



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

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

E-mail: dontobizottsag@kt.hu

Az ügy iktatószáma: D.136/10/2018.

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

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

A kérelmező képviselője: Czeglédy Gergő, felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
(Budapest, Perc u. 2.)

A kérelmezett: NIF Zrt.
(Budapest, Váci út 45.)

A kérelmezett képviselője: Dr. Miclea Veronika Anita kamarai jogtanácsos
(Budapest, Váci út 45.)

A közbeszerzés tárgya: Megbízási szerződés a 21. sz. főút 1+300-7+850 km, 23+300-27+820 km és a 29+190-32+920 km szelvények közötti szakaszok négy nyomúsítás építési munkáihoz kapcsolódó műszaki ellenőri és mérnöki feladatok ellátására

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 jogorvoslati kérelmet elutasítja.

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, 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.

INDOKOLÁS

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. A kérelmezett a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény Második Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított, melynek ajánlati felhívását 2015. október 27. napján adta fel és 2015. október 31. napján 2015/S 212-385896. számon jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában.

2. Az ajánlati felhívás III.1.1) A szerződést biztosító mellékkötelezettségek pontja szerint „megbízó hibás teljesítési kötbért köt ki arra az esetre, ha Megbízott Megbízó hozzájárulása nélkül, felróható módon nem azokat a közbeszerzési eljárásban megjelölt szakembereket alkalmazza a teljesítés során, akikkel alkalmasságát igazolta a közbeszerzési eljárás során, továbbá, ha Megbízott nevében és képviselőjében nem megfelelő jogosultsággal bíró szakember jár el. A hibás teljesítési kötbér mértéke a nettó Megbízási díj 3 %-a szakemberenként.”

3. Az ajánlati felhívás III.1.2) Fő finanszírozási és fizetési feltételek és/vagy hivatkozás a vonatkozó jogszabályi rendelkezésekre pontja szerint „az Ajánlatkérő (Megbízó) a szerződés szerinti teljesítés elismeréséről vagy a teljesítés elismerésének megtagadásáról legkésőbb a Teljesítésigazolás tervezet kézhezvételétől számított 15 napon belül írásban nyilatkozik a Kbt. 130. § (1) bekezdés alapján.”

4. 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 gyors-forgalmi út, vagy országos egy vagy két-számjegyű főút négy nyomúsítása 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.

5. A kérelmező ajánlatában L. I.-t jelölte meg a felhívás 2.3. b) pontjában előírt alkalmassági követelmény vonatkozásában, mint a szerződés teljesítése során bevonni kívánt szakembert. Az ajánlat tartalmazta L. I. rendelkezésre állására vonatkozó nyilatkozatát, ami 2015. december 14. keltezésű.

6. A kérelmezett és a kérelmező 2016. május 26. napján írta 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 7.1. pontja szerint a megbízási díj összege nettó 90.000.000.-Ft+ÁFA.

9. A szerződés 8.5 pontja szerint a megbízott a jelen szerződés szerinti feladatok és feltételek teljesítése esetén jogosult kérelmezni az elszámolási időszakra vonatkozó teljesítésigazolás megbízó részéről történő kiadását.

10. A szerződés 12.2. pontja szerint megbízó hibás teljesítési kötbért köt ki arra az esetre, ha a megbízott megbízó hozzájárulása nélkül, felróható módon nem azokat a közbeszerzési eljárásban megjelölt szakembereket alkalmazza a teljesítés során, akikkel az alkalmasságát igazolta a közbeszerzési eljárás során, továbbá ha megbízott nevében és képviselőként nem megfelelő jogosultsággal rendelkező szakember jár el.

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

12. A szerződés teljesítése vonatkozásában releváns projekt munkaterület átadás-átvétele 2016. június 8. napján megtörtént.

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

14. A kérelmezett a nyilatkozat kiegészítését kérte, melyre vonatkozóan a kérelmező 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.”

15. 2016. július 14. napján a kérelmezett képviselője helyszíni szemlét tartott a munkaterületen.

16. A kérelmező 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 szakembercseréként bejelentette, hogy a továbbiakban a fent nevezett feladatot V. S. fogja végezni. Egyidejűleg csatolta L. I. bejelentését (2016. május 23-i levél, mely 2016.06.09-én került átvételre), orvosi leletét (2016.04.11., és 2016.07.19.), valamint V. S. alkalmasságának igazolására szolgáló dokumentumokat, illetve nyilatkozott arról, hogy nem áll kizáró okok hatálya alatt. A Kbt. 128. § (3) bekezdésére hivatkozással kérte a kérelmezett hozzájárulását.

17. A kérelmezett 2016. július 27. napján kelt levelében - hivatkozással a kérelmező 2016. június 13. napján kelt és 2016. július 5. napján kiegészített bejelentésére a többletkapacitásra vonatkozóan - tájékoztatta kérelmezőt, hogy V. S. bevonásához, mint többletkapacitás hozzájárul.

Rögzítette 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.”

18. 2016. július 29. napján kelt levelében a kérelmezett a kérelmezőt a szerződés szerű teljesítésre hívta fel, melyben kifejezetten hivatkozott arra, hogy az útépítési 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 a kérelmezőt, hogy a felmerült hiányosságot az esetlegesen felmerülő szakembercsere vonatkozásában soron kívül pótolja.

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

20. 2016. augusztus 18. napján kelt levelében a kérelmező értesítette a kérelmezettet a 2016. július havi teljesítéséről, melyet az ugyanezen a napon átvett. 2016. augusztus 19. napján kelt levelében a kérelmező megküldte a kérelmezett részére a szakembercserére vonatkozó jogi álláspontját, e körben részletesen hivatkozott a szakembercsere körülményeire, ennek okirati bizonyítékai megküldésével. 2016. szeptember 2. napján kelt levelében a kérelmező megküldte V. S. szakember 2016. augusztus 16. napján kelt önéletrajzát. Egyúttal kérte a Kbt. 128. § (3) bekezdésére hivatkozással a szakember cserére vonatkozó hozzájárulás megadását. 2016. szeptember 5. napján kelt levelében a kérelmezett hozzájárult a L. I. szakember helyett V. I. útépítési műszaki ellenőrként történő bevonásához, egyidejűleg hivatkozva a szerződés 12.2. pontjára kötbérigényét jelentette be a kérelmező felé.

Tájékoztatta továbbá a kérelmezőt, hogy „a 2016. július havi munkavégzésük elismeréséről szóló teljesítési igazolást ezen ügy rendezéséig nem áll módunkban aláírni.”

21. 2016. szeptember 9. napján kelt előzetes vitarendezési kérelmében a kérelmező vitatta a kérelmezett fent hivatkozott kötbérigényét. Álláspontja szerint a kötbérigény jogalapja nem áll fenn. Hivatkozott továbbá arra, hogy azzal, hogy a kérelmezett a teljesítésigazolást nem adja ki megsérti a Kbt. 130. § (1) bekezdését.

22. 2016. szeptember 20. napján kelt levelében a kérelmezett a kötbérigényét fenntartotta. E körben hivatkozott arra, hogy a 2016. július 14. napján tartott helyszíni szemléje során azt tapasztalta, hogy a hivatkozott szerződéses feladatokat nem az ajánlatban megjelölt személy, hanem V. S. látja el. A kérelmezett csupán 2016. szeptember 5. napján kelt levelében járult hozzá a szakembercseréhez. A Kbt. 128. § (3) bekezdése, álláspontja szerint a szakembercsere tekintetében tartalmaz időmeghatározást is, s a hozzájárulásnak mindenképp előzetesnek kell lennie. Hivatkozott továbbá arra, hogy álláspontja szerint a kérelmező nem volt jogosult teljesítés igazolását kérni, hisz a szerződés 8.5.3. pontja alapján csak a szerződés feltételei szerint elvégzett teljesítések igazolása várható el.

23. A kérelmező által a Pesti Központi Kerületi Bíróság előtt indított 18. G.304.844/2016. számú jogosulatlan kötbér visszafizetése iránti peres eljárásban a bíróság a kérelmezettet kötelezte a kötbér visszafizetésére. Megállapította, hogy kötbérigény, mint polgári jogi igény csak abban az esetben érvényesíthető, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában a kérelmezővel szemben jogsértést állapított volna meg. Mivel ilyen eljárás a kötbérigény érvényesítését nem előzte meg, a kérelmezett által érvényesített kötbérkövetelés jogalapjának bizonyítatlanságára tekintettel a keresetet elutasította. Az ítélet a Fővárosi Törvényszék 4.Gf.75.641/2017/6-I. számú ítéletével jogerőre emelkedett.

24. A kérelmező 2016. szeptember 16. napján előterjesztett jogorvoslati kérelmében kérte, hogy a Döntőbizottság állapítsa meg, hogy a kérelmezett megsértette a Kbt. 130. § (1) bekezdését, valamint a Kbt. 79. § (3) bekezdését és hívja fel a törvénynek megfelelő eljárásra. A Közbeszerzési Döntőbizottság a D.823/15/2016. számú határozatában a jogorvoslati kérelem első eleme vonatkozásában helyt adott és megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 130. § (1) bekezdését. Ennek eredményeként az ajánlatkérőként szerződő fél köteles volt kiadni a teljesítés igazolásáról szóló nyilatkozatot. A peres eljárás a Kúria előtti felülvizsgálat okán jelenleg is folyamatban van.

25. A kérelmező 2018. március 28-án kérte a kérelmezettet a referencia igazolás kiállítására, csatolta a referencia igazolás mellékletét képező konzorciumi nyilatkozat tervezetet, valamint az általa készített referencia igazolás tervezetet.

NYILATKOZAT

A NIF Nemzeti Infrastruktúra Fejlesztő zártkörűen működő Részvénytársasággal (székhelye: 1134 Budapest, Váci út 45., cg.: 01-10-044180) a PERFEKTUM PROJEKT Kft és a HUNGAL MÉRNÖKI ÉS VEZETŐI TANÁCSADÓ Kft. és a „METRÓ” KÖZLEKEDÉSFEJLESZTÉSI, BERUHÁZÁSI ÉS MÉRNÖKI SZOLGÁLTATÓ Kft., mint a „MÉRNÖK 21” tagjai, a (21. sz. főút 29+190-32+920 km szelvények közötti szakaszok négy nyomúsítás építési munkáihoz kapcsolódó műszaki ellenőri és mérnöki feladatok ellátása, 4500010861, K021.11) tárgyú munkára vonatkozó szerződést 2016. május 25-én megkötötte.

A tárgyi szerződés keretében elvégzett munka jellegét tekintve az alábbi:

A tárgyi szerződés keretében elvégzett munkák nem elkülöníthetőek, egyetemleges felelősségvállalás mellett történtek.

A konzorciumi tagok által elvégzett teljesítés aránya az összes szerződéses feladat tekintetében a szerződés árból:

PERFEKTUM PROJEKT KFT. 70%, azaz 63.000.000,- Ft + ÁFA

HUNGAL KFT. 15%, azaz 13.500.000,- Ft + ÁFA

METRÓBER KFT. 15%, azaz 13.500.000,- Ft + ÁFA

Jelen nyilatkozat a 4500010861 szerződésszámú szerződésre vonatkozóan kiadott referencia igazolás elválaszthatatlan mellékletét képezi.

Budapest, 2018. március 27.

REFERENCIA IGAZOLÁS

A NIF Nemzeti Infrastruktúra Fejlesztő zártkörűen működő Részvénytársaság (székhelye: 1134 Budapest, Váci út 45., cg.: 01-10-044180) igazolja, hogy a PERFEKTUM PROJEKT Kft és a HUNGAL Kft. és a „METRÓ” KÖZLEKEDÉSFEJLESZTÉSI, BERUHÁZÁSI ÉS MÉRNÖKI SZOLGÁLTATÓ Kft., mint a „MÉRNÖK 21” tagjai, a (21. sz. főút 29+190-32+920 km szelvények közötti szakaszok négy nyomúsítás építési munkáihoz kapcsolódó műszaki ellenőri és mérnöki feladatok ellátása, 4500010861, K021.11) tárgyú műszaki ellenőrzésre vonatkozó szerződést 2016. május 25. dátummal megkötötte. A tárgyi munka műszaki átadás-átvétel lezárásának időpontja: 2017. november 30.

Feladatai közé tartozott:

A projekt teljes körű mérnöki lebonyolítói és műszaki ellenőri feladatainak ellátása.

A projekt összefoglaló műszaki ismertetése:

A mérnöki szerződéshez kapcsolódó beruházás tárgya: 3,73 km egybefüggő hosszúságú országos közút 2x2 nyomra való bővítése és hozzá kapcsolódó egyéb (hidépítési, közműépítési, közműkiváltási, vízépítési, forgalomtechnikai) munkálatokkal együtt.

Tervezési sebesség: 90 km/h

Koronaszélesség: 22,50m

Forgalmi sáv szélesség: 3,50m

Forgalmi sávok száma: 2x2

Műtárgyak:

Műtárgy megnevezése	Szabad nyílásmérete	Átvezetett út	Áthidalt akadály
B 293 jelű híd	44,10m	Irinyi út	21.sz főút
B 322 jelű híd	3,20m	21. sz. főút	gyalogút
B 324 jelű híd	30,96m	21. sz. főút	III/5. sz. földút
B 324/K1 jelű híd	4,24m	III/6. sz. földút	Hévíz - patak
B 324/K2 jelű híd	4,24m	III/7. sz. földút	Hévíz - patak
B 324/B1 jelű híd	5,00m	21. sz. főút	Mátraszőlősi földút
B 324/B1 jelű híd	3,32m	21. sz. főút	Hévíz - patak

Csomópontok:

Csomópont elhelyezkedése	jellege	Főirány	Mellékirány
29+386 Pásztó nyugati csomópont	külön szintű	21. sz. főút	Irinyi utca (önkormányzati kezelésű)
31+629 (bal pálya)	szintbeli	21. sz. főút	TSZ út
32+229	kétsávós turbó körfogalom	21. sz. főút	21144 j. és 24303 j. út

Igazoljuk, hogy a teljesítés az igazolás kiadásának dátumáig az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt. A Perfektum Projekt Kft. a beruházás folyamatát az igazolás kiadásának dátumáig megfelelő gondossággal tartotta kézben. Az előkészítés és a kivitelezés lezárult, a jótállási időszak folyamatban van, ezért erre vonatkozóan a szerződés még nem zárult le.

A tárgyi szerződés keretében elvégzett munkák nem elkülöníthetőek, a feladatok ellátása a közös ajánlattevők egyetemleges felelősségvállalása mellett történt.

Az ellenszolgáltatás összege: 90.000.000 Ft + ÁFA

melyből a PERFEKTUM PROJEKT Kft. részesedése: 70 %, azaz 63.000.000 Ft + ÁFA.

Információt nyújtó személy (NIF Zrt.): [Név], [Telefonszám]

Lebonyolító projektvezetője: [Név], [Telefonszám]

Ezen igazolást a(z) PERFEKTUM PROJEKT Kft. kérésének megfelelő tartalommal adtuk ki. A konzorciumban (közös ajánlattevők által) teljesített szerződés tekintetében a referencia igazolás kiadása a kérelmezőnek a konzorciumi tagok teljesítésének arányáról, valamint a munka elkülöníthetőségéről szóló nyilatkozata alapján történt meg.

Budapest, 2018. március 27.

NIF Zrt.

>>1. aláíró<<
titulus

>>2. aláíró<<
titulus

26. A kérelmezett 2018. április 9-én az alábbi „Megrendelői állásfoglalás”-t adta:
„Tárgyi referencia igazolás kiadása iránti kérelmüket a NIF Zrt. mint Megrendelő megvizsgálta, azzal kapcsolatban az alábbi állásfoglalást adjuk:

A Fővárosi Törvényszék 4.Gf.75.641/2017/6-I. számú jogerős ítélete a teljesítés szerződésszerűségét érdemben nem vizsgálta, Megrendelő álláspontja továbbra is az, hogy a „21. sz. főút 1+300-7+850 km, 23+300-27+820 km és a 29+190-32+920 km szelvények közötti szakaszok négy nyomúsítás építési munkáihoz kapcsolódó műszaki ellenőri és mérnöki feladatok ellátása” tárgyú közbeszerzési eljárás III. részére („21. sz. főút 29+190 - 32+920 km szelvények közötti szakasz négy nyomúsítás építési munkáihoz kapcsolódó műszaki ellenőri és mérnöki feladatok ellátása”) tárgyában megkötött megbízási szerződés tekintetében nem adható ki a 321/2015 (X. 30.) Korm. rendelet szerinti nyilatkozat, miszerint a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt, figyelemmel arra, hogy tényszerűen megállapítható volt, hogy 2016.07.14 - 2016.09.05. közötti időszakban nem az ajánlatban alkalmasság igazolására bemutatott L. I. szakember vett részt a teljesítésben. Ezzel Megbízott reparálhatatlanul szerződést szegett.

Ebben az esetben nem tudunk nyilatkozni arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt. A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet értelmében az igazolásnak tartalmaznia kell, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e.”

A kérelmező jogorvoslati kérelme

28. A kérelmező 2018. április 12. napján előterjesztett jogorvoslati kérelmében előadta, hogy a közbeszerzési eljárásban közös ajánlattevőként ajánlatot tett, az eljárás nyertesévé vált, és 2016. május 26-án megbízási szerződést kötött az ajánlatkérővel. A szerződés tárgyát képező feladat a beruházás műszaki átadás-átvételével 2017. november 30-án lezárult, a továbbiakban 36 hónapig tartó jótállási időszak van érvényben.

29. A kérelmező 2018. március 28-án kezdeményezte a referenciaigazolás kiadását, amelyet 2018. április 9-én a kérelmezett megtagadott.

30. A jogsértő esemény időpontját és az arról való tudomásszerzése időpontját a referenciaigazolás kiállítására rendelkezésre álló második munkanap, azaz 2018. április 3. napjában jelölte meg. Álláspontja szerint a kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. tv. (továbbiakban: Kbt.) 2. § (3) bekezdését, a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLIII. törvény 2. § (3) bekezdését, valamint a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 16. § (4) bekezdését és a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 22. § (4) bekezdését.

31. Kérte, hogy a Döntőbizottság állapítsa meg a jogsértés megtörténtét és a Kbt. 152. § (3) bekezdés a) pontjában foglaltaknak vagy a 2015. évi CXLIII. törvény 165. § (3) bekezdés a) pontjában foglaltaknak megfelelően hívja fel az ajánlatkérőt a törvénynek megfelelő eljárásra.

32. Az ajánlatkérőként szerződött fél és a kérelmező között polgári peres jogvita zajlott. Az ajánlatkérőként szerződött fél hibás teljesítési kötbért rótt ki a kérelmezőre, amely ellen az bírósághoz fordult. Az I. fokon eljáró Pesti Központi Kerületi Bíróság 18.G.304.844/2016/13. ítélete a kérelmezőnek igazat adott, amelyet az ajánlatkérőként szerződött fél megfellebbezett. A Fővárosi Törvényszék, mint másodfokú bíróság az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyta (4.Gf.75.641/2017/6-I.). Az ítélet ellen nincs helye fellebbezésnek. Az ajánlatkérőként szerződött fél nem tagadhatja meg a referenciaigazolás kiadását, ugyanis a szerződésszegésre vonatkozó kifogását illetően a bíróság a kérelmezőnek adott igazat. Hivatkozott arra, hogy a Kbt. és a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 16. § (4) bekezdés, illetőleg a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 22. § (4) bekezdés sem hagy mozgásteret az ajánlatkérőként szerződő félnek a referenciaigazolás mérlegelése vagy megtagadása tekintetében. Az ajánlatkérőként szerződő fél a referenciaigazolás kiadásának késedelmével, valamint megtagadásával megsértette a Kbt. 2011. évi CVIII. tv. 2. § (3) bekezdését, a 2015. évi CXLIII. törvény 2. § (3) bekezdését, valamint a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 22. § (4) bekezdését, a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 16. § (4) bekezdését.

A kérelmezett észrevétele

33. A kérelmezett előadta, hogy a 2016. május 26. napján kötött szerződés teljesítését a Közbeszerzési Hatóság vizsgálta, amelyet követően kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalbóli eljárását. A Döntőbizottság az eljárást megindította D.134/2018. számon. Ezen eljárás tárgyát képezi annak a szerződésszegésnek a vizsgálata, amelynek okán a kérelmező által kifogásolt referencia kiadását megtagadta az ajánlatkérő.

34. Álláspontja szerint a kérelmező nem indokolta, hogy miben látta jogellenesnek a referenciaigazolás megtagadását. A kérelmező által hivatkozott polgári per tárgyát nem képezte a szerződésszegés vizsgálata, a polgári bíróság nem vizsgálata, hogy a kérelmezett teljesítette-e a szerződést.

35. Álláspontja szerint a megbízási szerződés tekintetében nem volt kiadható a kormányrendeletben foglaltak szerinti nyilatkozat, miszerint a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt, figyelemmel arra, hogy tényszerűen megállapítható volt a teljesítés során, hogy 2016.07.14 – 2016.09.05. közötti időszakban nem az ajánlatban alkalmasság igazolására bemutatott L.I. szakember vett részt a teljesítésben. Ezzel a kérelmező reparálhatatlanul szerződést szegett. Ezt támasztják alá a szerződés 5.1 pontjának második bekezdésében és a szerződés 12.2 pontjában foglalt rendelkezések.

36. A szerződés 8.5.3 pontja pedig a következők szerint rendelkezik:

„A Megbízott a jelen szerződés szerinti feladatok és feltételek teljesítése esetén jogosult kérelmezni az elszámolási időszakra vonatkozó Teljesítésigazolás Megbízó részéről történő kiadását.”

2016. július 14-én helyszíni szemlét tartott, ahol azt tapasztalta, hogy nem az ajánlatban megjelölt és az útépitési műszaki ellenőri pozíció tekintetében az alkalmasság igazolásában megjelölt szakember volt jelen a munkaterületen, hanem a többletkapacitásként bevont szakember. A helyszíni szemlén tapasztaltokról tájékoztatta a kérelmezőt. A kérelmező megfelelő időben nem jelezte felé, hogy a szakemberek körében változás történt, így nem tett eleget az együttműködési kötelezettségének, megsértette ezzel a jóhiszeműség mind Kbt-beli, mind Ptk-beli alapelvét. A szerződés 5.4 pontja egyértelműen rendelkezik arról, hogy szakembercseré esetén a megbízott haladéktalanul és írásban köteles tájékoztatni a megbízót, ami ez esetben nem történt meg.

37. Előadta, hogy többszöri levélváltást és adategyeztetést követően került abba a helyzetbe, hogy a bejelentett szakembercserét elbírálhassa. Álláspontja szerint a tárgyi projekt útépitési műszaki ellenőr pozíciója vonatkozásában bejelentett szakembercserét nem a szerződés 5.4. pontja alapján és ebből következően nem szerződés szerint nyújtotta be a kérelmező. A helyszíni szemlén tapasztalt, nem megfelelő szakemberrel való teljesítés és a 2016. szeptember 5-i, a szakembercseréhez való megbízói hozzájárulás megadása közötti időtartamban nem volt szerződésszerű a kérelmező teljesítése, erre tekintettel a nem megfelelő szakember alkalmazása felróható. Mindezek alapján a kérelmező a 321/2015 (X. 30.) Korm. rendelet szerint előírt tartalmú (azaz, hogy a teljesítés a szerződésnek és az előírásoknak megfelelően történt) referencia kiadását nem kérheti.

38. Kérte továbbá annak megállapítását, hogy a kérelmező a Kbt. szerinti 15 napos határidőn belül tájékoztatta kérelmezőt a referenciaigazolás megtagadásáról, így a késedelmes kiadásra való hivatkozás alaptalan. Állította, hogy eljárása jogszerű volt és megfelelt a kormányrendelet referenciaigazolás kiadására vonatkozó rendelkezéseinek. Kérte továbbá a kérelmező költségeiben történő marasztalását.

A Döntőbizottság döntése és annak jogi indokai

39. A jelen jogorvoslati eljárás alapját képező közbeszerzési eljárás 2015. október 31. napján indult, ezért az ekkor hatályos a Kbt. és annak 182. § (1) bekezdésének 1. és 2. pontjának felhatalmazása alapján irányadó, a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 310/2011. (XII. 23.) Kormányrendelet (továbbiakban: Kormányrendelet) rendelkezéseit alkalmazva járt el a Döntőbizottság.

40. A Kormányrendelet 16. § (1) bekezdése szerint a 15. § (1) bekezdés *a)* pontjának és (3) bekezdés *a)* pontjának esetét a Kbt. Második Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban a következő módon kell igazolni:

a) ha a szerződést kötő másik fél a Kbt. 6. § (1) bekezdés *a)–c)* pontja szerinti szervezet, illetve nem magyarországi szervezetek esetében olyan szervezet, amely a 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv alapján ajánlatkérőnek minősül, az általa kiadott vagy aláírt igazolással;

b) ha a szerződést kötő másik fél az *a)* pontban foglalthoz képest egyéb szervezet, az általa adott igazolással vagy az ajánlattevő, részvételre jelentkező, illetve az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet nyilatkozatával.

(2) Az (1) bekezdés *a)–b)* pontja szerinti igazolás, illetve nyilatkozat tartalmazza legalább a következő adatokat: a teljesítés ideje, a szerződést kötő másik fél, a szállítás vagy szolgáltatás tárgya, az ellenszolgáltatás összege, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e. Ajánlatkérő a referencia igazolás, illetve

nyilatkozat tartalmi elemei között jogosult előírni az alkalmasság megállapításához szükséges további adat megadását is.

(3) A 15. § (2) bekezdés *a*) pontjának esetét a Kbt. Második Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban a szerződést kötő másik fél által adott igazolással kell igazolni. Az igazolásban meg kell adni legalább az ellenszolgáltatás összegét, a teljesítés idejét és helyét, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e. Ajánlatkérő a referencia igazolás, illetve nyilatkozat tartalmi elemei között jogosult előírni az alkalmasság megállapításához szükséges további adat megadását is.

(4) Az (1)–(3) bekezdés szerinti esetekben a szerződést kötő másik félnek az igazolást szerződésszerű teljesítés esetében kötelessége a kérést követő két munkanapon belül díjmentesen kiállítania.

(5) A 15. § (1) bekezdés *a*) pontjának, (2) bekezdés *a*) pontjának, valamint (3) bekezdés *a*) pontjának esetét a Kbt. Harmadik Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban az ajánlattevő, részvételre jelentkező, illetve az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet nyilatkozatával, vagy a szerződést kötő másik fél által adott igazolással lehet igazolni.

41. A Döntőbizottság utal arra, hogy az ajánlatkérő és az ajánlattevő (közös ajánlattevők) közötti közbeszerzési jogviszony a közbeszerzési eljárás eredményes lezárultával megszűnt. Ezt követően vette kezdetét a szerződéses szakasz, amelynek során az ajánlatkérőként szerződő fél és a nyertes ajánlattevőként szerződő fél által létrejött közbeszerzési szerződés teljesítésének vizsgálata, minősítése annyiban tartozik a Kbt. hatálya alá, amennyiben e törvény azt előírja, egyebekben a Ptk. rendelkezéseit kell alkalmazni. Ebből következően már a szerződéses szakaszban elválik a polgári bíróság és a döntőbizottság hatásköre. Jelen esetben a szerződés teljesítéssel történt lezárását követően keletkezett jogvita tárgya ezen eljárásra vonatkozó referencia igazolás kiadása. Ebben a szakaszban a Kbt. 133. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, vonatkozó jogszabályokba ütköző magatartás vagy mulasztás miatt a Kbt. ötödik része szerinti jogorvoslatnak van helye.

42. A Döntőbizottság hatáskörét jelen esetben az alapozza meg, hogy a Kbt. felhatalmazása alapján irányadó, a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 310/2011. (XII.23.) Kormányrendelet, mint a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabály megsértése merült fel a jogorvoslati kérelemben foglaltak okán. A jogorvoslati kérelemben foglalt anyagi jogi sérelem a kérelmező szerint a rendelet 16. § (4) bekezdésének megsértése volt azzal, hogy az ajánlatkérő egy közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítése következményeként kért referencia igazolás kiadását megtagadta.

43. A Kormányrendelet 16. § (4) bekezdése alapján az (1)–(3) bekezdés szerinti esetekben a szerződést kötő másik félnek az igazolást szerződésszerű teljesítés esetében kötelessége a kérést követő két munkanapon belül díjmentesen kiállítania.

44. A Döntőbizottságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a kérelmezett, mint szerződést kötő másik fél megtagadta-e a referencia igazolás kiadását és ezzel megsértette-e a jogszabályban foglalt kötelezettségét. A felek között vita alakult ki abban a tekintetben, hogy a szerződés teljesítése a szerződésben foglaltaknak mennyiben felelt meg, a kérelmező teljesítése szerződésszerű volt-e. A rendelkezésre álló iratok alapján megállapítható volt, hogy az ellentétes álláspontok miatt a kérelmező és a kérelmezett kölcsönösen egymás ellen polgári peres és közbeszerzési jogorvoslati eljárást is kezdeményeztek. A kérelmező álláspontjával ellentétben azonban a bíróság a szerződésszegés tényét nem vizsgálta, arra utalt, hogy a kötbérigény érvényesítésére, mint polgári jogi igény érvényesítésére kizárólag akkor van

lehetősége, ha a jogsértés tényét a Döntőbizottság előzetesen megállapította. Az erre irányuló jogorvoslati kérelem elbírálása D.134/2018. számon jelenleg is folyamatban van.

45. Ettől elkülöníthető azonban a jelen jogorvoslati eljárásban foglaltak vizsgálata. A kérelmezett akkor köteles kiállítani a referencia igazolást, amennyiben a teljesítés szerződésszerű volt. A szerződésszerű teljesítés megállapítása tágabb fogalom a szerződészegés tényének megállapításánál. A teljesítés akkor szerződésszerű, ha a szerződésben foglaltaknak maradéktalanul megfelel, ennek vizsgálata, értékelésére elsősorban a szerződést kötő felek jogosultak a szerződés részletes tartalmának és a teljesítésnek az ismeretében. Amennyiben vita van a felek között és valamelyik fél a másik szerződészegését állítja, annak elbírálása a Kbt. fentebb említett rendelkezéseiből következően vagy a Döntőbizottság vagy a bíróság hatáskörébe tartozik.

46. A kérelmezett kötelezettsége a referenciaigazolás kiadására szerződésszerű teljesítés esetén keletkezik. Jelen esetben a kérelmezett kiadott egy igazolást a kérelmező részére, azonban az nem felelt meg a kérelmező által elvárt tartalomnak. Nem foghat helyt ezért a kérelmező azon állítása, hogy a kérelmezett az igazolás kiadását megtagadta. A tartalom vizsgálatát – a Kormányrendelet 16. § (1)-(3) bekezdésében foglaltakat – a kérelmező jogorvoslati kérelmében nem kérte vizsgálni. Megjegyzi a Döntőbizottság, hogy nem is kérhette, mivel az abban foglaltak a következő közbeszerzési eljárásban az ajánlattevő alkalmasságának igazolásához szükséges igazolás benyújtására és általános tartalmára vonatkoznak, azaz a kérelmezőre, mint későbbi ettől elkülönülő közbeszerzési eljárás ajánlattevőjére rónak kötelezettséget. A Kormányrendelet 16. § (4) bekezdésében megfogalmazott kötelezettség a kérelmezettet, mint szerződést kötő másik felet csak akkor köti, ha a teljesítést szerződésszerűnek fogadja el. A (4) bekezdésben foglaltak alapján nem lehet azt a következtetést levonni, hogy a szerződést kötő másik félnek kötelessége lenne kiadni az igazolást, amennyiben nem tartja szerződésszerűnek a másik fél teljesítését. Figyelemmel kell lenni arra, hogy a referencia igazolást a kérelmező egy új eljárásban kívánja felhasználni alkalmassága igazolása körében. Ezen eljárás ajánlatkérője az igazolás alapján dönt a kérelmező alkalmasságáról, ezért az igazolásnak alkalmasnak kell lennie arra, hogy abból a szerződésszerű teljesítés megállapítható legyen. A szerződést kötő másik fél igazolását használja fel egy másik, későbbi ajánlatkérő, annak tartalmára hagyatkozva. Ezért sem értelmezhető úgy, hogy a Kormányrendelet 16. § (4) bekezdésében foglalt kötelezettség a referencia kiadásának kényszerét megfogalmazó szabályt tartalmaz. Amennyiben a szerződést kötő másik fél álláspontja szerint a teljesítés nem volt szerződésszerű, nem kötelessége a kérést követő két munkanapon belül díjmentesen kiállítani az igazolást. Nyilatkozhat úgy, hogy álláspontja szerint a teljesítés nem volt szerződésszerű és nem áll módjában kiállítani a referencia igazolást. A felek között éppen a szerződésszerű teljesítés és a szerződészegés ténye vitatott és erre vonatkozó vagy azt érintő eljárások voltak és vannak jelenleg is folyamatban. A szerződésszerű teljesítés elbírálására és ezen belül a szerződészegés megállapítására a Döntőbizottság korlátozott hatáskörrel rendelkezik azzal, hogy a Kbt. 133. § (2) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződéssel kapcsolatos jogvita - kivéve a szerződésnek az e törvénybe, illetve az e törvény felhatalmazása alapján alkotott kormányrendeletbe ütköző módosítása vagy teljesítése miatti jogvitát -, valamint a közbeszerzési eljárással kapcsolatos polgári jogi igények elbírálása a bíróság hatáskörébe tartozik. Következésképpen a Döntőbizottság abban nem foglalhat állást, hogy a teljesítés egésze szerződésszerű volt-e, annak minősítése ez esetben a szerződést kötő másik fél feladata. Amennyiben a kérelmezettnek a szerződést nem szerződésszerűnek minősítő megállapításával a kérelmező nem ért egyet, polgári peres úton érvényesítheti igényét.

47. Figyelemmel arra, hogy a kérelmezett két munkanapon belül történő igazolás kiadási kötelezettsége csak akkor áll fenn, amennyiben a teljesítést szerződés szerűnek fogadja el, nem helytálló a kérelmezőnek az igazolás késedelmes kiadására vonatkozó hivatkozása.

48. A Döntőbizottság mindezek alapján az alaptalan jogorvoslati kérelmet a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján elutasította.

49. 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. 126. § (2) bekezdése az alábbiak szerint rendelkezik:

„(2) A jogvita eljárásban a hatóság az eljárási költségek viselésére kötelezi

a) a kérelem elutasítása esetén a kérelmező ügyfelet,

b) a kérelemnek helyt adó döntés esetén az ellenérdekű ügyfelet.”

A Döntőbizottság az eljárási költségek viseléséről a Kbt. 151. § (9) bekezdés utolsó fordulata és az Ákr. 126. § (2) bekezdés a) pontja szerint rendelkezett.

50. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

51. 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. május 9.

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka
a tanács elnöke

Berekméri Ágnes
közbeszerzési biztos

Dr. Telek Katalin
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelűl:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Czeglédy Gergő felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (kapcsolati kód: 48b00ba9caf9eff94da78136b7eeab30)
2. NIF Nemzeti Infrastruktúra Fejlesztő Zrt. (KRID: 11906522)
3. HunGal Mérnöki és Vezetői Tanácsadó Kft. (KRID: 13555139)
4. Metró Közlekedésfejlesztési, Beruházási és Mérnöki Szolgáltató Kft. (KRID: 10940385)

