdeményező milyen belső gyakorlatot alakít ki a közérdekű bejelentések vizsgálata során.

46. Ugyanígy alaptalannak találta a bíróság a felperes azon hivatkozását, amely az alperes hasonló ügyekben folytatott gyakorlata alapján állította a határozat jogszabálysértő jellegét. A Fővárosi Ítéltábla Kf.3.27.290/2007/6. és Kf.3.27.271/2003/3. számú döntéseiben is tükröződő töretlen ítélkezési gyakorlatot szem előtt tartva az alperes általános gyakorlata 104.K.701.005/2020/13. 7 egyedi közigazgatási ügyben nem lehet mértékadó szempont, a Kbt. 65. § (3) bekezdésének megsértését az alperesnek a jelen ügy sajátosságai alapján kellett megítélnie. A Kúria a Kfv.VI.37.730/2018/11. számú ítéletének [34] bekezdésében kifejtette, hogy a jogalkalmazói gyakorlat nem minősül jogszabálynak, így az attól való eltérés akkor sem alapozná meg a határozat megváltoztatását, ha az állítás ténybelileg igaz is lenne. A bíróság hangsúlyozza, hogy a jelen ügyben mérvadó jogszabályi rendelkezések – a Kbt. 65. § (3) bekezdése, illetve a Vhr. 19. § (1) bekezdés a) pontja – a tárgybéli közbeszerzési eljárás megindításától a jogorvoslati eljárásig eltelt időszakban tartalmilag nem változtak, a felperesnek az eljárást megindító felhívásban nem a 2016. évben alkalmazott közbeszerzési gyakorlat, hanem a vonatkozó jogszabályok alapján kellett az alkalmassági feltételeket rögzítenie.

47. Ezt követően a bíróság áttért az alperes tényállás tisztázási és indokolási kötelezettségével összefüggésben felhozott jogszabálysértések vizsgálatára. A felperes kereseti állítása szerint az alperes lényeges és általa ismert körülményeket nem vont vizsgálatába: az utófinanszírozáshoz szükséges előfinanszírozási igényt – mivel az ellenérték biztosítása előlegfizetés nélkül, az igazolt teljesítést követően történt –, és azt, hogy a beszerzés kiemelkedően védendő jogi érdeket tartalmazott, emberéleteket védett, azt biztosította, hogy az aknamentesített területen ne maradjon fel nem robbant hadianyag. A bíróság kiemeli, hogy a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 62. §-a alapján az alperest a döntés meghozatalához szükséges valamennyi releváns tényre kiterjedően terhelte a tényállás tisztázásának kötelezettsége, amelynek során a hivatalbóli kezdeményezés indokolásához, illetve a Kbt. 154. § (1) bekezdése szerinti felperesi észrevétel tartalmához kötve nem volt.

48. A bíróság megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményező eljárásában kifejtett – és a hivatalbóli kezdeményezés mellékletként az alperes részére becsatolt, így általa ismert – felperesi indokolás szerint az alkalmassági feltétel az utófinanszírozásra, az előleg hiányára, a teljesítésigazolás utáni 30 napos utólagos fizetésre, az euró-forint árfolyamkockázatra figyelemmel került megállapításra, amely pénzügyi alkalmassági, és nem műszaki feltétel, így szorosabban nem tud a közbeszerzés tárgyához kapcsolódni. Ugyanígy ismertek voltak az alperes előtt az eljárást megindító felhívásban rögzített finanszírozási feltételek (határozat 11. pont). Azt a felperes sem vitatta, hogy a jogorvoslati eljárás során a fenti indokait észrevételében nem ismételte meg.

49. A felperes fenti indokolásához képest az alperes határozata 44. pontjában – tévesen – azt állapította meg, hogy a felperes a jogorvoslati eljárásban sem adta indokát a kérdéses alkalmassági feltétel előírásának. A „sem” módosítószó egyértelműen arra utal, hogy az alperes álláspontja szerint a felperes más eljárásban, azaz a hivatalbóli kezdeményező eljárásában sem indokolt, amely állítás iratellenes.

50. A bíróság rámutatott arra, hogy a Vhr. 19. § (1) bekezdés a) pontja alapján az ajánlattevőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmassága a pénzügyi intézménytől származó, legfeljebb az eljárást megindító felhívás feladásától – nem hirdetményrel induló eljárásokban megküldésétől – visszafelé számított két évre vonatkozó megfelelő nyilatkozattal igazolható.

A bíróság hangsúlyozta, hogy az alperes feladata az lett volna, hogy a felperes által adott indokolást összevesse a Kbt. 65. § (3) bekezdésében előírtakkal, azaz, hogy az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban az ajánlattevők pénzforgalmi számláin a sorban állás hiánya a közzétett finanszírozási feltételekre (utófinanszírozás, előleg hiánya, a teljesítésigazolás utáni 30 napos utólagos fizetés, árfolyamkockázat), valamint a felperes által megjelölt védendő jogi érdekre tekintettel szükséges feltétel-e a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez. E helyett az alperes határozatának 45-48. pontjaiban az alkalmassági követelmény funkcióját kizárólag a sorban állásra vonatkozó jogszabályi rendelkezések értelmezése útján próbálta feltárni, és ennek alapján állapította meg, hogy „a pénzforgalmi számlán a sorba állítás nem fejezi ki az ajánlatkérő által az alkalmassági feltételben célzott funkciót [...] előírása nincs összhangban a Kbt. 65. § (3) bekezdésében foglaltakkal.”

51. A fentiek szerint a bíróság megállapította, hogy az alperes a vizsgált alkalmassági feltétel előírásának felhozott indokait nem vizsgálta, a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 62. §-ában előírt tényállás tisztázási kötelezettségének nem tett eleget, az Ákr. 81. § (1) bekezdésében foglaltak ellenére határozatának indokolása döntésének okszerű indokát a releváns tények vizsgálata és értékelése útján nem tartalmazza. A bíróság nem veheti át az alperesnek a Kbt. 145. §-ában meghatározott feladatait, és nem vizsgálhatja

elsőként az ügy érdemében felhozott körülményeket. A tényállás tisztázatlansága, valamint a rendelkező részben megállapított jogértés alátámasztására szolgáló indokolás elégtelensége az ügy érdemére kiható és a perben nem orvosolható lényeges eljárásjogi szabályszegést jelent. A fenti megállapítása okán a bíróság a felperes által megjelölt további, a bírság kiszabásával összefüggő eljárásjogi szabálysértést nem vizsgálhatta, a bírság kiszabásának és összege meghatározásának jogszerűségéről – és e körben az időmúlás, mint a felperes javára szolgáló körülmény értékelésének hiányáról, valamint ennek a kiszabott bírságösszegre gyakorolt hatásáról – nem foglalhatott állást.

52. Mindezekre tekintettel a bíróság a határozatot a Kp. 89. § (1) bekezdés b) pontja és 92. § (1) bekezdés b) pontja alapján megsemmisítette, és az alperest új eljárás lefolytatására kötelezte. A megismételt eljárásban az alperesnek a Kbt. 65. § (3) bekezdésében előírt kötelezettség vizsgálatakor értékelnie kell a felperes által a tárgybeli alkalmassági követelmény előírásának indokaként előadott valamennyi körülményt, és okszerű indokolással ellátott döntésében kell számot adnia ezek megalapozott vagy megalapozatlan voltáról, ezáltal az alkalmassági követelmény előírásának a Kbt. 65. § (3) bekezdésével összefüggésben történő szükségességéről. Jogsértés megállapítása és bírság kiszabásának szükségessége esetén az alperesnek az eset összes releváns körülményét mérlegelnie kell, és számot kell adnia a Kbt. 165. § (11) bekezdésében felsorolt szempontok felperes javára vagy terhére értékeléséről, vagy az ügyben irreleváns voltáról.

A Döntőbizottság D.253/8/2021. számú határozata

53. A Döntőbizottság a megismételt eljárásban hozott 2021. július 30-án kelt D.253/8/2021. számú határozatában, a hivatalbóli kezdeményezés alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) bekezdését és vele szemben 500 000 forint bírságot szabott ki. Indokolása szerint elsőként az eljárási hivatkozásokat vizsgálta, majd azt követően érdemben vizsgálta a kezdeményezés alaposságát a 2016. november 15-i hatályos anyagi jogi szabályozás alapján. A határozat 85. pontjában ismertette a releváns jogszabályi rendelkezéseket, köztük a pénzforgalmi szolgáltatás nyújtásáról szóló 2009. évi LXXXV. törvény (a továbbiakban: a Pft.) 2. § 25. pontja szerinti sorba állítás fogalmát, a Pft. 60. § (1) bekezdését, illetőleg az ahhoz kapcsolódó, a pénzforgalom lebonyolításáról szóló 18/2009. (VIII.6.) MNB rendelet (a továbbiakban: MNB rendelet) 7. § (1), (2) és (3) bekezdéseit és a 8. § (1) bekezdését. Rögzítette a vizsgált jogszabályi rendelkezéseket, a Kbt. 65. § (3) bekezdését, illetőleg a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. Kormányrendelet 19. § (1) bekezdés a) pontját.

54. Megállapította, hogy a felhívásban a felperes egy darab (vég)számla benyújtására adott lehetőséget, a teljesítést követően kiállított számla alapján 30 napra fizetett, az ajánlattevőknek ezért úgy kellett kalkulálniuk, hogy a 2016. december 6-ai ajánlattételi határidőre olyan ajánlati árat adjanak, amely nyertességük esetén a felhívás szerinti 2017. április 30-ai teljesítési határidőt követően 30 napra kerül kifizetésre. A szerződés az átfutási ideje alapján nem minősíthető elhúzódó, hosszú átfutású szerződésnek. Bár tény az, hogy minden gazdasági szereplő tevékenységében komoly kockázati tényezőt jelent a devizaárfolyamok jövőbeni változása, a változások kiszámíthatatlansága, de az átfutási idő jelen esetben - az ajánlattételtől a teljesítésig, és az azt követő kifizetésig - kevesebb, mint hat hónap volt. Kiemelte azt is, hogy a szolgáltatás értéke nem minősíthető kifejezetten nagy értékű szolgáltatásnak.

55. Nem fogadható el az ajánlatkérő hivatkozása a megváltozott joggyakorlatra, mert az - a töretlen ítélkezési gyakorlatot szem előtt tartva - nem lehet mértékadó szempont. A Kbt. 65. § (3) bekezdés, a Vhr. 19. § (1) bekezdés a) pontja tartalmilag nem változott a releváns időszakban. A pénzügyi alkalmassági követelmények alapvető funkciója az, hogy biztosítsa a pénzügyi, gazdasági stabilitással rendelkező ajánlattevő kiválasztását, továbbá, hogy bemutassa annak a lehetőségét, hogy az ajánlattevő képes biztosítani az ellenérték egészének, vagy egy részének kifizetéséig szükséges előfinanszírozási igényt. A hivatkozott pénzforgalmi jogszabályi rendelkezésekből azonban látható, hogy a sorba állítás nem fejezi ki a felperes által az alkalmassági feltételben célzott funkciót, az, hogy biztosítsa a pénzügyi gazdasági stabilitással rendelkező ajánlattevő kiválasztását, hogy bemutassa annak a lehetőségét, hogy az ajánlattevő képes biztosítani az ellenérték egészének, vagy egy részének kifizetéséig szükséges előfinanszírozási igényt. A pénzforgalmi szolgáltató ugyanis a nem teljesíthető fizetési megbízásokat visszautasítja, a visszautasítás folytán a nem teljesíthető követelés nem kerül sorba állításra, ezáltal arra vonatkozó információkat nem tud a pénzügyi nyilatkozat szolgáltatni, hogy az ajánlattevő gazdaságilag stabil-e, illetve képes-e finanszírozásra, az utófinanszírozásra, az előleg hiányára, a fizetési határidőkre, a védendő jogi érdekre tekintettel tudja-e a szerződést teljesíteni. Ezért az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban az ajánlattevő pénzforgalmi számláin a sorbaállítás hiánya a közzétett finanszírozási feltételekre, valamint a felperes által megjelölt védendő jogi érdekre tekintettel, a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez nem volt szükséges feltétel. Az ajánlatkérő ezért megsértette a Kbt. 65. § (3) bekezdésében foglaltakat.

56. A Döntőbizottság a bírság kiszabása körében rögzítette, hogy a Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint az eset összes körülményét figyelembe vette. Súlyos jogsértést valósított meg azzal a felperes, hogy jogsértően határozta meg az alkalmassági követelményt, a jogsértés nem reparálható. Értékelte a közbeszerzés tárgyát és értékét. Figyelemmel volt arra, hogy nem történt ismételt jogsértés, uniós forrásból finanszírozott a beszerzés, ezért más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésre vonatkozó szankció kapcsolódhat. A felperes javára értékelte, hogy a Kbt.-be ütköző magatartásnak a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre nem volt befolyása, és hogy a jogsértés megtörténte, illetőleg a jogorvoslati eljárás között hosszabb idő telt el.

A közigazgatási per

57. A felperes a Döntőbizottság határozatát keresettel támadta. Elsődlegesen a Kp. 38. § (1) bekezdés a) pontja alapján kérte, hogy a bíróság az alperes határozatát helyezze hatályon kívül. Másodlagosan változtassa meg és állapítsa meg, hogy nem sértette meg a Kbt. 65. § (3) bekezdését, harmadlagosan - a határozat megváltoztatásával - mérsékelje a bírság összegét és lehetőség szerint azt legfeljebb 100 000 forintban állapítsa meg.

Jogsérelemként a Kbt. 65. § (3) bekezdés téves értelmezését, értékelését jelölte meg. Hivatkozása szerint a Döntőbizottság helyesen utalt arra, hogy mindig az adott eljárásra vonatkozó körülmények figyelembevételével lehetséges megítélni, hogy egy adott alkalmassági feltétel összeegyeztethető-e a Kbt. 65. § (3) bekezdésével, a határozat azonban arról ad tanúbizonyságot, hogy a konkrét eljárásra vonatkozó körülményeket egyáltalán nem megfelelő értékelés mellett vonta vizsgálat körébe. A kifizetés pénzneme euro, ezért a nyertes ajánlattevőre nézve magas az árfolyamkockázat; egy darab (vég)számla benyújtására jogosult a nyertes, utófinanszírozás miatt előleget a felperes nem fizet; a számla kézhezvételétől számított 30 napon belül banki átutalással kerül az ellenérték kifizetésre. Az ajánlati ár is ismert volt, és az alperes megismerhette a beszerzendő szolgáltatás szerint ritka és kiemelten védendő jogi érdeket is, amit a teljesítés veszélyes volta és biztonsága miatt szem előtt tartott a felperes, ami az emberélet. Az összességében előírt alkalmassági kritériumokat teljesítő

megbízható teljesítő képes partner garantálta azt, hogy az aknamentesített területeken ne maradjon fel nem robbant hadianyag, amely sérülést, halálos balesetet is okozhat, mint ahogy az történt 2016. július 1-én a Hortobágyi Nemzeti Parkban bekövetkezett aknabaleset során. Ezt a biztonságot alacsonyabb pénzügyi szakmai követelmények meghatározásával nem lehetett volna garantálni. A feladatok végrehajtása és veszélyes mivolta komoly szakmai gyakorlatot követel, erre tekintettel jogszerűen éltek az alkalmassági követelmények meghatározásával. Nem vitás az, hogy a szükségesség és arányosság elve alapján olyan gazdasági és pénzügyi alkalmassági feltételrendszer meghatározása indokolt és jogszerű egyben, amelynek teljesítése alapján valószínűsíthető, hogy a nyertes ajánlattevő fizetőképessége folytán a feladatokat meg tudja valósítani a felperesi finanszírozási előírások mellett is. A sorban állás pénzügyi szakmai tulajdonságai nincsenek közvetlenül összefüggésben azzal, hogy az alkalmasság kritériumaként való alkalmazása miért lenne aránytalan vagy túlzó, illetve jogsértő. Bizonyítékként a D.190/7/2016 számú Döntőbizottsági 103.K.705.026/2021/13. 5 határozatra hivatkozott, amiben látható, hogy a sorban állásra vonatkozó előírást máskor már jogszerűnek minősítette. Nem értékelhető a hátrányára, hogy az eltelt négy és fél évben a Döntőbizottság kialakított egy olyan jogértelmezést és joggyakorlatot, amiben a tételes jogi szabályokon túli előírások születtek. A hatályos jogszabályok alapján volt joga az előírás alkalmazására, és ez az előírás éppúgy nem sértette a szükségesség és arányosság követelményét, ahogyan a D.190/7/2016. számú ügyben sem. Hivatkozott még a Fővárosi Bíróság 25.K.33.031/2006/8. számú ítéletre is. Nem tudott egyet érteni a Döntőbizottság sorban állás fogalmának általános banki, szakmai vizsgálatával, mint jogsértést megalapozó következtetéssel sem. A felhívásban az egyértelmű előírás érdekében meghatározta, hogy - és ez egyenlően, minden gazdasági szereplő előtt ismert volt - mit ért, mit vizsgál a sorban állásra vonatkozó előírások igazolása körében.

A Döntőbizottság álláspontja ismételten az, hogy a sorba állítás vizsgálata nem fejezi ki az alkalmassági feltételben célzott funkciót, azonban egyrészt nem ettől az egyetlen alkalmassági kritériumtól várta azt, hogy biztosítsa a stabil, teljesítőképes nyertes ajánlattevő kiválasztását, több olyan kritérium is volt, ami miatt fontos az, hogy éljenek ezzel az - egyébként jogszerűen előírható - alkalmassági minimum követelménnyel; másrészt a közbeszerzési szerződés teljesíthetőségét befolyásolta az, hogy a pénzügyi gazdasági stabilitással rendelkező ajánlattevő kerüljön kiválasztásra, ennek elmaradása egyértelműen veszélyezteti a szerződések teljesítését. Erre tekintettel nem helytálló és nem megalapozott az az általánosító kijelentés a határozatban, hogy ez nem volt szükséges feltétel. Lényegében a Döntőbizottsági okfejtés arra utal, hogy eleve maga a sorba állás jogintézménye nem mutat megfelelő pénzügyi adatokat és azért nem megfelelő. A 321/2015. Kormányrendelet 19. § (1) bekezdése azonban kifejezetten rendelkezik arról, hogy ez jogszerűen alkalmazható. A jogalkotó szerint kifejezetten alkalmas ez a kritérium a szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmasság vizsgálatára. Éppen a Döntőbizottság indokolása mutat rá arra, hogy ez a sorba állási kritérium csak azoknak jelent problémát, ahol valóban vannak a cég működésében pénzügyi gondok, hiszen a komolyabb likviditási problémák azok, amik ilyen módon megjelennek egy igazolásban.

58. A jogszabályi lehetőségekhez képest alkalmazta az előírást azért, mert a szerződés pénzügyi feltétele és a teljesítés feltételei meghaladtak egy általános, egyszerű szerződéses konstrukciót. Az alkalmazása mellett felhozott indokok elegendőek a Döntőbizottsági következtetéssel ellentétes arra a következtetésre, hogy az alkalmazott finanszírozási feltételekre (az egy darab (vég)számla, utófinanszírozás, előleg hiánya, a teljesítésigazolás utáni 30 napos utólagos fizetés, árfolyamkockázat, valamint a védendő jogi érdekre) is tekintettel az előírás a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez arányos és szükséges feltétel volt a kifogásolt feltétel, tehát nem jelentett jogsérelmet. A felperes nem írt elő visszautasításra irányuló rendelkezéseket, ezért a Döntőbizottság erre irányuló teljes okfejtése irreleváns. Csak a sorban állásra kellett igazolást, nyilatkozatot tenni, a visszautasítással kapcsolatosan nem.

Erre tekintettel sem volt túlzó az előírás, hiszen esetleges visszautasítások esetén is van mód semleges banki igazolást beszerezni. Tehát nem a szűkítő, szigorúbb előírást alkalmazta, hanem a megengedőbb, kedvezőbb előírást.

A bírság mértéke kapcsán azt kifogásolta, hogy nem értékelte a Döntőbizottság nyomatékos enyhítő körülményeként a jelentős időmúlást, a több, mint négy és fél év elteltét, illetőleg, hogy súlyos jogsértésnek minősítette az alkalmassági kritérium igazolását.

59. Az alperes védiratában a kereset elutasítását kérte arra hivatkozással, hogy az alaptalan. A határozatában foglaltakat teljeskörűen fenntartotta, mert az jogszerű volt, okszerűen mérlegelt, a döntése megindokolt. A Döntőbizottság D.190/2016. számú határozatával kapcsolatban kifejtette, hogy attól, hogy a Döntőbizottság megítélése szerint jogszerű volt abban a közbeszerzési eljárásban a sorbaállítás előírása, az nem jelenti azt automatikusan, hogy a tárgyi közbeszerzési eljárásban is jogszerű volt. Egy alkalmassági követelmény előírásának jogszerűsége mindig csak adott viszonyok körülmények vizsgálata alapján állapítható meg. Egyetértett a felperessel abban, hogy a jogszabály tartalmát a gyakorlat tölti ki, ennek megfelelően kellett vizsgálnia - a felperesi érvek mentén - a kírásai feltétel jogszerűségét. Azért ezt az egy pénzügyi alkalmassági feltételt vizsgálta, mert kötve van a kezdeményezés tartalmához. Az is egyetértésben elmondható a felperessel, hogy ez a vizsgált előírás előírható, az adott ügyben azonban a konkrét szempontok alapján az volt a döntése, hogy nem volt indokolt ennek a feltételnek a meghatározása. A felperes által hivatkozott indokok alapján ugyanis egy múltbeli pénzügyi banki információ - megítélése szerint - nem tudja kiküszöbölni a teljesítés során felmerülő kockázatot.

A közigazgatási bíróság ítélete és annak indokai

60. A bíróság a közigazgatási jogvitában, a Döntőbizottság határozata, mint közigazgatási cselekmény jogszerűségét a Kp. 2. § (4) bekezdésére figyelemmel, a Kp. 85. § (1) és (2) bekezdése szerint a kereseti kérelem korlátai között, a megvalósításának időpontjában fennálló tények alapján vizsgálta, a per megindításakor hatályos szabályok szerint eljárva. A bíróság a per tárgyalásán tájékoztatta a feleket arról, hogy a bíróság figyelemmel volt arra is, hogy a perben támadott határozatot a Döntőbizottság a 104.K.701.006/2020/19. számú ítéletével elrendelt megismételt eljárásban hozta, és az alperest - a Kp. 97. § (4) bekezdése alapján - a bíróság határozatának rendelkező része és indokolása is kötötte, és hivatalból vizsgálnia kell a Kp. 85. § (3) bekezdés a) pontja alapján azt is, hogy a megismételt eljárás során a megsemmisítő és új eljárásra kötelező ítéletben foglaltaknak az alperes eleget tett-e, illetve az a határozatából megállapítható-e.

61. A fentiek alapján a megismételt eljárásban hozott határozat jogszerűségét vizsgáló bíróságnak – az érdemi kérdések vizsgálatát megelőzően – elsőként azt kellett megítélnie, hogy a Döntőbizottság az ítéletben előírt iránymutatás szerint járt-e el, a döntés indokolása megfelel-e az ítéletben előírtaknak. A bíróság ennek érdekében tételesen vizsgálta a Fővárosi Törvényszék új eljárásra kötelező 104.K.701.006/2020/19. számú ítéletében foglaltakat, melyet összevetett a megismételt eljárásban hozott határozat indokaival. A bíróság figyelemmel volt ennek során az Ákr. 81. § értelmezése körében kialakult joggyakorlatra is, amelytől nem tért el (Kúria Kfv.V.35.706/2013/12., Kfv.V.35.620/2016/8., Kfv.V.35.048/2014/7., Kfv.I.35.196/2016/4.).

62. Áttekintve a döntés indokait a határozatból megállapítható, hogy az két olyan kérdést is tárgyalt, amelyre a jogerős ítélet már tartalmaz döntést. A kezdeményezés körülményeit illetően, valamint az ebben a perben is ismét hivatkozott joggyakorlatnak, eseti döntéseknek a figyelembevételét illetően. Mivel ezen kérdéseket a bíróság már az ítéletében eldöntötte, ezek ítélt dolognak minősülnek, erre figyelemmel szükségtelenül bocsátkozott a Döntőbizottság ezek ismételt vizsgálatába, erre a körülményre csupán utalnia kellett volna; illetve a felperes

is szükségtelenül vitatta ismételten ezen kérdéseket a jogorvoslati eljárásban, majd tért ki az alperesi vizsgálat nyomán a jelen perben is a Döntőbizottság eltérő gyakorlatára.

A megismételt eljárásra tartozó érdemi megállapítás először a 90. és 91. pontban található, amely összefoglalva kettő megállapítás: a szerződés - az ajánlattevők által is megismerhető átfutási idő alapján - nem minősíthető elhúzódó, hosszú átfutási szerződésnek; illetve a megrendelt szolgáltatás nem minősíthető kifejezetten nagy értékű szolgáltatásnak.

Ezt követően a Döntőbizottság döntésének lényegét képező további indokai a 96. és 97. pontokban kerültek rögzítésre, amelyek ismételten a sorba állítás jogi természetét ismertetésében és az arról szóló pénzügyi nyilatkozat jogi alkalmassága kérdésében foglalnak állást változatlanul azzal a végkövetkeztetéssel, hogy az arra vonatkozó információkat nem tud szolgáltatni, hogy az ajánlattevő gazdaságilag stabil-e, képes-e finanszírozásra, és lényegében ebből következően nem alkalmas a kívánt funkció betöltésére. Annak ellenére, hogy az ítélet már kimondta azt, hogy a hivatkozott Vhr. 19. § (1) bekezdése a) pontja alapján az ajánlattevőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmassága a pénzügyi intézménytől származó, legfeljebb az eljárást megindító felhívás feladásától - nem hirdetménnel indító eljárásban pedig a megküldésétől - visszafelé számított két évre vonatkozó megfelelő nyilatkozattal igazolható, a jogi megfelelés vitatása helyett az lett volna a feladat, hogy a felperes által adott indokolást összevesse a Döntőbizottság a Kbt. 65. § (3) bekezdésében előírtakkal, és a finanszírozási feltételekre, valamint a megjelölt védendő jogi érdekre tekintettel megvizsgálja, majd megállapítsa, hogy az szükséges feltétel-e a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez. Nem elegendő kizárólag a sorban állásra vonatkozó jogszabályi rendelkezések értelmezése útján feltárni és megítélni annak szükségességét, az előírt vizsgálat nélkül a tényállás tisztázási és indokolási kötelezettség nem tekinthető teljesítettnek. Hangsúlyozottan tehát nem az alkalmazás lehetősége, hanem az alkalmazás jogszerűsége volt a kérdés.

63. A vizsgálat eredményeként a bíróság megállapította, hogy a felperes keresetében helytállóan hivatkozott arra, hogy lényegében a Döntőbizottsági okfejtés arra utal, hogy eleve maga a sorba állás jogintézménye nem mutat megfelelő pénzügyi adatokat és azért nem megfelelő. A Döntőbizottság a határozatában végső soron nem teljesítette a bíróság által előírtakat, mert a határozat ismételten a szabályozásból vezette le a felperes által kért, alkalmazott igazolás alkalmatlanságát, és annak az előírásnak, amely a beszerzés tárgyával összefüggő érvek megjelenítését jelenti, a határozat továbbra sem tesz eleget. A határozat 97. pontjában, illetve azt követően megint csak azok a megállapítások vannak, magának a sorba állításnak a jellegét illetően, amelyre már az alapeljárásban a bíróság rámutatott, hogy ez önmagában az indokoláshoz nem elégséges.

64. A fenti megállapításokkal szemben a védiratban előadott érvelés nem volt alkalmas a döntés jogszerűségének alátámasztására. A gazdasági; pénzügyi alkalmasság alapvetően arról kell, hogy meggyőzze az ajánlatkérőt, hogy a teljesítésre képes az ajánlattevő, a teljesítés során kellő biztonsággal végre tudja hajtani az adott feladatát. Ehhez azonban a beszerzés tárgyát is figyelembe véve az ajánlatkérőnek egy komplex csomagot kell összeállítania arra nézve, hogy az ajánlattevők alkalmasságáról meg tudjon győződni. Az valóban nem vitatható, hogy ha kezdeményezés ebből a csomagból egy elemet emel ki, és azt tartja jogsértőnek, akkor valóban arra kell fókuszálnia az alperesnek is, de nem hagyható figyelmen kívül, hogy egyébként milyen más mutatók mentén kellett ezt az egy elemet meghatározni az ajánlatkérőnek, hiszen egy gazdasági szereplőnek a teljesítőképességét több elem összességében mutatja és határozza meg. Abból a Döntőbizottsági feladatból, hogy a komplex előírásrendszer vizsgálata a szükséges, arra hivatkozással, hogy csak egy elem volt vitatott a kezdeményezésben, nem lehetett kihátrálni. Amikor a jogorvoslati kérelem, vagy kezdeményezés tartalmát vizsgálja a Döntőbizottság, akkor nyilvánvaló módon a kiírási feltételeket összességében kell értékelnie és a beszerzési szabályok rendszeréhez is igazítva

rendszerében kell vizsgálnia. Önmagában ez az egy mutató akkor nyerhet értelmet, hogy ha a többinek a fényében került értékelésre és vizsgálja az alperes, hogy az valóban jogsértő módon került-e kiírásra.

Annak ellenére, hogy a Döntőbizottság arra hivatkozott, hogy az adott ügyben, konkrét szempontok alapján volt az a döntése, hogy nem volt indokolt ennek a feltételnek a meghatározása, a határozat indokolásából ez nem volt megállapítható. Az a Döntőbizottság és alperesi érdekelti hivatkozás pedig, amely szerint az elfogadhatóság akadályát az képezte, hogy egy múltbeli pénzügyi banki információ nem tudja kiküszöbölni a teljesítés során felmerülő kockázatot, illetve ez a mutató egy múltira vonatkozó információ, az összes felperesi érvelés pedig a jövőre, a teljesítésre vonatkozik, azért nem volt fogadható el a perben, mert a határozat indokai között nem volt fellelhető, ezért a határozat jogszerűsége alátámasztásaként sem vehető figyelembe.

A bíróság ezért ismételten nem volt abban a helyzetben, hogy tovább tudjon lépni a vizsgálatban és érdemben az érveket mérlegre tudja tenni, mert először döntött volna arról, hogy a kiírás - a P.3) pontban foglaltakkal együttesen, összességében vizsgálva - jogszerű lehet-e, vagy sem. A bíróság a határozat indokolását a peres eljárásban nem pótolhatja, miután jogorvoslati fórumként az alperes eljárása és határozata jogszerűségét köteles vizsgálni. Nem vonhatja el az alperes hatáskörét azt illetően, hogy elsőként hozzon döntést a megállapított jogsértés után alkalmazandó jogkövetkezmények tekintetében. Azt követően lehetséges a bíróság részéről a kereseti hivatkozások alapján az érdemi felülvizsgálat, ha az alperes a döntését meghozza és indokolásában részletesen bemutatja a Kbt. a 165. § (11) bekezdésében rögzített mérlegelési tevékenységet. (Kúria: Kfv.V.35.258/2011/4.; Kfv.II.37.687/2013/4.; Kfv.II.38.021/2014/5; Kfv.35.742/2015/8.)

65. A megismételt eljárásban a Döntőbizottság köteles a Fővárosi Törvényszék 104.K.701.006/2020/19. számú ítéletében rögzített iránymutatás maradéktalan betartásával meghozni a határozatát, ennek során nem bocsátkozhat ismételten olyan kérdések vizsgálatába, amelyekről a 104.K.701.006/2020/19. számú ítélet már érdemben is állást foglalt, azok alapulvételével kell eljárnia és a döntését meghozni.

Felülvizsgálati eljárás

66. A jogerős ítélettel szemben a Döntőbizottság terjesztett elő felülvizsgálati kérelmet, amelyben kérte elsődlegesen a Kp. 121. § (1) bekezdésének a) pontja alapján annak hatályon kívül helyezését és a Fővárosi Törvényszék új eljárás lefolytatására és új határozat hozatalára utasítását, másodlagosan a jogerős ítélet megváltoztatásával a kereset elutasítását.

A Kúria döntése és jogi indokai

67. A Kúria a jogerős ítéletet hatályában fenntartotta. A Kúria értékelése szerint a jogerős ítélet [25] pontjára vonatkozó Döntőbizottsági érvelés sem teszi indokoltá a jogerős ítélet hatályon kívül helyezését. Az egységes és következetes bírói gyakorlat szerint az anyagi jogerőhatás miatt - az egyébként jogorvoslattal nem támadott - alapítélet valamennyi megismételt eljárásban köti az alperest (Kfv.IV.35.266/2020/6., Kfv.V.37.770/2021/5.). Ebből az is következik, hogy amennyiben az alperes el kívánja kerülni a semmis döntés meghozatalát, úgy az alapítéletben adott iránymutatást követnie kell. Az alapítélet anyagi jogerőhatása az alperes további megismételt eljárása tekintetében is érvényesül, a jogerős ítélet is az alapítéletben foglalt iránymutatás teljesülését kívánja érvényre juttatni, ezáltal a jogerős ítélet indokolása az alapítélettel összhangban értelmezhető. A bíróságok szervezetéről és igazgatásáról szóló 2011. évi CLXI. törvény 2. § (1) bekezdése értelmében „A bíróságok a vitássá tett vagy megsértett jogról, [...] - törvényben szabályozott eljárás során - véglegesen

döntenek.”. Ennek érvényesülését biztosítja a közigazgatási perben hozott döntéshez fűződő anyagi jogerőhatás, amely alapján a döntésben foglaltakat mindenkinek irányadónak kell tekintenie, az abban elbírált jogok és kötelességek tárgyában ítélt dolog (res iudicata) keletkezik, azok többé már nem tehetők vitássá. Ezt juttatja kifejezésre a Kp. 97. § (4) bekezdésében foglalt rendelkezés is. Az anyagi jogerőhatás fényében a jogerős ítélet [25] pontja szerinti komplex vizsgálatnak az alapítélet [34] pontjával való összevetése valóban felvet ellentmondást, így az erre alapított Döntőbizottsági hivatkozás helytálló, azonban ez az ügy érdemére nem hatott ki, az alperesnek továbbra is az alapítélet iránymutatását teljesítve kell az eljárását lefolytatnia.

A jelen eljárásban tett ajánlatkérői nyilatkozat

68. Az ajánlatkérő a 2022. december 20-án megküldött észrevételében előadta, hogy a Kbt. 65. § (3) bekezdése alapján az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények meghatározását az esélyegyenlőségre, az egyenlő elbánásra és a verseny tisztaságára vonatkozó alapelvek figyelembevételével a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, és azokat - a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel - legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

69. Korábbi döntőbizottsági határozatokból idézte: „a pénzügyi és gazdasági alkalmassági feltételeknek összetett rendeltetésük van.

Alapvető funkciójuk az, hogy biztosítsák pénzügyi, gazdasági stabilitással rendelkező ajánlattevő kiválasztását, továbbá, hogy bemutassák annak a lehetőségét, hogy az ajánlattevő tudja biztosítani az ellenérték egészének vagy egy részének kifizetéséig szükséges előfinanszírozási igényt.” „Annak a körülménynek a megítélése, hogy egy adott alkalmassági feltétel összeegyeztethető-e a Kbt. 65. § (3) bekezdésével, mindig az adott közbeszerzési eljárásra vonatkozó körülmények figyelembevételével lehetséges.”

70. Kérte, hogy azokat a konkrét eljárásra vonatkozó körülményeket vonja vizsgálata körébe a Döntőbizottság, amelyek a pénzügyi alkalmassági feltételt befolyásoló előírások voltak.

A felhívás „13.) Fő finanszírozási és fizetési feltételek” körében rögzítésre került:

„13.1 Ajánlatkérő a szerződés teljesítéséhez szükséges fedezettel az alábbi forrásból rendelkezik:

- magyar kormányzati támogatás mértéke: 15 %
- EU támogatás mértéke: 85 %

13.2. A kifizetés pénzneme: EURO

13.3. Benyújtható számlák száma, értéke, gyakorisága: Nyertes ajánlattevő az 1. részfeladathoz kapcsolódóan a nettó ajánlati ár 30%-ának megfelelő 1 darab részszámla és a 2. részfeladathoz kapcsolódóan a nettó ajánlati ár 70%-ának megfelelő 1 darab végszámla benyújtására jogosult.

13.4. Előleg biztosítása: Utófinanszírozás miatt Ajánlatkérő előleget nem fizet.

13.5. Teljesítésigazolás: Ajánlatkérő a (rész)teljesítést a Kbt. 135. § (1) bekezdésben meghatározottak szerint 15 napon belül igazolja le.

13.6. Fizetési határidő: Az igazolt (rész)teljesítés alapján kiállított (rész)számla a Ptk. 6:130. § (1) bekezdés szerint a (rész)számla kézhezvételétől számított harminc napon belül banki átutalással kerül kifizetésre.

13.7. Alvállalkozók igénybevétele esetén a kifizetés a Kbt. 135. § (3) bekezdése szerint történik.

Kifizetésre vonatkozó jogszabályok:

Ptk. 6:130. § (1)-(2) bekezdései

Kbt. 135. §

2003. évi XCII. törvény (Art.) 36/A §
a behajtási költségátalányról szóló 2016. évi IX. törvény

71. Ezekből kiemelte azon követelményeket, amik egyértelműen befolyásolják azt, amiért fontos volt, hogy pénzügyileg is alkalmas, pénzügyi, gazdasági stabilitással rendelkező gazdasági szereplő kerüljön kiválasztásra:

1.2 A kifizetés pénzneme. EURO (tehát nyertes ajánlattevőkre nézve magas – árfolyam – kockázatot hordozó szerződés)

1.3 Benyújtható számlák száma, értéke, gyakorisága: Nyertes ajánlattevő részfeladatonként csak 1-1 darab (rész és vég)számla benyújtására jogosult.

1.4 Előleg biztosítása: Utófinanszírozás miatt Ajánlatkérő előleget nem fizet.

1.6 Fizetési határidő: Az igazolt teljesítés alapján kiállított számla a Ptk. 6: 130. § (1) bekezdés szerint a számla kézhezvételétől számított harminc napon belül banki átutalással kerül kifizetésre.

A teljesítés időtartama éven átnyúló, 17 hónap.

72. Mindezek a feltételek alátámasztják, hogy fennállt az előírás és a közbeszerzés tárgyát képező szerződés, szerződéses feltételek közti kapcsolat.

„Nem vitás, hogy a szükségesség és arányosság elvének szem előtt tartásával olyan gazdasági és pénzügyi alkalmassági feltételrendszer meghatározása indokolt és jogszerű, amelynek teljesítése alapján nagy bizonyossággal valószínűsíthető, hogy a nyertes ajánlattevő - figyelemmel az európai uniós támogatások felhasználásának szigorú elszámolási rendjére is - fizetőképessége folytán a beruházást az ajánlatkérői finanszírozási előírások mellett meg tudja valósítani”. (D.190/7/2016.) Álláspontja szerint ez a megállapítás is alátámasztja, hogy a pénzügyi alkalmassági feltételrendszer is egyértelműen ok-okozati összefüggésben van a teljesítőképességgel.

73. Előadta azt is, hogy a feltételek indokoltságát a konkrét szerződéses tényadatok is alátámasztják:

A számla benyújtás feltétele a megrendelő által kiadott teljesítésigazolás a szerződésszerű teljesítésről, aki a teljesítést a Kbt. 135. § (1) bekezdésben meghatározottak szerint 15 napon belül igazolja le. A számla ellenértékét annak kézhezvételét követő 30 napon belül banki átutalással teljesíti, azaz 15+30 nap az előteljesítési igény, a számláktól számolva, de természetesen a teljesítés időtartamával is számolni kellett.

A szerződéskötéskori bruttó forint ellenértéke a szerződésnek 31,13 Millió Ft volt, míg a nyertes ajánlattevő 2016. évi árbevétele 92,877 Millió Ft, a teljes évi árbevételenek a harmada volt a szerződéses érték.

A szerződés nem a fordított ÁFA fizetés szabályai alá tartozott, a számla ÁFA értékét nyertes ajánlattevőnek forint értékben be kellett fizetnie az államháztartásba.

A beszerzendő szolgáltatások alkalmassági szempontrendszerének előírásával kapcsolatban az előírásaink azt a célt szolgálták, hogy minden szempontból megbízható nyertes ajánlattevő kerülhessen kiválasztásra, tekintettel arra, hogy az elvégzendő feladatok specialitására tekintettel esetünkben a nem megfelelő teljesítés járhatott volna emberáldozattal is.

A felállított szempontrendszer szerint beszerzett megbízható, teljesítőképes partner garantálta, hogy az aknamentesített területeken ne maradjon fel nem robbant hadianyag, ami sérülést, halálos balesetet is okozhat, mint kevéssel a kiírásainkat megelőzően 2016.július 1-én a Hortobágyi Nemzeti Parkban bekövetkezett 4 tűzserész halálát okozó aknabaleset.

Járőreik ma már a jelen projekt során lőszermentesített területeken látják el határbiztosítási feladataikat ugyanúgy, ahogy a Duna-Dráva Nemzeti Park természetvédelmi őrei is.

Ezt a biztonsági szintet alacsonyabb alkalmassági, így pénzügyi-szakmai követelmények meghatározásával nem lehetett volna sem kockáztatni, sem garantálni.

Egy nem megfelelő pénzügyi, gazdasági stabilitási teljesítési környezet a gazdasági szereplő szakmai-műszaki teljesítésére is közvetlen ráhatással bír (pl. nem tudja a kellő szakember gárdát biztosítani a területen, vagy eszközöket, források híján, előfinanszírozási nehézségek mellett).

Előadta azt is, hogy bizonyos abban, hogy a felhívásaikra küldött egy, illetve két ajánlat a dokumentációból megismert tűzszerészeti feladatok speciális jellege, a beszerzés műszaki tartalma miatt (délszláv háborús hadianyagok eltávolítása) született és nem az alkalmassági előírások miatt. A feladatok végrehajtása és veszélyes mivolta komoly szakmai gyakorlatot követelt, erre tekintettel jogszerűen éltek az alkalmassági követelmények meghatározásával.

74. Ezt alátámasztja az is, hogy az érdeklődő gazdasági szereplők részéről sem előzetes vitarendezésre, sem jogorvoslati kérelem benyújtására nem került sor, bármely feltétel megváltoztatására, törlésére irányuló kezdeményezés, kiegészítő tájékoztatókérés sem volt.

Nem vitás, hogy a szükségesség és arányosság elvének szem előtt tartásával olyan gazdasági és pénzügyi alkalmassági feltételrendszer meghatározása indokolt és jogszerű, amelynek teljesítése alapján nagy bizonyossággal valószínűsíthető, hogy a nyertes ajánlattevő - figyelemmel az európai uniós támogatások felhasználásának szigorú elszámolási rendjére is - fizetőképessége folytán a feladatokat az ajánlatkérői finanszírozási előírások mellett meg tudja valósítani, és a saját forrásaiból a teljes műszaki feladatok teljesítését elő tudja finanszírozni.

Álláspontja szerint a beszerzés tárgyát és a konkrét teljesítési, szerződéses feltételeket figyelembe véve az ajánlati felhívás P.3. alkalmassággal kapcsolatos előírásai indokolták, hogy az ajánlattevők a kezdeményezés körében a sérelmezett előírásnak megfeleljenek.

Az ajánlatkérő annak bizonyítására, hogy az általuk is alkalmazott sorbanállásra vonatkozó pénzügyi előírás lehet jogszerű idézte a D.190/7/2016. számú határozatban foglaltakra, ami 2016. áprilisában, tehát nem sokkal a jelen, vizsgált eljárás megindítását megelőzően született.

Előadta, hogy az eljárásban

- a Döntőbizottság kifejezetten vizsgálta minden pénzügyi előírását ajánlatkérőnek
- a sorbanállásra vonatkozó előírás teljesen azonos volt az ajánlatkérő előírásával
- a Döntőbizottság értékelte az előírások jogszerűségének vizsgálata során az adott közbeszerzési eljárásra vonatkozó előírásokat, körülményeket, amiknek pénzügyi vonatkozása volt
- a sorbanállásra vonatkozó előírást jogszerűnek minősítette
- kimondta, hogy a pénzügyi gazdasági helyzet megítélésére a sorbanállásra vonatkozó adatok vizsgálata is alkalmas.

75. Álláspontja szerint az nem értékelhető a hátrányukra, hogy az audit vizsgálatig eltelt 3 évben, a beszerzést követően kialakult egy olyan jogértelmezés, és gyakorlat, amiben tulajdonképp a sorbanállási előírásokra vonatkozóan mondhatni a tételes jogi szabályokon túli előírások születtek (pl. 15 napos sorbanállás előírható...).

Álláspontja szerint az eljáráskor hatályos jogszabályok alapján volt jogalapja a szerződés ismertetett feltételei mellett ezen előírás alkalmazására, és ez az előírás éppúgy nem sértette a szükségesség és arányosság követelményét, ahogyan a D.190/7/2016. számú eljárásban sem.

A jelentős időmúlásra tekintettel a 2016. évi közbeszerzési eljárásban alkalmazott, jogsértőnek minősített feltétel okán a jelen eljárás előzményeként, 2019. októberében tett közérdekű bejelentés kapcsán a közérdek védelem is már okafogyott volt, és értelmezhetetlen is, hiszen addigra a közbeszerzési joggyakorlat erőteljesen megváltozott, a pénzügyi alkalmassági előírások körében kiemelten, éppen a korábbi, alkalmanként ismertté vált audit tapasztalatok alapján.

Ezek az auditok számtalan esetben tartalmaznak olyan megállapításokat, a mögöttes európai uniós jog sokszor kiterjesztő értelmezése és magyarázata által, ami a hazai közbeszerzési jogszabályokban nem szereplő, azokból ki nem olvasható jogalkalmazást követel meg.

Erre tekintettel a hazai közbeszerzési piac szereplői az ismertté vált ilyen jellegű audit megállapításokat mindannyian igyekeznek gyakorlatukba átültetni, így van az, hogy mára az esetek igen nagy részében nemhogy sorbanállás vizsgálata, de semmilyen gazdasági és pénzügyi alkalmassági előírás nem kerül alkalmazásra. Ez minden bizonnyal a Döntőbizottság szerint sem kétséges.

76. A vitatott 2019. évi bejelentés időpontjában hivatalbóli kezdeményezőnek már nem volt mit orvosolnia, vagy megszüntetnie a közérdek védelmében, mert 3 év múltán nem volt alkalmazott joggyakorlat a bejelentésben foglalt alkalmasság előírása és vizsgálata. A kérdéses 3 év alatt ismertén igen nagy változás következett be a közbeszerzési joggyakorlatban, megjegyezzük, hogy csak Kbt. módosítás 12 alkalommal történt.

Az előírás alkalmazás jogszerűségének vizsgálatát álláspontja szerint pedig csakis, és kizárólag a 2016. évben, az eljárás megindításakor hatályos és ismert joggyakorlat alapján lehetett volna elvégezni az audit által is.

77. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja alátámasztására egy 2017. évi határozatot hívott fel, ld. D.359/16/2017. Az ellenőrzést végző audit jelentés szintén ezt tette, annak 8. oldalán a D.358/21/2017. (határozathozatal dátuma: 2017. 08. 08.) és a D.359/16/2017. (határozathozatal dátuma: 2017. 08. 09.) határozatokkal támasztotta alá álláspontját.

Ezek képezték a feltételezett jogsértés alátámasztását egy eljárással szemben, ami közel egy évvel korábban, 2016. november 15-én indult.

A sorbanállás alkalmazott előírásának jogszerűségét korábbi ítéletek is alátámasztják, melyből jogértelmezésünk alátámasztására idézett az ajánlatkérő:

„A bíróság a sorban állással kapcsolatos felperesi előadás alapján szintén a Pp. 164. § (1) bekezdésére hivatkozással megállapította, hogy a felperes állítását semmivel nem igazolta. Nem vitatta a Kbt. alapján, hogy a sorban állásra vonatkozó pénzügyi intézménytől származó nyilatkozat, mint alkalmassági igazolási mód meghatározására az ajánlatkérő a Kbt. 66. és 67. §-ai alapján jogosult. Az alperes levezetésével szemben a felperes csupán állította, hogy az ajánlatkérő által előírt sorban állásra vonatkozó alkalmassági feltétel a technikai jellegű sorban állást is magába foglalja, ám erre nézve sem konkrét jogszabályi rendelkezésre, sem működő pénzügyi gyakorlatáról szóló nyilatkozatra sem hivatkozott. Az általa megjelölt CIB Bank Zrt. pedig – a felperes állítása szerint – éppen hogy azt mutatja, hogy a bank akkor is semleges banki igazolást állít ki, ha a társaságnak volt technikai sorban állása a számláján. Önmagában pedig az, hogy a Kbt. tételes rendelkezésével szemben a felperes a sorban állásra vonatkozó banki nyilatkozatot nem tartja alkalmasnak egy cég pénzügyi helyzetének tükrözésére még nem elegendő annak alátámasztására, hogy az ajánlatkérő előírása a Kbt. 69. § (3) bekezdésébe ütközne.” (Fővárosi Bíróság, 25.K. 33.031/2006/8. számú ítélete)

78. Fentiekre és az idézett ítéletre is hivatkozással nem lehet elegendő a sorbanállás fogalmának általános vizsgálata. A felhívásban az egyértelmű előírás érdekében meghatározták, így egyenlően, minden gazdasági szereplő előtt ismert volt, hogy mit ért, mit vizsgál a sorbanállásra vonatkozó előírások igazolása körében az ajánlatkérő. Nem írtak elő például megbízások visszautasítására irányuló rendelkezéseket. Kifejezetten csak a jogszabályban meghatározott, definiált sorbanállásra vonatkozóan kellett a banki igazolást, nyilatkozatot megtenni, ez került előírásra, visszautasítás nem.

Erre tekintettel sem volt túlzó az előírás, hiszen ahogyan azt a fentiekben idézett ítélet is alátámasztja, esetleges visszautasítások esetén is képesek ajánlattevők semleges banki igazolást beszerezni. Tehát az ajánlatkérő nem a szűkítő, szigorúbb előírást alkalmazta,

hanem a jogszabályi fogalom egyértelmű meghatározásával az ajánlattevők részére megengedőbb, kedvezőbb előírást.

A kezdeményezésben idézett MNB rendelkezések, amelyek arról szólnak, mi történik, ha egy jogosult nem megfelelően tölti ki a pénzügyi felé a megbízást, aki ezt emiatt visszautasítja, álláspontunk szerint teljességgel irrelevánsak az alkalmassági előírás szempontjából.

Az ajánlatkérő előadta, hogy véleménye szerint összességében még a szokásos indokoltságnál is körültekintőbben jártak el - arra is tekintettel, hogy egyedi, országosan kiemelt, nagy figyelmet kapó projektet bonyolítottak-, amikor nemcsak a beszerzésük sajátosságait vették figyelembe, a beszerzéskor hatályos jogszabályokat, de még a beszerzéskor hatályos, ismert joggyakorlatot – is kifejezetten megvizsgálták.

79. Az audit által az eljárásuk utáni, 2017-es évből idézett KDB határozatok kapcsán továbbá nagyon fontosnak tartotta még kiemelni, hogy a visszaható hatály tilalma nemcsak a jogalkotást, de a jogalkalmazást is köti (lásd a 3043/2021. (II. 19.) AB határozatban foglaltakat - „Ezen túlmenően azonban az Alkotmánybíróság azt is megállapította, hogy alaptörvény-ellenesség nemcsak a jogalkotással, hanem a visszaható hatályú szabályalkalmazással összefüggésben is felvethető... (3051/2016. (III. 22.) AB határozat, Indokolás [16]; 3314/2017. (XI. 30.) AB határozat, Indokolás [32]; 3154/2019. (VII. 3.) AB határozat, Indokolás [25]; 3221/2019. (X. 11.) AB határozat, Indokolás [20],,).

A tárgyi beszerzés kapcsán fontosnak tartotta az ajánlatkérő megjegyezni, hogy a projekt teljes mértékben, a támogatási szerződésben foglaltaknak megfelelően teljesült, elszámolásra került, semmilyen közérdek sérelem vagy támogatói pénzügyi érdeksérelem nem mutatható ki a megvalósítás kapcsán.

80. Maga a beszerzés több, mint 6 éve történt, kérte a Döntőbizottságot, hogy az eljárásban mindezen körülményeket is nyomatékkal vegye figyelembe, amikor adott esetben a jogkövetkezményekről dönt, és abban a nem várt esetben, amennyiben jogsértést állapítana meg, a Kbt. 165.§ (11) bekezdésében foglaltak szerint a bírság összegét az eset összes körülményeire tekintettel a lehető legalacsonyabb mértéken állapítsa meg.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

81. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő 2016. november 15-én indította meg a közbeszerzési eljárását, ezért a Kbt. és a vonatkozó jogszabályok ezen időpontban hatályos anyagi jogi szabályai alapján vizsgálta a hivatalbóli kezdeményezést azzal, hogy a közigazgatási bürokráciacsökkentéssel és az egyes hatósági eljárások egyszerűsítésével összefüggő törvények módosításáról szóló 2017. évi CLXXXVI. törvény (a továbbiakban: Mód2. tv.) szerint a Kbt. módosításai, így a Kbt. XXI. fejezetében szereplő jogorvoslati eljárásra vonatkozó szabályai 2018. január 1. napján léptek hatályba, ezért a Döntőbizottságnak a 2018. január 1. napja után indult és a megismételt jogorvoslati eljárásokban az új eljárási szabályok szerint kell eljárnia.

82. A hivatalbóli kezdeményező szerint a P3. pénzügyi és gazdasági alkalmassági feltétel a Kbt. 65. § (3) bekezdésébe ütközik.

83. A Döntőbizottság előjáróban rögzíti, hogy a határozata meghozatala során nem vette figyelembe a hivatalbóli kezdeményező által hivatkozott döntőbizottsági határozatot, sem az ajánlatkérő által hivatkozott döntőbizottsági határozatot és ítéleteket, mivel azok tényállása a jelen eljárás tényállásától különböző.

84. Releváns jogszabályi rendelkezések:

A Kbt. 65. § (3) bekezdése alapján az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények meghatározását az esélyegyenlőségre, az egyenlő elbánásra és a verseny tisztaságára vonatkozó alapelvek figyelembevételével mellett a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, és azokat - a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel - legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

A közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 19. § (1) bekezdése szerint az ajánlattevőnek, illetve a részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmassága árubeszerzés, építési beruházás, valamint szolgáltatás megrendelése esetén igazolható

a) pénzügyi intézménytől származó, legfeljebb az eljárást megindító felhívás feladásától - nem hirdetményvel induló eljárásokban megküldésétől - visszafelé számított kettő évre vonatkozó megfelelő nyilatkozattal; attól függően, hogy az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező mikor jött létre, illetve mikor kezdte meg tevékenységét, ha ezek az adatok rendelkezésre állnak;

A pénzforgalmi szolgáltatás nyújtásáról szóló 2009. évi LXXXV. törvény (a továbbiakban: Pft.) 2. § 25. pontja a *sorbaállítás* fogalmát a következők szerint határozza meg: a pénzforgalmi szolgáltató által vezetett fizetési számlára érkező fizetési megbízás fedezethiány miatt történő nem teljesítése (függőben tartása) és várakozási sorba helyezése a jövőbeni teljesítés céljából, ide nem értve azt az esetet, amikor a fizető fél az ütemezett fizetések céljából, a beérkezett fizetési műveletek tervszerű teljesítése érdekében sorba helyezésről állapodik meg a pénzforgalmi szolgáltatóval.

A Pft. a XII. fejezetében a 60-62. §-okban rendelkezik a sorbaállításról.

A Pft. 60. § (1) bekezdése szerint a pénzügyi fedezet hiánya miatt részben vagy egészben nem teljesíthető hatósági átutalást és átutalási végzésen alapuló átutalást *a kedvezményezett azonnali visszaküldést kérő rendelkezése hiányában* a teljesítéshez szükséges fedezet biztosításáig - legfeljebb azonban harmincöt napig - a pénzforgalmi szolgáltató sorba állítja.

A pénzforgalom lebonyolításáról szóló 18/2009. (VIII. 6.) MNB rendelet (a továbbiakban: 18/2009. (VIII. 6.) MNB rendelet) 7. § (1) bekezdése szerint, ha a fizetési megbízás a jogszabályokban előírt követelményeknek nem felel meg, a pénzforgalmi szolgáltató - a (2) bekezdésben foglalt eltéréssel - a fizetési megbízás teljesítését visszautasítja.

(2) E rendelet 2. *mellékletében* meghatározott, a fizetési megbízások kiállítására vonatkozó szabályoknak meg nem felelő adattartalommal kiállított fizetési megbízást a pénzforgalmi szolgáltató a fizetési megbízást benyújtó saját ügyfele számára teljesítheti, ha a fizetési megbízás kiállítására (adattartalmára) vonatkozó szabályoknak való megfelelést a pénzforgalmi szolgáltató a fizetési megbízás visszautasítása nélkül is biztosítani tudja.

(3) A pénzforgalmi szolgáltató - *jogszabály eltérő rendelkezése hiányában, illetve ha a számlatulajdonossal másként nem állapodik meg* - a fizetési számlán pénzügyi fedezet hiánya miatt nem teljesíthető fizetési megbízásokat visszautasítja.

A 18/2009. (VIII. 6.) MNB rendelet 8. § (1) bekezdése szerint *a fedezethiány miatt nem teljesíthető, törvény vagy a számlatulajdonossal történt megállapodás alapján vissza nem utasított* átutalási és beszedési megbízást a pénzforgalmi szolgáltató - törvény vagy e rendelet eltérő rendelkezése hiányában - legfeljebb harmincöt nap időtartamra sorba állítja. A sorba állítás időtartamának számítása a fizetési megbízás átvételét követő napon kezdődik.

85. A Kbt. 65. § (3) bekezdése az alkalmassági követelmények előírásának a korlátait határozza meg. Az alapelvek figyelembevételével mellett a közbeszerzés tárgyára korlátozott, arányos, a közbeszerzés becsült értékéhez igazodó, a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékét nem túllépő alkalmassági követelmények biztosítják az ajánlatkérő fontos igényét a közbeszerzése megvalósítására, továbbá a verseny érvényesülését is.

86. A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 19. § (1) bekezdés a) pontja szerint az ajánlattevőnek, illetve a részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmassága árubeszerzés, építési beruházás, valamint szolgáltatás megrendelése esetén igazolható pénzügyi intézménytől származó, legfeljebb az eljárást megindító felhívás feladásától - nem hirdetménnyel induló eljárásokban megküldésétől - visszafelé számított kettő évre vonatkozó megfelelő nyilatkozattal.

87. Annak a körülménynek a megítélése, hogy egy adott alkalmassági feltétel összeegyeztethető-e a Kbt. 65. § (3) bekezdésével, mindig az adott közbeszerzési eljárásra vonatkozó körülmények figyelembevételével lehetséges.

88. A felhívás 15. pontja alatt ismertette az ajánlatkérő a Gazdasági és pénzügyi alkalmasság feltételrendszerét.

P3) „A 321/2015. (X.30.) Kormány rendelet 19. § (1) bekezdés a) pontja alapján csatolandó valamennyi számlavezető pénzügyi intézménytől származó nyilatkozat - attól függően, hogy ajánlattevő mikor jött létre, illetve mikor kezdte meg tevékenységét, amennyiben ezek az adatok rendelkezésre állnak – az alábbi kötelező és kifejezett tartalommal: a számlavezető pénzügyi intézmény által vezetett számlák számlaszáma, a számlák megnyitásának időpontja, az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban (amennyiben a számla megnyitásának időpontja ennél későbbre esik, akkor a megnyitás időpontja óta) bármelyik pénzforgalmi számláján előfordul-e sorbanállás. Ajánlattevőnek továbbá nyilatkoznia kell arról, hogy mely pénzügyintézeteknél vezet bankszámlát a bankszámlaszámok megjelölésével. Ajánlatkérő felhívja ajánlattevő figyelmét, hogy a csatolt pénzügyi intézménytől származó igazolásnak, valamint az ajánlattevő nyilatkozatának is ki kell terjednie az előírt 24 hónapos időszakban a megszűnt számlákra is. Amennyiben nincsenek megszűnt számlák, a pénzügyintézeti igazolásnak, illetve ajánlattevő nyilatkozatának ezt is tartalmaznia kell.”

A P3 ponthoz rendelt alkalmassági követelmény:

„az eljárásban alkalmas az ajánlattevő, ha a pénzügyi intézménytől származó nyilatkozat(ok) szerint egyik pénzforgalmi számláján sem fordult elő az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban (amennyiben a számla megnyitásának időpontja ennél későbbre esik, akkor a megnyitás időpontja óta) sorban állás. (A „sorban állás” kifejezés alatt ajánlatkérő a 2009. évi LXXXV. törvény 2. § 25. pontjában meghatározott fogalmat érti)...”

89. A Fővárosi Törvényszék 103.K.705.026/2021/13. számú ítéletében foglaltak szerint „a megismételt eljárásban az alperes köteles a Fővárosi Törvényszék 104.K.701.006/2020/19. számú ítéletében rögzített iránymutatás maradéktalan betartásával meghozni a határozatát, ennek során nem bocsátkozhat ismételen olyan kérdések vizsgálatába, amelyekről a 104.K.701.006/2020/19. számú ítélet már érdemben is állást foglalt, azok alapulvételével kell eljárnia és a döntését meghozni.”

90. A Fővárosi Törvényszék 104.K.701.006/2020/19. számú ítéletében foglaltak szerint „A megismételt eljárásban az alperesnek a Kbt. 65. § (3) bekezdésében előírt kötelezettség vizsgálatakor értékelnie kell a felperes által a tárgybeli alkalmassági követelmény előírásának indokaként előadott valamennyi körülményt, és okszerű indokolással ellátott döntésében kell számot adnia ezek megalapozott vagy megalapozatlan voltáról, ezáltal az alkalmassági

követelmény előírásának a Kbt. 65. § (3) bekezdésével összefüggésben történő szükségességéről. Jogsértés megállapítása és bírság kiszabásának szükségessége esetén az alperesnek az eset összes releváns körülményét mérlegelnie kell, és számot kell adnia a Kbt. 165. § (11) bekezdésében felsorolt szempontok felperes javára vagy terhére értékeléséről, vagy az ügyben irreleváns voltáról.”

91. A Fővárosi Törvényszék 104.K.701.006/2020/19. számú ítélet 34. pontja szerint: „A bíróság rámutat arra, hogy a Vhr. 19. § (1) bekezdés a) pontja alapján az ajánlattevőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmassága a pénzügyi intézménytől származó, legfeljebb az eljárást megindító felhívás feladásától – nem hirdetménnyel induló eljárásokban megküldésétől – visszafelé számított két évre vonatkozó megfelelő nyilatkozattal igazolható. A bíróság hangsúlyozza, hogy az alperes feladata az lett volna, hogy a felperes által adott indokolást összevesse a Kbt. 65. § (3) bekezdésében előírtakkal, azaz, hogy az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban az ajánlattevők pénzforgalmi számláin a sorban állás hiánya a közzétett finanszírozási kondíciókra (utófinanszírozás, előleg hiánya, a teljesítés igazolás utáni 30 napos utólagos fizetés, árfolyamkockázat), valamint a felperes által megjelölt védendő jogi érdekre tekintettel szükséges feltétel-e a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez.”

92. A Döntőbizottság - Fővárosi Törvényszék megismételt eljárásra vonatkozó iránymutatásai alapján - azt vizsgálta, hogy az ajánlatkérő jogszerűen írta -e elő a P.3. alkalmassági követelményt, e körben az ajánlatkérő által adott indokolást összevetette a Kbt. 65. § (3) bekezdésében előírtakkal.

93. Az ajánlatkérő a megismételt eljárásban is kiemelte azon szempontokat, amik alapján a pénzügyi alkalmassági feltételt előírta:

A felhívás „13.) Fő finanszírozási és fizetési feltételek” körében rögzítésre került:

„13.1 Ajánlatkérő a szerződés teljesítéséhez szükséges fedezettel az alábbi forrásból rendelkezik:

- magyar kormányzati támogatás mértéke: 15 %

- EU támogatás mértéke: 85 %

13.2. A kifizetés pénzneme: EURO

13.3. Benyújtható számlák száma, értéke, gyakorisága: Nyertes ajánlattevő az 1. részfeladathoz kapcsolódóan a nettó ajánlati ár 30%-ának megfelelő 1 darab részszámla és a 2. részfeladathoz kapcsolódóan a nettó ajánlati ár 70%-ának megfelelő 1 darab végszámla benyújtására jogosult.

13.8. Előleg biztosítása: Utófinanszírozás miatt Ajánlatkérő előleget nem fizet.

13.9. Teljesítésigazolás: Ajánlatkérő a (rész)teljesítést a Kbt. 135. § (1) bekezdésben meghatározottak szerint 15 napon belül igazolja le.

13.10. Fizetési határidő: Az igazolt (rész)teljesítés alapján kiállított (rész)számla a Ptk. 6:130. § (1) bekezdés szerint a (rész)számla kézhezvételétől számított harminc napon belül banki átutalással kerül kifizetésre.

13.11. Alvállalkozók igénybevétele esetén a kifizetés a Kbt. 135. § (3) bekezdése szerint történik.

Kifizetésre vonatkozó jogszabályok:

Ptk. 6:130. § (1)-(2) bekezdései

Kbt. 135. §

2003. évi XCII. törvény (Art.) 36/A §

a behajtási költségátalányról szóló 2016. évi IX. törvény

94. Ezekből kiemelte azon követelményeket, amik egyértelműen befolyásolták azt, amiért fontos volt, hogy pénzügyileg is alkalmas, pénzügyi, gazdasági stabilitással rendelkező gazdasági szereplő kerüljön kiválasztásra:

1.2 A kifizetés pénzneme. EURO (tehát nyertes ajánlattevőkre nézve magas – árfolyam – kockázatot hordozó szerződés)

1.3 Benyújtható számlák száma, értéke, gyakorisága: A nyertes ajánlattevő részfeladatonként csak 1-1 darab (rész és vég)számla benyújtására jogosult.

1.4 Előleg biztosítása: Utófinanszírozás miatt Ajánlatkérő előleget nem fizet.

1.6 Fizetési határidő: Az igazolt teljesítés alapján kiállított számla a Ptk. 6: 130. § (1) bekezdés szerint a számla kézhezvételétől számított harminc napon belül banki átutalással kerül kifizetésre.

A teljesítés időtartama éven átnyúló, 17 hónap.

Véleménye szerint mindezek a feltételek alátámasztották, hogy fennállt az előírás és a közbeszerzés tárgyát képező szerződés, szerződéses feltételek közti kapcsolat.

94. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. szabályozási rendszerében a jogalkotó az alapvető fontosságú rendelkezések körében határozta meg, hogy az ajánlatkérőnek a felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban kell meghatározni az ajánlatadás feltételeit. A gazdasági, pénzügyi, valamint a műszaki, szakmai alkalmassági követelmények előírásához a jogalkotó a Kbt.-t valamennyi rendelkezésében átható alapelvnek való megfelelést is támaszt. Az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények meghatározását az esélyegyenlőségre, az egyenlő elbánásra és a verseny tisztaságára vonatkozó alapelvek figyelembevételével mellett a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, és azokat - a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel - legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni. Ezen rendelkezések megfogalmazása kifejezetten arra mutat, hogy olyan egyensúlyt kell létrehozni az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények előírásakor, amely megfelel az általa támasztott igényeknek és biztosítja a beszerzése megfelelő megvalósítását, ugyanakkor lehetőséget kell biztosítani arra, hogy az ajánlattevő minél szélesebb körben biztosított legyen és kialakulhasson a versenyhelyzet a potenciális ajánlattevők között. Ehhez az szükséges, hogy az alkalmassági követelmények meghatározásakor az ajánlatkérő olyan feltételeket határozzon meg, amely a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükségesek, azzal nem összefüggő, objektíven nem alátámasztható követelmények nem szerepelhetnek az alkalmasság minimumkövetelményei között, hiszen az alapelvekben megnyilvánuló célkitűzések is ezt támasztják alá. Amennyiben már az alkalmassági követelmények körében tehát a Kbt. ezen szakaszaiban megfogalmazottaknak az ajánlatkérő felhívása vagy dokumentációja nem felel meg, nem hozható egyensúlyba az alkalmassági követelményrendszer az esélyegyenlőség, a verseny tisztasága, valamint az egyenlő elbánás elvével és a követelményrendszer túlterjeszkedik a szerződés teljesítéséhez szükséges feltételek mértékén, a jogsértés megvalósul. Az alapelvek betartása és a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges mértékig történő alkalmazása mellett az alkalmassági feltételek előírásának a közbeszerzés tárgyára kell korlátozódnia, azok meghatározása során figyelemmel kell lenni a becsült értékre és legfeljebb a teljesítéshez szükséges mértékig lehet előírni.

95. Az ajánlatkérő által kiemelt szempontokra - az utófinanszírozás, előleg hiánya, a teljesítésigazolás utáni 30 napos utólagos fizetés, árfolyamkockázat, valamint a védendő jogi érdekekre, azaz az emberi életre - figyelemmel a Döntőbizottság az alábbiakra kíván rámutatni.

Az ajánlatkérő 1 db vég számla (részfeladatonként) benyújtására adott lehetőséget a nyertes ajánlattevő részére. A teljesítés igazolás után kiállított számla alapján 30 napra fizetett az ajánlatkérő. Tehát az ajánlattevőknek úgy kellett kalkulálniuk, hogy a 2016. december 6.-ai

ajánlattételi határidőre olyan ajánlati árat adjanak, amely nyertességük esetén a felhívás szerinti 2018. május 31. teljesítési határidőt követően 15 +30 napra kerül kifizetésre.

A szerződés a fenti, az ajánlattevők által is megismerhető átfutási idő alapján (17 hónap) nem minősíthető elhúzódó, nagyon hosszú átfutású szerződésnek.

Az ajánlatkérő kiemelte azt, hogy az ajánlattevők euróban tettek ajánlatot, és ez a nyertes ajánlattevőkre nézve magas – árfolyam – kockázatot hordozó szerződés volt.

Tény az, hogy minden gazdasági szereplő tevékenységében komoly kockázati tényezőt jelent a devizaárfolyamok jövőbeni változása, a változások kiszámíthatatlansága. De az ajánlatkérő által megrendelt szolgáltatás átfutási ideje az ajánlattételtől a teljesítésig és az azt követő kifizetésig körülbelül 17 hónap volt. Nem minősíthető extrém hosszú átfutási idejű szerződésnek. Kiemelendő az is, hogy a megrendelt szolgáltatás értéke nettó 78.000 euró volt, ami nem minősíthető kirívóan nagy értékű szolgáltatásnak. És e körben hangsúlyozandó, hogy ezek a feltételek a felhívás részét képezték, ami alapján az ajánlattevők eldöntötték, hogy ilyen feltételek mellett is vállalják –e az ajánlattételt.

96. Az ajánlatkérő által hivatkozott indokok, úgy mint az utófinanszírozás, az előleg hiánya, a teljesítés igazolás utáni 30 napos utólagos fizetés, az árfolyamkockázat, mind a teljesítés során felmerülő kockázatok.

Az ajánlatkérő által hivatkozott indokok alapján egy múltbeli pénzügyi banki információ nem tudja kiküszöbölni a teljesítés során felmerülő kockázatokat.

Az ajánlatkérő által hivatkozott indokokat, amiket a felhívás feltételeként az ajánlattevők megismerhettek, felmérhették ezt a kockázatot, és az ajánlattétel során ezt a kockázatot valamilyen módon kezelték, ha ajánlatot tettek. Attól, hogy az ajánlatkérő előírta a P.3. alkalmassági feltételt, még az ajánlattevőknek ezen üzleti kockázatokat valamilyen módon kezelniük kellett, hogy teljesíteni tudjanak, ezen feltétel előírása nem mentesítette sem az ajánlatkérőt, sem az ajánlattevőt ezen teljesítési kockázatok felmerülésétől. Az ajánlatkérők által beépített kockázatokat az ajánlattevők általában az ajánlati árukban érvényesítik, amit végső soron az ajánlatkérő fizet meg.

97. A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatkérő által kiemelt pénzügyi, finanszírozási szempontok, a teljesítés során jelentkező kockázatok kiküszöbölésére nem volt alkalmas az ajánlatkérő által választott alkalmassági követelmény előírása, hiszen az arra vonatkozott, hogy „az eljárásban alkalmas az ajánlattevő, ha a pénzügyi intézménytől származó nyilatkozat(ok) szerint egyik pénzforgalmi számláján sem fordult elő az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban (amennyiben a számla megnyitásának időpontja ennél későbbre esik, akkor a megnyitás időpontja óta) sorban állás.” Azaz a számláján az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban nem fordult elő a pénzforgalmi szolgáltató által vezetett fizetési számlára érkező fizetési megbízás fedezethiány miatt történő nem teljesítése (függőben tartása) és várakozási sorba helyezése a jövőbeni teljesítés céljából (ide nem értve azt az esetet, amikor a fizető fél az ütemezett fizetések céljából, a beérkezett fizetési műveletek tervszerű teljesítése érdekében sorba helyezésről állapodik meg a pénzforgalmi szolgáltatóval.) Az ajánlatkérő a felhívás feladást megelőző 24 hónap pénzügyi nyilatkozataiból kívánt arra vonatkozóan következtéseket levonni, hogy általa előírt az utófinanszírozásra, előleg hiányára, a teljesítésigazolás utáni 30 napos utólagos fizetésre, az árfolyamkockázatra tekintettel az ajánlattevő alkalmas e pénzügyi szempontból a teljesítésre, azaz a fizetőképessége folytán a feladatokat az ajánlatkérői finanszírozási előírások mellett meg tudja valósítani, és a saját forrásaiból a teljes műszaki feladatok teljesítését elő tudja finanszírozni.

A Döntőbizottság véleménye a pénzügyi nyilatkozatok nem tudnak arra vonatkozó információt szolgáltatni az ajánlatkérőnek, hogy képes-e az ajánlattevő a finanszírozásra, az árfolyam kockázatot a cég tudja e kezelni, hiszen az a cég valós pénzügyi helyzetére

vonatkozó adatokat nem tartalmaz. A pénzügyi nyilatkozatok, arra vonatkozó információt tartalmaznak, hogy a múltban volt e sorbanállás a cég számláin.

Az ajánlatkérő ezen előírása nem biztosítja annak a követelmények az érvényre jutását, hogy az megfelel az ajánlatkérő által támasztott követelményeknek, igényeknek és biztosítja a beszerzése megfelelő megvalósítását, és a versenyhelyzet kialakulását a potenciális ajánlattevők között. Kiemelendő az is, hogy az eljárásban csupán két ajánlat került benyújtásra.

Az alkalmassági követelmények meghatározásakor az ajánlatkérőnek olyan feltételeket kell meghatároznia, amely a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükségesek, azzal nem összefüggő, objektíven nem alátámasztható követelmények nem szerepelhetnek az alkalmasság minimumkövetelményei között, hiszen az alapelvekben megnyilvánuló célkitűzések is ezt támasztják alá. A P.3. alkalmassági követelmény előírására vonatkozó, az ajánlatkérő által hivatkozott körülmények (utófinanszírozás, előleg hiánya, a teljesítés igazolás utáni 30 napos utólagos fizetés, árfolyamkockázat, valamint a felperes által megjelölt védendő jogi érdek) objektíven nem támasztják alá, hogy ezen pénzügyi alkalmassági előírás a közbeszerzés tárgyával szorosan összefügg, arra korlátozott, arányos, a közbeszerzés becsült értékéhez igazodó, a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékét nem túllépő, és nem korlátozza a verseny érvényesülését.

98. Az ajánlatkérő hivatkozott arra is, hogy „Nem vitás, hogy a szükségesség és arányosság elvének szem előtt tartásával olyan gazdasági és pénzügyi alkalmassági feltételrendszer meghatározása indokolt és jogszerű, amelynek teljesítése alapján nagy bizonyossággal valószínűsíthető, hogy a nyertes ajánlattevő - figyelemmel az európai uniós támogatások felhasználásának szigorú elszámolási rendjére is - fizetőképessége folytán a beruházást az ajánlatkérői finanszírozási előírások mellett meg tudja valósítani”. (D.190/7/2016.) Álláspontja szerint ez a megállapítás is alátámasztja, hogy a pénzügyi alkalmassági feltételrendszer is egyértelműen ok-okozati összefüggésben van a teljesítőképeséssel.

Az ajánlatkérő által hivatkozott Döntőbizottsági határozat megállapítása és az ajánlatkérő által levont következtetés egy általános következtetés. A tárgyi eljárásban a Döntőbizottságnak a konkrét előírást és konkrét indokokat kell összevetni a vizsgálata során, nem általánosságban levonni következtetéseket. Az ajánlatkérő által hivatkozott megállapítás az általánosság szintjén igaz lehet, de azt ki kell elemelni, hogy az ajánlatkérő által előírt P.3. alkalmassági követelmény arra vonatkozó információt nem szolgáltat, hogy az ajánlattevő képes a finanszírozásra a teljesítés során, a teljesítés az ajánlatkérő elvárásai szerint fog megvalósulni.

99. Az ajánlatkérő előadta azt is, hogy a feltételek indokoltságát a konkrét szerződéses tényadatok is alátámasztják:

A számla benyújtás feltétele a megrendelő által kiadott teljesítésigazolás a szerződésszerű teljesítésről, aki a teljesítést a Kbt. 135. § (1) bekezdésben meghatározottak szerint 15 napon belül igazolja le. Számla ellenértékét annak kézhezvételét követő 30 napon belül banki átutalással teljesíti, azaz 15+30 nap az előteljesítési igény, a számláktól számolva, de természetesen a teljesítés időtartamával is számolni kellett.

A szerződéskötéskori bruttó forint ellenértéke a szerződésnek 31,13 Millió Ft volt, míg a nyertes ajánlattevő 2016. évi árbevétele 92,877 Millió Ft, a teljes évi árbevétele a harmada volt a szerződéses érték.

A szerződés nem a fordított ÁFA fizetés szabályai alá tartozott, a számla ÁFA értékét nyertes ajánlattevőnek forint értékben be kellett fizetnie az államháztartásba.

100. A Döntőbizottság a fentiekben már vizsgálta az ajánlatkérő által meghatározott fizetési feltételeket, árfolyamkockázatot. Az ajánlatkérő által előadott tényadatok között az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy a szerződéskötéskori bruttó forint ellenértéke a

szerződésnek 31,13 Milliő Ft volt, míg a nyertes ajánlattevő 2016. évi árbevétele 92,877 Milliő Ft, a teljes évi árbevételenek a harmada volt a szerződéses érték. E körben a Döntőbizottság rá kíván mutatni, hogy a nyertes ajánlattevő egy konzorcium volt, két taggal, egy korlátolt felelősségű gazdasági társaság, és egy egyéni vállalkozó. Az ajánlatkérő által hivatkozott árbevétel a konzorcium egyik tagjának volt az árbevétele, a nyilvánosan elérhető beszámolók alapján pedig nem a 2016. évi, hanem a 2015. évi árbevétele volt. Ezért a Döntőbizottság ezen indokolást érdemben nem tudta figyelembe venni.

Az ajánlatkérő hivatkozott arra is, hogy a szerződés nem a fordított ÁFA fizetés szabályai alá tartozott, a számla ÁFA értékét nyertes ajánlattevőnek forint értéken be kellett fizetnie az államháztartásba. A Döntőbizottság rá kíván mutatni, hogy ez szintén egy, a teljesítés során felmerülő körülmény volt. Ezt a körülményt a szerződés tartalmazta, azt az ajánlattevők megismerték az ajánlatadás előtt, ennek tudatában döntöttek az ajánlattétel mellett, vagy arról, hogy nem tesznek ajánlatot. Ezen körülménnyel kapcsolatban ki kell emelni, hogy ez egy általános, a kifizetési rendszerben érvényesülő jogszabályi előírás, amivel a gazdasági szereplők tisztában vannak, hiszen az összes, -nem fordított ÁFA-s – kifizetésüknél ez a szabály érvényesül. Tehát ez a körülmény nem egyedi, nem ezen eljárás specifikuma, hanem egy általános, más jogszabályokból következő körülmény. Azzal kalkulálniuk kellett az ajánlattevőknek, hogy az ÁFA-t be kell fizetniük a költségvetésbe, amit majd az ajánlatkérő felőlük megfizet. De azt, hogy ezt az ÁFA-t meg tudják -e fizetni, hogy tudják -e finanszírozni, arra vonatkozó információt a P.3. alkalmassági követelményben előírt banki igazolás(ok) nem szolgáltat, ezen cél elérésre alkalmatlan. Ezen, az ajánlatkérő által felsorolt indokok objektíven nem támasztják alá, hogy ezen pénzügyi alkalmassági előírás a közbeszerzés tárgyával szorosan összefügg, arra korlátozott, arányos, a közbeszerzés becsült értékéhez igazodó, a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékét nem túllépő, és nem korlátozza a verseny érvényesülését.

101. Az ajánlatkérő hivatkozott arra is, hogy a beszerzendő szolgáltatások alkalmassági szempontrendszerének előírásával kapcsolatban az előírásaik azt a célt szolgálták, hogy minden szempontból megbízható nyertes ajánlattevő kerülhessen kiválasztásra, mivel az elvégzendő feladatok specialitására tekintettel esetünkben a nem megfelelő teljesítés járhatott volna emberáldozattal is.

A felállított szempontrendszer szerint beszerzett megbízható, teljesítőképes partner garantálta, hogy az aknamentesített területeken ne maradjon fel nem robbant hadianyag, ami sérülést, halálos balesetet is okozhat, mint kevéssel a kiírásainkat megelőzően 2016.július 1-én a Hortobágyi Nemzeti Parkban bekövetkezett 4 tűzszerész halálát okozó aknabaleset.

Ezt a biztonsági szintet alacsonyabb alkalmassági, így pénzügyi-szakmai követelmények meghatározásával nem lehetett volna sem kockáztatni, sem garantálni.

Egy nem megfelelő pénzügyi, gazdasági stabilitási teljesítési környezet a gazdasági szereplő szakmai-műszaki teljesítésére is közvetlen ráhatással bír (pl. nem tudja a kellő szakember gárdát biztosítani a területen, vagy eszközöket, források híján, előfinanszírozási nehézségek mellett).

102. Az ajánlatkérő által kiemelt védendő érdek a teljesítés során az emberi élet volt, az elvégzendő feladatok specialitására tekintettel esetünkben a nem megfelelő teljesítés járhatott volna emberáldozattal is. A Döntőbizottság osztotta az ajánlatkérő azon érvelését, hogy megbízható, teljesítőképes partner garantálja, hogy az aknamentesített területeken ne maradjon fel nem robbant hadianyag, ami sérülést, halálos balesetet is okozhat. Viszont az kérdéses, hogy a pénzügyi alkalmasság körében előírt P.3. alkalmassági szempont, miszerint az ajánlattevőnek nem volt sorbanállása a számláin a felhívás feladástól visszafelé számolva 24 hónapig, ezt a célkitűzést meg tudja -e valósítani, annak teljesüléséhez hozzájárul-e.

Hiszen ez egy múlt béli pénzügyi információ, ami nem tartalmaz arra vonatkozó információt, hogy a teljesítés megfelelő lesz-e.

A Döntőbizottság osztotta az ajánlatkérő érvelését, miszerint egy nem megfelelő pénzügyi, gazdasági stabilitási teljesítési környezet a gazdasági szereplő szakmai-műszaki teljesítésére is közvetlen ráhatással bír (pl. nem tudja a kellő szakember gárdát biztosítani a területen, vagy eszközöket, források híján, előfinanszírozási nehézségek mellett).

A Döntőbizottság e köreben kiemeli, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítésében részt vevő személyi állomány szervezettségét, képzettségét és tapasztalatát pontozási résszemponként előírta, 40 súlyszámmal, azaz azt külön is vizsgálta az ajánlattétel során.

A Döntőbizottság véleménye szerint arra vonatkozó információt azonban nem tud szolgáltatni az ajánlatkérő által előírt P.3. pénzügyi alkalmassági szempont, abból nem vonható le következtetés arra vonatkozóan, hogy az ajánlattevő tudja -e majd a teljesítés során a kellő szakember gárdát biztosítani a területen, vagy eszközöket, források híján, előfinanszírozási nehézségek mellett, mivel ez múltbéli pénzügyi adat, de a gazdasági szereplő tényleges pénzügyi helyzetét nem tükrözi. A Döntőbizottság véleménye szerint a felperes által megjelölt védendő jogi érdek nem támasztja alá, hogy a P.3. alkalmassági követelmény előírása szükséges feltétel volt a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez, az objektíven nem támasztja alá, hogy ezen pénzügyi alkalmassági előírás a közbeszerzés tárgyával szorosan összefügg, arra korlátozott, arányos, a közbeszerzés becsült értékéhez igazodó, és nem korlátozza a verseny érvényesülését.

103. Az ajánlatkérő hivatkozott továbbá arra, hogy a visszaható hatály tilalma nemcsak a jogalkotást, de a jogalkalmazást is köti (lásd a 3043/2021. (II. 19.) AB határozatban foglaltakat - „Ezen túlmenően azonban az Alkotmánybíróság azt is megállapította, hogy alaptörvény-ellenesség nemcsak a jogalkotással, hanem a visszaható hatályú szabályalkalmazással összefüggésben is felvethető... (3051/2016. (III. 22.) AB határozat, Indokolás [16]; 3314/2017. (XI. 30.) AB határozat, Indokolás [32]; 3154/2019. (VII. 3.) AB határozat, Indokolás [25]; 3221/2019. (X. 11.) AB határozat, Indokolás [20],,).

104. A jelen ügyben mérvadó jogszabályi rendelkezések – a Kbt. 65. § (3) bekezdése, illetve a Vhr. 19. § (1) bekezdés a) pontja – a tárgybeli közbeszerzési eljárás megindításától a jogorvoslati eljárásig eltelt időszakban tartalmilag nem változtak, az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban nem a 2016. évben alkalmazott közbeszerzési gyakorlat, hanem a vonatkozó jogszabályok alapján rögzítette az alkalmassági feltételeket. Az előírás jogszerűségének a vizsgálata körében nem érvényesül a visszaható hatály, hiszen az irányadó jogszabályok nem változtak meg.

105. A Döntőbizottság rá kíván mutatni, hogy a szükségesség és az arányosság elvét a tárgyi eljárás keretei, előírásai között kell vizsgálni. Az, hogy az ajánlatkérő által hivatkozott D. 190/7/2016. jogorvoslati eljárásban az előírásokat jogszerűnek találta a Döntőbizottság nem jelenti azt, hogy a tárgyi eljárásban is az. Maga az ajánlatkérő emelte ki azokat a szempontokat, amikre tekintettel megfogalmazta többek között a P.3. alkalmassági követelményt, ami ezen beszerzés sajátosságaiból, követelményeiből eredt, és a hivatkozott eljárás tényállása ettől eltérő.

106. Az ajánlatkérő hivatkozott arra is, hogy a jelentős időmúlásra tekintettel a 2016. évi közbeszerzési eljárásban alkalmazott, jogsértőnek minősített feltétel okán a jelen eljárás előzményeként, 2019. októberében tett közérdekű bejelentés kapcsán a közérdek védelem is már okafozott volt, és értelmezhetetlen is, hiszen addigra a közbeszerzési joggyakorlat erőteljesen megváltozott, a pénzügyi alkalmassági előírások körében kiemelten, éppen a korábbi, alkalmanként ismertté vált audit tapasztalatok alapján.

A vitatott 2019. évi bejelentés időpontjában hivatalbóli kezdeményezőnek már nem volt mit orvosolnia, vagy megszüntetnie a közérdek védelmében, mert 3 év múltán nem volt alkalmazott joggyakorlat a bejelentésben foglalt alkalmasság előírása és vizsgálata. A kérdéses 3 év alatt ismerten igen nagy változás következett be a közbeszerzési joggyakorlatban, megjegyezte, hogy csak Kbt. módosítás 12 alkalommal történt.

Az előírás alkalmazás jogszerűségének vizsgálatát álláspontja szerint pedig csakis, és kizárólag a 2016. évben, az eljárás megindításakor hatályos és ismert joggyakorlat alapján lehetett volna elvégezni az audit által is.

A Döntőbizottság rá kíván mutatni, hogy az audit nem megfelelése, a közérdek védelem okafogyottságának a vizsgálata tekintetében nem rendelkezik hatáskörrel, hatáskörét a Kbt. 145. § (3) bekezdése határozza meg. Továbbá a Döntőbizottság arra is rámutatott, hogy a Kbt. módosítások száma irreleváns a tárgyi jogvita eldöntése tárgyában, hiszen az irányadó jogszabályok nem változtak meg.

108. A Döntőbizottság szükségesnek tartja kiemelni azt is, hogy a pénzügyi alkalmassági követelmények alapvető funkciója az, hogy biztosítsa a pénzügyi, gazdasági stabilitással rendelkező ajánlattevő kiválasztását, továbbá, hogy bemutassa annak a lehetőségét, hogy az ajánlattevő képes biztosítani az ellenérték egészének, vagy egy részének kifizetéséig szükséges előfinanszírozási igényt. Az ajánlatkérő az alkalmassági követelmények megfogalmazása indokaként szintén kiemelte az előfinanszírozás szükségességét. A fent hivatkozott pénzforgalmi jogszabályi rendelkezésekből azonban látható, hogy a sorba állítás nem fejezi ki a felperes által az alkalmassági feltételben célzott funkciót, az, hogy biztosítsa a pénzügyi gazdasági stabilitással rendelkező ajánlattevő kiválasztását, hogy bemutassa annak a lehetőségét, hogy az ajánlattevő képes biztosítani az ellenérték egészének, vagy egy részének kifizetéséig szükséges előfinanszírozási igényt. A pénzforgalmi szolgáltató ugyanis a nem teljesíthető fizetési megbízásokat visszautasítja, a visszautasítás folytán a nem teljesíthető követelés nem kerül sorba állításra, ezáltal arra vonatkozó információkat nem tud szolgáltatni a pénzügyi nyilatkozat, hogy az ajánlattevő gazdaságilag stabil-e, illetve képes-e finanszírozásra, az utófinanszírozásra, az előleg hiányára, a fizetési határidőkre, a védendő jogi érdekre tekintettel tudja-e a szerződést teljesíteni.

109. A Kbt. 65. § (3) bekezdése alapján az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények meghatározását az esélyegyenlőségre, az egyenlő elbánásra és a verseny tisztaságára vonatkozó alapelvek figyelembevételével mellett a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, és azokat - a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel - legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

110. A fentiekben leírtak alapján az ajánlatkérő által a tárgybeli alkalmassági követelmény előírásának indokaként előadott valamennyi körülmény vizsgálata alapján a P.3. alkalmassági követelmény előírása a szerződés teljesítéséhez nem volt szüksége feltétel, az ajánlatkérő által felsorolt indokok objektíven nem támasztják alá, hogy ezen pénzügyi alkalmassági előírás a közbeszerzés tárgyával szorosan összefügg, arra korlátozott, arányos, a közbeszerzés becsült értékéhez igazodó, a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékét nem túllépő, és nem korlátozza a verseny érvényesülését.

111. Az eljárást megindító felhívás megküldését megelőző 24 hónapban az ajánlattevők pénzforgalmi számláin a sorban állás hiánya a közzétett finanszírozási feltételekre (utófinanszírozás, előleg hiánya, a teljesítésigazolás utáni 30 napos utólagos fizetés, árfolyamkockázat), valamint az ajánlatkérő által megjelölt védendő jogi érdekre, továbbá a megismételt eljárásban előadottakra is tekintettel a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez nem volt szüksége feltétel.

A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság álláspontja szerint a P3. alkalmassági feltételnek az ajánlati felhívás feladásának napját megelőző 24 hónapban előforduló valamennyi sorban álló tételre vonatkozó előírása nincs összhangban a Kbt. 65. § (3) bekezdésben foglaltakkal.

112. Mindezek alapján a kezdeményezés körében a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) bekezdését.

113. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét.

114. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerint amennyiben a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában jogsértést állapít meg bírságot szabhat ki a jogsértő szervezettel vagy személlyel, valamint a jogsértésért felelős személlyel vagy szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben.

(4) A (3) bekezdés d) pontja szerinti bírság összege – a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb 10%-a.

115. A Kbt. 165. § (11) bekezdése alapján a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének – továbbá a 62. § (1) bekezdés q) pont szerinti jogsértés megállapítása esetén az eltiltás időtartamának – megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

- a) a jogsértés súlyát,
- b) a közbeszerzés tárgyát és értékét,
- c) a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását,
- d) az e törvénybe ütköző magatartásnak az adott közbeszerzés vonatkozásában történt ismételt tanúsítását,
- e) a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot,
- f) támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat figyelembe veszi. A bírság összegének és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

116. A Közbeszerzési Döntőbizottság a Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint, hogy indokolt -e a bírság kiszabása és a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét figyelembe vette. A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben kiszabott bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a becsült érték nettó 78.740 EUR volt.

A Döntőbizottság az ajánlatkérő terhére értékelte a jogsértés súlyát, hogy az alkalmassági követelmény meghatározása alkalmas volt arra, hogy a gazdasági szereplők közötti versenyt korlátozza.

A Döntőbizottság értékelte a közbeszerzés tárgyát és értékét és azt, hogy a jogsértés nem reparálható. A Döntőbizottság figyelemmel volt arra is, hogy az adott közbeszerzés vonatkozásában nem történt ismételt jogsértés, valamint arra, hogy a beszerzés uniós forrásból finanszírozott, ezért a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat. Az ajánlatkérő javára értékelte, hogy a Kbt.-be ütköző magatartásnak a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre nem volt befolyása. A Döntőbizottság az ajánlatkérő javára kiemelten értékelte azt, is hogy a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás között nagyon hosszú idő telt el. A Döntőbizottság mindezen tényezőket együttesen

mérlegelve a bírság összegét a rendelkező részben meghatározott mértékben állapította meg, amely nem haladja meg a közbeszerzés becsült értékének a 10%-át.

117. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(5) bekezdésén alapul.

118. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett a költségek viseléséről.

119. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdése és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselő a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pontja alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2023. február 14.

Dr. Peleskey Viktória sk.
a tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk.
közbeszerzési biztos

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Kugler Tibor felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (kizárólag elektronikus úton)
2. Dr. Zoric Ildikó ügyvéd (kizárólag elektronikus úton)
3. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (helyben)