



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

Tel.: 06-1/882-8594, fax: 06-1/882-8593

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma:

D.134/19/2018.

A tanács tagjai: Dr. Hunya István közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bankóné Nagy Helga közbeszerzési biztos, Dr. Horváth Éva közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

KHSZEF KRID: 341768375

Az I. rendű kérelmezett neve:

Perfektum Projekt Kft.

Az I. rendű kérelmezett képviselője:

Dr. Biró Judit Ügyvédi Iroda, Dr. Biró Judit
Ügyvéd KRID: 18197536

A II. rendű kérelmezett neve:

HunGal Kft.

KRID: 13555139

A III. rendű kérelmezett neve:

Metró Közlekedésfejlesztési, Beruházási és
Mérnöki Szolgáltató Kft.

KRID: 10940385

Az ajánlatkérő neve:

NIF Zrt.

KRID: 11906522

Az ajánlatkérő képviselője:

Dr. Miclea Veronika Anita kamarai jogtanácsos

A közbeszerzés tárgya: Megbízási szerződés: "21. sz. főút 29+190-32+920 km szelvények közötti szakaszok" négy nyomúsítás építési munkáihoz kapcsolódó műszaki ellenőri és mérnöki feladatok ellátása

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 I. rendű kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (továbbiakban: Kbt.) 128. § (2) bekezdésének első mondatában foglaltakat.

A Döntőbizottság a kérelmezettel szemben 100.000.-Ft, azaz százezer forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a Kbt. Második Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított a rendelkező részben meghatározott tárgyban. A felhívást 2015. október 27. napján adta fel mely 2015. október 31. napján 2015/S 212-385896. számon jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában.

2. Az ajánlati felhívás III.2.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság 2.3) b) pontja szerint alkalmatlan az ajánlattevő, ha nem áll rendelkezésére legalább 1 fő útépítési műszaki ellenőr, aki a 266/2013. (VII.11.) Korm. rendelet szerinti ME-KÉ műszaki ellenőri jogosultság megszerzéséhez szükséges felsőfokú végzettséggel rendelkezik, és

- közlekedési építmények megvalósítása területén legalább 36 hónap műszaki ellenőri szakmai gyakorlattal rendelkezik, melyen belül
- legalább egybefüggően 2,5 km új gyorsforgalmi út, vagy országos egy vagy kétszámjegyű főút építése tárgyú, vagy legalább egybefüggően 2,5 km meglévő gyorsforgalmi út, vagy országos egy vagy két-számjegyű főút négynyomúsítása és
- legalább 1 db, országos közúthálózat részét képező út építéséhez kapcsolódóan elvégzett, új körforgalmú csomópont építése tárgyú beruházáson nyújtott lebonyolító mérnöki és műszaki ellenőri tevékenység ellátása tárgyú beruházás lebonyolításában műszaki ellenőrként részt vett.

3. Az I. rendű kérelmezett az ajánlatában a Kbt. 40. § szerinti nyilatkozata szerint a közbeszerzés teljesítéséhez alvállalkozót nem vesz igénybe.

4. Az I. rendű kérelmezett ajánlatában L.I.-t jelölte meg, a felhívás III.2.3) 2.1.b) pontjában előírt alkalmassági követelmény vonatkozásában, mint a szerződés teljesítése során bevonní kívánt szakembert.

5. 2016. május 23. napján kelt levelében L.I szakember tájékoztatta I. rendű kérelmezettet, hogy egészségügyi állapota megromlott, s átmenetileg nem tudja ellátni a műszaki ellenőri feladatokat. Jelezte továbbá, hogy amennyiben az egészségügyi állapota megjavul, abban az esetben részt kíván venni a teljesítésben.

6. Az ajánlatkérő és a kérelmezettek 2016. május 26. napján írták alá a fenti közbeszerzési eljárást követően a közbeszerzési megbízási szerződést (továbbiakban: Szerződés).

7. A Szerződés 5. pontja szerint mérnök teljesítésében az ajánlatban megjelölt vagy Megbízónak bejelentett alvállalkozó működhet közre. A szerződés teljesítésében köteles közreműködni az olyan alvállalkozó és szakember, amely a közbeszerzési eljárásban részt vett Mérnök alkalmasságának igazolásában. Mérnök köteles Megbízónak a teljesítés során minden

olyan – akár a korábban megjelölt alvállalkozó helyett igénybe venni kívánt - alvállalkozó bevonását bejelenteni, amelyet az ajánlatában nem nevezett meg és a bejelentéssel együtt nyilatkoznia kell arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll a Kbt. 56. § - valamint, ha a megelőző közbeszerzési eljárásban azt ajánlatkérő előírta, a Kbt. 57. § - szerinti kizáró okok hatálya alatt.

8. A Szerződés 3. számú függeléke szerint az útépitési műszaki ellenőri feladatokhoz L.I. okleveles építőmérnököt veszi igénybe a kérelmező.

9. A Szerződés teljesítése vonatkozásában releváns projekt munkaterület átadás-átvétele 2016. június 8. napján megtörtént.

10. 2016. június 13. napján kelt levelében az I. rendű kérelmezett az ajánlatkérőként szerződött fél hozzájárulását kérte a Kbt. 128. § (2) bekezdésére hivatkozással a VILIMI-ÚT Bt. teljesítésbe történő alvállalkozóként történő bevonásához útépitési műszaki ellenőri feladatok ellátására. Az I. rendű kérelmezett a bejelentéssel egyidejűleg nyilatkozott arra vonatkozóan, hogy az alvállalkozó nem áll kizáró okok hatálya alatt.

11. Az ajánlatkérő a nyilatkozat kiegészítését kérte, melyre vonatkozóan az I. rendű kérelmezett 2016. július 5. napján kelt levelében az alábbi nyilatkozatot tette.

„A korábbi levelemben megjelölt, bevonásra kerülő alvállalkozó a projektben megjelenő többletkapacitás lesz. Az ajánlatban eredetileg megnevezett személyek a III. szakasz vonatkozásában továbbra is teljes körűen ellátják feladatukat, a teljesítésben részt vesznek.”

12. 2016. július 14. napján az ajánlatkérő helyszíni szemlét tartott a munkaterületen.

13. Az I. rendű kérelmezett 2016. július 26. napján kelt bejelentésében előadta, hogy az ajánlatban útépitési műszaki ellenőri feladatok ellátására megjelölt L.I. megbetegedett. A teljesítésbe ezért a többletkapacitásként bejelentett V.S. segített be az útépitési műszaki ellenőri feladatok ellátásában. Előadta, hogy L.I. egészségi állapota nem teszi lehetővé, hogy a továbbiakban vállalt feladatát el tudja látni, ezért szakembercsereként bejelentették, hogy a továbbiakban a fent nevezett feladatot V.S. fogja végezni. Egyidejűleg csatolta a L.I. bejelentését, orvosi leletét, valamint V.S. alkalmasságának igazolására szolgáló dokumentumokat, illetve nyilatkozott arról, hogy nem áll kizáró okok hatálya alatt. A Kbt. 128. § (3) bekezdésére hivatkozással kérte az ajánlatkérőként szerződő fél hozzájárulását.

14. Az ajánlatkérő 2016. július 27. napján kelt levelében - hivatkozással az I. rendű kérelmezett 2016. június 13. napján kelt és 2016. július 5. napján kiegészített bejelentésére a többletkapacitásra vonatkozóan – tájékoztatta az I. rendű kérelmezettet, hogy V.S. bevonásához, mint többletkapacitás hozzájárul.

Rögzített továbbá az alábbiakat.

„Hangsúlyozzuk, hogy a többlet erőforrás alkalmazása nem járhat azzal, hogy a közbeszerzési eljárás során az érintett pozíció vonatkozásában alkalmasságot igazoló szakembernek ne kellene részt vennie a teljesítésben; neki mindenképpen teljesítenie kell a Kbt. 128. § (2) bekezdése alapján, továbbá a többlet erőforrás bevonása nem járhat a megbízási díj növekedésével.”

15. 2016. július 29. napján kelt levelében az ajánlatkérő az I. rendű kérelmezettet a szerződés szerű teljesítésre hívta fel, melyben kifejezetten hivatkozott arra, hogy az útépitési műszaki ellenőri feladatokat a 2016. július 14. napján tartott helyszíni ellenőrzése során nem az ajánlatban megjelölt szakember látta el. Hivatkozott továbbá a Szerződés 5.4. pontjára,

mely szerint a szakembercserére felmerülő igényt haladéktalanul be kell jelenteni a megbízó részére. Felhívta az I. rendű kérelmezettet, hogy a felmerült hiányosságot az esetlegesen felmerülő szakembercsere vonatkozásában soron kívül pótolja.

16. Az eljárás eredményéről szóló tájékoztatóra vonatkozó hirdetmény 2016. július 30. napján került közzétételre.

17. 2016. augusztus 19. napján kelt levelében az I. rendű kérelmezett megküldte az ajánlatkérő részére a szakembercserére vonatkozó jogi álláspontját, e körben részletesen hivatkozott a szakembercsere körülményeire, ennek okirati bizonyítékai megküldésével egyetemben.

18. 2016. szeptember 2. napján kelt levelében az I. rendű kérelmezett megküldte az ajánlatkérő részére V.S. szakember 2016. augusztus 16. napján kelt önéletrajzát. Egyúttal kérte a Kbt. 128. § (3) bekezdésére hivatkozással a szakember cserére vonatkozó hozzájárulás megadását.

19. 2016. szeptember 5. napján kelt levelében az ajánlatkérő hozzájárult a L.I. szakember helyett V.I. útépítési műszaki ellenőrként történő bevonásához, egyidejűleg hivatkozva a Szerződés 12.2. pontjára kötbérigényét jelentette be az I. rendű kérelmezett felé.

A hivatalbóli kezdeményezés

20. A hivatalbóli kezdeményező 2018. április 9-én nyújtotta be a T-00704/12/2018. iktatószámú kezdeményezését a Döntőbizottsághoz a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (továbbiakban: 2015. évi Kbt.) 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján, a Kbt. 128. § (2) – (3) bekezdésében foglaltak megsértésének gyanúja miatt. Kérte a jogsértés megállapítását a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján, valamint bírság kiszabását a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel.

21. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérőtől 2018. február 8. napján megkeresés érkezett, melyben előadta a határozat tényállásában ismertetett releváns tényeket, mely alapján 2018. február 19-én a hivatalbóli kezdeményező elrendelte a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzését. Álláspontja szerint 2016. június 9. napja és 2016. július 26. napja közötti időszakban a Kbt. 128. § (2) bekezdésében meghatározott alkalmasságot igazoló szakember bevonására vonatkozó kötelezettségét szegte meg a kérelmezett. Hivatkozott továbbá a közbeszerzési szerződés kötbérré vonatkozó releváns rendelkezéseire, mely alapján az ajánlatkérő álláspontja szerint nem tekinthet el annak érvényesítésétől. A jogsértés gyanújának tudomásszerzés időpontját a hivatalbóli kezdeményező 2018. február 8. napjában jelölte meg.

22. 2018. április 20. napján kelt észrevételében előadta, hogy az ajánlatkérő megkeresésének tartalmi vizsgálata alapján arra az álláspontra helyezkedett, hogy az a feladatkörébe tartozik, így az ellenőrzési eljárás megindításáról, majd annak eredményeként a jogorvoslati eljárás megindításáról döntött. Hivatkozott továbbá arra, hogy az ajánlatkérő és az I. rendű kérelmezett között lévő polgári jogi jogvitának közbeszerzési s így közérdekvédelmi vetülete is van, így nem vitásan feladatköre ellátása körében jutott tudomására a jogsértés gyanúja. Az érdemi jogsértés körében fenntartotta kezdeményezésében foglaltakat.

23. 2018. április 24. napján kelt észrevételében hangsúlyozta, hogy az I. rendű kérelmezett kezdetben a többletkapacitás körében jelentette be eleinte a bevont szakembert, így a 2016. július 26. napján kelt hozzájárulás megkérése nem minősül határidőben megtettnek, mely álláspontját a 2018. május 15. napján kelt nyilatkozatában is fenntartott.

Az I. rendű kérelmezett észrevétele

24. Az I. rendű kérelmezett 2018. április 16. napján kelt észrevételében eljárásjogi kifogást terjesztett elő, továbbá az ügy érdemében pedig annak alaptalanságára tekintettel a jogsértés hiányának megállapítását kérte. Eljárásjogi kifogása körében hivatkozott a BDT2012.2760. számon közzétett bírósági döntésre, s az ajánlatkérő és az I. rendű kérelmezett között folyamatban lévő perre, mely alapján álláspontja szerint jogorvoslati eljárásnak nincs helye. Előadta továbbá, hogy az ajánlatkérő bejelentése nem közérdekű bejelentés, továbbá mégha az is lenne, úgy a közérdekű bejelentések kivizsgálása nem tartozik a hivatalbóli kezdeményező hatáskörébe. E körben hivatkozott bírósági döntésre.

E körben indítványozta, a Döntőbizottság összkollégiumi állásfoglalását, továbbá, hogy a hivatalbóli kezdeményező feladatkörére vonatkozóan keresse meg a Döntőbizottság a kezdeményezőt. Előadta, hogy a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzése nem felelt meg a jogszabályi követelményeknek. Álláspontja szerint az ajánlatkérő bejelentését jogorvoslati kérelemként kellett volna kezelni, s annak áttételét követően dönteni annak elkésztéséről.

Az ügy érdeme tekintetében előadta, hogy a Kbt. 128. § (2) bekezdése nem ír arra vonatkozóan elő kötelezettséget, hogy más nem végezhet e körbe eső feladatot, továbbá arról sem rendelkezik, hogy az alkalmasságot igazoló szakember kizárólagos teljesítésével lehet csak az adott feladatot elvégezni. A Kbt. 128. § (2) bekezdése szerint be kell vonni, vagy a bevonás helyett a (3) bekezdésében meghatározottak szerint kell eljárni. Hangsúlyozta továbbá, hogy amint az alkalmasság igazolásába bevont szakember jelezte számukra a végleges állapotát, haladéktalanul intézkedtek a szakembercseréért.

25. 2018. április 20. napján kelt észrevételében hangsúlyozta, hogy a közbeszerzési szerződés rendelkezéseiből fakadó jogviták eldöntésére nincs a Döntőbizottságnak hatásköre, továbbá az alvállalkozó bevonására vonatkozóan tett részletes jogi nyilatkozatot. A Kbt. 128. § (3) bekezdésében foglaltak időbeliségére vonatkozó jogi álláspontra vonatkozóan pedig a kezdeményezés nem tartalmazott indítványt, így ennek értelmezése álláspontja szerint jogorvoslati eljárás keretein túlmutat.

26. 2018. április 23. napján kelt nyilatkozatában az alkalmasság igazolásában részt vevő szakember munkavállalói minőségére tett részletes nyilatkozatot.

27. 2018. május 1. napján kelt nyilatkozatában fenntartotta korábban tett eljárásjogi és anyagi jogi észrevételeit.

Az ajánlatkérő észrevétele

28. Az ajánlatkérő 2018. április 16. napján kelt nyilatkozatában a tényállás részletes ismertetésén túl előadta, hogy álláspontja szerint a Kbt. 128. § (3) bekezdése szerint az ajánlatkérő hozzájárulása a szakembercseréhez nem lehet utólagos.

29. 2018. április 21. napján kelt nyilatkozata szerint az ajánlatkérő és az I. rendű kérelmezett között folyamatban volt polgári per során a bíróság nem tett arra vonatkozóan megállapításokat, hogy jogorvoslati eljárás nem folytatható le. Előadta továbbá, hogy a hivatalbóli kezdeményező feladatkörébe tartozó eljárás eredményeként nyújtotta be

kezdeményezését, így ezen okból elutasítani azt nem lehet. Vitatta, hogy a megkeresése jogorvoslati kérelemnek minősülne, hisz az a beadvány tartalma alapján sem minősíthető annak. A közbeszerzési szerződés kötbérre vonatkozó rendelkezéseinek alkalmazásakor álláspontja szerint nincs olyan közbeszerzési vagy polgári jogi szabályozás, mely alapján a kötbér érvényesítésének előzetes kérdése a Döntőbizottság megítélésén múlna, így hivatkozása szerint jogorvoslat kezdeményezésére vonatkozóan kötelezettsége nem állt fenn. A műszaki ellenőr feladat-ellátási kötelezettségével kapcsolatban hivatkozott a 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 16. § (2) bekezdésére, mely alapján folyamatos feladat ellátási kötelezettsége áll fenn.

30. 2018. április 24. napján kelt nyilatkozatában hivatkozott a Közbeszerzési Hatóság 2015. október 12-én kiadott útmutatójára, mely szerint a Kbt. 128. § (3) bekezdése szerinti hozzájárulás utólagos nem lehet.

31. 2018. május 14. napján kelt észrevételében fenntartotta korábban tett észrevételét.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

32. A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást 2018. április 10-én megindította.

33. A Döntőbizottság az alkalmazandó jogszabály vonatkozásában az alábbi megállapításokat tette.

A 2015. évi Kbt. 197. § (1) és (2) bekezdése szerint

(1) E törvény rendelkezéseit a hatálybalépése után megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és az azokkal kapcsolatban kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra kell alkalmazni. A 139. §, a 141. §, a 142. §, a 153. § (1) bekezdés c) pontja és a 175. § rendelkezéseit alkalmazni kell e törvény hatálybalépését megelőzően megkezdett beszerzések vagy közbeszerzési eljárások eredményeként kötött szerződések új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül történő módosításának lehetőségére, valamint a módosítás és teljesítés ellenőrzésére, továbbá a XXI. fejezet rendelkezéseit az ezekkel összefüggő jogorvoslati eljárásokra.

(2) A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény rendelkezéseit a 2015. november 1. napját megelőzően megkezdett beszerzésekre - az (1) bekezdés második mondatában foglalt kivétellel - közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és az azokkal kapcsolatban kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra alkalmazni kell.

A hivatalbóli kezdeményező a 2015. évi Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja alapján kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalbóli eljárását, így a jogorvoslati eljárásra a 2015. évi Kbt. rendelkezéseit rendeli alkalmazni.

A 2015. évi Kbt. 197. § (2) bekezdése ugyanakkor a következőes bírósági gyakorlatot is figyelembe véve akként rendelkezik, hogy a szerződésekre vonatkozóan – amennyiben a beszerzés megkezdése 2015. november 1. napját megelőzően történt – a (2011. évi) Kbt. rendelkezéseit kell alkalmazni.

Ennek megfelelően anyagi jogi értelemben a 2015. október 27. napján (felhívás megküldésének) napján hatályos (2011. évi) Kbt.-t kell alkalmazni, míg eljárásjogi értelemben a 2015. évi Kbt. rendelkezéseit.

Eljárása során figyelembe vette a Döntőbizottság azt is, hogy a jogorvoslati eljárás 2018. január 1. napját követően indult és az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (továbbiakban: Ákr.) 143. § (átmeneti rendelkezések) (1) bekezdése szerint az

Ákr. rendelkezéseit az Ákr. hatályba lépését (2018. január 1. napja) követően indult eljárásokban alkalmazni kell.

34. Elsődlegesen az I. rendű kérelmezett eljárásjogi kifogásai nyomán a Döntőbizottságnak abban kellett állást foglalnia, hogy a jogorvoslati eljárás lefolytatásának érdemi feltételei fennállnak-e.

A jogorvoslati eljárás a Közbeszerzési Hatóság elnökének hivatalbóli kezdeményezése nyomán hivatalból indított eljárás volt.

35. Az eljárásjogi feltételek vizsgálata körében a releváns jogszabályok az alábbiak:

2015. évi Kbt. 152. § (1) A Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból indított eljárását a következő szervezetek vagy személyek kezdeményezhetik, ha a feladatkörük ellátása során e törvénybe ütköző magatartás vagy mulasztás jut tudomásukra:

a) a Közbeszerzési Hatóság elnöke;

(2) A Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását az (1) bekezdés szerinti személy vagy szervezet a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napon belül, de

a) legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül,

b) közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén az a) ponttól eltérően a szerződés megkötésének időpontjától vagy, ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől számított legfeljebb öt éven belül, vagy

c) támogatásból megvalósuló beszerzés esetén az a) és b) ponttól eltérően az adott támogatás folyósítására és felhasználására vonatkozó külön jogszabályban előírt iratmegőrzési kötelezettség időtartamán belül, de legalább a jogsértés megtörténtétől - közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén a szerződés megkötésének időpontjától, vagy ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől - számított öt éven belül kezdeményezheti.

2015. évi Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

36. A 2015. évi Kbt. 152. § -a alapján a Döntőbizottságnak az eljárásjogi feltételek vizsgálata során azt kell megvizsgálnia, hogy kezdeményezésre jogosult személy terjesztette-e elő, feladatellátása körében jutott-e tudomására, s határidőben terjesztette-e elő a kezdeményezést. A Közbeszerzési Hatóság elnöke nyújtotta be a kezdeményezést, így az eljárásjogi feltételek alanyi oldala teljesült.

37. A „feladatköre ellátása körében” feltétel vizsgálata vonatkozásában a Döntőbizottság előzetesen leszögezi, hogy a Közbeszerzési Hatóság a tárgyi szerződés teljesítése körében hatósági ellenőrzést folytatott le. A 2015. évi Kbt. rendelkezéseinek megfelelően a Közbeszerzési Hatóság feladata, hogy a közérdeket figyelembe véve, hatékonyan közreműködjön a közbeszerzési politika alakításában, a jogszerű közbeszerzési magatartások kialakításában és elterjesztésében, elősegítve a közpénzek nyilvános és átlátható módon történő elköltését.

Ezen feladatkör széleskörű feladatot ruház a Hatóságra, mely vonatkozásában a 2015. évi Kbt. 187. § (2) bekezdésének j) pontja külön hatáskörként nevesíti a szerződések módosításának ellenőrzését.

Az elnök képviseli a Hatóságot. Ebből kifolyólag a Hatóság feladatkörét érintő bármely bejelentés – függetlenül attól, hogy megfelel-e a közérdekű bejelentés törvényi kritériumának – a feladatköre ellátása közben kerül a tudomására.

Mint azt a Kúria Kfv.II.38.141/2014/4. számon hozott döntésében elvi éllel szögezte le, a Hatóság elnökének diszkrecionális jogkörébe tartozik annak eldöntése, hogy hivatalból jogorvoslati eljárást kezdeményez-e vagy sem.

A 2015. évi Kbt. tovább bővítette a Hatóság elnökének döntési jogkörét, mert a beadványok vonatkozásában nem csak abban hozhat döntést, hogy jogorvoslati eljárást kezdeményez-e, hanem abban is, hogy a Hatóság 2015. évi Kbt. 187. § (2) bekezdésének j) pontjában meghatározott ellenőrzési eljárását kezdeményezi-e. A jelen jogorvoslati eljárást megelőzően a Hatóság elnöke nem a Döntőbizottság eljárását kezdeményezte elsődlegesen, hanem a hatóság ellenőrzését. A hatóság ellenőrzése közben jutott tudomására a feltételezett jogsértés, mely alapján a 2015. évi Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja alapján kezdeményezte a jogorvoslati eljárást.

38. A Kúria fent hivatkozott ítélete elvi éllel szögezte le továbbá azt is, hogy a Döntőbizottság a kezdeményezés kapcsán nem vizsgálhatja, hogy a kezdeményező milyen forrásból szerzett tudomást a jogsértésről. A kezdeményező bármilyen információt felhasználhat a jogsértésről való tudomásszerzés érdekében. A Döntőbizottság fentiek alapján a kezdeményezés vonatkozásában csak azt vizsgálhatja, hogy a kezdeményezés határidőben került-e benyújtásra, s megfelel-e a törvényi követelményeknek. Nem tartozik a Döntőbizottság hatáskörébe annak vizsgálata, hogy a Hatóság ellenőrzését kezdeményező elnök honnan szerzett tudomást a feltételezett jogsértésről, továbbá a bejelentést miként minősítette.

39. E körben nem osztotta a Döntőbizottság az I. rendű kérelmezett azon álláspontját, mely szerint az ajánlatkérő megkeresését jogorvoslati kérelemként kellett volna elbírálni, tekintettel arra, hogy azt tartalma alapján sem lehetett akként elbírálni, hisz abban maga az ajánlatkérő is utalt azon tényre, hogy maga nem tud jogorvoslati kérelmet benyújtani. A megkeresés közbeszerzési jogi kérdés tekintetében hívta fel a hivatalbóli kezdeményező figyelmét.

40. Az I. rendű kérelmezett eljárásjogi kifogása körében hivatkozott eseti bírósági döntés tekintetében hangsúlyozza a Döntőbizottság, hogy annak érdemi felsőbbbírósági megerősítése nem volt. A 2015. évi Kbt. 152. § szerinti eljárásjogi feltételek vizsgálata tükrében a Döntőbizottság a fent idézett Kúria döntésben foglalt iránymutatást tekinti – eddigi gyakorlatának megfelelően – iránymutatónak. A polgári jogi igény érvényesítése körében kialakult polgári jogi bírósági gyakorlat a közbeszerzési (közigazgatási) hatósági eljárásra vonatkozóan pedig nem tartalmaznak releváns rendelkezéseket, így az I. rendű kérelmezett és az ajánlatkérő között polgári jogi igény érvényesítése körében született polgári jogi ítéletek a jelen jogorvoslati közigazgatási eljárásra vonatkozóan kötelező iránymutatást nem tartalmaznak, nem tartalmazhatnak, így nincs olyan bírósági anyagi kötőerővel rendelkező döntés, mely a jogorvoslati eljárás lefolytathatósága tekintetében figyelembe veendő rendelkezést tartalmazna.

41. Az eljárásjogi feltételek további vizsgálata körében megállapítható továbbá, hogy az határidőben került benyújtásra, tekintettel arra, hogy a hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzését kellett vizsgálni, nem pedig az ajánlatkérőjét. A hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzése 2018. február 8. napján következett be, melyhez képest a 2018. április 9. napján benyújtott kezdeményezés határidőn belül érkezett.

42. A fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a jogsértés érdemének vizsgálatának eljárásjogi akadályja nincs. A hivatalbóli kezdeményezés alapján a Döntőbizottságnak abban kellett döntenie, hogy a kérelmezettek megsértették-e a Kbt. 128. § (2) bekezdésének első mondatában foglaltakat.

43. Az ügy érdeme szempontjából releváns jogszabályok az alábbiak voltak:

Kbt. 128. § (1) A közbeszerzési szerződést a közbeszerzési eljárás alapján nyertes ajánlattevőként szerződő félnek, illetve közösen ajánlatot tevőknek, vagy - ha az ajánlatkérő gazdálkodó szervezet létrehozásának kötelezettségét előírta vagy azt lehetővé tette [27. §] - a nyertes ajánlattevő (ajánlattevők) kizárólagos részesedésével létrehozott gazdálkodó szervezetnek (a továbbiakban: projektársaság) kell teljesítenie.

(2) Az ajánlattevőként szerződő fél teljesítésében - a (3) bekezdés szerinti kivétellel - köteles közreműködni az olyan alvállalkozó és szakember, amely a közbeszerzési eljárásban részt vett az ajánlattevő alkalmasságának igazolásában. Az ajánlattevő köteles az ajánlatkérőnek a teljesítés során minden olyan - akár a korábban megjelölt alvállalkozó helyett igénybe venni kívánt - alvállalkozó bevonását bejelenteni, amelyet az ajánlatában nem nevezett meg és a bejelentéssel együtt nyilatkoznia kell arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll az 56. § - valamint, ha a megelőző közbeszerzési eljárásban azt ajánlatkérő előírta, az 57. § - szerinti kizáró okok hatálya alatt.

(3) Az olyan alvállalkozó vagy szakember (a továbbiakban e bekezdésben: alvállalkozó) helyett, aki vagy amely a közbeszerzési eljárásban részt vett az ajánlattevő alkalmasságának igazolásában, csak az ajánlatkérő hozzájárulásával és abban az esetben vehet részt a teljesítésben más alvállalkozó, ha a szerződéskötést követően - a szerződéskötéskor előre nem látható ok következtében - beállott lényeges körülmény, vagy az alvállalkozó bizonyítható hibás teljesítése miatt a szerződés vagy annak egy része nem lenne teljesíthető a megjelölt alvállalkozóval, és ha az ajánlattevő az új alvállalkozóval együtt is megfelel azoknak az alkalmassági követelményeknek, melyeknek az ajánlattevőként szerződő fél a közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozóval együtt felelt meg.

44. A Kbt. szabályai értelmében a közbeszerzési eljárásban kizárólag azon gazdasági szereplő tehet érvényes ajánlatot aki nem áll kizáró okok hatálya alatt, és szerződés teljesítésére vonatkozó alkalmassági követelményeknek megfelel. Az alkalmassági követelmények a közbeszerzési eljárásban egyfajta szűrő szerepet töltenek be, hisz az ajánlatkérők ezen feltételek meghatározásával tudják megállapítani azt, hogy a nyertes ajánlattevő a szerződést teljesíteni tudja-e. A Kbt. 55. §-a lehetővé teszi, hogy az ajánlattevők alkalmasságukat nem kizárólag saját erőforrásaikra támaszkodva igazolják, hanem más gazdasági szereplő kapacitására támaszkodva is. Az alkalmassági követelmények a közbeszerzési eljárás hangsúlyos tényezői, hisz amennyiben egy adott ajánlattevő nem felel meg az alkalmasság követelményének annak jogkövetkezménye az ajánlatának érvénytelensége.

A Kbt. 55. § (3) bekezdése ajánlatkérői kötelezettséget rögzít, mely a Korm. rendelet 21. § (3) bekezdésének b) pontjában foglalt szabályozással együtt értelmezve egyértelművé teszi, hogy szolgáltatás megrendelés esetén az alkalmasságot különösen a szakértelemre, hatékonyságra, tapasztalatra és megbízhatóságra tekintettel lehet megítélni, így hangsúlyos, hogy az ajánlattevők mi módon – saját erőforrás, vagy más kapacitás bevonásával – tudják teljesíteni. A szerződés teljesítése körében – egy szolgáltatás megrendelés esetén – ugyanis kifejezetten hangsúlyos a szakmai tapasztalat, a szakértelem, és a megbízhatóság, melyet kötetlen előírásokkal nehéz önmagában garantálni. Egy szolgáltatás teljesítése esetén így hangsúlyossá válik a Kbt. 128. § (2) bekezdésében foglalt garanciális előírás, mely esetén garantálható, hogy a nyertes ajánlattevő a szerződést azokkal a kondíciókkal (szakemberekkel, illetve kapacitást nyújtó alvállalkozók szakmai tapasztalatával) teljesítse, mellyel a közbeszerzési

eljárás nyerteseként lett kihirdetve. Hangsúlyozandó továbbá, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítése körében foglalt garanciális szabályok megsértése az egész közbeszerzési eljárás szabályaival ellentétes, hisz azok megsértése relativizálja az eljárás jelentőségét.

Ennek megfelelően a nyertes ajánlattevőként szerződő fél ajánlati kötöttséggel terhelt ajánlatának megfelelően kell teljesíteni a közbeszerzési szerződést, mely jelen esetben azt jelenti, hogy az ajánlatában megjelölt alvállalkozókat kötelező bevonnia a teljesítésbe, azok nem mellőzhetőek.

Jelen jogorvoslati eljárás alapjául szolgáló közbeszerzési szerződés teljesítése körében ténykérdés, hogy 2016. szeptember 5. napján az ajánlatkérő a Kbt. 128. § (3) bekezdése szerinti hozzájárulást megadta. A hivatalbóli kezdeményezésben is jelölt 2016. július 26. napján az ajánlatkérő mindössze a szakember többletkapacitáskénti bevonásához járult hozzá. A Döntőbizottságnak a kezdeményezés nyomán abban kellett állást foglalni, hogy a bevonást követő – lényegében utólagos - hozzájárulás a hozzájárulást megelőző időszakra vonatkozóan is értelmezhető-e.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a Kbt. 128. § (2) bekezdése garanciális jellegére tekintettel nem fenntartható azon álláspont, mely szerint a teljesítés folyamán utólagosan is meg lehet a hozzájárulást szerezni. Ennek megfelelően a munkaterület átadásától kezdődően a hozzájárulás megadásáig az I. rendű kérelmezett megsértette a Kbt. 128. § (2) bekezdésében meghatározott kötelezettségét, hisz a közbeszerzési szerződés teljesítése során nem az alkalmasság igazolásában megjelölt szakember vett részt.

45. A II. és a III. rendű kérelmezett tekintetében a Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást megindította, ugyanakkor a tényállás szerint megállapíthatóan a vizsgált alkalmasságot igazoló szakembert az ajánlatban az I. rendű kérelmezett ajánlotta meg. A Kbt. 128. §-a alapján – eltérő jogszabályi rendelkezés hiányában – az I. rendű kérelmezett kötelezettsége volt a szakember bevonása, így a II. és III. rendű kérelmezett vonatkozásában jogsértés megállapításának helye nem volt.

46. A Döntőbizottságnak fentiekén túl vizsgálni kellett továbbá, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítése körében a hozzájárulás megadásáig egyáltalán szükséges volt-e a szakember bevonása. A tényállásban rögzített módon az alkalmassági igazolása útépítési műszaki ellenőri feladatok körében került igazolásra. A közbeszerzési szerződés tárgya valamint az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet műszaki ellenőri feladatokra vonatkozó rendelkezései alapján megállapítható, hogy a hivatkozott szakember teljesítését feltételezte a jogsértéssel érintett vizsgált időszak is, így a hozzájárulás megadását megelőzően is szükséges volt a közbeszerzési szerződés teljesítése során a műszaki ellenőri feladatok ellátása.

47. Fentiek alapján megállapítható, hogy az I. rendű kérelmezett megsértette a Kbt. 128. § (2) bekezdésében foglaltakat akkor, mikor az útépítési műszaki ellenőri feladatok tekintetében a Kbt. 128. § (3) bekezdésében meghatározott hozzájárulás előzetes megszerzésének hiányában az alkalmasság igazolásában részt vevő szakembert nem vonta be a szerződés teljesítésébe. Az I. rendű kérelmezett 2018. április 16. napján előterjesztett hivatalbóli kezdeményező megkeresésére vonatkozó indítványát mellőzte, tekintettel arra, hogy az jogkérdés tekintetében a kezdeményező álláspontjának kifejtésére irányult.

48. A Döntőbizottság a 2015. évi Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a fentiek szerint a hivatalbóli kezdeményezés vonatkozásában a 2015. évi Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértést, valamint a 2015. évi Kbt. 165. § (3) bekezdésének d) pontja alapján figyelemmel a 2015. évi Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára, bírságot szabott ki.

49. A Döntőbizottság a jogsértés súlya tekintetében az eset összes körülményét figyelembe véve rögzíti, hogy a jogsértés nem minősül súlyosnak. A közbeszerzési szerződés teljesítésére vonatkozóan a közbeszerzési törvény néhány, kifejezett garanciális jellegű szabályt tartalmaz mindössze. Ezen szabályok célja, hogy az alapvetően polgári jogi szabályozás alapján teljesítendő szerződés teljesítési szakban a polgári jog diszpozitív szabályozásával szemben a közbeszerzési alapelvek kógens alkalmazásával megakadályozza a közbeszerzési eljárás szabályainak utólagos relativizálását, figyelmen kívül hagyását. Ezen garanciális jellegű szabályok nagyrésze arra hivatott, hogy megakadályozza azt, hogy a felek polgári jogból fakadó szerződéses szabadságukkal élve a közbeszerzési eljárás szigorú szabályai között beálló ajánlati kötöttségüktől szabaduljanak, s eltérő feltételekkel valósítsák meg a szerződést. A Kbt. 128. § megsértett rendelkezése esetén ez különösen hangsúlyos, hisz a szerződés teljesítésének alkalmassága körében igazolt feltételek teljesítésének utólagos megváltoztatására csak nagyon szűk körben van lehetőség, mely nyilván abból fakad, hogy az alkalmassági követelmények nem teljesítése érvénytelenséget von maga után. Ennek megfelelően a Kbt. 128. § (2) bekezdésében foglaltak megsértése önmagában súlyosnak tekintendő. Jelen tényállásbeli helyzetben azonban a Döntőbizottság értékelte az eset összes körülményét, mely szerint a (3) bekezdése szerinti hozzájárulás utólag megszerzésre került, továbbá az ajánlat szerinti alkalmasságot igazoló szakember egészségügyi állapota lehetetlenítette el a bevonását. Az I. rendű kérelmezett a szakembertől származó végleges információ alapján haladéktalanul intézkedett a hozzájárulás beszerzése iránt.

50. A 2015. évi Kbt. 165. § (7) bekezdése szerint a (6) bekezdésben meghatározott bírság összege - a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével - a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetén a jogorvoslattal érintett rész értékének, a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése esetén a szerződés értékének legfeljebb 15%-a.

51. A Döntőbizottságnak a megállapított jogsértésre tekintettel további jogkövetkezményként bírságot kellett kiszabnia.

A Döntőbizottság a bírság összegének megállapítása során a 2015. évi Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a közbeszerzés becsült értéke 91.500.000.-Ft volt. A Döntőbizottság továbbá a 2015. évi Kbt. 165. § (11) bekezdésében szereplő előírásokra tekintettel figyelembe vette a mérték tekintetében rögzítetteket, továbbá azt, hogy a kérelmezettel szemben jogsértés megállapítására az elmúlt két évben egyetlen alkalommal sem került sor. A jogsértés súlya tekintetében a 49. pontban foglaltakat a bírság mértéke tekintetében is figyelembe vette a Döntőbizottság. A Döntőbizottság értékelte azt, hogy a jogsértés nem reparálható. A kirívóan alacsony összegű bírság körében a Döntőbizottság figyelembe vette a 49. pontban a felróhatóság körében kifejtetteket, valamint azt, hogy az alkalmasságot igazoló szakember is kezdetben az egészségügyi állapotának ideiglenes megromlásáról tájékoztatta I. rendű kérelmezettet.

A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a rendelkező részben meghatározott bírságot szabta ki.

52. A Döntőbizottság a költségek viseléséről az Ákr. 165. §-ában foglaltakra figyelemmel rendelkezett.

53. A határozat rendelkezése(i) közigazgatási perben történő elbírálását a 2015. évi 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. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

A jogi képviselet 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, 2018. június 18.

Dr. Hunya István sk.
a tanács elnöke

Bankóné Nagy Helga sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Horváth Éva sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Fabó László faksz KHSZEF KRID: 341768375
2. Dr. Biró Judit Ügyvédi Iroda, Dr. Biró Judit Ügyvéd KRID: 18197536
3. HunGal Kft. KRID: 13555139
4. "Metró" Közlekedésfejlesztési, Beruházási és Mérnöki Szolgáltató Kft. KRID: 10940385
5. NIF Zrt. KRID: 11906522
6. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (helyben)