



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Postafiók 166.

Tel: 882-8594, Fax: 882-8593

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.278/13/2018.

A tanács tagjai: Dr. Szvetnik Ágnes közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bonifert Zsolt közbeszerzési biztos, Dr. Kriston Kinga közbeszerzési biztos

A kérelmező: Freedom-Tech Informatika Kft.
(Újlengyel, Petőfi Sándor u. 48.)

A kérelmező képviselője: Dr. Pénzes Katalin ügyvéd
(Budapest, Reviczky u. 59. VI/100.)
(e-elérhetőség)

Az ajánlatkérő: Klebelsberg Központ
(Budapest, Bajcsy-Zsilinszky út 42–46.)

Az ajánlatkérő képviselője: dr. Zsinka-Tóth Beáta felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó
(Budapest, Feszty Árpád u. 4. V/18.)
(e-elérhetőség)

A beszerzés tárgya: Tablet-tárolószekrények beszerzése az EFOP-3.2.4-16-2016-00001 azonosítószámú, Digitális kompetencia fejlesztése című projektben határidős adásvételi szerződés keretében

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 kérelmező jogorvoslati kérelmét elutasítja.

A Döntőbizottság kötelezi továbbá a kérelmezőt, hogy a határozat kézbesítésétől számított 8 napon belül fizessen meg az ajánlatkérő képviselője részére 200.000.-Ft+ÁFA, azaz kettőszázezer forint +ÁFA, összesen 254.000.-Ft, azaz kettőszázötvennégyezer forint megbízási költséget. A jogorvoslati eljárás során felmerült további 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.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a rendelkező részben meghatározott árubeszerzés tárgyában a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) Második Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított, melyre vonatkozó felhívását 2018. március 20. napján adta fel közzétételre. A hirdetmény az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2018. március 22. napján 2018/S 057-125522 számon jelent meg.

2. A felhívás II.2.4) pontja az alábbiak szerint ismerteti a közbeszerzés tárgyát és mennyiségét: „Tablet-tárolószekrények beszerzése az EFOP-3.2.4-16-2016-00001 azonosítószámú, Digitális kompetencia fejlesztése című projektben határidős adásvételi szerződés keretében”.

Mennyiség: Összesen 800 db – egyenként legalább 30 db, 10” méretű tablet tárolására alkalmas – zárható, töltést biztosító, tablet-tárolószekrény leszállítása, összeszerelése, üzembe helyezése. Az ajánlatkérő által elvárt tablet-tárolószekrények részletes specifikációját a közbeszerzési dokumentumok mellékletét képező műszaki leírás tartalmazza. Az ajánlatkérő a részekre történő ajánlattételt kizárja.”

3. A felhívás II.2.13) pontja alapján a beszerzés európai uniós alapokból finanszírozott.

4. A felhívás III.1.3) pont M1. alpontja rögzíti, hogy „a Korm. rendelet 21. § (1) bekezdés a) pontjára figyelemmel az eljárást megindító felhívás feladását megelőző 3 (három) év (36 hónap) legjelentősebb közbeszerzés tárgya (tablet és/vagy notebook és/vagy multifunkcionális tároló szekrények adásvétele és leszállítása) szerinti teljesített referenciáinak igazolását vagy nyilatkozatot. (A referenciákat a Korm. rendelet 22. § (2) bekezdés alapján az alkalmassági minimumkövetelménynek megfelelően részletezett tartalommal a Korm. rendelet 22. § (1) bekezdés szerinti igazolás vagy nyilatkozat csatolásával kell igazolni.).

Ajánlatkérő felhívja a figyelmet a Korm. rendelet 21. § (1a) bekezdésére, azaz ajánlatkérő a 3 év (36 hónap) alatt befejezett, de legfeljebb 6 éven belül megkezdett szállításokat veszi figyelembe.

Az igazolás(ok), illetve nyilatkozat(ok) tartalmazzák legalább a következő adatokat: a teljesítés ideje kezdő és befejező időpont, nap, hónap, év bontásban), a szerződést kötő másik fél, a szerződés tárgya, mennyisége, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e. Amennyiben ajánlatevő a referenciát közös ajánlattevőként teljesítette, úgy a nyilatkozat(ok)ból, illetve referenciaigazolásokból egyértelműen ki kell derülnie, hogy az ajánlattevő a referencia mely részeit teljesítette. Ajánlatkérő rögzíti, hogy amennyiben egy gazdasági szereplő referenciaként olyan korábbi teljesítést kíván bemutatni, amelyben közös ajánlattevő vagy projektársaság tagjaként teljesített, abban az esetben az Ajánlatkérő csak azt fogadja el az alkalmasság igazolásaként, amely közös ajánlattevőként vagy projektársaság tagjaként saját hányadban kielégíti az előírt alkalmassági feltételeket, figyelemmel a Kbt. 140. § (9) bekezdésében meghatározottakra is.

Ajánlattevő, közös ajánlattevő alkalmatlan, ha:

M.1. a Korm. rendelet 21. § (1) bekezdés a) pontjára figyelemmel az eljárást megindító felhívás feladásától visszafelé számított 3 évben (36 hónap) nem rendelkezik szerződésszerűen teljesített, legalább összesen 300 db tablet és/vagy notebook és/vagy

multifunkcionális tároló szekrények adásvételére és leszállítására (amely magába foglalja az üzembe helyezést is), vonatkozó referenciával.

5. Az előírt alkalmassági követelményeknek az ajánlattevők bármely más szervezet vagy személy kapacitására támaszkodva is megfelelhetnek, a közöttük fennálló kapcsolat jogi jellegétől függetlenül. Ebben az esetben meg kell jelölni az ajánlatban ezt a szervezetet és az eljárást megindító felhívás vonatkozó pontjának megjelölésével azon alkalmassági követelményt vagy követelményeket, amelynek igazolása érdekében az ajánlattevő ezen szervezet erőforrására vagy arra is támaszkodik. Csatolni kell az ajánlatban a kapacitárait rendelkezésre bocsátó szervezet olyan szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

Ha az előírt alkalmassági követelményeknek az ajánlattevő más szervezet kapacitására támaszkodva felel meg, az ajánlatban be kell nyújtani a kapacitárait rendelkezésre bocsátó szervezet részéről a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 3. § (1) bekezdés szerinti nyilatkozatot, az igazolások benyújtásának előírásakor pedig e szervezetnek - kizárólag az alkalmassági követelmények tekintetében - az előírt igazolási módokkal azonos módon kell igazolnia az adott alkalmassági feltételnek történő megfelelést.

Az alkalmasság igazolására egyebekben a Kbt. 65. §-ban foglaltak, illetve a Korm. rendelet rendelkezései az irányadók.”

6. A dokumentáció 3.11) pontja rögzíti a más szervezetek kapacitásának igénybevételéről szóló előírásokat az alábbiak szerint:

„Az előírt alkalmassági követelményeknek az ajánlattevők bármely más szervezet vagy személy kapacitására támaszkodva is megfelelhetnek, a közöttük fennálló kapcsolat jogi jellegétől függetlenül. Ebben az esetben meg kell jelölni az ajánlatban ezt a szervezetet és az eljárást megindító felhívás vonatkozó pontjának megjelölésével azon alkalmassági követelményt vagy követelményeket, amelynek igazolása érdekében az ajánlattevő ezen szervezet erőforrására vagy arra is támaszkodik.

Csatolni kell az ajánlatban a kapacitárait rendelkezésre bocsátó szervezet olyan szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

Az a szervezet, amelynek adatait az ajánlattevő a gazdasági és pénzügyi alkalmasság igazolásához felhasználja, a Ptk. 6:419. §-ában foglaltak szerint kezesként felel az ajánlatkérőt az ajánlattevő teljesítésének elmaradásával vagy hibás teljesítésével összefüggésben ért kár megtérítéséért. Előbbiek tudomásulvételéről a kapacitást biztosító szervezet az ajánlat részeként nyilatkozni köteles.”

7. A dokumentáció III.) pontja alapján „A kapacitárait rendelkezésre bocsátó szervezetnek csak az alkalmassági követelmények tekintetében kell az igazolásokat benyújtani.”

8. A dokumentáció 10. számú nyilatkozatmintájában kellett a kapacitás szervezet igénybevételéről nyilatkozni.

9. Az ajánlatkérő 2018. április 25-én megtartotta az ajánlatok bontását, melynek során ismertette, hogy 11 db ajánlat érkezett határidőre, köztük a kérelmező ajánlata 155.111.200.- Ft-os nettó ajánlati árral.

10. A kérelmező ajánlatának 9. oldalán úgy nyilatkozott, hogy a felhívás III.1.3.) M.1. pontjában előírtaknak a Wacebo Europe Srl. gazdasági szereplővel, mint kapacitást nyújtó szervezettel kíván megfelelni.

11. Az ajánlatkérő 2018. június 8-án hiánypótlásra hívta fel a kérelmezőt a kapacitást biztosító szervezet vonatkozásában az alábbi tartalommal:

„Fentiek ellenére az ajánlat nem tartalmazza sem az ajánlattevő, sem a kapacitást biztosító szervezet vonatkozásában kitöltött EEKD-t.

a. Fentiekre figyelemmel hiánypótlás keretében kérjük benyújtani a Közbeszerzési dokumentáció II.3.2.) – Egységes európai közbeszerzési dokumentum– pontjában előírtaknak megfelelően az ajánlattevő, illetve az ajánlattevő által alkalmasság igazolására igénybe vett kapacitást biztosító szervezet (W.E.S) vonatkozásában az Egységes európai közbeszerzési dokumentum.

Ajánlattevő az ajánlat 9. oldalán csatolt nyilatkozatban nyilatkozott, hogy igénybe veszi W.E.S kapacitásait, azonban vonatkozásában nem nyújtott be érvényes hiteles cégeljárési nyilatkozatot (a közjegyzői aláírás-hitelesítéssel ellátott címpéldány), illetve az ügyvéd vagy kamarai jogtanácsos által ellenjegyzett aláírás-mintájának egyszerű másolati példányát.

b. Fentiekre figyelemmel szíveskedjenek benyújtani W.E.S kapacitást biztosító szervezet részéről aláíró érvényes hiteles cégeljárési nyilatkozatot (a közjegyzői aláírás-hitelesítéssel ellátott címpéldány), illetve az ügyvéd vagy kamarai jogtanácsos által ellenjegyzett aláírás-mintájának egyszerű másolati példányát.

Ajánlattevő az ajánlat 9. oldalán csatolt nyilatkozatban nyilatkozott, hogy igénybe veszi W.E.S kapacitásait, azonban vonatkozásában nem nyújtotta be a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalásra vonatkozó okirat(ok)at.

c. Fentiekre figyelemmel szíveskedjenek benyújtani W.E.S kapacitást biztosító szervezet vonatkozásában a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalásra vonatkozó okirat(ok)at, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

Ajánlattevő az ajánlat 9. oldalán csatolt nyilatkozatban nyilatkozott, hogy igénybe veszi W.E.S kapacitásait, azonban vonatkozásában nem nyújtotta be az összeférhetlenségi nyilatkozatot.

d. Fentiekre figyelemmel szíveskedjenek benyújtani W.E.S kapacitást biztosító szervezet vonatkozásában az összeférhetlenségi nyilatkozatot.”

12. Az ajánlatkérő ugyanezen dokumentumban felvilágosításra hívta fel a kérelmezőt az alábbiak szerint:

„A Kbt. 65.§ (9) bekezdésére hivatkozva az ajánlattevő az ajánlat 8. oldalán úgy nyilatkozott, hogy az alvállalkozók még nem ismertek, azonban az ajánlat 9. oldalán csatolt nyilatkozatban nyilatkozott, hogy igénybe veszi W.E.S kapacitásait. Figyelemmel arra, hogy a fentiek alapján a kapacitást biztosító szervezet részt vesz a teljesítésben – és így alvállalkozónak minősül – a 8. oldalon tett nyilatkozat ellentmond a Kbt. fenti rendelkezésének.

Kérjük az ellentmondás feloldását. Amennyiben adminisztrációs hibából nem került feltüntetésre az ajánlat 8. oldalán csatolt, alvállalkozókra vonatkozó nyilatkozatban a W.E.S kapacitást biztosító szervezet, úgy jelen felvilágosítás kérését tekintsek egyben hiánypótlási felhívásnak is és szíveskedjenek hiánypótlás keretében benyújtani a javított, alvállalkozók bevonásáról szóló nyilatkozatot oly módon, hogy abban a kapacitást biztosító szervezet mint alvállalkozó kerüljön feltüntetésre.

Amennyiben mint gyártó kapacitására támaszkodik, úgy a gyártó nem minősül alvállalkozónak és így az ajánlat 8. oldalán csatolt nyilatkozat megfelelő.”

13. A kérelmező határidőre benyújtotta hiánypótlását és felvilágosítását, melyben az alábbiakat csatolta:

- 2-21. oldalon a kérelmező EEKD dokumentumát;
- 22-40. oldalon a Wacebo Europe s.r.l. EEKD dokumentumát;
- 41. oldalon a Wacebo Europe s.r.l. aláírási címpéldányát angol nyelven;
- 42. oldalon a Wacebo Europe s.r.l. nyilatkozatát „a Kbt. 114. § (2) bekezdésben foglaltakra vonatkozóan (alkalmasságot igazoló szervezet)”;
- 43. oldalon a Wacebo Europe s.r.l. összeférhetlenségi nyilatkozatát;
- 44-46. oldalon a gyártói adatlapot angol nyelven;
- 47-48. oldalon a kérelmező az ajánlatában benyújtott javított nyilatkozatát az alvállalkozó vonatkozásában, melyben a teljesítésbe bevonni kívánt szervezetként megjelölte a Wacebo Europe s.r.l. szervezetet a kiszállítás, helyszíni telepítés és garanciális szolgáltatások részekre vonatkozóan;
- 49. oldalon kérelmező válaszát a felvilágosítás kérésre.

14. A 42. oldalon szereplő dokumentum az alábbiakat tartalmazta: „...az alábbi nyilatkozatot teszem az általam igazolni kívánt alkalmassági követelmények tekintetében, az eljárást megindító felhívásban előírt igazolások benyújtására vonatkozóan.

Nyilatkozom, hogy az általam képviselt szervezet megfelel a Kbt. 65. §-a alapján az ajánlatkérő által meghatározott azon alkalmassági követelményeknek, amelyek vonatkozásában az ajánlattevő részére kapacitást nyújtunk, így amennyiben ajánlatkérő felhívja az ajánlattevőt az alkalmassági követelmények tekintetében a felhívásban előírt igazolások benyújtására, úgy azt a Kbt. 69. § (4) bekezdésében foglalt megfelelő határidőn belül ajánlattevő közreműködésével teljesítem.

Jelen nyilatkozat aláírásával tudomásul veszem, hogy amennyiben nem vagy az esetleges hiánypótlást követően sem megfelelően nyújtom be az alkalmasság alátámasztását szolgáló igazolásokat vagy nyilatkozatokat, akkor ajánlatkérő a Kbt. 62. § (1) bekezdés i) pont szerinti hamis adatközlésre vonatkozó kizáró ok hatályát fogja megállapítani, amely alapján az ajánlat érvénytelensége is megállapításra kerül a Kbt. 73. § (1) bekezdés c) és d) pontja alapján.

Jelen nyilatkozat aláírásával tudomásul veszem, hogy a Kbt. 165. § (8) bekezdés a) pontja szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság a 165. § (2) bekezdés f) pontja alapján a jogsértés megállapítása mellett köteles az ajánlattevőt, alvállalkozót vagy a közbeszerzési eljárásban részt vett más szervezetet vagy személyt – a Kbt. 165. § (11) bekezdésében foglaltak figyelembevételével – fél évtől három évig terjedő időszakra eltiltani a közbeszerzési eljárásban való részvételtől, ha az a közbeszerzési eljárás során, illetve közbeszerzési eljárással kapcsolatban hamis adatot szolgáltatott vagy hamis nyilatkozatot tett és a kizárásnak a Kbt. 62. § (1) bekezdés i) pontja szerinti feltételei fennállnak.”

15. Az ajánlatkérő 2018. július 9-én a korábbi hiánypótlás kapcsán ismételt hiánypótlási felhívást bocsátott ki a kérelmező részére, melyben az angol nyelven kiállított dokumentumok fordítását kérte, melyet a kérelmező határidőre teljesített.

16. Az ajánlatkérő 2018. július 27-én tájékoztatta a kérelmezőt ajánlatának Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja szerinti érvénytelenné nyilvánításáról az alábbi tartalommal: „Az ajánlattevő ajánlata nem felelt meg mindenben a vonatkozó jogszabályokban, az ajánlattételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban előírtaknak a nyilatkozati szakaszban,

tekintettel arra, hogy az előírt hiánypótlási felhívást nem teljesítette maradéktalanul, így továbbra is fennállnak az alábbi hiányok:

nem került benyújtásra a W.E.S kapacitást biztosító szervezet vonatkozásában a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalásra vonatkozó okirat(ok), amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

Fentiekre figyelemmel a Freedom-Tech Informatika Kft. ajánlattevő ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen.”

17. A kérelmező 2018. augusztus 3-án előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be az ajánlatának érvénytelenné nyilvánítása vonatkozásában, mely tartalmában megegyezik a jogorvoslati kérelemmel.

18. Az ajánlatkérő 2018. augusztus 8-i válaszában tájékoztatta a kérelmezőt az előzetes vitarendezési kérelem elkésztéséről, egyben ismertette a kérelmező ajánlatának érvénytelenségéről hozott döntésének jogi háttérét is.

A jogorvoslati kérelem

19. A kérelmező 2018. augusztus 10-én terjesztette elő a Döntőbizottságnál a jogorvoslati kérelmét, amelyben az ajánlatkérő – kérelmező ajánlatának érvénytelenné nyilvánító – döntésének jogszerűségét vitatta. A kérelmező indítványozta, hogy a Döntőbizottság jogsértés megállapítása mellett a Kbt. 165. § (3) bekezdés szükségesnek vélt jogkövetkezményeit alkalmazza. Közölte, hogy a jogsértés tudomására jutásának időpontja 2018. július 27./ 2018. augusztus 8.

20. Kérelmében kifejtette, hogy a hiánypótlás 42. oldalán csatolta az – álláspontja szerint megfelelő tartalmú – okiratot, mely teljesíti a Kbt. 65. § (7) bekezdésében előírtakat. Amennyiben nem, fennáll-e a további hiánypótlás előírásának lehetősége és vagy kötelezettsége.

21. Hangsúlyozta, hogy a vitarendezési kérelemben felhívta ajánlatkérőt annak közlésére, hogy akár a jogalkotó részéről, akár az ajánlatkérő részéről (utóbbi esetben a dokumentációban) fellelhető-e iratminta, mely alapján kétséget kizáróan megállapítható, hogy a benyújtott okirat nem teljesíti az – egyébként tételelesen sehol sem megfogalmazott – alaki/tartalmi követelményeket.

22. A kérelmező kifejtett álláspontja szerint nincs a jogalkotó részéről közreadott iratminta, vagy részletes elkészítési útmutató, hogy a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti „kötelezettségvállalásra vonatkozó okirat”-nak mit kell tartalmazni, hogyan kell kinéznie, mely kellékek hiánya esetén egyértelmű, hogy az okirat nem alkalmas a szerep betöltésére. Egyértelmű továbbá, hogy a dokumentáció sem tartalmazott sem iratmintát, sem részletes utasítást a kérdéses okirat formai/tartalmi előírásaira vonatkozóan. A kérelmező szerint ebből az következik, hogy a jogalkotó szabadkezet adott ennek kapcsán a tartalmi/formai kérdésekben, a Kbt. annyit konkretizál, hogy alá kell támasztania, hogy a szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd.

23. Hangsúlyozta, hogy szállítási referencia érdekében vonta be az erőforrást biztosító szervezetet, mely tény szabályszerűen jelezett is az ajánlatában. A hiánypótlás 42. oldalán

csatolta az erőforrást biztosító szervezet cégszerűen aláírt, eredetben benyújtott nyilatkozatát, melyben előadta, hogy

- megfelel a Kbt. 65. §-a alapján az ajánlatkérő által meghatározott azon alkalmassági követelményeknek, melyek vonatkozásában az ajánlattevő részére (kérelmező részére) kapacitást nyújt
- amennyiben ajánlatkérő felhívja a kérelmezőt az alkalmassági követelmények tekintetében a felhívásban előírt igazolások benyújtására, úgy azt a Kbt. 69. § (4) bekezdésében foglalt megfelelő határidőn belül teljesíti

A kérelmező szerint a Kbt. 65. § (7) bekezdésében foglaltakra tekintettel a benyújtott igazolás mindenben megfelelt a Kbt. előírásainak, így – további szabályozás, előírás hiányában – az ajánlatkérőre vonatkozó ajánlati kötöttségre tekintettel a felhívás/dokumentáció/hiánypótlás előírásainak, rendelkezéseinek is.

<p>csatolni kell az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben</p> <p>a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet</p> <p>olyan szerződéses vagy előszerződésben vállalt</p> <p>kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot,</p> <p>amely alátámasztja,</p> <p>hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt</p>	<p>a hiánypótlás az ajánlat részévé válik, így a hiánypótlásban csatolt okirat megfelelő (ez nem is vitás)</p> <p>ezt nem lehet másként értelmezni, mint hogy az okiratot az erőforrás biztosító állítja ki <- a vitarendezési válasz szerint ezt ajánlatkérő úgy látja, hogy valamiféle kétoldalú megállapodást hiányolt, de ez messze nem következik a törvény szövegéből</p> <p>ez egy mögöttes megállapodásra utaló rész, de egyértelmű, hogy nem a szerződést, vagy az előszerződést kell csatolni (ezek egyébként természetüknél fogva két- vagy többoldalúak), és az is, hogy az előszerződés, vagy szerződés nem azonos a kötelezettségvállalást megtestesítő okirattal.</p> <p>Az az okirat, amelynek a címsora is az, hogy „Nyilatkozat”, cégszerűen alá van írva, és tartalmát tekintve is akként fogalmaz, hogy „megfelelő határidőn belül teljesíti”, az kétséget kizáróan kötelezettségvállalás</p> <p>a közbeszerzési eljárásban tett nyilatkozat, a lehetséges szankciók miatt – álláspontunk szerint – kellően alátámasztja a vállalást, tartalmát tekintve pedig konkrétan szövegezi is, hogy a kiállító által képviselt szervezet megfelel az alkalmassági követelményeknek</p> <p>az erőforrás jellegére tekintettel (szállítási referencia igazolása) a „szerződés teljesítéséhez” kitétel már az alkalmasság igazolása során beáll, az a szerződés időtartama alatt nem változhat, hiszen egy (vagy több) múltbéli eseményről van szó</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

24. Álláspontja szerint természetes, hogy van egy mögöttes megállapodás (legyen az szerződés, vagy előszerződés), ami alapján adja ki az erőforrást biztosító szervezet a kötelezettségvállalásra irányuló nyilatkozatot (okiratot), de korábbi gyakorlata alapján ez egy egyoldalú nyilatkozat az erőforrás biztosításáról, rendelkezésre állásáról, hiszen a biztosítandó erőforrás pontos adatairól csak az erőforrást biztosító rendelkezik teljes körű információval.

25. A kérelmező ismertette, hogy ha az ajánlatkérő egyáltalán nem fogadta el „kötelezettségvállalást tartalmazó” okiratnak a 42. oldalon benyújtott nyilatkozatot, akkor „csak” a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontjának jogosulatlan alkalmazását kéri megállapítani, ellenben ha azért nem fogadta el, mert nem két- vagy többoldalú, akkor az ajánlatkérőnek újabb hiánypótlást kellett volna elrendelnie, hiszen nem az eredeti hiányt kell pótolni, hanem a benyújtott okirat nem megfelelőségét, hiányát.

Az ajánlatkérő észrevétele

26. Az ajánlatkérő előadta, hogy a kérelmező által benyújtott előzetes vitarendezési kérelem elkésett, mivel a 2018. július 27-i érvénytelenségéről szóló tájékoztatásra tekintettel az előzetes vitarendezési kérelem benyújtásának határideje 2018. augusztus 1. napján lejárt, a kérelmező 2018. augusztus 3-i kérelméhez képest. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a Kbt. 80. § (1) bekezdés a) pontjában előírt határidőn túl benyújtott előzetes vitarendezési kérelem nem felelt meg a Kbt. 80. § (1) bekezdés a) pontja szerinti rendelkezésnek, így arra vonatkozóan az ajánlatkérő teljes körű választ adni, illetve álláspontját ismertetni nem volt köteles. Ennek ellenére levelében tájékoztatta a kérelmezőt az előzetes vitarendezési kérelmének elkésztéséről és – kizárólag az indokolatlan jogorvoslati eljárás elkerülését szolgálva - a Kbt. 80. § (3) bekezdés szerinti érdemi álláspont közlésének nem minősülő rövid tájékoztatást adott kérelmező részére.

A fentiekre figyelemmel a kérelmező nem hivatkozhat jogszerűen jogorvoslati kérelmében arra, hogy vitarendezési kérelmet nyújtott be, valamint nem vethető fel joghatályosan, hogy az ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelmet nem válaszolta meg teljes körűen.

27. Az ajánlatkérő érdemben az alaptalan jogorvoslati kérelem elutasítását és az ajánlatkérő képviselőjének megbízási díja (200.000,- Ft + ÁFA) megtérítésére kötelezését kérte.

28. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kérelmező ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen, tekintettel arra, hogy az előírt hiánypótlási felhívást nem teljesítette maradéktalanul, mert nem került benyújtásra a hiánypótlás során a W.E.S kapacitás biztosító szervezet vonatkozásában a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalásra vonatkozó okirat(ok), amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

Kifejtette, hogy a hiánypótlási felhívás két helyen is egyértelműen tartalmazta, hogy a kérelmezőnek a kapacitárait rendelkezésre bocsátó szervezet szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratát kell benyújtania. A kérelmező által benyújtott hiánypótlásban a 42. oldalon csatolt egyoldalú nyilatkozat nem felelt meg a Kbt. 65. § (7) bekezdése szerinti előírásnak az alábbiakra figyelemmel.

29. Kifejtette, hogy a Kbt. 65. § (7) bekezdés előírásának nyelvtani értelmezéséből is egyértelműen megállapítható, hogy a kapacitást biztosító szervezet vonatkozásában szerződést vagy előszerződést szükséges csatolni, melyben kötelezettséget vállal arra, hogy a szerződés

teljesítésében részt fog venni, illetve az erőforrásai rendelkezésre állnak ehhez. Amennyiben arra irányult volna a jogalkotó szándéka, hogy a kapacitást biztosító szervezet egyoldalú nyilatkozatának csatolását írja elő, úgy „szerződéses vagy előszerződésben vállalt” kitétel értelmét vesztené, feleslegessé válna a mondatban. A szerződésben vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalást tartalmazó okirat nem értelmezhető egyoldalú nyilatkozatként. Amennyiben a jogalkotó a kérelmező által előadottakat kívánta volna a jogszabályba foglalni, úgy:

- elhagyta volna a „szerződésben vagy előszerződésben vállalt” kitétel, vagy
- egyértelműen egyoldalú nyilatkozatot írt volna elő azzal, hogy a későbbiekben kötelesek a felek azt szerződéssel megerősíteni.

30. Hangsúlyozta továbbá, hogy a jogalkotó múlt időben fogalmaz, vagyis szerződésben vagy előszerződésben már a korábbiakban vállalt okiratot kell rendelkezésre bocsátani. Nem elégséges azt a későbbiekben megkötni. Megjegyezte továbbá, hogy nem csupán szerződésről, hanem előszerződésről is rendelkezik a jogszabály. Előszerződés csatolásának pedig akkor van értelme, ha a megállapodás még az ajánlattevővel történő szerződéskötés előtt, azaz az ajánlattételi szakaszban jön létre. Ellenkező esetben elégséges lett volna a szerződést szerepeltetni a törvény szövegében.

Amennyiben a szerződés vagy előszerződés nem lenne csatolandó az ajánlatba, úgy ajánlatkérőnek nem lenne lehetősége meggyőződni arról, hogy a benyújtott kötelezettségvállaló nyilatkozat megfelel annak a követelménynek, miszerint azt szerződésben vagy előszerződésben vállalták.

31. Rögzítette, hogy a nyelvtani értelmezés alapján is egyértelműen cáfolhatóak a jogorvoslati kérelemben előadottak, azonban az alább szakmai anyagok, valamint döntések is megerősítik ezt.

A Kommentár1 szerint:

Kommentár a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLIII. törvényhez (Wolters Kluwer Kft., Szerkesztette: Dezső Attila, 371-372. oldal)

„A szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalásra vonatkozó rendelkezés túllép a 2011. évi CVIII. törvény szabályozásán, amely úgy rendelkezett, hogy a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet köteles nyilatkozni, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt [55. § (5) bekezdés]. A kötelezettségvállaló nyilatkozaton túlmutat a polgári jogi kikényszeríthetőséget lehetővé tevő szerződésben vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalás. A kapacitások szerződés teljesítése során történő tényleges rendelkezésre bocsátását, így az ajánlattevő alkalmasságát, ezáltal pedig a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötendő szerződés szerződésszerű teljesítését veszélyezteti, ha az ajánlattevő nem képes a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervvel szembeni követeléseit közvetlenül kikényszeríteni. A szerződéses kötelezettségvállalás biztosítja a teljesítéshez szükséges erőforrások tényleges rendelkezésre bocsátását és annak számon kérhetőségét. Ez különösen fontos lehet akkor, ha az ajánlattevő és a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet között semmilyen jogi kapcsolat sincsen.

...A hatályos Kbt. ugyan nem mondja ki a ténylegesen igénybe vehető és igénybe nem vehető erőforrások elkülönítését, de a 65. § (7) bekezdése alapján a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet köteles csatolni a kötelezettségvállalását tartalmazó szerződést vagy előszerződést, amely igazolja az erőforrások tényleges rendelkezésre állását.”

Az Európai Unió Bírósága a Holst Italia ügyben (C-176/98.) kimondta, hogy az ajánlattevő, aki más szervezet kapacitására támaszkodik, köteles bizonyítani, hogy az általa nem birtokolt, de a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások ténylegesen a rendelkezésére fognak állni

a szerződés teljesítése során. A Holst Italia ügysz (C-176/98.) fűzött indítványában a főtanácsnok részletesen foglalkozott az erőforrások szerződés teljesítése során történő tényleges rendelkezésre állásával és arra a következtetésre jutott, hogy a kapacitásnyújtás jogintézménye kiürül az erőforrások tényleges rendelkezésre bocsátásának hiányában. Amennyiben nem biztosítható, hogy a kapacitást nyújtó szervezet az erőforrásait ténylegesen rendelkezésre fogja bocsátani a szerződés teljesítése során, felvetődik annak kockázata, hogy a kapacitásnyújtás pusztán azt a célt szolgálja, hogy az ajánlattevő szerződés teljesítésére való alkalmatlanságát leplezze (C-176/98. főtanácsnoki indítvány 63.). A műszaki, illetve szakmai alkalmasság körében meghatározott szakmai tapasztalat csak akkor válhat igazán hasznossá, ha az a szerződés teljesítése során közvetlenül alkalmazásra kerül. Ehhez a kapacitást nyújtónak elérhetővé kell tennie a műszaki kapacitását, legalább a menedzsment biztosítása révén. Az ajánlattevőnek pedig bizonyítani kell, hogy a kapacitást nyújtó szervezetet jelentős mértékben be fogja vonni a szerződés teljesítésébe (C-176/98. főtanácsnoki indítvány 55.) (lásd részletesen EU közbesz. magyarázat XVII. fejezet).

Az Európai Bíróság egy a 2004/18/EK irányelv alapján meghozott, de a hatályos szabályozás alapján is alkalmazandó 2016-os döntésében (C-234/14.) megerősítette, hogy amennyiben az ajánlattevő más szervezetek kapacitására támaszkodik az alkalmassága igazolása körében, az ajánlattevőt terheli a bizonyítási kötelezettség, hogy a teljesítéshez szükséges erőforrások rendelkezésére fognak állni. Az ajánlatkérőnek joga és kötelezettsége, hogy az ajánlatok bírálata körében meggyőződjön arról, hogy az ajánlattevő a szerződés időtartama alatt ténylegesen rendelkezni fog valamennyi olyan erőforrással, amelyre az alkalmasságának igazolása körében hivatkozott.

A fentiek mellett hivatkozott a Közbeszerzési Szemle 2016. VI. évfolyam 7. számának a Közbeszerzési Hatóság aktuális állásfoglalásait tartalmazó részben a 10. kérdésre adott válasza, mely szerint: „A Kbt. 65. § (7) bekezdése kizárólag szervezet esetén követeli meg a szerződés vagy előszerződés benyújtását. Természetes személy szakember esetében elegendő-e az egyoldalú rendelkezésre állási nyilatkozat? Helyes-e továbbá az az álláspont, hogy a Kbt. 65. § (7) szerinti szerződés/előszerződés az ajánlattevő alkalmasságának megállapításához kapcsolódik és emiatt nem követelhető meg az ajánlat benyújtásával egyidejűleg, hanem később a Kbt. 69. § (4) bekezdés szerinti ajánlatkérői felhívás alapján?

Válasz: A Kbt. 65. § (7) bekezdés alkalmazásában a kapacitást nyújtó személynek is szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot kell csatolnia annak alátámasztásául, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt. A Kbt. 65. § (7) bekezdés kifejezetten előírja, hogy az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben kell ezen okiratot benyújtani, melytől a Kbt. kóenciája [Kbt. 2. § (7) bekezdés] miatt nem lehet eltérni. A Kbt. 65. § (7) bekezdés szerint az előírt alkalmassági követelményeknek az ajánlattevők vagy részvételre jelentkezők bármely más szervezet vagy személy kapacitására támaszkodva is megfelelhetnek, a közöttük fennálló kapcsolat jogi jellegétől függetlenül. Ebben az esetben meg kell jelölni az ajánlatban, több szakaszból álló eljárásban a részvételi jelentkezésben ezt a szervezetet és az eljárást megindító felhívás vonatkozó pontjának megjelölésével azon alkalmassági követelményt vagy követelményeket, amelynek igazolása érdekében az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező ezen szervezet erőforrására vagy arra is támaszkodik. A (8) bekezdésben foglalt eset kivételével csatolni kell az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben a kapacitást rendelkezésre bocsátó szervezet olyan szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

A Kbt. 65. § (7) bekezdése tehát a kapacitást nyújtó szervezet igénybevételének lehetőségéről rendelkezik, mely kapacitást nyújtó szervezet lehet szervezet vagy személy is. Ekként szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okirat benyújtásának kötelezettsége kapacitást nyújtó személy vonatkozásában is fennáll.”

32. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kérelmező téves gyakorlata a korábbi Kbt.-n alapul, mivel a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény 55. § (5) bekezdés korábban úgy rendelkezett, hogy a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet köteles nyilatkozni, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

33. Véleménye szerint amennyiben elegendő lenne a kapacitást biztosító szervezet egyoldalú nyilatkozata, úgy a korábbi szabályozáshoz képest nem lett volna változás. A jogalkotói szándék egyértelműen a visszaélések visszaszorítása volt annak érdekében, hogy ténylegesen kötelezettségvállalásról beszélhessünk, ezért szükséges szerződés vagy előszerződés benyújtása.

34. Az ajánlatkérő hivatkozott a szerződés és előszerződés Ptk.-beli fogalmára is.

„Ptk. 6:4. § [A jognyilatkozat]

6:4. § [A jognyilatkozat]

(1) A jognyilatkozat joghatás kiváltására irányuló akaratnyilatkozat.

(2) Jognyilatkozat szóban, írásban vagy ráutaló magatartással tehető.

Ptk. 6:58. § [A szerződés]

A szerződés a felek kölcsönös és egybehangzó jognyilatkozata, amelyből kötelezettség keletkezik a szolgáltatás teljesítésére és jogosultság a szolgáltatás követelésére.

Ptk. 6:63. § [A szerződés létrejötte és tartalma]

(3) A szerződés a felek akaratának kölcsönös és egybehangzó kifejezésével jön létre.

(4) A szerződés létrejöttéhez a feleknek a lényeges és a bármelyikük által lényegesnek minősített kérdésekben való megállapodása szükséges. A lényegesnek minősített kérdésben való megállapodás akkor feltétele a szerződés létrejöttének, ha a fél egyértelműen kifejezésre juttatja, hogy az adott kérdésben való megállapodás hiányában a szerződést nem kívánja megkötni.

(5) Ha a szerződés létrejött, de a felek az ellenszolgáltatás mértékét nem határozták meg egyértelműen, vagy ellenszolgáltatásként piaci árat kötöttek ki, a teljesítési helynek megfelelő piacon a teljesítési időben kialakult középárat kell megfizetni.

(6) Nem kell a feleknek megállapodniuk olyan kérdésben, amelyet jogszabály rendez.

(7) A szerződés tartalmává válik minden szokás, amelynek alkalmazásában a felek korábbi üzleti kapcsolatukban megegyeztek, és minden gyakorlat, amelyet egymás között kialakítottak. A szerződés tartalmává válik továbbá minden, az adott üzletágban a hasonló jellegű szerződés alanyai által széles körben ismert és rendszeresen alkalmazott szokás, kivéve, ha annak alkalmazása a felek között - korábbi kapcsolatukra is figyelemmel - indokolatlan volna.

Ptk. 6:73. § [Előszerződés]

(8) Ha a felek abban állapodnak meg, hogy későbbi időpontban egymással szerződést kötnek, és megállapítják e szerződés lényeges feltételeit, a bíróság e feltételek szerint a szerződést bármelyik fél kérelmére létrehozhatja.

(9) Az előszerződést a szerződésre előírt alakban kell megkötni. Az előszerződésre az annak alapján megkötendő szerződés szabályai megfelelően irányadóak.

(10) A szerződés megkötését bármelyik fél megtagadhatja, ha bizonyítja, hogy

- a) az előszerződés megkötését követően előállott körülmény következtében az előszerződés változatlan feltételek melletti teljesítése lényeges jogi érdekét sértené;
- b) a körülmények megváltozásának lehetősége az előszerződés megkötésének időpontjában nem volt előrelátható;
- c) a körülmények megváltozását nem ő idézte elő; és
- d) a körülmények változása nem tartozik rendes üzleti kockázata körébe.”

35. Az ajánlatkérő hangsúlyozta, – figyelembe véve a Ptk. és a Kbt. hatályos rendelkezéseit – hogy a kapacitást biztosító szervezet kötelezettségvállalása a szerződéssel, illetve előszerződés esetén az előszerződés alapján kötendő írásbeli szerződéssel jön létre, egyoldalú jognyilatkozattal nem, így a kérelmező nem a Kbt. 65. § (7) szerinti okiratot nyújtotta be, hanem a kapacitást biztosító szervezet egyoldalú nyilatkozatát, amely nem felel meg a hatályos Kbt. valamint Ptk. szabályainak.

36. Előadta, hogy vannak olyan dokumentumok, amelyekre vonatkozóan az ajánlatkérő mintát – természetüknél fogva - nem tud kiadni, azonban a tartalomjegyzékben feltüntetésre kerül, mint benyújtandó dokumentum. Ilyen például a szóban forgó szerződés vagy előszerződés is, hiszen a felek úgy alakítják annak tartalmát, ahogy a megállapodásuk megkívánja, és a Ptk. engedi.

Rögzítette, hogy a kérelmező által hiánypótlás során benyújtott nyilatkozat a kapacitást biztosító szervezet részéről nem a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerint előírt szerződést vagy előszerződést nyújtotta be, az általa benyújtott nyilatkozat sem tartalmazza azon tartalmi elemeket, amelyet a Kbt. meghatároz. A kapacitást biztosító szervezetnek nem arról kell nyilatkoznia a szerződésben vagy előszerződésben, hogy megfelel az előírt alkalmassági követelményeknek és az igazolásokat be fogja nyújtani az ajánlatkérő felhívására.

A korábbi gyakorlattól eltérően a kapacitást biztosító szervezet akkor vonható be, ha a teljesítésben is ténylegesen részt vesz, és az ehhez szükséges előforrások rendelkezésre állását kell szerződésben vagy előszerződéssel vállalt okiratban igazolnia. Azaz a szerződésben, illetve előszerződésben nem azt kell igazolni, hogy a kapacitást biztosító szervezet a referencia igazolását be fogja nyújtani, hanem azt, hogy a referencia tárgya szerinti kapacitásokkal rendelkezik, és amelyek a teljesítéskor kamatoztathatóak.

Azon túlmenően, hogy a kérelmező nem a megfelelő okiratot nyújtotta be, az tartalmilag sem volt megfelelő.

37. Kiemelte azt is, hogy mindezeket nem szerepeltethette az ajánlatkérő a kérelmező ajánlata érvénytelenségének okai között figyelemmel arra, hogy az elsődlegesen nem tartalmában hibás, hanem nem a hiánypótlásban kért dokumentum került csatolásra.

38. Az ismételt hiánypótlási felhívás kibocsátása kapcsán utalt a Döntőbizottság korábbi döntéseire (D.135/14/2013., D.562/6/2015.), valamint a Közbeszerzési Hatóság útmutatójában (KÉ 2016. évi 147. szám, 2016. december 21.) foglalt azon álláspontra, mely szerint „Nem ütközik a kétszeres hiánypótlás tilalmába, ha az ajánlat/résztvételi jelentkezés benyújtásakor hiányzó dokumentumot hiánypótlásban nyújtanak be először, de hibás tartalommal vagy egy hiányosan benyújtott dokumentum hiánypótlása során egy teljesen új dokumentumot nyújtanak be ismételten hiányos tartalommal. Ezekben az esetekben a hiba, hiányosság újabb hiánypótlással korrigálható, feltéve, hogy nem ugyanaz az elem hiányzik az új dokumentumból, mint a korábban hiánypótlott dokumentumból.”

39. Az Útmutató, illetve a Döntőbizottság gyakorlata alapján is – a Kbt. 71. § (6) bekezdésén túlmenően – egyértelmű, hogy az ajánlatkérő kizárólag abban az esetben hívhatta

volna fel a kérelmezőt ismételt hiánypótlásra, amennyiben a benyújtott hiánypótlásában a megfelelő okiratot, azaz a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalást tartalmazó szerződést vagy előszerződést nyújtja be, ha az tartalmilag nem lett volna megfelelő, vagy valamely eleme hiányzott volna. Jelen esetben azonban nem ez történt, mivel a kérelmező a hiánypótlásában nem csatolta a kapacitást biztosító szervezet szerződésben vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalást tartalmazó okiratát. Az egyoldalú nyilatkozat nem szerződés és nem előszerződés. Figyelemmel arra, hogy az első hiánypótlás arra irányult, hogy a kérelmező fenti dokumentumot nyújtsa be, mert azt ajánlata nem tartalmazta és a hiánypótlásban ezen dokumentumot nem nyújtotta be, a második hiánypótlási felhívás ismételt csak erre vonatkozhatott volna, amely azonban a kétszeres hiánypótlás tilalmába ütközött volna.

A kérelmezői 2018. szeptember 7-i észrevétele

40. A kérelmező előadta, hogy a vitarendezési kérelmének elkészítése nem volt tárgya a jogorvoslatának, így ezt ténybelileg nem is vitatta.

41. A kérelmező rögzítette, hogy továbbra sem egyértelmű számára, hogy ajánlatának érvénytelenné nyilvánításával összefüggésben a „nem teljes körűen teljesített hiánypótlás” alatt az egész előírt – több pontból álló – hiánypótlás „nem teljes körű”-ségét, vagy a vitatott pontban szereplő irat(ok) „nem teljes körű”-ségét érti az ajánlatkérő.

42. Álláspontja szerint a törvény szövegének értelmezése alapján olyan okiratot kell csatolni, mely szerződéses, vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállaláson alapul. Részleteibe azért nem ment bele a törvényalkotó, mert az erőforrás jellegétől függően előfordulhat más és más kötelező tartalmi elem. Jelen esetben korábbi szállítási referencia biztosítására irányul az erőforrás, tehát egyértelmű, hogy olyan korábbi egyeztetés (előszerződés) alapján nyújtotta be az ajánlatot kérelmező, és támaszkodik az erőforrás biztosító partnerre, melyben biztosította, hogy amennyiben a tenderben elfoglalt helyezés alapján indokolt – és nyilván ez a cél – akkor biztosítja a szükséges referenciát, a szükséges iratokkal alátámasztva.

43. A kérelmező szerint az ajánlatkérői észrevétel főleg évekkal ezelőtti jogértelmezésekre hivatkozott, kiemelve a „Kommentár”-t, melyből az idézet rögtön úgy indul, hogy a „rendelkezés” túllép a 2011. évi CVIII. törvény szabályozásán. Azt nem vitatta, hogy a közbeszerzési eljárásokra kizárólag a Kbt. szabályai vonatkoznak és – feltételeesen (ha az érvénytelenné nyilvánítás mégis a benyújtott nyilatkozat nem megfelelőségére, nem „teljeskörűségére” alapítva került megállapításra) – épp az lehet a jogvita alapja, hogy olyan hivatkozásokat határozott meg elvárásként az ajánlatkérő, olyan jogi ismerteket vár el, melyek nem részei a Kbt. szabályrendszerének és melyek miatt szélesedett/szélesedhetett ki a hiánypótlás köre.

44. Véleménye szerint nem ütközött volna a kétszeres hiánypótlás tilalmába, ha a benyújtott nyilatkozatot megismerve, annak – állítólagos – hiányosságát alapul véve, kétoldalú, szerződésként, előszerződésként értelmezhető okirat benyújtását írja elő az ajánlatkérő, hiszen nem vitatott, hogy nincs sem a dokumentációban, sem a Kbt.-ben iratminta, tehát első körben az okirat hiányát tudta vizsgálni/megállapítani az ajánlatkérő, és csak ezt követően jutott abba a helyzetbe, pozícióba, hogy – az esetleges – tartalmi/alaki megfelelőségével foglalkozzon, azt el tudja bírálni. Ezt támasztja alá véleménye szerint az ajánlatkérő által példaként felhozott D.135/14/2013 sz. határozat is. Rendkívül gyakori a

közbeszerzési eljárásokban, hogy az EEKD-t nem csatolják az ajánlattevők, csak ha olyan pozícióban áll az ajánlatunk, amely esetben érdemes vele foglalkozni (időt rászánni), ennek megfelelően gyakran találkozni az erre vonatkozó hiánypótlás előírásával, majd miután benyújtották, újabb hiánypótlással valamely rosszul kitöltött részletre, sőt, olykor még újabb hiánypótlás elrendeléssel egy másik téves/hiányos részletre (mert azt korábban az ajánlatkérő sem vette észre).

A kérelmező szerint téves az az ajánlatkérői elképzelés, hogy attól, hogy a törvényre hivatkozással előírja valamely hiányzó irat, dokumentum teljes körű csatolását, előfordulhat hiba, hiányosság, téves értelmezés a kitöltéssel kapcsolatban. Egyértelmű és helyes eljárási cselekmény, ha az így megismert hiányosság pótlására szólítják fel az érintett ajánlattevőt.

Nem lehet másként ez jelen eljárásban sem és nem lehet a törvényt és a kialakult joggyakorlatot másként értelmezni, hiszen a kérelmező a legjobb tudása szerint, „teljes körűen” csatolta az általunk megfelelőnek minősített iratot, mely szerinte – függetlenül attól, hogy nem kétoldalú – kétoldalú megállapodáson alapszik és maradéktalanul teljesíti a törvény által előírt funkcióját. Ha hiányosságban szenved, valamit nem tud belőle megállapítani az ajánlatkérő, akár csak azért mert saját gyakorlatában más szófordulatra „van szüksége”, akkor nem csak élhet, de élnie is kell az ismételt hiánypótlás elrendelésének lehetőségével.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

45. Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását 2018. március 20-án kezdte meg, ezért a Kbt. ezen időpontjában hatályos rendelkezéseit kell alkalmazni.

46. A Döntőbizottság az alábbi rendelkezések alapján bírálta el a jogvitát:

A Kbt. 65. § (1) bekezdés alapján az ajánlatkérő alkalmassági követelményeket határozhat meg az ajánlattételhez megkövetelt

a) gazdasági és pénzügyi helyzetre;

b) műszaki és szakmai alkalmasságra;

c) ha a szerződés teljesítéséhez szükséges, a gazdasági szereplő letelepedése szerinti ország nyilvántartásában való szereplésre, vagy a letelepedés szerinti országban előírt engedéllyel, jogosítvánnyal vagy szervezeti, kamarai tagsággal való rendelkezésre vonatkozó feltételek előírásával.

A (7) bekezdés szerint az előírt alkalmassági követelményeknek az ajánlattevők vagy részvételre jelentkezők bármely más szervezet vagy személy kapacitására támaszkodva is megfelelhetnek, a közöttük fennálló kapcsolat jogi jellegétől függetlenül. Ebben az esetben meg kell jelölni az ajánlatban, több szakaszból álló eljárásban a részvételi jelentkezésben ezt a szervezetet és az eljárást megindító felhívás vonatkozó pontjának megjelölésével azon alkalmassági követelményt vagy követelményeket, amelynek igazolása érdekében az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező ezen szervezet erőforrására vagy arra is támaszkodik.

A (8) bekezdésben foglalt eset kivételével csatolni kell az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben a kapacitárait rendelkezésre bocsátó szervezet olyan szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

A Kbt. 71. § (1) bekezdés értelmében az ajánlatkérő köteles az összes ajánlattevő és részvételre jelentkező számára azonos feltételekkel biztosítani a hiánypótlás lehetőségét, valamint az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben található, nem egyértelmű kijelentés, nyilatkozat, igazolás tartalmának tisztázása érdekében az ajánlattevőtől vagy részvételre jelentkezőtől felvilágosítást kérni.

A (6) bekezdés rögzíti, hogy az ajánlatkérő köteles újabb hiánypótlást elrendelni, ha a korábbi hiánypótlási felhívás(ok)ban nem szereplő hiányt észlelt. Nem köteles az ajánlatkérő újabb hiánypótlást elrendelni, ha a hiánypótlással az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező az ajánlatban vagy a részvételi jelentkezésben korábban nem szereplő gazdasági szereplőt von be az eljárásba, és e gazdasági szereplőre tekintettel lenne szükséges az újabb hiánypótlás, feltéve, hogy az eljárást megindító felhívásban feltüntette, hogy ilyen esetben nem - vagy csak az általa meghatározott korlátozással - rendel el újabb hiánypótlást. A korábban megjelölt hiány a későbbi hiánypótlás során már nem pótolható.

A Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja szerint az ajánlat vagy a részvételi jelentkezés érvénytelen, ha egyéb módon nem felel meg az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, ide nem értve a részvételi jelentkezés és az ajánlat ajánlatkérő által előírt formai követelményeit.

47. A jogorvoslati kérelemben a kérelmező annak megállapítását kérte, hogy az ajánlatkérő jogsértően nyilvánította ajánlatát érvénytelennek a kapacitást rendelkezésre bocsátó szervezet kötelezettségvállaló nyilatkozata vonatkozásában.

48. A Döntőbizottság elsődlegesen az ajánlatkérő előírásait vizsgálva megállapította, hogy az ajánlatkérő előírásként a felhívásban és a dokumentációban megismételte a Kbt. 65. § (7) bekezdés utolsó mondatát, mely szerint „Csatolni kell az ajánlatban a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet olyan szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.” A felek által sem volt vitatott annak ténye, hogy a kérelmező az ajánlatában megjelölt kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet vonatkozásában nem csatolta a kérdéses dokumentumot.

49. Megállapítható továbbá, hogy az ajánlatkérő 2018. június 8-i hiánypótlási felhívásában 4 külön dokumentum benyújtását várta el a kapacitást rendelkezésre bocsátó szervezet kapcsán, többek között „a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalásra vonatkozó okirat(ok)at, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.”

50. Az ajánlatkérő a hiánypótlások eredményeként hozta meg a kérelmező ajánlatának – Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja szerinti – érvénytelenné nyilvánító döntését, mely szerint „nem került benyújtásra a W.E.S kapacitást biztosító szervezet vonatkozásában a Kbt. 65. § (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalásra vonatkozó okirat(ok), amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.”

51. A Döntőbizottságnak elsődlegesen abban kell állást foglalni, hogy a Kbt. 65. § (7) bekezdés utolsó mondata miként értelmezhető.

52. „Csatolni kell az ajánlatban a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet olyan szerződéses vagy előszerződésben vállalt kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot, amely alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.”

53. A Döntőbizottság osztja az ajánlatkérő által az észrevételében kifejtetteket, mivel a jogalkotó megadta az okirat formáját és egyben tartalmát is a becsatolandó dokumentumnak. Az előszerződés illetve a szerződés nem értelmezhető másként, mint a felek közötti kölcsönös és egybehangzó akaratnyilatkozatként. Ebből következően az elvárt dokumentumnak a kapacitást biztosító szervezet és az ajánlattevő közötti kétoldalú nyilatkozat felel meg, így nem fogadható el ezen dokumentum csatolásaként akár az ajánlattevő, akár a kapacitást biztosító szervezet által tett egyoldalú nyilatkozat. Tartalmilag elvárásaként kerül a törvénybe rögzítve annak ténye is, hogy a dokumentumnak egyértelmű kötelezettségvállalást kell tartalmazni arra vonatkozóan, hogy az erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

54. A Döntőbizottság a fentieket követően megvizsgálta a kérelmező által a hiánypótlásban becsatolt dokumentumokat és megállapította, hogy sem előszerződés, sem szerződéses okirat nem került a hiánypótlásban csatolásra. A Döntőbizottság ezt követően a kérelmező által megjelölt dokumentumot vizsgálta, mely a hiánypótlás 42. oldalán található. Tényszerűen megállapítható, hogy a dokumentum címe szerint egy nyilatkozat a Kbt. 114. § (2) bekezdésében foglaltakra vonatkozóan. A Kbt. 114. § (2) bekezdésben foglalt dokumentum tartalmát illetően egy olyan kötelezettségvállaló nyilatkozat, melyben az uniós értékhatár alatti közbeszerzési eljárásokban szükséges benyújtani a kizáró okok hiánya és az alkalmassági követelmények teljesítése kapcsán a Kbt. 67. § (1) bekezdése szerint. A Döntőbizottság megállapította, hogy ezen dokumentum nem feleltethető meg a Kbt. 65. § (7) bekezdéseként. Ebből következően megállapítható, hogy a kérelmező nem csatolta a hiánypótlásban kért dokumentumot, így ugyanezen dokumentum ismételt csatolása a kétszeres hiánypótlás tilalmába ütközne. A Döntőbizottság fontosnak tartja annak kiemelését, hogy ha csak abban az esetben értelmezhető az ismételt hiánypótlás kötelezettsége, ha becsatolja a kérelmező az előszerződést, vagy a szerződést és az tartalmilag nem felel meg az ajánlatkérő vagy a Kbt. előírásának. A Döntőbizottság rögzíti azt is, hogy az ajánlatkérő ezen dokumentum kapcsán nem volt köteles iratmintát kibocsátani, mivel a felhívásban előírt Kbt. 65. § (7) bekezdése egyértelműen megadja mi tekinthető ennek kapcsán megfelelő formájú és tartalmú kötelezettségvállaló okiratnak.

55. Összegezve a fentieket a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő jogszerűen döntött a kérelmező ajánlatának érvénytelenné nyilvánításáról, így a kérelmező kérelme alaptalan.

56. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a fentiek szerint a kérelmező alaptalan jogorvoslati kérelmét a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján elutasította.

57. A Döntőbizottság a költségek viseléséről a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárásáért fizetendő igazgatási szolgáltatási díjról szóló 45/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 2. § (2) bekezdése, valamint a Kbt. 145. § (1) bekezdés alapján alkalmazandó Ákr. 126. § (2) bekezdés a) pontjára figyelemmel rendelkezett. A fentiek alapján a kérelmező által befizetett 1.421.000.- Ft igazgatási szolgáltatási díj a kérelem alaptalansága okán a Döntőbizottság saját bevétele.

58. A Döntőbizottság az ajánlatkérő által előterjesztett megbízási díj mértékét megfelelőnek ítélte, melynek kapcsán figyelemmel volt az eljárásban beadott dokumentum kidolgozottságára és tartalmára, valamint arra, hogy az eljárásban nem került sor tárgyalás tartására.

59. 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.

Budapest, 2018. szeptember 12.

Dr. Szvetnik Ágnes sk
a tanács elnöke
közbeszerzési biztos

Bonifert Zsolt sk
közbeszerzési biztos

Dr. Kriston Kinga sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelével:

Liszi Barbara
közzolgálati ügykezelő

Kapják:

1. dr. Zsinka-Tóth Beáta (kizárólag elektronikus úton)
2. dr. Péntes Katalin ügyvéd (KRID: 18165214)