



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG
1026 Budapest, Riadó u. 5.
Tel.: 06-1/882-8594
Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.334/22/2020

A tanács tagjai: Dr. Andriská Szilvia közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Gusztávné közbeszerzési biztos, Uherné Dr. Laczi Orsolya közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Közbeszerzési Hatóság Elnöke
(Budapest, Riadó u. 5.)

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

Az ajánlatkérő: Zöld Híd B.I.G.G. Környezetvédelmi és Hulladékgazdálkodási Nonprofit Kft.
(Gödöllő, Dózsa György út 69.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Papp Annamária felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A kérelmezett: Top Cop Security Zrt.
(Budapest, Zsombor u. 15.)

A kérelmezett képviselője: Varga Dóra Ügyvédi Iroda
(Budapest, Margit krt. 43-46. 6/3.)
képviselet: Dr. Varga Dóra Katalin ügyvéd

A beszerzés tárgya, értéke: Őrzés-védelmi szolgáltatás a Zöld Híd B.I.G.G. Környezetvédelmi és Hulladékgazdálkodási Nonprofit Kft. részére 12 hónap időtartamban
Értéke: 60.000.000,-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 a kezdeményezés első eleme tekintetében megállapítja, hogy a kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 138. § (2) bekezdését.

A Döntőbizottság a kezdeményezés második eleme tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdését.

A Döntőbizottság a kezdeményezés harmadik eleme tekintetében megállapítja, hogy a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdését. A Döntőbizottság a kezdeményezés harmadik eleme körében megállapított jogsértést súlyosnak minősíti.

A Döntőbizottság a kezdeményezés negyedik eleme tekintetében jogsértés hiányát állapítja meg.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 2.000.000.-Ft, azaz kettőmillió forint, a kérelmezettel szemben 3.000.000.-Ft, azaz hárommillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja a kérelmezetteket, 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 a 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. Harmadik Rész 113. §-a szerinti összefoglaló tájékoztatással induló nyílt közbeszerzési eljárást indított a bevezető részben meghatározott szolgáltatás tárgyában. Az ajánlatkérő 2017. szeptember 4-én küldte meg az ajánlattételi felhívást és a közbeszerzési dokumentumokat hat gazdasági szereplő részére.

2. Az ajánlattételi felhívás jogorvoslat szempontjából releváns részei:

A felhívás 3. pontja a szerződés meghatározása, a közbeszerzés tárgya, illetőleg mennyisége körében részletesen meghatározta a szolgáltatás nyújtása körében ellátandó élőerős vagyongvédelmi feladatokat. A teljesítés helyszínéeként két telephelyet jelölt meg.

Az egyik Nógrádmargal, amely két területileg elkülönült telephelyet jelent (hulladékkezelő lerakó, valamint a komposztáló telep) együttesen: kb. 14,6 ha.

A szolgáltatást munkaszüneti nap: 2 fő 24 órában, munkanap: 1 fő 24 órában, 1 fő 15 órában szükséges biztosítani.

A másik telephely Kerepes Ökörtelek-völgy 0115/2 hrsz. Hulladékkezelő Központ kb. 21 ha.

A szolgáltatást 2 fő 24 órában, 1 fő 13 órában szükséges biztosítani.

A felhívás 7.2. pontja a szerződést biztosító mellékkötelezettségek körében hibás teljesítési és meghiúsulási kötbért határozott meg a Ptk. 6:186. § (1) bekezdése, valamint a szerződéstervezetben foglaltak szerint.

A felhívás 10.2 pontja a műszaki, illetve szakmai alkalmassági követelmények között többek között az alábbiakat írta elő:

M.2.) Ajánlattevő köteles benyújtani a teljesítésbe bevonni kívánt szakemberek nevének és szakmai tapasztalatának ismertetését [...]

Az ajánlatkérő felhívja az ajánlattevők figyelmét, hogy az ajánlatban megjelölt szakembert kötelező a szerződés teljesítése során a teljesítésbe bevonni.

A felhívás 10.2.2 pontja az alkalmasság minimumkövetelményeként előírta, hogy alkalmatlan az ajánlatkérő ha

M.2.) nem rendelkezik legalább az alábbi szakemberekkel:

- 1 fő irányító szakember, aki legalább 24 hónapos őrzés-védelmi területen szerzett irányítási gyakorlattal rendelkezik és
- 3 fő szakember, akik legalább 24 hónap őrzés-védelmi területen szerzett gyakorlattal rendelkeznek. A fenti pozíciók között átfedés nem megengedett.

A felhívás 10.2 pontja a műszaki, illetve szakmai alkalmassági követelmények körében még az alábbiakat írta elő:

„Ajánlatkérő a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján előírja, hogy az előerős vagyongvédelmi feladatokat maga az ajánlattevő vagy - közös ajánlattétel esetén - a közös ajánlattevők egyike végezze el. Erre tekintettel ajánlatkérő előírja, hogy a teljesítésbe bevonni kívánt valamennyi szakember az ajánlattevő (közös ajánlattétel esetén bármelyik közös ajánlattevő) munkavállalója legyen. Erre tekintettel a jelen felhívás M.2.) szerinti alkalmassági feltételének igazolásához a Kbt. 65. § (7) bekezdésétől eltérően nem támaszkodhat az ajánlattevő más szervezet kapacitására, és a teljesítés során e feladatokat nem végezheti alvállalkozó.”

A felhívás 13.10. pontja a további információk között előírta:

„Ajánlatkérő a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján előírja, hogy az előerős vagyongvédelmi feladatokat maga az ajánlattevő vagy - közös ajánlattétel esetén - a közös ajánlattevők egyike végezze el. Erre tekintettel ajánlatkérő előírja, hogy a teljesítésbe bevonni kívánt valamennyi szakember az ajánlattevő (közös ajánlattétel esetén bármelyik közös ajánlattevő) munkavállalója legyen, ajánlatkérő a szakemberek Kbt. 3. § 2. pontja szerinti alvállalkozóként történő teljesítésbe való bevonását nem teszi lehetővé. Az alvállalkozók fentiekben túli igénybevétele kapcsán ajánlatkérő felhívja a figyelmet a személy- és vagyongvédelmi, valamint a magánnyomozói tevékenység szabályairól szóló 2005. évi CXXXIII. törvény 14. § (2) bekezdésében foglaltakra.

3. Az ajánlattételi határidő lejártáig, 2017. szeptember 15-én 10 óráig 6 ajánlattevő nyújtott be ajánlatot. A 2017. december 6. napján megküldött összegezés szerint a közbeszerzési eljárás eredményes lett. Az eljárás nyertese a Top Cop Security Zrt. lett (a továbbiakban: kérelmezett).

4. A kérelmezett a Kbt. 69. § (4) bekezdése alapján az alkalmassági követelmények igazolása körében bemutatta az M.2.) szakmai alkalmasság körében előírt szakembereket.

Alkalmassági feltétel felhívás szerinti megjelölése	Szakember neve	Foglalkoztató társaság az ajánlattétel időpontjában
1 fő irányító szakember, aki legalább 24 hónapos őrzés-védelmi területen szerzett irányítási gyakorlattal rendelkezik	F.P.L	Top Cop Security Zrt.
1 fő szakember, aki legalább 24 hónap őrzés-védelmi területen szerzett gyakorlattal rendelkezik	T.I	Top Cop Security Zrt.
1 fő szakember, aki legalább 24 hónap őrzés-védelmi területen szerzett gyakorlattal rendelkezik	K.T	Top Cop Security Zrt.
1 fő szakember, aki legalább 24 hónap őrzés-védelmi területen szerzett gyakorlattal rendelkezik	Sz.Zs.	Top Cop Security Zrt.

5. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a közbeszerzési eljárás eredményeként 2018. február 19-én 12 hónapos határozott időre szóló megbízási szerződést kötöttek (a továbbiakban: Szerződés), melynek a jogorvoslat szempontjából releváns részei az alábbiak:

A Szerződés 5.2. pontja a munkavégzés feltételei körében az alábbiakat rögzítette:

„5.2. Megbízott a Megbízó által őrzésre kijelölt ingatlanánál a szerződés hatálybalépésekor, illetve ezt követően, az őr személyében bekövetkező változást megelőzően legalább 3 munkanappal rendelkezésre bocsátja az őrzés-védelmi feladatot végző dolgozók személyes adatait, hozzájáruló nyilatkozatukat a személyes adatok kezelésére vonatkozóan, valamint érvényes (90 napnál nem régebbi) erkölcsi bizonyítványukat, amelyek igazolják, hogy a dolgozók büntetlen előéletűek, illetve a büntettek nyilvántartásában nem szerepelnek, továbbá át kell adni Megbízó részére a tevékenység végzésére feljogosító iskolai végzettséget igazoló irat egyszerű másolatát és a vagyoni igazolvány egyszerű másolatát, valamint ha a személy végzettségét olyan időpontban szerezte, amely alapján nem illeti meg a különbözeti vizsga alóli mentesség akkor a 6812012 (XII.14.) BM rendeletben előírt vizsga (különbözeti vizsga) meglétének igazolását (Tanúsítvány) egyszerű másolatban.”

A Szerződés 5.3. pontja szerint:

„[...] Megbízó előírja, hogy a teljesítésbe bevonni kívánt valamennyi szakember Megbízott munkavállalója legyen, Megbízó a szakemberek Kbt. 3. § 2. pontja szerinti alvállalkozóként történő teljesítésbe való bevonását nem teszi lehetővé, figyelemmel a Kbt. 65. § (10) bekezdésére.”.

A Szerződés fizetési feltételekre vonatkozó 8.3. pontja kimondta:

„8.3. Megbízott tudomásul veszi és elfogadja, hogy számlát benyújtani csak a szerződésszerű teljesítést követően Megbízó által kiállított teljesítési igazolás átvételét követően jogosult, mely teljesítési igazolás a Megbízott számlájának szükségszerű és elválaszthatatlan mellékletét képezi. A számla mellékletét képezi továbbá annak igazolása, hogy Megbízott a teljesítésbe bevont szakembereket szabályszerűen munkaviszonyban foglalkoztatja, és a foglalkoztatásához kapcsolódó közterheket a vonatkozó jogszabályok által előírt mértékben és módon bevallotta és megfizette Megbízott havonta 1 (egy) alkalommal számlázhat két telephelyre bontva, a Megbízott által vezetett havi óraelszámolás alapján, amit a Megbízott minden tárgyhót követő hónap 2. munkanapjáig köteles a 9.1. pontban megjelölt megbízói kapcsolattartónak átadni.”.

A szerződésszegés jogkövetkezményei körében a Szerződés 10.6. pontja meghiúsulási kötbért írt elő, melynek mértékét a szerződés teljes tartamára számítható nettó díj 5%-ában határozták meg.

A Szerződés 10.7. pontja tartalmazta, hogy a felek meghiúsulásnak tekintik a vagyonvédelmi feladatok ellátása kapcsán többek között, ha a Megbízott jelen szerződés 5.3. pontjában foglalt tilalom megsértésével vesz igénybe alvállalkozót.

A Szerződés 2. számú melléklete szerinti alvállalkozó igénybevételeéről szóló nyilatkozatban a kérelmezett a Szerződés teljesítéséhez az ellenőrzési, oktatási feladatok részbeni ellátására a Badenberger Korlátolt Felelősségű Társaságot jelölte meg és nyilatkozott arra vonatkozóan, hogy az alvállalkozó nem áll a kizáró okok hatálya alatt.

6. A szerződéskötést követően a teljesítési helyszínek átadás-átvételére 2018. március 6-án 6 órakor került sor. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződést írásban nem módosította. A szerződés a 12 hónapos határozott idő lejártát követően 2019. február 19-én szűnt meg.

7. Az ajánlatkérő 2020. január 21. napján bejelentést tett a Közbeszerzési Hatóság (továbbiakban: Hatóság) felé a Kbt. 142. § (5) bekezdése alapján a kérelmezettel szemben, a kérelmezett által megvalósított súlyos szerződésszegéssel kapcsolatban. Az ajánlatkérő bejelentésében arról tájékoztatta a Hatóságot, hogy a kérelmezett a szerződés teljesítése során két szerződésszegést követett el.

„I. Szerződésszegés: A Top Cop Security Zrt. (1119 Budapest, Zsombor utca 15.) Megbízott - mint nyertes ajánlattevő - annak ellenére vett igénybe jogszerűtlenül alvállalkozót vagyонőr természetes személy biztosítására, hogy Megbízó az eljárást megindító felhívással összhangban a Megbízási szerződés 5.3. pontjában az alábbi előírást tette:

„Megbízó előírja, hogy a teljesítésbe bevonni kívánt valamennyi szakember Megbízott munkavállalója legyen, Megbízó a szakemberek Kbt. 3. § 2. pontja szerinti alvállalkozóként történő teljesítésbe való bevonását nem teszi lehetővé, figyelemmel a Kbt. 65. § (10) bekezdésére. [...]”

II. Szerződésszegés: A Tisztelt Ajánlattevő a közbeszerzési eljárás során benyújtott ajánlatában alkalmasság igazolása körében az alábbi szakemberekkel (1 fő irányító szakember és 3 fő vagyонőr) igazolta alkalmasságát, melyek közül az 1 fő irányító szakember értékelési résszempont tekintetében is megjelölésre került. [...]

[...] Ezen fent megjelölt szakemberek közül a 3 fő vagyонőr azonban egyáltalán nem vett rész a szerződés teljesítésében annak ellenére, hogy az eljárás megindításának időpontjában hatályos közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (továbbiakban: Kbt.) 138.§-a az alábbiak szerint szabályozza a szerződés teljesítésében résztvevők személyét. [...]”

Ezen szerződésszegésekre figyelemmel az ajánlatkérő 3.443.542.- Ft megíusulási kötbér iránti igény érvényesítését jelezte a kérelmezett felé.

8. A szerződésszegés bejelentésére tekintettel a Hatóság a 2020. február 5. napján kelt megkeresésével a Kbt. 187. § (3) bekezdése alapján többek között arra hívta fel az ajánlatkérőt, hogy 10 napon belül csatolja a Szerződés teljesítésének dokumentálására vonatkozó valamennyi iratot – jelenléti ívet, teljesítésigazolásokot, naplót, stb. - a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltak alapján, valamint nyilatkozzon a Szerződés 2. számú mellékletében megnevezett Badenberger Kft. alvállalkozó vonatkozásában.

9. A Hatóság az ajánlatkérői adatszolgáltatásra tekintettel 2020. február 25. napján közigazgatási hatósági ellenőrzési eljárást indított mely során felhívta az ajánlatkérőt és a kérelmezettet a közbeszerzési eljárás, valamint a Szerződés teljesítéséhez kapcsolódó valamennyi dokumentum csatolására és nyilatkozatok megtételére.

Az ajánlatkérő és a kérelmezett teljességi nyilatkozatai szerint a hatósági ellenőrzési eljárás során adatszolgáltatási kötelezettségüknek maradéktalanul eleget tettek.

A hivatalbóli kezdeményezés

10. A hivatalbóli kezdeményező 2020. augusztus 4-én a Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja alapján hivatalbóli kezdeményezést terjesztett elő, melyben négy kezdeményezési elemet jelölt meg.

11. Az **első kezdeményezési elem**ben a kezdeményező hivatkozott a Kbt. 138. § (2) bekezdésének a kérelmezett általi megsértésére. A jogsértés megtörténtének időpontjaként 2018. szeptember hónapot, azaz Sz. Zs. szakember teljesítésbe történő bevonásának elmaradását, míg a jogsértés tudomásra jutásának időpontjaként a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján 2020. július 20-át a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

12. A kezdeményező előadta, hogy a kérelmezett a közbeszerzési eljárás során benyújtott ajánlatában a felhívás 10.2.2. M.2.) pontja szerinti műszaki-szakmai alkalmasság körében 1 fő irányító szakembert és 3 fő vagyonőrt mutatott be, melyek közül az 1 fő irányító szakember értékelési résszempont tekintetében is megjelölésre került.

Az ellenőrzési eljárás során csatolt jelenléti ívek alapján a kérelmezett ajánlatában a műszaki-szakmai alkalmasság igazolásában megjelölt szakemberek az alábbi időszakokban vettek részt a szerződés teljesítésében:

Alkalmassági feltétel szerinti megjelölés	Szakember neve	Teljesítési időszak
1 fő irányító szakember	F. P. L.	2018. március 6. – 2019. március 6.
1 fő szakember/vagyonőr	T. I.	2018. március 6. – 2019. március 6.
1 fő szakember/vagyonőr	Sz. Zs.	2018. március 6. – 2018. augusztus 31.
1 fő szakember/vagyonőr	K. T.	2018. március 6. – 2018. december 15.

13. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a kérelmezett feltételezhetően megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdését azzal, hogy a jelenléti ívekből arra lehet következtetni, hogy a Szerződés teljesítése során a Szerződés teljes időtartama alatt az alkalmasság igazolásához igénybe vett 4 fő alkalmasságot igazoló szakember közül kettő szakember (Sz. Zs. és K. T.) nem került a Szerződés teljes időtartama alatt bevonásra a teljesítésbe, továbbá amennyiben a szakemberek cseréjére/mellőzésére került sor a teljesítés során, feltételezhetően elmulasztotta igazolni az ajánlatkérő felé az alkalmassági követelménynek való megfelelést.

14. A hivatalbóli kezdeményező megjegyezte, hogy a Kbt. lehetőséget biztosít a nyertes ajánlattevőnek arra, hogy a szakemberek bevonása elmaradjon, vagy helyettük más szakemberek is bevonhatók, ha a nyertes ajánlattevő az adott szakember nélkül vagy a helyette bevont új szakemberrel is megfelel azoknak az alkalmassági követelményeknek, melyeknek a közbeszerzési eljárásban a szakemberrel együtt felelt meg.

A Kbt. 138. § (2) bekezdése körében a Kbt. az ajánlatkérői hozzájárulást nem írja elő, de a cserét/bevonás mellőzését feltételhez köti. Ez a feltétel, hogy az ajánlattevő a szakember nélkül vagy a helyette bevont új szakemberrel is megfelel azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyeknek az ajánlattevőként szerződő fél a közbeszerzési eljárásban az adott szakemberrel együtt felelt meg. Az alkalmasságot igazoló szakember cseréjének vagy a szakember mellőzésének feltétele tehát az egyenértékűség fennállása, az egyenértékűség megállapíthatóságához pedig a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint szükséges annak igazolása. Az adatszolgáltatás keretében a jogszerű szakembercserét/szakembermellőzést alátámasztó dokumentumot nem csatoltak a szerződő felek, ezért ebből és az ellenőrzés során feltárt tényállásból a hivatalbóli kezdeményező arra következtet, hogy a Kbt. 138. § (2) bekezdés második mondata szerinti egyenértékű cserére nem került sor.

15. A hivatalbóli kezdeményező a kérelmezett által a jogorvoslati eljárás során becsatolt csereszakemberek dokumentumaival kapcsolatban megjegyezte, hogy a hatósági ellenőrzés során csatolt jelenléti ívek tanúsága szerint sem T.P. sem B.J. munkavállalók nem kerültek a teljesítésbe bevonásra. A hatósági ellenőrzés során a kérelmezett nyilatkozott, hogy a Hatóság által kért dokumentumokat hiánytalanul megküldte, így T.P. és B.J. szakemberek teljesítésbe történő bevonását igazoló jelenléti ívek megfelelő bizonyító erejével kapcsolatban kétség merülhet fel. Továbbá felhívta a figyelmet arra, hogy a megküldött jelenléti íveken a teljesítési hely nem beazonosítható, mindezekre figyelemmel a jelenléti ívek kétségbevonhatatlan bizonyításra nem alkalmasak.

16. A **második kezdeményezési elem**ben a kezdeményező hivatkozott a Kbt. 142. § (1) bekezdésének az ajánlatkérő általi megsértésére. A jogsértés megtörténtének lehetséges legkorábbi időpontjaként 2018. március 6-át, a Szerződés teljesítésének kezdőnapját, míg a

jogsértés tudomásra jutásának időpontjaként a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján 2020. július 20-át a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

17. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő 2020. január 21. napján a Hatóságnak tett szerződésszegésről szóló bejelentése felveti annak a gyanúját, hogy az ajánlatkérő nem tett eleget a szerződés teljesítése során a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségének.

18. A hivatalbóli kezdeményező szerint az ajánlatkérőnek – figyelemmel a felhívás 10.2.2. M.2.) pontjára és a Kbt. 65. § (10) bekezdése szerinti előírására – az alábbiakat mindenképpen ellenőrizni és dokumentálni kellett volna:

- az alkalmasságot igazoló szakemberek részt vettek-e a teljesítésben, és ezen szakemberek esetében a Kbt. 138. § (2) bekezdésben foglaltaknak és a szerződéses előírásoknak megfelelő volt-e a teljesítés, valamint
- az alvállalkozó bevonására vonatkozó tilalom érvényesült-e a teljesítés során.

19. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérőnek jogosultsága és egyben kötelezettsége a szerződés teljesítése során ellenőrizni, hogy az alkalmasságot igazoló szakemberek ténylegesen bevonásra kerültek-e a teljesítésbe. Előállhat a szerződés teljesítése során olyan helyzet is, melyben az alkalmasságot igazoló szakember helyettesítésére, cseréjére van szükség, ilyenkor az alkalmassági követelményeknek való megfelelés további biztosítása szükséges az ajánlattevő részéről, mely esetben az alkalmassági követelménynek való megfelelés ellenőrzése és annak dokumentálása az ajánlatkérő kötelezettsége a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerint.

20. A hivatalbóli kezdeményező utalt arra, hogy a felhívás 10.2. és 13.10. pontja, valamint a Szerződés 5.3. pontjában foglaltak szerint kötelező előírásként került rögzítésre, hogy a Szerződés teljesítésébe a szakembereket a nyertes ajánlattevő munkavállalójaként kell bevonni. Ezzel a rendelkezéssel összhangban a Szerződés 8.3. pontja a teljesítésigazolás mellett olyan dokumentum benyújtását írta elő a számla mellékleteként, amely igazolja, hogy a nyertes ajánlattevő munkaviszonyban foglalkoztatja a teljesítésbe bevont szakembereket. Erre tekintettel az ajánlatkérőnek a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltaknak megfelelő eljárás esetén rendelkeznie kellene a teljesítésbe bevont szakemberekre vonatkozó a Szerződés 5.2. pontja szerinti dokumentumokkal, továbbá a nyertes ajánlattevő által benyújtott számla mellékletét képező, a szakemberek munkaviszonyban történő foglalkoztatását igazoló dokumentummal.

21. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott arra, hogy a fenti szerződéses kötelezettségek teljesítését, továbbá, ha a Kbt. 138. § (2) bekezdés második mondata szerinti csere/mellőzés történt, akkor a jogszerű szakembercserét/szakembermellőzést alátámasztó dokumentum a hatósági ellenőrzés során nem került benyújtásra. Erre a tényre és a hatósági ellenőrzési eljárás keretében a szerződő felek által benyújtott teljeségi nyilatkozatokra figyelemmel feltételezhető, hogy a Kbt. 142. §-a szerinti dokumentálás ezen dokumentumokra vonatkozóan nem történt.

22. Az ajánlatkérő nyilatkozata szerint képviselőjében eljárva B. Cs. biztonsági vezető rendszeresen ellenőrizte a vagyonőri szolgálatban résztvevő személyeket, a teljesítésre vonatkozó észrevételeit a telephelyeken vezetett őrszolgálati naplókba jegyezte be, mely naplókat a kérelmezett a területekről történő levonuláskor nem hagyott az ajánlatkérő birtokában. Erre tekintettel nem áll rendelkezésére olyan dokumentum, amelyből megállapítható lenne, hogy ez az ellenőrzés pontosan milyen gyakorisággal történt és mire

terjedt ki. A hivatalbóli kezdeményező szerint a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítése során az ajánlatkérői ellenőrzésnek érdeminek kell lenni, valamennyi szerződéses előírás teljesítésének ellenőrzésére ki kell terjedni és az ellenőrzés eredményét a Kbt. 142. § (1) bekezdésében és a Kbt. 46. § (1)–(2) bekezdésében foglaltakra figyelemmel az ajánlatkérőnek dokumentálni kell és a dokumentumokat meg kell őrizni.

23. A hivatalbóli kezdeményező rögzítette, hogy a hatósági ellenőrzés során csatolt nyilatkozatok és dokumentumok alapján tényként rögzíthető, hogy 2018. március 6. és július 31. napja között az őrzésvédelmi feladatok ellátására a kérelmezett által alvállalkozó került bevonásra, azaz a teljesítés nem volt szerződészerű, figyelemmel arra, hogy az ajánlatkérő előírta a Kbt. 65. § (10) bekezdésének alkalmazását, mely szerint az őrzés védelmi feladatok ellátásához alvállalkozó bevonása nem lehetséges.

24. A rendelkezésre álló dokumentumok és feltárt tényállás alapján arra lehet következtetni, hogy a Kbt. 142. § (1) bekezdéséből eredő kötelezettségének az ajánlatkérő abban a tekintetben sem tett eleget, hogy a Szerződés 10. pontjában foglaltak alapján a szerződésszegéssel kapcsolatos igényeket a Szerződés időtartama alatt nem érvényesítette. A Kbt. 142. § (5) bekezdése alapján a kérelmezett szerződésszegésének bejelentésére a teljesítés elismerését (2019. február 19.) követően, közel egy évvel később került sor. Ezen utólagos ellenőrzés és intézkedés a jogsértést a hivatalbóli kezdeményező szerint azonban nem orvosolja.

25. Az ajánlatkérőnek a fentiekben ismertetett a szerződészerű teljesítésre vonatkozó ellenőrzési és dokumentálási kötelezettség teljesítése körében történt mulasztása szükségszerűen vezetett ahhoz, hogy a Szerződés időtartama alatt a szerződésszegésből eredő igényét a szerződésszegés felmerülésekor nem realizálta és nem tett intézkedést a Szerződésnek nem megfelelő teljesítés megszüntetése, a szerződésszegésből eredő igények érvényesítése érdekében, e tekintetben is feltételezhetően megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltakat.

26. **A harmadik kezdeményezési elem**ben a kezdeményező hivatkozott a Kbt. 65. § (10) bekezdésének a kérelmezett általi megsértésére. A jogsértés megtörténtének lehetséges legkorábbi időpontjaként 2018. március 6-át, a Szerződés teljesítésének kezdőnapját, míg a jogsértés tudomásra jutásának időpontjaként a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján 2020. július 20-át a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

27. A felhívás 10.2 és 13.10. pontja szerint az ajánlatkérő a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján előírta, hogy az élőerős vagyónvédelmi feladatokat maga a nyertes ajánlattevő végezze el. Erre tekintettel a teljesítésbe bevonnival kívánt valamennyi szakember a nyertes ajánlattevő munkavállalója kellett, hogy legyen, azaz az ajánlatkérő a szakemberek Kbt. 3. § 2. pontja szerinti alvállalkozóként történő teljesítésbe való bevonását nem tette lehetővé. Ezen kikötés rögzítésre került a Szerződés 5.3. pontjában is.

28. Az ajánlatkérő 2020. január 21. napján kelt, a kérelmezett által megvalósított súlyos szerződésszegés bejelentése többek között arra vonatkozott, hogy a kérelmezett - annak ellenére vett igénybe jogszerűtlenül alvállalkozót vagyónőr természetes személy biztosítására, hogy az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívással összhangban a Szerződés 5.3. pontjában élt a Kbt. 65. § (10) bekezdésében foglalt korlátozással.

29. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a hatósági ellenőrzési eljárás során csatolt dokumentumokból és nyilatkozatokból tényszerűen megállapíthatók az alábbiak:

- a 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban a teljesítésbe bevont élőerős vagyónvédelmi feladatokat ellátó vagyónörök a Badenberger Kft. foglalkoztatásában voltak,
- a 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban a kérelmezett az élőerős vagyónvédelmi feladatokat kizárólag a Badenberger Kft. alvállalkozó bevonásával látta el,
- az alvállalkozó bevonása az élőerős vagyónvédelmi feladatok ellátására az ajánlatkérő számára megfelelő/elfogadott volt, hiszen a Szerződés teljesítésének ellenőrzése során az ellen kifogást nem emelt (a 2020. március 16. napján kelt nyertes ajánlattevői nyilatkozat szerint számukra a szolgáltatás folytonossága és a már kipróbált, régóta ott dolgozó vagyónörök átvétele a fontos),
- a kérelmezett a 2018. március 6. és 2018. július 31-ig terjedő időszakra tekintettel kizárólag az általa a teljesítésbe közvetlenül bevont személyek (T. I., K. T., Sz. Zs., F.P.L.) vonatkozásában tudta csatolni a jelenléti íveket.

30. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a fentiekben, valamint az első és a második kezdeményezési elemben kifejtettek tekintettel megállapítható, hogy a kérelmezett a Szerződés teljesítése során a 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban - az ajánlatkérő által a közbeszerzési eljárás során alkalmazott Kbt. 65. § (10) bekezdésében foglalt korlátozás ellenére - kizárólag alvállalkozóval teljesítette az élőerős őrzés-védelmi feladatokat, melyre tekintettel feltételezhetően megsértette a Kbt. 65. § (10) bekezdését.

31. A **negyedik kezdeményezési elem**ben a kezdeményező hivatkozott a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontjának az ajánlatkérő és a kérelmezett általi megsértésére. A jogsértés megtörténtének lehetséges legkorábbi időpontjaként 2018. március 6-át, a Szerződés teljesítésének kezdőnapját, míg a jogsértés tudomásra jutásának időpontjaként a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján 2020. július 20-át a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

32. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő és a kérelmezett fentiekben részletezett magatartásával megsértette a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontját. A hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontjának szerződő felek általi megsértését annak ellenére is megállapíthatónak látja, hogy a szerződés módosítására írásban nem került sor.

33. A hivatalbóli kezdeményező előtt is ismert, hogy a Kbt. 131. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzési szerződést írásban kell megkötni. A Kbt. 2. § (8) bekezdése és a Ptk. 6:6.§-a alapján a szerződő felek között létrejött szerződés módosítása csak a kötelező alakiság megtartásával, írásban történhetett volna. A Ptk. 6:94. § (2) bekezdése szerint a szerződésnek a kötelező alakiság mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása is érvényes, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött. A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre háttérjogszabályként alkalmazandó Ptk. a szerződésmódosításra vonatkozó kötelező alakiság hiánya esetén az egyező akaratot tekinti egyetlen olyan elemnek, amely alapján a szerződő felek magatartása tartalmilag szerződésmódosításnak minősülhet.

34. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a szerződő felek a szerződést módosították, függetlenül attól, hogy a formakényszert betartották-e vagy sem, és a Kbt. céljaival ellentétes jogértelmezéshez vezetne, ha pusztán az írásbeliség hiánya miatt nem vizsgálná a kötelelem tartalmának módosulása esetén a Kbt. szerződésmódosítás korlátaira vonatkozó szabályozást.

A hivatalbóli kezdeményező e körben hivatkozik arra, hogy sem a Kbt., sem a Ptk. nem tartalmaz olyan kötöttséget, illetve tilalmat, hogy a közbeszerzési szerződés nem írásban történt módosítását ne lehetne megítélni abból a szempontból, hogy a módosítás a Kbt. előírásainak megfelelően történt-e.

35. A hivatalbóli kezdeményező kiemeli, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság több eseti döntésében (pl. D.24/22/2017. sz. határozat 19. oldal utolsó bekezdése) a szerződés külön, írásbeli módosítása hiányában is megállapította a szerződésmódosítás Kbt.-beli szabályainak a megsértését, azon az alapon, hogy a szerződő felek akarategységben eltértek a szerződésben foglaltaktól, melyet a Közbeszerzési Döntőbizottság tartalmilag szerződésmódosításként értékelt. Mivel az ajánlatkérő az alvállalkozóval történő teljesítést minden hónapban elfogadta, az ellen kifogást nem emelt, a Szerződés módosítására irányuló közös szándék a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint nem vitatható. Annak ellenére, hogy a Kbt. a szerződés megkötésére, valamint annak módosítására írásbeli formakényszert ír elő, a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint – tekintettel arra, hogy a szerződő felek közös egyetértéssel módosították az általuk kötött vállalkozási szerződést – a Kbt. nem zárja ki a szerződésmódosításra vonatkozó szabályok megsértésének megállapítását a szerződés írásbeli módosításának hiányában sem.

36. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a hatósági ellenőrzési eljárás során megállapításra került, hogy a Szerződés 2. számú melléklete alapján alvállalkozó bevonására került sor egyrészt ellenőrzési, oktatási feladatok részbeni ellátására, másrészt a kérelmezetti nyilatkozatok szerint az élőerős vagyoni feladatok ellátására is.

A kérelmezett hatósági ellenőrzés során csatolt nyilatkozatai szerint, az ajánlatkérő képviselői tájékoztatták a kérelmezettet a szerződéskötés idején arról, hogy a kerepesi telephelyen dolgozó vagyoniörök munkájával elégedettek és kifejezetten kérték, hogy amennyiben lehetséges, akkor figyelemmel a hely és személy ismeretükre az ajánlattevő velük folytassa a szolgáltatás elvégzését. Az ajánlatkérő által a teljesítésbe bevonni kért élőerős vagyonivédelmi feladatot ellátó vagyoniörök 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban voltak a szerződéskötéskor bejelentett alvállalkozó – Badenberger Kft. – foglalkoztatásában, amely alvállalkozó igénybevétele vonatkozásában az ajánlatkérő képviselői szóban úgy nyilatkoztak, hogy az alvállalkozó bevonása az élőerős vagyonivédelmi feladatok ellátására megfelelő, számukra a szolgáltatás folytonossága és a már kipróbált, régóta ott dolgozó vagyoniörök átvétele a fontos. Az ajánlatkérő képviselői 2018. július 10. napján megbeszélést tartottak a kérelmezett képviselőivel, melyen az ajánlatkérő képviselői kérték a kérelmezettet, hogy vegye saját dolgozói állományba a teljesítésbe bevont, korábban az alvállalkozó által foglalkoztatott élőerős vagyonivédelmi feladatok ellátására alkalmazott vagyoniörököt. A kérelmezett nyilatkozott, hogy kizárólag a 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban voltak a Badenberger Kft. foglalkoztatásában azon vagyoniörök, akik az ajánlatkérő kifejezett kérésére kerültek alkalmazásra.

37. A kérelmezett a hatósági ellenőrzés során úgy nyilatkozott, hogy a 2018. március 6. és 2018. július 31. időszakra vonatkozóan nem tudja csatolni a vagyoniörök jelenléti íveit, mert ebben az időszakban a vagyoniörök a Badenberger Kft. foglalkoztatásában voltak. Erre az időszakra vonatkozóan csak az alkalmasság igazolása körében bevont saját állományú szakemberek jelenléti íveit (T. I., K. T, Sz. Zs., F. P .L.) csatolta. Továbbá csatolta a teljesítési helyszíneken szolgálatot teljesítő vagyoniörök munkaszerződéseit és jelenléti íveit is, melyek azt bizonyítják, hogy a vagyoniörök csak 2018. augusztus 1. napjával, vagy azt követően kerültek a kérelmezett személyi állományába.

38. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az eredeti Szerződésnek az 5.3. pontjában az alvállalkozók bevonására vonatkozó tilalomtól eltérő tartalmú teljesítése mögött lévő, a szerződő felek közötti akarategység valós meglétét támasztják alá egyrészt a fentiekben részletezett kérelmezetti nyilatkozatok, másrészt, az a tény, hogy az ajánlatkérő képviselőjében helyszíni ellenőrzést végző biztonsági vezető az alvállalkozói bevonással történő teljesítést nem kifogásolta.

A hivatalbóli kezdeményező szerint tehát az ajánlatkérő és a kérelmezett egyező akarattal módosította a Szerződést, amikor a kérelmezett igazoltan alvállalkozót vont be az élőerős vagyoni védelmi tevékenység teljesítésébe. Ezen körülmény pedig lényeges szerződésmódosításnak tekintendő azért, mert az ajánlatkérő a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján előírta, hogy az élőerős vagyoni védelmi feladatokat maga a kérelmezett végezze el, azaz a vagyoni örök alvállalkozóként történő teljesítésbe való bevonását nem tette lehetővé. Hivatkozott arra is a hivatalbóli kezdeményező, hogy a 2017. december 6-án megküldött összegezésben az ajánlatkérő a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelennek nyilvánította a Sz. V., B.-T. Sz. Kft. ajánlatát, mert az árándokolásából kiderült, hogy a szerződés teljesítésébe a kifejezett tilalom ellenére kíván alvállalkozó státuszban foglalkoztatott szakembereket bevonni.

39. Mindezekre figyelemmel tehát a szerződő felek a Szerződést úgy módosították, hogy a módosítás, azaz - a közbeszerzési eljárásban az alvállalkozó bevonásának tilalmára vonatkozó előírás ellenére - az ajánlatkérő erre vonatkozó kérésére a kérelmezett általi alvállalkozó bevonása a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pont második fordulata szerinti lényeges módosításnak minősül, hiszen a szerződéses feltételtől lényegesen eltérő érdemi feltételt határoztak meg, olyan feltételeket – lehetőséget az alvállalkozói részvételre a teljesítés során -, amelyek ha szerepeltek volna a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárásban a nyertes ajánlat helyett akár másik ajánlat nyertességét is lehetővé tették volna. Ekként a szerződésmódosítás során az ajánlatkérő és a kérelmezett feltételezhetően megsértette a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglaltakat.

40. A hivatalbóli kezdeményező az 1- 4. kezdeményezési elemekben részletesen kifejtett feltételezett jogsértések alapján kérte a Döntőbizottságtól az ajánlatkérő esetében a Kbt. 142. § (1) bekezdése, valamint a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontja megsértésének megállapítását és bírság kiszabását, a kérelmezett esetében a Kbt. 138. § (2) bekezdése, a Kbt. 65. § (10) bekezdése, valamint a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontja megsértésének megállapítását és bírság kiszabását, továbbá a Kbt. 62. § (1) bekezdés q) pont szerinti kizáró ok alkalmazása érdekében döntést a jogsértés súlyosságáról.

Az ajánlatkérő észrevétele

41. Az ajánlatkérő a 2020. szeptember 1-jén előterjesztett észrevételében a **második kezdeményezési elem** vonatkozásában az alábbiakat adta elő.

42. Hivatkozott arra, hogy a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt ellenőrzési kötelezettségének eleget tett, a vagyoni őri szolgáltatás ellenőrzése során a külön jogszabály által erre a célra rendelt őrszolgálati naplókban rendszeresen bejegyzéseket eszközölt, melyek kétség kívül bizonyítják, hogy az ajánlatkérő nem teljes egészében mulasztotta el a szerződés teljesítésének ellenőrzését, hanem azt sajnálatos módon, de nem rosszhiszeműen, nem kellő mélységben és nem kellő szakmai alapossgal hajtotta végre a szerződés teljes időtartamában, és utóbb pótolta hiányosságait. A napló a kérelmezettnél rendelkezésre áll, mert a személy- és vagyoni védelmi, valamint a magánnyomozói tevékenység szabályairól szóló 2005. évi CXXXIII. törvény (a továbbiakban: vagyoni védelmi tv.) 15. § (1) bekezdése

alapján az utolsó bejegyzéstől számított 5 éves megőrzési kötelezettség terheli a kérelmezettet. A naplókban azok utolsó bejegyzésének időpontjáig vagyonörök biztosítására nem volt alvállalkozó megjelölve, ezen tény B.C.S. ajánlatkérő szerződés teljesítésének ellenőrzésért felelős egykori munkatársa, mint egyéb érdekelt szükség esetén írásban is meg tudja nyilatkoztatásával erősíteni.

43. Az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy a 2. és 4. kérelmi elem logikai ellentmondásban áll egymással, mert vagy a 2. kérelmi elem helyálló és ajánlatkérő elmulasztotta a szerződés teljesítésének ellenőrzését és így nem volt azon információ birtokában, hogy jogszerűtlenül alvállalkozó került bevonásra a kérelmezett által, ez azonban egyúttal kizárja azt, hogy akarategységben állt volna a kérelmezettel a szerződés ráutaló magatartással történő módosítása vonatkozásában alvállalkozó bevonása céljából, azaz felek egyező akaratának hiánya nem hozhat létre még formaiság mellőzésével sem szerződésmódosítást, így a 4. kérelmi elembe foglalt jogsértés egyidejű megállapíthatósága kizárható ajánlatkérő álláspontja szerint.

Másik logikai lehetőség, hogy a 2. kérelmi elem nem megalapozott és ajánlatkérő elvégezte az ellenőrzési cselekményeket és azáltal valósított meg jogsértést, hogy ráutaló magatartással létrejött szerződésmódosítással engedélyezte alvállalkozó bevonását előerős vagyonőri feladatokra is.

44. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy a valóság az, hogy a kérelmezett által a Hatóság ellenőrzése során előadott indoklás csak részben alapos, mert az ajánlatkérő valóban megfogalmazta azon ajánlását, hogy ha a kérelmezett vagyonörököt toboroz, akkor lehetőség szerint a területen a korábbi szolgáltató időszaka alatt már betanult és átvehető személyi állományra is támaszkodva valósítsa meg létszámbővítését, melynek előnye egyrészt, hogy a korábbi vagyonörök a területeket, a műszaki berendezéseket és az ajánlatkérő munkavállalóit, beszállítóit és egyéb partnereit már ismerik, ez elősegíti a zökkenőmentes átállást és az új belépők betanulását felgyorsítja, valamint nem válnak munkanélkülivé a területeken korábban szolgálatot ellátó és általában a szolgáltatási helyszín közelében élő vagyonörök.

Az ajánlatkérő megjegyezte, hogy ezen megoldás megfelel a szokásos piaci gyakorlatnak, de hangsúlyozni kívánja azt is, hogy nem kötelezte a kérelmezettet a korábbi állomány átvételére, és végképp nem adott sem olyan ajánlást, sem olyan megbízási utasítást, hogy ezen személyeket a kérelmezett közvetítse ki/irányítsa át a Badenberger Kft. alvállalkozójának és ezen alvállalkozón keresztül kerüljenek a teljesítésbe bevonásra a vagyonörök.

45. Az ajánlatkérő vagyonörök biztosítására szolgáló alvállalkozó bevonását ellenző álláspontjának bizonyítéka éppen az, hogy az ajánlati felhívásban és a szerződésben élt az alvállalkozók bevonhatóságának korlátozásával a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján, melyre szakmai okokon túl arra tekintettel is került sor, hogy ne merüljön fel annak a rendkívül rossz és sajnálatosan elterjed piaci gyakorlatnak a lehetősége, mely szerint a fővállalkozó a vagyonörököt nem foglalkoztatja szabályosan önmagánál munkaviszonyban, hanem egy járulékokat nem vagy csak részben megfizető, felszámolásra/kényszerűtlésre ítélt alvállalkozó lesz a hivatalos munkáltatójuk. Az ajánlatkérő ilyen korábbi rossz szakmai tapasztalatára is tekintettel korlátozta az alvállalkozók igénybevételeének lehetőségét, mely feltételen a szerződés teljesítése során sem állt szándékában változtatni.

46. Az ajánlatkérő hangsúlyozta, hogy ha tudomása lett volna róla sem állt volna érdekében az alvállalkozó bevonásához való hozzájárulás, és végképp nem állt érdekében jogsértő magatartásra való utasítása a kérelmezettnek, és ezáltal egy Kbt. sérelmével járó szóbeli szerződésmódosítás létrehozása, mert a régi vagyonörök alkalmazottként

(munkavállalóként) történő ajánlattevői továbbfoglalkoztatásának semmilyen jogi akadály nem volt, hiányzik az ok-okozati összefüggés az ajánlatkérő továbbfoglalkoztatásra irányuló szakmai ajánlása és a vagyonörök nem munkavállalóként, hanem alvállalkozó munkavállalójaként történő továbbfoglalkoztatása között.

Az a tény, hogy a szolgáltatás ellátására alvállalkozón keresztül ugyan, de igénybe vette a korábbi vagyonörököt a kérelmezett, önmagában bizonyítja azt, hogy szüksége volt a humán erőforrása bővítésére, melyet szerződés szerűen úgy tehetett volna meg, ha saját munkavállalóként foglalkoztatja a személyeket, és nem kiközvetíti/átirányítja őket egy alvállalkozójához, és onnan veszi igénybe a vagyonörök munkáját.

47. Az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy a benyújtott munkaszerződések dátumából is látszik, hogy az utolsó pillanatban, 2018. március 6-án vette állományba a vagyonörököt a Badenberger Kft. és a Colosseum Global 2016 Pro Kft., így ezek a vagyonörök a szerződés teljesítésének megkezdését megelőző egyeztetések idején nem voltak a Badenberger Kft. alkalmazottai, így fogalmilag sem állapodhatott meg az ajánlatkérő és a kérelmezett arról, hogy a Badenberger Kft.-t, mint a vagyonörök munkáltatóját kell bevonni alvállalkozóként a teljesítésbe.

48. Az ajánlatkérő hivatkozott a vagyonvédelmi tv. 14. § (2)-(3) bekezdésére, mely szerint személy- és vagyonvédelmi tevékenységet folytató vállalkozás a szerződés teljesítése érdekében további vállalkozással kizárólag az eredetileg megbízást adó előzetes hozzájárulásával köthet szerződést, és a szerződésnek rögzítenie kell a megbízó hozzájárulását további vállalkozások közreműködéséhez, továbbá köteles a vállalkozás nevét, székhelyét (telephelyét), cégjegyzékszámát, valamint e vállalkozás megbízás teljesítésében közreműködő tagjának nevét, címét a naplóba bejegyezni.

A vagyonvédelmi tv. 15. § (1)-(2) bekezdései alapján a vállalkozás a szerződésekről a naplóban nyilvántartást vezet, és e naplót az utolsó bejegyzés napjától számított öt évig megőrzi.

A naplóban - vagy más alkalmas módon - kell nyilvántartani a szerződést ténylegesen teljesítő személy vagy személyek nevét, a megbízó nevét, lakcímét vagy székhelyét.

49. Az ajánlatkérő a **negyedik kezdeményezési elem** vonatkozásában előadta, hogy nem adta hozzájárulását élőerős vagyonőri feladatok teljesítése vonatkozásában alvállalkozó bevonására sem írásban, sem szóban, sem ráutaló magatartással, melyet a társaság akkori vezetői írásbeli nyilatkozattal is meg tudnak szűszség esetén erősíteni. Az ajánlatkérő nem volt azon információ birtokában, hogy a kérelmezett a szerződést megszegve a Colosseum Global 2016 Pro Kft. mellett a Badenberger Kft. gazdasági szereplőt olyan alvállalkozói feladatra is bevonta, amelyre jogszerűen nem tehetett volna meg, és melyet nem jelentett be az ajánlatkérő számára, így ajánlatkérő nem állt akarategységben a kérelmezettel az alvállalkozó bevonása tekintetében, mely akarategység hiánya kizárja, hogy felek megállapodása létrejött volna a szerződés módosítása tekintetében. Ezen tény az oka annak, hogy az ajánlatkérő a kérelmezett teljesítését szerződésszegőnek minősítette abban az időpillanatban, amikor az alvállalkozó jogszerűtlen bevonásáról tudomást szerzett, és a rá irányadó Kbt. szabályok szerint be is jelentette a Hatóság részére.

50. Az ajánlatkérő vonatkozásában abban az esetben lehetne megállapítani a szerződésmódosítás létrehozásának jogellenességét, ha az alvállalkozó jogellenes bevonásáról való tudomásszerzést követően abba belenyugodva a szerződésszerű teljesítésről rögzített volna információkat az adatbázisban, és elmulasztotta volna a szerződésszegés bejelentését a Közbeszerzési Hatóság részére, de az ajánlatkérő az akarategység hiányát bizonyítva épp ellenkezőleg járt el, és mind a kérelmezett, mind pedig a Közbeszerzési Hatóság részére

jelezte, hogy alvállalkozó bevonásához nem adta jóváhagyását, a szerződéstől ilyen módon való eltérést nem engedélyezett, azt szerződészegő magatartásnak tekinti.

A kérelmezett észrevétele

51. A kérelmezett 2020. augusztus 24-én benyújtott észrevételében az **első kezdeményezési elem** körében hivatkozott arra, hogy K. T. és Sz. Zs. saját munkavállaló szakemberek a szerződés teljesítése során munkaviszonyukat megszüntették, amely nem róható fel a kérelmezett terhére. A kérelmezett a 2 fő szakember cseréje kapcsán az egyenértékűség igazolásával kapcsolatos dokumentumok benyújtását elmulasztotta ugyan, de a jogszabályi előírásoknak megfelelően biztosította az egyenértékű szakembereket a szerződés teljesítése során (saját munkavállalók biztosításával), ekképpen nem jött létre olyan időpillanat, amikor a szerződés időtartama alatt az alkalmassági feltétel ne állt volna fenn, ezáltal súlyos jogsértés nem valósult meg.

52. A kérelmezett előadta, hogy miután K. T. és Sz. Zs. szakemberek a munkaviszonyukat megszüntették, az ezt követően bevonásra kerülő szakemberek (vagyonörök) nem alvállalkozók/alkalmasságot igazoló személyek voltak, hanem a kérelmezett saját munkavállalói.

A kérelmezett rögzíteni kívánja, hogy a hivatalbóli kezdeményező kérelmében hivatkozott, a Közbeszerzési Hatóság 2019. november 26-ai, 2019/227. számú útmutatója az újonnan bevont alvállalkozókról rendelkezik.

A kérelmezett hivatkozott arra, hogy a szerződés teljesítése alatt alkalmassága folyamatosan fennállt, abban nem volt megszakítás. Mindösszesen 2 fő egyenértékű saját munkavállaló szakember esetében nem kerültek benyújtásra az egyenértékűséget alátámasztó dokumentumok. Álláspontja szerint nem minősíthető pusztán az egyenértékűség benyújtásának elmulasztása ugyanolyan mértékű jogsértésnek, mint ha a kérelmezett alkalmassága a szerződés alatt megszűnt volna és a saját munkavállalók cseréje semmiképpen sem azonosítható az újonnan bevonni kívánt alvállalkozók bejelentésének elmaradásával.

Álláspontja szerint a kizárólag saját munkavállalók cseréjére figyelemmel a Kbt. 138. § (2) bekezdésének megsértése is kizárt.

53. A kérelmezett a jogorvoslati eljárás során benyújtotta T.P. és B.J. saját munkavállalói munkaszerződését, önéletrajzát és jelenléti íveit, ezzel igazolva, hogy a közbeszerzési eljárás során sor került az előírt alkalmassági követelménynek megfelelő szakemberek bevonására. Hivatkozott arra, hogy a becsatolt dokumentumok alapján megállapítható, hogy a szakemberek megfelelnek az előírt alkalmassági követelménynek, továbbá az is, hogy az eredeti ajánlatban bemutatott szakemberek munkaviszonyának megszüntét követően a szakemberek részt vettek a teljesítésben.

A kérelmezett hivatkozott arra is, hogy a Kbt. 138. § (2) bekezdése arról rendelkezik, hogy a nyertes ajánlattevő köteles a teljesítésbe bevonni az alkalmasság igazolásához bemutatott szakembereket (melyre sor került), valamint hogy az ajánlatban bemutatott szakember(ek) helyett akkor vonható be más/új szakember, ha az ajánlattevő e szakember nélkül vagy a helyette bevont új szakemberrel is megfelel azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyeknek az ajánlattevőként szerződő fél a közbeszerzési eljárásban az adott szakemberrel együtt felelt meg.

54. Tekintve, hogy a jogorvoslati eljárás során benyújtott dokumentumok tartalmából egyértelműen megállapítható a szakemberek alkalmassági követelménynek való megfelelése, valamint a szakembereknek a teljesítésbe való bevonása, a kérelmezett álláspontja szerint a Kbt. 138. § (2) bekezdése nem tartalmaz olyan előírást/kötelezettséget, mely ne

teljesülne/teljesült volna. Mivel a hivatkozott szakemberek nem kapacitásnyújtó személyek/alvállalkozók voltak, hanem saját munkavállalók, vonatkozásukban a tájékoztatási kötelezettség nem a Kbt., hanem a polgári jog egyik általános elvéhez, az együttműködéshez köthető.

A kérelmezett rögzítette azt is, hogy az alkalmasságot igazoló személy/szervezet helyett bevont új személy/szervezet vonatkozásában a Kbt. 138. § (2) bekezdése nem egyenértékűséget, hanem a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárásban előírt alkalmassági követelménynek való megfelelés követelményét rögzíti.

A Kbt. 138. § (4) bekezdése az értékelésre bemutatott szakember cseréje vonatkozásában fogalmazza meg az egyenértékűség követelményét, valamint az egyenértékűség mellett az ajánlatkérő hozzájárulását is előírja, de az értékelésre bemutatott szakember cseréje kapcsán. A Kbt. 138. § (2) bekezdésében meghatározott esetben nem szükséges az ajánlatkérő hozzájárulása.

A kérelmezett határozott álláspontja szerint a Kbt. 138. § (2) bekezdésében meghatározott esetben a korábban bemutatott szakember helyett megjelölt szakemberrel a kérelmezett alkalmassága nem azért áll fenn, mert az ajánlatkérő azt megállapítja, hanem objektív körülmények fennállása esetén az minden további feltétel nélkül fennáll, tehát nem az ajánlatkérő vizsgálatának eredményével áll fenn a kérelmezett alkalmassága.

Fentiekre tekintettel kérte a Döntőbizottságot, hogy az első kezdeményezési elemet, mint alaptalant, utasítsa el.

55. A kérelmezett a **harmadik kezdeményezési elem** vonatkozásában hivatkozott arra, hogy a hivatalbóli kezdeményező által a negyedik kezdeményezési elemben részletesen kifejtettek alapján és a valóságnak megfelelően tényként megállapítható, hogy szerződő felek a köztük 2018. február 19. napján létrejött megbízási szerződést 2018. március 6-ai hatállyal módosították. A szerződésmódosítás tartalmából egyértelműen következik, hogy a kérelmezett nem sérthette meg a Kbt. 65. § (10) bekezdésében foglaltakat, a negyedik és harmadik kérelmi elem szükségszerűen és logikailag is kizárja egymást.

A kérelmezett határozott álláspontja szerint amennyiben a Döntőbizottság megállapítja a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontjának megsértését és emiatt szankciót alkalmaz, másrészt ezen túl szankcionálná azt is, hogy a kérelmezett nem a szerződésnek hanem a szerződésmódosítás tartalmának megfelelően végezte a teljesítést, ezen magatartás a kettős értékelés tilalmába ütközne.

56. A kérelmezett álláspontja szerint a Kbt. kettő esetben rendelkezik a szerződésmódosítás semmisségéről a Kbt. 141. § (8) bekezdés esetében, illetőleg a Kbt. 142. § (3) bekezdés esetében. Tekintve, hogy tárgyi szerződésmódosítás kapcsán ezen rendelkezések egyike sem bír relevanciával, habár a szerződés módosítása nem felelt meg a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontjában foglaltaknak, a semmisség jogkövetkezményei nem alkalmazandóak, vagyis a szerződésmódosítás joghatás kiváltására alkalmas. Tekintve, hogy a szerződésmódosítás joghatás kiváltására alkalmas, a szerződő felek által eszközölt módosítás 2018. március 6. napjával felváltotta az eredeti szerződéses rendelkezést. Ennek megfelelően a kérelmezett nem sérthette meg a Kbt. 65. § (10) bekezdését, ugyanis a szerződés aláírása (2018. február 19.) és a munkaterület átadása (2018. március 6.) között nem került sor teljesítésre, a szerződés teljesítésének megkezdésekor (2018. március 6.) pedig már nem az eredeti, hanem a módosított szerződéses rendelkezés bírt hatállyal.

57. A fentiekén túlmenően téves a hivatalbóli kezdeményező jogorvoslati kérelmének azon feltevése, amely szerint a kérelmezett kizárólag alvállalkozó igénybevételel látta el az őrzésvédelmi feladatokat 2018. március 6. és 2018. július 31. napja között, mivel Sz. Zs., K. T. és T. I. saját munkavállaló szakemberek ezen időszakban szintén részt vettek a

vagyonvédelmi feladatok ellátásában. A kérelmezett feladatát képezte 24 órás központi ügyeleti szolgálat és diszpécserközpont fenntartása is és Sz. Zs., K. T. és T. I. saját munkavállaló szakemberek amennyiben a kérelmezett ügyeletén is láttak el diszpécseri feladatokat, úgy szervesen részt vettek a vagyonvédelmi szolgáltatás teljesítésében. Megjegyzendő azonban, hogy a fenti szakemberek ellenőrzési, oktatási és helyettesítési feladatokat is elláttak, amely szintén elengedhetetlen a szerződés szerű és megfelelő minőségű teljesítéshez.

Fentiekre tekintettel kérte a Döntőbizottságot, hogy a harmadik kezdeményezési elemet, mint alaptalant, utasítsa el.

58. A kérelmezett a **negyedik kérelmi elem** körében előadta, hogy a hivatalbóli kezdeményezővel egyetértve és nem vitatva, a kérelmezett álláspontja szerint is a kérelmezett és az ajánlatkérő a köztük 2018. február 19. napján létrejött megbízási szerződést 2018. március 6-ai hatállyal módosították.

Mindazonáltal a kérelmezett kérte a Döntőbizottságot, hogy vegye figyelembe azon piaci sajátosságot (valamint annak tényét, hogy a szerződő felek között létrejött szerződés megbízási szerződés, ennek megfelelően az ügy ura a megbízó és megbízott a megbízó utasításai szerint köteles eljárni), hogy az őrzés-védelem területén a megbízó elvárásának meg kell felelni és tárgyi ügyben a kérelmezettnek nem volt lehetősége másképpen eljárni.

Ennek körében a kérelmezett hivatkozik a Fővárosi Törvényszék 3.K.700.421/20 18/56 számú végzésében foglaltakra.

A kérelmezett álláspontja szerint jelentős körülmény, hogy anyagi kárt a jogsértés [a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontjába ütköző szerződésmódosítás] nem okozott, a közpénzek hatékony felhasználása nem sérült.

59. A kérelmezett hivatkozott arra, hogy annak ténye, hogy az ajánlatkérő a 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban havonta teljesítésigazolást állított ki, továbbá hogy az ajánlatkérő biztonsági vezetője az alvállalkozóval való teljesítést nem kifogásolta, alátámasztja, hogy a tárgyi teljesítéseket szerződés szerűnek ítélte meg. A valósággal ellentétes az ajánlatkérő azon állítása, miszerint amikor a szerződés szerűről tudomást szerzett azt rögtön jelentette a Hatóságnak, hiszen már a szerződés teljesítésének megkezdése előtt tudott az alvállalkozó bevonásáról.

60. A kérelmezett előadta, hogy 2018. július 10-én az ajánlatkérő kezdeményezésére megtartott egyeztetésen szóban kérte az ajánlatkérő, hogy augusztustól a kérelmezett mégis vegye saját állományába a vagyonőröket, mert a belső ellenőrzés ezt hiányosságként, a szerződési feltételektől való eltérésként jelentette. A fenti megbeszélésre tekintettel vette a kérelmezett saját állományába a vagyonőröket 2018. augusztus 1-jei hatállyal. Valószínűtlen, hogy kérelmezett, aki nem rendelkezik közbeszerzési jogtudással az ajánlatkérővel korábban egyeztetett teljesítési módot (alvállalkozó útján történő teljesítés) külön felhívás nélkül hirtelen módosította volna.

61. A kérelmezett véleménye szerint a tárgyi szerződésmódosítás kapcsán megállapítható, hogy a kérelmezett által ellátandó feladatok, a teljesítés határideje, az ellenérték stb. nem változott, vagyis összefoglalóan elmondható, hogy a Felek által eszközölt módosítás új beszerzési szükségletet/igényt nem eredményezett, ennek fényében a közbeszerzés jogtalan mellőzése nem állapítható meg. Hivatkozott a Döntőbizottság D.277/15/2010. számú határozatára. Tekintve, hogy az önálló beszerzési igény hiánya miatt a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése nem állapítható meg, ebből kifolyólag a Kbt. 141. § (8) bekezdés második fordulata, azaz a módosítás semmissége sem alkalmazható.

A fentiek értelmében a szerződésmódosítás a kérelmezett határozott álláspontja szerint nem semmis, melyből kifolyólag joghatás kiváltására alkalmas, így a harmadik kezdeményezési elem kapcsán rögzített feltételezett jogsértés [Kbt. 65. § (10) bekezdésének megsértése] sem állapítható meg.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

62. Az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást folytatott le, melynek ajánlattételi felhívását 2017. szeptember 4-én küldte meg a gazdasági szereplők részére, ezért a jogorvoslati eljárásban a Kbt. e napon hatályos rendelkezéseit kell alkalmazni.

63. A hivatalbóli kezdeményezés **első eleme** körében a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy a kérelmezett az alkalmasságot igazoló szakemberek bevonása körében megsértette-e a Kbt. 138. § (2) bekezdését.

64. A hivatalbóli kezdeményezés első eleme tekintetében a Kbt. alábbi rendelkezései az irányadók.

A Kbt. 65. § (1) bekezdése alapján az ajánlatkérő alkalmassági követelményeket határozhat meg az ajánlattételhez megkövetelt

a) gazdasági és pénzügyi helyzetre;

b) műszaki és szakmai alkalmasságra;

c) ha a szerződés teljesítéséhez szükséges, a gazdasági szereplő letelepedése szerinti ország nyilvántartásában való szereplésre, vagy a letelepedés szerinti országban előírt engedéllyel, jogosítvánnyal vagy szervezeti, kamarai tagsággal való rendelkezésre vonatkozó feltételek előírásával.

A Kbt. 138. § (2) bekezdése szerint az ajánlattevőként szerződő fél a teljesítéshez az alkalmasságának igazolásában részt vett szervezetet a 65. § (7) bekezdése szerint az eljárásban bemutatott kötelezettségvállalásnak megfelelően, valamint a 65. § (9) bekezdésében foglalt esetekben és módon köteles igénybe venni, valamint köteles a teljesítésbe bevonni az alkalmasság igazolásához bemutatott szakembereket. E szervezetek vagy szakemberek bevonása akkor maradhat el, vagy helyettük akkor vonható be más (ideértve az átalakulás, egyesülés, szétválás útján történt jogutódlás eseteit is), ha az ajánlattevő e szervezet vagy szakember nélkül vagy a helyette bevont új szervezettel vagy szakemberrel is megfelel - amennyiben a közbeszerzési eljárásban az adott alkalmassági követelmény tekintetében bemutatott adatok alapján az ajánlatkérő szűkítette az eljárásban részt vevő gazdasági szereplők számát, az eredeti szervezetekkel vagy szakemberrel egyenértékű módon megfelel - azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyeknek az ajánlattevőként szerződő fél a közbeszerzési eljárásban az adott szervezettel vagy szakemberrel együtt felelt meg.

65. A Kbt. 138. § (2) bekezdése az alkalmassági követelmények igazolásában részt vevő személyeknek, szervezeteknek a szerződés teljesítésében történő kötelező részvételét határozza meg. A rendelkezés célja, hogy a szerződés teljesítésébe kötelező legyen azokat a személyeket, szervezeteket bevonni, amelyek azt biztosították, hogy az ajánlattevő a szerződés teljesítésére alkalmasnak minősüljön. Ez a rendelkezés azt hivatott megakadályozni, hogy olyan gazdasági szereplő legyen a nyertes ajánlattevő, amely az ajánlatában magát alkalmasnak mutatja, de a szerződés teljesítése szakaszában a szerződés teljesítését befolyásoló alkalmassági követelményt biztosítani már nem képes.

A közbeszerzési eljárásban előírt alkalmassági követelmény teljesítése érdekében az ajánlattevő jogosult más szervezet vagy személy erőforrásaira is támaszkodni a Kbt. 65. § (7) bekezdése alapján, de megfelelhet a saját erőforrásaival, szakembereivel is az alkalmassági követelményeknek. A szerződés teljesítésében való kötelező részvétel nemcsak az ajánlattevőtől független személyre, szervezetre vonatkozik, hanem ajánlattevő saját szakembereire is.

66. Egy szolgáltatás megrendelés esetén az ajánlatkérő az alkalmasságot különösen a szakértelemre, hatékonyságra, tapasztalatra és megbízhatóságra tekintettel tudja megítélni, így hangsúlyos, hogy az ajánlattevők mi módon – saját erőforrás, vagy más kapacitás bevonásával – tudják azt teljesíteni. Egy szolgáltatás teljesítése esetén így hangsúlyossá válik a Kbt. 138. § (2) bekezdésében foglalt garanciális előírás, mely esetén garantálható, hogy a nyertes ajánlattevő a szerződést azokkal a kondíciókkal (szakemberekkel, illetve kapacitást nyújtó alvállalkozók szakmai tapasztalatával) teljesítse, mellyel a közbeszerzési eljárás nyerteseként lett kihirdetve.

67. Előfordulhat azonban az az életszerű helyzet, hogy a közbeszerzési eljárásban az alkalmasság körében megnevezett személyek, szervezetek már nem tudnak részt venni a szerződés teljesítésében. Ebben az esetben a megnevezett személyek, szervezetek szerződés teljesítésébe történő bevonása elmaradhat vagy helyettük más bevonható, de csak abban az esetben, ha a nyertes ajánlattevő vagy önmaga, vagy a helyettesítő személlyel, szervezettel együtt megfelel azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyekre a kapacitást biztosító személyt, szervezetet bevonta.

A nyertes ajánlattevő számára a bevonás elmaradása vagy más személy, szervezet bevonása azt a kötelezettséget jelenti, hogy az alkalmasságot biztosító személy (szervezet) szerződés teljesítésébe történő részvételének elmaradását és/vagy helyettesítését haladéktalanul jelezze az ajánlatkérő számára, egyúttal csatolja az adott alkalmassági követelmény teljesítéséhez szükséges dokumentumokat, legalább a közbeszerzési eljárásban előírt módon és tartalommal (pl. képzettség, szakmai önéletrajz, engedély, tanúsítvány), azaz mindazon dokumentumokat, amelyeket az ajánlatkérő az adott alkalmassági követelménynek való megfelelés igazolása érdekében a közbeszerzési eljárásban megkövetelt.

Az ajánlatkérő számára pedig azt a kötelezettséget jelenti, hogy az újonnan bevont személy (szervezet) vagy a nyertes ajánlattevő alkalmassági követelménynek való további megfelelését ellenőrizze.

68. Jelen jogorvoslati eljárás tényállása szerint a kérelmezett az ajánlattételi felhívás 10.2.2. M.2.) alkalmassági követelmény körében előírt alkalmasságát a saját állományában lévő 1 fő irányító szakemberrel és 3 fő vagyonőrrel igazolta. A jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatok és a kérelmezett által benyújtott – a szerződés teljesítésével kapcsolatos – dokumentumok alapján megállapításra került, hogy 2 fő alkalmasságot igazoló vagyonőr (K.T. és Sz. Zs.) a szerződés teljes időtartama alatt nem került a teljesítésbe bevonásra. A kérelmezett a 2 fő vagyonőr teljesítésben történő részvételének elmaradását és helyettesítését nem jelezte az ajánlatkérő számára, és nem csatolta az újonnan bevont vagyonőrök alkalmasságát igazoló dokumentumokat. A kérelmezett azt maga sem vitatta, hogy a 2 fő szakember cseréjét, és ennek kapcsán az egyenértékűség igazolásával kapcsolatos dokumentumok benyújtását elmulasztotta, de hivatkozott arra, hogy megfelelően biztosította az egyenértékű szakembereket a szerződés teljesítése során T.P. és B.J. saját munkavállalók biztosításával. A kérelmezett a hatósági ellenőrzés során becsatolta annak a 20 saját munkavállalójának – köztük az alkalmasság igazolása körében bemutatott 1 fő irányító és 3 fő vagyonőrnek - a munkaszerződését és jelenléti ívét, akiket a szerződés teljesítésébe bevont, majd a hatósági ellenőrzés során nyilatkozott arról, hogy iratcsatolási kötelezettségének teljes

körüen eleget tett. A jogorvoslati eljárás során a kérelmezett hivatkozott arra, hogy miután az alkalmasság körében bemutatott 2 fő vagyónőr a munkaviszonyát a szerződés teljesítése során megszüntette T.P. és B.J. szakemberek kerültek csere szakemberként bevonásra a szerződés teljesítésébe. A jogorvoslati eljárás során a kérelmezett csatolta T.P. és B.J. munkaszerződését, jelenléti ívét, és az alkalmassági követelménynek való megfelelését igazoló önéletrajzát.

A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy a kérelmezett a 2 fő alkalmasságot igazoló vagyónőr (K.T. és Sz. Zs.) munkaviszonyának megszűnését követően az egyenértékű szakembercserét T.P. és B.J. szakemberekkel megvalósította, ugyanakkor a szakembercserét nem jelezte, és nem csatolta a szakemberek alkalmasságát igazoló dokumentumokat az ajánlatkérő számára, amely alapján az ajánlatkérő a szakemberek megfelelőségét ellenőrizhette volna. Ezzel a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdését.

69. A hivatalbóli kezdeményezés **második eleme** körében a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy az ajánlatkérő eleget tett-e a szerződés teljesítésével kapcsolatos Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségének.

70. A hivatalbóli kezdeményezés második eleme tekintetében a Kbt. alábbi rendelkezései az irányadók.

A Kbt. 46. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő minden egyes közbeszerzési eljárását - annak előkészítésétől az eljárás alapján kötött szerződés teljesítéséig - írásban vagy a közbeszerzési eljárás elektronikus lefolytatása esetén e törvény felhatalmazása alapján alkotott jogszabály szerint elektronikusan köteles dokumentálni.

(2) A közbeszerzési eljárás előkészítésével, lefolytatásával kapcsolatban keletkezett összes iratot a közbeszerzési eljárás lezárulásától [37. § (2) bekezdés], a szerződés teljesítésével kapcsolatos összes iratot a szerződés teljesítésétől számított legalább öt évig meg kell őrizni. Ha a közbeszerzéssel kapcsolatban jogorvoslati eljárás indult, az iratokat annak - bírósági felülvizsgálat esetén a felülvizsgálat - jogerős befejezéséig, de legalább öt évig kell megőrizni.

A Kbt. 142. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő köteles dokumentálni a szerződés teljesítésére vonatkozó adatokat, ennek keretében köteles ellenőrizni és dokumentálni azon szerződéses kötelezettségek teljesítését, amelyeket a közbeszerzési eljárásban az értékelés során figyelembe vett, valamint minden, a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést, annak okait és - adott esetben - a szerződésszegéssel kapcsolatos igények érvényesítését.

71. A Kbt. 142. § (1) bekezdése az ajánlatkérő fokozott felelősségét fogalmazza meg a szerződés teljesítése szakaszában, és folyamatos ellenőrzési kötelezettséget határoz meg számára. A Kbt. ezen rendelkezését megerősítik a Kbt. 46. § (1) - (2) bekezdésében foglalt rendelkezések, miszerint az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását annak előkészítésétől az eljárás alapján kötött szerződés teljesítéséig köteles dokumentálni és az iratokat megőrizni. A folyamatos ellenőrzés biztosítja, hogy a teljesítés a közbeszerzési dokumentumokban, az ajánlatban és a szerződésben foglaltaknak megfelelően történjen, továbbá lehetőséget biztosít arra, hogy megelőzhetőek, megszüntethetőek, adott esetben korrigálhatóak legyenek a szerződéstől eltérő teljesítések vagy a szerződésszerű teljesítést akadályozó körülmények.

A folyamatos ellenőrzési kötelezettségének az ajánlatkérő eleget tehet helyszíni ellenőrzésekkel, a bevont alvállalkozók és egyéb közreműködők bejelentésének, a szakemberek részvételének ellenőrzésével.

Az ajánlatkérőnek ellenőriznie kell azon személyek, szervezetek teljesítésbe való tényleges bevonását is, akik, illetve amelyek teljesítésben való részvételét a Kbt. kötelezővé teszi,

továbbá azon tevékenységek ajánlattevő által történő teljesítését, amelyek vonatkozásában az ajánlatkérő pl. a Kbt. 65. § (10) bekezdés alapján megtiltotta kapacitást biztosító szervezet, illetve alvállalkozó bevonását.

A törvényi szabályozás célja az, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítését, nemteljesítését, vagy nem szerződésszerű teljesítését felügyelje, ellenőrizze és dokumentálja, és amennyiben arra sor került, a szerződésszegéssel kapcsolatos igényeit érvényesítse.

72. A Döntőbizottság a hatósági ellenőrzés és a jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatok és benyújtott dokumentumok alapján megállapította, hogy 2018. március 6. és 2018. július 31. napja között az őrzés-védelmi feladatok ellátására a kérelmezett által alvállalkozó került bevonásra, annak ellenére, hogy az ajánlattételi felhívás 10.2. és 13.10. pontjában és a Szerződés 5.3. pontjában foglaltak szerint kötelező előírásként került rögzítésre, hogy a Szerződés teljesítésébe bevonni kívánt valamennyi szakember az ajánlattevő munkavállalója legyen, alvállalkozóként történő teljesítésbe való bevonásuk nem lehetséges. Ezzel a rendelkezéssel összhangban a Szerződés 8.3. pontja előírta, hogy Megbízott a teljesítésigazolás mellett a számla mellékleteként igazolja, hogy a teljesítésbe bevont szakembereket szabályszerűen munkaviszonyban foglalkoztatja.

Habár az ajánlatkérő nyilatkozata alapján a biztonsági vezetője rendszeresen ellenőrizte a vagyoni szolgálatban résztvevő személyeket és a teljesítéssel kapcsolatos észrevételeit az őrszolgálati naplóba bejegyezte, ez az ellenőrzés nem terjedt ki annak ellenőrzésére, hogy a vagyonőrök kinek a munkavállalói, illetve az ajánlatkérő azon szerződéses előírást is figyelmen kívül hagyta, hogy a teljesítésigazolások és kifizetések során a vagyonőrök munkaviszonyban való foglalkoztatását ellenőrizze.

Az ajánlatkérő elmulasztotta annak az ellenőrzését is, hogy az alkalmassági követelmények igazolása körében bemutatott szakemberek a szerződés teljes időtartama alatt bevonásra kerültek-e a szerződés teljesítésébe. Így nem észlelte, hogy K.T. és Sz. Zs. szakemberek cseréjére került sor, és a csere szakemberek kapcsán nem ellenőrizte és dokumentálta az előírt alkalmassági követelményeknek való megfelelést.

Azt az ajánlatkérő maga sem vitatta, hogy a szerződés teljesítésének ellenőrzését nem kellő mélységben és nem kellő alaposággal hajtotta végre.

73. A Kbt. 142. § (1) bekezdése alapján az ajánlatkérő nem csak ellenőrizni köteles a szerződés teljesítését, hanem az ellenőrzések eredményét dokumentálnia is kell, és ezeket a dokumentumokat meg kell őriznie. Nem tesz eleget a dokumentálási kötelezettségének az ajánlatkérő, ha az ellenőrzéssel kapcsolatos észrevételeit a kérelmezett által vezetett őrszolgálati naplóba teszi csak meg, majd a szerződés teljesítését követően nem intézkedik arról, hogy ezekből legalább egy másolati példány a birtokában maradjon. Erre tekintettel az ajánlatkérő nem rendelkezik olyan dokumentummal, amely igazolná a szerződés teljesítése körében elvégzett ellenőrzéseinek irányát és gyakoriságát.

74. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy azzal, hogy az ajánlatkérő nem ellenőrizte, hogy az alkalmasságot igazoló szakemberek részt vettek-e a teljesítésben, hogy az alvállalkozók bevonására vonatkozó tilalom érvényesül-e a teljesítés során, hogy nem dokumentálta az általa végzett ellenőrzés eredményeit, illetőleg hogy a nem szerződésszerű teljesítésből eredő igényeit a szerződés időtartama alatt nem érvényesítette, az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdését.

75. A hivatalbóli kezdeményezés harmadik és negyedik eleme csak egymással összefüggésben vizsgálható. Annak megítélése, hogy a harmadik kezdeményezési elemben hivatkozott alvállalkozó jogszerűtlen igénybe vétele a kérelmezett részéről megtörtént-e, csak azt követően vizsgálható, hogy ha elbírálásra került, hogy a negyedik kérelmi elemben

hivatkozott jogsértő szerződésmódosítás a felek között megvalósult-e. Ez fogja kijelölni annak az irányát, hogy a harmadik kérelmi elemet a szerződés teljesítése körében vagy a szerződésmódosítás körében kell-e megítélni. Erre tekintettel a Döntőbizottság először a negyedik kérelmi elemet vizsgálta meg.

76. A hivatalbóli kezdeményezés **negyedik eleme** körében a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy sor került-e a felek között a szerződés alvállalkozók bevonására vonatkozó tilalmának szóbeli módosítására, és ez megvalósított-e olyan szerződésmódosítást, amellyel megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

77. A hivatalbóli kezdeményezés negyedik eleme tekintetében az alábbi jogszabályi rendelkezések az irányadók.

A Kbt. 2. § (8) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni.

A Ptk. 6:6. §-a [Alakiséghez kötött jognyilatkozat] kimondja, hogy:

(1) Ha jogszabály vagy a felek megállapodása a jognyilatkozatra meghatározott alakot rendel, a jognyilatkozat ebben az alakban érvényes.

(2) Ha a jognyilatkozat meghatározott alakban tehető meg érvényesen, a jognyilatkozat módosítása, megerősítése, visszavonása, megtámadása, valamint a jognyilatkozat alapján létrejött jogviszony módosítása és megszüntetése is a meghatározott alakban érvényes.

A Ptk. 6:94. §-a [A szerződés alaki hibájának orvoslása] értelmében kimondja, hogy:

(1) Az alakiség megsértése miatt semmis szerződés a teljesítés elfogadásával a teljesített rész erejéig érvényessé válik. Ha jogszabály közokiratba vagy teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalást ír elő, vagy a szerződés ingatlan tulajdonjogának átruházására irányul, a teljesítés a kötelező alakiség mellőzése miatti érvénytelenséget nem orvosolja.

(2) A szerződésnek a kötelező alakiség mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása is érvényes, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött. Ha jogszabály közokiratba vagy teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalást ír elő, vagy a szerződés ingatlan tulajdonjogának átruházására irányul, a szerződésnek a kötelező alakiség mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása abban az esetben is semmis, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött.

A Kbt. 131. § (1) bekezdése szerint az eredményes közbeszerzési eljárás alapján a szerződést a nyertes ajánlattevővel - közös ajánlattétel esetén a nyertes ajánlattevőkkel - kell írásban megkötni a közbeszerzési eljárásban közzétett végleges feltételek, szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően.

A Kbt. 137. § (1) bekezdése szerint semmis a szerződés, ha

a) azt a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötték meg;

b) hirdetmény nélküli közbeszerzési eljárás eredményeként úgy kötötték meg, hogy nem álltak fenn a hirdetmény nélküli eljárás alkalmazhatóságának feltételei;

c) a felek a szerződéskötési moratóriumra vonatkozó szabályok [80. § (5) bekezdése, 115. § (2) bekezdése, 131. § (6)-(8) bekezdése] megsértésével kötöttek szerződést, és ezzel megfosztották az ajánlattevőt a szerződéskötést megelőző jogorvoslat lehetőségétől, egyben olyan módon sértették meg a közbeszerzésekre vonatkozó szabályokat, hogy az befolyásolta az ajánlattevő esélyét a közbeszerzési eljárás megnyerésére.

A Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján a (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül, a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

- a) olyan feltételeket határoz meg, amelyek ha szerepeltek volna a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárásban, az eredetileg részt vett ajánlattevőkön (részvételre jelentkezőkön) kívül más ajánlattevők (részvételre jelentkezők) részvételét vagy a nyertes ajánlat helyett másik ajánlat nyertességét lehetővé tették volna;
- b) a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg; vagy
- c) a módosítás a szerződés tárgyát az eredeti szerződésben foglalt ajánlattevői kötelezettséghez képest jelentős új elemre terjeszti ki.

78. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a szerződő felek a szerződés 5.3. pontját az alvállalkozók bevonására vonatkozó tilalomra vonatkozóan szóban úgy módosították, hogy az ajánlatkérő hozzájárult alvállalkozó bevonásához az élőségi vagyoni védelmi tevékenység teljesítésébe. A módosításra vonatkozó akarategység a felek között fennállt, amit bizonyít egyrészt az ajánlatkérő azon elvárása, hogy a korábbi szerződéses partner által alkalmazott vagyoni örököt a kérelmezett vegye át, másrészt az ajánlatkérő sem a helyszíni ellenőrzések során, sem pedig a teljesítésigazolások és kifizetések során nem kifogásolta az alvállalkozó által történő teljesítést. Ez a körülmény az írásbeliség hiánya esetében is lényeges szerződésmódosításnak minősül, hiszen a szerződés olyan lényeges feltétele változott meg, amely a Kbt. 141. § (6) bekezdése a) pont második fordulata szerint, ha szerepeltek volna a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárásban a nyertes ajánlat helyett akár másik ajánlat nyertességét is lehetővé tették volna.

79. A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárás során azt vizsgálta, hogy a hatósági ellenőrzés és a jogorvoslati eljárás során benyújtott nyilatkozatok és a szerződés teljesítésére vonatkozó dokumentumok kétséget kizáróan igazolják-e az ajánlatkérő és a kérelmezett között fennálló akarategységet abban a vonatkozásban, hogy a szerződésben kikötött tilalom ellenére alvállalkozó vonható be az élőségi vagyoni védelmi feladatok teljesítésébe.

80. A kérelmezett a jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatában elismerte, hogy ő és az ajánlatkérő a Szerződést 2018. március 6-ai hatállyal szóban módosították. Hivatkozott a közte és az ajánlatkérő között a szerződéskötést követő egyeztetésekre, mely során az ajánlatkérő kifejezetten kérte a korábbi időszakban alkalmazott vagyoni örök átvételét. Erre tekintettel 2018. március 6. és 2018. július 31. között a Badenberger Kft. alkalmazásában álló vagyoni örököt vonta be a teljesítésbe. Nyilatkozott arról, hogy erre az időszakra vonatkozóan nem tudja a teljesítésben közreműködő vagyoni örök jelenléti íveit csatolni, mert a vagyoni örök nem az ő alkalmazásában álltak. Hivatkozott a közte és az ajánlatkérő között 2018. július 10-én tartott egyeztetésre, mely során az ajánlatkérő kérte, hogy a kérelmezett vegye saját dolgozói állományába a korábban alvállalkozó által foglalkoztatott vagyoni örököt. Ennek igazolására csatolta a vagyoni örök szerződéseit és jelenléti íveit, amelyek bizonyították, hogy a teljesítésbe bevont vagyoni örök 2018. augusztus 1-től, vagy azt követően kerültek az állományába.

81. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során úgy nyilatkozott, hogy nem tudott arról, hogy jogszerűtlenül alvállalkozó került bevonásra a szerződés teljesítésébe, ami kizárja azt, hogy akarategységben áll volna a kérelmezettel a szerződés módosítása vonatkozásában. Az ajánlatkérő elismerte, hogy valóban fogalmazott meg ajánlást arra vonatkozóan, hogy amennyiben a kérelmezett vagyoni örököt toboroz, akkor a korábbi szolgáltató által alkalmazott

vagyonöröket részesítse előnyben, mert ők már rendelkeznek helyismerettel, de olyan ajánlást nem fogalmazott meg, hogy ezeket a vagyonöröket ne saját munkavállalóként, hanem alvállalkozó bevonása útján alkalmazza. Hivatkozott arra, hogy a hatósági ellenőrzés során általa becsatolt vagyonőri munkaszerződésből is látszik, hogy a korábbi vagyonőrt a szerződés teljesítése megkezdésének napján, azaz 2018. március 6-án vette alkalmazásba közös foglalkoztatóként a Badenberger Kft. és a Colosseum Global 2016 Pro Kft., ami azt igazolja, hogy a szerződés aláírását követő egyeztetések során az ajánlatkérő nem hagyhatta jóvá, hogy a Badenberger Kft-n keresztül kerüljenek a vagyonörök bevonásra, hiszen ekkor még nem is voltak az alkalmazásában. Hivatkozott arra, hogy a közte és a kérelmezett között 2018. július 10-én tartott egyeztetések témája nem a vagyonörök kérelmezett általi saját állományba vétele volt, hanem egy vagyonőr TAJ kártyájával kapcsolatos probléma jelzése. Hivatkozott arra is, hogy pontosan azért kötötte ki az ajánlattételi felhívásban és a szerződésben az alvállalkozók bevonásának tilalmát, mert a korábbi évek rossz tapasztalata alapján szerette volna elkerülni azt, hogy a vagyonörök után az alvállalkozó ne fizesse meg a szükséges munkáltatói járulékokat. Az is bizonyítja, hogy nem járult hozzá alvállalkozó bevonásához, hogy amikor az alvállalkozó jogszerűtlen bevonásáról tudomást szerzett, a szerződésszegést jelentette a Közbeszerzési Hatóságnak.

82. A Döntőbizottság megvizsgálta a fenti nyilatkozatokat és a hatósági ellenőrzés és a jogorvoslati eljárás során benyújtott a szerződés teljesítésére vonatkozó dokumentumokat, és nem talált arra vonatkozó egyértelmű bizonyítékot, hogy az ajánlatkérő a szerződés időtartama alatt tudomással bírt az alvállalkozók jogszerűtlen bevonásáról.

A szerződés teljesítéséről havonta kiállított számlákon és teljesítésigazolásokon csak a kérelmezett került feltüntetésre, alvállalkozó nem került megjelölésre.

A kérelmezett által benyújtott szerződés nyilvántartó napló tartalmazza a szerződés teljesítésében ténylegesen résztvevő vagyonörök nevét, illetve feltüntetésre került a megbízás teljesítéséhez igénybe vett vállalkozásként a Badenberger Kft., de az nincs feltüntetve, hogy a vállalkozás milyen feladatok teljesítéséhez került igénybevételre. Mivel a közbeszerzési eljárás során a kérelmezett nyilatkozott a Badenberger Kft. alvállalkozóként történő bevonásáról az ellenőrzési és oktatási feladatok ellátása vonatkozásában, az alvállalkozó naplóban történő feltüntetése nem igazolja azt, hogy az ajánlatkérő tudomást szerzett arról, hogy a teljesítésbe bevont vagyonörök a Badenberger Kft. alkalmazásában állnak, így a kérelmezett az alvállalkozót olyan feladatok teljesítésébe is bevonta, amelyet a szerződés alapján nem tehetett volna meg.

Az őrszolgálati napló, amelyet a kérelmezett az egyes telephelyeken vezetett, és tartalmazta a szerződés teljesítésében résztvevő vagyonörök nevét, és azok foglalkoztatóját, nem áll rendelkezésre, mert a kérelmezett azokat megsemmisítette.

A 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakra vonatkozóan jelenléti ívek a szerződés teljesítésében résztvevő vagyonőrökről és azok foglalkoztatójáról, nem állnak rendelkezésre.

83. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy a hatósági ellenőrzés során és a jogorvoslati eljárásban vizsgált dokumentumok és nyilatkozatok alapján nem állapítható meg kétséget kizáró módon, hogy a felek a szerződés azon rendelkezésétől, amely az alvállalkozók bevonását megtiltotta az élőerős vagyonvédelmi tevékenység körében, egyező akarattal eltértek volna a szerződés teljesítésének megkezdésekor. A Döntőbizottság a második kezdeményezési elem körében megállapította, hogy az ajánlatkérő jogsértő módon elmulasztotta annak ellenőrzését, hogy érvényesül-e az alvállalkozók bevonására vonatkozó tilalom a szerződés teljesítése során, de ez nem jelenti azt, hogy tudomással bírt a szerződéstől eltérő teljesítésről, arról, hogy az élőerős vagyonvédelmi feladatok ellátásába a kérelmezett alvállalkozó foglalkoztatásában álló vagyonöröket vont be.

Mivel a Döntőbizottság nem látta bizonyítottnak, hogy a Szerződés eltérő tartalmú teljesítése a felek közötti akarategységen alapult, ezért kizárta azt, hogy az alvállalkozók bevonása tekintetében a felek a Szerződést közös megegyezéssel szóban módosították volna, így szerződésmódosítás hiányában nem állapítható meg a szerződésmódosítás jogellenessége sem. Erre tekintettel a Döntőbizottság a negyedik kezdeményezési elem esetében jogsértés hiányát állapította meg.

84. Mivel a negyedik kezdeményezési elem körében a Döntőbizottság kimondta, hogy nem jött létre a felek között jogsértő szóbeli szerződésmódosítás az alvállalkozók bevonása tekintetében, a hivatalbóli kezdeményezés **harmadik eleme** körében megjelölt jogsértést a Döntőbizottság a továbbiakban a Szerződés előírásai alapján vizsgálta meg.

A hivatalbóli kezdeményező a harmadik kezdeményezési elemben hivatkozott arra, hogy a kérelmezett a szerződés teljesítése során megsértette a Kbt. 65. § (10) bekezdését.

85. A hivatalbóli kezdeményezés harmadik eleme tekintetében a Kbt. alábbi rendelkezései az irányadók.

A Kbt. 65. § (10) bekezdése szerint az építési beruházásra vagy szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés, valamint árubeszerzésre irányuló szerződéssel kapcsolatos beállítási vagy üzembehelyezési művelet esetén az ajánlatkérő előírhatja, hogy bizonyos alapvető fontosságú feladatokat maga az ajánlattevő vagy - közös ajánlattétel esetén - a közös ajánlattevők egyike végezzen el. Ebben az esetben az e feladatokra vonatkozó, a (9) bekezdés szerinti alkalmassági feltételek igazolásához a (7) bekezdéstől eltérően nem támaszkodhat az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező más szervezet kapacitására, és a teljesítés során e feladatokat nem végezheti alvállalkozó.

A Kbt. 138. § (3) bekezdése szerint az ajánlatkérő nem korlátozhatja az ajánlattevő jogosultságát alvállalkozó bevonására, csak akkor, ha az eljárás során a 65. § (10) bekezdése szerinti lehetőséggel élt. A nyertes ajánlattevő a szerződés megkötésének időpontjában, majd - a később bevont alvállalkozók tekintetében - a szerződés teljesítésének időtartama alatt köteles előzetesen az ajánlatkérőnek valamennyi olyan alvállalkozót bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és - ha a megelőző közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozót még nem nevezte meg - a bejelentéssel együtt nyilatkozni vagy az érintett alvállalkozó nyilatkozatát benyújtani arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll a megelőző közbeszerzési eljárásban előírt kizáró okok hatálya alatt.

86. A Döntőbizottság álláspontja szerint a hivatalbóli kezdeményező által a harmadik kezdeményezési elemben megjelölt jogszabályhely a Kbt. 65. § (10) bekezdése az ajánlatkérőre vonatkozóan tartalmaz rendelkezéseket arra vonatkozóan, hogy a közbeszerzési eljárás során az ajánlattételi felhívásban az alkalmassági követelmények meghatározása során bizonyos alapvető fontosságú feladatok körében tehet olyan előírást, hogy azt az ajánlattevő maga végezze el, és ezen alapvető feladatok körében az alkalmassági követelményeknek is önmaga kell, hogy megfeleljen, vagyis e feladatok körében az alkalmasság igazolásához nem vehet igénybe kapacitást biztosító szervezetet, illetőleg a teljesítés során e feladatokat nem végezheti alvállalkozó.

Jelen jogorvoslati eljárás tárgyát képező közbeszerzési eljárás során az ajánlatkérő élt is ezzel a lehetőséggel és az ajánlati felhívás 10.2. és 13.10. pontjában az alábbiakat írta elő:

„Ajánlatkérő a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján előírja, hogy az élőerős vagyónvédelmi feladatokat maga az ajánlattevő vagy - közös ajánlattétel esetén - a közös ajánlattevők egyike végezze el. Erre tekintettel ajánlatkérő előírja, hogy a teljesítésbe bevonni kívánt valamennyi szakember az ajánlattevő (közös ajánlattétel esetén bármelyik közös ajánlattevő) munkavállalója legyen. Erre tekintettel a jelen felhívás M.2.) szerinti alkalmassági

feltételének igazolásához a Kbt. 65. § (7) bekezdésétől eltérően nem támaszkodhat az ajánlattevő más szervezet kapacitására, és a teljesítés során e feladatokat nem végezheti alvállalkozó.”

Ezen előírásnak megfelelően a kérelmezett az M.2.) alkalmassági feltételeknek való megfelelését 1 fő irányító és 3 fő vagyonőr saját állományú szakemberrel igazolta.

A Kbt. 65. § (10) bekezdése tehát egy olyan előírás, amely az ajánlatkérő számára biztosít lehetőséget arra, hogy a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban az alkalmassági követelmények körében szigorúbb feltételeket határozzon meg.

Az Ákr. 38. § - a alapján a kérelmet a tartalma szerint kell elbírálni akkor is, ha az nem egyezik az ügyfél által használt elnevezéssel.

A fentiek és a kezdeményezésnek az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL törvény (a továbbiakban: Ákr.) 38. §-a alapján végzett értelmezése eredményeképp a Döntőbizottság arra a következtetésre jutott, hogy a harmadik kezdeményezési elem tárgya nem a kérelmezett által nem megsérthető Kbt. 65. § (10) bekezdése, hanem a Kbt. 138. § (3) bekezdése. A kezdeményezés ugyanis kifejezetten azt vitatja, hogy jogszerűtlenül került sor az alvállalkozó bevonására az élőerős őrzés-védelmi feladatokba.

87. A Döntőbizottság a negyedik kezdeményezési elem körében megállapította, hogy az ajánlatkérő nem szerzett tudomást a Szerződés teljesítése során arról, hogy a kérelmezett a 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban a teljesítés során az élőerős őrzés-védelmi feladatok ellátásába alvállalkozót vont be, így nem jöhetett létre a felek között a felek akarategységén alapuló szóbeli szerződésmódosítás arra vonatkozóan, hogy ezen a területen a kérelmezett alvállalkozót vonhat be a teljesítésbe. A szerződésmódosítás hiányában a kérelmezettnek a Szerződést az abban foglalt előírások szerint kellett teljesítenie.

88. A kérelmezett a jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatában elismerte, hogy a 2018. március 6. és 2018. július 31. közötti időszakban az élőerős őrzés-védelmi feladatok teljesítésébe a Badenberger Kft. alkalmazásában álló vagyonőröket vonta be. A Kbt. 138. § (3) bekezdése előírja, hogy a nyertes ajánlattevő köteles előzetesen az ajánlatkérőnek valamennyi olyan alvállalkozót bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és a bejelentéssel együtt nyilatkozni arról, hogy az alvállalkozó nem áll a megelőző közbeszerzési eljárásban előírt kizáró okok hatálya alatt. Az alvállalkozó bejelentéséről szóló nyilatkozatnak tartalmaznia kell az alvállalkozó megnevezését, azt, hogy milyen feladatok teljesítésében vesz részt, illetőleg, hogy nem tartozik a kizáró okok hatálya alá. A bejelentésnek a Kbt. 41. § (1) rendelkezéseinek figyelembevételével írásban kell történnie. Amennyiben a kérelmezett az ajánlatában megjelölt Badenberger Kft.-t az erről szóló nyilatkozatában megjelölt ellenőrzési és oktatási feladatokon túl az élőerős őrzés-védelmi feladatok körében is alvállalkozóként vonta be, ezt előzetesen be kellett volna jelentenie az ajánlatkérő felé. Továbbá a hatósági ellenőrzés során az ajánlatkérő becsatolta H.E. a teljesítésbe bevont vagyonőr munkaszerződését, amelyet 2018. március 6-án kötött vele a Colosseum Global 2016 Pro Kft. és a Badenberger Kft. mint együttes munkáltatók, továbbá csatolásra kerültek a vagyonőr foglalkoztatásával kapcsolatos munkáltatói igazolások is, amelyeken munkáltatóként a Colosseum Global 2016 Pro Kft. szerepelt. Amennyiben a vagyonőr(ök) munkáltatója (együttes munkáltatója) a Colosseum Global 2016 Pro Kft. volt, akkor őt a kérelmezettnek alvállalkozóként be kellett volna jelentenie és igazolnia kellett volna vele kapcsolatban, hogy nem áll az előírt kizáró okok hatálya alatt.

Mivel a kérelmezett elmulasztotta bejelenteni az ajánlatkérőnek, hogy a Badenberger Kft. alvállalkozót az élőerős őrzés-védelmi feladatok körében is igénybe veszi, illetőleg a Colosseum Global 2016 Pro Kft. alvállalkozókénti bejelentése és a vele kapcsolatos kizáró okok igazolása is elmaradt, a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdését.

89. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (3) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján az első, második és harmadik kezdeményezési elemnél megállapította a jogsértés megtörténtét és bírságot szabott ki, a negyedik kérelmi elem esetében a Kbt. 165. § (2) bekezdés b) pontja alapján a jogsértés hiányát állapította meg.

90. 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.

A Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását, ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján, vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

A Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság a jogsértés megállapítása mellett bírságot szab ki, ha a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezte a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását [153. §] és a Döntőbizottság megállapítja a jogsértés megtörténtét.

A Kbt. 165. § (7) bekezdése szerint a (6) bekezdésben meghatározott bírság összege - a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével - a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetén a jogorvoslattal érintett rész értékének, a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése esetén a szerződés értékének legfeljebb 15%-a.

A Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint 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.

91. A Döntőbizottságnak abban nem volt mérlegelési lehetősége, hogy bírságot szabjon-e ki, mivel a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján arra a kezdeményezés első, második és harmadik eleme tekintetében megállapított jogsértés miatt köteles volt, ugyanis a jogorvoslati eljárás a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján került kezdeményezésre. A Döntőbizottság az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben kiszabott bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a közbeszerzés becsült értéke nettó 60.000.000,- Ft volt. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a jogsértések súlyát. Az első kezdeményezési elem esetében megállapított jogsértést nem találta súlyosnak, mivel a kérelmezett az egyenértékű szakembercserét végrehajtotta, csak ennek jelzése és igazolása került elmulasztásra. A Döntőbizottság a kezdeményezés második eleme vonatkozásában megállapított jogsértést

súlyosnak ítélte, mert az ajánlatkérőnek a teljesítés ellenőrzése és dokumentálása körében elkövetett mulasztásai miatt a szerződéstől eltérő teljesítésből eredő igényei nem kerültek érvényesítésre a szerződés időtartama alatt. A Döntőbizottság a kezdeményezés harmadik eleme vonatkozásában megállapított jogsértést súlyosnak ítélte, mert a Kbt. 138. § (3) bekezdésének második mondatában meghatározott tartalmi követelmények a közbeszerzési eljárások nyilvánosságát, és jogi garanciáit szolgálják, valamint a kérelmezett a jogszabályhely mindkét fordulatát megsértette. A Döntőbizottság azt is figyelembe vette, hogy a jogsértések utólag nem reparálhatók, valamint, hogy a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között hosszabb időtartam telt el. A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fenti szempontok kifejezett mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott bírságot szabta ki az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben. A bírság összegének az ajánlatkérő és kérelmezett esetében megvalósult eltérését indokolta, hogy a kérelmezett terhére két tételes jogsértés került megállapításra.

92. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó, az Ákr. 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

93. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. 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) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdése 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, 2020. december 7.

Dr. Andriská Szilvia sk
közbeszerzési biztos
a tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk
közbeszerzési biztos

Uherné Dr. Laczi Orsolya sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Kezdeményező képviselője, kizárólag elektronikus úton
2. Ajánlatkérő képviselője, kizárólag elektronikus úton
3. Kérelmezett képviselője, kizárólag elektronikus úton
4. Miniszterelnökség, kizárólag elektronikus úton
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága, kizárólag elektronikus úton