



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

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

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D. 237/14/2018.

A tanács tagjai: Dr. Csanádi Péter közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Berekméri Ágnes közbeszerzési biztos, Dr. Hunya István közbeszerzési biztos

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

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

A kérelmezett: Frikober Kft.
(Budapest, Budakeszi út 73.G.ép.)

A kérelmezett képviselője: Dobrosy és Társai Ügyvédi iroda,
Dr. Szabados Gergő ügyvéd
(Debrecen, Simonffy u.57.)

Az ajánlatkérő: Fővárosi Vízművek Rt.
(Budapest, Váci út 23-27.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Korossy Emese felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó

Az egyéb érdekelt: Gabári Közmű Kft. (Budapest, Dereglye u.12.)

Az egyéb érdekelt képviselője: Dr. Németh Ferenc felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó

A közbeszerzés tárgya: „Budapest I. Váralja utcában (Dózsa György tér - Sándor Móricz lépcső között) 434 fm DN 500 megerősített bevonatos göv vízvezeték rekonstrukció a kapcsolódó csomópontok és rákötések kiépítésével, valamint a bekötővezetékek átépítésével együtt”

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 a hivatalbóli kezdeményezés 1. eleme tekintetében, hogy a kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. Tv. (a továbbiakban: régi Kbt.) 128. § (2) bekezdésének 2. fordulátát, valamint hivatalbóli kezdeményezés 2. eleme tekintetében az építési beruházások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 306/2011.(XII.23.) Korm.r. (a továbbiakban: Korm.r.) 14. § (1) bekezdésének b), c) és f) pontjait.

A Döntőbizottság a kérelmezettel szemben 800.000-Ft, azaz nyolcszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja 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, 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. A jogi képviselővel eljáró fél, illetve a belföldi székhellyel rendelkező gazdálkodó szervezet kizárólag elektronikus úton nyújthatja be a keresetet.

INDOKOLÁS

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő korábban a régi Kbt. 2013. június 18. napján hatályos szabályai – amely a keretmegállapodásos eljárás megindításának napja – szerint 2017. február 1-én KT-05/2017 számon a keretmegállapodásos eljárás második szakaszában hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást indított a fentiekben jelzett tárgyban (a továbbiakban: I. számú közbeszerzési eljárás).

Az I. számú közbeszerzési eljárás eredményeként az ajánlatkérő 2017. április 10-én vállalkozási szerződést kötött a kérelmezettel nettó 69.444.444.-Ft + 3.472.222.-Ft tartalékkeret összegben. A szerződés szerint a munka várható kezdése 2017.05.02., befejezése a munkaterület átadásától számított 60 naptári nap volt. A szerződés 6.1. pontja szerint a kérelmezett a feladat megvalósításában alvállalkozókat is bevonhat. A 6.2. pont szerint kérelmezett az ajánlatadás során nyilatkozott arról, hogy a szerződéses érték 10 %-át meghaladó mértékben alvállalkozót nem kíván igénybe venni.

A szerződés mellékletét képezte az „Alvállalkozók” dokumentum, mely szerint „Vállalkozó ajánlatában úgy nyilatkozott, hogy az alábbi feladatok ellátásához vesz igénybe 10 % alatt alvállalkozót: bontás, aszfaltmarás, forgalomtechnika, csővezeték-hálózat kivitelezése-építése, úthelyreállítás-építés, tereprendezés, nyomáspróba vizsgálat, vízminőség vizsgálat, geodézia, dokumentációik kezelése-elkészítése”.

A felek a szerződést 2017.06.30-án módosították: a nettó vállalási ár 69.444.444.- Ft-ról nettó 70.486.744.-Ft-ra, a tartalékkeret nettó 3.472.222.-Ft-ról nettó 2.429.922.-Ft módosult. (összesen nettó 72.916.666.-Ft)

Az építési napló megnyitása 2017.04.27-én történt, lezárása 2017.07.11-én. A munkaterület átadása 2017.05.03-án volt. Az e-naplóban a kérelmezetten, az építetön, a műszaki ellenőrön kívül más gazdasági szereplő, alvállalkozó nem került bejegyzésre.

Az ajánlatkérő az 1. teljesítési igazolást 2017.06.07-én adta ki a kérelmezettnek a vállalási ár 40%-ról (27.777.778.-Ft). A kérelmezett még aznap kiállította az 1. rész-számlát a fenti összegről. Csatolásra került a kérelmezett bankszámla kivonata, mely szerint az átutalás 2017.07.07-én történt.

Az ajánlatkérő a 2. teljesítési igazolást 2017.07.10-én adta ki a kérelmezettnek a vég számlához (42.708.966.-Ft). A kérelmezett még aznap kiállította a vég számlát a fenti összegekről. Csatolásra került a kérelmezett bankszámla kivonata, mely szerint az átutalás 2017.08.03-án történt.

A kérelmezett az egyéb érdekelttel 2017. május 17-én vállalkozási szerződést kötött „Budapest I. Váralja utcában (Dózsa György tér - Sándor Móricz lépcső között) 434 fm DN 500 megerősített bevonatos göv. vízvezeték rekonstrukció a kapcsolódó csomópontok és rákötések kiépítésével, valamint a bekötővezetékek átépítésével együtt kiviteli tervek alapján kompletten, kizárólag élőmunka biztosításával” építési projekt tárgyában. A szerződés szerint a munka várható kezdése 2017.05.18., befejezése a munkaterület átadásától számított 60 naptári nap.

Az 1. teljesítési igazolás és rész számla (3.200.000.-Ft+Áfa) 2017.06.07-én, valamint teljesítési igazolás és vég számla (4.800.000.-Ft+Áfa) 2017.07.10-én került kiállításra.

2. Az ajánlatkérő a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.), valamint a közszolgáltatók közbeszerzéseire vonatkozó sajátos közbeszerzési szabályokról szóló 307/2015. (X. 27.) Korm. rendelet szerint keretmegállapodás megkötésére irányuló közbeszerzési eljárást folytatott le a „Keretmegállapodás vízvezeték nyíltárkos létesítésére, rekonstrukciójára és szükség szerint tervezésre (1. rész: kis átmérő DN 300, KPE 315, 2. rész: nagy átmérő > DN 300, KPE 315)” (a továbbiakban: II. számú közbeszerzési eljárás tárgyában. Az utóbbi közbeszerzési eljárás során: a Kbt. 69. §-ának (4) és (6) bekezdése szerinti ajánlatkérői felhívásra a közbeszerzési eljárás egyik ajánlattevője az egyéb érdekelt olyan tartalmú referenciaigazolásokot nyújtott be az ajánlatkérő részére, amelyekkel kapcsolatban a Kbt. 71. §-a alapján hiánypótlási felhívás kibocsátása volt szükséges.

Az egyéb érdekelt a hiánypótlásában (15.o.) többek között a következő referenciaigazolásokat is benyújtotta:

„A referenciaigazolás kiállítója: Frikober Mérnöki Kft.

A teljesítés ideje: 2017. május 17.— 2017. július 10.

A teljesítés helye: Budapest, I. kerület Váralja utca (Dózsa György tér — Sándor Móricz lépcső között) Az elvégzett munka: DN500 434 fm (GÖV megerősített bevonatos vezeték).”

A II. számú közbeszerzési eljárással kapcsolatosan indult D.29/2018. sz. alatt lefolytatott jogorvoslati eljárásban a kérelmezett és az egyéb érdekelt is akként nyilatkozott, hogy a Budapest I. kerület Váralja utca helyszínen ellátott munkákban az egyéb érdekelt alvállalkozóként ténylegesen részt vett.

A kérelmezett és az egyéb érdekelt között létrejött 2017. május 17-én kötött vállalkozási szerződés, a számlák és a 2017. június 7-én, valamint a 2017. július 10-én kelt teljesítésigazolások alapján nettó 3.200.000,- Ft + 4.800.000,-Ft= összesen nettó 8.000.000,-Ft összeg került a kérelmezett részéről az egyéb érdekelt, részére kifizetésre két részletben.

3. A hivatalbóli kezdeményező 2018. június 4-én a T-01851/03/2018. iktatószámú végzésében a „Budapest I. Váralja utcában (Dózsa György tér - Sándor Móricz lépcső között) 434 fm DN 500 megerősített bevonatos göv vízvezeték rekonstrukció a kapcsolódó csomópontok és rákötések kiépítésével, valamint a bekötővezetékek átépítésével együtt” tárgyú csőrekonstrukciós keretmegállapodás alapján megkötött vállalkozási szerződés teljesítésének ellenőrzését rendelte el.

A kérelmezett a 2018.06.20-i nyilatkozatában közölte, hogy a szerződés teljesítése során az akkor hatályos Kbt. 4. § 2. pontja szerint meghatározott alvállalkozó igénybevitelére nem került sor. A keretszerződésben nyilatkozott, hogy 10 % alatti alvállalkozót kíván igénybe venni, és arról, hogy az igénybe venni kívánt alvállalkozók nem állnak kizáró okok hatálya

alatt, ezeken az iratokon a bejelentés ideje szerepel. A konkrét projekt esetében mellékelte nyilatkozatát, amelyek azonosak a keretszerződésben bemutatott nyilatkozatokkal. A nyilatkozatokban szereplő alvállalkozók nem az alkalmasság igazolásának biztosítására kerültek megnevezésre, így azok tényleges igénybevétele nem volt kötelező.

A hivatalbóli kezdeményezés

4.1. A hivatalbóli kezdeményező 2018. július 3. napján nyújtotta be a kezdeményezését, melyben egyrészt kérte annak megállapítását, hogy arra tekintettel, hogy a Gabári Közmű Kft. alvállalkozóként ténylegesen részt vett a II. számú közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevőjének, a kérelmezettnek a vállalkozási szerződése teljesítésben, továbbá, hogy a kérelmezett nem tett eleget az alvállalkozó bejelentésére és a vele kapcsolatos kizáró okok igazolására vonatkozó kötelezettségének ezzel megsértette a régi Kbt. 128. § (2) bekezdését. Ezen 1. kezdeményezési elem vonatkozásában a feltételezett jogsértések megtörténtének időpontja a 2017. május 17. — 2017. július 10. közötti időszak. A feltételezett jogsértésről való tudomásszerzés időpontja: 2018. május 4., amely megegyezik az ajánlatkérő bejelentésének a Hatósághoz történő érkeztetése időpontjával.

A hivatalból kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérőtől 2018. május 4-én bejelentés érkezett a Közbeszerzési Hatósághoz, amelynek tartalma szerint a az I. számú közbeszerzési eljárás alapján megkötött vállalkozási szerződés teljesítése során a kérelmezett megsértette a régi Kbt. 128. § (2) bekezdését, valamint a 306/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Korm. rendelet) 14. § (1) bekezdését. A bejelentésben ismertetettek szerint a régi Kbt. 128. § (2) bekezdésének a kérelmezett részéről történő megsértése azáltal valósult meg, hogy a fenti szerződést a kérelmezett alvállalkozó bevonásával teljesítette, amelyről ugyanakkor a bejelentőt a régi Kbt. 128. § (2) bekezdésének előírása ellenére nem tájékoztatta. A bejelentő ismertette, hogy a jogsértésről az előtte folyó II. sz. közbeszerzési eljárásban az egyéb érdekelt által benyújtott olyan referenciaigazolásából szerzett tudomást, amely referenciaigazolást a fenti szerződésre vonatkozóan a kérelmezett állította ki az egyéb érdekelt, mint alvállalkozója számára.

4.2. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy sem az ajánlatkérő által kiállított 2017. június 7-én kelt, sem a 2017. július 10-én kelt teljesítésigazolások kiállításának időpontjáig, sem azt követően a kérelmezett nem tett nyilatkozatot arra vonatkozóan, hogy a Gabári Közmű Kft. mekkora összegre jogosult az ellenszolgáltatásból, ezzel pedig megsértette a Korm. rendelet 14. § (1) bekezdésének b) pontját.

Továbbá a kérelmezett ugyan a 2017. június 7-én kelt teljesítésigazolás kiállítását követően még aznap, valamint a 2017. július 10-én kelt teljesítésigazolás kiállítását követően szintén még a tárgyi napon haladéktalanul kiállította számláit, de a számlákon a Gabári Közmű Kft. teljesítésének mértékét egyáltalán nem tüntette fel, ezáltal megsértette a Korm. rendelet 14. § (1) bekezdésének c) pontját.

Figyelemmel arra, hogy a kérelmezett a Gabári Közmű Kft. részére történő alvállalkozói díj 2017. július 7-én, valamint 2017. augusztus 3-án történő kifizetését követően sem adta az ajánlatkérőnek az átutalások igazolásainak másolatait, megsértette a Korm. rendelet 14. § (1) bekezdésének f) pontjában foglaltakat.

A 2. kezdeményezési elem vonatkozásában a feltételezett jogsértések megtörténtének időpontja: az ajánlatkérő által kiállított 2017. június 7-én kelt, valamint a 2017. július 10-én kelt teljesítésigazolások kiállításának időpontjától számított időszak.

A feltételezett jogsértésről való tudomásszerzés időpontja: 2018. május 4. amely megegyezik az ajánlatkérő bejelentésének a Hatósághoz történő érkeztetése időpontjával.

A hivatalból kezdeményező indítványozta az 1. és 2. kezdeményezési elem kapcsán, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 149. § (1) bekezdésének e) pontjára figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdésének e) pontja alapján állapítsa meg a régi Kbt. 128. § (2) bekezdésének a kérelmezett részéről történő megsértését és a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel szabjon ki bírságot a kérelmezett szemben, továbbá, hogy állapítsa meg a 306/2011. (XII.23.) Korm. 14. § (1) bekezdésének b), c) valamint f) pontjainak megsértését és a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel szabjon ki bírságot a kérelmezettel szemben.

4.3. A kezdeményező a kérelmezett észrevételére előadta a hivatalbóli kezdeményezés megszüntetése tárgyában, hogy a hivatalbóli kezdeményező a D.29/2018. sz. jogorvoslati eljárásban sem félként, sem egyéb érdekeltként, illetve semmilyen más formában nem vett részt. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott arra, hogy a Hatóság a Kbt. 187. § (1) bekezdése szerinti hatáskörében jár el és az ellenőrzési tevékenységét a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának a Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendeletben foglaltak alapján végzi. A jelen jogorvoslati eljárásban a Hatóság Elnökének, mint hivatalbóli kezdeményezőnek a saját jogán alapuló kezdeményezése tekintetében a tudomásszerzést a részére benyújtott megkeresés alapozta meg, mely független a Közbeszerzési Hatóság keretein belül működő Közbeszerzési Döntőbizottság előtt folyt jogorvoslati eljárásban a jogorvoslati szerv általi bármely tudomásszerzéstől. A Kbt. mind a Közbeszerzési Döntőbizottság, mind a Közbeszerzési Hatóság és annak Elnöke vonatkozásában önálló hatás- és feladatköri szabályokat állapít meg. A Közbeszerzési Döntőbizottság előtt kérelemre, vagy más hivatalbóli kezdeményezésre jogosult általi előterjesztésére hivatalból lefolytatott jogorvoslati eljárás a hivatalbóli kezdeményező, mint a Kbt. hivatalbóli kezdeményezésre jogosult illetve köteles önállóan nevesített személy általi tudomásszerzést semmilyen formában és módon nem alapozza meg.

A hivatalbóli kezdeményezőnek a Kbt. alapján minden esetben diszkrecionális joga annak megítélése, hogy a konkrét ügy specifikumai mellett él-e a hivatalbóli kezdeményezés jogával az ellenőrzési eljárás megindítása útján. Jelen esetben a hivatalbóli kezdeményező a tudomására hozott körülmények alapján arra az álláspontra helyezkedett, hogy a hivatalbóli kezdeményezés hiányában az I. r. kérelmezett mentesülhetne a közbeszerzési szabályok megsértése miatt őt terhelő jogszabályi szankciók alól, ami nyilvánvalóan és közvetlenül a Kbt. garanciális szabályai által védett közérdek sérelmét eredményezné. A kezdeményező hivatkozott a D.44/14/2017. sz. határozatra, mely szerint a hivatalbóli kezdeményező kezdeményezési jog nem függ attól, hogy milyen információk alapozták meg tudomásszerzését, a közérdekű bejelentés címzettje ugyanakkor csak a Közbeszerzési Hatóság Elnöke lehet a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerinti hivatalbóli kezdeményezési jogkörére és a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti szerződés ellenőrzési jogkörére tekintettel.

4.4. A hivatalból kezdeményező hivatkozott az alvállalkozó bejelentésével kapcsolatos kezdeményezési elem tárgyában, hogy az ajánlattevő a bejelentési kötelezettségét ellenőrizhető, dokumentált módon kell, hogy teljesítse. Ez következik a Kbt. garanciális szabályaiból, ennél fogva a bizonyítási kötelezettség a kérelmezett terhére esik. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint önmagában annak valószínűsítése, hogy az ajánlatkérő bizonyos körülményekből esetleg tudott, vagy tudhatott, vagy következtethetett volna az alvállalkozó bevonásáról/bevonására, a bejelentési kötelezettség Kbt. előírásainak megfelelő teljesítését nem igazolja, nem bizonyítja.

A kérelmezett észrevétele

5. A kérelmezett észrevételében elsődlegesen kérte a jogorvoslati eljárás megszüntetését a hivatalbóli kezdeményezés elkésztettsége és alaptalansága miatt, másodlagosan a jogsértések megállapítása esetén a bírság kiszabását mellőzni.

5.1. Előadta, hogy a D.29/2018. számon folyamatban volt jogorvoslati eljárás alapján ismert, hogy az ajánlatkérő a közérdekű bejelentésben hivatkozott vélelmezett jogsértések alapját képező tényekről (vállalkozási szerződés, referenciaigazolás, teljesítésigazolás) legkésőbb a vele szemben folyamatban volt jogorvoslati eljárásban történt iratcsatoláskor (2018. február 26. napján) tudomást szerzett.

A kérelmezett előadta, hogy a jelen eljárás alapját képező vélelmezett jogsértések miatt az ajánlatkérőnek lehetősége lett volna jogorvoslati eljárást kezdeményeznie a kérelmezettel szemben, azonban ezt a rá vonatkozó törvényi határidőben nem tette meg és az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás határidőben történő kezdeményezése helyett kizárólag a vele szemben indult jogorvoslati eljárás befejezését követően tett bejelentést a kezdeményező részére. Az ajánlatkérő jogával visszaélve a közérdek védelme helyett saját egyéni érdekében (a korábbi jogorvoslati, illetve peres eljárások miatt a kérelmezettel szembeni bármilyen szankció meghozatala) élt bejelentéssel a kezdeményező részére.

A kérelmezett hivatkozott a Közbeszerzési Hatóság Elnökének módosított tájékoztatójára a közérdekű bejelentések gyakorlati tapasztalatairól (KÉ 2017. évi 109. szám, 2017. június 29.), mely alapján nem áll fenn a tárgyi hivatalbóli kezdeményezés jogalapja, mivel az az ajánlatkérőnek a kérelmezettel szembeni egyéni érdekét szolgálja, illetve amiatt, hogy az ajánlatkérő az adott közbeszerzési eljárás esetében ügyfélképeséssel rendelkezik.

5.2. A kezdeményező Alapító okiratának 4.3. pontjának h) alpontja szerint a kezdeményező kialakítja és működteti, valamint honlapján közzéteszi a jogorvoslati határozatok nyilvános adatbázisát, amelyben biztosítja, hogy a döntőbizottsági és bírósági határozatok elektronikusan, ingyenesen és teljes körűen tárgyszavas keresési lehetőséggel bárki által elérhetőek legyenek.

A kérelmezett a korábban D.29/2018. számon folyamatban volt jogorvoslati eljárásban 2018. február 26. napján benyújtotta a közérdekű bejelentésben hivatkozott vélelmezett jogsértések alapját képező dokumentumokat (vállalkozási szerződés, referenciaigazolás, teljesítésigazolás). A hivatalbóli kezdeményező a szervezetéhez tartozó, kizárólag szakmailag független Döntőbizottság útján, illetve az Alapító okiratának 4.3. pontjának h) alpontjában meghatározott alapfeladata ellátása során az ajánlatkérő álláspontja szerinti feltételezett jogsértésről hivatalos tudomást szerzett a fenti számú jogorvoslati eljárásban az ajánlatkérő által tett 2018. március 1-ei észrevételben foglaltak alapján, azaz a hivatalbóli jogorvoslati eljárás kezdeményezésre vonatkozó határidő 2018. április 30. napján lejárt.

5.3. A kérelmezett hivatkozott arra, hogy a jelen jogorvoslati eljárással érintett közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos régi Kbt. nem írta elő az alvállalkozók bejelentésének módját, azonban az ajánlatkérő más forrásból tudomással bírt arról, hogy a kérelmezett alvállalkozója volt a Gabári Közmű Kft. Előadta, hogy a kérelmezett képviselői erről szóban több alkalommal is tájékoztatták az ajánlatkérő képviselőit, az ajánlatkérő képviselőjében eljáró műszaki ellenőr korábbi munkakapcsolata miatt személyesen ismerte a Gabári Közmű Kft. alkalmazottjait, továbbá a kérelmezett által becsatolt fényképfelvételek alapján megállapítható, hogy a Gabári Közmű Kft. alkalmazottjai minden esetben olyan munkaruhában végezték a kivitelezést, amelyen a Gabári Közmű Kft. neve jól láthatóan fel

van tüntetve. Az ajánlatkérő a helyszíni ellenőrzések során soha nem emelt kifogást a kivitelezésen dolgozó személyek vonatkozásában.

A kérelmezett arra is hivatkozott, hogy az általa benyújtott ajánlat tartalmazta, hogy alvállalkozót kíván igénybe venni a felsorolt tevékenységek vonatkozásában, az alkalmassága igazolása vonatkozásában nem jelölt meg alvállalkozót, valamint nyilatkozott az igénybe venni kívánt alvállalkozók vonatkozásában, mely szerint a kizáró okok nem állnak fenn.

5.4. A kérelmezett kérte, hogy ha a fentiek ellenére a Döntőbizottság megállapítaná, hogy a kérelmezett megsértette a régi Kbt. 128. § (2) bekezdésében foglaltakat, abban az esetben állapítsa meg, hogy a jogsértés súlya annyira csekély, hogy bíróság kiszabása indokolatlan, különös tekintettel arra, hogy az alvállalkozó teljesítésének aránya, illetve az érintett közbeszerzés értéke nem jelentős. A kérelmezett előadta, hogy ha megsértette a 306/2011. (XII. 23.) Kormányrendeletben foglaltakat, abban az esetben a Döntőbizottság állapítsa meg, hogy a jogsértés súlya annyira csekély, hogy bíróság kiszabása indokolatlan, különös tekintettel arra, hogy az alvállalkozó számára járó vállalkozási díj megfizetésre került. Kérte, hogy a Döntőbizottság vegye figyelembe, hogy a kérelmezettel szemben bírság eddig nem került kiszabásra.

5.5. A kérelmezett a hivatalbóli kezdeményező és az ajánlatkérő észrevételére előadta, hogy a D.44/14/2017. számú hivatkozott határozat alátámasztja az elkésztési kifogását, mivel annak alapján az állapítható meg, hogy a kezdeményezés alapját képező információktól a hivatalból kezdeményező az ajánlatkérő bejelentése előtt tudomást szerzett. A kérelmezett az ajánlatkérő észrevételére vonatkozóan előadta, hogy az ajánlatkérő kizárólag a számára kedvező felvételeket csatolta, annak ellenére, hogy számtalan felvétellel rendelkezik, melyeken szerepelnek a Gabári Kft. feliratú munkaruhában dolgozó személyek. A kérelmezett csatolt olyan fényképfelvételeket, amelyeken azonosítható a készítés helye és ideje. A kérelmezett hivatkozott arra, hogy a műszaki ellenőrök a felvételek alapján tudják azok helyét, hiszen függetlenül az ajánlatkérő ÁSZF-jétől, ők mindkét projektnél folyamatosan követték a munkavégzést és ismerik a saját fényképeik alapján is az egyes munkagödrök környezetét is. Álláspontja szerint a hivatalból kezdeményező 2018. június 6-ai levele igazolja azt, hogy a hivatalból kezdeményező a korábbi jogorvoslati eljárás során tudomást szerzett a hivatalbóli kezdeményezés alapját képező jogsértésekről. Kérte tárgyalás tartását.

Az ajánlatkérő észrevétele

6. Az ajánlatkérő észrevételében hivatkozott a régi Kbt. 35. § (1) bekezdésére, mely szerint nem vehető figyelembe a kérelmezett hivatkozása az ajánlatkérő szóban történt tájékoztatására vonatkozóan a Gabári Közmű Kft. alvállalkozói bevonásával kapcsolatban. A kérelmezett által csatolt fényképeken a kivitelezés helye nem azonosítható be, illetve az ajánlatkérő a kérelmezett által hivatkozottak cáfolatára csatolta a műszaki ellenőre által készített fényképeket. A hivatalbóli kezdeményezés azért nem elkésztett, mivel az ajánlatkérő a hivatalból kezdeményező T-01851/04/2018. iktatószámú végzésére küldte meg a kért dokumentumokat, melynek igazolt átvételi időpontja 2018. június 19-e volt, ehhez képest a hivatalbóli kezdeményezés a 60 napos határidőn belül volt. A kérelmezett tévesen nem veszi figyelembe a Közbeszerzési Hatóság elnöke és a Közbeszerzési Döntőbizottság közötti különbséget, valamint a Közbeszerzési Döntőbizottság sem jutott hozzá a teljes terjedelmű vállalkozói szerződéshez a hivatkozott D.29/2018. számú közbeszerzési eljárásban.

7. **Az egyéb érdekelt** Gabári Közmű Kft. csatolta a kérelmezettel kötött vállalkozási szerződését valamint a kapcsolódó teljesítésigazolásokot és kifizetési dokumentumokat.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

8. A Döntőbizottság a jogsértések alapját képező közbeszerzési eljárás 2013. június 18-ai megindítására tekintettel a Kbt. ekkor hatályos anyagi szabályait alkalmazta figyelemmel a 2015. évi CXLI. tv. (a továbbiakban: új Kbt.) 197. § (1) bekezdésére is, azzal, hogy a jogorvoslati eljárás 2018. január 1. napját követően indult és az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. 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.

9. A régi Kbt. 35. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő és a gazdasági szereplők között minden nyilatkozattétel - ha e törvényből más nem következik - írásban történik.

A régi Kbt. 128. § (2) bekezdése szerint 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.

Az építési beruházások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 306/2011. (XII.23.) Korm. r. 14. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőként szerződő fél, vagy - európai uniós támogatás esetén szállítói kifizetés során - a kifizetésre köteles szervezet (e § alkalmazásában a továbbiakban együtt: ajánlatkérőként szerződő fél), amennyiben az ajánlattevőként szerződő fél a teljesítéshez alvállalkozót vesz igénybe, a Kbt. 130. § (3) bekezdésétől eltérően a következő szabályok szerint köteles az ellenszolgáltatást teljesíteni:

a) az ajánlattevőként szerződő felek legkésőbb a teljesítés elismerésének időpontjáig kötelesek nyilatkozatot tenni az ajánlatkérőnek, hogy közülük melyik mekkora összegre jogosult az ellenszolgáltatásból;

b) az összes ajánlattevőként szerződő fél legkésőbb a teljesítés elismerésének időpontjáig köteles nyilatkozatot tenni, hogy az általa a teljesítésbe bevont alvállalkozók egyenként mekkora összegre jogosultak az ellenszolgáltatásból, egyidejűleg felhívja az alvállalkozókat, hogy állítsák ki ezen számláikat;

c) az ajánlattevőként szerződő felek mindegyike a teljesítés elismerését követően állítja ki számláját, a számlában részletezve az alvállalkozói teljesítés, valamint az ajánlattevői teljesítés mértékét;

d) a c) pont szerint a számlában feltüntetett alvállalkozói teljesítés ellenértékét az ajánlatkérőként szerződő fél tizenöt napon belül átutalja az ajánlattevőknek;

e) az ajánlattevőként szerződő fél haladéktalanul kiegyenlíti az alvállalkozók számláit vagy az adózás rendjéről szóló 2003. évi XCII. törvény (a továbbiakban: Art.) 36/A. § (3) bekezdése szerint azt vagy annak egy részét visszatartja, illetve az alvállalkozóval kötött szerződésben foglaltak szerint az alvállalkozói díj egy részét visszatartja;

e) az ajánlattevőként szerződő fél haladéktalanul kiegyenlíti az alvállalkozók számláit vagy az adózás rendjéről szóló 2003. évi XCII. törvény (a továbbiakban: Art.) 36/A. § (3) bekezdése szerint azt vagy annak egy részét visszatartja, illetve az alvállalkozóval kötött szerződésben foglaltak szerint az alvállalkozói díj egy részét visszatartja;

f) az ajánlattevőként szerződő felek átadják az e) pont szerinti átutalások igazolásainak másolatait, vagy az alvállalkozó köztartozást mutató együttes adóigazolásának másolatát az ajánlatkérőként szerződő félnek (annak érdekében, hogy az ajánlatkérőként szerződő fél megállapíthassa, hogy az ajánlattevőként szerződő fél jogszerűen nem fizette ki a teljes összeget az alvállalkozónak);

g) az ajánlattevőként szerződő felek által benyújtott számlában megjelölt, fővállalkozói teljesítés ellenértékét az ajánlatkérőként szerződő fél tizenöt napon belül átutalja az ajánlattevőként szerződő feleknek, ha ők az alvállalkozókkal szembeni fizetési kötelezettségüket az Art. 36/A. §-ára is tekintettel teljesítették;

h) ha az ajánlattevőként szerződő felek valamelyike az e) vagy az f) pont szerinti kötelezettségét nem teljesíti, az ellenszolgáltatás fennmaradó részét az ajánlatkérő őrzi és az akkor illeti meg az ajánlattevőt, ha igazolja, hogy az e) vagy az f) pont szerinti kötelezettségét teljesítette, vagy hitelt érdemlő irattal igazolja, hogy az alvállalkozó vagy szakember nem jogosult az ajánlattevő által a b) pont szerint bejelentett összegre vagy annak egy részére;

i) részben vagy egészben európai uniós támogatásból megvalósított közbeszerzés esetén a d) pont szerinti határidő harminc nap.

(3) Ha az ellenszolgáltatást több részletben teljesíti az ajánlatkérőként szerződést kötő fél, minden részlettel kapcsolatban alkalmazni kell az (1)-(2) bekezdést.

10. A Döntőbizottság a kérelmezett a jogorvoslati eljárás megszüntetése tárgyában tett eljárási kifogásait nem találta alaposnak az alábbiak szerint.

A Döntőbizottság rámutat arra, hogy a jogorvoslati eljárás a Hatóság Elnökének, mint hivatalbóli kezdeményezőnek a saját jogán alapuló kezdeményezési joga alapján került megindításra. Ebből következően a Közbeszerzési Hatóság Elnökének önálló hatásköri és feladatköri szabályaira tekintettel (a Kbt. 187. § (1) bekezdés, 187. § (2) bekezdés j) pont) a kezdeményező a hatósági ellenőrzési hatáskörén keresztül gyakorolja a Kbt. szerinti hivatalbóli kezdeményezési jogkörét a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontja alapján. A Közbeszerzési Döntőbizottság Kbt. 145. § szerinti hatásköre elkülönül a hivatalból kezdeményező fent említett hatáskörétől és feladatkörétől, függetlenül a Döntőbizottság Közbeszerzési Hatóság szervezetén belüli státuszától. Ebből következően az az időpont mikor a Közbeszerzési Döntőbizottság részére a D.29/2018. számú jogorvoslati eljárásban 2018. február 26-án a jogsértésekre vonatkozó iratokat csatoltak be és a jogorvoslati eljárás során az ajánlatkérő 2018. március 1-én nyilatkozatot tett nem tudható be a hivatalból kezdeményező részéről történő tudomásra jutás időpontjának a tárgyi jogsértésekkel kapcsolatban. A Döntőbizottság megállapította, hogy a közérdekű bejelentés címzettje is kizárólag a Közbeszerzési Hatóság Elnöke lehet, mint a hivatalbóli kezdeményezésre jogosult a 2018. május 4-i ajánlatkérői bejelentés vonatkozásában. A kezdeményezés tárgyát képező jogértések tudomásra jutásának dátuma kizárólag a Hatóság Elnökének a saját törvényi felhatalmazásán alapuló kezdeményezése körében vizsgálható, a Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzési tevékenységet szabályozó 308/2015. (X.27.) Korm. rendeletre is figyelemmel. A szabálytalansági bejelentés 2018. május 4-én történt, ehhez képest a 2018.

július 3-ai hivatalbóli kezdeményezés a 60 napos jogvesztő határidőn belül került előterjesztésre.

A Döntőbizottság nem osztotta a kérelmezettnek az ajánlatkérő vonatkozásában a jogorvoslati kérelem előterjesztése elmulasztásával összefüggésben történő hivatkozását sem. A hivatalból kezdeményező a jelen esetben – valamint több más esetben is - a tárgyi jogsértések vonatkozásában megállapította a közérdek sérelmét, mely a hivatalbóli kezdeményezés alapját képezte. Ezért a kérelmezett és az ajánlatkérő közötti jogviták ténye és önmagában az ajánlatkérő egyéni érdek érvényesítésére történő hivatkozás a hivatalból történő kezdeményezés lehetőségét nem zárta ki.

11. A fentiek alapján a Döntőbizottság érdemben vizsgálta a hivatalbóli kezdeményezést és megállapította, hogy mindkét kezdeményezési eleme alapos. A Döntőbizottság nem osztotta azt a kérelmezetti álláspontot, hogy az általa állítottak szerinti szóbeli tájékoztatás valamint az ajánlatkérő ismeretei az építés helyszínén a régi Kbt. 128. § (2) bekezdés 2. fordulata szerinti bejelentési és igazolási kötelezettség teljesítését a régi Kbt. 35. § (1) bekezdése szerinti módon igazolja.

Az a tény, hogy a kérelmezett hivatkozása szerint az általa becsatolt fényképfelvételek alapján az ajánlatkérő tudott, vagy tudhatott volna a Gabári Kft. alvállalkozói működéséről nem releváns hivatkozás, mivel a régi Kbt. 128. § (2) bekezdése kifejezett bejelentést és nyilatkozatot követelt meg a nyertes ajánlattevőtől, illetőleg fővállalkozótól mindazon alvállalkozók vonatkozásában, akiket bármilyen arányban a közbeszerzési szerződés teljesítés során igénybe vesz, mint közreműködőt, az alkalmasság igazolása során megjelölt alvállalkozóktól függetlenül. Ezért ezeket a hivatkozásokat a Döntőbizottság a 128. § (2) bekezdés második fordulata szerinti kötelezettség vonatkozásában, mint kimentő körülményt nem tudta figyelembe venni. A kérelmezett az ajánlatában nyilatkozott, hogy 10 %-on aluli alvállalkozót igénybe fog venni, ugyanakkor a Gabári Közmű Kft., mint 10%-on felüli alvállalkozó vonatkozásában elmulasztotta a szükséges bejelentést valamint a kizáró okokkal kapcsolatos nyilatkozatot megtenni.

A Döntőbizottság sem a kérelmezett nyilatkozata, sem az ajánlatkérő, illetőleg a Gabári Kft. által becsatolt dokumentumok alapján (számlák, teljesítés igazolások, szerződések) nem találta igazoltnak a Kbt. 128. § (2) bekezdése szerinti alvállalkozóra vonatkozó bejelentési kötelezettség és a kizáró okok fenn nem álltára vonatkozó nyilatkozattételi kötelezettségnek a teljesítését az építési napló tartalmát is figyelembe véve. Ezért a Döntőbizottság Kbt. 128. § (2) bekezdése 2. fordulata szerinti jogsértést megállapította.

A Döntőbizottság a jogsértés súlya tekintetében az eset összes körülményét figyelembe véve rögzíti, hogy a jogsértés súlyosnak minősül. A Kbt.-nek a közbeszerzési szerződés teljesítésére vonatkozó garanciális jellegű szabályainak a célja, hogy az alapvetően polgári jogi szabályozás alapján teljesítendő közbeszerzési szerződés teljesítési szakaszában a polgári jog diszpozitív szabályozásával szemben a közbeszerzési szabályok kógens alkalmazásával megakadályozza a közbeszerzési eljárás szabályainak utólagos figyelmen kívül hagyását. A Kbt. 138. § megsértett rendelkezése esetén ez különösen hangsúlyos, mivel az alvállalkozóként igénybe vett gazdasági szereplők köre - jelen esetben a 10% alatti alvállalkozó teljesítésben történő részvételének a felsorolt tevékenységek vonatkozásában történő meghatározásával és a kizáró okokra tett nyilatkozattal - a közbeszerzési eljárás során a közbeszerzési szerződés megkötését megelőző fázisban rögzült, azok tekintetében az ajánlatkérő elvégezte a szükséges ellenőrzési kötelezettségét, amely kötelezettség újráéled abban az esetben, ha új alvállalkozókat jelent be a részére a nyertes ajánlattevő. A kérelmezett megsértette a régi Kbt. 128. § (2) bekezdés második fordulatát, azaz nem jelentette be az általa igénybe vett alvállalkozót az ajánlatkérő felé, és nem nyilatkozott arról, hogy az

alvállalkozó nem áll a kizáró ok hatálya alatt, ezért megghiúsította az ajánlatkérő ellenőrzési kötelezettségét.

12. A Döntőbizottság a 2. kezdeményezési elemet is alaposnak ítélte, mivel a kérelmezett azzal, hogy a Kbt. 128. § (2) bekezdésének 2. fordulátát megsértette, egyben a Korm.r. 14. § (1) bekezdés b), c) és f) pontjait is megsértette, hogy az egyéb érdekeltnek járó ellenszolgáltatásra vonatkozó nyilatkozatot elmulasztotta, a számlájában nem részletezte az alvállalkozói teljesítés arányát, továbbá nem adta át az ajánlatkérőnek az átutalások igazolásainak másolatait, illetőleg az alvállalkozó köztartozást mutató együttes adóigazolásának másolatát.

13. A Döntőbizottság a Kbt.145. § (3) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét a hivatalbóli kezdeményezés mindkét eleme tekintetében és alkalmazta a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja szerinti jogkövetkezményt a kérelmezettel szemben.

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

A Kbt. 165. § (11) bekezdés alapján a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének, illetve az eltiltás időtartamának megállapításában az eset összes körülményét - így különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását, az e törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítását, a jogsértőnek az eljárást segítő együttműködő magatartását, a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot, támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat - figyelembe veszi. A bírság összegének és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

A Döntőbizottság Kbt. a bírság kiszabását indokoltnak tartotta a kérelmezettel szemben, amelynek során mérlegelte a jogsértés súlyát, mely a közbeszerzési szerződés jogsértő teljesítésében nyilvánult meg és nem reparálható, a közbeszerzés tárgyát és értékét, továbbá a bírság mértékének csökkentése vonatkozásában azt, hogy a kérelmezettel szemben a közbeszerzési törvénybe ütköző magatartása miatt az elmúlt 2 évben jogsértés nem került megállapításra, valamint, hogy az alvállalkozó jogsértő igénybe vételére a közbeszerzési szerződés értékéhez (72.916.666-Ft) viszonyítva alacsonyabb értékben (8.000.000-Ft, 11%) került sor.

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

15. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (3) bekezdésén alapul.

16. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

17. 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.

A jogi képviselő 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.

B u d a p e s t, 2018. szeptember 6.

Dr. Csanádi Péter sk
közbeszerzési biztos

Berekméri Ágnes sk
közbeszerzési biztos

Dr. Hunya István sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
közzolgálati ügykezelő

Kapják:

1. Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (KRID: 341768375)
2. Dobrosy és Társai Ügyvédi iroda, Dr. Szabados Gergő ügyvéd (KRID: 18554322)
3. Dr. Korossy Emese FAKSZ (KRID: 207342199)
4. Dr. Németh Ferenc FAKSZ (kizárólag elektronikus úton)
6. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (KRID 243778177)