



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG
1026 Budapest, Riadó u. 5.
Tel.: 06-1/882-8594
Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Iktatószám: D.432/11/2019.

A tanács tagjai: Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Gulyás Richárd közbeszerzési biztos, Dr. Horváth Éva közbeszerzési biztos

A kérelmező: Medline Kft.
(Budaörs, Petőfi S. u. 60.)
A kérelmező képviselője: Dr. Barna Orsolya ügyvéd
(Budapest, Bognár u. 6/B.)

Az ajánlatkérő: Fejér Megyei Szent György Egyetemi Oktató
Kórház
(Székesfehérvár, Seregélyesi út 3.)

Az ajánlatkérő képviselője: Ész-Ker Zrt.
(Budapest, Pasaréti út 83.)
Bartalis Irén és Lak Vilmos
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadók

A közbeszerzés tárgya, értéke: Egyszerhasználatos varrógépek és klippek beszerzése - 5. rész 1.773.080.-Ft, 7. rész 2.047.458.-Ft, EKR000056412019

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság a jogorvoslati kérelmet elutasítja.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerinti összefoglaló tájékoztatás közzétételével közbeszerzési eljárást indított. Az ajánlatkérő az eljárás ajánlattételi felhívását az összefoglaló tájékoztatásra érdeklődésüket jelző gazdasági szereplőknek 2019. február 4-én küldte meg.

2. Az eljárás teljes becsült értéke 15.481.265.-Ft volt, az 5. rész becsült értéke 1.773.080.-Ft, míg a 7. rész becsült értéke 2.047.458.-Ft-ban került megállapításra.

Az ajánlatkérő az ajánlati felhívás II.1.4) pontjában a közbeszerzés mennyiségét az alábbiakban határozta meg:

5. rész: Titán ötvözetű klipp

Beszerzés mennyisége: 4560 darab

7. rész: Poliamid alapanyagú klipp

Beszerzés mennyisége: 2436 darab

A nyertes ajánlattevőnek a szerződés végéig biztosítania kell az ajánlatában szereplő egységárakon történő szállítást.

Az ajánlatkérő lehetővé tette a részajánlattételt, az ajánlattételi határidő 2019. április 16. napja volt.

3. A felhívás V.2) pontjában az ajánlatkérő előírta az alábbiakat:

„1. Ajánlattevőnek ajánlata részeként be kell nyújtania a közbeszerzési dokumentumok részét képező műszaki leírásban a sorszámozásnál * jelölt (a csillaggal jelölt) sorok vonatkozásában (ártáblázat) meghatározott minőségű és számú termékek mintapéldányait. A mintapéldányokon fel kell tüntetni az eljárás részének a számát a beazonosításhoz. A termékminták benyújtásának határideje a felhívás IV.2.2. pontjában foglaltak szerint.

Az ajánlat részeként benyújtandó a mintapéldány, ajánlattevő nyilatkozata a kockázati osztályba sorolásról, a magyar nyelvű gyártói megfelelőségi nyilatkozat, valamint a magyar nyelvű gyártói katalógus, továbbá a magasabb kockázati osztályba sorolt termékek esetében: magyar nyelvű gyártói megfelelőségi nyilatkozat és CE tanúsítvány.”

4. Az ajánlatkérő dokumentációt is készített, amely tartalmazta az útmutatót, a műszaki leírást, a szerződés-tervezetet, valamint a nyilatkozatmintákat. Az ajánlatkérő részletes műszaki specifikációt a közbeszerzési dokumentumok mellékleteként bocsátotta rendelkezésre.

A dokumentáció 7. számú melléklete tartalmazta az alábbiakat:

„Valamennyi rész vonatkozásában: Az egyedi csomagolás feliratozása a termékazonosító adatokat szabványos, jól látható, olvasható formában tartalmazza az orvostechikai eszközökről szóló 4/2009. (III. 17.) EÜM rendelet szerint. A megajánlott termékeknek az ajánlat beadásának időpontjában rendelkezniük kell I. kockázati osztályba sorolt termékek esetében: magyar nyelvű gyártói megfelelőségi nyilatkozattal, magasabb kockázati osztályba sorolt termékek esetében: magyar nyelvű gyártói megfelelőségi nyilatkozattal és CE tanúsítvánnyal, amelyeket Ajánlattevő csatoljon ajánlatához. Nyertes ajánlattevő kötelessége a szerződés teljes időtartama alatt érvényes forgalomba hozatalhoz előírt magyar nyelvű engedélyekkel, minőségi tanúsítványokkal rendelkező termék szállítása. Az ajánlathoz csatolt nyilatkozatokra, tanúsítványokra rá kell írni az ajánlati rész számát a beazonosításhoz. Ajánlatkérő az ajánlathoz magyar nyelvű gyártói katalógus becsatolását kéri vagy gyártói termékleírást (prospektust), amely tartalmazza a dokumentációban megadott műszaki adatokat és szakmai igényeknek való megfelelőséget. A gyártói katalógus adatai alapján megállapítható legyen, hogy az adott termék megfelel a meghatározott paramétereknek és előírásoknak. Az ajánlathoz csatolt termékleírásokra, gyártói katalógusra rá kell írni az ajánlati rész számát a beazonosításhoz. Ajánlattevő ajánlatában csatolja az ajánlati ártáblát kitöltve azon részek vonatkozásában, melyre ajánlatot kíván adni cégszerűen aláírva. A kitöltött ártáblát az ajánlat részeként, .pdf és szerkeszthető (.xls) formában is szükséges

benyújtani! Az ártáblázatban kötelező megadni a termék gyártóját, megnevezését, a megajánlott termék jellemzőit és kisserelését, valamint, ha van katalógus- vagy cikkszámát. Ajánlattevő ajánlatában csatolja cégszerűen aláírt nyilatkozatát arra vonatkozóan, hogy tárgyi közbeszerzési eljárásban megajánlott termék mely kockázati osztályba tartozik valamennyi rész vonatkozásában az orvostechikai eszközökről szóló 4/2009. (III. 17.) EÜM rendelet 12. § (1) bekezdése alapján. Ajánlattevőnek ajánlatához csatolnia kell a Közbeszerzési dokumentáció részét képező műszaki leírásban (ártáblázat) meghatározott minőségű és számú termékek mintapéldányait valamennyi rész vonatkozásában. A mintapéldányokon fel kell tüntetni az eljárás részének a számát a beazonosításhoz. Az árak a szerződés időtartamára érvényesek. A steril cikkek a leszállításkor(teljesítéskor) legalább két év sterilitással rendelkezzenek. A részletes műszaki leírás a közbeszerzési dokumentumok mellékleteként külön dokumentumban (Excel-táblázatban) kerül kiadásra! A dokumentációban közölt leírások bármelyike meghatározott eredetű, típusú dologra, eljárásra, tevékenységre, személyre, illetve szabadalomra, vagy védjegyre való hivatkozást tartalmaz, úgy ezt kizárólag a közbeszerzés tárgyának, vagy annak valamely elemének egyértelmű és közérthető meghatározása tette szükségessé, és a megnevezés csak a tárgy jellegének egyértelmű meghatározása érdekében történt. Az ajánlatkérő bármely a leírásban meghatározott termékkel műszakilag, esztétikailag, és minőségileg egyenértékű, a leírásban hivatkozott termékkel felhasználhatóságában, használhatóságában, kezelhetőségében, rendeltetésében és tartósságában egyenértékű, más gyártású termék szállítást és/vagy felhasználást is elfogadja akkor is, ha a 321/2015. (X. 30.) Korm. r. 46. § (3) bekezdésében előírt „vagy azzal egyenértékű” kifejezés bármely okból az adott helyen nem került feltüntetésre. A közbeszerzési dokumentumok részét képező ártáblázatban foglalt termékek szerinti benyújtandó mintapéldányok darabszámának meghatározása: az ártáblázatban csillaggal jelölt tételekből 1 db minta benyújtása szükséges, a klippek esetében 1 csomag legkisebb kisserelésből.

„6.6. A mintapéldányok vizsgálatának módszere:

A minták vizsgálata során ajánlatkérő jegyzőkönyvben rögzíti a tapasztaltakat. A mintákat ajánlatkérő összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval. Ajánlattevőnek csatolnia kell a Közbeszerzési Dokumentumok mellékletét képező műszaki specifikációban (ártábla) meghatározott minőségű és számú termékek mintapéldányait valamennyi rész vonatkozásában a műszaki leírásban meghatározott példányban, zárt és sértetlen csomagolásban, közvetlenül vagy postai úton az eljárás tárgyának megjelölésével alábbi címre és az alábbiakban meghatározott határidőre:

A mintapéldányokon fel kell tüntetni az eljárás részének a számát.

A mintapéldányok vizsgálatának módszere:

A minták vizsgálata során ajánlatkérő jegyzőkönyvben rögzíti a tapasztaltakat.

A mintákat ajánlatkérő összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval, Ajánlatkérő által az kerül ellenőrzésre, hogy a megajánlott termékek megfelelnek-e a felhívásban, illetve az ártáblázatban foglalt műszaki előírásoknak.

Amennyiben a termékminta vizsgálata során megállapítást nyer, hogy a termék az ajánlatkérő által meghatározott bármely műszaki követelménynek nem felel meg, az az ajánlat érvénytelenségét eredményezi.

Ajánlatkérő biztosítja azt, hogy a mintapéldányok vizsgálata során a kipróbáló felelős szervezeti egységnek, illetve személyeknek ne legyen tudomásuk arról, hogy melyik minta melyik ajánlattevőtől származik. A vizsgálat során a jegyzőkönyvvezető adja át a csomagolásból kivett terméket a vizsgáló személynek, aki így az ajánlattevő ismerete nélkül vizsgálja meg a benyújtott mintapéldányt. A jegyzőkönyvvezető kizárólag adminisztratív feladatokat lát el, nem vesz részt a minta értékelésében, csak a vizsgáló személy észrevételeit jegyzeteli le.

Ajánlatkérő felhívja Ajánlattevők figyelmét, hogy a mintapéldányok az esetben megfelelőek valamennyi ajánlati rész vonatkozásában, ha a műszaki specifikációban előírt minimumfeltételek teljesülnek a benyújtott minták tulajdonságainak ellenőrzése során. Ajánlatkérő felhívja Ajánlattevők figyelmét, hogy az ajánlat érvénytelenségét eredményezi, ha bármely, a műszaki specifikációban előírt feltétel nem teljesül az előbbieken leírt vizsgálat során.”

A dokumentáció 5. KÖTET MŰSZAKI LEÍRÁS része tartalmazta az alábbiakat: (részét képezi a külön mellékletben csatolt .xls. formátumú ártáblázat is)

„Ajánlatkérő a benyújtott klipp minták kipróbálásához klipprakó biztosítását kéri, (5., 6., 7., részek tekintetében) ebben az esetben a használt klipprakók biztosítása is elfogadott, melyeket az összegezés megküldését megelőzően valamennyi ajánlattevő részére visszaszolgáltattunk.

Ajánlatkérő a rendeltetésszerű használat során (kipróbálás) történő amortizációért nem felel, a kipróbálásért ellenértéket nem fizet.

Ajánlatkérő csak a minták kipróbálásához fogad el használt klipprakót, a nyertes ajánlattevőnek a szerződés teljesítése során új klipprakót kell biztosítania.

A mintapéldányok ellenőrzésének módszere:

Az ártáblázatban támasztott előírások vizsgálata: A termékek vizsgálatát szakképzett, több évtizedes szakmai gyakorlattal rendelkező orvosok és műtősnők végzik, akik a mindennapi munkájuk során szerzett nagy tapasztalattal rendelkeznek. A benyújtott mintákat, termékleírásokat, tanúsítványokat az anonimitás megtartásával a vizsgálatra kijelölt orvosok és műtősnők megtekintik és az összes elvárt műszaki, minőségi feltételnek való megfelelés megletétét, illetve hiányát ellenőrzik, dokumentálják és a Jegyzőkönyvvezető által írásban rögzítik.”

Az Excel ártáblázat előírásai:

5. rész

Titán klipp

Speciális titánium ötvözetű, barázdált belső felszínű (tökéletes zárast biztosító) klipp középnagy /4-5 mm/ érképletek ellátására. Formája kiküszöböli a vágóeffektust, belső felület kiképzése lehetővé teszi a csonk mikrocirkulációját, MRI kompatibilis. Ajánlatkérő három öt darab klipprakó kihelyezését kéri a szerződés idejére.

7. rész

1. Polyamid klipp

Polyamid, nem felszívódó összezáródó klip, duplán megerősített intelligens könyökkel, szövetbarát, MRI-CT-RTG kompatibilis L méretű Szövetátfogóképesség 5-13 mm-ig. Ajánlatkérő két darab klipprakó kihelyezését kéri a szerződés idejére.

2. Polyamid klipp

Polyamid, nem felszívódó összezáródó klip, duplán megerősített intelligens könyökkel, szövetbarát, MRI-CT-RTG kompatibilis XL méretű Szövetátfogóképessége:7-16 mm-ig. Ajánlatkérő két darab klipprakó kihelyezését kéri a szerződés idejére.

5. Az eljárás során sor került kiegészítő tájékoztatásra, a kérelmező 2019. február 21. napján küldött kiegészítő tájékoztatás kérését az ajánlatkérő az alábbiak szerint válaszolta meg:

A kérelmező kérdése az volt, hogy a 7. rész Polyamid alapanyagú klipek esetében ajánlatkérő miért tartja szükségesnek mind a két sorra mintát adni, mikor a két sorban meghirdetett polyamid klipek között csak méretbeli különbség van. 1.tétel termékleírásánál L méret, 2.tétel termékleírásánál XL méret van megadva. Szerkezetben, anyagban, használatban nincs különbség. Kérte az ajánlatkérőt, hogy engedje meg, hogy a 7. rész esetében egy termékmintát adjon be. Az ajánlatkérő válasza alapján a 7. rész esetében a 7/1-es sor tekintetében kér minta becsatolást. Az ártáblázatban a módosítást átvezette.

A kérelmező másik megjegyzése szerint az ajánlatkérő meghatározta a specifikációs ártáblázat 7. rész termékleírásában, hogy a szerződéskötés időtartamára, nyertes ajánlattevő két laparoskópos klipprakó kihelyezését kéri (megjegyzés: ezek igen drága eszközök). A kérelmező kérdése, hogy a mintának bekért klipek kipróbálását (polyamid és titán), szakmai alkalmasságát az ajánlatkérő milyen módon kívánja vizsgálni, ugyanis a jelenleg ajánlatkérőnél használatban lévő klipprakók nem lehetnek kompatibilisek más ajánlatot adók klipjeivel. Ebben az esetben felmerül, hogy az ajánlatkérő csak attól a cégtől kíván vásárolni klipeket melyek klipjeit most is használja, ami erősen versenykorlátozó hatással bír. Az ajánlatkérő válasza szerint a benyújtott klipp minták kipróbálásához kilipprakó biztosítását kéri, (5., 6., 7., részek tekintetében) ebben az esetben használt klipprakók biztosítása is elfogadott, amelyet ajánlattevőknek az eljárás befejezése után visszaszolgált. A dokumentációban (Műszaki leírás) a módosítást átvezette.

6. Az ajánlatok bontására 2019. április 16-án került sor, az 5. és 7. részre a CPP-Budapest Kft., valamint a kérelmező nyújtottak be ajánlatot.

A kérelmező az ajánlatában a Welfare Medical Wel-Lok Ligating Clips, WML-320 klipet 120 db/dobozos kiszerelesben, valamint a Welfare Medical Polymer Ligating Clips WM-PC240, továbbá a Welfare Medical Polymer Ligating Clips WM-PC250 termékeket ajánlotta meg, mindkettőt 84 db/dobozos kiszerelesben.

7. Az eljárás során az ajánlatkérő megvizsgálta a benyújtott mintákat és valamennyi részre vonatkozóan megállapítást tett, melyeket jegyzőkönyvben rögzített:

„Az 5. rész mintáival kapcsolatban kipróbálás után a minősítésünk: – a Horizon (TF-003200) ligációs klipet illetően kiváló, – WelfareMedicalWel-LokLigatingClips, WML-320 klip nem

zár mindig párhuzamosan, így nem teljesül a specifikációban előírt „tökéletes zárás biztosítása”, amely a biztonságos betegellátást veszélyezteti.

A 7. részre megajánlott klip minta a könyök megerősítésnél törik, felhasználásra nem alkalmas a biztonságos betegellátást veszélyezteti. A minimum feltételben megadott”duplán megerősített intelligens könyökkel” tulajdonság nem teljesül.”

8. Az ajánlatkérő közbenső döntésében 2019. augusztus 5-én tájékoztatta a kérelmezőt, hogy ajánlata az 5., valamint a 7. részek vonatkozásában a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen. Az indokolás szerint a minta kipróbálása során megállapításra került, hogy a megajánlott termék a kiírásnak szakmai szempontból nem felel meg, mivel a WelfareMedicalWel-LokLigatingClips, WML-320 klip nem zár mindig párhuzamosan, így nem teljesül a specifikációban előírt „tökéletes zárás biztosítása”, amely a biztonságos betegellátást veszélyezteti.

A minták kipróbálása során megállapításra került, hogy a megajánlott termék a kiírásnak szakmai szempontból nem felel meg, mivel a megajánlott klip minta a könyök megerősítésnél törik, felhasználásra nem alkalmas a biztonságos betegellátást veszélyezteti. A minimum feltételben megadott” duplán megerősített intelligens könyökkel” tulajdonság nem teljesül.

9. A kérelmező 2019. augusztus 8-án előzetes vitarendezési kérelmet terjesztett elő, melyben kifogásolta az ajánlata érvénytelenségének megállapítását és a jogorvoslati kérelmében megjelölt alapelvek megsértésére hivatkozott, melyre ajánlatkérő 2019. augusztus 12-én adta meg elutasító válaszát.

A jogorvoslati kérelem

10. A kérelmező a Döntőbizottsághoz 2019. augusztus 26. napján érkezett kérelmében kérte jogsértés megtörténének a megállapítását és az ajánlata érvényességének megállapítását az 5. és 7. rész vonatkozásában. Kérte továbbá, hogy a Döntőbizottság utasítsa az ajánlatkérőt az ajánlatának érvénytelenségét kimondó döntés megsemmisítésére, az érvénytelenségről való értesítés óta foganatosított eljárási cselekmények visszavonására, és az így érvényesnek minősített ajánlata figyelembe vételével az eljárás megismétlésére. Kérte az ajánlatkérőt a képvisellel felmerült költségei megfizetésére kötelezni.

Előadta, hogy az ajánlatkérő eljárása során megsértette a Kbt. 2. § (2) és (3) bekezdéseit, tekintettel arra, hogy a benyújtott mintapéldányok vizsgálatához a közbeszerzési dokumentumokban meg nem jelölt, ki nem fejtett módszert alkalmazott, így nem volt összehasonlítható az egyes ajánlattevők által benyújtott mintapéldányok vizsgálata, teret engedve ezzel a részrehajló bírálatnak. Megsértette továbbá a Kbt. 2. § (4) bekezdését, mert a kérelmező ajánlatának jogellenes érvénytelenítésével egy, az övéénél jelentősen drágább terméket vásárolna meg. Az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 73. §-át is, tekintettel arra, hogy a kérelmező ajánlatát az ajánlatkérő jogellenesen érvénytelennek minősítette.

A kérelmező jogorvoslati kérelmében részletesen kifejtette és ismertette az előzményeket, előírásokat és az előzetes vitarendezési kérelemben foglalt álláspontokat. Hangsúlyozta, hogy az ajánlatkérő megfogalmazott véleménye nem releváns sem az előzetes vitarendezési kérelem, sem jelen jogorvoslati eljárás vonatkozásában. Kiemelte, hogy nem vitatta azt, hogy a termékeket ajánlatkérő mintapéldányok útján meg kívánja vizsgálni és a mintapéldányok megvizsgálásának a közbeszerzési dokumentumokban leírt „módszertanát” sem vitatta.

11. Azt tartotta sérelmesnek, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban le nem írt tesztelési eljárást, módszert alkalmazott, amely - többek között ismeretlensége, és részletesen ki nem bontottsága miatt is - alkalmas arra, hogy jogszerűtlenül, és akár részrehajlóan befolyásolja az ajánlatok sorrendjét, és ezzel az ajánlatban nyertes személyét.

12. A kérelmező első kérelmi elemében az 5. részre vonatkozó ajánlatkérői döntést tartotta jogsértőnek, melyre a Welfare Medical Wel-Lok Ligating Clips, WML-320 klipet ajánlotta meg 120 db/dobozos kiszerezésben.

Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban nem fejtette ki részletesen, hogy az ajánlattevők által benyújtott termékmintákat milyen szempontok szerint, és hogyan vizsgálja meg, mindössze annyit fektetett le, hogy „a mintákat ajánlatkérő összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval, Ajánlatkérő által az kerül ellenőrzésre, hogy a megajánlott termékek megfelelnek-e a felhívásban, illetve az ártáblázatban foglalt műszaki előírásoknak”, valamint a „benyújtott mintákat, termékleírásokat, tanúsítványokat az anonimitás megtartásával a vizsgálatra kijelölt orvosok és műtősnők megtekintik és az összes elvárt műszaki, minőségi feltételnek való megfelelés megletét, illetve hiányát ellenőrzik, dokumentálják és a Jegyzőkönyvvezető által írásban rögzítik.”.

Annak rögzítése a műszaki leírásban az eljárás módosítása során, hogy Ajánlatkérő a benyújtott klipp minták kipróbálásához klipprakó biztosítását kéri (használt, vagy új) nem bír jelentőséggel a mintapéldányok tesztelése vonatkozásában, mert nem fejtette ki, hogy ezek segítségével hogyan, miként milyen keretek között történt volna ez a kipróbálás.

Éppúgy nem releváns azon tájékoztatás sem, hogy a klipprakók esetén „Ajánlatkérő a rendeltetésszerű használat során (kipróbálás) történő amortizációért nem felel, a kipróbálásért ellenértéket nem fizet”, mert a „rendeltetésszerű használat” a termékek „éles” használata, élő emberen műtét közben lett volna, de ilyen nyilvánvalóan nem történt, és nem is történhetett, mert erre vonatkozó leírást a közbeszerzési dokumentumok szintén nem tartalmaznak.

A kérelmező álláspontja szerint a termékminták tökéletesen, és maradéktalanul megfeleltek a közbeszerzési dokumentumokban foglaltaknak. Hangsúlyozta, hogy az ajánlatkérő a bírálat során csak olyan szempontokat vehet figyelembe, amelyeket a közbeszerzési dokumentumokban előírt, és azokat csak olyan módszerekkel vizsgálhatja, amelyeket a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott.

A kérelmező által benyújtott ajánlat, és a termék tulajdonságai szerint az teljes mértékben megfelel a közbeszerzési dokumentumokban foglaltaknak, amiről ajánlatkérő is megbizonyosodhatott volna, ha jogszerűen bármilyen módon valóban elvégezte volna a termékek vizsgálatát. Kérelmező nem lehet biztos abban, hogy valamilyen tesztet valóban elvégeztek, mert az arról szóló jegyzőkönyvet - ha létezik - nem kapta meg.

Miután az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban nem írta le részletesen a vizsgálat módszertanát, így a mintapéldányok vizsgálata legfeljebb arra terjedhetett volna ki, amit a közbeszerzési dokumentumok valóban tartalmaznak: „a mintákat ajánlatkérő összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval”, valamint „a benyújtott mintákat, termékleírásokat, tanúsítványokat az anonimitás megtartásával a vizsgálatra kijelölt orvosok és műtősnők megtekintik és az összes elvárt műszaki, minőségi feltételnek való megfelelés

meglétét, illetve hiányát ellenőrzik, dokumentálják és a Jegyzőkönyvvezető által írásban rögzítik.”.

Az ennek megfelelően jogszerűen - legfeljebb szemrevételezéssel, összehasonlítással - elvégzett teszt eredménye kétséget kizáróan az lett volna, hogy a kérelmező által megajánlott termék megfelelő. Fizikai vizsgálatot a kiírás nem tett lehetővé, így az állítólagos nem megfelelés jogszerűen nem is alátámasztható, utólag a kiírásban nem szereplő vizsgálati módszertan nem alkalmazható, ráadásul feltéve, de nem elfogadva, hogy fizikailag is megvizsgálásra kerülhettek volna a mintapéldányok a vizuális vizsgálaton túl, az nyilvánvalóan nem lett volna a rendeltetésszerű használat körébe eső vizsgálat, mivel az csak éles műtéti körülmények között lenne lehetséges.

Ajánlatkérő tehát jogszerűen nem végezhetett olyan vizsgálatot, amelyik azt eredményezhette volna bármi módon is, hogy a „minta ... nem zár mindig párhuzamosan”, mert a közbeszerzési dokumentumok nem tartalmazznak ilyen tesztre utaló leírást.

Miután a közbeszerzési dokumentumokban a mintapéldányok vizsgálatának menete nem került részletesen megfogalmazásra, az ajánlatkérő bármilyen gyakorlati tesztelést legfeljebb a mintapéldányok „éles” használata során, élő emberen műtét közben foganatosíthatott volna, ennek hiányában nem terjeszkedhetett túl a szemrevételezésen, tehát a vizuális vizsgálaton, és a dokumentumok összevetésén.

Ennek kapcsán hivatkozott a Bizottság contra Franciaország ügyre, ahol a Bíróság rögzítette, hogy az egyenlő bánásmód elve értelmében a közbeszerzési szerződés tárgyát és odaítélési szempontjait világosan kell meghatározni. A Bíróság ugyancsak megállapította több más ügy kapcsán is, hogy az egyenlő elbánás elve magában foglalja az átláthatóság követelményét és kötelezettségét is, amely eszközül szolgál annak ellenőrzéséhez, hogy az ajánlatkérő szerv az egyenlő elbánás elvének megfelelően jár-e el. Ennek kapcsán kiemelkedő jelentőségű az Embassy Limousine and Services ügyben a Törvényszék megállapította, hogy az átláthatóság elve magában foglalja az ajánlatkérő szerv azon kötelezettségét, hogy azonnali és pontos információt szolgáltatson a közbeszerzési szerződés odaítélési eljárásról.

Álláspontja szerint az ajánlatkérő jelen ügyben megsértette ezen kötelezettségét, mivel olyan érvénytelenségi okot állapított meg, amelyre a saját maga által megállapított odaítélési eljárás alapján nem lett volna lehetősége, több okból sem.

Hangsúlyozta, amennyiben történt kipróbálás, tesztelés, akkor az azon jelen lévő, a jegyzőkönyvet aláírásukkal is ellátó személyeket a polgári, és a büntetőjog szerint is felelősség terheli a jegyzőkönyvben foglalt - esetlegesen - valótlan állítások tanúsítása miatt.

Felhívta a figyelmet arra, hogy a megajánlott eszköz egészségügyi termékként szigorú engedélyezési folyamaton ment át mind a gyártó országában, mind Magyarországon, és ezeknek való megfelelés hiányában nem kerülhetett volna forgalomba. Miután a megajánlott termékek kockázati besorolása II.b., ezért a kérelmező ajánlatában csatolta azok CE tanúsítványát, ami közhitelesen igazolja, hogy azok megfelelnek az előírásoknak. Az ajánlatkérő nem vizsgálhatja felül egy CE tanúsítvány tartalmát, mert arra jogosultsága nincs, amint azt nemcsak a Döntőbizottság, de az Európai Bíróság is egyértelműen megállapította már határozataiban.

Az Európai Bíróság joggyakorlata már csak azért is meghatározó jelen esetben, mert kifejezetten orvostechikai eszközök vonatkozásában mondta ki (Bizottság contra Görögország, vagy pl. a Medicap-ügyben is) azt a következetesen képviselt, és a

Döntőbizottság számára is alkalmazandó álláspontját, amelynek értelmében „amennyiben az ajánlatban szereplő termék megfelel a műszaki leírásban szereplő szabványnak, és erről megfelelő igazolással, hitelesítéssel rendelkezik, úgy az adott termékről vélelmezni kell, hogy az előírt szabványnak valóban megfelel.”

Az EuB ennek kapcsán következetesen kimondta, hogy a CE-megfeleléssel rendelkező eszközök minden, a vonatkozó irányelv által rögzített megfelelőségi és biztonsági követelménynek megfelelnek, így ennek megkérdőjelezése egy közbeszerzési eljárásban jogszerűen nem lehetséges, mivel a CE-tanúsítványban foglaltaknak való megfelelés ellenbizonyítása nem lehet tárgya egy közbeszerzési eljárásnak, arra kizárólag szabványügyi eljárás keretében van lehetőség, átfogó bizonyítékok alapján. Ennek kapcsán az EuB úgy fogalmazott, hogy ha „közvetlenül az ajánlatkérő maga dönthetne arról, hogy az adott áru jogszerűen rendelkezik-e CE-tanúsítvánnyal, az felvetné az ajánlatkérői önkény lehetőségét, így az egyenlő bánásmód és az átláthatóság elvébe ütközne” (C-6/05. 53. 55.).

Fentiekben leírtakat alátámasztandóan előadta, hogy az általa megajánlott Welfare Medical Wel-Lok Ligating Clips, WML-320 klipet számos egészségügyi intézménynek szállítja, amelyekben az ajánlatkérő leírt valótlan hibák nem fordultak elő. A jogorvoslati kérelméhez mellékelt dokumentumban (*Welfare klipfelhasználás- 190101-190808*) közölte néhány szerződéses partner adatát referenciaként, valamint referenciaigazolást is csatolt állításainak valóságtartalmának alátámasztására.

Fentiek bizonyítják, hogy az ajánlatkérő állítása a termék nem megfelelőségéről valótlan, mivel partnerei maradéktalanul, évek óta történő rendeltetésszerű, folyamatos használat mellett bizonyítják a termékek megfelelőségét, hibamentességét. Szükség esetén ezen partnerek referenciaigazolásokkal támasztják alá állításait.

A kérelmező részletesen kitért az előzetes vitarendezési kérelmében és az ajánlatkérő arra adott válaszaiban foglaltakra. E körben ismertette, hogy álláspontja szerint az előzetes vitarendezési kérelme nem késett el és hangsúlyozta, hogy nem vitatta a termékek kipróbálásának szükségességét, és azt sem, hogy a közbeszerzési dokumentumok tartalmazzanak a mintapéldányok vizsgálatára utaló részeket, valamint nem vitatta a közbeszerzési dokumentumok tartalmát, ezért az előzetes vitarendezési kérelem nem lehet elkésett, mert az eljárási cselekmény jogszerűségét érinti, és nem a közbeszerzési dokumentumok tartalmát. A kérelmező a közbeszerzési dokumentumokban le nem fektetett, de a vizsgálat során alkalmazott módszert, és annak eredményét vitatta. Mivel a kérelmező elfogadta volna a mintapéldányok tesztelésének ajánlatkérő által meghatározott módszerét, ezért nem látta szükségét ezen területen kiegészítő tájékoztatás kérés benyújtásának. A kérelmező által kért kiegészítő tájékoztatás, amely a mintapéldányra irányult - kliprakó szükségessége - nem a módszert kérdőjelezte meg.

A kérelmező álláspontja szerint az, hogy az ajánlatkérő közvetetten - kliprakó biztosításának igényével - utal a termékek kipróbálására, nem jelenti azt, hogy előírta a kipróbálást, és lefektette annak kereteit.

A kérelmező a kipróbálás menetét, a vizsgálat részletezettségét egy példán keresztül mutatta be, hangsúlyozva, hogy egy ilyen kidolgozottságú eljárásrendet tudott volna elfogadni.

„Az ajánlat érvényességének megállapítása során végzett tesztelés a műszaki megfelelési nyilatkozatban foglaltak szerinti vizsgálatára irányul független szakértő jelenlétében, ha akarja, biztosítva azon az ajánlattevők jelenlétét is.

Az ajánlatkérő az ajánlat érvényességének megállapítása során végzett tesztelést várhatóan egy munkanap alatt végzi el. Az ajánlattevők saját döntésük alapján részt vehetnek a saját termékük tesztelésén. A pontos tesztidőpontokat az ajánlatkérő x munkanappal korábban megadja az ajánlattevőnek. A tesztelés várható ideje körülbelül x órát vesz igénybe. Amennyiben x órán belül a tesztelés jegyzőkönyvvel történő lezárása nem sikerül, akkor az addigi, az ajánlat érvényességének megállapítása során végzett tesztelés jegyzőkönyvvezve lezárásra kerül és az ajánlatkérő új időpontot határoz meg annak befejezésére.

A termékek tesztelése a műszaki leírás xx pontjában ismertetett módon történik, az alábbiak szerint:

1. Vizsgálat a műszaki megfeleléségi nyilatkozat és gyártói nyilatkozat alapján

A gyakorlati tesztelést megelőzően a termékek műszaki leírás szerinti fizikai paraméterei ellenőrzésre kerülnek a benyújtott műszaki dokumentumok alapján. A műszaki megfeleléségi nyilatkozat és gyártói nyilatkozat tartalmazzák legalább a következőket.

- xx (műszaki jellemzők részletes leírása)

Az ajánlat érvényességének megállapítása során végzett tesztelésen csak azok a termékek felelhetnek meg, amelyek a fenti követelmények szerint megfelelnek a műszaki leírásban meghatározottaknak.

2. Az ajánlat érvényességének megállapítása során végzett tesztelés elemei:

A tesztelés az ajánlatkérő által kialakított teszt környezetben kerül lebonyolításra. A tesztkörnyezet beállításai az ajánlatkérőnél jelenleg használt eszközöknek, és körülményeknek felelnek meg. A klipek xx típusú anyagra kerülnek felhelyezésre klipenként egy próbálkozással.

- eredeti csomagolásból kezelő személyzet által az ajánlattevő által biztosított kliprakóba behelyezésre kerül a tesztelendő termék, a tesztelés a termék helyes pozícióba állásától indul.
- a műszaki leírás szerint felhelyezésre kerül xx db klip
- a tesztelést végzők által a felhelyezett klipek megtekintésre kerülnek, amelynek során ellenőrzik, hogy a klipek a műszaki leírásnak megfelelő paraméterekkel a gyakorlati használat során is rendelkeznek-e
- eredeti csomagolásból kezelő személyzet által az ajánlattevő által biztosított kliprakóba behelyezésre kerül a tesztelendő termék egy újabb, másik példánya, a tesztelés a termék helyes pozícióba állásától indul.
- a műszaki leírás szerint ismét felhelyezésre kerül xx db klip

A fentiekben bemutatott tesztelési technológia mellett az ajánlatkérő elvárja, hogy a mintapéldányok minden darabja megfeleljen a műszaki leírásnak. Amennyiben a tesztelés során bebizonyosodik, hogy ez a követelmény nem teljesül a vizsgálat körébe vont összesen xx darab klip xx db klipet meghaladóan, akkor az ajánlat érvénytelen.

Az ajánlatkérő kifejezetten hangsúlyozza, hogy az ajánlat érvényességének megállapítása érdekében végzett tesztelés során a vizsgálati körülmények átalakítását, és a kliprakó cseréjét nem teszi lehetővé.

Amennyiben a tesztelés eredményeként az ajánlat érvénytelennek minősül, és ez az ajánlattevő által biztosított kliprakó hibájából, hiányosságából eredeztethető annak hátrányát az ajánlattevő köteles viselni, és nem igényelheti a vizsgálat kliprakó cseréjével történő megismétlését sem.”

A tesztelés menete részletes leírásának, és az ajánlattevő jelenlétének hiányában az egyes ajánlattevő mintapéldányainak tesztelése - ha megtörténik egyáltalán - eltérő körülmények között is történhet. Példának okáért a kedvezni kívánt ajánlattevő mintapéldányából az ajánlatkérő egy darabot feltesz egy vékony hártýára próbaképpen, a többi ajánlattevő mintapéldányait pedig több réteg, vastag anyagra helyezi fel, addig próbálgatva, amíg valamilyen módon az egyik eltörik, és utána jegyzőkönyvben rögzíti, hogy a termék nem megfelelő, mert eltört. Esetleg a kedvezni kívánt ajánlattevő esetlegesen rosszabb minőségű mintapéldányát addig próbálgatja az ajánlatkérő, amíg egy darabot sikeresen feltesz, míg a többi ajánlattevő esetlegesen jobb minőségű mintapéldányait addig erőlteti, amíg valamilyen példány eltörik, és utána ezeket a jegyzőkönyvben rögzíti.

A kérelmező azt állította, hogy ennek esélye fennáll, ami elkerülhető a vizsgálat feltételeinek részletes leírásával. Mint azt előzetes vitarendezési kérelemben kifejtette a megajánlott eszköz egészségügyi termékként szigorú engedélyezési folyamaton ment át mind a gyártó országában, mind Magyarországon, és ezeknek való megfelelés hiányában nem kerülhetett volna forgalomba. A termék rendelkezik magyar nyelvű gyártói megfelelőségi nyilatkozattal és CE tanúsítvánnyal. A kérelmező - a csatolt referenciaigazolás által is igazoltan - a kérdéses terméket sok helyen értékesíti. Ezen helyek természetesen egészségügyi tevékenységük során használják a termékeket, de sehonnan sem kaptak tömeges - vagy akár egyedi - panaszokat arra vonatkozóan, hogy a kezelt betegeknél „vérzés, epecsorgás, bél megnyílása” fordulna elő, vagy „beteg halálát” okozta volna.

Azt semmi sem igazolja, hogy a mintapéldányok kipróbálása során - ha az megtörtént egyáltalán - a tesztet végzők valóban nem tudták, hogy melyik minta melyik ajánlattevőtől származik. Ez elkerülhető lett volna, ha az ajánlattevők jelen lehetnek saját termékük vizsgálatán.

Valóban lett volna a kérelmezőnek lehetősége, hogy tisztázza, hogy mit jelent a kipróbálás, de ezt nem tette meg, mert meg sem fordult a fejében, hogy az ajánlatkérő olyan próbát, tesztet kíván elvégezni, amelyet nem határozott meg előre a közbeszerzési dokumentumokban. Ezen kívül fenntartotta azt, hogy utólag látva, és elszenvedve az ajánlatkérő jogellenes eljárását kifogásolta, hogy az ajánlatkérő a kérelmező hibájának próbálja beállítani azt, hogy nem fogalmazta bele megfelelően, és részletesen a közbeszerzési dokumentumokba azt, hogy hogyan kívánja a mintapéldányok tesztelését végezni. A kérelmező eddig sem vitatta a termékek biztonságosságának szükségességét, valamint, hogy a termékeknek „tökéletes zárást biztosító”-nak kell lenniük. A kérelmező a közbeszerzési dokumentumokban le nem fektetett, de a vizsgálat során alkalmazott módszert, és annak eredményét vitatja.

A kérelmező sérelmezte, hogy a mintapéldányok vizsgálata során készült jegyzőkönyvet nem kapta meg, sem a mintapéldányok tesztelésén nem vehetett részt. A mintapéldányok tesztelése során az ajánlatkérő olyan módszert vett igénybe, amelyről a közbeszerzési

dokumentumokban nem ejtett szót. Ennek megfelelően - a közbeszerzési dokumentumok tartalmát továbbra sem vitatva - ezen módszert nem alkalmazhatta volna.

Megjegyezte, hogy azon kitétel, hogy „... a klip nem zár mindig párhuzamosan” nem értelmezhető, hiszen a mintapéldányok vizsgálatának közbeszerzési dokumentumokban található leírása nem tartalmazta többek között azt sem, hogy hányszor próbálkoznak a termékkel (az esetlegesen kedvezni kívánt ajánlattevő termékével „csattintanak egyet”, és látván, hogy az jó, megfelelőnek minősítik, míg a többi ajánlattevőével addig erőlködnek, amíg nem lesz egy, amelyik talán nem tökéletes, vagy ha ilyent nem találnak, akkor egyszerűen rámondják, hogy hibás).

13. A kérelmező a második kérelmi elemében a 7. részre megajánlott Welfare Medical Polymer Ligating Clips WM-PC240, valamint a Welfare Medical Polymer Ligating Clips WM-PC250 termékek esetében is az első kérelmi elemében az 5. részre vonatkozóan kifejtett – a mintapéldányok vizsgálatának előre meg nem határozott – metodikáját és annak eredményét vitatta.

Az ajánlatkérő a bírálat során csak olyan szempontokat vehet figyelembe, amelyeket a közbeszerzési dokumentumokban előírt, és azokat csak olyan módszerekkel vizsgálhatja, amelyeket a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott.

A kérelmező által benyújtott ajánlat, és a termék tulajdonságai szerint az teljes mértékben megfelel a közbeszerzési dokumentumokban foglaltaknak, amiről ajánlatkérő is megbizonyosodhatott volna, ha jogszerűen bármilyen módon valóban elvégezte volna a termékek vizsgálatát. Kérelmező nem lehet biztos abban, hogy valamilyen tesztet valóban elvégeztek, mert az arról szóló jegyzőkönyvet - ha létezik - nem kapta meg.

A jogszerűen - legfeljebb szemrevételezéssel - elvégzett teszt eredménye kétséget kizáróan az lett volna, hogy a kérelmező által megajánlott termék megfelelő. Fizikai vizsgálatot a kiírás nem tett lehetővé, így az állítólagos nem megfelelés jogszerűen nem is alátámasztható, utólag a kiírásban nem szereplő vizsgálati módszertan nem alkalmazható, ráadásul feltéve, de nem elfogadva, hogy fizikailag is megvizsgálásra kerülhettek volna a mintapéldányok a vizuális vizsgálaton túl, az nyilvánvalóan nem lett volna a rendeltetésszerű használat körébe eső vizsgálat, mivel az csak éles műtéti körülmények között lenne lehetséges.

Ajánlatkérő tehát jogszerűen nem végezhetett olyan vizsgálatot, amelyik azt eredményezhette volna bármi módon is, hogy a *„megajánlott klip minta a könyök megerősítésnél törik, felhasználásra nem alkalmas a biztonságos betegellátást veszélyezteti.”*, mert a közbeszerzési dokumentumok nem tartalmazznak ilyen tesztre utaló leírást.

Miután a közbeszerzési dokumentumokban a mintapéldányok vizsgálatának menete nem került részletesen megfogalmazásra, így az ajánlatkérő bármilyen gyakorlati tesztelést legfeljebb a mintapéldányok „éles” használata során, élő emberen műtét közben foganatosíthatott volna, amint azt már kifejtette. Ennek hiányában nem terjeszkedhetett túl a - fentebb is leírt - szemrevételezésen, tehát a vizuális vizsgálaton, és a dokumentumok összevetésén.

A kérelmező hivatkozott az EUB gyakorlatára, e körben az első kérelmi elemében foglaltakat megismételte.

Hangsúlyozta, hogy az ajánlatkérő állítása ezen termék nem megfelelőségéről valótlan, mivel partnerei maradéktalanul, évek óta történő rendeltetésszerű, folyamatos használat mellett bizonyítják a termékek megfelelőségét, hibamentességét, a termékek rendelkeznek a szükséges tanúsítványokkal is, melynek felülvizsgálatára az ajánlatkérőnek nincs kompetenciája.

A kérelmező ezen kérelmi elem tekintetében a jogorvoslati kérelemben az 5. részre tett hivatkozásait ismételte meg a 7. részre tett ajánlatkérői álláspontra vonatkoztatva azzal, hogy a második kérelmi elem esetén a 7. részfeladat vonatkozásában az ajánlatkérő nem a biztonságos zárást nehezményezte, hanem a termék eltörését. Utalt a szigorú engedélyezettési eljárásra, nehezményezte, hogy a vizsgálaton nem lehetett jelen és kiemelte, hogy nem vitatja a termékek műszaki megfelelőségének szükségességét.

Hangsúlyozta, hogy a közbeszerzési dokumentumokban le nem fektetett, de a vizsgálat során alkalmazott módszert, és annak eredményét vitatja.

14. Mindkét kérelmi elemre vonatkozóan a kérelmező összefoglalóan előadta, hogy egyik kérelmi elem vonatkozásában sem a közbeszerzési dokumentumok tartalmát vitatja, hanem azt, hogy az ajánlatkérő a mintapéldányok vizsgálatát előre meg nem határozott módszerrel végezte, amely azt eredményezte, hogy a tesztelés nem volt nyomon követhető, sem jogszerű, de teret adott az ajánlatok önkényes bírálatának. Megjegyezte, hogy a mintapéldányok nem jogszerű vizsgálatát nem láthatta előre, tehát az ajánlattételi szakaszban nem is nehezményezhette. Álláspontja szerint az ajánlatkérő hiba észlelése esetén a Kbt. által előírt kötelezettségének megfelelően tisztázó kérdést küldhetett volna részére a mintapéldányok megfelelősége terén, elkerülve ezzel, hogy jogellenesen nyilvánítsa érvénytelennek az ajánlatukat, és elkerülve jelen jogorvoslati eljárást is.

Az ajánlatkérő észrevétele

15. Az ajánlatkérő észrevételében kérte, hogy a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelmet valamennyi kérelmi elem vonatkozásában utasítsa el, mivel az ajánlatkérő a Kbt. 2. § (2), valamint (4) bekezdését, a Kbt. 73. § -ban foglaltakat egyik kérelmi elem vonatkozásában sem sértette meg.

A benyújtott minták vizsgálata, ellenőrzése, kipróbálása valamennyi, érdeklődését jelző gazdasági szereplő számára ismert volt, az ajánlatkérő semmilyen olyan elvárást nem fogalmazott meg, vagy alkalmazott a minták vizsgálata, ellenőrzése során, melyek nem lettek volna előre ismertek, nyilvánosak, evidensek, ezáltal az ajánlatkérő megfelelően biztosította, és figyelembe vette az átláthatóság, egyenlő bánásmód, alapvető követelményeit, melyre tekintettel megállapítható, hogy az ajánlatkérő jogsértést nem követett el.

Az ajánlatkérő nyilatkozott, hogy a Kbt. 154. § (3) bekezdésében foglalt lehetőséggel élve a folyamatban lévő eljárását felfüggesztette.

16. Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban rögzítette, hogy a mintákat összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval, Ajánlatkérő által az kerül ellenőrzésre, hogy a megajánlott termékek megfelelnek-e a felhívásban, illetve az ártáblázatban foglalt műszaki előírásoknak.

Az ajánlatkérő részéről a benyújtott termékminták vizsgálata során a leírt vizsgálat került megvalósításra. Tekintve, hogy az ártáblázatban előírásra került többek között, hogy a beszerezni kívánt klippnek tökéletes zárást kell biztosítani, ebből az következik, hogy az ajánlatkérőnek erre vonatkozóan is vizsgálati kötelezettsége van. Ennek ellenőrzése csak

olyan módon valósulhatott meg, hogy a klippek a klipprakóval kerültek összenyomásra, ezen előírás teljesülésének megvizsgálásakor. Az ajánlatkérő elutasította a kérelmező feltételezéseit, hivatkozva a Kbt. 2. § (3) bekezdésében foglalt jóhiszeműség, és a tisztesség elvére, valamint a joggal való visszaélés tilalmára.

Az ajánlatkérő álláspontja szerint a műszaki paraméterek teljesítése, a CE tanúsítvány megléte automatikusan nem jelenti, hogy az adott termék teljes mértékben megfelel az ajánlatkérő által támasztott valamennyi minőségi és műszaki feltételnek, jelen esetben a klipp szárak párhuzamosságát a tanúsítvány megléte nem garantálja.

Az ajánlatkérő álláspontja szerint a biztonságos zárás olyan alapvető, magától értetődő elvárás, hogy annak részletezése szakmához értő emberek számára felesleges, mint ahogy egy az ajánlatkérő számára ismeretlen termék alkalmazása előtti kipróbálása is elengedhetetlen.

Erre tekintettel kerültek a termékminták kipróbálásra, nem műtéti körülmények között, mivel nagy felelőtlenség lenne az adott orvos részéről műtét során olyan termék kipróbálása, melyet nem ismer, melyről nincsenek személyes tapasztalatai, melynek a használat során való viselkedéséről előzetesen nincs ismerete.

Az ajánlatkérő szerint a kérelmező állításai ellentmondásosak amikor egyfelől kijelenti, hogy nem vitatja a közbeszerzési dokumentumok tartalmát, ugyanakkor, ezzel ellentétesen arra hivatkozik, hogy a közbeszerzési dokumentum hiányos volt, mert nem tartalmazott részletes leírást a vizsgálat során alkalmazandó módszerről. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kérelmező kérelme a közbeszerzési dokumentumok tartalma vonatkozásában elkésett, ugyanis a kérelmező olyan előírás hiányát kifogásolja, melyet az ajánlattételi időszakban lehetett volna jogszerűen kifogásolni akár kiegészítő tájékoztatás kérés formájában, akár előzetes vitarendezési kérelem formájában a jogvesztő határidőn belül.

A minták vizsgálatáról szóló jegyzőkönyvben olyan technikai, módszertani evidencia került leírásra, mely a klippek összenyomása nélkül nem is lehetséges. A minták vizsgálata, illetve azok kipróbálása annak ellenőrzését célozta, hogy a klipp tökéletesen zár. Ennek a feltétele a klipp szárainak párhuzamossága, a kipróbálása pedig a klippeknek a klipprakóval való összenyomása nélkül nem is lehetséges. A kérelmező a vizsgálati módszerrel kapcsolatban olyan evidencia leírását hiányolja, mely nélkül maga a vizsgálat, ellenőrzés, illetve a kipróbálás nem is valósulhatna meg.

Az ajánlatkérő fenntartotta a vitarendezésben rögzített álláspontját: nem helytálló a kérelmező azon állítása, hogy a „valamilyen ismeretlen mód” –on történt a minták kipróbálása, mert a kipróbálás - szakmai értelemben - csak egyetlen módon volt lehetséges, vagyis olyan evidencia alapján történt, amely nélkül maga az ellenőrzés, kipróbálás nem valósulhatott meg és jogszerűen nyilvánította érvénytelenné kérelmező ajánlatát. Az ajánlatkérő által előírt feltételeknek nem felelt meg a termék– ezért annak fel nem használása, tárolása, esetleges későbbi minőségi kifogásokból eredő jogvita – sokszoros többletköltséget jelenthet az ajánlatkérő számára. Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban rögzítette, hogy a mintákat ajánlatkérő összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval, Ajánlatkérő által az kerül ellenőrzésre, hogy a megajánlott termékek megfelelnek-e a felhívásban, illetve az ártáblázatban foglalt műszaki előírásoknak. (...)

A benyújtott termékminták vizsgálata során a leírt vizsgálat került megvalósításra. Tekintve, hogy az ártáblázatban előírásra került többek között, hogy a beszerezni kívánt klippnek tökéletes zárást kell biztosítani, ebből az következik, hogy az ajánlatkérőnek erre vonatkozóan is vizsgálati kötelezettsége van. Ennek ellenőrzése csak olyan módon valósulhatott meg, hogy a klippek a klipprakóval kerültek összenyomásra, ezen előírás teljesülésének megvizsgálásakor.

Az ajánlatkérő határozottan elutasította a kérelmező minden bizonyítékot nélkülöző feltételezéseit, és egyben alkalmasak arra, hogy az ajánlatkérő bíráló bizottságának szakmai kompetens tagjait bűncselekmény elkövetésével alaptalanul vádolja.

Az ajánlatkérő álláspontja szerint a műszaki paraméterek teljesítése, a CE tanúsítvány megléte automatikusan nem jelenti, hogy az adott termék teljes mértékben megfelel az ajánlatkérő által támasztott, a termék felhasználásával kapcsolatos valamennyi minőségi és műszaki feltételnek, mint ahogy a jelen esetben is a klipp szárainak párhuzamosan zárását a tanúsítvány megléte nem garantálja.

A közbeszerzési dokumentumokban foglaltak szerint a minták vizsgálatáról jegyzőkönyv készült, mely jegyzőkönyv a Kbt. 46. § (2) bekezdésében foglaltaknak megfelelően megőrzésre került. Sem a Kbt., sem egyéb jogszabály nem írja elő a minták vizsgálatáról szóló jegyzőkönyv publikálását ajánlattevők részére.

A beszerezni kívánt klippek elsődleges feladata a biztonságos zárás. Mivel az ajánlatkérő tevékenysége betegellátás, gyógyítás, úgy felelősséggel csak olyan termék szerezhető be és használható, mely ennek a célnak maradéktalanul megfelel. A műtét sikerességéért, valamint a műtét során fellépő szövődményekért a műtétet végző orvos a felelős, úgy a műtétet végző orvos felelőssége az ahhoz használt termékek, eszközök kiválasztása, mely a betegbiztonságot szolgálja.

Erre tekintettel kerültek a termékminták kipróbálásra, nem műtéti körülmények között, mivel nagy felelőtlenség lenne az adott orvos részéről műtét során olyan termék felhasználása, melyet nem ismer, melyről nincsenek személyes tapasztalatai, melynek a használat során való viselkedéséről, tulajdonságairól előzetesen nincs ismerete.

A beszerzés tárgya, jelen esetben klippek beszerzése, a gyógyszerek és orvostechikai eszközök közbeszerzésének sajátos szabályairól 16/2012. (II. 16.) Korm. rendelet szerinti különleges – egészségügyi - célt szolgáló áru. Ebből következően a beszerzendő termékeket Ajánlatkérő a gyógyító tevékenység során, jelen esetben műtéti, klinikai feltételek között kívánja a betegeken alkalmazni. Az eljárás során termékminták benyújtása került előírásra, annak érdekében, hogy Ajánlatkérő a műszaki paramétereken túl, az adott termékeknek a felhasználás során történő megfelelését is vizsgálni tudja, annak érdekében, hogy a műtétek során használt klippek a legmegfelelőbbben szolgálják a betegellátást, összhangban az ajánlatkérő tevékenységével, és célkitűzésével.

17. A mintapéldányok ellenőrzése, megtekintése feltétlenül szükséges a tárgyi közbeszerzés vonatkozásában, mivel a termékleírások, gyártói nyilatkozatok, illetve tanúsítványok nem rendelkeznek minden esetben olyan részletezettséggel, amelyből szakmailag biztonságosan megállapítható az összes paraméterre vonatkozó minimum feltételnek való megfelelés.

A közbeszerzési dokumentumokban az ajánlatkérő rögzítette, hogy a minták vizsgálata során „a mintákat ajánlatkérő összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval, az ajánlatkérő által az kerül ellenőrzésre, hogy a megajánlott termékek megfelelnek-e a felhívásban, illetve az ártáblázatban foglalt műszaki előírásoknak. Amennyiben a termékminta vizsgálata során megállapítást nyer, hogy a termék az ajánlatkérő által meghatározott bármely műszaki követelménynek nem felel meg, az az ajánlat érvénytelenségét eredményezi.

Az ajánlatkérő biztosítja azt, hogy a mintapéldányok vizsgálata során a kipróbáló felelős szervezeti egységnek, illetve személyeknek ne legyen tudomásuk arról, hogy melyik minta melyik ajánlattevőtől származik. A vizsgálat során a jegyzőkönyvvezető adja át a csomagolásból kivett terméket a vizsgáló személynek, aki így az ajánlattevő ismerete nélkül vizsgálja meg a benyújtott mintapéldányt. A jegyzőkönyvvezető kizárólag adminisztratív

feladatokat lát el, nem vesz részt a minta értékelésében, csak a vizsgáló személy észrevételeit jegyzeteli le.”

Ajánlatkérő a benyújtott minták vizsgálata során a fentiek szerint járt el, valamennyi benyújtott minta esetében, a minták vizsgálata során az előírt feltételek teljesülését ellenőrizte, mely a leírás alapján ki kellett, hogy terjedjen a biztonságos zárás előírásnak való megvizsgálásra is. A minták tesztelését az ajánlatkérő etikai okok miatt nem kívánta betegeken, élesben végezni, így a minták ellenőrzése nem élesben, hanem „szárazon” történt. A közbeszerzési dokumentumokban a minták vizsgálatára az ajánlatkérő az „ellenőrzés”, valamint a „kipróbálás” kifejezéseket használta, mely kifejezések szakmai evidenciaként a nem műtéti körülmények között történő vizsgálatot, megfelelés ellenőrzését jelenti, hanem a benyújtott minták érzékszervi vizsgálatát, az ártáblázatban előírt követelményeknek való megfelelés ellenőrzését.

Az ellenőrzés/vizsgálat/kipróbálás mentéről és annak tartalmáról nem kértek kiegészítő tájékoztatást a gazdasági szereplők. A kérelmező is és további ajánlattevők, mint releváns piaci szereplők tisztában voltak azzal, hogy az ellenőrzés/vizsgálat/kipróbálás tartalma, annak menete mire vonatkozik. A műtét során történő kipróbálás fel sem merülhetett a betegbiztonság és a betegjogok okán.

Az „ellenőrzés”, valamint a „vizsgálat” kifejezések tartalma esetén felmerülő, nem egyértelmű fogalmak is tisztázhatóak lettek volna még az ajánlattételi határidőt megelőzően, de ezek elmaradása azt támasztja alá, hogy a gazdasági szereplők számára a nevesített tartalmak egyértelműek, evidensek voltak.

A fentiekből következően az ajánlattevők tisztában voltak a megajánlott eszközök ellenőrzésének, vizsgálatának menetével, annak tartalmával is.

A követelményként előírt műszaki elvárások („tökéletes zárást biztosító”, valamint „duplán megerősített intelligens könyök”) orvosszakmai tartalommal bírnak, mely tulajdonságok meglétét az ajánlatkérő ellenőrizni kívánta az „vizsgálat”, illetve „ellenőrzés” módszerével, a beszerezni kívánt eszközök piacán tevékenykedő gazdasági szereplők nem kérdeztek rá ezen előírások tartalmára. Amennyiben valamely előírás nem lett volna egyértelmű, annak tisztázására a Kbt. kifejezett jogintézményt nevesít, mely lehetőséggel a gazdasági szereplők nem éltek.

Az ajánlatkérő kiemelte, hogy a benyújtott termékminták vizsgálata az ajánlatok bírálati szakaszában zajlott, ebben a szakaszban az ajánlatkérőnek nincs kötelezettsége a nyilvánosság biztosítása tekintetében, ezért a kérelmező kifogása, amely a jelenléte hiányára vonatkozott, nem megalapozott.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

18. A Döntőbizottság megállapította, hogy a jogorvoslati eljárás során a Kbt. 3. § 23. pontja szerinti, a közbeszerzés megkezdésének időpontjában, 2019. február 4. napján hatályos közbeszerzési szabályokat kell alkalmazni.

19. A Döntőbizottság elsődlegesen az ajánlatkérő észrevételében foglalt eljárási kifogás tekintetében az eljárásjogi feltételek fennállását vizsgálta meg. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kérelmező kérelme a közbeszerzési dokumentumok tartalma vonatkozásában elkésett. A kérelmező azonban hangsúlyozta, hogy nem a közbeszerzési dokumentumok tartalmát és a termékek kipróbálásának szükségességét, avagy a mintapéldányok vizsgálatára utaló részeket vitatta, hanem a közbeszerzési dokumentumokban le nem fektetett, de a

vizsgálat során alkalmazott módszert, és annak eredményét, az ajánlata érvénytelenségének megállapítását.

Mindezek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmező a közbenső döntésről-mely az ajánlata érvénytelenségének megállapítását és annak indokait, a mintapéldányok kipróbálását követően a műszaki leírásnak való nem megfelelését tartalmazta - annak megküldése időpontjában, 2019. augusztus 5. napján szerzett tudomást, ezért az előzetes vitarendezési kérelmére adott ajánlatkérői válasz időpontjához képest a 2019. augusztus 25. napján érkezett jogorvoslati kérelem a Kbt. 148. § (3) bekezdése szerinti határidőn belül érkezett, ekként a jogorvoslati kérelem érdemi vizsgálatának nem volt eljárásjogi akadálya.

A jogorvoslati kérelem mindkét elemében a kérelmező annak megállapítását kérte, hogy az ajánlatkérő jogsértően bírálta el és nyilvánította érvénytelennek az 5. és 7. részben benyújtott ajánlatát, mivel a mintapéldányok vizsgálatát előre meg nem határozott módszerrel végezte, amely azt eredményezte, hogy a tesztelés nem volt nyomon követhető, sem jogszerű, de teret adott az ajánlatok önkényes bírálatának. Megsértett jogszabályi rendelkezésként a Kbt. 2. § (2)-(4) bekezdése szerinti alapvető jogsérelmet jelölt meg, valamint az érvénytelenség megállapítására vonatkozóan a Kbt. 73. §-át.

20. A Kbt. 2. § (2)-(4) bekezdései az alábbiakat rögzítik:

(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.

(4) Az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia.

A Kbt. 58. §-a szerint

(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.

A Kbt. 66. § (1) bekezdés szerint az ajánlatot és a részvételi jelentkezést a gazdasági szereplőnek a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott tartalmi és formai követelményeknek megfelelően kell elkészítenie és benyújtania.

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.

A közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 21. § (1) bekezdése alapján az ajánlattevőnek és a részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki, illetve szakmai alkalmasságának igazolása árubeszerzés esetében - figyelemmel annak jellegére, mennyiségére, rendeltetésére - előírható

h) a beszerzendő áru leírásával, mintapéldányának, illetve fényképének bemutatásával, amelynek hitelességét az ajánlatkérő felhívására igazolni kell;

i) 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.

A fenti Korm. rendelet 48. §-a értelmében

(1) A műszaki leírás tartalmát a Kbt. 58. §-ában és a (2)-(4) bekezdésben meghatározott rendelkezéseknek megfelelően kell meghatározni.

(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.

(4) Árubeszerzés vagy szolgáltatás megrendelése esetén a közbeszerzési műszaki leírás a (2) bekezdésben foglaltak mellett tartalmazhatja különösen a minőségre, a termék rendeltetésére, a termék kereskedelmi nevére valamint a megfelelőségigazolási eljárásokra vonatkozó követelményeket.

21. A fenti előírások alapján az ajánlatkérőnek a közbeszerzési dokumentumokban nevesítenie kell a közbeszerzés tárgyát és annak mennyiségét. A beszerzési igényét megjelenítő műszaki leírást, a nyertes kiválasztásának feltételrendszerét és adott esetben az ajánlatkérőnek a speciális elvárásait is meg kell határoznia. Az ajánlatkérő a fentiek alapján jogosult mintapéldány benyújtását előírni valamely előírása alátámasztásához. A mintapéldány kapcsolódhat az alkalmassági követelmények vagy a műszaki tartalom ellenőrzéséhez. Az irányadó Kbt. nem szabályozza a mintapéldány bekérésének a körülményeit.

Az elektronikus közbeszerzés részletes szabályairól szóló 424/2017. (XII. 19.) Korm. rendelet 1. § (1) bekezdése szerint az e rendeletben foglalt szabályokat a közbeszerzési eljárásban és a koncessziós beszerzési eljárásban (a továbbiakban: közbeszerzési eljárás), továbbá a tervpályázati eljárásban kell alkalmazni.

A 3. § (1) bekezdés d) pontja értelmében az ajánlatkérő abban az esetben rendelkezhet úgy, hogy nem kötelező az elektronikus úton történő kommunikáció és az EKR alkalmazása, ha olyan fizikai vagy méretarányos modellek benyújtását írja elő, amelyek elektronikus úton nem továbbíthatók (a beadandó modell vonatkozásában).

Az ajánlatkérő kötve van a közbeszerzési dokumentumokban és a jogszabályokban meghatározott előírásokhoz, kizárólag az ezeknek megfelelő bírálat és értékelés lehet jogszerű.

Ehhez szükséges, hogy az ajánlatkérő ezen feltételeket, a beszerzési igényét megjelenítő műszaki leírást, az alkalmassági követelményeknek való megfelelést és a további elvárásait pontosan határozza meg és azok minden gazdasági szereplő számára azonos tartalmat hordozzanak.

22. Ugyanakkor olyan speciális esetekben, amikor az objektív előírásoknak, jelen esetben a különböző tanúsítványoknak, követelményeknek megfelelő termékeket szubjektív körülmények között fogják felhasználni, indokolt a szubjektív körülményeknek való megfelelés vizsgálata, jelen esetben az ajánlatkérő műtőiben felhasználásra kerülő klippek azok általi kipróbálása, akik ezeket az eszközöket ténylegesen használni fogják. Ennek szükségességét a kérelmező sem vitatta és elismerte, hogy az ajánlatkérő előírása a klippekre vonatkozóan és a mintapéldányok bekérése megfelelő és indokolt volt. A gyógyszerek és orvostechikai eszközök közbeszerzésének sajátos szabályairól szóló 16/2012. (II. 16.) Korm. rendelet (továbbiakban 16/2012. Korm. rendelet) 1. §-a értelmében a 2-17. §-t a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) szerint lefolytatott olyan közbeszerzési eljárásokra kell alkalmazni, amelyek tárgya gyógyszer vagy orvostechikai eszköz beszerzése.

Orvostechikai eszköz az orvostechikai eszközökről szóló 4/2009. (III. 17.) EüM rendelet 2. §-ában meghatározott eszköz, és az in vitro diagnosztikai orvostechikai eszközökről szóló 8/2003. (III. 13.) ESzCsM rendelet 2. § (1) bekezdés a) pontjában említett eszköz.

A 4. § (1) bekezdése alapján a gyógyszer és orvostechikai eszköz közbeszerzésére irányuló eljárásra a Kbt. szabályait az e rendeletben foglalt eltérésekkel kell alkalmazni.

A 7. § értelmében az e rendelet szerinti közbeszerzési eljárásokban beszerzett áruk a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró ok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló rendelet tekintetében különleges célt szolgáló áruk.

Az ajánlatkérő feladata, hogy a beavatkozást végzők számára biztosítsa azokat az eszközöket, amelyek megfelelnek a vonatkozó jogszabályoknak, a különféle uniós szabványoknak, előírásoknak. Ezek azok az objektív, minden gazdasági szereplőre vonatkozó elvárások, amelyek megjelennek az eszközök gyártói által kiadott dokumentumokban, a független szervezetek által kiállított tanúsítványokban. Ugyanakkor ezen eszközöknek a beavatkozást végző számára a biztonságos, megfelelő munkavégzést is biztosítaniuk kell. Ennek során elképzelhető, hogy ezen felhasználáshoz szükséges az orvosi eszköz értékelésekor az ajánlatkérő által történő megvizsgálása, hogy megfelel-e az ajánlatkérő által kért funkciónak. Jelen esetben az ajánlatkérő nem tartotta elegendőnek kizárólag a termékleírások és tanúsítványok alapján eldönteni a beszerzendő áru megfelelőségét, ezért önmagában a tanúsítványok és leírások alapján, szemrevételezéssel nem volt megállapítható a termék

megfelelősége, még akkor sem, ha a kérelmező álláspontja szerint ezek a termékek széles körben alkalmazottak és megfelelnek a különböző szigorú minőségi követelményeknek.

23. A vizsgált esetben azt állapította meg a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérő a dokumentációban részletesen meghatározta a mintapéldányok benyújtásának módját, annak ellenőrzésének, kipróbálásának menetét, a kipróbálást végző személyeket és a vizsgálati eljárás dokumentálásának rendjét. Meghatározta, hogy klipprakókat is kér a mintapéldányok kipróbálásához. Felhívta a figyelmet arra, hogy a mintapéldányok meg nem felelősége az ajánlat érvénytelenségét vonja maga után. A megfelelés vizsgálatára során elkészítette a mintapéldányok vizsgálatáról szóló jegyzőkönyvét, melyben rögzítette valamennyi részre vonatkozóan a mintapéldányok kipróbálásának eredményeit.

Az ajánlatkérő kifejezetten előírta, hogy a mintapéldányokat összeveti a műszaki leírásban foglaltakkal és a benyújtott mintákat, termékleírásokat, tanúsítványokat az anonimitás megtartásával a vizsgálatra kijelölt orvosok és műtősnők megtekintik és az összes elvárt műszaki, minőségi feltételnek való megfelelés meglétét, illetve hiányát ellenőrzik, dokumentálják és írásban rögzítik. A közbeszerzési dokumentumokban az ajánlatkérő rögzítette, hogy a minták vizsgálata során „a mintákat ajánlatkérő összeveti a termékleírással, műszaki dokumentációval, az ajánlatkérő által az ellenőrzésre, hogy a megajánlott termékek megfelelnek-e a felhívásban, illetve az ártáblázatban foglalt műszaki előírásoknak. Amennyiben a termékminta vizsgálata során megállapítást nyer, hogy a termék az ajánlatkérő által meghatározott bármely műszaki követelménynek nem felel meg, az az ajánlat érvénytelenségét eredményezi.

Az ajánlatkérő az eszközök rendeltetésére és a felhasználás során elvárt minőségi kritériumra utalással határozta meg, hogy a titánium klippeknek tökéletes zárást kell biztosítaniuk, míg a polyamid klippeknek duplán megerősített intelligens könyökkel kell rendelkezniük. Azzal, hogy az ajánlatkérő meghatározta ezen műszaki paramétereket, a klippek összezárásához és a működés körében elvárt műszaki feltételek megállapíthatóságához szükségszerűen össze kellett zárnia a klippeket a hozzá való klipprakó segítségével, ellenkező esetben nem tudta volna ellenőrizni a termék megfelelőségét. A vizsgálat ezen mozzanatával a kérelmezőnek is tisztában kellett lennie, mivel maga kérdezett rá a klipprakók szükségességére a klippek kipróbálásához, valamint biztosította is ezen eszközöket az ajánlatkérő számára. Megjegyzi a Döntőbizottság, hogy a kérelmező maga is úgy nyilatkozott, hogy nem vitatta a termékek kipróbálásának szükségességét, és azt sem, hogy a közbeszerzési dokumentumok tartalmazzanak a mintapéldányok vizsgálatára utaló részeket. Az ajánlatkérő vizsgálata kizárólag a minták megfelelőségének megállapítására irányult, nem merült fel arra vonatkozó adat, hogy túlterjeszkedett volna az által megállapított vizsgálat keretein, vagy nem rendeltetészerűen próbálta ki a mintapéldányokat, ugyanakkor a vizsgálati jegyzőkönyvben rögzített megállapításai megfeleltek a felhívásban előírt vizsgálati követelményeknek.

24. A Döntőbizottság mindezek alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő által meghatározott vizsgálat részletezettsége, a vizsgálat menete és annak előírásai valamennyi ajánlattevő számára ismertek, világosak és pontosan meghatározottak voltak. A minták vizsgálatának menete objektív alapú, megfelelően dokumentált és valamennyi ajánlattevő számára megismerhető volt, amely az egyenlő esélyű ajánlattételt és az ajánlattevőkkel szemben az ajánlatkérő részéről elvárt egyenlő bánásmódot biztosította. Ebből következően nem volt jogsértő az ajánlatkérőnek a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontjára alapított érvénytelenséget megállapító közbenső döntése sem.

25. A kérelmező azon kifogására, hogy a minták kipróbálásakor nem lehetett jelen és a vizsgálati jegyzőkönyvet sem kapta meg, a Döntőbizottság megállapította, hogy az értékelés során sem a Kbt. 42-46.§-ban foglaltak, sem egyéb jogszabály nem tartalmaz az ajánlatkérőre a nyilvánosság biztosítására vonatkozó kötelezettséget a mintatételek vizsgálata során, ezért e körben ajánlatkérői mulasztás sem állapítható meg. A kérelmező az eljárás során nem adott elő olyan többlettényállási elemet, amely az ajánlatkérő olyan magatartására vagy mulasztására lenne visszavezethető, amely az általános zsinórmértékként megállapított jóhiszeműség és tisztesség alapelvébe ütközne, vagy joggal való visszaélést valósítana meg.

26. Az ajánlatkérőnek kötelezettsége a beszerzését minél eredményesebben megvalósítani, a közpénzek felhasználásakor szem előtt tartva a hatékony és felelős gazdálkodás elvét. Amennyiben azonban a saját műszaki előírásainak a megajánlott termék nem felel meg és emiatt az alacsonyabb árat tartalmazó ajánlat érvénytelen és a magasabb árajánlatot adó ajánlattevő lesz az eljárás nyertese, az ajánlatkérő nem sérti meg a hatékony és felelős gazdálkodás elvét, ha egyébként az eljárása jogszerű volt. Az ajánlatkérő még a legjobb ár-érték arány figyelembevétel mellett sem fogadhat el érvényesnek és nyertesnek olyan, akár alacsonyabb árat tartalmazó ajánlatot, amelyben a műszaki alkalmassági követelményeknek a megajánlott áru nem felel meg. Az ajánlatkérő tehát azzal, hogy a közbeszerzési dokumentumokban, a műszaki leírásban meghatározott feltételek vizsgálata során megállapította a kérelmező ajánlatának érvénytelenségét, nem sértette meg a közpénzek felhasználására vonatkozó hatékony és felelős gazdálkodás alapelvét.

27. Mindezek alapján a Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva az alaptalan jogorvoslati kérelmet a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján elutasította és a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 126. § (2) bekezdése, valamint a Kbt. 151. § (9) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről akként, hogy a kérelmező által befizetett igazgatási szolgáltatási díj a kérelmező terhén marad.

Az Ákr. 126. § (2) bekezdése szerint:

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

a) a kérelem elutasítása esetén a kérelmező ügyfelet,

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

A Kbt. 151. § (9) bekezdése szerint, ha a jogorvoslati ügyet lezáró érdemi határozatban a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés c)-f) pontja szerinti döntést hoz, a befizetett igazgatási szolgáltatási díj háromszázezer forintot meghaladó része a kérelmezőnek a Döntőbizottság érdemi határozatának megküldését követő 8 napon belül visszajár. Az igazgatási szolgáltatási díj összegéből háromszázezer forint ilyenkor is a Közbeszerzési Hatóság saját bevétele, amelynek viseléséről a Döntőbizottság az Ákr. szerint az eljárási költségekre vonatkozó általános szabályok szerint rendelkezik. Az alaptalan kérelem esetében a díj nem kerül visszatérítésre, a kérelmező viseli az igazgatási szolgáltatási díj teljes összegét.

28. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(5) bekezdésein alapul.

29. 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 képviselet a Kp. 27. § (1) bekezdése alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2019. szeptember 30.

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk
közbeszerzési biztos

Gulyás Richárd sk
közbeszerzési biztos

Dr. Horváth Éva sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelélül:

Liszi Barbara
közzszolgálati ügykezelő

Kapják:

1. Dr. Barna Orsolya ügyvéd (elektronikus úton)
2. Ész-Ker Zrt. (elektronikus úton)
3. CPP-Budapest Kft. (elektronikus úton)