



**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.15/17/2019.

A tanács tagjai: Dr. Hunya István közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Gulyás Richárd közbeszerzési biztos, Dr. Kéri Krisztina közbeszerzési biztos

A kérelmező:

M. D. Point Kft.

(Veresegyház, Baragödör utca 8.)

A kérelmező képviselője:

Dr. Dimák Attila Csaba felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

Az ajánlatkérő:

Uzsoki Utcai Kórház

(Budapest, Uzsoki u. 29-41.)

Az ajánlatkérő képviselője:

Dr. Csók István Áron felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A beszerzés tárgya, értéke: Adásvételi szerződés gőz sterilizálású dializátorok és gamma irradiációjú dializátorok beszerzésére 3 részben – 3. rész - 9.300.000.-Ft

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 2018. július 20. napján adta fel hirdetményét, mely az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2018/S 140-319673 szám alatt 2018. július 24-én került közzétételre. Ajánlati felhívásával (továbbiakban: felhívás) a Kbt. Második Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított. A hirdetmény a Közbeszerzési Értesítőben is megjelent KÉ-11992/2018. számon.

2. A közbeszerzés több részből állt, mely jogorvoslat szempontjából releváns 3. rész tekintetében az alábbi rendelkezéseket tartalmazta.

„II.2.4) A közbeszerzés ismertetése:

III. rész: Gamma irradiációjú dializátorok beszerzése

Éves mennyiség – opció nélkül számítva:

- Asahi Leocceed 21N 1000 db; sterilizálási mód: gamma irradiáció megfelelő, etilén oxid (ETO) nem megfelelő

Nyertes ajánlattevő feladata a fent megadott mennyiségű gamma irradiációjú dializátorok szállítása.

Ajánlatkérő a 321/2015.(X.30) Korm. rendelet 46.§ (3) bek-ben írtakra tekintettel a közbeszerzés tárgyának egyértelmű megjelölése érdekében kizárólag azzal a céllal hivatkozik meghatározott gyártmányú termékekre, hogy a szerződés tárgya kellő pontossággal és érthetően kerüljön leírásra. Ajánlatkérő valamennyi ilyen megjelölés vonatkozásában elfogadja a "vagy azzal egyenértékű" terméket. Nem nyilvánítja ajánlatkérő érvénytelennek az ajánlatot, melyben Ajánlattevő bármely megfelelő eszközzel igazolja, hogy a termék egyenértékű módon megfelel a műszaki leírásban meghatározott paramétereknek. Az egyenértékűség igazolása során Ajánlattevőnek valamennyi a műszaki leírásban részletezett műszaki paraméterre vonatkozóan akként kell igazolnia az egyenértékűséget, hogy azok összességében megfelelnek a kért dializátorok dokumentációban részletezett paramétereinek. A megajánlott dializátorok az Ajánlatkérő Fresenius 5008-as dialízis készülékével való kompatibilitása elvárt. A beszerzett dializátoroknak a Közbeszerzési dokumentumban specifikált előírásoknak meg kell felelniük.”

3. A felhívás III.1.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság 2) Az alkalmasság igazolása pontja az alábbiakat tartalmazta:

„b) Ajánlattevőnek a Kbt. 69. § (4) bekezdése szerint ajánlatkérői felhívásra csatolni kell a 321/2015. (X. 30.) Korm. Rendelet 21. § (1) bekezdésének i) pontja alapján a megajánlott dializátor vonatkozásában az orvostechikai eszközökről szóló 16/2012. (II.16.) Korm. rendelet 9.§ (2) bekezdése szerinti CE megfelelőség értékelési tanúsítványt.

Az alkalmasság igazolása tekintetében irányadóak a Kbt. 65. § (6)-(7) és (9) és (11) bekezdései, a 321/2015.(X.30.) Korm. rendelet 24.§. (1) bekezdése és a 424/2017. (XII.19.) Korm. rendelet 12.§ (2) bekezdése is.

Az alkalmasság minimumkövetelménye(i):

b) Alkalmatlan az ajánlattevő, ha a megajánlott dializátor nem rendelkezik az orvostechikai eszközökről szóló 16/2012. (II.16.) Korm. rendelet 9.§ (2) bekezdése szerinti CE megfelelőség értékelési tanúsítvánnyal.”

4. A felhívás VI.3.) További információk 1. pontjának i) pontja az alábbi előírást tartalmazta:

„Részletes szakmai ajánlat tartalmazza:

- 1. Az ajánlattevőnek az ajánlatban meg kell jelölnie valamennyi megajánlott rész vonatkozásában a megajánlott termék gyártóját és típusszámát.

- 2. Az ajánlattevőnek az ajánlatához csatolnia kell továbbá a megajánlott termékek vonatkozásában a 16/2012. (II. 16.) Korm. rendelet 9. § (2) bekezdésében előírt gyártói megfelelőségi nyilatkozatot.

- 3. Ajánlattevő a szakmai ajánlatához csatolja a megajánlott dializátorok termék-leírását, melyből a specifikációban (műszaki leírásban) megadott paramétereknek, tulajdonságoknak megállapíthatóknak kell lenniük.

- 4. részletes árajánlatot”

5. A Közbeszerzési Műszaki leírás II. Műszaki követelmények a dializátorok vonatkozásában pontja az alábbi releváns követelményeket tartalmazta:

„Dializátorok III:

Sterilizálási mód:

etilén oxid (ETO) nem megfelelő

gamma irradáció: megfelelő

Standard in vitro körülmények (EN 1283, ISO 8637) között, 37°C, 300 ml/perces véráramlás (QB) és 500 ml/perces dializáló folyadék áramlás (QD) esetén az alább megjelölt felület mellett az elvárt clearance legalább annyi vagy nagyobb legyen, mint a feltüntetett érték:

Megnevezés	Felület (m ²)	Membrán	Mennyiség db	UF képesség	Sterilizálási mód	urea clearance (ml/perc)	B12 vitamin clearance (ml/perc)
Asahi Leoced 21 N	2,1	polysulfone	1000	low flux	gamma	263	133

Nyertes ajánlattevő feladata a fent megadott mennyiségű gamma irradációjú dializátorok szállítása.”

6. Az ajánlattételi határidőig a 3. rész vonatkozásában ajánlatot nyújtott be a kérelmező, valamint a Hyppo Labor Kft.

7. A Hyppo Labor Kft. ajánlatának részletes árajánlat része az alábbi információkat tartalmazta:

Megnevezés	felület (m ²)	Membrán típus	UF-képesség
Elisio 21H	2,1	Polynephron	high flux

8. A Hyppo Labor Kft. ajánlatának részletes szakmai ajánlat része az alábbi adatokat tartalmazta:

NIPRO ELISIO 210H

Tényleges membrán felület (m²) 2,1

Priming Térfogat (ml) 130

Tényleges hossz (mm) 290

Belső átmérő (µm) 200

Membrán vastagság (µm) 40

Maximum TMP (mmHg) 500

Membrán: Polynephron

Sterilizálási mód: Száraz Gamma

9. 2018. október 12-én ajánlatkérő hiánypótlási felhívást küldött a Hyppo Labor Kft. részére, melyben felhívta a felhívás VI.3.)1.i) pontjára figyelemmel, hogy csatolja a megajánlott termékek vonatkozásában a 16/2012. (II.16.) Korm. rendelet 9. § (2) bekezdése szerinti gyártói megfelelőségi nyilatkozatot.

10. A Hyppo Labor Kft. 2018. október 18. napján hiánypótlás keretében benyújtott angol nyelvű majd újabb hiánypótlás körében benyújtott felelős fordítás szerinti megfelelőségi nyilatkozata releváns része szerint:

„EC tanúsítvány száma, érvényessége: G1 13 01 80998 002 érvényes 2018.03.17.”

11. 2018. november 7-én ajánlatkérő felkérte az ajánlattevőket, a 3. rész tekintetében a Hyppo Labor Kft.-t, hogy a kizáró okok és alkalmassági követelmények meglétét igazolja.

12. 2018. november 8-án a kérelmező előzetes vitarendezési kérelmet terjesztett elő az alábbiak szerint:

„A hivatalosan aláírt és ellenjegyzett „AJÁNLATI FELHÍVÁS” 31/74 oldalán található V. fejezet „Specifikáció” II. „Műszaki követelmények a dializátorok vonatkozásában:” II. és III. részében, a táblázatokban szereplő „Membrán-típus” megnevezés alatt „polysulfone” szerepel. Ugyanezen felhívás 29/74 oldalán, ugyanezen fejezet, I. „Alapvető információk” című műszaki leírásban ajánlatkérő a 321/2015.(X.30) Korm. rendelet 46.§ (3) bekezdésben foglaltakra hivatkozik, mely szerint ajánlatkérő elfogadja a (műszaki) megjelölés vonatkozásában a hivatkozott vagy „azzal egyenértékű terméket”. Legjobb tudomásunk szerint jelenleg három cég gyárt „polysulfone” anyagú membránt tartalmazó dializátort. A három cég termékeiből - tudomásunk szerint - jelenleg kettő van jelen Magyarországon (Fresenius és Asahi Kasei Medical), ezért azt feltételezzük, hogy a Hyppo Labor Kft. ajánlattevő jelen ajánlati felhívás II. és III. részre tett ajánlatában megajánlott dializátorok nem „polysulfone” anyagú membránnal készültek. A „polysulfone” (PSU) anyagú membránt tartalmazó dializátorokhoz hasonló, például a különböző fantázianévvel ellátott „polyethersulfone” (PES) anyagú membránt tartalmazó dializátorok membránjai hasonló funkcióval, de eltérő műszaki tartalommal rendelkeznek (pl. kapilláris falvastagság, kapilláris belső átmérő, kapilláris pórus méret, albumin veszteség stb.). Feltételezzük továbbá, hogy a Hyppo Labor Kft. ajánlattevő jelen ajánlati felhívás II. és III. részre tett ajánlatában megajánlott dializátorok műszaki szempontok tekintetében nem „megegyezők” az „AJÁNLATI FELHÍVÁS” 31/74 oldalán található táblázatban szereplő dializátorok nyilvánosan hozzáférhető műszaki tulajdonságaival (pl. üvegtiszta polikarbonát dializátorház, egyenes véreloszlást biztosító oldalirányú vérvonali csatlakozók, hidrofil bevonat a kapillár belsejében). Fentiek alapján úgy véljük, hogy jelen ajánlati felhívás II. és III. részének vonatkozásában az M.D.Point Kft. tette a legkedvezőbb ajánlatot, illetve kérjük, a jelen ajánlati felhívásra tett, nem „polysulfone” anyagú membránnal ellátott dializátorokra vonatkozó ajánlatok kizárását. Amennyiben ajánlatkérő előzetes vitarendezési kérelmünkre mégis úgy dönt, hogy a nem „polysulfone” anyagú membránnal ellátott dializátorokra tett ajánlatokat a 321/2015.(X.30) Korm. rendelet 46.§ (3) bekezdésben foglaltak szerinti „egyenértékű termék”-re tett ajánlatoknak tartja, ezért elfogadja, úgy kérjük jelen közbeszerzési eljárás visszavonását a nem egyértelmű és félrevezető műszaki leírás miatt. Cégünk az M.D.Point kft. ugyanis termék-portfóliójában rendelkezik a közismerten kedvezőbb árú „polyethersulfone” (PES) membrán alapanyagú dializátorokkal is, melyeket ajánlatkérő jelen ajánlati felhívás megjelenésekor már ismert és kipróbált.”

13. Az ajánlatkérő a Kbt. 80. § (4) bekezdése alapján hiánypótlási felhívást bocsátott ki a Hyppo Labor Kft. részére melyben előírta, hogy a megajánlott termék tekintetében csatoljon olyan termék-leírást, melyben a megajánlott dializátor vonatkozásában annak műszaki leírásában előírt paramétereit (clearance) a műszaki leírásban előírt 300/500 QB/QD érték mellett adja meg.

14. A Hyppo Labor Kft. 2018. november 15. napján benyújtotta hiánypótlását.

15. Az ajánlatkérő 2018. november 16-án ajánlatkérő elutasította a kérelmező előzetes vitarendezési kérelmét. Válaszában rögzítette, hogy a Hyppo Labor Kft. által megajánlott termék Polynephron membránnal készült, mely megfelel a műszaki leírásnak. Rögzítette továbbá, hogy a megajánlott termék nem „polyethersulfone” (PES) anyagú membránt tartalmaz.

16. Az ajánlatkérő 2018. november 30-án hiánypótlási felhívást bocsátott ki a Hyppo Labor Kft. részére melyben előírta, hogy hiánypótlás keretében ajánlattevő csatoljon olyan tartalmú CE megfelelésség értékelési tanúsítványt, amely igazolja a felhívásban előírtaknak megfelelően, hogy az ajánlattevő megfelel a felhívás III.1.3) b) pontjában előírt alkalmassági követelménynek és amely olvasható.

17. Az ajánlatkérő 2018. december 6. napján megküldött hiánypótlásában csatolta a G1 18 02 80998 010 számú EC tanúsítványt angol nyelven. A tanúsítvány 2023. március 17. napjáig érvényes.

18. Az ajánlatkérő az eljárás eredményéről szóló összegzését 2019. január 2-én küldte meg ajánlattevőknek. A 3. részben vonatkozásában a Hyppo Labor Kft. ajánlatát érvénytelenné nyilvánította.

19. 2019. január 4-én a Hyppo Labor Kft. előzetes vitarendezési kérelmet terjesztett elő ajánlata érvénytelenségével kapcsolatosan, mellyel összefüggésben ajánlatkérő 2019. január 7-én hiánypótlási felhívást küldött ki a Hyppo Labor Kft. részére.

20. 2019. január 9. napján a Hyppo Labor Kft. megküldte a 2018. december 6. napján megküldött EC tanúsítvány felelős fordítását.

21. Az ajánlatkérő 2019. január 15. napján helyt adott az előzetes vitarendezési kérelemnek, mely alapján 2019. január 17-án ajánlatkérő megküldte a módosított összegezést, mely szerint mindkét ajánlattevő ajánlata érvényes lett, nyertes ajánlattevőként a Hyppo Labor Kft.-t hirdette ki

22. 2019. január 18-án a kérelmező iratbetekintési kérelmet terjesztett elő, melyre 2019. január 22-én biztosított lehetőséget ajánlatkérő.

A kérelmező jogorvoslati kérelme

23. 2019. január 25. napján a kérelmező jogorvoslati kérelmet terjesztett elő az ajánlatkérő 2019. január 16. napján megküldött (módosított) összegezésében foglalt a 3. rész vonatkozásában eljárást lezáró döntésével szemben. Jogsértés megtörténtének időpontjaként azonosan minden kérelmi elemnél 2019. január 17. napját, míg a jogsértésről való tudomásszerzés időpontjaként 2019. január 22. napját jelölte meg.

24. A kérelmező három kérelmi elemet terjesztett elő, melyekben a nyertes ajánlattevőként kihirdetett Hyppo Labor Kft. ajánlatának érvénytelenségére hivatkozott.

25. Az első kérelmi elem tekintetében előadta, hogy a Hyppo Labor Kft. ajánlata érvénytelen, mert a csatolt CE megfelelésségi értékelési tanúsítvány nem megfelelő, mert az 2018. március 17-én lejárt. Ennek megfelelően ajánlatkérő megsértette a Kbt. 73. § (1) bekezdésének d) pontját, tekintettel arra, hogy az alkalmassági követelmény teljesítésének fennálltát a Hyppo Labor Kft. nem igazolta.

26. A második kérelmi elemében előadta, hogy a Hyppo Labor Kft. által megajánlott dializátor membrán típusa nem felel meg a műszaki leírásban foglalt követelményeknek. A megajánlott dializátor membrán típusa nem poliszulfon, így a nyertes ajánlattevő ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdésének e) pontja alapján érvénytelen. Előadta, hogy a poliszulfon és a

poliéterszulfon membránnal gyártott dializátorok egymástól eltérőek, szerves kémiai és nefrológiai szempontból egyaránt. Szerves kémiai szempontból eltérő anyagcsoportba tartoznak, valamint kémiai szerkezetük is eltérő, nefrológiai szempontból pedig külön szakmai csoportba tartoznak. A nyertes ajánlattevő ajánlatában szereplő NIPRO gyártó ELISIO dializátor nyilvánosan elérhető gyártói adatlapjának membrán nevű sorában POLYNEPHRON szóvédjegyzet fantáziánév mellett zárójelben poliéterszulfon szerves kémiai elnevezés szerepel.

27. A jogorvoslati kérelem harmadik elemében előadta, hogy a megajánlott NIPRO ELISIO 210H termék high flux dializátornak tekinthető. Hivatkozott arra, hogy low flux dializátor ultrafiltrációs együtthatója (KUF) kisebb, mint 20 (ml/perc.Hgmm). A megajánlott termék KUF értéke 82.

28. 2019. február 11. napján kelt beadványában a kérelmező vitatta az ajánlatkérő eljárási (elkésettségi) kifogását. Hangsúlyozta, hogy ajánlatkérő eljárást lezáró döntését tartja jogsértőnek. Erről pedig kizárólag 2019. január 17. napján értesülhetett. Előadta, hogy az ajánlatkérő által hivatkozott G1 18 02 80998 010 számú dokumentum az iratbetekintésen nem került bemutatásra. A membrán anyaga tekintetében hivatkozott arra, hogy ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelmére adott válaszában még azt rögzítette, hogy a megajánlott termék membrán típusa nem „polyethersulfone” (PES), addig a jogorvoslati eljárás keretében már azt rögzíti, hogy a Polynephron és a poliéterszulfon lényegében szinonimaként alkalmazható. Kérelmező álláspontja szerint ezen megállapítások ellentmondásban vannak egymással. A poliéterszulfon dializátorok ára jelenleg kb. 10-20% -kal kedvezőbb a poliszulfon (PSU) anyagú membránt tartalmazó dializátorokhoz képest. A poliéterszulfon (PES) anyagú membránt tartalmazó dializátorok membránjai eltérő műszaki tartalommal rendelkeznek, pl. a kapilláris falvastagság, a kapilláris belső átmérő, a kapilláris pórus méret vonatkozásában. Nefrológiai különbségként megemlíthető a kezelés során fellépő többszörös mennyiségű albumin veszteség a poliszulfon membránokhoz képest. A „high flux”, illetve „low flux” tulajdonság tekintetében előadta, hogy az nem alacsony vagy magas szűrési minőségű membránokat takar, hanem az átfolyási sebességre utal.

A „low flux” membránok kis lyukméretű szűrők, míg a „high flux” membránok nagy lyukméretű szűrők, melyek ugyanazon dializátor gyártó esetén ugyanabból a szintetikus előállított anyagból készülnek más és más feladatra. A végfázisú vesebetegségben szenvedőknél kis-, közepes- és nagy molekulaméretű káros anyagokat kell a vérből eltávolítani. Kis lyukakon csak kis- és közepes molekulákat lehet eltávolítani, míg nagy lyukakon a nagy méretű káros molekulák is átférnek. Így viszont a hasznos molekulák egy része is távozik a vérből. Ez az alapvető különbség a két membrán között. Ezen műszaki paraméter vonatkozásában előadta, hogy ajánlatkérő azért szerepelteti a 3. részre vonatkozó műszaki leírásban a low flux kifejezést, mert low flux kezeléseket kíván folytatni. Ellenkező esetben a 3. részre nem lett volna szükség, hiszen a második részben szerepel ugyanilyen méretű, de high flux dializátor.

29. 2019. február 27. napján érkezett beadványában korábbi álláspontját fenntartotta, ugyanakkor a Döntőbizottság ezen észrevételében foglaltakat a döntése meghozatalakor nem vette figyelembe, tekintettel a Kbt. 160. § (4) bekezdésében foglaltakra.

Az ajánlatkérő észrevétele

30. Az ajánlatkérő 2019. február 6. napján érkezett észrevételében elsődlegesen a jogorvoslati eljárás megszüntetését, másodlagosan elutasítását kérte.

31. A második kérelmi elem elkésettsége tekintetében hivatkozott arra, hogy a kérelmező e körben már előzetes vitarendezési kérelmet is terjesztett elő, mely alapján az arra adott elutasító válasz megalapozta a kérelmező tudomásszerzését, így az a törvényi határidőn túl került benyújtásra.

32. Az ügy érdemében előadta, hogy a Hyppo Labor Kft. által benyújtott CE megfelelésségi tanúsítvány 2023. március 17. napjáig érvényes.

33. A második kérelmi elem érdeme tekintetében előadta, hogy a polysulfon és a poliétersulfon anyagú membránok között bár csekély különbség van, ugyanakkor szakmai és nefrológiai szempontból egyenértékűnek minősülnek, így az ajánlatkérő azt jogszerűen fogadta el.

34. A harmadik kérelmi elem tekintetében előadta, hogy a high flux membrán magasabb minőséggel rendelkezik a low flux membránnál, így az egyenértékűség ezen műszaki paraméter esetén is megállapítható.

35. 2019. február 21. napján kelt észrevételében a második kérelmi elem elkésettségére vonatkozó álláspontját fenntartotta. Kiegészítette továbbá azzal, hogy az első – utóbb módosított – összegezésből is kiderült kérelmező számára, hogy a Hyppo Labor Kft. által megajánlott terméket annak műszaki megfeleléssége okán ajánlatkérő elfogadja. A membrán anyaga tekintetében szakmai álláspontja szerint a megajánlott terméket azért fogadták el, mert a megajánlott Polynephron dializátor tulajdonságai az elvárt igényeinek megfeleltek és nem azért, mert nem „polyethersulfone” anyagú. Hangsúlyozta, hogy a dializátor kiválasztásánál a dializátor tulajdonságai az elsődlegesek, és nem a kémiai szerkezet. Természetesen a kémiai szerkezet sem közömbös, elvárás, hogy jó minőségű, szintetikus membrán legyen, így pl. cuprophan membránok napjainkban már nem megfelelőek, de a magas minőségű szintetikus membránok, mely csoportba a polysulfon mellett a polyethersulfone is tartozik, megfelelőek. Fenntartotta korábbi álláspontját, mely szerint a polysulfone membránnal egyenértékű a poliétersulfon anyagú membrán, sőt bizonyos szempontok figyelembe vételével előnyösebb is annál, így az elfogadható volt. A kérelmező által hivatkozott albumin veszteségre vonatkozóan részletes orvosszakmai hivatkozással hangsúlyozta, hogy orvosszakmai szempontból nincs jelentősége az albuminvesztésnek, így az egyenértékűség tekintetében irreveláns. A poliethersulfone membrán tekintetében szakirodalmi hivatkozásokat tett a mellett, hogy több szempontból előnyösebb, mint a polysulfon anyagú. Az ultrafiltrációs kapacitásra vonatkozó harmadik kérelmi elem tekintetében hangsúlyozta, hogy a „high flux” dializátorok jobb, magasabb minőségű dialízis kezelést biztosítanak, mint a „low flux” dializátorok mert az hatékonyabb méreganyag eltávolítást tesz lehetővé.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

36. A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást 2019. február 1. napján megindította.

37. A Döntőbizottság megállapította, hogy tárgyi közbeszerzési eljárás 2018. július 20. napján kezdődött, így az ezen a napon hatályos Kbt. rendelkezési alapján hozta meg döntését.

38. Elsődlegesen az ajánlatkérő elkésettségi kifogása nyomán abban kellett a Döntőbizottságnak állást foglalnia, hogy a kérelmi elemek érdemi vizsgálatának eljárásjogi akadálya fennáll e.

39. A Kbt. releváns rendelkezései szerint

Kbt. 148. § (1) A Közbeszerzési Döntőbizottság eljárása kérelemre vagy hivatalból indul. Az eljárás megindítására irányuló kérelem és a hivatalbóli eljárást kezdeményező irat kizárólag írásban - a 145. § (1a) bekezdés a) pontjában foglaltak szerint -, a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt terjeszthető elő.

(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.

40. A kérelmező jogorvoslati kérelmet az ajánlatkérő eljárást lezáró döntésével szemben terjesztett elő, mert álláspontja szerint az több okból is jogsértő volt. Ez azért releváns ténymegállapítás, mert az eljárást lezáró döntés meghozatala azon ajánlatkérői magatartás, melyet sérelmezett a kérelmező. E körben nincs jelentősége annak, hogy korábban, feltételezésekre alapítottan kérelmező már állította előzetes vitarendezés körében, hogy a Hyppo Labor Kft. ajánlata érvénytelen, hisz végső soron nem az ajánlattétel a jogsértő, hanem – kérelmező hivatkozása szerint- hogy egy érvénytelen ajánlatot érvényesnek minősített az ajánlattevő. A Döntőbizottság álláspontja szerint fogalmilag kizárt az, hogy ajánlatkérő eljárást lezáró döntésével okozott jogsértés tudomásszerzés időpontja korábbi legyen, mint a döntése meghozatala. Önmagában azon ajánlatkérői hivatkozás, mely szerint a vitarendezési kérelmet elutasító döntéséből már következtetéseket lehetett levonni arra, hogy a kérelmi elemek szerinti műszaki érvénytelenség vonatkozásában az ajánlatkérő milyen álláspontot képvisel nem alapos, hisz az állított jogsértése a döntéséhez kötődik, nem pedig a bírálóat közbenső – döntési formában meg nem testesülő – álláspontjához. Ugyan ezen hivatkozással nem alapos az első – a Hyppo Labor Kft. érvénytelenségét megállapító – eljárást lezáró döntéséhez kötött tudomásszerzési érvelése. A tudomásszerzés ugyanis a konkrét döntéshez köthető. Fentiek alapján megállapítható, hogy a jogorvoslati kérelem mindhárom eleme határidőben került előterjesztésre, s a jogorvoslati kérelem érdemi vizsgálatának eljárásjogi akadálya nem volt.

41. Az ügy érdeme szempontjából releváns jogszabályok az alábbiak:

Kbt. 3. § E törvény alkalmazásában:

30. műszaki egyenértékűség: létesítmény, termék vagy szolgáltatás olyan meghatározó műszaki paramétere, amely mérhető, és amelynek előírt mérőszámát több létesítmény, termék vagy szolgáltatás is teljesítheti;

Kbt. 58. § (1) Az ajánlatkérő köteles megadni a közbeszerzés tárgyát és mennyiségét - adott esetben opcionális rész megadásával - az eljárást megindító felhívásban, valamint előzetes tájékoztatóval meghirdetett eljárás esetén az előzetes tájékoztatóban is.

(2) Az ajánlatkérő köteles megadni az eljárást megindító felhívásban vagy a további közbeszerzési dokumentumokban a közbeszerzés tárgyára vonatkozó műszaki leírást. A műszaki leírás azoknak az előírásoknak az összessége, amelyek meghatározzák azokat a közbeszerzés tárgya tekintetében megkövetelt jellemzőket, amelyek alapján a közbeszerzés tárgya olyan módon írható le, hogy az megfeleljen az ajánlatkérő által igényelt rendeltetésnek. E jellemzők utalhatnak a kért építési beruházás, áru vagy szolgáltatás előállításának és nyújtásának folyamatára vagy módszerére, vagy életciklusa bármely más szakaszának valamely konkrét folyamatára, akkor is, ha ezek a tényezők végeredményben nem befolyásolják az adott építési beruházás, áru vagy szolgáltatás tulajdonságait, feltéve, hogy kapcsolódnak a szerződés tárgyához [76. § (7) bekezdés], valamint annak értékéhez és céljaihoz képest arányosak.

(3) A műszaki leírásnak valamennyi gazdasági szereplő számára egyenlő hozzáférést kell lehetővé tennie, és nem lehet olyan hatása, amely indokolatlanul akadályozná a verseny biztosítását a közbeszerzés során.

(4) A műszaki leírás meghatározására és tartalmára vonatkozó részletes szabályokat külön jogszabály határozza meg.

Kbt. 69. § (1) Az ajánlatok és részvételi jelentkezések elbírálása során az ajánlatkérőnek meg kell vizsgálnia, hogy az ajánlatok, illetve részvételi jelentkezések megfelelnek-e a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek.

(2) Az ajánlatkérő köteles megállapítani, hogy mely ajánlat vagy részvételi jelentkezés érvénytelen, és hogy van-e olyan gazdasági szereplő, akit az eljárásból ki kell zárni. Az ajánlatkérő a bírálat során az alkalmassági követelmények, a kizáró okok és a 82. § (5) bekezdése szerinti kritériumok előzetes ellenőrzésére köteles az egységes európai közbeszerzési dokumentumba foglalt nyilatkozatot elfogadni, valamint minden egyéb tekintetben a részvételi jelentkezés és az ajánlat megfelelőségét ellenőrizni, szükség szerint a 71-72. § szerinti bírálati cselekményeket elvégezni. Az ajánlatkérő az egységes európai közbeszerzési dokumentum szerinti nyilatkozattal egyidejűleg - több szakaszból álló eljárásban a részvételi szakaszban - ellenőrzi a nyilatkozatban feltüntetett, a (11) bekezdés szerint elérhető adatbázisok adatait is.

Kbt. 73. § (1) Az ajánlat vagy a részvételi jelentkezés érvénytelen, ha

d) az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező nem felel meg a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelményeknek, vagy nem igazolta megfelelően a követelményeknek való megfelelést;

e) 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;

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)

46. § (2) A műszaki leírás tartalmazhatja különösen a környezetre és éghajlatra gyakorolt hatások szintjét, a valamennyi követelménynek - így különösen a fogyatékos emberek számára a szolgáltatásokhoz való egyenlő esélyű hozzáférés szempontjának - megfelelő

kialakításra, a teljesítményre, a biztonságra, és méretekre vonatkozó jellemzők meghatározását, ideértve a közbeszerzés tárgyára alkalmazandó, a terminológiára, a jelekre, a vizsgálatra és vizsgálati módszerekre, a csomagolásra, a jelölésre, a címkézésre, a használati utasításra, az áru, szolgáltatás vagy építmény teljes életciklusának egyes szakaszaiban alkalmazott gyártási folyamatokra és módszerekre vonatkozó követelményeket.

(2) A közbeszerzési műszaki leírást - az Európai Unió jogával összeegyeztethető kötelező műszaki szabályok sérelme nélkül - az ajánlatkérő választása szerint a következő módok valamelyikén kell meghatározni:

a) teljesítmény-, illetve funkcionális követelmények megadásával, ideértve a környezetvédelmi jellemzőket is,

b) építési beruházási munkák tervezése, számítása és kivitelezése, valamint a termék alkalmazása tekintetében az európai szabványokat, európai műszaki engedélyt, közös műszaki előírásokat, nemzetközi szabványokat, az európai szabványügyi szervezetek által létrehozott egyéb műszaki ajánlásokat átültető nemzeti szabványokra, vagy ezek hiányában nemzeti szabványokra, nemzeti műszaki engedélyre, illetve nemzeti műszaki előírásokra történő hivatkozással; vagy

c) az a) pont szerinti követelmények alapján, az e követelményeknek való megfelelés vélelmét biztosító, a b) pontban meghatározottakra történő hivatkozással; vagy

d) egyes jellemzők tekintetében a b) pontban meghatározottakra, más jellemzők tekintetében pedig az a) pontban meghatározott követelményekre történő hivatkozással.

(3) A szerződés tárgya által indokolt vagy jogszabályban meghatározott esetek kivételével a műszaki leírás nem hivatkozhat meghatározott gyártmányú vagy eredetű dologra, illetve konkrét eljárásra, amely egy adott gazdasági szereplő termékeit vagy az általa nyújtott szolgáltatásokat jellemzi, vagy védjegyre, szabadalomra, tevékenységre, személyre, típusra vagy adott származásra vagy gyártási folyamatra, ha az egyes gazdasági szereplők vagy termékek előnyben részesítéséhez vagy kizorításához vezetne. Az ilyen hivatkozás csak kivételes esetekben engedhető meg, ha nem lehetséges a szerződés tárgyának (2) bekezdés szerinti, kellően pontos és érthető leírása. Az ilyen megnevezés mellett a „vagy azzal egyenértékű” kifejezést kell szerepeltetni.

(4) A (2) bekezdés a) pontjára való hivatkozás esetén a követelményeket úgy kell meghatározni, hogy ezek kellően pontosak legyenek ahhoz, hogy lehetővé tegyék az ajánlattevők számára a szerződés tárgyának megállapítását, az ajánlatkérők számára pedig a szerződés odaítélését. Az említett pontra való hivatkozás esetén nem nyilvánítható érvénytelennek az ajánlat, amely megfelel valamely európai szabványt, európai műszaki engedélyt, közös műszaki előírásokat, nemzetközi szabványokat vagy valamely európai szabványügyi szervezet által létrehozott egyéb műszaki ajánlásokat átültető nemzeti szabványnak, ha ezek a leírások az ajánlatkérő által megállapított teljesítményre, illetve funkcionális követelményekre vonatkoznak. Az ajánlattevő ajánlatában megfelelő módon, bármely megfelelő eszközzel köteles bizonyítani, hogy a szabványnak megfelelő termék, szolgáltatás vagy építési beruházás megfelel az ajánlatkérő által meghatározott teljesítmény-, illetve funkcionális követelményeknek.

42. Az első kérelmi elem tekintetében a jogorvoslati kérelem alaptalan. A tényállásban is rögzítetteknek megfelelően a Hyppo Labor Kft. hiánypótlás keretében 2018. december 6. megküldött G1 18 02 80998 010 számú EC tanúsítványa 2023. március 17. napjáig érvényes. Így az ajánlatkérő jogszerűen állapította meg, hogy a Hyppo Labor Kft. a hivatkozott alkalmassági követelménynek megfelel. A kérelmező által a jogorvoslati eljárás során előadott azon hivatkozásának érdemi vizsgálatát, mely szerint az iratbetekintés során más tanúsítvány került bemutatásra, a Döntőbizottság mellőzte, hisz a jogorvoslati kérelme érdeme szempontjából relevanciával nem rendelkezett.

Fentiek alapján a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelem első elemét elutasította.

43. A jogorvoslati kérelem második eleme tekintetében abban kellett a Döntőbizottságnak állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő megsértette-e a Kbt. érvénytelenségre vonatkozó szabályozását akkor, mikor a Hyppo Labor Kft. által megajánlott dializátor eltérő membrán típusa miatt az ajánlat érvényessége mellett döntött. A jogorvoslati kérelem vizsgálatának alapkérdése, hogy a Döntőbizottság megvizsgálja, 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 kategorizálnia 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.

44. Mindez azért releváns kérdés, mert annak eldöntése, hogy az ajánlattevők által megajánlott termékek megfelelnek-e a beszerzési igénynek, a tekintetben azt kell megvizsgálni, hogy a műszaki leírásban meghatározott feltételeknek megfelel-e a megajánlott dializátor. Az ajánlatkérői kötöttségből következik ugyanakkor az is, hogy a műszaki leírásban meghatározott feltételekhez az ajánlatkérő kötve van, így utólag az ott meghatározott feltételektől nem térhet el. Jelen tényállási helyzetben az ajánlatkérő a Korm. rendelet 46. § (3) bekezdésének megtartásával meghatározott gyártmányú dializátort adott meg (Asahi Leoced 21 N), mely tekintetében meghatározott néhány követelményt is. Ezen követelmények a felület, membrán típus, UF képesség, sterilizálási mód, illetve az elvárt clearance értékek. A műszaki leírás szöveges része meghatározta, hogy a gamma irradiációjú dializátorok vonatkozásában a megjelölt felület mellett mi az elvárt clearance. A közbeszerzési dokumentumok, valamint az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás során tett beszerzési igényére vonatkozó nyilatkozatai figyelembe vételével, a Döntőbizottság akként értelmezte, hogy a műszaki leírásban ez az a teljesítménykövetelmény, mely meghatározza, hogy a megajánlott termék a műszaki leírásban foglalt feltételeknek megfelel-e vagy sem. Ennek megfelelően ez az az egyenértékűségi követelmény, figyelembe véve a Kbt. műszaki egyenértékűség fogalmát is, mely szempontból vizsgálható, hogy a membrán típusára meghatározott műszaki követelmény teljesíti-e a megajánlott membrán.

Ebből kifolyólag a kérelmező szerves kémiai szempontú, valamint eltérő kémiai szerkezetre stb. épülő jogorvoslati érvelése alaptalan, hisz a műszaki leírás szempontjából döntő műszaki egyenértékűség tekintetében az elvárt clearance érték az, mint meghatározó mérhető műszaki paraméter (mint teljesítményadat). E tekintetben pedig a megajánlott termék a műszaki leírásban meghatározottakkal egyenértékűnek minősül.

Fentiek alapján a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelem második elemét is elutasította.

45. A jogorvoslati kérelem harmadik eleme tekintetében a második kérelmi elem vonatkozásában a műszaki leírásra, és a műszaki egyenértékűségre vonatkozó érvelést ezen kérelmi elemnél is irányadónak tekinti a Döntőbizottság.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a „high-flux” UF szűrőképesség hatékonyabb, erősebb szűrőképességgel bír, ami értelemszerűen teljesíti és meg is haladja a műszaki követelmények között szereplő clarence értéket, így ennek megfelelően az egyenértékűség fennáll. Ennek megfelelően az ajánlatkérő jogszerűen döntött az ajánlat érvényességéről, s a megajánlott termék a műszaki leírásban meghatározott követelményeknek megfelel.

Fentiek alapján a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelem harmadik elemét is elutasította.

46. Fentiek alapján a Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján az alaptalan jogorvoslati kérelmet elutasította.

47. 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.

48. 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, 2019. február 28.

Dr. Hunya István sk
közbeszerzési biztos
a tanács elnöke

Gulyás Richárd sk
közbeszerzési biztos

Dr. Kéri Krisztina sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
közzolgálati ügykezelő

Kapják:

1. Ajánlatkérő jogi képviselője
2. Kérelmező jogi képviselője