



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1126 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

A határozat iktatószáma: D.455/9/2019.

A tanács tagjai: Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bán János közbeszerzési biztos, Dr. Virágh Norbert közbeszerzési biztos

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

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

Az ajánlatkérő: Zalaszentgrót Város Önkormányzata
(Zalaszentgrót, Dózsa Gy. u. 1.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Simon Beáta kamarai jogtanácsos
(Zalaszentgrót, Dózsa Gy. u. 1.)

A kérelmezett neve: Cattani Partner Kft.
(Budapest, Fehér út 1.)

A közbeszerzés tárgya, értéke: A Szent Gróth Termálfürdő és Szabadidőközpont üzemeltetése – becsült érték: 48.000.000.-Ft, szerződéses érték: 117.600.000.-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 megállapítja, hogy a kérelmezett megsértette az első kezdeményezési elem tekintetében a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 138. § (3) bekezdését, a második kezdeményezési elem vonatkozásában a Kbt. 134. § (4) bekezdését. A Döntőbizottság megállapítja, hogy az első és második kezdeményezési elem tekintetében a kérelmezetti jogsértés súlyosnak minősül.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy a harmadik kezdeményezési elem vonatkozásában az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdését.

A Döntőbizottság a negyedik kezdeményezési elem tekintetében a jogorvoslati eljárást megszünteti.

A Döntőbizottság a kérelmezettel szemben 4.500.000.-Ft, azaz négymillió-ötszáz ezer forint, az ajánlatkérővel szemben 2.500.000.-Ft, azaz kétmillió-ötszáz ezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja a kérelmezettet, valamint az ajánlatkérőt, hogy a bírság összegét a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbeszerzési Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-01040360-00000000 számú központosított beszédési számlájára átutalással teljesítsék.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek 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 lehet elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya.

INDOKOLÁS

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő 2017. március 2-án a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerinti összefoglaló tájékoztatás útján a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerinti nyílt eljárást indított a rendelkező részben meghatározott szolgáltatás tárgyában. Az ajánlattételi felhívást és az ajánlati dokumentációt 2017. március 10-én küldte meg a gazdasági szereplők – a kérelmezett, a Vulkán Gyógy- és Élményfürdő Kft., a Gránit Gyógyfürdő Zrt. és a Lenti Gyógyfürdő Kft. – részére.

2. A felhívás 4. pontja szerint a közbeszerzés tárgya és mennyisége:

A Szent Gróth Termálfürdő és Szabadidőközpont üzemeltetése.

A Zalaszentgrót Város Önkormányzata kizárólagos tulajdonában lévő Szent Gróth Termálfürdő és Szabadidőközpont és az ahhoz tartozó berendezési és felszerelési tárgyak bérbeadása a termálfürdő szakszerű és biztonságos üzemeltetése, fenntartása és a strand-szolgáltatás teljesítése céljából. A közbeszerzés tárgyát képezi továbbá a fürdő területén lévő vendéglátó egységek üzemeltetése is.

3. A felhívás 6. pontja szerint a szerződés időtartama 2017. május 1-től 2027. április 30-ig tart.

A felhívás 7. pontja szerint a teljesítés helye 8790 Zalaszentgrót, hrsz. 010311/32.

4. A felhívás 8. pontja a szerződést megerősítő biztosítékról a következőket tartalmazta:

„Ajánlatkérő a termálfürdő működtetési feladat megvalósítására biztosítékot ír elő, mértéke a szerződés szerinti, áfa nélkül számított teljes – azaz a szerződés időtartama szerinti – ellenszolgáltatás 5%-a. A nyertes ajánlattevőnek a biztosítékot a szerződéskötést követő 5 munkanapon belül kell ajánlatkérő rendelkezésére bocsátania. A biztosíték felszabadítása a szerződés futamidejének végén, a szerződés időtartama alatti teljesítés maradéktalan megvalósítását követően történik. A biztosíték felszabadításának feltétele, hogy nyertes ajánlattevő (üzemeltető) igazolja, hogy a szerződés teljesítése során felmerült valamennyi költséget kiegyenlített. A biztosíték teljesíthető a Kbt. 134. § (6) bekezdés a) pontja szerint. A biztosíték határidőre történő rendelkezésre bocsátásáról az ajánlattevőnek az ajánlatban nyilatkoznia kell.”

A felhívás 9. pontja szerint a szerződés finanszírozása kizárólag saját (önkormányzati) forrásból történik.

5. A felhívás 11. pontja szerint az ajánlatok értékelési szempontja a legjobb ár-érték arány volt. Az 1. értékelési szempont az ajánlati ár (havi nettó üzemeltetési díj mértéke) volt 70-es súlyszámmal, a 2. értékelési szempont a havi nettó bérleti díj mértéke volt 20-as súlyszámmal, a 3. értékelési szempont a teljesítés során az üzemeltető által változatlan feltételekkel továbbfoglalkoztatott jelenlegi munkavállalók száma volt 10-es súlyszámmal.

6. A felhívás 20.3. pontja szerint az ajánlattevőnek az ajánlatában nyilatkoznia kell a Kbt. 66. § (6) bekezdés a) és b) pontja vonatkozásában (alvállalkozó igénybevétele).

7. Az ajánlatkérő a „Közbeszerzési dokumentumok” című dokumentum IV. köteteként az ajánlattevők rendelkezésére bocsátotta a szerződéstervezetet.

8. Az eljárás eredményeként nyertesnek kihirdetett kérelmezett ajánlatának 6. oldalán az Kbt. 66. § (6) bekezdése szerinti nyilatkozatában a közbeszerzés következő részei tekintetében jelezte a teljesítéshez alvállalkozó igénybevételét:

vendéglátó egységek üzemeltetése, medence felügyelet, takarítás, szauna szeánsz, wellness- és masszázs szolgáltatás, parkfenntartás, személy- és vagyónvédelem.

A kérelmezett az ajánlat 12. oldalán nyilatkozott arról, hogy vállalja az ajánlattételi felhívás 8. pontjában és a további közbeszerzési dokumentumokban (bérleti-üzemeltetési szerződéstervezet) előírt biztosíték határidőben történő rendelkezésre bocsátását.

9. A közbeszerzési eljárás lefolytatását követően az ajánlatkérő 2017. április 18-án kötötte meg a bérleti-üzemeltetési szerződést a kérelmezettel.

A szerződés I. 2. pontja szerint:

„Szerződő Felek a jelen szerződést a közbeszerzési eljárásban az Önkormányzat, mint Ajánlatkérő közbeszerzési dokumentumai, valamint az Üzemeltető, mint nyertes Ajánlattevő ajánlata szerint kötik meg.”

A szerződés II. 1. pontja szerint:

„Önkormányzat bérbe adja, Üzemeltető pedig időleges használatra bérbe veszi az Önkormányzat kizárólagos tulajdonában lévő Zalaszentgrót 010311/32 helyrajzi számon nyilvántartott Szent Gróth Termálfürdő és Szabadidőközpont (a továbbiakban termálfürdő) az ahhoz tartozó, átadás-átvételi jegyzőkönyvben rögzített berendezési és felszerelési tárgyakkal a termálfürdő szakszerű és biztonságos üzemeltetése, fenntartása és a strand-szolgáltatás teljesítése céljából. Önkormányzat bérbe adja, Üzemeltető pedig időleges használatra bérbe veszi továbbá a termálfürdő területén található büfé rendeltetésű, 90 m² alapterületű; peccsenyesütő rendeltetésű, 20 m² alapterületű; "pizzéria" rendeltetésű 52 m² alapterületű és étterem rendeltetésű, 56 m² alapterületű vendéglátó egységeket, valamint az azokhoz tartozó, átadás-átvételi jegyzőkönyvben rögzített berendezési és felszerelési tárgyakat.”

A szerződés II. 2. pontja szerint:

„Szerződő felek jelen szerződést határozott időre, 2017. május 01. napjától 2027. április 30. napjáig kötik.”

A szerződés III. 1. pontja szerint:

„Üzemeltető a használatba vett ingó és ingatlan vagyon működtetésével fürdő, közösségi, sport, kulturális és gasztronómiai szolgáltatást valósít meg. Üzemeltető kijelenti, hogy a tevékenység ellátásához szükséges tárgyi és személyi feltételeket, valamint a tevékenység ellátásához szükséges hatósági engedélyeket folyamatosan biztosítja. Üzemeltető a bérlet tárgyát képező ingó és ingatlanvagyon állag-, illetve vagyonvédelmét azok átvételétől kezdődően folyamatosan köteles biztosítani, az azokkal összefüggő üzemeltetést szakszerűen, biztonságosan, folyamatosan és rendeltetésszerűen köteles biztosítani. Üzemeltető a használatába adott vendéglátóipari egységeket kizárólag vendéglátóipari tevékenység céljára – a termálfürdő nyitvatartási idejében kötelezően – használhatja.”

A szerződés III. 5. pontja szerint:

„Az Üzemeltető saját költségén köteles a bérelt vagyontárgyakat a rendeltetésszerű használathoz, hasznosításhoz szükséges mértékben karbantartani és felújítani. Az üzemeltető a bérleményt albérletbe, vagy más jogcímen használatba az Önkormányzat előzetes engedélye nélkül nem adhatja. Üzemeltetés jogát másra nem ruházhatja át.”

A szerződés III. 24. pontja szerint:

„Üzemeltető alvállalkozó igénybevételére jogosult.”

A szerződés IV. 6-8. pontjai szerint:

„6. Az Üzemeltető a jelen szerződésben foglalt termálfürdő és vendéglátó egységek működtetési feladat megvalósításának biztosítékeként az áfa nélkül számított teljes – azaz a szerződés időtartama szerinti – ellenszolgáltatás (üzemeltetési díj) 5%-a, azaz 5.880.000,- Ft összegű biztosítékot nyújt az Önkormányzat részére. A biztosíték visszavonhatatlan.

7. Üzemeltető a 6. pont szerinti biztosítékot a Kbt. 134. § (6) bekezdés a) pontjában meghatározottak szerint köteles teljesíteni a jelen szerződés aláírását követő 5 munkanapon belül.

8. Üzemeltető tudomásul veszi, hogy amennyiben a biztosíték összegét a 7. pont szerinti határidőben nem teljesíti, úgy Önkormányzat jogosult jelen bérleti-üzemeltetési szerződést azonnali hatállyal felmondani.”

A szerződés VI. 1. pontja szerint:

„Üzemeltető legkésőbb a szerződés megkötésének időpontjában köteles az Önkormányzatnak valamennyi olyan alvállalkozót bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és – ha a megelőző közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozót még nem nevezte meg – a bejelentéssel együtt nyilatkozni arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll kizáró okok hatálya alatt. Üzemeltető a szerződés teljesítésének időtartama alatt köteles az Önkormányzatnak minden további, a teljesítésbe bevonni kívánt alvállalkozót előzetesen bejelenteni, és a bejelentéssel együtt nyilatkozni arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll kizáró okok hatálya alatt.”

A szerződés VII. 1. pontja szerint:

„Önkormányzat az Üzemeltető súlyos szerződésszegése esetén azonnali hatállyal jogosult a szerződést megszüntetni. Szerződő felek az Üzemeltető súlyos szerződésszegésének tekintik különösen az alábbi eseteket:

...

- Üzemeltető a IV.6. pontban meghatározott biztosíték összegét a IV.7. pontban meghatározott határidőben nem teljesíti,

...”

10. Az ajánlatkérő bankszámlakivonata alapján 2017. június 9-én az ajánlatkérő „ZALASZENTGRÓT FÜRDŐ ÜZEMELT.PÜ.BIZT.” elnevezésű alszámlájára átvezetésre került 880.000.-Ft az ajánlatkérő egy másik számlájáról, az átvezetéshez megjegyzésként a „pénzügyi bizt. átvez” szöveg került.

Az alszámla egyenlege ezzel az átvezetéssel együtt lett 5.880.000.-Ft.

11. A kérelmezett képviselőjében B.T. tisztségviselő 2018. április 3-án a következő nyilatkozatot tette:

„Alulírott B.T., a Cattani Partner Kft. képviselőjeként, jelen nyilatkozat aláírásával hozzájárulok ahhoz, hogy a Cattani Partner Kft. üzemeltetésében lévő Zalaszentgrót, 010311/32. hrsz. alatti ingatlant (Szent Gróth Termálfürdő és Szabadidőközpont) a Phonsys Kft. (adószám: 14757891-2-42) telephely céljára használja, és a cégbíróságnál bejelentse.”

12. 2018. április 17-én a Phonsys Kft. mint megbízó és K.V. egyéni vállalkozó mint megbízott megbízási szerződést kötöttek a Szent Gróth Termálfürdő területén nyújtandó masször szolgáltatás végzésére. A szerződés hatálya 2018. április 28-tól 2018. szeptember 31-ig tartott.

13. A kérelmezett 2018. április 19-én bérleti szerződést kötött az SCS EXPO DESIGN Kft.-vel a Szent Gróth Termálfürdő területén található büfé, vendéglő, fagyizó és a hozzá tartozó kiszolgáló terület, valamint a berendezési és felszerelési tárgyak üzemeltetésére. A szerződés határozott időre, 2018. április 27-től 2018. szeptember 31-ig szólt. A bérleti díj május és szeptember hónapokra havi nettó 50.000.-Ft, június, július és augusztus hónapokra havi nettó 100.000.-Ft volt.

14. A kérelmezett 2019. március 27-én az ajánlatkérő felé a Kbt. 138. § (3) bekezdésére hivatkozva bejelentette a teljesítésben résztvevő alvállalkozóként az SCS EXPO DESIGN Kft.-t és K.V. egyéni vállalkozót, valamint nyilatkozott arról, hogy a bejelentett alvállalkozók nem állnak kizáró okok hatálya alatt.

A hivatalbóli kezdeményezés

15. A hivatalbóli kezdeményező a T-00584/03/2019 iktatószámú végzéssel elrendelt ellenőrzési eljárása során feltárt tények alapján a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján jogorvoslati eljárást kezdeményezett. Kérte, hogy a Döntőbizottság a kérelmezettel szemben a Kbt. 138. § (3) bekezdésében, valamint a Kbt. 134. § (4) bekezdés alapján állapítsa meg a jogsértés megtörténtét és döntsön annak súlyosságáról. Az ajánlatkérővel szemben a Kbt. 142. § (1) bekezdésben, ennek hiányában a Kbt. 2. § (4) bekezdésben foglalt rendelkezések megsértését kérte megállapítani, továbbá a kérelmezettel és az ajánlatkérővel szemben a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel bírság kiszabását indítványozta.

16. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a lefolytatott hatósági ellenőrzés során rendelkezésre állt dokumentumok és nyilatkozatok alapján feltételezhető volt, hogy a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdés második mondatában foglaltakat azzal, hogy a szerződés teljesítésének időtartama alatt nem, vagy nem megfelelő határidőben jelentette be az ajánlatkérőnek az általa a teljesítésbe bevont alvállalkozókat.

Ezt támasztja alá az ajánlatkérő 2019. március 28-án kelt nyilatkozata, miszerint a 2017. május 1-jei teljesítés kezdete óta a kérelmezett a hatósági ellenőrzés megkezdésének időpontjáig alvállalkozó bejelentésére, illetve kizáró okok alóli mentességének igazolására vonatkozó nyilatkozatot nem nyújtott be, alvállalkozói szerződést nem adott át az ajánlatkérő részére. Az

alvállalkozók előzetes bejelentésének hiányát, valamint a kizáró okokról szóló nyilatkozat megtételének elmulasztását támasztja alá továbbá a kérelmezett 2019. március 27. napján kelt, az ajánlatkérő felé tett nyilatkozata a Kbt. 138. § (3) bekezdése szerinti bejelentésről és a kizáró okok alóli mentességről. Bejelentésében alvállalkozóként megnevezte az SCS Expo Design Kft.-t vendéglátási szolgáltatás, valamint K. V. egyéni vállalkozót masszázs szolgáltatás tárgyában. A hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére bocsátotta az említett két alvállalkozó tekintetében az alvállalkozói szerződéseket, számlákat, valamint a kifizetést igazoló dokumentumokat, továbbá a 2019. március 27. napján kelt levelét a Közbeszerzési Hatóság felé, melyben a Kbt. 138. § (3) bekezdés szerint bejelentette az igénybe vett alvállalkozókat, valamint nyilatkozott a kizáró okokról, mely a Phonsys Kft.-t is tartalmazta, mint igénybe vett alvállalkozót.

A Phonsys Kft.-vel kapcsolatban csak a Hatóság felé érkezett bejelentés, miszerint az említett alvállalkozó által nyújtott szolgáltatás wellness-masszázs szolgáltatás. Az említett Phonsys Kft. a kérelmezett által ajánlatkérő számára megküldött nyilatkozatában nem szerepel. A hivatalbóli kezdeményező számára ezen alvállalkozóval kapcsolatban a kérelmezett egy nyilatkozatot csatolt, mely szerint a kérelmezett ügyvezetője hozzájárul ahhoz, hogy a Phonsys Kft. a Termálfürdőt „telephely céljára használja, a cégbíróságnál bejelentse”. Rendelkezésre állt továbbá egy, a Phonsys Kft. és K.V. egyéni vállalkozó között létrejött megbízási szerződés, melynek tárgya a Szent Gróth Termálfürdő területén nyújtandó masszázs szolgáltatás ellátása volt.

A kérelmezett csatolta a hatósági eljárás során a 2018. évi strand idényben igénybe vett, az alvállalkozókra vonatkozó szerződéseket és számlákat. Ezen dokumentumok alátámasztják, hogy a 2018-as évben a kérelmezett vett igénybe a teljesítéshez alvállalkozót, azonban az ajánlatkérő felé erre vonatkozó bejelentés a hatóság ellenőrzési eljárás során nem került megküldésre.

Tekintettel arra, hogy a felek a közbeszerzési eljárás eredményeként 2017. április 18-án szerződést kötöttek, és a teljesítés azóta folyamatos, a hivatalbóli kezdeményező több alkalommal felhívta a kérelmezettet a teljesítés kezdete óta igénybe vett alvállalkozókra vonatkozó dokumentumok beküldésére. Ennek ellenére, többszöri felszólítás után sem érkezett adatszolgáltatás az esetlegesen 2017. évben igénybe vett alvállalkozókra vonatkozóan.

A Phonsys Kft. tekintetében sem alvállalkozói bejelentést, sem pedig a kizáró okokról történő nyilatkozatot nem csatolt a kérelmezett, ezért a hivatalbóli kezdeményező kérte annak vizsgálatát, hogy a Phonsys Kft. ténylegesen bevonásra került-e a teljesítésbe, és ha igen, akkor milyen időpontban.

A hivatalbóli kezdeményező álláspontja alapján a kérelmezett feltételezhetően – az ajánlatkérő nyilatkozata, valamint a kérelmezett által beküldött dokumentumok alapján – megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdés második mondatában foglaltakat azzal, hogy a szerződés teljesítésének időtartama alatt nem, vagy nem megfelelő határidőben jelentette be az alvállalkozók bevonását a teljesítésbe és nem igazolta a hivatkozott jogszabályi rendelkezésnek megfelelően az alvállalkozók kizáró okok alóli mentességét az ajánlatkérő felé.

17. A hivatalbóli kezdeményező az ellenőrzése során rendelkezésére álló dokumentumok alapján állította, hogy a kérelmezett megsértette a Kbt. 134. § (4) bekezdésében foglaltakat. Az eljárást megindító felhívás 8. pontjában, illetve később a Szerződés IV. 6. pontjában is rögzítésre került, hogy a kérelmezett a működtetési feladat megvalósításának biztosítékaként 5.880.000.-Ft teljesítési biztosítékot nyújt az ajánlatkérő részére.

Az ajánlatkérő által beküldött dokumentum a teljesítési biztosítékról két bankszámla kivonat volt, amelyek OTP Bankon belüli átutalást tartalmaztak. A Szerződés szerint: „Az Üzemeltető a jelen szerződésben foglalt termálfürdő és vendéglátó egységek működtetési feladat megvalósításának biztosítékaként az áfa nélkül számított teljes – azaz a szerződés időtartama

szerinti – ellenszolgáltatás (üzemeltetési díj) 5%-a, azaz 5.880.000,- Ft összegű biztosítékot nyújt az Önkormányzat részére... Üzemeltető a 6. pont szerinti biztosítékot a Kbt. 134. § (6) bekezdés a) pontjában meghatározottak szerint köteles teljesíteni a jelen szerződés aláírását követő 5 munkanapon belül.”

A szerződéskötés időpontja 2017. április 18. napja volt. Az egyik bankszámla kivonat szerint az Önkormányzat 2016. július 18. napján 5.000.000.-Ft-ot utalt át a saját számlájáról egy „Zalaszentgrót Fürdő Üzemelt, Pü. Bizt.” nevű számlára „Átutalás (OTP-n belül), F. 9933, 11749053-15432443, Zalaszentgrót Város Önkormányzata, Cattani Partner Bt. kaució” megnevezéssel.

A másik bankszámla kivonat szerint az Önkormányzat 2017. június 9. napján további 880.000.-Ft-ot utalt át az előbb említett alszámlára „Átutalás (OTP-n belül), F. 9933, 11749053-15432443, Zalaszentgrót Város Önkormányzata, pénzügyi bizt. átvez.” megnevezéssel.

Az ajánlatkérő nyilatkozata szerint a termálfürdő üzemeltetését 2016. május 1. napjától 2016. december 31. napjáig tartó időszakban is a kérelmezett látta el. Az ezen időszakra kötött üzemeltetési szerződésben a felek 5.000.000.-Ft teljesítési biztosítékot kötöttek ki, melyet a nyilatkozat szerint a kérelmezett 2016. július 18. napján átutalt az ajánlatkérő részére. Ezen biztosíték összege a szerződés lejártakor nem került visszautalásra a kérelmezett részére, ezért a korábbi üzemeltetési szerződésben kikötött teljesítési biztosítékot a felek egybehangzó akarata szerint beszámították a közbeszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés biztosítékának összegébe. A teljesítési biztosítékból fennmaradó 880.000.-Ft átutalása a kérelmezett részéről 2017. június 9. napján történt meg.

A szerződés szerint a teljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátásának határideje a szerződéskötést követő 5 munkanap volt, amely határidő 2017. április 25. napján lejárt anélkül, hogy a teljesítési biztosíték az előírt teljes összegben az ajánlatkérő rendelkezésére állt volna, a hiányzó 880.000.-Ft kifizetése csak későbbi időpontban – 2017. június 9. napján – történt meg, a kérelmezett megsértette a Kbt. 134. § (4) bekezdés második mondatában foglaltakat, mivel a Kbt. 134. § (4) bekezdéséből következően a biztosítéknak az ajánlatkérő által előírt időtartam alatt az előírt összegben az ajánlatkérő rendelkezésére kell állnia. A kérelmezett jogsértése a teljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátására számított 5 munkanapos határidő lejártával beállt, annak későbbi pótlása a jogsértést nem teszi meg nem történtté.

18. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő nem tett eleget a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettségének. A szerződésben kikötött biztosíték teljes összege a határidő letelte után állt ajánlatkérő rendelkezésére. A szerződésben meghatározott teljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátásának határideje 2017. április 25. napja lett volna. A teljesítés megkezdődött 2017. május 1-jén annak ellenére, hogy a teljesítési biztosíték nem állt az ajánlatkérő rendelkezésére csupán körülbelül másfél hónappal később, 2017. június 9. napján pótolta azt ki a kérelmezett a hiányzó összeggel.

A rendelkezésre álló dokumentumok és nyilatkozatok alapján nem állapítható meg, hogy a biztosíték teljesítésére nyitva álló határidő letelte után az ajánlatkérő – a Kbt. 142. § (1) bekezdésben foglalt kötelezettsége körében – felhívta volna a kérelmezettet szerződéses kötelezettsége teljesítésének- a biztosíték fennmaradó részének kifizetése – pótlására, és adott esetben ennek hiányában kilátásba helyezte volna a szerződés azonnali hatályú felmondását. Azáltal, hogy a szerződés teljesítési szakaszában a teljesítési biztosíték összege nem állt teljes mértékben az ajánlatkérő rendelkezésére, a biztosíték hiányzó összegének pótlásáig fennállt a lehetősége és kockázata annak, hogy a teljesítési biztosíték teljes összegének lehívására okot adó körülmény esetén az ajánlatkérő a biztosítékot a teljes összegében nem tudja lehívni, amely a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a felelős gazdálkodás elvével nem összeegyeztethető. Ugyan utóbb a teljesítési biztosíték hiányzó összege pótlásra került, arra nézve semmilyen körülmény nem került hitelt érdemlően igazolásra, hogy ez iránt az

ajánlatkérő maga intézkedett volna. Az ajánlatkérő jogsértése a teljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátására számított 5 munkanapos határidő lejártával beállt, annak a kérelmezett általi későbbi pótlása a jogsértést nem teszi meg nem történtté.

19. Amennyiben a Döntőbizottság álláspontja szerint az ismertetett tényállás alapján az ajánlatkérővel szemben a Kbt. 142. § (1) bekezdésének megsértése tekintetében tételes jogsértés nem állapítható meg, úgy a hivatalból kezdeményező kérte a Kbt. 2. § (4) bekezdésében foglalt, a hatékony és felelős gazdálkodás elvének megsértése megállapítását az ajánlatkérővel szemben. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a Kbt. alapvető rendelkezései törvényi követelményeket határoznak meg a közbeszerzési eljárás valamennyi résztvevője számára. A közbeszerzési eljárás teljes folyamatában jelen vannak, érvényesülésüket az egyes tételes jogi rendelkezések biztosítják. Az egyes tételes speciális rendelkezéseknek kell az általános alapvető rendelkezésekhez igazodnia. Az alapvető generálklauzulakénti meghatározása arra szolgál, hogy a részletszabályokban nem szabályozott, de a jog, jogos érdek közvetlen sérelmét vagy annak veszélyét előidéző magatartások, eljárások ne maradjanak – a Kbt.-ben meghatározott – jogkövetkezmény nélkül. A hivatalbóli kezdeményező hangsúlyozta, hogy a korábbi szabályozástól eltérően a jogalkotó a Kbt.-ben rögzíti, hogy az alapvető betartása nem csupán a közbeszerzési eljárások, hanem a szerződések teljesítése során is irányadó. Noha a Kbt. 142. § (2) bekezdése az ajánlatkérő alapvető jogsértését rögzíti, jelen esetben a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő jogsértő magatartásának egyértelmű előfeltétele a kérelmezett jogsértő magatartása. A biztosíték rendelkezésre állásának hiánya nem biztosítja a szerződés szerinti kötelezettségek teljesítését, ennek ellenére a teljesítés 2017. május 1. napján megkezdődhetett. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a szerződés tartalmától eltérő teljesítés, illetve annak elfogadása okán az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 2. § (4) bekezdését.

Az ajánlatkérő észrevétele

20. Az ajánlatkérő észrevételében tájékoztatta a Döntőbizottságot, hogy a Szent Gróth Termálfürdő és Szabadidőközpont üzemeltetésre megkötött szerződésben meghatározott, a biztosíték hiányzó 15%-ot el nem érő összegének teljesítésére vonatkozóan, annak pótlására és annak hiánya esetén jogkövetkezmények alkalmazásának kilátásba helyezésére írásbeli intézkedést nem tett.

21. Előadta, hogy a Kbt. 142. (1) bekezdésében, ennek hiányában a Kbt. 2. § (4) bekezdésében foglalt jogsértés nem állapítható meg terhére.

Álláspontja szerint a Kbt. 142. § (1) bekezdése nem rendelkezik az ajánlatkérő ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségének időtartamáról, határidejéről. A törvény nem ír elő a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítés vonatkozásában sem olyan időkorlátot, amely során az ajánlatkérő dokumentálási kötelezettsége elmaradása automatikusan a törvény sérelmét vonná maga után. A Kbt. szabályozásával nem egyeztethető össze az olyan értelmezés, mely szerint jelen ügyben kifogásolt biztosíték kis, 15%-os részének határidőben történő elmaradása esetén a késedelem első napján már beáll az ajánlatkérő közbeszerzési jogsértése a Kbt. 142. § (1) bekezdése alapján. Számos döntőbizottsági határozatban tetten érhető azon jogértelmezési és jogalkalmazási elv, hogy minden egyedi közbeszerzési eljárás más, és az eset összes körülményeinek együttes és összességében történő értékelésével kell vizsgálni a közbeszerzési jogsértés fennállását.

Tény, hogy a szerződésben meghatározott termálfürdő üzemeltetés 2017. május 1-jével megkezdődött, azonban tény az is, hogy a májusi, azaz az első havi üzemeltetési díj teljesítésére kizárólag a hiányzó biztosíték teljesítését követően került sor az ajánlatkérő

részéről. Ez pedig igazolja, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítése során figyelemmel kísérte a teljesítést, és a biztosíték pótlását (2017. június 9.) követően rendelkezett a teljesítés elfogadásáról az első vállalási díj átutalásával (2019. június 16.). Jelen ügylet hosszútávra jött létre a felek között, hiszen tíz évre szóló üzemeltetési időszakot tartalmaz és a fent hivatkozott 142. § (1) bekezdésében foglaltaknak a 2. § (7) bekezdésére figyelemmel történő értelmezésével az ajánlatkérő terhére a részletezett indokok alapján nem állapítható meg közbeszerzési jogsértés, mivel igazoltan a teljes biztosíték összegének rendelkezésre állását követően fogadta el ajánlatkérő a teljesítést.

22. A Kbt. 2. § (4) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia. A Kbt. 2. § (4) bekezdése szerinti alapelvi előírásból következően az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor – a verseny biztosításával – felelősen kell eljárnia, a rá bízott közpénzt hatékonyan, törvényesen kell felhasználnia, valós beszerzési igénye megvalósítása céljából. Mindezek során biztosítania kell a Kbt. tételes előírásainak érvényesülését. A Kbt. 2. § (1) bekezdése alapelv szinten kötelezi az ajánlatkérőt arra, hogy valamennyi közbeszerzési eljárásban biztosítsa a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát. Az alapelv hatékonyságra vonatkozó előírása kapcsolatban áll a verseny tisztaságának alapelvével, vagyis megjelenik benne a „pénzért valódi értéket” elv, ugyanakkor következik belőle a gyorsaság, egyszerűség követelménye is. Az ajánlatkérő a közpénzek felhasználása során akkor jár el felelősen, ha az igényeit pontosan megfogalmazza, felméri, jogszerűtlen igényeket nem fogalmaz meg, és beszerzéseit a jogszabályok, különösen a Kbt. betartásával végzi, folytatja le, valamint teljesíti azt. (D.20/22/2017.)

Kezdetektől fogva irányadó a közbeszerzési joggyakorlatban, hogy az alapelveknek generálklauzulaként legfőbb szerepük van, hiszen bármilyen alapelvet sértő cselekmény esetén jogorvoslati eljárás kezdeményezhető. Több évtizedes bírói döntésekben egységesen elfogadott az a Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.197/2008/6. döntésében is megfogalmazott jogértelmezés, hogy „...a közbeszerzési eljárás alapelveinek érvényesülését elsősorban az egyes tételes jogi rendelkezések biztosítják. Az alapelvi sérelem vizsgálatakor tehát nem lehet megkerülni a konkrét eljárásra irányuló speciális rendelkezéseket. Az alapelvek önmagukban csak akkor válhatnak a jogszerű eljárás fokmérőivé, ha valamely magatartás a tételes rendelkezések szerint nem ítéltető meg”.

Az ajánlatkérő vitatta az alapelvi sérelem elkövetését egyrészt azon okból, hogy a biztosíték jelentős összege, 85%-a 5.000.000.-Ft összegben a szerződés megkötésekor már rendelkezésre állt. A kezdeményező állításával szemben kizárólag egy kisebb, 15%-ot érintően állt fenn a biztosíték hiánya, mely összeg nem éri el az egy havi üzemeltetési díj összegét sem. A teljesítési biztosítékot a Kbt. 134. § (2) bekezdése szabályozza a következők szerint „a szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igények biztosítékaként legfeljebb a szerződés szerinti, tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított ellenszolgáltatás 5%-át elérő biztosíték köthető ki.”

23. A szerződés teljesítése a kérelmezett részéről termálfürdő üzemeltetését jelentette, míg az ajánlatkérő utólagos havi üzemeltetési díj megfizetését vállalta. A szerződés aláírásakor már az ajánlatkérő rendelkezésre állt 5.000.000.-Ft teljesítési biztosítéki összeg, amely azonban elegendő biztosítékot jelentett a fennmaradó biztosítéki összeg teljesítéséig a teljesítés elmaradásával kapcsolatos igények biztosítására, figyelemmel a havi üzemeltetési összeg 980.000.-Ft + áfa nagyságára is. Ezen érvelést támasztja továbbá alá azon Kbt.-beli szabályozás, hogy Kbt. 134. § (4) bekezdése szerint „A (2)-(3) bekezdés szerint előírt biztosíték rendelkezésre álló összege az ajánlatkérő követelésének kielégítésével csökken, nem írható elő

a követelés kielégítése esetére az ajánlattevőként szerződő fél számára a biztosíték meghatározott mértékű folyamatos fenntartására vonatkozó kötelezettség.”

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

24. A jogorvoslat alapjául szolgáló közbeszerzési eljárás 2017. március 10. napján indult, ezért a Döntőbizottság az ezen időpontban hatályos anyagi jogi rendelkezéseket vette figyelembe döntése meghozatalakor azzal, hogy a közigazgatási bürokráciacsökkentéssel és az egyes hatósági eljárások egyszerűsítésével összefüggő törvények módosításáról szóló 2017. évi CLXXXVI. törvény (a továbbiakban: Mód2. tv.) szerint a Kbt. módosításai, így a Kbt. XXI. fejezetében szereplő jogorvoslati eljárásra vonatkozó szabályai 2018. január 1. napján léptek hatályba, ezért a Döntőbizottságnak a 2018. január 1. napja után indult és a megismételt jogorvoslati eljárásokban az új eljárási szabályok szerint kell eljárnia.

25. A Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását, ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor. Tekintettel arra, hogy a feltételezett jogsértés az ellenőrzési eljárás során 2019. szeptember 17-én jutott a hivatalbóli kezdeményező tudomására, a Döntőbizottság megállapította, hogy a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján nyitvaálló határidőn belül, 2019. szeptember 18. napján terjesztette elő kezdeményezését, ezért azt érdemben vizsgálta.

26. A hivatalbóli kezdeményezés első elemében foglaltak szerint a szerződés teljesítése során a kérelmezett nem tett eleget a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglalt kötelezettségének.

A Kbt. 138. § (3) bekezdés második mondata alapján a nyertes ajánlattevő a szerződés megkötésének időpontjában, majd – a később bevont alvállalkozók tekintetében – a szerződés teljesítésének időtartama alatt köteles előzetesen az ajánlatkérőnek valamennyi olyan alvállalkozót bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és – ha a megelőző közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozót még nem nevezte meg – a bejelentéssel együtt nyilatkozni vagy az érintett alvállalkozó nyilatkozatát benyújtani arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll a megelőző közbeszerzési eljárásban előírt kizáró okok hatálya alatt.

A Kbt. 3. § 2. pontja szerint alvállalkozó az a gazdasági szereplő, aki a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt.

A kérelmezett ajánlatában megnevezte a teljesítés azon részeit, melynek megvalósításához alvállalkozót vesz igénybe, az alvállalkozókat azonban nem nevezte meg.

A kérelmezett az ajánlatkérővel 2017. április 18. napján kötött szerződést, a teljesítés kezdő időpontja 2017. május 1. napja volt. Ehhez képest a kérelmező 2019. március 27. napján az ajánlatkérőnek tett nyilatkozatában bejelentette az SCS Expo Design Kft.-t, K. V. egyéni vállalkozót, valamint a hivatalbóli kezdeményezőhöz tett bejelentésben feltüntetésre került a Phonsys Kft. is. A bejelentés tartalmazta a kizáró okok fenn nem állásáról szóló nyilatkozatokat is.

A Döntőbizottság a rendelkezésre álló okiratok alapján megállapította, hogy a kérelmezett a teljesítés során igénybe vette az SCS Expo Design Kft.-t vendéglátási szolgáltatások teljesítésére. Az alvállalkozói szerződésben (bérleti szerződés) foglaltak alapján az SCS Expo Design Kft. bérleti díjat fizet a kérelmezett részére és ellátja a vendéglátóipari tevékenységet. Az alvállalkozói minőség megállapításakor szolgáltatási szerződés esetében az a döntő, hogy a kérelmezett által ellátandó feladatot – jelen esetben a vendéglátóipari egység működtetését, a vendéglátás szolgáltatást – az alvállalkozó végezte el úgy, hogy a vendéglátóipari egységet bérelte és azt működtette, melynek bevétele a saját bevétele volt. A kérelmezett és az SCS Expo Design Kft. közötti szerződésből kitűnik, a felek abban állapodtak meg, hogy az SCS Expo Design Kft. végzi el a kérelmezett vendéglátóipari tevékenységét, melyet a közbeszerzési szerződés szerint a kérelmezett volt köteles elvégezni és biztosítani. A tevékenység elvégzését és a teljesítés megtörténtét az alvállalkozói szerződésben részes felek által kiállított számlák és teljesítésigazolások igazolják.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmezett által bevontan a szerződés teljesítésében az SCS Expo Design Kft. közvetlenül vett részt, alvállalkozónak minősült, ezért a kérelmezett kötelezettsége volt a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglaltak teljesítése az ajánlatkérő felé.

A Döntőbizottság a továbbiakban az alvállalkozó bejelentésére vonatkozó kérelmezetti kötelezettség Kbt. szerinti teljesítését vizsgálta.

Amennyiben a nyertes ajánlattevő a szerződés teljesítése során alvállalkozót vesz igénybe, köteles az ajánlatkérőnek bejelenteni. Ezen bejelentéssel együtt a nyertes ajánlattevőnek nyilatkoznia kell arról is, hogy az alvállalkozó nem áll kizáró okok hatálya alatt. A jogszabályok kógens rendelkezései előírják, hogy a gazdasági szereplő bevonását megelőzően, a bejelentéssel együtt kell nyilatkozni az igénybe venni kívánt alvállalkozók kizáró okok hatálya alá nem tartozásról. A bejelentés és nyilatkozat formájára vonatkozóan a Kbt. 138. § (3) bekezdése ugyan nem tartalmaz szabályokat, azonban a Kbt. 46. § (1) bekezdése alapján az ajánlatkérő minden egyes közbeszerzési eljárását – annak előkészítésétől az eljárás alapján kötött szerződés teljesítéséig – írásban vagy a közbeszerzési eljárás elektronikus lefolytatása esetén e törvény felhatalmazása alapján alkotott jogszabály szerint elektronikusan köteles dokumentálni.

A Döntőbizottság elsődlegesen azt vizsgálta, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítése során sor került-e az ajánlatban meg nem nevezett alvállalkozó bejelentésére. A kérelmezett ajánlatában megjelölte, hogy a teljesítés mely része vonatkozásában kíván alvállalkozót igénybe venni, azonban azokat az ajánlatában nem nevezte meg. A kérelmezett a bejelentést és a kizáró okok fenn nem állásáról szóló nyilatkozatot az ellenőrzési eljárás során terjesztette elő, a nyilatkozat kelte 2019. március 27. napja volt. Az ajánlatkérő állította, hogy ezt megelőzően nem történt alvállalkozói bejelentés a részére. Az alvállalkozó bejelentésére 2019. március 27. napján került sor, az alvállalkozó teljesítésének megkezdését (2018. április 27.) követően, nem pedig azt megelőzően. A bejelentésnek azonban előzetesnek – az alvállalkozó igénybevételel megelőzőnek – a kizáró okok fenn nem állásáról szóló nyilatkozat megtételével egyidejűnek kell lennie. Nem elegendő a kötelezettség teljesítéséhez, hogy utóbb akár a szerződés teljesítését követően a hatósági ellenőrzés során kerül csatolásra. A nyilatkozatot az ajánlatkérő felé címzetten, előzetesen és a kizáró okok fenn nem állásáról szóló nyilatkozattal egyidejűleg kell megtenni, nem lehet általános nyilatkozattal, utólag teljesíteni a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglalt kötelezettséget.

A Döntőbizottság megállapította, hogy az SCS Expo Design Kft. esetében az előzetes bejelentés nem történt meg, a kérelmezett bejelentési, nyilatkozattételi kötelezettségének a törvény által előírt időpontban nem tett eleget, ezért a kérelmezett terhére megállapította a Kbt. 138. § (3) bekezdésének megsértését.

A kezdeményezésben megjelölt további alvállalkozók, K.V. egyéni vállalkozó és a Phonsys Kft. vonatkozásában a Döntőbizottságnak elsődlegesen azt kellett vizsgálnia, hogy alvállalkozói minőségük megállapítható-e, és amennyiben igen, az ajánlatkérő felé a bejelentésük megtörtént-e. A Phonsys Kft.-re vonatkozóan egy, a kérelmezett által aláírt nyilatkozat állt rendelkezésre, melyben a kérelmezett hozzájárul ahhoz, hogy a Phonsys Kft. a termálfürdőt saját telephely céljára használhassa és a cégbíróságnál bejelentse. Az alvállalkozói minőség fennállását vizsgálva a Döntőbizottság arra a következtetésre jutott, hogy kétséget kizáróan nem állapítható meg, hogy a Phonsys Kft., mint alvállalkozó a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vett részt. Önmagában egy telephely használatára vonatkozó nyilatkozatból nem következik, hogy a kérelmezett a Phonsys Kft.-t a szerződés teljesítésébe bevonta, a nyilatkozat nem állapít meg a kérelmezett teljesítésére kiterjedő kötelezettséget a Phonsys Kft. részére, a kérelmezettnek a termálfürdő üzemeltetése körében nincs ilyen jellegű szerződésben vállalt feladata, ezért a Phonsys Kft. alvállalkozói minősége nem állapítható meg. Tekintettel arra, hogy a Phonsys Kft. és K. V. egyéni vállalkozó között jött létre megbízási szerződés a termálfürdő területén nyújtandó masszázis szolgáltatás ellátása körében, a teljesítésbe nem a kérelmezett vonta be K.V. egyéni vállalkozót, ezért alvállalkozónak sem minősül, K.V. tekintetében a kérelmezettnek nem volt a Kbt. 138. § (3) bekezdése szerinti bejelentési kötelezettsége.

27. A hivatalbóli kezdeményezés második eleme szerint a kérelmezett megsértette a Kbt. 134.§ (4) bekezdésében foglaltakat.

A Döntőbizottságnak e körben azt kellett vizsgálnia, hogy a teljesítési biztosíték a szerződésben foglalt feltételek szerint az ajánlatkérő rendelkezésére állt-e.

Az ajánlatkérő 2016. július 18. napján saját számlájáról 5.000.000.-Ft-ot utalt át egy Zalaszentgrót Fürdő Üzemelt, Pü. Bizt. elnevezésű számlára Átutalás (OTP-n belül), F. 9933, 11749053-15432443, Zalaszentgrót Város Önkormányzata, Cattani Partner Bt. kaució megnevezéssel. A kérelmezett nyilatkozatából megállapítható volt, hogy a közbeszerzési szerződésben kikötött teljesítési biztosíték rendelkezésre állását akként biztosította, hogy a közte és az ajánlatkérő között létrejött korábbi üzemeltetési szerződés lejártakor megfizetett biztosítékot az ajánlatkérő nem utalta vissza a kérelmezett részére, hanem azt beszámították a 2017. április 18. napján megkötött szerződésben kikötött teljesítési biztosítékba. A teljesítési biztosítékból fennmaradó 880.000.-Ft átutalása azonban a kérelmezett részéről 2017. június 9. napján történt meg annak ellenére, hogy a szerződés szerint a teljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátásának határideje a szerződéskötést követő 5 munkanapon belül – 2017. április 25. napján – lejárt anélkül, hogy a teljesítési biztosíték az előírt teljes összegben az ajánlatkérő rendelkezésére állt volna, és a hiányzó 880.000.-Ft kifizetése csak későbbi időpontban – 2017. június 9. napján – történt meg. A kérelmezett tehát megsértette a Kbt. 134. § (4) bekezdés második mondatában foglaltakat, mivel a szerződésben kikötött összegű teljesítési biztosíték az ajánlatkérő által előírt időpontban az előírt teljes összegben nem állt az ajánlatkérő rendelkezésére.

28. A kezdeményezés harmadik elemében a hivatalbóli kezdeményező a teljesítési biztosíték nem szerződésszerű rendelkezésre bocsátásával kapcsolatban a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltak ajánlatkérő általi megsértését állította. Álláspontja szerint az ajánlatkérő – a Kbt. 142. § (1) bekezdésben foglalt kötelezettsége körében nem hívta fel a kérelmezettet a szerződéses kötelezettsége teljesítésének – a biztosíték fennmaradó részének megfizetése – pótlására, és adott esetben ennek hiányában nem helyezte kilátásba a szerződés azonnali hatályú felmondását.

Az ajánlatkérőnek a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettsége, hogy köteles dokumentálni a szerződés teljesítésére vonatkozó adatokat, ennek keretében köteles ellenőrizni és dokumentálni a szerződéses kötelezettségek teljesítését, valamint a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést, annak okait és – adott esetben – a szerződésszegéssel kapcsolatos igények érvényesítését.

Az ajánlatkérő dokumentálási és ellenőrzési kötelezettségét nem csak a fenti joghely rögzíti, hanem a közbeszerzési szerződés VII. 1. pontjában kifejezetten elő is írták a felek, hogy a kérelmezett súlyos szerződésszegésének tekintik különösen azt az esetet, ha a IV. 6. pontban meghatározott biztosíték összegét a IV. 7. pontban meghatározott határidőben a kérelmezett nem teljesíti. Az ajánlatkérő dokumentálási, ellenőrzési kötelezettségének körét tehát egyrészt a Kbt., másrészt a felek közötti szerződés rendelkezései tartalmazzák, melyek külön nevesítik azokat a szerződésszegési eseteket, a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést, amelyek megalapozzák az ajánlatkérő dokumentálási és ellenőrzési kötelezettségét. Ezen túlmenően a Kbt. ellenőrzési és dokumentálási kötelezettséget ír elő a szerződéses kötelezettségek vonatkozásában is, tehát nem kizárólag a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítés esetére. A törvényi szabályozás célja az, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítését, nemteljesítését, vagy nem szerződésszerű teljesítését felügyelje, ellenőrizze és dokumentálja, melynek kezdő időpontja nyilvánvalóan a szerződés létrejöttének napja, az ellenőrzési és dokumentálási kötelezettség befejezése a szerződés teljesítésének befejezéséhez kötődik. Az ajánlatkérői kötelezettség időtartama és határideje nyilvánvalóan a szerződésben foglalt rendelkezésektől függ. Jelen esetben éppen a hosszú, 10 éves üzemeltetési időszakra tekintettel is különösen indokolt a teljesítés ellenőrzése és dokumentálása. Az ajánlatkérő maga is akként nyilatkozott, hogy a hiányzó biztosíték összegének teljesítésére vonatkozóan, annak pótlása és hiánya esetén jogkövetkezmények kilátásba helyezésére írásbeli intézkedést nem tett. Nem fogadta el a Döntőbizottság az ajánlatkérő azon hivatkozását, hogy az esedékes havidíj átutalásával (2017. június 16.) bevárta a biztosíték hiányzó összegének befizetését (2017. június 9.), és ez azt bizonyítja, hogy figyelemmel kísérte a teljesítést és a biztosíték pótlását, de egyéb intézkedést nem tett. A dokumentálási és ellenőrzési tevékenység megvalósulásához nem elegendő, hogy a biztosíték egy része rendelkezésre állt és az egyébként havonta pontosan meg nem határozott időpontban fizetendő üzemeltetési díjat a teljes összeg rendelkezésre állása után fizette meg az ajánlatkérő a kérelmezett részére. A szerződéses kötelezettség teljesítése nem történt meg a kérelmezett részéről, az ajánlatkérőnek erre vonatkozóan szükséges lett volna a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltak alapján intézkedést tennie és azt dokumentálnia, mivel a súlyos szerződésszegés ténye bekövetkezett, amely a fentiekben részletezett valamely ajánlatkérői magatartás – dokumentálás, ellenőrzés – megtételét vonta volna maga után. Ezt a kötelezettségét az ajánlatkérő elmulasztotta teljesíteni, ezért a Döntőbizottság az ajánlatkérő terhére megállapította a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltak megsértését.

29. A negyedik kezdeményezési elem tekintetében a Döntőbizottság elsődlegesen az eljárásjogi feltételek meglétét vizsgálta, vagyis azt, hogy e kezdeményezési elem érdemi elbírálása nem ütközik-e eljárásjogi akadályba.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a harmadik kezdeményezési elem alapos volta miatt a negyedik kezdeményezési elem elbírálására okot adó körülmény már nem áll fenn, vagyis e vonatkozásban az eljárás okafogyottá vált, tekintettel arra, hogy jelen kezdeményezési elem vizsgálatát – vagylagos kezdeményezési elemként – arra az esetre kérte a hivatalbóli kezdeményező, ha a harmadik kezdeményezési elemnek nem adna helyt a Döntőbizottság. Figyelemmel arra, hogy a negyedik kezdeményezési elem egyebekben alapelvi jogsértés megállapítására vonatkozó indítványt tartalmazott, a harmadik kezdeményezési elemben ugyanazon jogsértés vonatkozásában tételes jogsértés megállapítására került sor, többlettényállási elem előterjesztésének hiányában alapelvi jogsértés megállapítására nem került sor.

A Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárására az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) rendelkezéseit kell alkalmazni e törvény, valamint az e törvény felhatalmazása alapján alkotott végrehajtási rendelet kiegészítő vagy eltérő rendelkezéseinek figyelembevételével.

Az Ákr. 47. § (1) bekezdés c) pontja szerint a hatóság az eljárást megszünteti, ha az eljárás okafogyottá vált.

30. Mindezek alapján a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján megállapította, hogy az első kezdeményezési elem tekintetében a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdésében, a második kezdeményezési elem vonatkozásában a Kbt. 134. § (4) bekezdésében foglaltakat, valamint a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján döntött a jogsértések súlyosságáról. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján megállapította, hogy a harmadik kezdeményezési elem vonatkozásában az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltakat, míg a negyedik kezdeményezési elem tekintetében az Ákr. 47. § (1) bekezdés c) pontja alapján a jogorvoslati eljárást megszüntette.

31. A hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján kezdeményezte a jogorvoslati eljárást, ezért a Döntőbizottságnak a megállapított jogsértésekre tekintettel további jogkövetkezményként bírságot kellett kiszabnia a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontja szerint.

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

A Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint a Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének – továbbá a 62. § (1) bekezdés q) pont szerinti jogsértés megállapítása esetén az eltiltás időtartamának – megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

- a) a jogsértés súlyát,
 - b) a közbeszerzés tárgyát és értékét,
 - c) a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását,
 - d) az e törvénybe ütköző magatartásnak az adott közbeszerzés vonatkozásában történt ismételt tanúsítását,
 - e) a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot,
 - f) támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat
- figyelembe veszi. A bírság összegének és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

32. A Döntőbizottság a kérelmezettel szemben kiszabott bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a becsült érték nettó 48.000.000.-Ft., míg a szerződéses érték 117.600.000.-Ft. A Döntőbizottság a bírság mértékének meghatározásakor a Kbt. 165. § (11) bekezdésében foglaltak szerint az eset összes körülményét értékelte, különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, továbbá azt, hogy a jogsértés nem reparálható, valamint azt, hogy a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre nem volt befolyása, továbbá a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között viszonylag hosszú idő telt el. A Döntőbizottság figyelembe vette, hogy a kérelmezett vonatkozásában egy eljárásban több jogsértés megállapítására került sor, valamint a közbeszerzés nem támogatásból valósult meg.

A Döntőbizottság a jogsértés súlya tekintetében az eset összes körülményét figyelembe véve rögzíti, hogy a kérelmezetti jogsértések súlyosnak minősülnek, tekintettel arra, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítésére vonatkozó garanciális jellegű szabályokat sértettek. Ezen szabályok célja, hogy az alapvetően polgári jogi szabályozás alapján teljesítendő szerződés teljesítési szakaszában a polgári jog diszpozitív szabályozásával szemben a közbeszerzési alapelvek kógens alkalmazásával megakadályozza a közbeszerzési eljárás szabályainak utólagos figyelmen kívül hagyását. Mindkét kérelmezetti jogsértés esetén ez különösen hangsúlyos, mivel a kérelmezett ajánlatában nem nevezte meg az igénybe venni kívánt alvállalkozókat, ugyanakkor a teljesítés során nem maga végezte el a feladatot, hanem alvállalkozó bevonására került sor, melyről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása. A közpénzek ésszerű és hatékony felhasználása, valamint az átláthatóság, nyilvánosság, ellenőrizhetőség elvének érvényesülése érdekében ennek jelentős szerepe van a szerződés teljesítési szakasza során is. Az alvállalkozói kör átláthatóságának fontosságát rögzíti a 2014/24/EU irányelv is és ennek érdekében azt, hogy az ajánlatkérő megismerhesse azon személyek, szervezetek körét és legalapvetőbb adataikat, jogi megfelelőségük igazolását, amelyek a fővállalkozó helyett a teljesítést ténylegesen megvalósítják, és amelyet az ajánlatkérő közpénzből fizet. A teljesítési biztosíték szerepe, a rendelkezésre állásának szigorú szabályai a kérelmezett teljesítését és annak elmaradásával felmerülő költségek megtérülését hivatottak biztosítani és a közpénzek felhasználásának biztonságát garantálják.

33. A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben kiszabott bírság tekintetében az eset összes körülményét értékelte, különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, továbbá azt, hogy a jogsértés nem reparálható, valamint azt, hogy a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre nem volt befolyása, továbbá a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között viszonylag hosszú idő telt el. A Döntőbizottság figyelembe vette, hogy a közbeszerzés nem támogatásból valósult meg.

A Döntőbizottság ezért az eset összes körülményét figyelembe véve, a fentebb ismertetett szempontok együttes mérlegelése alapján a rendelkező részben meghatározott összegű bírságot szabta ki a kérelmezett és ajánlatkérő terhére, amely összeg nem éri el a Kbt. 165. § (7) bekezdésében meghatározott maximális mértéket.

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

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

36. A határozat ellen a Kbt. 170. § alapján indítható közigazgatási per.

37. 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. október 4.

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk.
a tanács elnöke
közbeszerzési biztos

Bán János sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Virágh Norbert sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
2. Zalaszentgrót Város Önkormányzata Dr. Simon Beáta kamarai jogtanácsos
3. Cattani Partner Kft.
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága