



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

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

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.340/11/2018.

A tanács tagjai: Dr. Hunya István közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Gusztávné közbeszerzési biztos, Dr. Puskás Sándor közbeszerzési biztos

A kérelmező: FHCE Telekommunikációs Kft.
(Budapest, Apor Vilmos tér 18.)

A kérelmező képviselője: Fábry György Ügyvédi Iroda, Dr. Fábry György ügyvéd

Az ajánlatkérő: MAVIR ZRt.
(Budapest, Anikó u. 4.)

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

A beszerzés tárgya: Távvezetési OPGW beszerzés 2018

A Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban: Döntőbizottság) a Közbeszerzési Hatóság nevében meghozta az alábbi

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság a jogorvoslati kérelmet elutasítja.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2018. július 16. napján feladott 2018/S 137-313804 számon megjelent hirdetményével, (EKR azonosító: EKR 000344102018) „Távvezetési OPGW beszerzés 2018” tárgyban nyílt közbeszerzési eljárást indított.

2. Az eljárást megindító felhívás II.2.4) pontja alatt található a közbeszerzés ismertetése az alábbiak szerint:

„Optikai összeköttetések anyagainak (acélvédőcsőben elhelyezett, 96 optikai szálás OPGW) szállítása legfeljebb az alábbi keretmennyiségi adatok figyelembevételével. A részletes műszaki leírást a dokumentáció tartalmazza.

OPGW sodrony:

OPGW-D1 fadobon szállítva, 279 430 méter

OPGW-D1/656 fadobon szállítva, 23 370 méter

OPGW-D1 fémdobon szállítva, 35 000 méter

OPGW-D2/656 fadobon szállítva, 1 820 méter

OPGW-D2 fémdobon szállítva, 2 000 méter

OPGW-D3 fadobon szállítva, 7 000 méter

OPGW-D3 fémdobon szállítva, 7 000 méter

OPGW-D4 fadobon szállítva, 4 900 méter

OPGW-D4 fémdobon szállítva, 7 000 méter

OPGW láncok (rezgécscillapítással ellátva) és egyéb szerelvények:

TTTO-170101/T - OPGW tartólánc OPGW-D1 sodronyhoz, 719 db

6FX199308/0651/A - OPGW tartólánc ("IRSA II" DT oszlopra) OPGW-D2 sodronyhoz, 4 db

TTTO-170102/T - OPGW tartólánc OPGW-D3 sodronyhoz, 15 db

TTTO-170103/T - OPGW tartólánc OPGW-D4 sodronyhoz, 11 db

TTTO-171002/T - OPGW tartólánc kiszigetelve OPGW-D4 sodronyhoz, 2 db

TTTO-121210/T - OPGW feszítőlánc OPGW-D1 sodronyhoz, 120 db

TTTO-171004/T - OPGW feszítőlánc, átmenő OPGW-D1 sodronyhoz, 29 db

TTTO-171106/T - OPGW feszítőlánc, földelőbakhoz, OPGW-D1 sodronyhoz, 6 db

TTTO-180201/T - OPGW feszítőlánc, átmenő, földelőbakhoz, OPGW-D1 sodronyhoz, 38 db

TTTO-171129/T - OPGW feszítőlánc, kiszigetelt OPGW-D1 sodronyhoz, 2 db

TTTO-171001/T - OPGW feszítőlánc, kiszigetelt OPGW-D4 sodronyhoz, 2 db

TTTO-150806/T - OPGW feszítőlánc OPGW-D3 sodronyhoz, 13 db

TTTO-121228/T - OPGW feszítőlánc végfeszítő OPGW-D1 sodronyhoz, 6 db

TTTO-150807/T - OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D3 sodronyhoz, 6 db

TTTO-121213/T - OPGW feszítőlánc, alállomásra, kiszigetelt OPGW-D1 sodronyhoz, 11 db

TTTO-171003/T - OPGW feszítőlánc, alállomásra, kiszigetelt OPGW-D3 sodronyhoz, 3 db

TTTO-161164/T - OPGW feszítőlánc, tartóra OPGW-D1 sodronyhoz (750), 2 db

TTTO-151006/T - OPGW feszítőlánc OPGW-D4 sodronyhoz, 5 db

TTTO-151007/T - OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D4 sodronyhoz, 6 db

TTTO-161119/T - OPGW feszítőlánc, alállomási portálra elszigetelt OPGW-D1 sodronyhoz, 4 db

TTTO-161140/T - OPGW feszítőlánc, alállomási portálra OPGW-D4 sodronyhoz, 2 db

TTTO-171130/T - OPGW feszítőlánc, kiszigetelt, elágazásra OPGW-D1 sodronyhoz, 2 db

TTTO-171131/T - OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D4 sodronyhoz, 2 db

TTTO-171132/T - OPGW feszítőlánc, végfeszítő, elágazásra OPGW-D4 sodronyhoz, 3 db

TTTO-171133/T - OPGW feszítőlánc, végfeszítő, alállomásra OPGW-D4 sodronyhoz, 2 db

TTTO-121227/T - OPGW feszítőlánc, elágazásra OPGW-D1 sodronyhoz, 5 db

TTTO-170641/B - OPGW feszítőlánc, elágazásra OPGW-D1 sodronyhoz, 2 db

6FX199308/0652/A - OPGW feszítőlánc, elágazásra OPGW-D2 sodronyhoz, 2 db

6FX199308/0658/O - OPGW feszítőlánc, elágazásra OPGW-D1 sodronyhoz, 2 db

6FX199308/0653/A - OPGW feszítőlánc, alállomási portálra OPGW-D2 sodronyhoz, 2 db

6FX199308/0654/O - OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D2 sodronyhoz, 2 db

6FX199308/0656/O - OPGW feszítőlánc OPGW-D1 sodronyhoz, 6 db

6FX199308/0657/O - OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D1 sodronyhoz, 3 db

6FX199308/0659/O - OPGW feszítőlánc, alállomási portálra OPGW-D1 sodronyhoz, 3 db

Villás közdarab (800-1000 mm), 3 db

Párhuzamszorító (OPGW-D1), 77 db
 Párhuzamszorító (OPGW-D2), 2 db
 Párhuzamszorító (OPGW-D3-D4), 3 db
 Párhuzamszorító (OPGW-D1-D3), 2 db
 Párhuzamszorító (OPGW-D3), 2 db
 Párhuzamszorító (OPGW-D4), 2 db
 Levezető szorító (OPGW-D1), 2 432 db
 Levezető szorító (OPGW-D2), 230 db
 Levezető szorító (OPGW-D1 - OPGW-D3), 41 db
 Levezető szorító (OPGW-D3), 64 db
 Levezető szorító (OPGW-D3 - OPGW-D4), 85 db
 Levezető szorító (OPGW-D4), 40 db
 Filler (OPGW-D1), 499 db
 Filler (OPGW-D2), 80 db
 Filler (OPGW-D3), 19 db
 Filler (OPGW-D4), 41 db”

3. A felhívás II.2.7) pontja szerint a szerződés időtartama hónapban: 24 hónap, mely egy alkalommal, maximum további 12 hónappal meghosszabbítható.

4. A felhívás III.1.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság pont az alábbi releváns rendelkezéseket tartalmazta.

„Alkalmasság igazolására - az ajánlatok Kbt. 69. §-a szerinti bírálata során - Ajánlatkérő felhívására benyújtandó igazolások:

M1) A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (Kr.) 21. § (1) a) pontja alapján az ajánlattevőnek csatolnia kell a jelen felhívás feladásának napjától visszafelé számított 3 évben befejezett, de legfeljebb 6 éven belül megkezdett legjelentősebb közbeszerzés tárgya szerinti (Optikai összeköttetés anyagainak szállítása) szállításainak ismertetését tartalmazó nyilatkozatát, továbbá a szerződést kötő másik fél által aláírt referenciaigazolást a dokumentáció 7.2 B) M1) pontjában foglalt tartalommal.

M2) A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (Kr.) 21. § (1) i) pontja alapján az ajánlattevőnek csatolnia kell a megajánlott OPGW-D1, OPGW-D2, OPGW-D3, OPGW-D4 típusú sodrony típusvizsgálati adatlapját, továbbá az MSZ EN 60794 és az IEEE 1138, vagy azokkal egyenértékű szabvány szerinti tanúsítvány(oka)t és jegyzőkönyveket a megajánlott OPGW-D1, OPGW-D2, OPGW-D3, OPGW-D4 sodronyon elvégzett típusvizsgálatokról...”

„Az alkalmasság minimumkövetelménye(i):

M1) Alkalmatlan az ajánlattevő, ha a jelen felhívás feladásának napjától visszafelé számított 3 évben nem rendelkezik a vizsgált időszakban befejezett, de legfeljebb 6 éven belül megkezdett, legalább 250 000 méter, minimum 96 optikai szál, acélcsőves OPGW szállítására vonatkozó, valamint ezen szállításhoz kapcsolódóan az IEC 60794-4-10:2014 szabvány 8.4 és 8.5 pontja szerinti kötelezettség elvégzését is tartalmazó referenciával/referenciákkal.

M2) Alkalmatlan az ajánlattevő, ha az általa az OPGW-D1, OPGW-D2, OPGW-D3, OPGW-D4 jelű OPGW tekintetében megajánlott eszköz nem rendelkezik MSZ EN 60794 és IEEE 1138 vagy azokkal egyenértékű szabvány szerinti típusvizsgálatok igazolására vonatkozó elismert (bármely nemzeti rendszerben akkreditált) tanúsító szervezettől származó tanúsítványokkal.”

5. Az ajánlatkérő a felhívás IV.1.3) Keretmegállapodásra vagy dinamikus beszerzési rendszerre vonatkozó információk pontjában rögzítette, hogy a hirdetmény keretmegállapodás megkötésére irányul, a keretmegállapodás résztvevőinek tervezett maximális létszáma: 3.
6. A felhívás IV.2.2. pontjában az ajánlatkérő az ajánlattétel határidejét 2018. szeptember 17. napjában határozta meg.
7. A felhívás VI.3) További információk pontja az alábbi releváns információkat tartalmazta:
„2. Jelen közbeszerzési eljárásban a szakmai ajánlatot az Árjegyzék és a dokumentáció I. fejezet 7.2 A) 19. pontjában meghatározott dokumentumok alkotják, mely dokumentumokat az ajánlattételi határidőig be kell nyújtani (nem hiánypótolhatók).
3. Érvénytelen az ajánlat, ha a Közbeszerzési Műszaki Leírás 5. vagy 6. pontjában foglaltaknak nem tesz eleget.
11. A jelen eljárás a Kbt. 104. §-a szerinti, több ajánlattevővel kötendő keretmegállapodás megkötésére irányul. A keretmegállapodás alapján a beszerzés megvalósítására a Kbt. 105.§ (2) c) szerint kerül sor.”
8. Az ajánlatkérő Dokumentációt is készített, melynek 19. oldalán található táblázat 18. pontja tartalmazza a „Szakmai ajánlat részeként benyújtandó dokumentumok” ismertetését. Az ajánlatkérő felhívta az ajánlattevők figyelmét, hogy a dokumentumok benyújtásának elmulasztása nem hiánypótolható.
9. A kérelmező 2018. szeptember 7-én – a jogorvoslati kérelmével egyezően – előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be.
10. Az ajánlatkérő 2018. szeptember 12-én kelt válaszával azt elutasította.
11. Az ajánlattételi határidőre, 2018. szeptember 17. napjáig, két ajánlat érkezett, köztük kérelmezőé.
Kérelmező ajánlata: 3.338.847.- EUR
FCI Kompozit Kft. ajánlata: 2.565.273.- EUR
12. Az ajánlatok bontásáról készült jegyzőkönyv rögzítette, hogy az ajánlatkérő képviselője az ajánlatok felbontása előtt közvetlenül ismertette a rendelkezésre álló fedezet nettó összegét, melyet 750.000.000.-Ft-ban jelölt meg.
13. A kérelmező ajánlata részeként benyújtott egységes európai közbeszerzési dokumentum IV. Rész: Kiválasztási szempontok, α: Az összes kiválasztási szempont általános jelzése pontban úgy nyilatkozott, hogy nem felel meg valamennyi előírt kiválasztási szempontnak.
14. A kérelmező jogorvoslati kérelmét 2018. szeptember 27.-én nyújtotta be.
15. Az ajánlatkérő 2018 október 10-én tájékoztatta a kérelmezőt, hogy az ajánlatát érvénytelennek nyilvánítja az alábbi indokok alapján:
 - az ajánlattevő nem felel meg a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági feltételeknek, így ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés d) pontja alapján érvénytelen.
 - az ajánlattevő az ajánlati biztosítékot határidőre nem bocsátotta rendelkezésre, így ajánlata a Kbt. 73. § (6) bekezdés b) pontja alapján érvénytelen.

- az ajánlattevő egyéb módon nem felel meg az ajánlati felhívásban és a közbeszerzési dokumentumban foglalt feltételeknek, így ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen.

A kérelmező jogorvoslati kérelme

16. A kérelmező 2018. szeptember 27. napján érkezett jogorvoslati kérelmében a Kbt. 165. § (2) bekezdésének d) pontja alapján kérte a jogsértés megállapítását és a Kbt. 165. § (3) bekezdésének b) pontja alapján az ajánlatkérő eljárást megindító felhívásának megsemmisítését, annak jogszabálysértő volta miatt.

17. A kérelmező álláspontja szerint az ajánlatkérő indokolatlanul korlátozta a versenyt az M/1, valamint az M/2 alkalmassági követelmény meghatározásával. Jogorvoslati kérelmében 3 külön kérelmi elemet terjesztett elő. Az első kérelmi elem szerint az M/1 alkalmassági követelményként ajánlatkérő jogsértő módon írta elő az alkalmassági követelmény mennyiségi kitételét. Hivatkozása szerint, aki pl. 190 km-re vonatkozó referenciát tud igazolni, az a szerződésteljesítésre ugyanúgy alkalmas, mint az alkalmasság igazolásában előírt 250 km-t igazoló gazdasági szereplő.

A második kérelmi elem szerint az M/1 alkalmassági követelményként ajánlatkérő jogsértő módon írta elő a 96 optikai szálal OPGW szállítására vonatkozó referencia igazolását. Előadta, hogy nincs lényeges különbség a 24 szálal és az ennél több szálal OPGW kivitelezése között. A jogorvoslati kérelemben részletes műszaki indokolást adott arra vonatkozóan, s egyben vitatta ajánlatkérő erre irányuló hivatkozását, mely szerint az, hogy a sodronyban két acélcsövet kell elhelyezni az teljesen megváltoztatja a gyártandó OPGW szerkezetét.

A harmadik kérelmi eleme tekintetében előadta, hogy álláspontja szerint jogsértően került M/2 alkalmassági követelményként előírásra az, hogy előzetesen, már az ajánlattételre valamennyi OPGW (D1, D2, D3, D4) kábel típusbizonyítványát be kell nyújtani. E körben hangsúlyozta, hogy az ajánlatkérő beszerzési igénye egyedi gyártású termékek. Ennek megfelelően azon gazdasági szereplő, aki gyárt is OPGW kábeleket nem rendelkezik automatikusan ilyen típus vizsgálatokkal. Egy ilyen típus vizsgálat elvégeztetése jelentős idő és költségráfordítást igényel, ugyanakkor a típus vizsgálati jegyzőkönyv kizárólag a forgalomba hozatalhoz, illetve a beépítéshez szükséges. A jogsértő esemény időpontjaként 2018. július 19. napját, míg az arról való tudomásszerzésnek 2018. szeptember 12. napját jelölte meg. Megsértett jogszabályi rendelkezésként a Kbt. 2. § (1) – (3) bekezdése szerinti verseny tisztaságára, esélyegyenlőségre, egyenlő bánásmódra vonatkozó, illetve a jóhiszeműség és a tisztesség követelményére vonatkozó rendelkezéseket, míg tételes jogsértésként a Kbt. 65. § (3) és (5) bekezdését jelölte meg.

18. 2018. október 19. napján kelt beadványában az ajánlatkérő eljárásjogi kifogásai elutasítását kérte, az ügy érdemében pedig korábban kifejtett álláspontját tartotta fenn.

Az ajánlatkérő észrevétele

19. Az ajánlatkérő 2018. október 10. napján kelt észrevételében kérte a jogorvoslati eljárás megszüntetését, ennek hiányában annak elutasítását annak alaptalanságára tekintettel. Elsődlegesen eljárásjogi kifogást terjesztett elő. Álláspontja szerint az ügyfélképességet

megalapozó jogi tény azzal, hogy a kérelmező jelen közbeszerzési eljárásban ajánlatot nyújtott be, megszűnt. Azzal, hogy kérelmező formai ajánlatot nyújtott be nem igazolta, hogy a közvetlen érdekséreleme fennáll. A benyújtott ajánlat oly mértékű hiányosságban szenved, mely azt igazolja, hogy a kérelmező egyébként sem tud valós, érvényes ajánlatot tenni. Ügyfélképesség hiánya mellett hivatkozott a jogorvoslati kérelem elkésettségére is. A tudomásszerzés álláspontja szerint a dokumentáció 2018. július 30. napi elérésekor bekövetkezett, így a jogorvoslati határidőket ezen dátum határozza meg. Hivatkozott továbbá arra, hogy az ajánlat benyújtásakor a kérelmező akként nyilatkozott, hogy a feltételeket elfogadja. Hivatkozott továbbá e körben a Fővárosi Törvényszék 3.Kf.650.051/2013/8. számú határozatára, mely szerint a jogorvoslati határidők számítására okot adó tudomásszerzés azon időponthoz köthető, mikor a kérelmező először szembesült vélelmezett jogsértéssel.

Az első kérelmi elem érdeme vonatkozásában előadta, hogy a hosszúsági követelmény a Kbt. 65. § (5) bekezdése szerinti követelmény alatt van. A második kérelmi elem tekintetében előadta, hogy az ajánlatkérő beszerzési igénye 96 optikai szál as OPGW-k szállítására vonatkozik. A beszerzési igényét pedig konkrét projektek megvalósítása tette szükségessé, mely jóváhagyott kiviteli tervekkel rendelkeznek. Részletes szakmai indokolást adott a 24 és 96 optikai szál as sodronyok különbözősége tekintetében. A harmadik kérelmi elem vonatkozásában előadta, hogy tudomása van arról, hogy kérelmező rendelkezik D1 típus vizsgálati jegyzőkönyvvel.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

20. A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást 2018. október 5. napján megindította.
21. A Döntőbizottság megállapította, hogy tárgyi közbeszerzési eljárás 2018. július 16. napján kezdődött, így az ezen a napon hatályos Kbt. rendelkezési alapján hozta meg döntését.
22. A Döntőbizottságnak elsődlegesen az eljárásjogi feltételeket kellett megvizsgálnia, melyek vonatkozásában az alábbi megállapításokat tette.
23. A releváns jogszabályi rendelkezések az alábbiak:
A Kbt. 80. § (1) bekezdése szerint előzetes vitarendezés kezdeményezésére jogosult
b) bármely érdekelt gazdasági szereplő vagy a közbeszerzés tárgyával összefüggő tevékenységű kamara vagy érdek-képviselői szervezet (e § alkalmazásában a továbbiakban együtt: kérelmező)
ba) az ajánlattételi, vagy részvételi határidő lejártáig, gyorsított vagy hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban e határidők lejártáig,
ha álláspontja szerint egészben vagy részben jogsértő az eljárást megindító vagy meghirdető felhívás, a felhívással együtt elérhető közbeszerzési dokumentumok vagy azok módosítása.

A Kbt. 148. §-nak releváns rendelkezései az alábbiak:

(2) Kérelmet nyújthat be az ajánlatkérő, az ajánlattevő, közös ajánlattétel esetén bármelyik ajánlattevő, a részvételre jelentkező, közös részvételi jelentkezés esetén bármelyik részvételre jelentkező vagy az egyéb érdekelt, akinek jogát vagy jogos érdekét az e törvénybe ütköző tevékenység vagy mulasztás sérti vagy veszélyezteti. Az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívás, a közbeszerzési dokumentumok, illetve ezek módosításának, valamint a 113. § (1) bekezdése szerinti tájékoztatás jogsértő volta miatt kérelmet nyújthat be a közbeszerzés tárgyával összefüggő tevékenységű kamara vagy érdek-képviselői szervezet is. (E bekezdésben foglaltak a továbbiakban együtt: kérelmező.)

(3) A kérelem - a (4)-(5) bekezdés szerinti eltéréssel - a jogsértésnek a kérelmező tudomására jutásától számított tizenöt napon belül, a közbeszerzési eljárást lezáró jogsértő döntés esetében pedig a jogsértésnek a kérelmező tudomására jutásától számított tíz napon belül nyújtható be. A jogsértés megtörténtétől számított kilencven napon túl kérelmet előterjeszteni nem lehet.

(5) Az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívással, a közbeszerzési dokumentumokkal, illetve ezek módosításával kapcsolatban az - adott esetben módosított - ajánlattételi, illetve részvételi határidő lejártá előtti ötödik napig lehet kérelmet benyújtani, de ha a (3) vagy (4) bekezdés szerinti határidő ennél később jár le, akkor a kérelmező a (3) és (4) bekezdés szerinti időpontig jogosult kérelmet előterjeszteni. Az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívással, a közbeszerzési dokumentumokkal, illetve ezek módosításával kapcsolatban az ajánlatkérő a saját jogsértésével szemben az ajánlatokról készített írásbeli összegezés megküldéséig jogosult kérelmet előterjeszteni.

(7) A (3)-(4) bekezdés szerinti határidő számításakor a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni

d) ha a kérelemmel érintett jogsértéssel összefüggésben előzetes vitarendezést kérelmeztek és
 da) ha az ajánlatkérő a jogsértéssel kapcsolatban álláspontját határidőben megküldte, de egyéb intézkedést nem tett, ezen jogsértés tekintetében az ajánlatkérői álláspont megküldésének időpontját;

(8) A (3)-(4) bekezdés szerinti határidő számításakor a jogsértés megtörténtének kell tekinteni
 a) a jogellenes tartalmú, a közbeszerzési eljárást megindító hirdetmény és a 113. § (1) bekezdése szerinti tájékoztatás esetében a hirdetmény vagy tájékoztatás közzétételét, közvetlen felhívás esetében a felhívás megküldését;

(10) A (3)-(9) bekezdés szerinti határidők elmulasztása jogvesztéssel jár.

Az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény 10. § (1) bekezdése szerint ügyfél az a természetes vagy jogi személy, egyéb szervezet, akinek (amelynek) jogát vagy jogos érdekét az ügy közvetlenül érinti, akire (amelyre) nézve a hatósági nyilvántartás adatot tartalmaz, vagy akit (amelyet) hatósági ellenőrzés alá vontak.

A Tanács az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló 89/665/EGK Irányelvének (továbbiakban: jogorvoslati irányelv) 1. cikk (3) bekezdése szerint a tagállamok biztosítják, hogy az általuk megállapítandó részletes szabályok szerint legalább azon személyeknek álljon jogorvoslati eljárás a rendelkezésére, akiknek érdekükben áll vagy állt egy adott szerződés elnyerése, és akiknek az állítólagos jogsértés érdeksérelmet okozott vagy ennek kockázata fennáll.

A közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (továbbiakban: Korm. rendelet) 21. § (1) bekezdésének i) pontja szerint az ajánlattevőnek és a részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki, illetve szakmai alkalmasságának igazolása árubeszerzés esetében - figyelemmel annak jellegére, mennyiségére, rendeltetésére - előírható elismert (bármely nemzeti rendszerben akkreditált) tanúsító szervezettől származó tanúsítvánnyal, amely tanúsítja, hogy a leírásokra vagy szabványokra történő hivatkozással egyértelműen meghatározott áru megfelel bizonyos leírásoknak vagy szabványoknak.

24. Tekintettel arra, hogy a kérelmező ajánlatkérő korábbi hasonló tárgyú közbeszerzési eljárásaiban ajánlattevő volt, így tevékenységi körére is tekintettel, érdekeltisége megállapítható. Ugyanakkor kérelmező ezen tény alapján a jogorvoslati irányelv hivatkozott rendelkezéseivel értelmezendő Kbt. 148. § (2) bekezdésében meghatározottak szerint is csak abban az esetben jogosult jogorvoslati kérelem benyújtására, ha megállapítható a Kbt. által megkövetelt (közvetlen) jog, jogos érdek sérelme, illetve veszélyeztetettsége. Érdekelt gazdasági szereplő esetén is vizsgálendő az ügyfélképesség. A Döntőbizottság jogi álláspontja szerint az ügyfélképesség kérdését a kérelmező személye tekintetében kell vizsgálni, a kérelmező köteles az ügyfélképességét megfelelően igazolni. A törvény a jogos érdeksérelmet szenvedettek, veszélyeztetettek számára biztosítja a jogorvoslati jogot. A kérelmező nem jogosult ebből következően más személyek helyett, illetve érdekében benyújtani a jogorvoslati kérelmet, érdekérvényesítést végezni, hanem a kérelmezőnek a saját maga oldalán kell a jogorvoslati eljárásban a közvetlen érintettségét igazolnia. A Döntőbizottság azt is ki kívánja emelni, hogy a jogi érdekeltiséget, az ügyfélképességet minden egyes esetben a konkrét közbeszerzési eljárás tekintetében az állított jogsértések (kérelmi elemek) vonatkozásában kell vizsgálni. A Döntőbizottság kiemeli, hogy e körben következetes a döntőbizottsági gyakorlat, hogy az ügyfélképességet kifejezetten megalapozza az, ha az ajánlatkérői vitatott jogsértő előírások akadályozzák meg a kérelmezőket a közbeszerzési eljárásban való részvételben.

25. Elsődlegesen az elkésettségi kifogást vizsgálta meg a Döntőbizottság, mely keretében megállapította, hogy az aseptalan. A Kbt. fent idézett rendelkezései alapján a kérelmező tudomásszerzése nem a dokumentáció letöltéséhez, hanem a Kbt. 80. § (1) bekezdésének ba) pontja alapján jogszerűen és határidőben kezdeményezett előzetes vitarendezési kérelmére adott ajánlatkérői válasz kézhezvételéhez kapcsolódik (Kbt. 148. § (7) bekezdésének da) pontja). Ehhez képest a jogorvoslati kérelem a törvényi 15 napos határidőn belül került benyújtásra.

26. Az ajánlatkérő vitatta a kérelmező ügyfélképességét is, melyet arra alapított, hogy a kérelmező az ajánlattételi határidőn belül ajánlatot nyújtott be, ugyanakkor az ajánlata kizárólag formai szempontból minősült ajánlatnak. A kérelmezői ajánlat oly hiányosságokban szenvedett, hogy hiánypótolni nem lehetett. Ennek megfelelően 2018. október 10. napján hozott közbenső döntésében a kérelmező ajánlatát érvénytelenné nyilvánította. A Döntőbizottság álláspontja szerint a kérelmező ügyfélképessége fennáll, mert bár a sérelmezett alkalmassági követelmények ellenére ajánlatot tett, ugyanakkor az ajánlatában is jelezte, hogy a vitatott alkalmassági követelményeknek nem tud megfelelni. Ebből kifolyólag az ügyfélképességhez szükséges közvetlen érdekeltisége fennállt, mert a vitatott követelmények akadályozták meg abban, hogy érvényes ajánlatot nyújtson be. A Döntőbizottság álláspontja szerint annak nincs jelentősége, hogy az ajánlat más okból kifolyólag is érvénytelen lett, hisz a jogorvoslati kérelemmel összefüggésben kizárólag a sérelmezett követelmények vonatkozásában vizsgálhatta az ügyfélképesség fennálltát. A harmadik kérelmi elemmel összefüggésben megjegyzi a Döntőbizottság, hogy önmagában azon hivatkozás, mely szerint a kérelmező D1 típusú OPGW típusvizsgálati jegyzőkönyvvel rendelkezik ezen kérelmi elem tekintetében fennálló ügyfélképességét nem érinti, tekintettel arra, hogy az alkalmassági követelmény mind a 4 típusú (D1-D4) OPGW tekintetében írta elő a típusvizsgálati jegyzőkönyv meglétének igazolását. Fentiek alapján a Döntőbizottság az ajánlatkérő eljárásjogi kifogásait elutasította, így a jogorvoslati kérelem érdemi vizsgálatának akadályát nem volt.

27. A jogorvoslati kérelem mindhárom eleme tekintetében a kérelmező a felhívásban meghatározott alkalmassági követelmények jogsértő – versenyt korlátozó - meghatározását állította. A kérelmi elemek vizsgálatakor releváns jogszabályok az alábbiak voltak:

A Kbt. 2. § (1) A közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő köteles biztosítani, a gazdasági szereplő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát.

(2) Az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára.

(3) Az ajánlatkérő és a gazdasági szereplők a közbeszerzési eljárásban a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelően kötelesek eljárni. A joggal való visszaélés tilos.

A Kbt. 3. § 30. pontja szerint e törvény alkalmazásában műszaki egyenértékűség: létesítmény, termék vagy szolgáltatás olyan meghatározó műszaki paramétere, amely mérhető, és amelynek előírt mérőszámát több létesítmény, termék vagy szolgáltatás is teljesítheti.

A Kbt. 50. § (4) bekezdése szerint az eljárást megindító felhívásnak és a többi közbeszerzési dokumentumnak minden esetben biztosítania kell, hogy annak alapján a gazdasági szereplők egyenlő eséllyel megfelelő ajánlatot telessenek, illetve részvételi jelentkezést nyújthassanak be.

A Kbt. 65. § (1) bekezdése szerint 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 Kbt. 65. § szakasz releváns rendelkezései szerint

(3) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények meghatározását az esélyegyenlőségre, az egyenlő elbánásra és a verseny tisztaságára vonatkozó alapelvek figyelembevételével mellett a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, és azokat - a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel - legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

(5) A (3) bekezdésben foglaltaknak megfelelő ténylegesen szükséges mértékű előírásnak a referenciák körében azt kell tekinteni, ha az ajánlatkérő az adott közbeszerzés - a 19. § (3) bekezdésének alkalmazása nélkül számított - értékének legfeljebb 75%-át elérő összegű, menyiségi meghatározás esetén az adott közbeszerzés legfeljebb 75%-át elérő mennyiségű vagy mértékű, és tárgyát tekintve az adott közbeszerzéssel műszakilag egyenértékű korábbi szállítás, építési beruházás, illetve szolgáltatás igazolását követeli meg.

Az Európai Parlament és a Tanács a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló 2014. február 26-i 2014/24/EU Irányelv (a továbbiakban: Irányelv) 18. cikke szerint az ajánlatkérő szervek a gazdasági szereplőket egyenlő és megkülönböztetés mentes bánásmódban részesítik, továbbá átlátható és arányos módon járnak el. A beszerzést nem lehet azzal a szándékkal kialakítani, hogy az adott beszerzés kikerüljön a jelen irányelv hatálya alól, vagy mesterségesen korlátozza a versenyt. Akkor tekintendő úgy, hogy fennáll a verseny mesterséges korlátozásának esete, ha azzal a szándékkal határozták meg a beszerzés feltételeit, hogy ezzel egyes gazdasági szereplők méltánytalan előnyhöz jussanak, vagy ilyen hátrányt szenvedjenek.

28. A következőket döntőbizottsági és bírósági joggyakorlat szerint amennyiben a kérelmező tételes jogszabályi rendelkezések megsértésére hivatkozik és többlételemes elemet nem ad elő, akkor az alapelvek megsértésének külön vizsgálata nem lehetséges. A közbeszerzési eljárás alapelveinek érvényesülését elsősorban az egyes tételes jogi rendelkezések biztosítják. Az alapelvi sérelem vizsgálatakor tehát nem lehet megkerülni a konkrét eljárásra irányuló speciális rendelkezéseket. Az alapelvek önmagukban csak akkor válhatnak a jogszerű eljárás fokmérőivé, ha valamely magatartás a tételes rendelkezések szerint nem ítéltető meg. (Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.197/2008/6.) Az alapelvek tehát csak akkor vehetők figyelembe, ha valamely magatartás tételes rendelkezések szerint nem ítéltető meg. Ugyanakkor a Döntőbizottság rögzíti azt is, hogy az alapelvek funkciójukat tekintve a jogértelmező szerepet is ellátnak, így a tételes jogszabályi előírások értelmezését az alapelveken keresztül kell vizsgálni. Ebből következően a tételes jogi előírás megsértése szükségképpen magában foglalja az alapelvi jogsértést is. A jogorvoslati kérelmek vonatkozásában a kérelmező mind a 3 kérelmi eleme tekintetében egyöntetűen megjelölte a Kbt. 2. § (1) – (3) bekezdését, mint alapelvi jogsértést, azonban a kérelmi elemenként külön-külön tételes jogszabályi rendelkezést is megjelölt. Ennek megfelelően a Döntőbizottság a megjelölt tételes jogszabályi rendelkezések tekintetében vizsgálta a jogorvoslati kérelmet, s tekintettel arra, hogy a kérelmező a megjelölt tételes jogi előírás körében előadott jogsértésen felül többlételemes elemet nem hivatkozott, mely az alapelvi jogsértés önálló megállapíthatóságának feltétele, így azok önálló, tételes jogszabályi vizsgálaton felüli, külön kérelmi elemkénti vizsgálatára nem volt lehetőség.

29. A Kbt. 65. § (3) bekezdése szerinti követelmény tekintetében elengedhetetlen annak vizsgálata, hogy mi a beszerzés tárgya. A beszerzés tárgyának meghatározásában az ajánlatkérőnek – a beszerzési igény meghatározásának szabadságából következően – döntési szabadsága van. A beszerzés tárgyának meghatározását követően, ehhez képest kell a Kbt. előírásainak megfelelően azt kategorizálni és a beszerzési tárgyra vonatkozó előírások betartása mellett a kiírás feltételeit meghatározni (Kfv.11.37.054/2013/4.). A felül nem vizsgálható beszerzési igénnyel elválaszthatatlan kapcsolatban áll a közbeszerzés tárgya, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérőnek a beszerzési igényének megfelelően kell a felhívásban meghatározni a beszerzés tárgyát. A közbeszerzés tárgya, mint az ajánlatkérő beszerzési igényét leíró komplexitás az egyes tételekhez szabályozottan más-más tartalmat hordoz. A közbeszerzés tárgyának legrészletesebb leírását a műszaki leírás tartalmazza, mely törvényi meghatározás szerint is azon előírások összessége, melyek meghatározzák a közbeszerzés tárgya tekintetében megkövetelt jellemzőket, mely alapján a tárgy oly módon írható le, mely megfelel az ajánlatkérő által igényelt rendeltetésnek. A rendeltetés azon funkció, mely kielégítésére merült fel a beszerzési igény. A műszaki leírás ennek megfelelően a közbeszerzés tárgyának egy részletező leírása.

30. A Döntőbizottság megvizsgálta a fent körülírt közbeszerzés tárgyát, mely tekintetében tényként állapítható meg, hogy az ajánlatkérő 96 szál optikai kábeleket kíván beszerezni. Az ajánlatkérő nyilatkozatában részletes indokolást adott arra vonatkozóan, hogy miért 96 szál kábelek felelnek meg neki kizárólag. A közbeszerzés tárgyának eképpeni vizsgálata azért szükséges, mert az alkalmassági követelmények körében jogszabályi előírás, hogy azokat a közbeszerzés tárgyára kell korlátozni. Figyelembe véve, hogy a közbeszerzés tárgya 96 szál OPGW kábelek beszerzésére irányul, így az alkalmassági követelmények körében nem tekinthető a közbeszerzés tárgyán túlinak azon ajánlatkérői alkalmassági követelmény, mely a közbeszerzés tárgya szerint meghatározott 96 szál optikai kábelek körében kéri meg a referencia igazolását.

31. A fentiek előrebocsátásával a Döntőbizottság az első kérelmi elemet elutasította az alábbi indokok alapján. A kérelmező hivatkozása szerint az M1. alkalmassági követelményben előírt 250 km-es mennyiségre vonatkozó előírása indokolatlan és versenyszűkítő. Az alkalmassági követelményben megjelenő mennyiségi előírás tekintetében a Kbt. 65. § (5) bekezdésében foglaltakat kellett a Döntőbizottságnak megvizsgálnia. A tényállásban rögzítettek szerint az ajánlatkérő összesen 367.520 méter OPGW sodronyt kíván beszerezni. Az alkalmassági követelmény mennyiségi részére épülő kérelmi elem tekintetében a Döntőbizottság a Kbt. 65. § (5) bekezdésében foglaltak alapján megállapította, hogy a 250.000 méterre vonatkozó előírás a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges mértékű előírás, hisz a törvényi 75 %-os határon belüli. Ebből kifolyólag az alkalmassági követelmény mennyiségi előírása jogszerűen került előírásra, így a jogorvoslati kérelem első elemét a Döntőbizottság elutasította.

32. A jogorvoslati kérelem második eleme tekintetében a Döntőbizottságnak abban kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő az M1 alkalmassági követelmény körében jogszerűen követelte-e meg a 96 szál OPGW kábelre vonatkozó referencia igazolását, hisz kérelmező állítása szerint a 24 szál OPGW kábel az ajánlattevők szerződés teljesítésére vonatkozó alkalmasságát ugyanúgy bizonyítja. A Döntőbizottságnak a Kbt. 65. § (3), valamint (5) bekezdése együttes értelmezésekor elsődlegesen abban kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő beszerzési igényéből fakadó 96 szál OPGW kábelrel műszakilag egyenértékűnek tekinthető-e a 24 szál OPGW kábel. Az egyenértékűség körében a Döntőbizottság megvizsgálta a műszaki leírásban ajánlatkérő által meghatározott műszaki paramétereket, mely alapján arra a megállapításra jutott, hogy a 24 szál optika szállal rendelkező OPGW sodrony nem tekinthető egyenértékűnek a műszaki leírásban meghatározott műszaki paraméterek tekintetében. A műszaki leírás 3. optikai követelmények (Alapkövetelmények) 3.1. pontjában ajánlatkérő meghatározta az optikai szálak szükséges mértékét, mely során előírta a 96 szál meglétére vonatkozó műszaki követelményét. A Döntőbizottság álláspontja szerint ez azon műszaki követelménynek tekinthető, mely esetében az egyenértékűség nem állapítható meg a 24 vagy annál több (de <96) szál OPGW esetén. E körben megjegyzi továbbá a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérő műszaki leírása részletesen meghatározta a szállítandó sodronyoktól elvárt műszaki paramétereket, melyek esetén a kérelmező sem állította, hogy azokkal egyenértékűnek tekintendő a 24 szál sodrony. Kérelmében a kivitelezés módszerében lévő nem nagy különbségre utal, mely azonban a műszaki egyenértékűség vonatkozásában nem tekinthető meghatározó műszaki paraméternek, így az alkalmassági követelmény jogszerűsége szempontjából relevanciával nem rendelkezik. Fentiek alapján a Kbt. 65. § (3) és (5) bekezdésében foglaltaknak megfelelően a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelem második elemét elutasította.

33. A harmadik kérelmi elem vonatkozásában a Döntőbizottságnak abban kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő jogszerűen írta-e elő M/2 alkalmassági követelményként, hogy a megajánlott eszközöknek rendelkezniük kell típusvizsgálatok igazolására vonatkozó tanúsítványokkal. A kérelmező jogorvoslati kérelmében nem azt vitatta, hogy a szerződés teljesítéséhez ezen típusvizsgálatok megléte elengedhetetlen, hanem azt kifogásolta, hogy ez alkalmassági követelményként került előírásra. A Döntőbizottság álláspontja szerint nem vitatott tény, hogy a szerződés teljesítéshez a megkövetelt típusvizsgálati tanúsítványok szükségesek. A Korm. rendelet 21. § (1) bekezdésének i) pontja kifejezetten rögzíti, hogy alkalmassági követelményként előírható tanúsító szervezettől származó tanúsítvány benyújtása. Önmagában pusztán ezért jogsértést megállapítani nem lehet. A hivatkozott alkalmassági követelmény tekintetében megállapítható továbbá, hogy az versenykorlátozónak

semmiképp nem tekinthető, hisz azon gazdasági szervezetek, akik a beszerzés tárgya szerinti áruk gyártásával, forgalmazásával foglalkoznak, nincsenek elzárva attól, hogy ilyen tanúsítványt beszeressenek. A tanúsítvány költségére vonatkozó kérelmezői hivatkozás azért sem fogadható el, mert egy majd egy milliárdos beszerzési értékhez viszonyítva a tanúsítvány megszerzésének költségei elhanyagolhatónak minősülnek, amelyek sikeres ajánlattétel esetén mindenképp felmerülnek.

Fentiek alapján a kérelmező harmadik kérelmi elemét is elutasította a Döntőbizottság.

34. Fentiek alapján a Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a kérelmező jogorvoslati kérelemének első és második és harmadik eleme tekintetében a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján az alaptalan jogorvoslati kérelmet elutasította.

35. A Döntőbizottság a költségek viseléséről a Kbt. 151. § (9) bekezdése valamint az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (továbbiakban: Ákr.) 126. § (2) bekezdésének a) pontjára figyelemmel rendelkezett.

36. A határozat rendelkezése(i) 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. november 5.

Dr. Hunya István sk.
a tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Puskás Sándor sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Ajánlatkérő jogi képviselő
2. Kérelmező jogi képviselő