



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

Az ügy iktatószáma: D.378/6/2020.

A tanács tagjai: Dr. Virágh Norbert közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Berekméri Ágnes közbeszerzési biztos, Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos

A kérelmező: Perfektum Építész Kft.
(Budapest, Perc u. 2.)

A kérelmező képviselője: Dr. Németh Ferenc
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

Az ajánlatkérő: Magyarországi Zsidó Hitközségek
Szeretkórháza
(Budapest, Amerikai út 53-55.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Kozák Csilla ügyvéd
(Budapest, Deák F. u. 59. I/4.

A beszerzés tárgya, értéke: Műszaki ellenőrzés a MAZSIHISZ Szeretkórházában a III. progresszivitású szinten geriátriai ellátásokat és hospice ellátást nyújtó gyógyintézmény kialakítása konstrukció keretében - 37.800.000.-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 Fővárosi Törvényszék D.68/18/2019. határozattal kiegészített D.68/15/2019. számú határozatot megsemmisítő, és a Döntőbizottságot új eljárásra kötelező 104.K.700.254/2019/10. számú ítélete alapján lefolytatott új jogorvoslati eljárásban – megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 69. § (1) bekezdésére és 69. § (2) bekezdés második mondatára, valamint a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdésére tekintettel a Kbt. 44. § (4) bekezdését, ezért az ajánlatkérő eljárást lezáró és azt módosító, illetve utóbbi döntést követően hozott valamennyi döntését megsemmisíti.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 400.000.-Ft, azaz négyszázezer forint bírságot szab ki.

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

A Döntőbizottság kötelezi az ajánlatkérőt, hogy a határozat kézbesítésétől számított 8 napon belül fizessen meg a kérelmező részére 100.000.-Ft + Áfa, azaz százezer forint + Áfa képviselői munkadíjat.

A jogorvoslati eljárás során felmerült további költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható, a határozat 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. 112. § (1) bekezdés b) pontjára tekintettel a Kbt. 113. § (1) bekezdése alapján a Kbt. Harmadik Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított 2018. október 26-án a rendelkező részben meghatározott szolgáltatás tárgyában, az eljárást megindító ajánlattételi felhívásnak az ajánlattételre felkért gazdasági szereplők részére történt megküldésével.

2. Az ajánlatkérő a felhívás II.1.4) pontjában a közbeszerzés mennyiségét az alábbiak szerint határozta meg:

„Műszaki ellenőri feladatok ellátása

Megbízott az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet (továbbiakban: Rendelet) 16. § (2) bekezdése szerint az építőipari kivitelezési tevékenység teljes folyamatában elősegíti és ellenőrzi a vonatkozó jogszabályok, hatósági előírások, szabványok, szerződések és a kivitelezési dokumentáció betartását. A Megbízott, mint építési műszaki ellenőr további feladatai és felelőssége:

A Megbízott műszaki ellenőr köteles:

- a) a kiviteli tervdokumentációt megismerni, észrevételeit Megbízónak jelezni,
- b) a kivitelezés ütemezésének megfelelően, a műszaki ellenőri feladat teljes körű ellátásához szükséges gyakorisággal, az építési helyszínen megjelenni. Ennek során különösen köteles ügyelni arra, hogy az egyes eltakarásra kerülő munkákat az eltakarás előtt ellenőrizze,
- c) az előgyártásban készülő szerkezetek gyártóművi helyszínen történő ellenőrzésére,
- d) személyesen megjelenni a hatósági ellenőrzések során,
- e) ellenőrizni, hogy az építőipari kivitelezési tevékenység során keletkezett hulladék kezelését a kivitelező fővállalkozó az építési vállalkozási szerződés szerint végezze, és jogszabály szerint dokumentálja,
- f) részt venni az épületgépészeti, épületvillamossági rendszerek próbaüzemén
- g) előkészíteni és lefolytatni a műszaki átadás-átvételi eljárást, ennek keretében hiba és hiányjegyzék felvétele, hibajavítások leellenőrzése, jegyzőkönyvezése,
- h) előkészíteni és lefolytatni a használatbavételi eljárást, ennek keretében hiba és hiányjegyzék felvétele, hibajavítások leellenőrzése, jegyzőkönyvezése,
- i) ellenőrizni, és műszaki ellenőri jelentésbe foglalva átadni a kivitelező fővállalkozótól az építési vállalkozási szerződés szerint megkövetelt dokumentumokat az építési vállalkozási szerződés teljesítése során és a kivitelezés befejezésekor,

j) előkészíteni és lefolytatni a szerződés szerinti garanciális bejárásokat, ennek keretében hiba és hiányjegyzék felvétele, hibajavítások leellenőrzése, jegyzőkönyvezése,

k) műszaki ellenőri nyilatkozatok és teljesítésigazolások, valamint a Projekt jelentéstételi időszakában bekövetkezett változások előrehaladását igazoló dokumentumok átadására Megbízónak,

l) együttműködni a közműkiváltással érintett közművek üzemeltetőinek műszaki szakembereivel.

A Műszaki ellenőr, mint szakértő feladatai a Tervezési időszakban: A közbeszerzési eljárásokban (melynek tárgya kivitelezés és/vagy tervezés és kivitelezés) műszak-szakmai feltételrendszer és kiírás felülvizsgálata, véleményezése javaslatok összeállítása. A közbeszerzési eljárás folyamatában részvétel: műszaki-szakértői véleményezési tevékenység ellátása a közbeszerzési kiírás és a közbeszerzési eljárás folyamatában. A tervezés időszakában folyamatos részvétel és szakértői véleményezés, javaslatok összeállítása. Tervfelülvizsgálati jelentés kiadása.

Az ajánlatkérő által meghatározott különleges követelmények, körülmények, szolgáltatások, melyet ajánlattevőnek figyelembe kell vennie, ill. a kivitelezés során a kivitelezőtől meg kell követelnie:

- Az intézmény teljes területén a kórsági szabályok betartását
- Geriátriai kórházra jellemző sajátos betegellátás zavartalanságának biztosítását

ill. ellenőrzi a kivitelező által biztosítottan:

- Közlekedési útvonalak, körülmények
- Anyagfogadás, anyagmozgatás, tárolás
- Zaj-, rezgés-, por- és hulladékkezelés
- Munkavégzés időpontja
- Építési munkától, időjárási viszonyoktól függően a személyi és tárgyi feltételek biztosítása”

3. A felhívás II.1.5) pontjában az ajánlatkérő a szerződés időtartamát 26 hónapban határozta meg.

4. A bontási jegyzőkönyv szerint a 2018. november 12-ei ajánlattételi határidőre 5 ajánlattevő – köztük a TIM-FOR-ART Mérnöki és Pénzügyi Szolgáltató Kft. (a továbbiakban: egyéb érdekelt) és a kérelmező – nyújtott be ajánlatot.

Az ajánlatkérő ismertette, hogy az eljárás során rendelkezésre álló anyagi fedezet összege nettó 37.800.000.-Ft.

Az egyéb érdekelt ajánlata nettó 23.856.000.-Ft, a kérelmezőé nettó 43.845.000.-Ft összegű ajánlati árat tartalmazott.

5. Az egyéb érdekelt ajánlata az alábbi részletes ártáblázatot tartalmazta:

MAZSIHISZ Geriátria és Oktató Kórház műszaki ellenőrzési feladatok							
Létesítmény/szakág	Építészeti, épületszerkezet	Épületgépészet, lég-és klimatechnika	Épületvillamosság	Gyengeáram, IT	Kórház- és orvostechnológia, orvosi gáz	Belsőépítészet, bútortzat	Összesen
I. épület							
	2 736 000	1 488 000	1 056 000	528 000	336 000	288 000	6 432 000 Ft
II. épület							
	1 728 000	960 000	720 000	384 000	336 000	192 000	4 320 000 Ft
III. épület							

	1 536 000	864 000	672 000	336 000		192 000	3 600 000 Ft
Egyéb létesítmény							
Külső közművek		240 000 Ft	192 000 Ft				432 000 Ft
Út-parkoló, zöldfelület	816 000 Ft						816 000 Ft
Ideiglenes üzem kialakítása	816 000 Ft	528 000 Ft	336 000 Ft	240 000 Ft	288 000 Ft	96 000 Ft	2 304 000 Ft
Önálló kórháztechnológia							
Konyha technológia		384 000 Ft	240 000 Ft		240 000 Ft		864 000 Ft
Mosoda technológia		384 000 Ft	240 000 Ft		240 000 Ft		864 000 Ft
Tetemhűtők		240 000 Ft	144 000 Ft		480 000 Ft		864 000 Ft
Orvostechnológia							
Orvosi gép-műszer I.;II.;III.; épületekben					1 344 000 Ft		1 344 000 Ft
Járulékos feladatok:							
Engedélyes és kiviteli tervek készítésében felügyelet, tervfelülvizsgálat	432 000 Ft	480 000 Ft	336 000 Ft	144 000 Ft	144 000 Ft	96 000 Ft	1 632 000 Ft
Éves utófelülvizsgálati eljárás lebonyolítása	120 000 Ft	96 000 Ft	48 000 Ft	48 000 Ft	48 000 Ft	24 000 Ft	384 000 Ft
Költségnemek összesen nettó:	8 184 000 Ft	5 664 000 Ft	3 984 000 Ft	1 680 000 Ft	3 456 000 Ft	888 000 Ft	23 856 000 Ft
ÁFA 27%	2 209 680 Ft	1 529 280 Ft	1 075 680 Ft	453 600 Ft	933 120 Ft	239 760 Ft	6 441 120 Ft
Összesen	10 393 680 Ft	7 193 280 Ft	5 059 680 Ft	2 133 600 Ft	4 389 120 Ft	1 127 760 Ft	30 297 120 Ft

6. Az ajánlatkérő 2018. december 3-án egyebek mellett az alábbi tartalmú indokoláskérést bocsátotta ki az egyéb érdekelt részére:

„Ajánlattevő ajánlati ára aránytalanul alacsonynak minősül, a rendelkezésre álló fedezethez képest 20 %-ot elérő vagy meghaladó eltérést mutat.

A Kbt. 72. § (lsd. alul) rendelkezéseinek megfelelően ezúton kérjük T. Ajánlattevőt, szíveskedjen indokolást benyújtani az ajánlati ár megalapozottságára vonatkozóan.

Az indokolás megadása során térjenek ki valamennyi, a beszerzés tárgyi és személyi feltételeire vonatkozó költség bemutatására, amely az ajánlattétellel kapcsolatban felmerül, különösen, de nem kizárólagosan az alábbiakra:

- a feladatok ellátásának időigényére is tekintettel azok munkadíjára
- a teljesítés során felmerülő és az adott feladatra eső egyéb ügyviteli, cégműködési költségekhez való hozzájárulás (bérleti díj, telefon, internet, posta, informatika, könyvvizsgálat, bankköltség, egyéb irodai költségek), biztosítások,
- a teljesítésben részt vevő személyek munkabére és járulékai (figyelemmel a kötelező legkisebb munkabér, és a garantált bérminimumra vonatkozó jogszabályi követelményekre),
- utazási, adminisztrációs költségekre
- az elérni kívánt haszonra, nyereségre,
- a fizetendő adókra,
- a teljesítés során felmerülő kivételesen előnyös körülményekre.

Felhívjuk T. Ajánlattevők figyelmét az alábbi jogszabályi előírásokra:

Aránytalanul alacsony ár és egyéb aránytalan vállalások

72. § (1) Az ajánlatkérő az értékelés szempontjából lényeges ajánlati elemek tartalmát megalapozó adatokat, valamint indokolást köteles írásban kérni és erről a kérésről a többi ajánlattevőt egyidejűleg, írásban értesíteni, ha az ajánlat a megkötni tervezett szerződés tárgyára figyelemmel aránytalanul alacsony összeget tartalmaz az értékelési szempontként

figyelembe vett ár vagy költség, vagy azoknak valamely önállóan értékelésre kerülő eleme tekintetében.

- (2) Az ajánlatkérő figyelembe veheti az olyan objektív alapú indokolást, amely különösen
- a) a gyártási folyamat, az építési beruházás vagy a szolgáltatásnyújtás módszerének gazdaságosságára,
 - b) a választott műszaki megoldásra,
 - c) a teljesítésnek az ajánlattevő számára kivételesen előnyös körülményeire,
 - d) az ajánlattevő által ajánlott áru, építési beruházás vagy szolgáltatás eredetiségére,
 - e) a 73. § (4) bekezdése szerinti környezetvédelmi, szociális és munkajogi követelményeknek való megfelelésre, vagy
 - f) az ajánlattevőnek állami támogatások megszerzésére való lehetőségére vonatkozik.

(3) Az ajánlatkérő az indokolás elfogadhatóságának megítéléséhez - ha az elfogadhatóság kétséges - további kiegészítő indokolást kérhet az ajánlattevőtől, a többi ajánlattevő egyidejű értesítése mellett. Az ajánlattevő kötelessége az ajánlati ára megalapozottságára vonatkozó minden tény, adatot, kalkulációt az ajánlatkérő rendelkezésére bocsátani ahhoz, hogy megfelelő mérlegelés eredményeként az ajánlatkérő döntést hozhasson az ajánlati ár megalapozottságáról. Az ajánlatkérő köteles érvénytelennek nyilvánítani az ajánlatot, ha a közölt információk nem indokolják megfelelően, hogy a szerződés az adott áron vagy költséggel teljesíthető.

(4) Nem megfelelő az indokolás különösen, ha megállapítható, hogy az ajánlat azért tartalmaz aránytalanul alacsony árat vagy költséget, mert nem felel meg a 73. § (4) bekezdése szerinti környezetvédelmi, szociális és munkajogi követelményeknek. Az ajánlatkérő az ajánlat megalapozottságának vizsgálata során ennek megítéléséhez az adott ágazatban kötelezően alkalmazandó irányadó munkabérekéről is tájékoztatást kérhet az ajánlattevőtől.”

7. Az egyéb érdekelt 2018. december 10-én nyújtotta be árindokolását, amely egy „Nyilatkozat az ajánlati árra vonatkozóan”, illetve egy „Indokolás az ajánlati ár megalapozottságára vonatkozóan” elnevezésű dokumentumot, valamint 1-4. számozással 4 mellékletet tartalmazott, az alábbiak szerint.

A „Nyilatkozat az ajánlati árra vonatkozóan” című dokumentum a következőket tartalmazta: „Alulírott T. Z., mint a TIM-FOR-ART Mérnöki és Pénzügyi Szolgáltató Kft. 3100 Salgótarján, Hunyadi krt.12. Ajánlattevő képviselője nyilatkozom, hogy az ajánlatunkban megadott ajánlati ár megfelelő fedezetet nyújt a munkabérre, közterhekre, egyéb költségekre; az alvállalkozói díjakra és a vállalkozásunk által elvárt nyereségre.

A nyilatkozat további mellékletei részletezett, számszerűsíthető adatokat tartalmaznak, melyet – a Kbt. 44. § szerint – kérünk üzleti titokként kezelni.

Az üzleti titkot tartalmazó, elkülönített melléklet csatolásának a Kbt. 44. § (1) bekezdése szerinti indokolása és részletes alátámasztása a következő:

Az ajánlat ár indokolására elkülönített irat a beszerzés tárgyi és személyi feltételeire vonatkozóan olyan részletes számszerűsített információkat tartalmaz, amely nyilvánosságra hozatala ajánlattevő számára gazdasági tevékenysége szempontjából aránytalan sérelmet okozna; jogos pénzügyi, gazdasági és piaci érdekét sértené, illetve veszélyeztetné.

A fentiek alapján nyilatkozom, hogy az üzleti titokként elkülönített rész jelen dokumentum alábbi mellékletei:

2. sz. melléklet - A teljesítés során felmerülő és az adott feladatra eső ügyviteli, cégműködési költségek bemutatása

3. sz. melléklet - A teljesítésre eső költségek összesítése

4. sz. melléklet - TIM-FOR-ART Kft. ajánlattevő 2018. 1-10. havi főkönyvi kivonata”

Az „Indokolás az ajánlati ár megalapozottságára vonatkozóan” elnevezésű dokumentum az alábbiakat tartalmazta:

„A fenti tárgyú közbeszerzési eljárásban a Kbt. 71. § szerinti aránytalanul alacsony ár indokolását kérték, amelyet az alábbiak szerint adunk meg:

Az indokolásban feltüntettük a TIM-FOR-ART Mérnöki és Pénzügyi Szolgáltató Kft., mint ajánlattevő (a továbbiakban: ajánlattevő) összes költségét, azaz

- a működéshez szükséges közüzemi, adminisztratív, könyvelési, valamint tele- és infokommunikációs szolgáltatások árát
- a munkavégzéshez használt gépjárművek költségét
- az irodahelyiség költségeit
- a működéshez szükséges fogyóeszközök, irodaszerek költségeit
- egyéb speciális költségeket.

Külön tüntettük fel a jelen feladatvégzés teljesítése esetén elvárt nyereséget és a kalkulált mérnöknapi díját.

A feltüntetett költségek alapjául ajánlattevő könyvelésében szereplő valós költségek szolgálnak, amelyek teljesen objektív képet adnak a várható költségekről, mivel jelen tevékenység ajánlattevő évek óta gyakorolt fő tevékenysége. Bérköltséggel nem számoltunk, mivel a tárgyi feladat végzéssel kapcsolatos tevékenységet a műszaki ellenőr fogja végezni és a kalkulált mérnöknapi díja magasan meghaladja a könyvelésben ellenőrizhető bérköltséget.

A mérnöknapi díjának meghatározásánál figyelembe vettük a napi kapcsolatok és a folyamatban lévő egyéb munkák aktuális adatait, kalkulálva a véghatáridőig szükséges feladatvégzéssel.

A teljesítéshez szükséges mérnök napi ráfordítást az ajánlati felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban megadott teljes körű feladatvégzésre adtuk meg.

A számított költségek a szolgáltatás jellegéből adódóan 1 napra lebontva kerültek kimutatásra, ezeket összesítettük a konkrét feladatvégzésre vonatkozó mérnöknapi díjával. Az így kapott mérnöknapi díjra vonatkoztatott költség és a szükséges mérnök napi ráfordítás szorzata alakította ki a végleges ajánlati árat.

A számításnál a lehető legalacsonyabb költség kalkulációra törekedtünk a nyertesség érdekében, mivel társaságunknak hosszú távú munkát és árbevételt biztosít, ugyanakkor az alátámasztható adatok és a kalkuláció biztosítja az ajánlati ár megalapozottságát. Ennek érdekében a mérnöknapi díjának kialakításánál órára bontottuk a szükséges ráfordítást, amely alapján a mérnöknapi díját csökkenteni tudtuk.

Ajánlattevő szempontjából kivételesen előnyös körülményt jelent a feladatvégzés alacsony eszköz igénye, az iroda helyisége és összességében a társaság működésének alacsony költségszintje.

A részletes adatokat és költségkalkulációt a csatolt 1. és 2. számú mellékletekben adjuk meg, amelynek tartalmát a Kbt. 44. § (1) bekezdése szerint üzleti titokként kérjük kezelni.”

A fentiek alapján üzleti titokká nem minősített, „A feladatok ellátása időigényének alátámasztása (a benyújtott költség táblázattal összhangban)” címet viselő 1. sz. melléklet az egyes szakági műszaki ellenőrök (építész, gépész, villamos és orvostechikai szakember) közbeszerzési dokumentumokban előírt feladatokra tervezett munkaidő-ráfordítását tartalmazta napokban kifejezve. E szerint az egyéb érdekelt a szolgáltatás tárgyát képező feladatok teljesítésére összesen 497 mérnöknapi díjat kalkulált.

8. Az ajánlatkérő 2019. február 11. napján küldte meg az ajánlattevők részére az ajánlatok elbírálásáról szóló összegezt, mely szerint az eredményes eljárásban mind az 5 ajánlattevő érvényes ajánlatot nyújtott be.

Az eljárás nyertese az egyéb érdekelt lett, a nyertes ajánlatot követő legkedvezőbb ajánlatot tevőt az ajánlatkérő nem jelölt meg.

9. A kérelmező 2019. február 14-én iratbetekintést kérelmezett, az iratbetekintést az ajánlatkérő 2019. február 18-án biztosította, melynek során a kérelmező betekintett az egyéb érdekelt ajánlatának és árindokolásának üzleti titkot nem képező részeibe.

10. A kérelmező 2019. február 20-án előzetes vitarendezési kérelmet terjesztett elő több kérelmi elemmel, melyek közül a jogorvoslati kérelemmel érintett kérelmi elem a következő volt:

„1/2. Nyertes ajánlattevő üzleti titokká minősítette az árindokolása 2., 3. és 4. sz. mellékleteit, az üzleti titokká minősítés részletes indokaként az alábbiakat adta elő:

„Az ajánlati ár indokolására elkülönített irat a beszerzés tárgyi és személyi feltételeire vonatkozóan olyan részletes számszerűsített információkat tartalmaz, amely nyilvánosságra hozatala ajánlattevő számára gazdasági tevékenysége szempontjából aránytalan sérelmet okozna, jogos pénzügyi, gazdasági és piaci érdekét sértené, illetve veszélyeztetné.”

Ezen egy mondatos indokolás egyrészt túl általános, másrészt nem elég részletes, harmadrészt az aránytalan sérelem okozás eredményének konkrét kifejtése és módja is hiányzik belőle. A fenti indokolás álláspontunk szerint minden konkrétumot nélkülöz, kizárólag az általánosság szintjén került megfogalmazásra, így az indokolás nem felel meg a Kbt. 44. § (1) bekezdés utolsó mondatában foglaltaknak.

Ajánlatkérő az üzleti titok konkrétumokat tartalmazó indokolására vonatkozó hiánypótlási felhívás elmulasztásával megsértette a Kbt. 71. § (1) bekezdését és a 44. § (4) bekezdését.”

11. Ajánlatkérő a fenti előzetes vitarendezési kérelem alapján 2019. február 25-én az üzleti titokká nyilvánításra vonatkozóan az alábbi tartalmú hiánypótlási felhívást bocsátotta ki az egyéb érdekelt részére:

„Ajánlatkérő a Kbt. 80. § (4) bekezdése alapján ezúton szólítja fel a TIM-FOR-ART Mérnöki és Pénzügyi Szolgáltató Kft. ajánlattevőt 3 munkanapos határidővel (azaz 2019. február 28. 16.00. óráig), hogy hiánypótlás keretében szíveskedjen benyújtani (...)

- indokolását az üzleti titokra vonatkozóan olyan formában, amelyben részletesen alátámasztja, hogy az adott információ vagy adat nyilvánosságra hozatala miért és milyen módon okozna számára aránytalan sérelmet. (...)

12. Az egyéb érdekelt a fenti hiánypótlási felhívásra 2019. február 28-án az alábbi tartalmú, „Indokolás az üzleti titokra vonatkozóan” címet viselő dokumentumot nyújtotta be:

„Az üzleti titkot tartalmazó, elkülönített melléklet csatolásának a Kbt. 44. § (1) bekezdése szerinti indokolása és részletes alátámasztása a következő:

Az ajánlati ár indokolására elkülönített irat a beszerzés tárgyi és személyi feltételeire vonatkozóan olyan részletes számszerűsített információkat tartalmaz, amely nyilvánosságra hozatala ajánlattevő számára gazdasági tevékenysége szempontjából aránytalan sérelmet okozna; jogos pénzügyi, gazdasági és piaci érdekét sértené, illetve veszélyeztetné.

Tárgyi közbeszerzési eljárásban Ajánlattevőként a saját személyi és tárgyi feltételeink ismeretében tettük meg a vállalásunkat, alakítottuk ki az ajánlati árunkat. Az ajánlati ár indokolására elkülönített iratban a kalkulált mérnöknap megfelelő fedezetet biztosít a szolgáltatás nyújtásával kapcsolatban felmerülő személyi és tárgyi erőforrások biztosítására, figyelemmel az ajánlatkérő által az ajánlattételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott műszaki követelményrendszerre, az azok teljesítéséhez szükséges időre.

A jelenlegi versenyhelyzetben Ajánlattevő számára jelentős forgalmi, anyagi veszteséget okozna az ajánlati ár alapjául szolgáló mérnök nap díjának a nyilvánosságra hozatala, hiszen a kalkulált mérnöknap díjából más piaci szereplők is következtetni tudnak Ajánlattevő árképzésére. Ajánlattevő folyamatban lévő és jövőbeni beszerzési eljárásokban jelentős hátrányba kerülne az ilyen lényeges információ birtokában lévő más gazdasági szereplőkkel szemben, ilyen feltételekkel az esélyegyenlőség nem biztosítható.

Következésképp az ajánlati ár indokolására elkülönített irat és az abban szereplő ajánlati ár kalkulációjának nyilvánosságra hozatala cégünknek aránytalan sérelmet okozna.

Természetesen Ajánlattevő gazdasági érdeke és célja is minél nagyobb nyereség elérése, azonban tárgyi beszerzés esetében üzletpolitikai, stratégiai megfontolásokra tekintettel referenciaszerzés céljából még kisebb nyereség mellett is Ajánlattevő el kívánja végezni a szolgáltatást a jövőbeni megrendelések lehetősége érdekében.”

13. Az ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelem jogorvoslati kérelemmel érintett kérelmi elemét a 2019. március 1. napján megküldött válaszával elutasította.

14. Az ajánlatkérő 2019. március 1. napján küldte meg módosított összegezését, mely az ajánlatok érvényességére, a nyertes ajánlattevő személyére, illetve a jelen jogorvoslati eljárás tárgyára vonatkozóan nem tartalmazott módosítást.

15. A kérelmező 2019. március 3-án újabb iratbetekintést kérelmezett, melyet az ajánlatkérő 2019. március 5-én biztosított, ennek során a kérelmező betekintett az egyéb érdekelt üzleti titokra vonatkozó indokolásának kiegészítésébe.

A kérelmező jogorvoslati kérelme

16. A kérelmező 2019. március 11. napján nyújtotta be jogorvoslati kérelmét, melyben a jogsértés megállapítását és az ajánlatkérő eljárást lezáró döntésének – annak módosítására is kiterjedő – megsemmisítését, valamint az ajánlatkérő 250.000.-Ft + Áfa képviselői munkadíj kérelmező részére történő megfizetésére kötelezését kérte.

17. Álláspontja szerint az ajánlatkérő azzal, hogy elfogadta az egyéb érdekeltnek az árindokolása 2-4. sz. melléklete üzleti titokká nyilvánítására vonatkozó 2018. december 10-ei indokolását, illetve annak 2019. február 28-ai kiegészítését, és nem nyilvánította érvénytelenné az egyéb érdekelt ajánlatát, megsértette a Kbt. 73. § (1) bekezdés fb) pontjára tekintettel a Kbt. 69. § (2) bekezdését.

18. Véleménye szerint az üzleti titokra vonatkozó indokolás és annak kiegészítése általános jellegű egyrészt az üzleti titokkal érintett adatok körére vonatkozóan.

E körben kifejtette, hogy sem az indokolásból, sem annak kiegészítéséből nem derül ki, hogy például miért okoz az ajánlattevő részére aránytalan gazdasági sérelmet, ha nyilvánosságra kerül az egyéb érdekelt főkönyvi kivonata, mely nyilvánvalóan múltra vonatkozó adatokat tartalmaz, és nem áll összefüggésben a jelen közbeszerzési eljárásban tett ajánlattal, az ajánlat részeként bemutatott mérnöki napidíjjal. Ugyanígy nem került megindokolásra, hogy az ügyviteli, cégműködési költségek összessége miért képezik üzleti titok részét, tekintettel arra, hogy a cég működési költségei között nyilvánvalóan különböző közterhek (adók, járulékok) is szerepelnek, melyek nem képezhetik üzleti titok tárgyát.

Hivatkozott arra, hogy az egyéb érdekelt árindokolását az ajánlatkérő kiegészítő indokoláskérés nélkül elfogadta, így feltételezhető, hogy az árindokolás az indokoláskérésben bemutatni kért valamennyi árelemet tartalmazza. Ebben az esetben álláspontja szerint az

üzleti titokká nyilvánítás azért is jogsértő, mert bizonyos árelemek – a feladatok ellátásának időigénye, az utazási, adminisztrációs költségek és a fizetendő adók – nem minősülhetnek üzleti titoknak, és az egyéb érdekelt indokolása nem is tér ki arra, hogy ezen árelemek üzleti titokká minősítése miért okoz számára aránytalan sérelmet.

Utalt arra is, hogy az egyéb érdekelt az üzleti titokra vonatkozó indokolása 2019. február 28-ai kiegészítésében a mérnöknapi díjat jelöli meg azon adatként, melynek nyilvánosságra kerülése okozná számára az üzleti titokká minősítést megalapozó érdeksérelmet. E helyütt előadta, hogy a mérnöki napidíj a jelen közbeszerzéssel érintett piacon szokásos gyakorlatnak megfelelően általában az alábbi díjelemeket tartalmazza: a szolgáltatást végzők bruttó munkadíját, valamint szerzői jogdíját és ezek járulékait, az adókat (az ÁFA kivételével), a vállalkozói nyereséget, a szerzői jogdíjat, az általános rezsiköltségeket (iroda költségei, helyi közlekedés, adminisztrációs kommunikációs, felelősségbiztosítási költségek), a szolgáltatással járó tárgyalások költségeit, utazási költségek bizonyos távolságon belül, az előállított dokumentációk sokszorosításával és megőrzésével, az adatszolgáltatással járó költségeket, valamint az átadás-átvételi eljárásról való részvétel költségeit.

Feltételezve, hogy az egyéb érdekelt a mérnöki napidíj árindokolásban történő bemutatása során a fenti költségelemeket is figyelembe vette és részletezte, azt is indokolnia kellett volna, hogy a munkáltatót terhelő szociális hozzájárulási adó és egyéb közterhek alkalmazásának bemutatása, az átadás-átvételi eljárás, adatszolgáltatások díjai, tárgyalások költségei, az útiköltség kalkuláció alapjául szolgáló üzemanyagköltség egyéb ajánlattevők általi megismerése miért okozna számára aránytalan gazdasági sérelmet.

Hangsúlyozta, hogy a fentiek alapján az üzleti titokká minősítés indokolása egyrészt azért jogsértő, mert az egyéb érdekelt nem jelölte meg pontosan azon adatok körét, melyeket üzleti titokká kíván nyilvánítani. Álláspontja szerint bizonyosan nem esik ebbe a körbe valamennyi, az egyéb érdekelt által üzleti titokká minősített adat, így az indokolás az általánosság szintjén, konkrétumokat nélkülözve került megfogalmazásra.

19. A kérelmező véleménye szerint az üzleti titokra vonatkozó indokolás és annak kiegészítése általános jellegű másrészt az egyéb érdekeltet érintő érdeksérelem bemutatására és a fennálló okozati összefüggésre vonatkozóan is.

E körben hivatkozott arra, hogy az egyéb érdekelt az üzleti titokká nyilvánított adatok nyilvánosságra kerülésével az őt ért érdeksérelmet a „jelentős forgalmi, anyagi veszteség” fogalmával jelölte meg, azonban nem fejtette ki, hogy ez az anyagi veszteség hogyan keletkezik, és az miben nyilvánul meg.

Álláspontja szerint az általánosság szintjén áll az az indokolás, mely tartalmát tekintve bármely másik közbeszerzési eljárásban módosítás nélkül felhasználható lenne, függetlenül az üzleti titokká minősített adatok jellegétől, azok körétől. Hangsúlyozta, hogy az egyéb érdekelt által közölt indokolás általános jellegű azért, mert az indokolásban nem került bemutatásra:

- a nyilvánosságra kerüléssel okozott érdeksérelem mibenléte és terjedelme,
- az ok-okozati kapcsolat a nyilvánosságra kerülő adat/információ és az érdeksérelem bekövetkezése között,
- azon körülmény, hogy az egyéb érdekelt árszámítási módja vagy annak csak egy része mennyiben különleges, egyedi szellemi termék, mely jogszerűen élvezhetne védelmet.

Kiemelte, hogy olyan elvont és általános fogalmakra hivatkozni, mint a „jelentős forgalmi, anyagi veszteség” nem alapozza meg az indokolás konkrét jellegét. Amikor az ajánlattevő érdeksérelemre hivatkozva igyekszik kizárni a nyilvánosságot egy általa elkészített irat megtekintéséből, akkor konkrétan meg kell határozni az érdeksérelem mibenlétét és igazolni kell, hogy a keletkező versenyhátrány kizárólag az adatok titkos kezelésével lenne kiküszöbölhető, egyéb módon nem. E körben hivatkozott a D.61/33/2018. és a D.12/21/2018. sz. döntőbizottsági határozatokra.

20. A kérelmező az ajánlatkérő ügyfélképessegre vonatkozó eljárási kifogását vitatva előadta, hogy ügyfélképessege álláspontja szerint levezethető a Kbt. 2. § (2) bekezdésében foglalt esélyegyenlőség és egyenlő bánásmód alapelvéből. Az esélyegyenlőség követelményére is tekintettel a közbeszerzési eljárás ajánlattevőinek jogos érdeke fűződik ahhoz, hogy a közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevőjének ajánlata valóban érvényes ajánlat legyen. Hangsúlyozta, hogy esetében ez a jogos érdek különös hangsúllyal fennáll, hiszen a nyertes ajánlat esetleges érvénytelensége esetén kérelmező lépne szerződéskötési pozícióba a jelen közbeszerzési eljárásban. E körben hivatkozott a Döntőbizottság D. 406/31/2018. és D.256/15/2018. sz. határozataira.

Előadta továbbá, hogy esélyegyenlőség alapelvéből levezethető jogos érdeksérelmen túl az ügyfélképessege arra tekintettel is fennáll, hogy az ajánlatkérő által az észrevételében hivatkozott Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pontja szerinti eredménytelenségi ok csak egy eshetőlegesen, ajánlatkérő saját döntése alapján bekövetkező eredménytelenségi körülmény. Amennyiben a legjobb ár-érték arányú ajánlatot benyújtó ajánlattevő ajánlati ára meghaladja a rendelkezésre álló fedezet összegét, úgy e körülmény nem szükségszerűen és elháríthatatlanul vezet a közbeszerzési eljárás eredménytelenségéhez, hiszen az ajánlatkérő élhet a pénzügyi fedezet megemelésének lehetőségével. Álláspontja szerint a fentiekre tekintettel téves az az ajánlatkérői érvelés, mely szerint a kérelmezői ügyfélképeség hiánya azon alapul, hogy az egyéb érdekelt ajánlatának érvénytelensége esetén az eljárás eredménytelen lenne. Hangsúlyozta, hogy ez az eredménytelenség nem szükségszerűen bekövetkező körülmény, így a kérelmező közvetlen jogos érdekét nem dönti meg, a kérelmezőnek nyertessége esetén továbbra is reális esélye van a szerződés elnyerésére.

E körben utalt a D.486/8/2016. és a D.670/19/2017. sz. döntőbizottsági határozatokra.

21. A kérelmező az ajánlatkérő érdemi észrevételének egyes részeire vonatkozóan az alábbiakat adta elő.

Álláspontja szerint az ajánlatkérő az egyéb érdekeltet terhelő üzleti titok indokolási kötelezettséget lényegében átvette észrevételében, és az egyéb érdekelt helyett maga az ajánlatkérő indokolta az üzleti titokká nyilvánítás okszerűségét és gazdasági megalapozottságát. Hangsúlyozta, hogy az indokolás elkészítése, az érdeksérelem valószínűsítése és a védendő adatok körének meghatározása minden esetben a titokgazda ajánlattevő feladata és felelőssége. Véleménye szerint az ajánlatkérői észrevételben foglaltak az egyéb érdekelt üzleti titok indokolásából nem kiolvashatók, az ajánlatkérő az indokolást alapul véve, az abban megemlítésre kerülő, általánosság szintjén hivatkozott egyes fogalmi elemeket (esetleges érdeksérelem és annak mibenléte) észrevételében igyekszik kibontani, részletezni és a kérelmező által hiányolt oksági összefüggést megmagyarázni. Ez az érvelés azonban nem vehető figyelembe, hiszen nem az egyéb érdekeltől származó indokolás mindez, az egyéb érdekelt által a közbeszerzési eljárásban csatolt indokolásból ezek a megállapítások nem következnek, éppen ezért minősül az indokolás az általánosság szintjén állónak.

Előadta továbbá, hogy az indokolásból nem a konkrét, számszerű adatokra való hivatkozást és az indokolás adatokkal való kiegészítését hiányolja, erre tekintettel az ajánlatkérő D.2/17/2019. sz. határozatra való hivatkozása irreleváns. Álláspontja szerint a jogorvoslati kérelmében hiányolt tartalmi elemek oly módon is pótolhatók lettek volna, hogy az egyéb érdekelt nem konkrét, számszerű, üzleti titok körébe eső adatokkal egészíti ki indokolását, hanem megnevezi azt a teljesítendő feladatot, költségelemet, amely a számszerű adat, egységár mögött van.

A kérelmező az ajánlatkérő azon hivatkozására, hogy a Kbt. nem tartalmaz olyan kötelezettséget, miszerint valamennyi bemutatott tételről külön-külön indokolást kellene csatolnia az ajánlattevőnek a bekövetkező érdeksérelem vonatkozásában, hangsúlyozta, hogy

az egyéb érdekeltnek pontosan meg kellett volna határoznia azon adatok körét, melyek a nyilvánosságra nem hozható adatok körét képezik, hiszen ez alapján dönthető el az üzleti titokká minősítés jogszerű jellege. A kérelmezői indokolás azért is minősül az általánosság szintjén állónak, mert ezt a részletes, pontos elhatárolást nem tartalmazza, mindössze elnagyoltan, a teljes dokumentumra (áringdolás mellékleteire) való utalással jelöli meg az üzleti titkot alkotó adatok körét.

Álláspontja szerint az üzleti titokká minősített dokumentumok tartalmazznak olyan adatokat, információkat, melyek a Kbt. 44. § (2) és (3) bekezdései alapján nem minősíthetők üzleti titokká. E körbe esnek a szakemberek foglalkoztatásához kapcsolódó munkáltatói közterhek és a teljesítéssel összefüggésben fizetendő adók (pl: helyi iparüzési adó). E helyen a D.12/21/2018. sz. határozatból idézte többek között, hogy „kizárólag az alkalmazotti és alvállalkozói személyi ráfordítási költségek miatt nem lehet helye a teljes adattartalom üzleti titokká nyilvánításának: a konkrét bér- és alvállalkozói díj adatok képezhetik üzleti titok tárgyát, az indokolás nem tartalmaz arra vonatkozó közlést, hogy az alkalmazott adókulcsok, adó tételek mely okból lettek üzleti titkok”.

Álláspontja szerint az ajánlatkérő azon észrevétele, miszerint a fizetendő adó összegének és az adókulcs %-ának ismeretében következtetni lehet az adó alapjára (adott esetben nettó munkabérré) nem helytálló azon adónemek esetében, melyeknél az adó alapja sem minősülhet jogszerűen üzleti titoknak. Ilyen tipikusan a helyi iparüzési adó, mely az értékesítés nettó árbevételét terheli, tehát az iparüzési adó alapja a jelen közbeszerzési eljárásban a nettó ajánlati ár. A fentiek alapján véleménye szerint az egyéb érdekelt az indokolásban olyan adatokat is az üzleti titok körébe vont, melyek jogszerűen nem nyilváníthatók üzleti titokká, és ezen adatokra vonatkozóan nem mutatja be a nyilvánosságra kerüléssel bekövetkező érdeksérelmet, amivel adott esetben indokolható lenne az üzleti titokká minősítés jogszerűsége.

Az ajánlatkérő észrevétele

22. Az ajánlatkérő észrevételében elsődlegesen a kérelmező ügyfélképességére vonatkozó eljárási kifogást terjesztett elő.

A kérelmező azon hivatkozására, hogy a nyertes ajánlat érvénytelenségének megállapítása esetén ő kerülne kihirdetésre az eljárás nyertes ajánlattevőjeként, és ő kötné meg a közbeszerzési eljárás eredményeként a szerződést az ajánlatkérővel, előadta, hogy a beszerzés, illetve az annak eredményeképpen megkötendő szerződés ellenszolgáltatása teljesítésére rendelkezésre álló anyagi fedezet összege – a kérelmező által is ismertén – nettó 37.800.000.-Ft. Hivatkozott arra, hogy a kérelmező nettó 43.845.000.-Ft összegű ajánlatot tett, mely a fedezet összegét jelentősen, nettó 6.045.000.-Ft-tal meghaladja.

E körben kifejtette, hogy ahhoz, hogy a kérelmező az eljárás nyerteseként kihirdetésre kerüljön, – a módosított összegezés jogszerűtlenségének megállapítása mellett – az ajánlatkérőnek meg kellene emelnie a fedezet összegét, amennyiben azonban erre nem kerül sor, úgy az eljárás a Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pontjában foglaltak szerinti érvénytelenségét kell megállapítani. Erre figyelemmel az egyéb érdekelt ajánlatának érvénytelensége nem eredményezi automatikusan a kérelmező számára a közbeszerzési szerződés elnyerését. Hivatkozott arra, hogy mivel a megállapított fedezet összegét nem kívánja megemelni, így a kérelmező nyertességre történő hivatkozása nem alapozza meg az ügyfélképességet, az az ügyfélképesség alátámasztására nem alkalmas, ugyanis a kérelmező az egyéb érdekelt ajánlatának érvénytelensége esetében sem kerülne nyertes ajánlattevőként kihirdetésre.

23. Az ajánlatkérő az ügy érdekét tekintve a jogorvoslati kérelmet, mint alaptalant kérte elutasítani.

Álláspontja szerint az üzleti titokká nyilvánított adatok köre és az azokhoz fűzött indokolás mindenben megfelel a vonatkozó jogszabályoknak, így a Kbt. és az üzleti titok védelméről szóló 2018. évi LIV. törvény vonatkozó rendelkezéseinek. Hivatkozott arra, hogy a Kbt. nem tartalmaz olyan kötelezettséget, amely alapján az üzleti titok indokolása valamennyi bemutatott tételről külön-külön indokolást kellene, hogy tartalmazzon, amelyben egyesével kellene az aránytalan gazdasági sérelmet kimutatni. Az ajánlatkérőnek először azt kellett megvizsgálnia, hogy az adatok valóban üzleti titoknak minősülnek-e, majd azt, hogy ezek nyilvánosságra hozatala valóban aránytalan sérelmet okozna-e az ajánlattevőnek, és ha igen, fűződik-e ennek ellenére közérdek a nyilvánosságra hozatalukhoz.

Véleménye szerint az üzleti titokká nyilvánított adatok köre megfelel a 2018. évi LIV. törvény 1. § (1) bekezdésében foglaltaknak, azaz azok olyan a gazdasági tevékenységhez kapcsolódó, titkos – egészben, vagy elemeinek összességéként nem közismert vagy az érintett gazdasági tevékenységet végző személyek számára nem könnyen hozzáférhető –, ennél fogva vagyoni értékkel bíró olyan tény, tájékoztatást, egyéb adatot és az azokból készült összeállítást tartalmaznak, amelynek titokban tartása érdekében a titok jogosultja az adott helyzetben általában elvárható magatartást tanúsítja. Az üzleti titokká nyilvánított adatok továbbá nem esnek a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdésben megfogalmazott tilalmak alá, azaz nem esnek olyan adatok körébe, melynek tekintetében a törvény megtiltja az üzleti titokká történő nyilvánítás lehetőségét, azaz kivételt képeznek az üzleti titok alól.

Utalt arra is, hogy a közérdek védelme kapcsán is elvégezte a szükséges vizsgálatokat és megállapította, hogy az üzleti titokká nyilvánított dokumentumok és az azokban található adatok nem tartalmaznak olyan információt, melynek nyilvánosságra hozatala a közérdek védelme szempontjából indokolt lenne. Álláspontja szerint minden üzleti titokká minősített adat olyan, melyből egyszerű számítással következtetni lehet az egyéb érdekelt árképzésére és az egyes árelemek – mérnöknapok, mérnök napidíj, nyereség – könnyen kalkulálhatók. Erre figyelemmel az üzleti titokká minősített adatok köre tekintetében a nyilvánosságra hozatalhoz fűződő közérdek és az üzleti titokká minősítéshez fűződő magánérdek összevetéséből a magánérdek védelméhez fűződő jog az erősebb, ugyanis az árindokolás nem tartalmaz olyan adatot, amelynek nyilvánosságra hozatalához olyan közérdek fűződik, amely az üzleti titok feloldását indokolná.

24. Véleménye szerint az üzleti titok indokolása és annak kiegészítése nem tekinthető általánosnak, mivel az egyéb érdekelt indokolásában egyrészt pontosan számba vette azokat a dokumentumokat, melyeket az árindokolás körében üzleti titokká kívánt nyilvánítani, másrészt a kiegészített indokolásban leírta, hogy az egyes beszerzési eljárásokban a hivatkozott iratok és adatok ismeretében a többi piaci szereplő egyértelműen következtetni tud az általa alkalmazott árképzésre, így egy-egy jövőbeni munkára történő pályázat esetében az esélyegyenlőség nem lenne biztosítható, ugyanis a versenytársak az üzleti titkot képező adatok ismeretében kalkulálni tudják az ajánlattevő árát és ehhez mérten határozhatják meg saját ajánlati árukat, ezzel befolyásolva a versenyt.

Az üzleti titokká nyilvánított adatok körére vonatkozóan előadta, hogy a költségek bemutatásáról szóló két melléklet, melyek elsősorban a mérnök napidíj köré felépítve vonultatják fel a feladat teljesítésére eső költségeket, így ezek nyilvánosságra hozatala azt eredményezné, hogy a versenytársak egyértelműen következtetni tudnának az ajánlattevő árképzésére, az alvállalkozói költségekre, a nyereségre és a munkaszervezés módja tekintetében a feladat elvégzésére kalkulált mérnöknapra vonatkozóan. Ezek mind az árképzés részét képezik, melynek nyilvánosságra hozatala jelentős hátrányt okozna az egyéb érdekeltnek nem csak a jelen közbeszerzési eljárásban, de a későbbi beszerzési eljárások

során, ugyanis a versenyképességet nagymértékben korlátozná az, ha az információk és adatok ismerete a versenytársak számára kiindulási alapként szolgálhat saját ajánlatukkal történő összehasonlításra.

Hivatkozott arra is, hogy a kiegészített indokolásban a kalkulált nyereségre tett kifejezett utalással az egyéb érdekelt továbbá kifejtette, hogy annak ismerete szintén csorbítaná gazdasági érdekeit, ugyanis a nyereséget a referenciaszerzés és stratégiai megfontolások alapján kalkulálta, a jövőbeni megrendelések szempontjából ennek ismerete csorbítaná gazdasági érdekeit.

Hangsúlyozta, hogy a főkönyvi kivonat valóban a múltra vonatkozó adatokat tartalmaz, azonban az abban található részletes információkból konkrét adatok nyerhetők az ajánlattevő anyagi helyzetére vonatkozóan, melynek nyilvánosságra hozatala szintén sérti az ajánlattevő gazdasági érdekeit, annak ismeretéhez a versenytársaknak semmilyen jogi érdeke nem fűződhet, ugyanis a főkönyvi kivonat tartalmazza többek között a pénztárban lévő készpénz állományt, a bankszámla egyenleget, a követeléseket, esetleges hiteleket, bér- és járulékadatokat, valamint a nem a műszaki ellenőrzésből származó bevételeket.

Hangsúlyozta, hogy a feladatok ellátásának időigénye (mérnöknap) és az egyéb költségelemek ismeretében az egyéb érdekelt által kiemelt mérnöknap díja egy egyszerű osztással meghatározható, így ennek üzleti titokká minősítése megalapozott. Utalt arra is, hogy a fizetendő adók nyilvános kulcsokkal (%-os érték) kerülnek meghatározásra, azaz ezen adatok ismerete automatikusan a bérköltség ismeretét eredményezik. Az utazási és adminisztrációs költségek szintén az árképzés alapjául szolgáló adatok, amelyek ismeretében a versenytársak jövőbeni versenyhelyzetekben előnybe kerülhetnek az egyéb érdekelttel szemben. Előadta továbbá, hogy az átadás-átvételi eljárás, az adatszolgáltatások és a tárgyalások költsége szintén bérköltséget takar, míg az üzemanyagköltség kalkuláció alapja a mérnöknapok száma, amely ismeretében az ajánlati árból egyszerű osztással megállapítható a mérnöknap díja.

25. Hivatkozott a Döntőbizottság D.2/17/2019. sz. határozatára, melynek megállapításaiból kiemelte, hogy pusztán azért, mert az ajánlat egyes elemei nem konkrét adatokkal alátámasztva kerülnek bemutatásra, nem eredményezi azt, hogy az indokolás automatikusan az általánosság szintjén marad, és ezáltal az ajánlat érvénytelen.

A kérelmező által hivatkozott döntőbizottsági határozatok kapcsán előadta, hogy csupán azért nem tekinthetők automatikusan jelen jogorvoslati eljárásra vonatkozóan irányadónak, mert azokban a Döntőbizottság az üzleti titok indokolást nem tartotta jogszerűnek. Álláspontja szerint a kérelmező nem jelölte meg azon szempontokat, amelyek mentén a jelen üggyel párhuzamot lehetne vonni. Hangsúlyozta, hogy minden ügy más, az egyes ügyeket egyedi jellegüknél fogva az adott tényállás és körülmények mentén kell vizsgálni. Jelen ügyben a mérnöknap díjából az árképzésére lehet következtetni, a mérnöknap díja pedig az egyes költségelemek nyilvánosságra hozatala által kalkulálható, így a nyertes ajánlattevő gazdasági érdekeit és a beszerzési eljárásokban való eredményes részvételét jelentős mértékben sérti, ha a mérnök napidíjon felül, a többi ezen adatra egyértelműen következtetést engedő ajánlati árelemeket a versenytársak megismerik.

Az első közigazgatási határozat és annak kiegészítése

26. A Döntőbizottság a 2019. április 18. napján kelt, D.68/15/2019. számú határozatában (a továbbiakban: alaphatározat) megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 73. § (1) bekezdés fb) pontjára és a Kbt. 44. § (1) bekezdésére tekintettel a Kbt. 69. § (2) bekezdését.

A Döntőbizottság a határozatát – mivel abban a kérelmező által kért képviselői munkadíj tekintetében nem rendelkezett – a 2019. április 29-én kelt, D.68/18/2019. számú határozatával kiegészítette akként, hogy az ajánlatkérőt 100.000.-Ft + Áfa képviselői munkadíj kérelmező részére történő megfizetésére kötelezte.

A közigazgatási per

27. A kérelmező az alaphatározattal és a kiegészítő határozattal szemben előterjesztett kereseteiben a határozatok megváltoztatását kérte.

A Fővárosi Törvényszék a 104.K.700.254/2019/10. számú ítéletében az alaphatározatot – a kiegészítő határozatra is kiterjedően – megsemmisítette és a Döntőbizottságot új eljárásra kötelezte.

A bíróság az ítéletében egyebek mellett az alábbiakat rögzítette:

„A bíróság egyetértett a felperessel abban, hogy a kérelmező által benyújtott kérelemben foglaltakra tekintettel az alperes az üzleti titokká minősítés körében a Kbt. 44. § (1) és (2)-(3) bekezdéseiben foglaltakkal kapcsolatosan folytatott le vizsgálódást, ugyanakkor akként állapította meg a Kbt. 73. § (1) bekezdés fb) pontjára és 44. § (1) bekezdésére tekintettel a 69. § (2) bekezdésben foglaltak sérelmét, hogy indokolásában mindezt az iparüzési adó kapcsán a Kbt. 44. § (2) és (3) bekezdései alá tartozó tilalmi okokra kívánta felfűzni. Figyelemmel arra, hogy a Kbt. – az alperes által sem vitatottan – külön érvénytelenségi okot rendel a Kbt. 44. § (1) bekezdésében, illetve (2) és (3) bekezdéseiben foglalt, üzleti titokká minősítéssel kapcsolatos jogsértésekhez, a Kbt. 44. § (2) és (3) bekezdései körében tett megállapítások jogszerűen nem eredményezhetik a Kbt. 73. § (1) bekezdés fb) pontjában foglalt érvénytelenségi okra hivatkozással a Kbt. 69. § (2) bekezdésének megsértése megállapítását. E körben az alperes eredményesen nem hivatkozhat a jogorvoslati kérelemben megjelölt ezen konkrét jogszabályhelyre, ugyanis amennyiben a jogorvoslati kérelem olyan jogszabályhelyre hivatkozik, amelyet az alperes által lefolytatott vizsgálat megállapításainak eredményeként a felperes nem sértett meg, úgy ennek következményeit kell az alperesnek levonnia döntésében. A felperes helyesen érvelt továbbá azzal is, hogy amennyiben a hatóság a jogorvoslati kérelemben foglaltak alapján a vizsgálódást esetlegesen más – a Kbt. 73. § (1) bekezdés fa) pontja alá eső –, a vizsgált magatartással összefüggő, tehát azonos kérelmi elem alá tartozó magatartásra és annak jogkövetkezményei alkalmazására is ki kívánja terjeszteni, úgy a Kbt. 158. § (1) bekezdésében foglalt eszközzel élhet, ennek hiányában azonban nem terjeszkedhet túl a kérelemben konkrétan megjelölt jogsértésen, figyelemmel a Kbt. 149. § (1) bekezdés d) pontjára. (...)

A megismételt eljárásban az alperesnek a kérelmet a Kbt. 149. § (1) bekezdés d) pontjában foglaltakra tekintettel kell megvizsgálnia, és ekként kell döntenie arról, hogy a vizsgálni kért magatartás mely jogszabályi rendelkezések körében értékelendő, és döntésének az Akr. 81. § (1) bekezdése szerint a megállapított tényállásra figyelemmel indokát is kell adnia.”

A jelen eljárás megindítása

28. A Döntőbizottság 2020. szeptember 4. napján indította meg a jelen, új jogorvoslati eljárást.

A kérelmező nyilatkozata

29. A kérelmező a 2020. szeptember 7-én előterjesztett beadványában úgy nyilatkozott, hogy a D.68/2019. ügyszámú jogorvoslati eljárásban előterjesztett jogorvoslati kérelmét és egyéb nyilatkozatait a jelen megismételt eljárásban is változatlan tartalommal fenntartja.

Az ajánlatkérő észrevétele

30. Az ajánlatkérő – az előzményi eljárásban tett észrevételeit és nyilatkozatait, valamint az előzményi alaphatározattal szemben előterjesztett keresetét fenntartva – a 2020. szeptember 9-én benyújtott észrevételében a jogorvoslati kérelmet, mint alaptalant kérte elutasítani.

31. Az ajánlatkérő az ítélet jelen határozat 27. pontjában idézett indokaira, illetve az alaphatározat 43. pontjában leírtakra hivatkozva előadta, hogy a Döntőbizottság megállapította, hogy az egyéb érdekelt által alkalmazott üzleti titokká nyilvánítás, annak indokolása és kiegészített indokolása jogszerű, az nem tekinthető általánosnak, így megfelel a Kbt. 44. § (1) bekezdésében foglalt követelményeknek. Álláspontja szerint erre figyelemmel nem állhat fenn a Kbt. 44. § (1) bekezdésébe és 73.§ (1) bekezdés fb) pontjába ütközőség.

Hangsúlyozta, hogy a határozat kizárólag azt rögzítette, hogy az iparüzési adó alapja és kulcsa a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdése szerinti tilalmi körbe eső adatok, így azok üzleti titoknak nem minősülhetnek. Az üzleti titoknak nem minősülő adatok vonatkozásában pedig nem lehet az üzleti titokká minősítés indokolását megkövetelni, azok üzleti titokká minősítése ugyanis kizárt. Véleménye szerint ezért sem állhat fenn a Kbt. 44.§ (1) bekezdésébe és 73. § (1) bekezdésének fb) pontjába ütközőség. E körben kiemelte, hogy az Kbt. 44. § (1) bekezdésébe ütközőségből fakadó érvénytelenség megállapítása tekintetében a Döntőbizottság maga mondta ki, hogy azon adatok, melyek nem esnek a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdése szerinti tilalmi körbe, azok tekintetében nem áll fenn indokolásbéli hiányosság, a kérelmező jogorvoslati kérelme tehát a Döntőbizottság által korábban rögzített megállapítások szerint alaptalan.

32. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdésébe ütközőségből fakadó, a Kbt. 73. § (1) bekezdés fa) pontja szerinti érvénytelenség – a bíróság ítéletéből következően – hivatalbóli kiterjesztés hiányában nem állapítható meg, mivel a kérelmező kérelmében ezen joghelyet, érvénytelenségi okot nem említette.

E körben kifejtette, hogy a Kbt. 71. § (6) bekezdése alapján az ajánlatkérő köteles újabb hiánypótlást elrendelni, ha a korábbi hiánypótlási felhívás(ok)ban nem szereplő hiányt észlelt. A Kbt. 73.§ (1) bekezdés fa) pontja is kifejezetten arról rendelkezik, hogy az ajánlat akkor minősül érvénytelennek, ha valamely adatot a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdésében ütköző módon minősít üzleti titoknak az ajánlattevő, és azt az ajánlatkérő hiánypótlási felhívását követően sem javítja. A Kbt. 44. § (4) bekezdésében előírt hiánypótlásra felhívási kötelezettség kapcsán előadta, hogy az ajánlatkérő az üzleti titokká minősítés feloldása kapcsán az egyéb érdekeltnek nem küldött hiánypótlási felhívást, a hiányt az ajánlattevő felé egy ízben sem jelezte, így az ajánlat érvénytelensége újabb hiánypótlási felhívás nélkül nem állapítható meg.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

33. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárását 2018. október 26. napján indította, így a jelen jogorvoslati eljárásra a Kbt. e napon hatályos rendelkezéseit kell alkalmazni.

34. A Döntőbizottság – figyelemmel az ajánlatkérő eljárási kifogásaira – elsődlegesen az eljárásjogi feltételek fennállását vizsgálta meg, közülük is azt, hogy a kérelmező a jogorvoslati kérelem egésze tekintetében rendelkezik-e ügyfélképességgel.

A Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárására az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) rendelkezéseit

kell alkalmazni e törvény, valamint az e törvény felhatalmazása alapján alkotott végrehajtási rendelet kiegészítő vagy eltérő rendelkezéseinek figyelembevételével.

Az Ákr. 10. § (1) bekezdése szerint ügyfél az a természetes vagy jogi személy, egyéb szervezet, akinek (amelynek) jogát vagy jogos érdekét az ügy közvetlenül érinti, akire (amelyre) nézve a hatósági nyilvántartás adatot tartalmaz, vagy akit (amelyet) hatósági ellenőrzés alá vontak.

A Kbt. 148. § (2) bekezdése szerint kérelmet nyújthat be az ajánlatkérő, az ajánlattevő, közös ajánlattétel esetén bármelyik ajánlattevő, a részvételre jelentkező, közös részvételi jelentkezés esetén bármelyik részvételre jelentkező vagy az egyéb érdekelt, akinek jogát vagy jogos érdekét az e törvénybe ütköző tevékenység vagy mulasztás sérti vagy veszélyezteti. Az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívás, a közbeszerzési dokumentumok, illetve ezek módosításának, valamint a 113. § (1) bekezdése szerinti tájékoztatás jogsértő volta miatt kérelmet nyújthat be a közbeszerzés tárgyával összefüggő tevékenységű kamara vagy érdek-képviselői szervezet is. (E bekezdésben foglaltak a továbbiakban együtt: kérelmező.)

A jogalkotó a fenti jogszabályi rendelkezésekben határozta meg azoknak a körét, akik jogorvoslati kérelmet terjeszhetnek elő a közbeszerzésre, illetve a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok megsértése miatt. Ebben a körben nevesítetten szerepel az ajánlattevő is. Ezt alátámasztják a 89/65/EGK és a 92/13/EGK tanácsi irányelvnek a közbeszerzési eljárások odaitélésre vonatkozó jogorvoslati eljárások hatékonyságának javítása tekintetében történő módosításáról szóló, az Európai Parlament és a Tanács 2007/66/EK irányelv (2007. december 11.) egyes rendelkezései, melyek szerint a jogorvoslati eljárás igénybevételét legalább azon személyek számára lehetővé kell tenni, akiknek érdekében áll vagy állt egy adott szerződés elnyerése, és akiknek az állítólagos jogsértés érdeksérelmet okozott vagy okozhat.

Az Ákr. 10. § (1) bekezdése, a Kbt. 148. § (2) bekezdése, valamint az állandósult joggyakorlat szerint a kérelmezői jogosultságnak a kérelem előterjesztője vonatkozásában közvetlenül kell jelentkeznie, a kérelmező jogának, jogos érdeksérelmének közvetlenül kell kimutathatónak lenni.

A közvetlen érdeksérelm vagy annak veszélye többféle formában nyilvánulhat meg, így minden esetben az adott tények, körülmények vizsgálatát követően kell állást foglalni és megvizsgálni azt, hogy a jogorvoslati kérelem előterjesztőjének közvetlen érdekeltisége valóban megállapítható-e.

A Döntőbizottság a jelen tényállási elemeket a fentiek tükrében vizsgálva megállapította, hogy a kérelmező, mint a tárgyi közbeszerzési eljárás második legkedvezőbb ajánlatot benyújtó ajánlattevője támadta az eljárás nyertese ajánlatának érvényességét, vélelmezve azt, hogy az ajánlatkérő jogsértést követett el azáltal, hogy nem nyilvánította érvénytelenné az egyéb érdekelt ajánlatát.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmező közvetlen érdeksérelme az egyéb érdekelt ajánlata tekintetében fennáll, mivel a kérelmezőnek közvetlen jogos érdeke fűződik ahhoz, hogy a közbeszerzési szerződés elnyerése érdekében folytatott versenyben egyetlen érvénytelen, illetve annak vélt ajánlat se maradjon érvényes.

A Döntőbizottság – az ajánlatkérő ide vonatkozó előadását nem helytállónak ítélve – megállapította továbbá, hogy ezen közvetlen jogos érdek az a körülmény sem befolyásolja, illetve teszi közvetetté, hogy az egyéb érdekelt árajánlata a rendelkezésre álló fedezet mértékét meghaladta, mivel a Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pontja szerinti eredménytelenségi ok nem a törvény erejénél fogva beálló eredménytelenség, hanem pusztán egy lehetőséget biztosít az ajánlatkérő számára, hogy eredménytelenné nyilvánítsa az eljárást, amennyiben a nyertes ajánlat összegére tekintettel fedezethiány áll elő.

Az ajánlatkérő jelen esetben pusztán az észrevételében tett egy jövőre vonatkozó nyilatkozatot arra vonatkozóan, hogy a kérelmező nyertes pozícióba kerülése esetén a megállapított fedezet összegét nem kívánja megemelni, mely nem jelenti azt, hogy adott esetben – az egyéb érdekelt ajánlata érvénytelenségének megállapítása esetén – ezt a döntést fogja hozni, és nem biztosít pótfedezetet, ezáltal mellőzve az eljárás eredménytelenné nyilvánítását.

Mindebből következik, hogy egy esetleges ajánlatkérői döntés nem tudja közvetetté tenni a kérelmező fennálló jogos érdekének közvetlenségét.

A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy a kérelmező jogorvoslati jogosultsága, ügyfélképessége jelen jogorvoslati kérelem tekintetében fennáll, így a kérelem érdemi vizsgálatának nincs eljárásjogi akadálya, ezért a kérelmet az alábbiak szerint érdemben vizsgálta.

35. A Döntőbizottságnak az érdemi vizsgálat körében – figyelemmel az ítélet és az ajánlatkérői észrevétel ide vonatkozó érveléseire – először abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a jogorvoslati kérelmében a kérelmező mely jogsértés megvalósítását vélelmezte, azaz mely ajánlatkérői jogsértés megállapítását kérte.

A Kbt. 149. § (1) bekezdése szerint „A kérelemben meg kell jelölni

- a) a kérelmező és képviselőjének nevét, székhelyét (lakóhelyét), a kérelmezői jogosultságot alátámasztó tényeket;
- b) a kérelemmel érintett közbeszerzési eljárás ajánlatkérőjének nevét, székhelyét, a közbeszerzés tárgyát és - részajánlattétel esetében - a jogorvoslattal érintett részt, vagy a közbeszerzési eljárás mellőzésével történő beszerzés esetében a beszerző nevét, székhelyét és a beszerzés tárgyát;
- c) a jogsértő esemény megtörténtének és a kérelmező arról való tudomásszerzésének időpontját valamennyi kérelmi elem tekintetében egyértelműen azonosíthatóan;
- d) a megsértett jogszabályi rendelkezést valamennyi kérelmi elemre vonatkozóan, valamint a jogsértő eseményt és annak bizonyítékait;
- e) a Közbeszerzési Döntőbizottság döntésére irányuló indítványt, ennek indokait valamennyi kérelmi elem tekintetében egyértelműen azonosíthatóan;
- f) ideiglenes intézkedés [156. §] elrendelésére irányuló indítványt, ennek indokait;
- g) a közbeszerzési ügy lehetséges érdekeltjeinek a kérelmező által ismert nevét, székhelyét (lakóhelyét);
- h) az esetleges előzetes vitarendezés lefolytatását, továbbá annak eredményét, illetve az ajánlatkérő válaszát, amelyet csatolni is kell.”

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

A Döntőbizottság a fenti jogszabályi rendelkezések alapján rámutat egyrészt arra, hogy a Kbt. 149. § (1) bekezdés d) pontjában előírt megsértett jogszabályi rendelkezés a jogorvoslati kérelem egyik kötelező tartalmi eleme, és a kérelem a többi kötelező elemmel együtt lesz teljes, másrészt arra, hogy a kérelmet egészében, a tényleges tartalma alapján kell elbírálni, melyek közül csak egy szempont a kérelmező által megsértettként megjelölt jogszabályi rendelkezés.

A Döntőbizottság a kérelem fentiek szerinti tartalmi vizsgálata során megállapította, hogy a kérelmező a jogorvoslati kérelem 3. oldalán egyebek mellett kifejtette, hogy „nem került megindokolásra, hogy az ügyviteli, cégműködési költségek összessége miért képezik üzleti

titok részét, tekintettel arra, hogy a cég működési költségei között nyilvánvalóan különböző közterhek (adók, járulékok) is szerepelnek, melyek nem képezhetik üzleti titok tárgyát. (...) az üzleti titokká nyilvánítás azért is jogsértő, mert az alábbi árelemek nem minősülhetnek üzleti titoknak és a nyertes ajánlattevő indokolása nem is tér ki arra, hogy ezen árelemek üzleti titokká minősítése miért okoz számára aránytalan sérelmet:

- a feladatok ellátásának időigénye,
- utazási, adminisztrációs költségek,
- a fizetendő adók.”

A kérelem 4. oldal 3. bekezdése szerint „az üzleti titokká minősítés indokolása egyrészt azért jogsértő, mert a nyertes ajánlattevő nem jelölte meg pontosan azon adatok körét, melyeket üzleti titokká kíván nyilvánítani, kérelmező álláspontja szerint ugyanis bizonyosan nem esik ebbe a körbe valamennyi, a nyertes ajánlattevő által üzleti titokká minősített adat”.

A Döntőbizottság a fentiek alapján megvizsgálva megállapította, hogy a kérelem megsértett joghelyként valóban csupán a Kbt. 73. § (1) bekezdés fb) pontjára tekintettel a Kbt. 69. § (2) bekezdését tartalmazta, azonban az egyéb érdekelt üzleti titokra vonatkozó indokolásának meg nem felelősége mellett több helyütt foglalt magában az üzleti titok körének jogsértő, a Kbt.-vel ellentétes kibővítésével kapcsolatos előadást is. Ennél fogva nem merült fel az ítéletben, illetve az ajánlatkérői észrevételben hivatkozott hivatalbóli kiterjesztés alkalmazásának vizsgálata, illetve a jogintézmény igénybevétele.

36. Mindezek alapján a Döntőbizottságnak a kérelemhez kötöttség elve alapján abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő jogszerűen ítélte-e meg az egyéb érdekelt által az árindokolásban üzleti titokká nyilvánított adatok körét, azaz az egyéb érdekelt árindokolása tartalmaz-e olyan adatokat, amiket nem nyilváníthatott volna üzleti titokká, illetve az ajánlatkérő jogszerűen fogadta-e el az árindokolás üzleti titokká nyilvánítására vonatkozó indokolást és annak kiegészítését.

Tehtettettel arra, hogy az egyéb érdekelt az indokolása 2-4. sz. mellékletét üzleti titokká nyilvánította, a Döntőbizottságnak az Ákr. 27. § (2) bekezdésének figyelembevételével kellett eljárnia, mely szerint a hatóság gondoskodik arról, hogy a törvény által védett titok (a továbbiakban: védett adat) ne kerüljön nyilvánosságra, ne juthasson illetéktelen személy tudomására, és a személyes adatok védelme biztosított legyen.

37. A Döntőbizottság a döntése során az alábbi jogszabályi rendelkezésekre, illetve abból levont következtetésekre volt figyelemmel.

A Kbt. 44. §-a az alábbi rendelkezéseket tartalmazza:

„(1) A gazdasági szereplő az ajánlatban, részvételi jelentkezésben, hiánypótlásban vagy felvilágosításban, valamint a 72. § szerinti indokolásban elkülönített módon elhelyezett, üzleti titkot (ideértve a védett ismeretet is) [az üzleti titok védelméről szóló 2018. évi LIV. törvény 1. §] tartalmazó iratok nyilvánosságra hozatalát megtilthatja. Az üzleti titkot tartalmazó irat kizárólag olyan információkat tartalmazhat, amelyek nyilvánosságra hozatala a gazdasági szereplő üzleti tevékenysége szempontjából aránytalan sérelmet okozna. A gazdasági szereplő az üzleti titkot tartalmazó, elkülönített irathoz indokolást köteles csatolni, amelyben részletesen alátámasztja, hogy az adott információ vagy adat nyilvánosságra hozatala miért és milyen módon okozna számára aránytalan sérelmet. A gazdasági szereplő által adott indokolás nem megfelelő, amennyiben az általánosság szintjén kerül megfogalmazásra.

(2) Az (1) bekezdés alkalmazásában a gazdasági szereplő nem nyilváníthatja üzleti titoknak különösen

- a) azokat az információkat, adatokat, amelyek elektronikus, hatósági vagy egyéb nyilvántartásból bárki számára megismerhetők,
- b) az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló 2011. évi CXII. törvény 27. § (3) bekezdése szerinti közérdekből nyilvános adatokat,
- c) az ajánlattevő, illetve részvételre jelentkező által az alkalmasság igazolása körében bemutatott
 - ca) korábban teljesített közbeszerzési szerződések, illetve e törvény szerinti építés- vagy szolgáltatási koncessziók megkötésére, tartalmára és teljesítésére vonatkozó információkat és adatokat,
 - cb) gépekre, eszközökre, berendezésekre, szakemberekre, tanúsítványokra, címkékre vonatkozó információkat és adatokat,
 - d) az ajánlatban meghatározott áruk, építési beruházások, szolgáltatások leírását, ide nem értve a leírásnak azt a jól meghatározható elemét, amely tekintetében az (1) bekezdésben meghatározott feltételek az ajánlattevő által igazoltan fennállnak,
 - e) ha az ajánlatkérő annak benyújtását kéri, az ajánlattevő szakmai ajánlatát, ide nem értve a szakmai ajánlatnak azt a jól meghatározható elemét, amely tekintetében az (1) bekezdésben meghatározott feltételek az ajánlattevő által igazoltan fennállnak és a (3) bekezdés alapján nincs akadálya az üzleti titokká nyilvánításnak.

(3) A gazdasági szereplő nem tilthatja meg nevének, címének (székhelyének, lakóhelyének), valamint olyan ténynek, információnak, megoldásnak vagy adatnak (a továbbiakban együtt: adat) a nyilvánosságra hozatalát, amely a 76. § szerinti értékelési szempont alapján értékelésre kerül, de az ezek alapjául szolgáló – a (2) bekezdés hatálya alá nem tartozó – részinformációk, alapadatok (így különösen az árazott költségvetés) nyilvánosságra hozatalát megtilthatja.

(4) Ha a gazdasági szereplő meghatározott információk, adatok üzleti titokká nyilvánítása során az (1)-(3) bekezdésben foglaltakat nem tartotta be, az ajánlatkérő hiánypótlás keretében köteles felhívni az érintett gazdasági szereplőt a megfelelő tartalmú dokumentum benyújtására.”

Az üzleti titok védelméről szóló 2018. évi LIV. törvény (a továbbiakban: 2018. évi LIV. törvény) 1. §-a szerint:

„(1) Üzleti titok a gazdasági tevékenységhez kapcsolódó, titkos - egészben, vagy elemeinek összességéeként nem közismert vagy az érintett gazdasági tevékenységet végző személyek számára nem könnyen hozzáférhető -, ennél fogva vagyoni értékkel bíró olyan tény, tájékoztatás, egyéb adat és az azokból készült összeállítás, amelynek a titokban tartása érdekében a titok jogosultja az adott helyzetben általában elvárható magatartást tanúsítja.

(2) Védett ismeret (know-how) az üzleti titoknak minősülő, azonosításra alkalmas módon rögzített, műszaki, gazdasági vagy szervezési ismeret, megoldás, tapasztalat vagy ezek összeállítása.”

A Kbt. 69. § (1)-(2) bekezdései szerint:

„(1) Az ajánlatok és részvételi jelentkezések elbírálása során az ajánlatkérőnek meg kell vizsgálnia, hogy az ajánlatok, illetve részvételi jelentkezések megfelelnek-e a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek.

(2) Az ajánlatkérő köteles megállapítani, hogy mely ajánlat vagy részvételi jelentkezés érvénytelen, és hogy van-e olyan gazdasági szereplő, akit az eljárásból ki kell zárni. Az ajánlatkérő a bírálat során az alkalmassági követelmények, a kizáró okok és a 82. § (5) bekezdése szerinti kritériumok előzetes ellenőrzésére köteles az egységes európai közbeszerzési dokumentumba foglalt nyilatkozatot elfogadni, valamint minden egyéb

tekintetben a részvételi jelentkezés és az ajánlat megfelelőségét ellenőrizni, szükség szerint a 71-72. § szerinti bírálati cselekményeket elvégezni. Az ajánlatkérő az egységes európai közbeszerzési dokumentum szerinti nyilatkozattal egyidejűleg – több szakaszból álló eljárásban a részvételi szakaszban – ellenőrzi a nyilatkozatban feltüntetett, a (11) bekezdés szerint elérhető adatbázisok adatait is.”

A Kbt. 73. § (1) bekezdés f) pontja szerint:

„(1) Az ajánlat vagy a részvételi jelentkezés érvénytelen, ha
 f) az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező
 fa) valamely adatot a 44. § (2)-(3) bekezdésébe ütköző módon minősít üzleti titoknak és ezt az ajánlatkérő hiánypótlási felhívását követően sem javítja; vagy
 fb) a 44. § (1) bekezdése szerinti indokolás a hiánypótlást követően sem megfelelő.”

38. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az üzleti titok körének meghatározása az érintett titokgazda gazdasági szereplő által meghatározott adatokat jelenti, az üzleti titokká minősítés az ajánlattevő kompetenciájába tartozik. Az üzleti titokká nyilvánítás jogának tartalmi korlátait egyfelől az üzleti titoknak a meghivatkozott 2018. évi LIV. törvény 1. §-a szerinti fogalmi meghatározása, másfelől a Kbt. 44. § (2) és (3) bekezdésében szabályozott tilalom adja meg. A Kbt. 44. § (1) bekezdése formai követelményt is előír a helyes eljárásra. Eszerint az üzleti titkot tartalmazó iratokat elkülönített módon kell elhelyezni az ajánlatban, részvételi jelentkezésben, hiánypótlásban, illetőleg a Kbt. 72. §-a szerinti indokolásban. Az ilyen módon és okból elkülönített irathoz a gazdasági szereplő köteles indokolást csatolni, amelyben számot ad a nyilvánosság kizárásának jogszerű indokairól. A jogalkotó a megfelelő indokolás tartalmi feltételeit tételesen nem adja meg, hanem az elérendő eredményre fogalmaz meg iránymutatást: az indokolásnak azt kell alátámasztania, hogy az adott információ vagy adat nyilvánosságra hozatala a gazdasági szereplő számára aránytalan sérelmet okozna. Az indokolás nem fogalmazható meg az általánosság szintjén, olyan részletezettséggel kell elkészíteni, hogy abból megállapítható legyen, hogy a nyilvánosság miatt és milyen módon okozhat a konkrét gazdasági szereplőnek aránytalan sérelmet. A Kbt. 44. § (4) bekezdésében és a Kbt. 73. § (1) bekezdés f) pontjában a jogalkotó a törvény által védett közérdek, a nyilvánosság szükséges mértékű érvényesülésének biztosítása érdekében vizsgálati és cselekvési kötelezettséget írt elő az ajánlatkérő számára.

A jogszabályban előírtak betartásához, a jogsértő helyzet reparálásához jogi eszközt is biztosított: a hiánypótlás alkalmazhatóságát, végső soron a jogsértő magtartás szankcionálhatóságát, az érvénytelenség Kbt. 69. § (2) bekezdése szerinti megállapítását, amennyiben a hiánypótlást követően is jogsértő az üzleti titokká nyilvánítás, illetve elégtelen az indokolás.

39. A Döntőbizottság először az adatok üzleti titokká minősítésének jogszerűségét vizsgálta meg, mivel álláspontja szerint ehhez képest lehet megítélni az üzleti titokká nyilvánításra vonatkozó indokolás megfelelőségét.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő a kérelmező előzetes vitarendezési kérelmére a bírálat újra nyitásával hiánypótlásra hívta fel az egyéb érdekeltet, mely dokumentum csak az egyéb érdekelt áringokolásának üzleti titokká nyilvánításra vonatkozó indokolása tekintetében tartalmazott előírást, míg az üzleti titokká nyilvánított adatok körével kapcsolatban nem foglalt magában felszólítást.

A Döntőbizottság az egyéb érdekelt áringokolása 2-4. sz. mellékletét az üzleti titokká minősítésre vonatkozó, a Kbt. 44. § (1) bekezdésében előírt általános követelmény (a

nyilvánosságra hozatal általi aránytalan sérelem okozás), illetve a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdésében előírt tilalmak tükrében megvizsgálva megállapította, hogy a 2-3. sz. mellékletben szereplő, az ajánlati ár alapját képező mérnök napidíj összegét kitevő tételek közül a gépjármű használat költsége, az általános működési és egyéb speciális költségek, a napidíj bértartalma, a társasági adó és a nyereség, valamint a 4. sz. mellékletet képező főkönyvi kivonat ezen tételeket alátámasztó adatai, mind olyan információt tartalmaznak, melyek nyilvánosságra hozatala az egyéb érdekelt számára a gazdasági tevékenysége szempontjából aránytalan sérelmet okozna, és nem tartoznak a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdése szerinti tilalmi körbe.

A Döntőbizottság az iparüzési adó tekintetében viszont megállapította, hogy az annak mértékét meghatározó mindkét adat – az adó alapja és kulcsa – a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdése szerinti, üzleti titokká nyilvánítás alóli tilalmi körbe tartozik. Az iparüzési adó 2%-os kulcsa bárki számára hozzáférhető nyilvános adatnak, míg az adó alapjául szolgáló árbevétel, jelen esetben a 23.856.000.-Ft-os ajánlati ár értékelési szempont alapján értékelésre kerülő adatnak minősül, mely a bontás során is közlésre került a többi ajánlattevővel. Ennek okán nem teljesül 2018. évi LIV. törvény 1. § (1) bekezdésében meghatározott, az üzleti titok vonatkozásában előírt azon követelmény sem, hogy az érintett gazdasági tevékenységet végző személyek számára nem könnyen hozzáférhető az adat.

A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy az egyéb érdekelt az árindokolásában olyan információt nyilvánított üzleti titokká, amely nem felelt meg annak az általános követelménynek, hogy a nyilvánosságra hozatal számára a gazdasági tevékenysége szempontjából aránytalan sérelmet okozna, és egyúttal a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdése szerinti tilalmi körbe tartozik. Mivel az üzleti titokká minősített adatokra vonatkozóan az ajánlatkérő korábban nem hívta fel hiánypótlásra az egyéb érdekeltet, ezért az adó alapja és kulcsa tekintetében hiánypótlásra kellett volna felszólítania az egyéb érdekeltet, melynek elmulasztásával megsértette a Kbt. 69. § (1) bekezdésére és 69. § (2) bekezdés második mondatára, valamint a Kbt. 44. § (2)-(3) bekezdésére tekintettel a Kbt. 44. § (4) bekezdését.

40. A Döntőbizottság az üzleti titokká nyilvánításra vonatkozó indokolás jogszerűségét vizsgálva megállapította, hogy az egyéb érdekelt a hiánypótlás során egyebek mellett azzal egészítette ki indokolását, hogy az ajánlati ár alapjául szolgáló mérnöknap díjának nyilvánosságra hozatala jelentős forgalmi, anyagi veszteséget okozna, hiszen annak kalkulációjából más piaci szereplők is következtetni tudnak az árképzésére, és a jövőbeni beszerzési eljárásokban jelentős hátrányba kerülne a vetélytárs gazdasági szereplőkkel szemben, így az ajánlati ár kalkulációjának nyilvánosságra hozatala aránytalan sérelmet okozna számára. A nyereség tekintetében rögzítette továbbá, hogy a tárgyi beszerzés esetében referenciaszerzés céljából még kisebb nyereség mellett is el kívánja végezni a szolgáltatást a jövőbeni megrendelések lehetősége érdekében.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a kiegészített indokolás nem tekinthető az általánosság szintjén megfogalmazottnak, mert ha a kérelmező által kifogásolt részek konkrétan, pl. adatokkal kiegészítve kerültek volna megfogalmazásra, az már veszélyeztette volna az egyéb érdekelt üzleti titokhoz fűződő jogát, azaz a jogszerűen üzleti titokká nyilvánított adatok titokban maradását, mely aránytalan sérelmet okozhatott volna számára.

A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő jogszerűen fogadta el az egyéb érdekelt üzleti titokra vonatkozó indokolását, ezért nem sértette meg a Kbt. 73. § (1) bekezdés fb) pontjára tekintettel a Kbt. 69. § (2) bekezdését.

41. A Döntőbizottság mindezekre figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét és alkalmazta a Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pontja szerinti jogkövetkezmenyt, megsemmisítette az ajánlatkérő eljárást lezáró és azt módosító, illetve utóbbi döntést követően hozott valamennyi döntését.

42. 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 a szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben.

A Kbt. 165. § (5) bekezdése szerint, ha a kérelemmel érintett jogsértéssel összefüggésben előzetes vitarendezést kérelmeztek és az ajánlatkérő a jogsértéssel kapcsolatban álláspontját megküldte, de egyéb intézkedést nem tett, ezen jogsértés tekintetében a (3) bekezdés d) pontja szerinti bírság összege – a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb 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.”

A Döntőbizottság jelen esetben további jogkövetkezmenyként a bírság kiszabását indokoltnak tartotta, mivel az ajánlatkérő súlyos jogsértést követett el azzal, hogy nem győződött meg az egyéb érdekelt ajánlata érvényességéről/érvénytelenségéről.

A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során a jogsértés súlyán kívül figyelembe vette a közbeszerzés szolgáltatás-megrendelés esetében viszonylag alacsony, 38 millió forintos nagyságrendű becsült értékét, illetve mérlegelte azt is, hogy a megállapított jogsértés reparálható.

A Döntőbizottság az ajánlatkérő javára értékelte, hogy közbeszerzéseivel kapcsolatban az utóbbi két évben jogsértés megállapítására nem került sor.

A Döntőbizottság mindezen tényezőket együttesen mérlegelve a bírság összegét a rendelkező részben meghatározott mértékben állapította meg.

43. A Döntőbizottság az eljárási költségek viseléséről az Ákr. 126. § (2) bekezdés b) pontja alapján rendelkezett.

44. A Döntőbizottság a kérelmező által megfizettetni kért 250.000.-Ft+Áfa képviselői munkadíjból 100.000.-Ft+ÁFA megfizetésére kötelezte az ajánlatkérőt, figyelembe véve a képviselő által ténylegesen, indokoltan kifejtett szaktanácsadói tevékenységet, ezen belül a

beadványok megszerkesztésének időigényességét, terjedelmét, valamint az azokban kifejezésre juttatott jogi érvelés bonyolultságának fokát és helytállóságát.

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

46. A határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatát 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) bekezdése és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pontja alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2020. szeptember 29.

Dr. Virágh Norbert sk.
közbeszerzési biztos,
az eljáró tanács elnöke

Berekméri Ágnes sk.
közbeszerzési biztos

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Németh Ferenc felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (elektronikus úton)
2. Dr. Kozák Csilla ügyvéd (KRID: 52485374)
3. Miniszterelnökség (elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (elektronikus úton)