



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

Az ügy iktatószáma: D.557/16/2019.

A tanács tagjai: Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bonifert Zsolt közbeszerzési biztos, Dr. Puskás Sándor közbeszerzési biztos

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

A kezdeményező képviselője: Dr. Kugler Tibor felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
KRID: 248798778

Az ajánlatkérők: Budapesti Közlekedési Zrt.
(Budapest, Akácfa u. 15.)
KRID: 12154481
Budapesti Közlekedési Központ Zrt.
(Budapest, Rumbach Sebestyén u. 19-21.)
KRID: 23028966

Az ajánlatkérők képviselője: Dr. Tölgyesi Andrea felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A beszerzés tárgya, becsült értéke: Budapesti közösségi közlekedési eszközök és közlekedési köztéri reklámhelyek reklám célú hasznosítása, nettó 5.736.000.000.-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 megállapítja, hogy az ajánlatkérők megsértették a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 126. § (5) bekezdésére tekintettel a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontját.

A Döntőbizottság megsemmisíti a tárgyi koncessziós beszerzési eljárásban 2019. november 7-én az ajánlattevők részére megküldött összegezt és az ajánlatkérőkkel szemben egyetemlegesen 115.000.000.-Ft, azaz száztizenötmillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja az ajánlatkérőket, 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 teljesítsék.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. A Budapesti Közlekedési Zrt. (a továbbiakban: BKV Zrt.) és a Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (a továbbiakban: BKK Zrt.) ajánlatkérők 2016. január 22-én feladott és az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2016/S 016-024755. iktatószám alatt megjelent részvételi felhívás útján a Kbt. IV. része szerinti koncessziós beszerzési eljárást indítottak a bevezető részben meghatározott szolgáltatási koncesszió beszerzése tárgyában. A részvételi felhívásban az alábbi előírások szerepeltek:

„II.1.1) Az ajánlatkérő által a szerződéshez rendelt elnevezés:

Budapesti közösségi közlekedési eszközök és közlekedési köztéri reklámhelyek reklám célú hasznosítása

II.3) A szerződés időtartama vagy a befejezés határideje

Az időtartam hónapban: 96 [...]

VI.3.14) A jelentkezések érvénytelenségére a Kbt. 126. § (4) bekezdését, az eljárás érvénytelenségére vonatkozóan a Kbt. 126. § (5) bekezdése alapján eredménytelennek nyilvánítja ajánlatkérő az eljárást, ha nyertes ajánlatban szereplő koncessziós díj értéke nem éri el az általa a végleges ajánlatok bontását megelőzően közölt értéket.

VI.4.10) A koncessziós eljárást a BKK Zrt. (1075 Budapest, Rumbach S. u. 19-21.) és a BKV Zrt. közös ajánlatkérőként (jelen eljárásban: Ajánlatkérő) folytatja le oly módon, hogy az operatív lebonyolítást a BKV Zrt. végzi.”

A részvételi dokumentáció I. Fejezet 28. pontja az alábbi előírásokat tartalmazta:

„Alkalmazandó jogszabály

Az eljárást megindító felhívásban és e dokumentumban nem szabályozott kérdésekre a 2015. évi CXLI. törvény a közbeszerzésekről és végrehajtási rendeletei az irányadók.”

2. Két részvételi jelentkezés érkezett, amelyet négy gazdasági szereplő nyújtott be. A BKV Zrt. ajánlatkérő 2016. október 26-án megküldött részvételi szakaszt lezáró összegezésében mindkét részvételi jelentkezést alkalmasnak és érvényesnek minősítette. A BKV Zrt. 2016. október 27-én ajánlattételi felhívást küldött a gazdasági szereplők részére. A felhívás 8. pontja a szerződés időtartamát 48 hónapban rögzítette. A 2016. december 12-én felvett bontási jegyzőkönyv szerint mindkét részvételre jelentkező ajánlatot nyújtott be, az ajánlatkérő az ajánlatok bontásakor ismertette a beszerzés becsült értékét is.

3. A Fővárosi Közgyűlés 2019. november 5-én meghozta a 956/2019. számú határozatot (a továbbiakban: Kgy. határozat), amelyben az alábbiak szerepeltek:

„A Fővárosi Közgyűlés felhívja a főpolgármestert, a Fővárosi Önkormányzat intézményeinek vezetőit, valamint a Fővárosi Önkormányzat kizárólagos tulajdonában álló gazdasági társaságok ügyvezetését, hogy fentiek szerinti egységes koncepció elfogadásáig a Fővárosi Önkormányzat, annak intézményei és kizárólagos tulajdonában lévő gazdasági társaságai ne

kössenek egy évnél hosszabb időre szóló, a tulajdonukban, használatukban vagy vagyonkezelésükben lévő reklámfelületek hasznosítására irányuló szerződéseket.”

4. A BKV Zrt. ajánlatkérő a 2019. november 7-én az ajánlattevők részére megküldött összegezésében a beszerzési eljárást eredménytelenné nyilvánította az alábbi indokolással: „A Fővárosi Közgyűlés 2019. november 5. napján tartott ülésén, 15. napirendi pontként megjelölt, Javaslat egyes reklámozási célú felületek hasznosításáról szóló koncepció kidolgozására tárgyú előterjesztésben megfogalmazott határozati javaslatot fogadott el, mely szerint a Fővárosi Önkormányzat kizárólagos tulajdonában álló gazdasági társaságok ne kössenek egy évnél hosszabb időre szóló, a tulajdonukban, használatukban vagy vagyonkezelésükben lévő reklámfelületek hasznosítására irányuló szerződéseket. A BKV Zrt.-t és BKK Zrt.-t ezen döntés kötelezi a Budapest Főváros Önkormányzata vagyonáról, a vagyonelemek feletti tulajdonosi jogok gyakorlásáról szóló 22/2012. (III. 14.) Főv. Kgy. rendelet alapján. A Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerint az ajánlatkérő eredménytelenné nyilváníthatja az eljárást, ha a szerződés megkötésére vagy teljesítésére képtelenné vált, vagy a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye [Kbt. 53. § (4)-(6) bekezdés]. A szerződés megkötésére, illetve a teljesítésére képtelenné válás háttérében a jogszabályhelyet tartalommal kitöltő 53. § (4) bekezdése értelmében az ajánlattételi határidő lejártát követően beállott, az ajánlatkérő ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény állhat. Ugyancsak eredménytelenséghez vezet, ha ilyen körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye. A Kbt. 53. §-ának (4) bekezdése értelmében az ajánlatkérőnek az eljárást ezekben az esetekben eredménytelenné kell nyilvánítania. Utóbbi megfogalmazás alapján az ajánlatkérői mérlegelés látszólagos: valójában arra korlátozódik, hogy értékelje a tényleges körülményeket az előre nem láthatóság, illetve az ajánlatkérő hatókörén kívül állóság szempontjából. Amennyiben ezek bizonyítottan fennállnak, az eljárást eredménytelenné kell nyilvánítania.”

A hivatalbóli kezdeményezés

5. A kezdeményező 2019. december 9-én benyújtott kezdeményezésében kérte a jogsértés megállapítását. Ismertette, hogy 2019. december 4-én közérdekű bejelentés érkezett részére, amelyben ismertetésre került a beszerzési eljárás eredménytelenségi indokolása. A kezdeményező idézte a részvételi felhívás VI.3.14) pontját, majd a Kbt. 118. § (1) és (3) bekezdéseit, a Kbt. 126. § (5) – (7) bekezdéseit, majd kifejtette, hogy álláspontja szerint az eredménytelenség jogszerűtlen alkalmazásával az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 126. § (5) bekezdésére tekintettel a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjában hivatkozott 53. § (4) bekezdését.

6. A releváns tények bemutatását követően a kezdeményező kifejtette, hogy a Kbt. 126. § (6) és (7) bekezdései, valamint a Kbt. 126. § (5) bekezdés első mondata vehető figyelembe a koncessziós beszerzési eljárásban: a rendelkezések további, kifejezetten a koncessziós beszerzési eljárásra irányadó eredménytelenségi okokat rögzítenek, továbbá azt mondják ki, hogy speciális eredménytelenségi okok hiányában az eljárás kizárólag a Kbt. 75. § (1) bekezdése szerinti esetekben lehet eredménytelen. A Kbt. 126. § bekezdése szerint a koncessziós eljárás nem csak a Kbt. 75. § (1) bekezdésében szabályozott kötelező esetekben eredménytelen, hanem akkor is, ha olyan ok áll elő, amelyet az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásában, - és nem feltétlenül csak a Kbt. 75. § (2) bekezdésében szabályozott opcionális esetekben - eredménytelenségi okként rögzített. A jogalkotó további két esetcsoportot nevesít, amelyek fennállása a koncessziós eljárás eredménytelenségét vonja maga után: egyrészt, ha a legkedvezőbb ajánlat a koncesszió becsült értékénél magasabb, és

ennek a magasabb összegnek a figyelembevételével a koncessziós eljárást már nem lett volna elegendő nemzeti szinten közzétenni [Kbt. 126. § (6) bekezdés], másrészt, ha az eljárás folyamán csak olyan ajánlat érkezik, amely alapján a koncessziós szerződési modell már nem lenne alkalmazható [Kbt. 126. § (7) bekezdés]. A részvételi felhívás VI.3.14) pontja értelmében a Kbt. 126. § (5) bekezdése alapján eredménytelenné nyilvánítja ajánlatkérő az eljárást, ha a nyertes ajánlatban szereplő koncessziós díj értéke nem éri el az általa a végleges ajánlatok bontását megelőzően közölt értéket.

7. Az ajánlatkérők nem írták elő a Kbt. 75. § (2) bekezdésének alkalmazását, ha előírták volna, a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenség akkor sem áll fenn jelen esetben. A Kbt. 53. § (4) bekezdése szerinti esetek megvalósulásakor az ajánlatkérőnek az eljárást eredménytelenné kell nyilvánítania. Az ajánlatkérői mérlegelés ez esetben látszólagos: valójában arra korlátozódik, hogy értékelje a tényleges körülményeket az előre nem láthatóság, illetve az ajánlatkérő hatókörén kívül állóság szempontjából. Amennyiben ezek bizonyítottan fennállnak, az eljárást eredménytelenné kell nyilvánítaniuk. Ajánlatkérő felett a tulajdonosi jogokat Budapest Főváros Önkormányzata gyakorolja a 22/2012 (III.14) Főv. Kgy. rendelet (a továbbiakban: Kgy. rendelet) alapján, így nem hivatkozhat előre nem látható, érdekkörén kívül eső olyan körülményre, amely miatt eredménytelenné kellene nyilvánítania az eljárást, mivel így saját tulajdonosi döntését értékeli vis maior helyzetként. A Kbt. kommentár szerint az „ajánlatkérő ellenőrzési körén kívül eső” fordulat alatt mindenképpen olyan tartalom húzódik, mely szerint az adott esemény bekövetkezésére az ajánlatkérőnek nem volt érdemi ráhatása, ami jelen eljárásban a fentiek okán nem állapítható meg.

8. A kezdeményező kérte a jogsértés megállapítását és bírság kiszabását.

9. A jogorvoslati eljárás során tett észrevételében vitatta a BKV Zrt. ajánlatkérő azon álláspontját, hogy az eredménytelenségi okként való megjelölés körében elegendő a részvételi dokumentáció 28. pontjában szereplő előírás. A Kbt. 126. § (5) bekezdése egyértelműen rögzíti, hogy ha az ajánlatkérő olyan feltételeket határoz meg, amelyek fennállásakor az eljárást eredménytelenné nyilváníthatja, rögzítenie kell azokat az objektív szempontokat is, amelyek alapján az eredménytelenségre vonatkozó döntést meg fogja hozni. A Kbt. kógens rendelkezései alapján az ajánlatkérőnek rögzítenie kellett volna a részvételi felhívásban, hogy alkalmazni kívánja a Kbt. 75. § (2) bekezdésében foglaltakat, ezt azonban nem tette meg, így ez alapján nem is nyilváníthatta volna eredménytelenné az eljárást.

10. Cáfolta azt az érvelést, mely szerint a Fővárosi Közgyűlés általi határozathozatal olyan körülmény, amelyre nem képes hatást gyakorolni, ugyanakkor annak eredménye az ajánlatkérőre nézve kötelező erővel bír. Az ajánlatkérő felett a tulajdonosi jogokat Budapest Főváros Önkormányzata gyakorolja a Kgy. rendelet alapján, így nem hivatkozhat előre nem látható, érdekkörén kívül eső olyan körülményre, amely miatt eredménytelenné kellene nyilvánítania az eljárást, mivel így saját tulajdonosi döntését értékeli vis maior helyzetként. Idézte a Döntőbizottság D.378/12/2011. számú határozatában, illetve a Miskolci Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 24.K.26.870/2013./30. számú ítéletében foglaltakat, amelyek szerinte a jelen ügy szempontjából irányadó döntések.

A BKV Zrt. ajánlatkérő észrevétele

11. Az ajánlatkérő kérte a jogsértés hiányának a megállapítását.

12. Álláspontja szerint a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjára tekintettel a Kbt. 53. § (4) bekezdésben foglalt, az eljárás eredménytelenségét alátámasztó konjunktív feltételek fennállnak. Cáfolta a kezdeményező azon álláspontját, mely szerint az eredménytelenségi döntése kapcsán saját érdekkörében felmerült okra hivatkozna kizárólag arra tekintettel, hogy a tulajdonosi jogokat a Fővárosi Közgyűlés gyakorolja, mivel ezen megállapításhoz szükséges feltétel lenne, - ahogy azt a Kbt. kommentár is megerősíti -, hogy ajánlatkérőnek érdemi ráhatása legyen a közgyűlési döntésekre. Az érdemi ráhatás lehetőségének jogszabályi hátterét a kezdeményező sem jelölte meg, ezzel állítását semmilyen formában nem támasztotta alá. Ennek ellenkezője ugyanakkor kifejezetten alátámasztható: a tulajdonosi döntés ellenőrzési körön kívül eső körülmény volta, vagyis az ajánlatkérő és tulajdonosa személyének kifejezett elkülönítése egyértelműen levezethető a Kgy. rendeletből és a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 3:112. § (3) bekezdéséből.

13. Előadta, hogy a Fővárosi Közgyűlés általi határozathozatal olyan körülmény, amelyre az ajánlatkérő nem képes hatást gyakorolni, azt jelen esetben sem volt képes befolyásolni, tőle és az általa kifejtett tevékenységtől objektíve független, azaz a körülmény az általa elvégzett vagy elvégezhető cselekvéstől, befolyástól függetlenül következett be. Az ajánlatkérő a közgyűlési döntéshozatalban nem vesz részt, nem képviselteti magát, ugyanakkor annak eredménye rá nézve kötelező erővel bír. A Kbt. 53. § (4) bekezdésben előírt feltétel másik eleme, hogy a körülmény, esemény az ajánlatkérő által előre nem látható okból következzen be, szintén fennáll, nem láthatta előre, hogy a Fővárosi Közgyűlés reklámtevékenységet érintő, az adott koncessziós eljárást is érintő határozatot fog hozni, ezen esemény az ajánlati kötöttség beállta után következett be. Az ajánlati kötöttséggel terhelt szerződéses feltételekben a szerződés időtartama a Kbt. rendelkezései alapján jogszerűen nem volt módosítható, nem volt csökkenthető az ajánlatkérőt kötelező, Kgy. határozatban foglalt, legfeljebb 1 éves időtartamra. Hangsúlyozta, hogy a felhívásban is megjelölt 4+4 éves időtartamra vonatkozó előírásnak megfelelően alakította ki mind az eljárást indító hirdetményben rögzített feltételeket, így az alkalmassági kritériumokat, mind a kötöttséggel terhelt szerződésben előírt rendelkezéseket. Az őt kötelező Kgy. határozatban foglaltak alapján ugyanakkor 1 évnél hosszabb időszakra nem köthet reklámtevékenységre vonatkozó szerződést. Mindezek alapján az eljárásban közölt végleges feltételeknek megfelelően nem köthetett szerződést.

14. Vitatta a Kbt. azon értelmezését, mely szerint a Kbt. 75. § (2) bekezdésében előírt eredménytelenségi okokra ne hivatkozhatna. Ezen álláspont elfogadásakor, abban az esetben is ezen jogalap eredménytelenségi okként való megjelölését lehetővé tette az a körülmény, hogy a részvételi dokumentáció 28. pontjában előírta, hogy „Az eljárást megindító felhívásban és e dokumentumban nem szabályozott kérdésekre a 2015. évi CXLII. törvény a közbeszerzésekről és végrehajtási rendeletei az irányadók.” A Kbt. 118. § (4) bekezdésében foglalt felhatalmazás alapján kétséget kizáróan bevonta az eljárás szabályai közé többek között a Kbt. 75. § (2) bekezdését is. Ezen hivatkozás kifejezett megjelenítésének elmaradása esetén is alkalmazandó a kifogásolt jogszabályhely. A Kbt.-ben kinyilvánított jogalkotói szándék a koncessziós eljárások eredménytelenné nyilvánításához is rugalmasabb szemlélettel közelít, amely az eredménytelenné nyilvánítás körében azt feltételezi, hogy a Kbt.-ben rögzített taxatív felsorolt eredménytelenné nyilvánítási kötelezettségeken, illetve lehetőségeken túl egyéb feltételeket határozhassanak meg az ajánlatkérők. A Kbt. nem tartalmaz olyan rendelkezést, hogy koncessziós eljárás esetén a Kbt. 75. § (2) bekezdésében

foglaltak nem alkalmazandók, vagy csak akkor alkalmazhatóak, ha az ajánlatkérő a felhívásban azt külön megjelölte, mivel a Kbt. 127. § (6) bekezdésében foglaltak alapján olyan eredménytelenségi feltételeket szükséges az ajánlatkérőnek megjelölnie - amennyiben ezzel a lehetőséggel élni kíván - amely a Kbt.-ben nem szerepel. Hangsúlyozandó, hogy egy jogszabályhely alkalmazásának kizárására a Kbt. egyértelmű utalásokkal él, amennyiben ez a jogalkotó kifejezett célja. Az előzőekben leírtakat támasztja alá azon - ajánlatkérő által az eredménytelenség jogalapjaként behivatkozott Kbt. 53. § (4) bekezdésben foglalt - körülmény is, hogy eredménytelenné kell nyilvánítani az eljárást, ha az ajánlati kötöttség beálltát követően az ellenőrzési körön kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye. Ellenkező esetben ezen jogszabályhelyre hivatkozás sem lenne lehetséges koncessziós eljárás esetén, ami nyilvánvalóan nem lehetett a jogalkotó szándéka, hiszen koncessziós eljárás esetén sem kerülhetnek olyan helyzetbe az ajánlatkérők, hogy előre nem látható, ellenőrzési körön kívül eső körülmény esetén is kötelezettségük legyen a kiírt feltételek mellett teljesíthetetlen vagy jogellenes szerződés megkötése.

15. A jogorvoslati eljárás során tett észrevételében cáfolta a kezdeményező által említett döntőbizottsági ügy jelen esetre történő alkalmazhatóságát, tekintettel a tényállásbeli különbségekre, amelyeket részletesen ismertetett. Hangsúlyozta, hogy a Kbt. 126. § (5) bekezdése a Kbt.-ben meghatározottakon felüli feltételek előírását teszi lehetővé az ajánlatkérő számára, mint eredménytelenségi okokat. Az általa a jelen közbeszerzés során alkalmazható Kbt. 53. § (4) bekezdése szerinti körülmény az eljárás eredményének kihirdetése előtt következett be: az idézett normaszövegben megjelenő jogalkotói szándék nyilvánvalóan az volt, hogy ne álljon elő olyan kényszerhelyzet, amelyben nyilvánvalóan nem teljesíthető feltétellel kerül sor szerződéskötésre.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

16. A Döntőbizottság a Kbt.-nek a koncessziós beszerzési eljárás megindításakor hatályos rendelkezései alapján a kezdeményezést az alábbiak szerint vizsgálta meg.

17. A kezdeményező szerint a tárgyi koncessziós beszerzési eljárásban nem volt jogszerű lehetőség a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenségi ok alkalmazására egyrészt a Kbt. 126. § (5) bekezdésére tekintettel.

18. A Kbt. 2. § (7) bekezdés első mondata szerint e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.

A Kbt. 118. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek e Rész szerint kell eljárnia a nemzeti értékhatárt - a 3. melléklet szerinti szociális és egyéb szolgáltatások esetében az uniós értékhatárt - elérő vagy meghaladó építési vagy szolgáltatási koncesszió beszerzése esetén.

A Kbt. 118. § (3) bekezdése szerint az ajánlatkérő a koncessziós beszerzési eljárást szabadon alakítja ki az Első Részben, valamint az e Részben foglalt alapelvek és alapvető eljárási szabályok betartásával.

A Kbt. 119. § (3) bekezdése szerint az eljárást megindító felhívást az ajánlatkérő addig az időpontig módosíthatja, amíg az eljárásba bármely érdekelt gazdasági szereplő bekapcsolódhat. Az eljárást megindító felhívás módosításáról eddig az időpontig hirdetményt kell közzétenni, és egyidejűleg értesíteni kell azokat a gazdasági szereplőket, akik az eljárás iránt érdeklődésüket az ajánlatkérőnél jelezték. Az egyéb közbeszerzési dokumentumok módosításáról egyidejűleg értesíteni kell minden, az eljárásban részt vevő gazdasági szereplőt. Az eljárást megindító felhívás és egyéb közbeszerzési dokumentumok módosítása esetén

megfelelő felkészülési időt kell biztosítani a gazdasági szereplők számára, - a jelentéktelen módosítások kivételével - a részvételi vagy ajánlattételi határidőt meg kell hosszabbítani. A módosításra az 55. § (6) bekezdését is alkalmazni kell.

A Kbt. 126. § (5) bekezdése szerint az eljárás a 75. § (1) bekezdése szerinti esetben, továbbá az ajánlatkérő által az eljárást megindító felhívásban meghatározott esetekben eredménytelen. Ha az ajánlatkérő olyan feltételeket határoz meg, amelyek fennállása esetén az eljárást eredménytelenné nyilváníthatja, rögzítenie kell azokat az objektív szempontokat is, amelyek alapján az eredménytelenségre vonatkozó döntést meg fogja hozni.

A Kbt. 126. § (6) bekezdése szerint az eljárás - az (5) bekezdésben foglaltak mellett - eredménytelen, ha az értékelést követően megállapítható, hogy az értékelési szempontok szerint legkedvezőbb ajánlat alapján a koncesszió értéke magasabb a becsült értéknél, és ha az eljárás megindításakor az előbbi tekintették volna becsült értéknek, az eljárásban alkalmazott nemzeti szintű közzététel helyett a külön jogszabályban foglaltak szerinti európai uniós közzétételre kellett volna, hogy sor kerüljön.

A Kbt. 126. § (7) bekezdése szerint az eljárás - az (5) bekezdésben foglaltak mellett - eredménytelen, ha megállapítható, hogy az értékelési szempontok szerint legkedvezőbb ajánlat feltételeit figyelembe véve a 8. § (7) bekezdése szerinti feltétel vagy a 133. § (2) bekezdése szerinti feltétel nem teljesülne.

19. A Kbt.-hez fűzött miniszteri indokolás a következőket tartalmazza: „A Kbt. Negyedik Része tartalmazza azokat az eljárási szabályokat, amelyek az építési és szolgáltatási koncesszió megkötésére alkalmazandók. A Negyedik Rész mellett az építési és szolgáltatási koncessziók odaítélésére is alkalmazandó a törvény Első Része, így az alapelveket, a beszerzési eljárás lefolytatási kötelezettség hatályát, illetve az az alóli kivételeket, az összeférhetetlenséget, a nyilvánosságot szabályozó rendelkezések. Több esetben az Első Rész kifejezetten az építési és szolgáltatási koncessziókra vonatkozó sajátos szabályt is rögzít, például a becsült érték kiszámítása és a törvény hatálya alóli kivételek tekintetében, a Negyedik Részben kifejezetten a koncessziós beszerzési eljárás szabályai nyertek elhelyezést. A koncessziós beszerzési eljárás szabályait a törvény Negyedik Része egységesen szabályozza, az egyaránt irányadó a klasszikus és közszolgáltató ajánlatkérők (esetükben az Első Rész rögzít az alkalmazás hatályát érintő különbségeket), valamint az uniós és nemzeti értékhatárok felett (ezek esetében csak a közzététel külön jogszabályban foglalt szabályai térnek el). Az egységes rendezést a szabályozás nagyfokú rugalmassága teszi lehetővé. [...] A törvény Negyedik Része - a koncessziós irányelv koncepciójával megegyezően - nem rögzít részletesen szabályozott eljárási fajtákat, hanem egységesen tartalmazza azokat az eljárási szabályokat, amelyeket az építési vagy szolgáltatási koncessziók odaítélésére alkalmazni kell. Az eljárás egy vagy több szakaszból is állhat, a törvény szabályai e Részben olyan rugalmas megfogalmazásokat alkalmaznak, amelyek többféle felépítésű eljárásra alkalmazhatóak lehetnek. E szabályok, valamint az Első Részben foglaltak betartásával az ajánlatkérő a koncessziós beszerzési eljárást szabadon alakítja ki. Az eljárást megindító felhívásban tájékoztatást kell adnia az eljárásra vonatkozó alapvető információkról: a lebonyolítás menetéről, több szakaszból álló eljárás esetében az egyes szakaszok céljáról, a befejezés indikatív időpontjáról. Az eljárás menetére vonatkozó részletesebb tájékoztatást az egyéb közbeszerzési dokumentumokban is meg lehet adni. Az ajánlatkérőnek természetesen nincsen lehetősége minden elképzelhető helyzetre szabályt alkotni, ez nem is követelmény. Olyan részletezettséggel köteles az eljárás szabályait előre megadni, amelyet egyrészt a törvény kifejezetten megkövetel (például ajánlati kötöttség, hiánypótlás lehetősége kapcsán egyértelmű tájékoztatás), másrészt pedig ami az alapelveknek megfelelő, a gazdasági szereplők számára kiszámítható eljárást jelent. [...] A részvételi jelentkezések és ajánlatok bírálata körében az ajánlatkérőnek meg kell vizsgálnia, hogy azok megfelelnek-e a

közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, és köteles megállapítani, hogy mely ajánlatok vagy részvételi jelentkezések érvénytelenek, illetve van-e olyan gazdasági szereplő, akit az eljárásból ki kell zárni. Az egyes bírálati cselekmények sorrendjét, a bírálat menetét a törvény nem részletezi a közbeszerzési eljárásokhoz hasonló módon. Azt az eljárásnak megfelelően az ajánlatkérő maga alakíthatja ki, ennek keretében természetesen alkalmazhatja a közbeszerzési eljárásoknál szabályozott módot (az alkalmassági követelmények és kizáró okok körében előzetesen nyilatkozat alapján történő bírálat, majd a legkedvezőbbnek tekinthető ajánlattevőtől az igazolások megkövetelése) is. Nem ad szabadságot a törvény az ajánlatkérők számára újabb érvénytelenségi okok meghatározására. Csak a törvényben rögzített okokból van lehetőség az ajánlatok érvénytelenné nyilvánítására. Nagyobb rugalmasságot enged ugyanakkor a törvény az eredménytelenné nyilvánítás tekintetében, az eljárás ugyanis az ajánlatkérő által az eljárást megindító felhívásban meghatározott esetekben is eredménytelenné nyilvánítható. Éppen a koncessziók bonyolultabb feltételrendszere, adott esetben az ajánlattevők általi finanszírozás költségeinek, a koncessziós szerződési modell gazdaságosságának nehezebb kiszámíthatósága indokolja, hogy az ajánlatkérő nagyobb szabadságot kapjon a szerződés megkötésétől való visszalépésre. Garanciális rendelkezés ugyanakkor, hogy az ajánlatkérő döntése soha nem lehet önkényes, annak mindig a gazdasági szereplők számára előre megismerhető objektív szempontokon kell alapulnia. A koncessziós beszerzési eljárásrend alkalmazásának, a rugalmasabb eljárási szabályoknak indokát az adja, hogy építési és szolgáltatási koncesszió esetében a tevékenység végzéséhez kapcsolódó gazdasági kockázatvállalás a koncessziós jogosultat terheli. Amennyiben az eljárás során a szerződés feltételrendszere úgy alakul, hogy mégsem valósulna meg valódi kockázatvállalás a szerződő fél részéről, ilyen módon a szerződés megkötését megelőzően a szigorúbb, közbeszerzési eljárási szabályokat kellett volna alkalmazni, az ajánlatkérő nem fejezheti be szerződéskötéssel a koncessziós beszerzési eljárást, hanem köteles azt eredménytelenné nyilvánítani. Annak érdekében, hogy ezt a helyzetet megelőzve az ajánlatkérő adott esetben újranyithassa a tárgyalásokat a gazdasági szereplőkkel a szerződéses feltételekről, a koncessziós beszerzési eljárásrend szabályai a tárgyalások kapcsán azt is rögzítik, hogy az ajánlatkérő tárgyalást kezdeményezhet a gazdasági szereplőkkel, vagy újranyithatja a tárgyalásokat, ha az ajánlatok értékelését követően észleli, hogy a legkedvezőbb ajánlat feltételeit figyelembe véve a 8. § (7) bekezdése szerinti feltétel vagy a 133. § (2) bekezdés szerinti feltétel nem teljesülne.”

20. A Kbt. ezen elvek mentén kialakított szabályozása összhangban van az Európai Parlament és a Tanács koncessziós beszerzésekről szóló 2014/23/EK irányelvében foglaltakkal. Az irányelv 30. Cikk (1) bekezdése is deklarálja, hogy „az ajánlatkérő szerv vagy közszolgáltató ajánlatkérő szabadon szervezi meg a koncessziós jogosult kiválasztásához vezető eljárást, amelynek azonban meg kell felelnie ezen irányelv rendelkezéseinek”, majd alapvetően az eljárási garanciákat, feltételeket rögzíti – hasonlóan a Kbt. szabályaival – a koncessziós beszerzési eljárás sajátosságaira tekintettel.

21. A Kbt. 2. § (7) bekezdéséből eredően a Kbt. tárgyi és alanyi hatálya alá tartozó koncessziós beszerzési eljárás során a Kbt. Negyedik Része alkalmazandó. A Kbt. 118. § (1) és (3) bekezdéséből eredően a tárgyi koncessziós beszerzési eljárásra sajátos, a Kbt. Negyedik Része és az ajánlatkérő által a Kbt. Első Részében, valamint a Negyedik Részben foglalt alapelvek és alapvető eljárási szabályok betartásával kialakított eljárási szabályok vonatkoznak. A fentiekben idézett, jogszabályhoz fűzött indokolásból, valamint az irányelv szabályozási technikájából következően a Kbt. Negyedik Részében rögzített szabályozás nagyfokú rugalmasságot tesz lehetővé az ajánlatkérő számára eljárása feltételei kialakítására –

a jogszabályi keretek között. Az ajánlatkérőnek ugyanakkor az eljárás feltételeiről az eljárást megindító felhívásban kell tájékoztatást adnia.

22. A koncessziós beszerzési eljárás a Kbt. 126. § (5) bekezdése szerint egyrészt a Kbt. 75. § (1) bekezdése alapján, másrészt valamennyi, az eljárást megindító felhívásban meghatározott esetben eredménytelen lehet. Maga a Kbt. indokolása is kiemeli, hogy az ajánlatkérőnek nagy rugalmasságot biztosít az eljárástól való visszalépésre, mindezekkel együtt azt is rögzíti, hogy a Kbt. 126. § (5) bekezdésében garanciális rendelkezés található: az ajánlatkérő döntése nem lehet önkényes, az eredménytelenségnek mindig a gazdasági szereplők számára előre megismerhető objektív szempontokon kell alapulnia. A Kbt. 126. § (5) bekezdése egyértelműen rögzíti, hogy ha az ajánlatkérő olyan feltételeket határoz meg, amelyek fennállása esetén az eljárást eredménytelenné nyilváníthatja, rögzítenie kell azokat az objektív szempontokat is, amelyek alapján az eredménytelenségre vonatkozó döntést meg fogja hozni.

23. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a jelen koncessziós beszerzési eljárást megindító hirdetményben, illetve a részvételi dokumentációban nem került rögzítésre a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenségi ok alkalmazása.

24. A BKV Zrt. ajánlatkérő elsősorban a részvételi dokumentáció 28. pontjában szereplő előírásra hivatkozott, amelynek értelmezésével kapcsolatosan a Döntőbizottság az alábbi álláspontra helyezkedett. A 28. pontban lévő megfogalmazás szerint, amely kérdéseket az ajánlatkérők nem szabályoztak a közbeszerzési dokumentumokban, azokra a Kbt. és végrehajtási rendeletei irányadók. Megállapítható, hogy mindezek alapján alkalmazandóvá válik a tárgyi beszerzési eljárásra a Kbt. 126. § (5) bekezdése (is), amely a Kbt. 75. § (2) bekezdés automatikus érvényesülését nem teszi lehetővé a koncessziós beszerzési eljárásban, és amely a mérlegelésen alapuló eredménytelenségi okok tekintetében objektív szempontok meghatározási kötelezettségét írja elő az ajánlatkérő számára. Az ajánlatkérők a BKV Zrt. által említett előírással tehát nem nyilatkoztak úgy a részvételi dokumentumokban a Kbt. 126. § (5) bekezdésének megfelelő garanciális szempontoknak megfelelően, hogy a beszerzési eljárást eredménytelenné nyilváníthatják a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja alapján. A felvetés értékelésénél tekintettel kell lenni arra is, hogy a részvételi felhívás VI.3.14) pontja – a Kbt. 126. § (5) – (7) bekezdéseivel összhangban - bevezetett egy további eredménytelenségi indokot, amely nem a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenségi ok volt.

25. Az ajánlatkérő továbbiakban hivatkozott arra is, hogy pont a jogalkotásban megjelenő rugalmasságnak köszönhetően, erre vonatkozó egyértelmű kizáró törvényi előírásra tekintettel volt lehetőség a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenség alkalmazására. A Döntőbizottság nem osztotta az ajánlatkérő érvelését: bár a koncessziós eljárás feltételeinek – így az eredménytelenségi okok körének – meghatározását illetően a jogalkotó valóban rugalmasságot biztosított az ajánlatkérő számára, mindez nem mentesíti a Kbt. 126. § (5) bekezdésében foglalt előírások figyelembevételét alól: a Kbt. 126. § (5) bekezdéséből következően a Kbt. 75. § (1) bekezdésén kívüli esetekben akkor van helye az eljárás eredménytelenné nyilvánítására, ha ennek feltételei a közbeszerzési dokumentumokban rögzítésre kerültek.

26. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő a Kbt. 126. § (5) bekezdésébe ütközően alkalmazta a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenségi okot. Figyelemmel arra, hogy a Döntőbizottság a jelen koncessziós beszerzés során nem látta alkalmazhatónak a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontját, a

jogszabályhely alapjául szolgáló körülmények fennállását, fenn nem állását, jogszerűségüket már nem vizsgálta.

27. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a rendelkező rész szerinti jogsértést állapította meg, és ennek alapján a Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pontja alkalmazásával megsemmisítette az ajánlatkérő által 2019. november 7-én az ajánlattevők részére megküldött jogsértő eljárást lezáró döntést.

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

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

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.

29. A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatkérő súlyos jogsértést valósított meg az eljárás eredménytelensége tárgyában hozott jogsértőnek minősülő döntésével, amely jogsértés következtében az ajánlatok bírálata és értékelése tekintetében végzett cselekményei döntés nélkül maradtak. A Döntőbizottság figyelembe vette a jogorvoslattal érintett beszerzési eljárás becsült értékét (nettó 5.736.000.000.-Ft), valamint azt, hogy a jogsértés hatást gyakorolt az eljárást lezáró döntésre, illetve, hogy a jogsértő döntés megsemmisítésével a jogsértés reparálható. A Döntőbizottság mindezen tényezőket együttesen mérlegelve a bírság összegét a rendelkező részben meghatározott mértékben állapította meg és az ajánlatkérőket a Kbt. 29. § (4) bekezdése alapján egyetemlegesen kötelezte annak megfizetésére, tekintettel a Kbt. 29. § (2) bekezdése szerinti közös ajánlatkérői minőségükre (részvételi felhívás VI.4.10. pontja).

30. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az Ákr. 126. § (2) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

31. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdése 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. január 22.

***Dr. Fáry Zoltán sk.
a tanács elnöke***

***Bonifert Zsolt sk.
közbeszerzési biztos***

***Dr. Puskás Sándor sk.
közbeszerzési biztos***

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Budapesti Közlekedési Zrt. (kizárólag elektronikus úton)
2. Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (kizárólag elektronikus úton)
3. Közbeszerzési Hatóság Elnöke (kizárólag elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága