



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.55/14/2020.

A tanács tagjai: Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke,
Berekméri Ágnes közbeszerzési biztos, Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos

A kérelmező: Wártsilä Hungary Kft.
(Budaörs, Gyár utca 2.)
A kérelmező képviselője: Dr. Bagdy Emese ügyvéd
(Budapest, Városligeti fasor 8/B. fszt. 9-10.)

Az ajánlatkérő: FŐTÁV-Kiserőmű Villamos energia-, Hőtermelő és
Hőszolgáltató Kft.
(Budapest, Kalotaszeg utca 31.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Rácz Zsolt ügyvéd
(Budapest, Bojtár u. 64-66.)

A beszerzés tárgya, értéke: Gázmotoros kiserőművek üzemeltetése, karbantartása,
EKR001507342019, nettó 130.000.000.-Ft

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság a jogorvoslati kérelemnek részben helyt ad és a második kérelmi elem körében megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó Kbt. 53. § (4) bekezdésére figyelemmel a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjában, ezzel együtt a Kbt. 75. § (3) bekezdésében foglaltakat, ezért a Döntőbizottság megsemmisíti az ajánlatkérő 2020. február 3. napján kelt és 2020. február 4. napján megküldött eljárást lezáró döntését, valamint a 2020. február 12. napján módosított összegezését.

A Döntőbizottság az első kérelmi elemet elutasítja.

A Döntőbizottság az ajánlatkérőt 2.000.000.-Ft, azaz kettőmillió forint bírság megfizetésére kötelezi.

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

Kötelezi a Döntőbizottság az ajánlatkérőt, hogy a határozat kézbesítésétől számított 8 napon belül fizessen meg a kérelmező részére 475.000.-Ft, azaz négyszázhetvenötezer forint igazgatási szolgáltatási díjat, valamint 80.000.-Ft, azaz nyolcvanezer forint ügyvédi munkadíjat.

A Döntőbizottság felhívja a Közbeszerzési Hatóság Titkárságát, hogy a kérelmező számlájára jelen határozat megküldésétől számított 8 napon belül utaljon vissza 175.000.-Ft, azaz százhetvenötezer forint igazgatási szolgáltatási díjat a kérelmező részére.

Ezt meghaladóan 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 eljárás előkészítése során 2019. november 21-én az ajánlatkérő feltöltötte nyilatkozatát az EKR-be, mely szerint az eljárásban rendelkezésére álló fedezet összege 130 millió Ft. Az ajánlatkérő 2019. november 26-án összefoglaló tájékoztatást tett közzé, melyben az eljárás iránti érdeklődés jelzésének határideje 2019. december 3. 10:00 óra/perc volt. A kérelmező 2019. november 26-án jelezte érdeklődését. Az ajánlatkérő 2019. december 6-án a Kbt. 113. § szerinti nyílt közbeszerzési eljárását megindította. Az eljárást megindító felhívását közvetlenül megküldte az NRG Kft., a HUNTRACO Zrt. és az ALTEO Energiaszolgáltató Nyrt. gazdasági társaság részére.

2. A felhívás releváns részei:

II.1.4) A közbeszerzés mennyisége: A 3 telephelyen üzemelő 5 db Deutz gyártmányú - 4db TCG 2020 V20 és 1db TBG 620 V16K típusú - gázmotor üzemeltetése, karbantartása és javítása 18 hónapos időtartamra keretszerződés alapján.

II.2.6) Becsült érték: Érték áfa nélkül: 130 000 000 Pénznem: HUF

II.2.7) A szerződés időtartama hónapban: 18

II.2.12) Európai uniós alapokra vonatkozó információk

A közbeszerzés európai uniós alapokból finanszírozott projekttel és/vagy programmal kapcsolatos Nem

IV.1.2) Keretmegállapodásra vagy dinamikus beszerzési rendszerre vonatkozó információk

A hirdetmény keretmegállapodás megkötésére irányul Nem

IV.2.2) Ajánlattételi határidő: Dátum, helyi idő: 2019.12.16 10:00 óra/perc

IV.2.4) Az ajánlati kötöttség minimális időtartama: (ajánlati felhívás esetében) napban: 30

3. Az ajánlatételi határidőre, 2019. december 16-ra két ajánlat érkezett. Az ajánlatkérő a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét a bontási eljárásakor ismertette, mely nettó 130.000.000.-Ft volt.

	Kérelmező	ALTEO Nyrt.
Rendelkezésre állási garancia	90	90
Megbízhatósági garancia	93	91,5
Deutz alkatrészlista listaárából biztosított engedmény mértéke	10	10
Üzemeltetés havi díja (Ft/hó)	2 993 224	3 185 000
Hibaelhárítás és karbantartás óradíja (munkanap 07:00 – 20:00)	9 240	8 000
Hibaelhárítás és karbantartás óradíja (munkanap 19:00 – 07:00)	13 500	16 000
Hibaelhárítás és karbantartás óradíja (szombat 00:00 – 24:00)	15 000	16 000
Hibaelhárítás és karbantartás óradíja (vasárnap 00:00 – 24:00)	15 000	16 000
E30 Szerviz tevékenység díja /alkalom (munkadíj + anyagköltség)	893 548	689 000
E40 Szerviz tevékenység díja/alkalom (munkadíj + anyagköltség)	3 720 972	2 258 000
E50 Szerviz tevékenység díja/alkalom (munkadíj + anyagköltség)	28 490 859	26 633 000
E60 Szerviz tevékenység díja/alkalom (munkadíj + anyagköltség)	56 186 529	28 664 000
Tűzjelző berendezések negyedéves karbantartásának díja /berendezés	39 000	37 700
Tűzjelző berendezések eseti hibaelhárítása Ft/óra	7 800	12 000
Gázveszélyjelző és végberendezések negyedéves karbantartásának díja /berendezés	54 000	53 900
Gázveszélyjelző és végberendezések eseti hibaelhárítása	7 800	12 000

4. Az ajánlatkérő 2019. december 18-án hiánypótlási felhívást intézett az ajánlattevőkhöz. A hiánypótlás határidejére, 2019. december 19. 14:00 órára a kérelmező a hiánypótlást teljesítette.

5. Az ajánlatkérő 2020. január 8-án további hiánypótlási felhívást intézett az ALTEO Nyrt. ajánlattevő felé. A hiánypótlás teljesítésére nyitva álló határidő: 2020. január 9. 16:00 óra volt.

6. 2020. január 14-én az ajánlatkérő az ajánlati kötöttség fenntartására kérte az ajánlattevőket: „Az ajánlatok bírálatának időigényességére tekintettel a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (továbbiakban: Kbt.) 70. § (2) bekezdésének rendelkezései alapján a FŐTÁV-Kiserőmű Kft. (székhely: 1116 Budapest, Kalotaszeg u. 31.) mint ajánlatkérő által indított, „Gázmotoros kiserőművek üzemeltetése, karbantartása és javítása” tárgyú közbeszerzési eljárása során benyújtott ajánlatokkal kapcsolatban ajánlatkérő ezúton felkéri a Tisztelt Ajánlattevőket, hogy ajánlatukat az ajánlati kötöttség lejártának eredeti időpontjától számított további 60 napig fenntartani szíveskedjenek. Kérjük, hogy nyilatkozatukat

legkésőbb 2020. január hó 15. nap 15:00 óráig az EKR-en keresztül küldjék meg. A Kbt. 70. § (2) bekezdésének rendelkezései alapján tájékoztatjuk a Tisztelt Ajánlattevőket, hogy amennyiben az ajánlattevők az ajánlatkérő által megadott határidőben nem nyilatkoznak, úgy kell tekinteni, hogy ajánlatukat az ajánlatkérő által megjelölt időpontig fenntartják. Amennyiben ajánlattevők ajánlatukat nem tartják fenn, az ajánlati kööttség lejártának eredeti időpontját követően az eljárás további részében az értékelés során ajánlatukat figyelmen kívül kell hagyni.”

7. A kérelmező 2020. január 14-én, az ALTEO Nyrt. 2020. január 15-én nyilatkozott, hogy fenntartják az ajánlatukat.

8. 2020. február 4-én az ajánlatkérő közzétette az összegezését, amely szerint az eljárás nem volt eredményes, az V1.1. pontja értelmében az eljárást eredménytelenné nyilvánítja, melynek oka:

„Ajánlatkérő a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja alapján a szerződés megkötésére vagy teljesítésére képtelenné vált a rendelkezésre álló anyagi fedezet részben történő elvonása miatt.

Ajánlatkérő a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét a bontási eljáráskor ismertette.

A Budapesti Távhőszolgáltató Zrt., mint a FŐTÁV-Kiserőmű Villamos energia-, Hőtermelő és Hőszolgáltató Kft. egyedüli tagja 2020. január 23. napján úgy döntött, hogy a FŐTÁV-Kiserőmű Kft. 2020. december 31. utáni időszakra vonatkozóan új kötelezettséget ne vállaljon. Ezen időszak tekintetében a kötelezettségvállalások fedezetét elvonja.

A szerződés megkötését megtagadták: Nem

V.1.2) A befejezetlen eljárást követően indul-e új eljárás? Igen”

9. A 2020. február 3. napján készült összegezés alapján az eljárásban az alábbi ajánlattevők tettek ajánlatot:

„a) ALTEO Energiaszolgáltató Nyrt. (1131 Budapest, Babér u. 1-5.),

b) Wärtsilä Hungary Kft. (2040 Budaörs Gyár Utca 2).

Az ajánlattételi határidő leteltét követően az ajánlatkérő nem köteles az ajánlatokat elbírálni, ha bizonyítani tudja, hogy az ajánlattételi határidő leteltét követően beállott, ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt a szerződés teljesítésére nem lenne képes, vagy ilyen körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye. A fentiekre és az V.1.1) pontban feltüntetett indoklásra tekintettel Ajánlatkérő a Kbt. 53. § (4) bekezdésében foglaltak alapján a benyújtott ajánlatokat nem bírálta el.”

10. A kérelmező 2020. február 7-én a Kbt. 80. §-a alapján előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be a jogorvoslati kérelmével megegyező tartalommal, amelyben iratbetekintési kérelmet is előterjesztett az ALTEO Nyrt. ajánlatába és hiánypótlásába.

11. Az ajánlatkérő 2020. február 12-én módosította az összegezést az alábbiak alapján:

„V.1.1) A befejezetlen eljárás oka

A közbeszerzési eljárást eredménytelennek minősítették: Igen

Az eredménytelenség indoka:

Ajánlatkérő a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja alapján a szerződés megkötésére vagy teljesítésére képtelenné vált a rendelkezésre álló anyagi fedezet részben történő elvonása miatt.

Ajánlatkérő a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét a bontási eljáráskor ismertette.

A Budapesti Távhőszolgáltató Zrt., mint a FŐTÁV-Kiserőmű Villamos energia-, Hőtermelő és Hőszolgáltató Kft. egyedüli tagja 2020. január 23. napján úgy döntött, hogy a FŐTÁV-Kiserőmű Kft. 2020. december 31. utáni időszakra vonatkozóan új kötelezettséget ne vállaljon. Ezen időszak tekintetében a kötelezettségvállalások fedezetét elvonja.”

VI.1.2) Az összegezés elkészítésének időpontja: 2020.02.03

VI.1.3) Az összegezés megküldésének időpontja: 2020.02.04

VI.1.8) Az összegezés javításának időpontja: 2020.02.12

VI.1.9) A javított összegezés megküldésének időpontja: 2020.02.12

VI.1.10) További információk:

1.) Az eljárásban az alábbi ajánlattevők tettek ajánlatot:

a) ALTEO Energiaszolgáltató Nyrt. (1131 Budapest, Babér u. 1-5.),

b) Wärtsilä Hungary Kft. (2040 Budaörs Gyár Utca 2).

2.) Az ajánlattételi határidő leteltét követően az ajánlatkérő nem köteles az ajánlatokat elbírálni, ha bizonyítani tudja, hogy az ajánlattételi határidő leteltét követően beállott, ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt a szerződés teljesítésére nem lenne képes, vagy ilyen körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye. A fentiekre és az V.1.1) pontban feltüntetett indoklásra tekintettel Ajánlatkérő a Kbt. 53. § (4) bekezdésében foglaltak alapján a benyújtott ajánlatokat nem bírálta el.”

12. 2020. február 12-én az ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelmét elutasította, ezt követően 2020. február 13-án 12 órakor sor került az iratbetekintésre.

A jogorvoslati kérelem

13. A kérelmező 2020. február 21. napján előterjesztett jogorvoslati kérelmében kérte, hogy a Döntőbizottság az ajánlatkérő 2020. február 4. napján megküldött, majd 2020. február 12. napján módosított összegezését, annak jogszabálysértő volta miatt a Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pontja alapján semmisítse meg és kötelezze az ajánlatkérőt az eljárás során felmerült költségei megfizetésére. A kérelmező két kérelmi elemet terjesztett elő, álláspontja szerint az ajánlatkérő a Kbt. 70. § (1) bekezdésében meghatározott ajánlati kötöttséget megsértette, valamint megsértette a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjában, a Kbt. 53. § (4) bekezdésében foglaltakat, mert jogalap nélkül nyilvánította az eljárását eredménytelenné.

14. Az első kérelmi elemben foglaltak szerint az ajánlatkérő nem tett eleget a Kbt. 70. § (1) bekezdésében foglalt azon alapvető követelménynek, amely szerint ajánlatkérő az ajánlatokat a lehető legrövidebb idő alatt köteles elbírálni. A Kbt. 70. § (2) bekezdése alapján az ajánlatkérőnek lehetősége van arra, hogy indokolt esetben meghosszabbítsa az ajánlati kötöttség időpontját. A tárgybeli szakaszhoz fűzött Kommentár szerint indokolt eset elképzelhető különösen akkor, ha az ajánlatok gyorsabb elbírálására nem volt lehetősége az ajánlatkérőnek, méltányolható okból, például azok jelentős száma, vagy a feltárt hiányosságok terjedelme, vagy többszöri hiánypótlás elrendelésének szükségessége miatt. Tárgybeli esetben mindösszesen két ajánlat érkezett az eljárásban. Ezen túl, az ajánlatkérő már az ajánlattételi határidő lejártát követő második napon hiánypótlásra hívta fel az ajánlattevőket, meglehetősen szűk, egy napos határidőt szabva a hiányok pótlására. Majd ezt követően, 2019. december 19 - 2020. január 8. napjáig érdemi cselekmény nem történt az eljárásban, 2020. január 8. napján pedig lényegesnek nem nevezhető, pusztán egy pontosítást elváró hiánypótlási felhívás került kiküldésre az ALTEO Nyrt-nek. Az ajánlatkérő a hiánypótlására nyitva álló határidőt ismét egy napban jelölte meg. Ezt követően az ajánlatkérőnek hat teljes napja volt arra, hogy a bírálatot befejezze az eljárásban.

Az ajánlatkérő, az előzetes vitarendezési kérelemre vonatkozó válaszában előadta, hogy figyelemmel arra, hogy a Kbt. nem ír elő indokolási kötelezettséget az ajánlati kötöttség meghosszabbítása tekintetében, így azt az ajánlatkérő egyoldalúan, egyéb okra hivatkozással, a jogszabály adta lehetőségénél fogva megteheti.

A kérelmező álláspontja szerint a Kbt. kógens jellegénél fogva, továbbá a Kbt. 2. § (1) bekezdésében meghatározott alapelv (verseny tisztaságának, átláthatóságának, nyilvánosságának ajánlatkérő által történő biztosítása), továbbá a Kbt. 70. § (1) bekezdése és az ahhoz fűzött Kommentár – amely a joggyakorlat alapulvételével került megfogalmazásra - alapján, az ajánlati kötöttség jogintézménye veszik el, ha az ajánlatkérő nem tudja indokolni, megfelelően alátámasztani, hogy mely objektív körülmény indokolta, hogy az ajánlatok bírálatát nem tudta a megadott határidőn belül elvégezni és miért volt szükséges az ajánlati kötöttség meghosszabbítására. Amennyiben valóban bármilyen objektív körülmény indokolta volna a meghosszabbítást, úgy a kérelmező számára nem fogadható el, hogy azt ajánlatkérő miért nem indokolta meg az előzetes vitarendezésre adandó válaszában. Mindezek alapján a kérelmező álláspontja szerint az ajánlatkérő Kbt. 70. § (1) bekezdése vonatkozásában kifejtett véleménye teljes mértékben megalapozatlan.

Fentiek alapján álláspontja szerint kétséget kizáró módon megállapítható, hogy sem a tárgyi eljárás bonyolultsága – Kbt. 113. § szerinti eljárás, olyan tárgykörben, amelyre az ajánlatkérő rendszeresen kiír közbeszerzési eljárást -, sem az ajánlattevők létszáma – mindössze két szereplő -, sem pedig az esetleges hiányosságok pótlása nem indokolta az ajánlati kötöttség meghosszabbítását, így e tekintetben ajánlatkérő megsértette a Kbt. 70. § (1) bekezdését.

15. A második kérelmi elemben foglaltak szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontját, mert ezen pontra jogsértően állapította meg az eljárás eredménytelenségét.

Hangsúlyozta, hogy a tárgybeli eljárás egy 18 hónapos intervallumra vonatkozó, legfeljebb 130 millió forint keretösszeget magába foglaló vállalkozási keretszerződés megkötésére irányult. Az EKR rendszerbe feltöltött szerződéstervezet 5.1. pontja alapján az ajánlatkérő a keretösszeg lehívására nem vállalt kötelezettséget.

Álláspontja szerint tárgybeli esetben több feltétel sem teljesült, holott már egy feltétel hiánya is megalapítja az eredménytelenség megállapításának jogszabálysértő voltát.

Az „ellenőrzési körön kívül eső” fogalmi elem körében kiemelte, hogy az ajánlatkérő egyszemélyes korlátolt felelősségű társaság, egyedüli tulajdonosa a Budapesti Távhőszolgáltató Zrt., aki az ajánlatkérő által hivatkozott, a 2020.01.23. napján kelt, eredménytelenséget megalapozó döntést hozta.

Az ellenőrzési körön kívül eső körülmények külön nem kerültek ugyan szabályozásra a Kbt-ben, azonban az irányadó joggyakorlat, különösen a Ptk. felelősségi szabályai alapján, analógia útján álláspontunk szerint megállapítható, hogy olyan körülmények, események tartozhatnak ebbe a körbe, amelyre az ajánlatkérőnek nem volt ráhatása, tehát tőle teljesen független okból következett be.

A Ptk. 3:109. § (1)-(2) és (4) bekezdése az alábbiak szerint fogalmaz:

„(1) A gazdasági társaság tagjainak döntéshozó szerve a legfőbb szerv.

(2) A gazdasági társaság legfőbb szervének feladata a társaság alapvető üzleti és személyi kérdéseiben való döntéshozatal. A legfőbb szerv hatáskörébe tartozik a számviteli törvény szerinti beszámoló (a továbbiakban: beszámoló) jóváhagyása és a nyereség felosztásáról való döntés.

(4) Egyszemélyes társaságnál a legfőbb szerv hatáskörét az alapító vagy az egyedüli tag gyakorolja. A legfőbb szerv hatáskörébe tartozó kérdésekben az alapító vagy az egyedüli tag írásban határoz és a döntés az ügyvezetéssel való közléssel válik hatályossá.”

Fentiek alapján álláspontja szerint valóban tény, hogy az ajánlatkérő és annak tulajdonosa személye elválik egymástól, azonban mivel egyszemélyes társaság esetén a tulajdonos dönt, amely döntését közli az ügyvezetéssel, aki foganatosítja a döntést, a jelen helyzetben megállapítható, hogy az alapító egyszemélyében dönt a fedezet – költségvetés – meglétéről, biztosításáról, szerződéses kötelezettség vállalásáról, majd ő maga dönt annak elvonásáról, kötelezettségvállalás megtiltásáról, amely ekként nem értelmezhető ellenőrzési körön kívülinek.

Mindezt alátámasztja a konszernfelelősség létezése is (Ctv. 118/A. §), amely a korlátolt felelősségű társaság tagjának felelősségét rendezi, azaz szankcionálja, ha az egyébként korlátolt felelősséggel rendelkező tag e minőségével és felelősségével visszaél. A közbeszerzési törvény jogalkotói – a közbeszerzés kógens jellegéből kiindulva - nyilvánvalóan nem kívántak a gazdasági jog, cégjogi szabályokkal ellentétes felelősségi formát alapul venni, amikor az ellenőrzési körön kívüliség fogalmát megalkották.

Az „előre nem láthatóság” klauzulája körében előadta, hogy a tárgybeli közbeszerzési eljárás 2019. december 6. napján indult, az ajánlattételi határidő 2019. december 16. napján járt le, az eredménytelenséget megalapozó döntés pedig 2020. január 23. napján született, azaz közbeszerzési és költségvetési szempontból az eljárás megindítása és az eredménytelenséget megalapozó döntés meghozatala között igen rövid idő telt el.

A Döntőbizottság D.563/10/2019. döntésében vizsgálta az előre nem láthatóság fogalmát és megállapította, hogy a Kbt. 2. § (4) bekezdése alapján, a közbeszerzési eljárásokat a közpénzek hatékony felhasználásának és a felelős gazdálkodásnak szem előtt tartásával kell lefolytatni. Mindezek alapján, egy közpénzekkel jogszerűen gazdálkodó szereplő, különösen egy egyszemélyes társaság, megalapozottan nem hivatkozhat arra, hogy alig 2 hónappal a fedezet elvonásáról szóló döntést megelőzően indított eljárás esetén, nem látta előre, hogy a tárgybeli eljárás fedezete rendelkezésére áll-e avagy sem.

Miként hivatkozott döntésében a Döntőbizottság is megállapította, a közbeszerzések tekintetében az ajánlatkérőt szigorú tervezési, előkészítési kötelezettségek terhelik, amelyek jogszabályszerű és prudens végrehajtása alkalmával az ilyen helyzetek elháríthatók. Amennyiben ajánlatkérő ezt a megfelelő tervezést, előkészítést nem hajtja végre, saját felróható magatartására hivatkozva nem nyilváníthatja eredménytelenné az eljárást.

A szerződés teljesítésére való képtelenség /elállás vagy felmondás körében arra hivatkozott a kérelmező, hogy az ajánlatkérő egy olyan keretszerződést kívánt kötni, amelyben lehívási kötelezettséget nem vállalt, azaz, ha ajánlatkérő nem tud vagy nem akar, akkor nem rendel meg munkát a nyertestől, ekként kötelezettsége sem keletkezik a szerződésből.

Az ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelemre vonatkozó elutasító válaszában akként fogalmazott, hogy a keretszerződés jelleg nem bír relevanciával, mert a döntésben foglalt időbeliséget is figyelembe kell venni, nem pusztán az anyagi ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit. Álláspontunk szerint a kettő nem választható külön, ráadásul a vonatkozó jogszabályi rendelkezések alapján az eset összes lényeges körülményét figyelembe véve kell tudnia az ajánlatkérőnek megállapítani, hogy a szerződés teljesítésére nem képes. Az összes körülmény értékelésébe pedig nyilvánvalóan beletartozik a lehívási kötelezettség kizárása, különös tekintettel arra, hogy ezzel gyakorlatilag az ajánlatkérőt terhelő egyetlen teljesítési kötelezettség – lévén a fizetési kötelezettség – kerül szabályozásra oly módon, hogy az teljesen az ajánlatkérőtől függ. Az ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelemre adott

válaszban azt is előadta, hogy egyébként a felmondásnak és/vagy elállásnak is helye lenne, de ennek indokát, alapját nem adta meg.

16. A kérelmező további észrevételében az ügyfélképessége vonatkozásában előadta, hogy a jelen eljárás megindításához, a kérelem benyújtásához fűződő jogos érdeke fennáll az alábbiak szerint.

Az ajánlatkérő úgy nyilatkozott, hogy a felolvasólapok tartalma alapján megállapítható, hogy kérelmező a második helyezett lenne ajánlattevő lenne, így a jogorvoslati kérelem pozitív, kérelemnek helyt adó elbírálása esetén sem jelentkezne semmilyen változás a kérelmező ajánlattevői helyzetében. Álláspontja szerint, bár a bontási jegyzőkönyvből látszik, hogy az ALTEO Nyrt. adta a legkedvezőbb ajánlatot, azonban az iratismertetés során a kérelmező által is megismert, az ALTEO Nyrt. által az ajánlattételi határidőt követően benyújtott iratok - árándokolás - alapján, kérelmező arra az álláspontra jutott, hogy abban az esetben, ha ajánlatkérő bírálná az ajánlatokat, úgy a kérelmező lenne az első helyezett. Abban az esetben, ha az eljárás eredményes – vagyis a jogorvoslati kérelem alapján a Döntőbizottság megsemmisíti az összegezést – kerülhet abba a helyzetbe az ajánlatkérő, hogy bírál és ennek alapján nyertest hirdet, és a kérelmező, mint ajánlattevő, akkor kerülhet abba a helyzetbe, hogy – amennyiben mégsem ő lenne a nyertes - esetlegesen kifogásolja a végeredményt. A kérelmező jogos érdeke tehát fennáll.

17. A kérelmező az ajánlati kötöttség megsértése tekintetében változatlanul fenntartotta az e körben korábban előadottakat. Álláspontja szerint a Kbt., mint kógens jogszabály, rendelkezéseit nem lehet kiterjesztően értelmezni. Amennyiben így járnánk el, úgy az „egyéb okra” hivatkozással bármikor, bármilyen nyomós ok nélkül halasztható lenne a közbeszerzési eljárások érdemi lezárása, amely teljes mértékben kiüresítené az ajánlati kötöttség fogalmát. Úgyszintén nem hagyható figyelmen kívül az alapelv, amely a közpénzekkel való hatékony és felelős gazdálkodást rögzíti (Kbt. 2. § (4) bekezdése), és amelyből kérelmező álláspontja szerint egyenesen következik, hogy az ajánlatkérő bármilyen „egyéb okra” hivatkozással nem tolhatja ki az ajánlati kötöttség időpontját.

Az a körülmény, hogy a kérelmező maga is nyilatkozott az ajánlati kötöttség meghosszabbításához történő hozzájárulásról, önmagában nem teszi ellentmondássá a jogorvoslati kérelemben foglaltakat, különös tekintettel arra, hogy amikor kérelmező a meghosszabbításról nyilatkozott, még nem lehetett annak tudatában, hogy esetlegesen vannak-e és ha igen, milyen lényeges akadályozó tényezők, amelyek az időben történő elbírálást kizárják, nehezítik. Az iratismertetéskor kérelmező számára is egyértelművé vált, hogy a benyújtott dokumentumok alapján a döntést objektíve meg tudta volna hozni az ajánlatkérő az ajánlati kötöttség eredeti időtartama alatt, azonban ezt nem tette meg és még a jelen eljárásban sem adta ennek indokát.

18. Az eljárás eredménytelensége körében is fenntartotta a kérelmező a korábban előadottakat, különösen a Ptk. 3:109. § (4) bekezdésében foglaltakat. Abban osztotta az ajánlatkérő álláspontját, hogy az ajánlatkérő és annak tulajdonosa két különálló entitás. Azonban éppen azon speciális körülmény folytán, hogy egyszemélyes társaságról van szó, nem választható szét a tulajdonos személye a társaságtól. A tulajdonos ugyanis dönt, utasítást ad az ügyvezetőnek – ahogyan az ajánlatkérő is fogalmazott -, majd az ajánlatkérő ügyvezetője végrehajtja a döntést. Így alakul az egyszemélyes társaság esetében valamennyi döntés, a közbeszerzési eljárás megindítása, valamint annak befejezése – adott esetben eredménytelenné nyilvánítása – is. A Kbt. 75. § (2) a) kontextusában különösen az vizsgálendő, hogy mennyiben valósult meg az ellenőrzési körön kívüliség, előre nem láthatóság. Egy egyszemélyes társaság esetében, amennyiben az egyedüli tulajdonos – aki a

fedezetet egyébként biztosítja - úgy dönt, elvonja a fedezetet, kérelmező álláspontja szerint nem minősülhet ellenőrzési körön kívülinek, és előre nem látható körülménynek sem. Amennyiben elfogadnánk az ajánlatkérő gyakorlatát, úgy elismernénk, hogy az ajánlatkérő az eljárásait következmények nélkül nyilváníthatja eredménytelenné, amely nyilvánvalóan nem állhat a jogalkotó szándékában.

Az ajánlatkérő úgy fogalmazott beadványában, hogy a tulajdonosi döntés nem csak egyszerűen fedezet részbeni elvonására vonatkozott, hanem arra is, hogy 2020. december 31-e utáni időszakra az ajánlatkérő új kötelezettséget ne vállaljon. A kérelmező álláspontja szerint – az ajánlatkérő által megadott magyarázat alapján - az eredménytelenség oka a részbeni fedezetelvonás, amelynek alapja a tulajdonos 2020. január 23. napján hozott döntése, amely szerint tulajdonos megtiltotta, hogy az ajánlatkérő 2020. december 31-e utáni időszakra kötelezettséget vállaljon. A kötelezettségvállalás megtiltása tehát nem egy további eredménytelenségi ok – amelynek feltételeit vizsgálni kellene -, hanem a részbeni fedezetelvonás alapja.

19. E vonatkozásban a kérelmező továbbra is fenntartotta azon álláspontját, hogy a 2020. december 31-e utáni kötelezettségvállalások megtiltása nem jelenti a jelen szerződés kontextusában a fedezet részbeni elvonását, hiszen egy lehívási kötelezettség nélküli szerződésről van szó.

Az ajánlatkérő által hivatkozott D.149/14/2019. sz. döntés nem bírhat relevanciával a jelen ügy kapcsán, különös tekintettel arra, hogy ebben az esetben az ajánlatkérő 70%-os lehívási kötelezettséget vállalt, és a benyújtott ajánlatokból már a bontáskor megállapítható volt, hogy azok a rendelkezésre álló fedezetet meghaladják. Az ajánlatkérő által megjelölt eredménytelenségi ok ebben az esetben a 75. § (2) bekezdésének b) pontja volt.

Az ajánlatkérő észrevétele

20. Az ajánlatkérő kérte a Döntőbizottságot, hogy a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján elsődlegesen állapítsa meg a kérelmező ügyfélképességének hiányát, másodlagosan pedig a kérelmező kérelmét, mint alaptalan kérelmet, a jogsértés hiányára tekintettel utasítsa el.

21. A Kbt. 148. § (2) bekezdése alapján kérelmet nyújthat be az ajánlatkérő, az ajánlattevő, közös ajánlattétel esetén bármelyik ajánlattevő, a részvételre jelentkező, közös részvételi jelentkezés esetén bármelyik részvételre jelentkező vagy az egyéb érdekelt, akinek jogát vagy jogos érdekét az e törvénybe ütköző tevékenység vagy mulasztás sérti vagy veszélyezteti. Fontos kiemelni, hogy eljárásjogi szempontból a jogos érdeksérelem joggyakorlatának funkciója az, hogy ne lehessen jogorvoslati kérelemmel ellehetetleníteni az ajánlatkérő beszerzési tevékenységét. A jogos érdeksérelem és a kérelmi elemek között szoros összefüggésnek kell fennállni. A Döntőbizottsági gyakorlata szerint vizsgálni kell, hogy az adott kérelmi elem elfogadása esetén miben változik kedvezőbb irányba a kérelmező jogi helyzete. Így tehát egyes kérelmi elemek esetén fennállhat, más elemek esetén viszont akár hiányozhat is az ügyfélképességhez szükséges „jogos érdeksérelem” követelménye. A jelen eljárásban a nyertes ajánlattevő kiválasztási szempontja a legjobb ár-érték arányt tartalmazó ajánlat szerinti bírálati szempont volt.

A kérelmező által megajánlott, összesített költségek alapján ajánlata esetleges érvényessége esetén is a felolvasólap adatai alapján csak a második helyezett ajánlattevő lehetne. Az ajánlatkérő eljárást lezáró döntésében nyertes ajánlatot követő legkedvezőbb ajánlatot tevőt nem hirdetett, így tehát a kérelmező ajánlatának érvényessége esetén sem került volna kihirdetésre a nyertes ajánlatot követő legkedvezőbb ajánlatot tevőként. Az ajánlatkérő véleménye szerint a kérelmező jogorvoslati kérelmének tartalmi helytállósága esetén sem lehetne a közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevője, jogi helyzetében semmilyen változást

nem hozhat a jogorvoslati kérelem bármilyen módon történő elbírálása, így nincs ügyfélképessége.

22. A kérelmező jelezte a beadványában, hogy álláspontja szerint ajánlatkérő megsértette a Kbt. 70. § (1) bekezdését, tekintettel arra, hogy a Kbt. 70. § (2) bekezdésének alkalmazása álláspontja szerint a tárgyi eljárás esetében nem volt indokolt. A kérelmező jelezte azt is, hogy a Kbt. 70. § (2) bekezdésével kapcsolatban a Kommentár példálózó felsorolása szerint akkor képzelhető annak alkalmazhatósága, ha az ajánlatok gyorsabb elbírálására ajánlatkérőnek nem volt lehetősége, méltányolható okból, különösen azok jelentős száma, vagy a feltárt hiányosságok terjedelme, vagy többszöri hiánypótlás elrendelésének szükségessége miatt. Az ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelemre adott válaszával összhangban hangsúlyozta, hogy a Kbt. 70. § (2) bekezdésével kapcsolatban a törvény nem ír elő ajánlatkérő számára az ajánlattevők felé történő indokolási kötelezettséget. Az ajánlatok elbírálásának időtartama ugyanakkor nem a kérelmező által hivatkozott indokok miatt, azaz ajánlatok számától, a feltárt hiányosságok terjedelmétől, a hiánypótlások számától függ, hanem több, az ajánlatkérő érdekkörében felmerülő egyéb körülménytől. A törvény tehát fenntartja azt a lehetőséget, amely szerint az ajánlati kötöttség időtartama - az ajánlattevők arra vonatkozó felhívásával, hogy fenntartják-e ajánlatukat - meghosszabbítható.

Mivel az ajánlatkérő az érdekkörében felmerült egyéb okok miatt nem tudta a Kbt. 70. § (1) bekezdése szerinti határidőben elvégezni az ajánlatok bírálatát, a Kbt. 70. § (2) bekezdésében biztosított törvényi lehetőséggel jogszerűen élt, és a Kbt. 70. § (1) bekezdésének sérelme nem valósult meg a közbeszerzési eljárásban.

Az ajánlatkérő hangsúlyozta, hogy a Kbt. 70. § (2) bekezdésének alkalmazása a tárgyban megjelölt eljárás esetében és az eljárás eredménytelensége között semmilyen logikai összefüggés nem állt fenn.

Az ajánlatkérő által 2020. január 14-én kelt, az ajánlati kötöttség lejártának eredeti időpontjától számított további 60 napig történő fenntartására vonatkozó felkérésre kérelmező úgy nyilatkozott, hogy a benyújtott ajánlatát az ajánlati kötöttség lejártának eredeti időpontjától számított további 60 napig fenntartja. Az előzőekre tekintettel a kérelmező által kezdeményezett jogorvoslati eljárás egyik jogalapja, amellyel ajánlatkérő tekintetében a Kbt. 70. § (1)-(2) bekezdésének megsértésének megállapítását kéri, ellentmond a korábbi nyilatkozatával.

23. A kérelmező a második kérelmi elem tekintetében beadványában jelezte, hogy álláspontja szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjában foglaltakat, amikor a fedezet részben történő elvonására hivatkozva állapította meg az eljárás eredménytelenségét. A kérelmező álláspontja szerint a tulajdonos/alapító által hozott fedezetelvonásra vonatkozó döntés nem minősül ellenőrzési körön kívül esőnek, nem minősül előre nem látható körülménynek és nem áll fenn a szerződés teljesítésére való képtelenség, a szerződéssel kapcsolatban az elállás vagy a felmondás lehetősége.

A szerződés megkötésére, illetve a teljesítésére képtelenné válás hátterében a jogszabályhelyet tartalommal kitöltő Kbt. 53. § (4) bekezdése értelmében az ajánlattételi határidő lejártát követően beállott, az ajánlatkérő ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény állhat. Ugyancsak eredménytelenséghez vezet, ha ilyen körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye. A Kbt. 53. § (4) bekezdése értelmében az ajánlatkérőnek az eljárást ezekben az esetekben eredménytelenné kell nyilvánítania. Utóbbi megfogalmazás alapján az ajánlatkérői mérlegelés látszólagos: valójában arra korlátozódik, hogy értékelje a tényleges körülményeket az előre nem

láthatóság, illetve az ajánlatkérő hatókörén kívül állóság szempontjából. Amennyiben ezek bizonyítottan fennállnak, az eljárást eredménytelenné kell nyilvánítani.

Az „ajánlatkérő ellenőrzési körén kívül eső” fordulat alatt mindenképpen olyan tartalom húzódik, amely szerint az adott esemény bekövetkezésére az ajánlatkérőnek nem volt érdemi ráhatása, ilyen értelemben pedig az ajánlatkérő részéről elháríthatatlannak tekinthető.

Ajánlatkérő álláspontja szerint a tárgyban megjelölt eljárás vonatkozásában az eredménytelenség oka megfelel a konjunktív feltételeknek.

Az ajánlatkérő a tulajdonosnak a beszerzés fedezetének részben történő elvonására vonatkozó döntését az ajánlattételi határidő lejártát követően vette kézhez, így ennek az eseménynek a bekövetkezésére az ajánlatkérőnek nem volt érdemi ráhatása.

Az ajánlatkérő cégkivonata II. 1. 1/3. pontjának tanúsága szerint ajánlatkérő alapítója és üzletrészének tulajdonosa a Budapesti Távhőszolgáltató Zártkörűen Működő Részvénytársaság (1116 Budapest, Kalotaszeg utca 31.; Cégjegyzékszám: 01-10-042582), szintén gazdasági társaság. Ajánlatkérő tulajdonosa a beszerzés fedezetének részben történő elvonása esetében a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 3:109. § alapján gyakorolta tulajdonosi jogait. Figyelemmel arra, hogy a tulajdonos/alapító különválik magától a gazdasági társaságtól és az ügyvezetéstől is, a tulajdonosi döntés nem kezelhető a gazdasági társaság ellenőrzési körén belüli döntésnek. Mivel a beszerzés fedezetének részben elvonására vonatkozó döntést nem az ajánlatkérő hozta meg, hanem annak tulajdonosa, az ajánlatkérő ellenőrzési körén kívül eső feltétel is fennáll és megvalósul különös tekintettel arra, hogy a Ptk. 3:112. § (3) bekezdése értelmében egyszemélyes gazdasági társaságnál az egyedüli tag az ügyvezetésnek utasítást adhat, amelyet a vezető tisztségviselő köteles végrehajtani. Fontos kiemelni, hogy a tulajdonos/alapító által hozott döntés az ajánlatkérő szempontjából olyan külső körülmény, amelyre nem tud hatást gyakorolni, ezért az az ellenőrzési körén kívül esik. A Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjának megsértése esetében a Döntőbizottság egy korábbi határozatában (D.563/10/2019.) kiemelte, hogy akkor nem jogszerű a hivatkozott jogszabályhely alapján, hogy ajánlatkérő a közbeszerzési eljárást eredménytelenítse, ha ajánlatkérő saját maga hoz meg olyan intézkedést, amely által csökkenti a rendelkezésre álló anyagi fedezet mértékét. Mivel azonban a tárgyi eljárásban ajánlatkérő tulajdonosa/alapítója hozta meg a fedezet csökkentésére vonatkozó döntést, amelyet a Ptk. 3:112. § (3) bekezdése alapján köteles volt végrehajtani, ajánlatkérő álláspontja szerint a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenségi okot jogszerűen alkalmazta.

Az ajánlatkérőnek az eljárás megindításának időpontjában nem lehetett arról tudomása, hogy a tulajdonosa/alapítója a tárgyban megadott eljárás fedezetét részben elvonja, így az általa előre nem látható körülmény miatt bekövetkezett körülmény is megvalósul.

Mivel a tulajdonosi döntés nem csak egyszerűen a fedezet részbeni elvonására vonatkozott, hanem arra is, hogy ajánlatkérő 2020. december 31. utáni időszakra vonatkozóan új kötelezettséget ne vállaljon, valamint az ajánlati felhívás II.2.7) pontja értelmében a szerződés időtartama 18 hónapban került meghatározásra, így egyrészt a szerződés megkötésére vagy teljesítésére nem lenne képes feltétele önállóan is, de az ilyen körülmény miatti szerződéstől való elállásának vagy a szerződés felmondásának feltétele is fennáll.

A kérelmező a beadványában jelezte, hogy a szerződés keretszerződés, amelyben ajánlatkérő nem vállalt kötelezettséget a teljes keretösszeg lehívására, ezért álláspontja szerint ezért sem megalapozott a fedezet elvonására alapozott eredménytelenségi ok. Az ajánlatkérő álláspontja szerint pusztán a szerződés keretszerződés jellege és a teljes keretösszeg lehívására nem vállalt szerződéses feltétel esetében is figyelembe kell venni a tulajdonosi döntés időbeliségre vonatkozó előírását, valamint a Kbt. 131. § (1) bekezdését, amely szerint az „eredményes közbeszerzési eljárás alapján a szerződést a nyertes ajánlattevővel kell írásban megkötni a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően”. Tekintve, hogy a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek nem feleltek volna meg a tulajdonosi döntés időbeliségre vonatkozó előírásának, így a keretszerződés jelleg és a teljes keretösszeg lehívására nem vállalt szerződéses feltétel sem elegendő, hogy ajánlatkérő a szerződést felelőssége körében megkösse.

A Kbt. 1. § (3) bekezdésére tekintettel a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelően az ajánlatkérő úgy ítélte meg, hogy a szerződés akkor kerülhet megkötésre, ha a szerződés teljes időtartamára vonatkozóan a megfelelő fedezet rendelkezésre áll, amelyre tekintettel a tárgyban megadott beszerzés új közbeszerzési eljárását a tulajdonos döntésében foglalt feltételeknek megfelelően fogja megindítani.

Az ajánlatkérő hivatkozott a Döntőbizottság D.149/14/2019. számú határozatára, amely azon álláspontját támasztja alá, hogy semmis szerződést eredményezne egy olyan ajánlat elfogadása, amely alapján a felhívásban meghatározott keretösszeg, valamint a kérelmező fix feladatokra meghatározott ellenérték elemek esetében látható, hogy azok alapján a határozott időtartamú szerződés nem lenne teljesíthető.

24. Az ajánlatkérő a Döntőbizottság felhívására tett további észrevételében előadta, hogy a gázmotoros kiserőművek üzemeltetése, karbantartása szolgáltatás ellátására, biztosítására vonatkozóan hatályban lévő szerződése az ALTEO Energiaszolgáltató Nyilvánosan Működő Részvénytársasággal áll fenn, és mellékletként csatolta a szerződést.

25. Nyilatkozott továbbá arra is, hogy a Budapesti Távhőszolgáltató Zrt., mint a FŐTÁV-Kiserőmű Kft.-t alapító szerv 2020/2. sz. Alapítói határozatán kívül a jogorvoslati eljárás tárgyát képező közbeszerzési eljárás során a fedezet elvonásával kapcsolatban további okirat nem keletkezett.

26. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a jogorvoslattal érintett közbeszerzési eljárás vonatkozásában az eredménytelenség oka megfelelt a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjában foglalt konjunktív feltételeknek.

A Budapesti Távhőszolgáltató Zrt. 2020/2. sz. Alapítói határozatának a)-b) pontjainak rendelkezéseit kizárólag együtt, egymással szoros összefüggésben lehet csak értelmezni és kezelni. A Kbt. 75. § (3) bekezdése a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti eredménytelenségi ok esetében egyértelműen rögzíti azt, hogy az eredménytelenségi eset oka a teljesítéshez eredetileg rendelkezésre álló anyagi fedezet részben történő elvonása is lehet. Tekintettel arra, hogy a feltételezett szerződéskötéstől az alapító által meghatározott kötelezettségvállalási moratórium lejártáig a szerződéstervezet szerinti tizennyolc hónap helyett legfeljebb tíz hónapra elegendő fedezet volt biztosított ajánlatkérő számára, így a fedezet részben történt elvonása igazolja a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjának jogszerű alkalmazását a Kbt. 75. § (3) bekezdésére is figyelemmel. Az alapítói határozat nem csak a fedezet részbeni elvonására vonatkozott, hanem arra is, hogy ajánlatkérő 2020. december 31. utáni időszakra vonatkozóan akár részben, akár egészben új kötelezettséget ne vállaljon.

Mivel az ajánlati felhívás II.2.7) pontja értelmében a szerződés időtartama 18 hónapban került meghatározásra, azaz a szerződés feltételezett megkötésétől számítva, a szerződés időtartama meghaladta volna az alapítói határozat szerinti határidőt (2020. december 31.), ezért a szerződés ajánlatkérő által történő aláírása a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 3:112. § (3) bekezdése alapján az alapítói határozattal ellentétes lett volna.

Másrésről viszont a fedezet részbeni elvonásával a szerződés teljes fedezet nélküli megkötése a Ptk. alapján a társaság ügyvezetőjének felelősségi körében szintén jogsértő helyzetet eredményezhet. A Ptk. jelenlegi szabályai értelmében a vezető tisztségviselő által e jogkörében eljárva harmadik személynek okozott károkért a társaság felel. Tehát elsődlegesen a társaság felel a külső személyeknek az ügyvezető e tevékenységével okozott károkért. A korábbi szabállyal szemben az ügyvezető csak akkor felel a társasággal egyetemlegesen, ha a kárt szándékosan okozta, így tehát a gondatlanság következtében előállt kárért az ügyvezető a külső személy irányában közvetlenül nem vonható felelősségre. Viszont a harmadik személyeknek szándékosan okozott kár esetén az ügyvezető egyetemleges felelőssége fennáll a szerződésen kívül okozott és a szerződésszegéssel okozott károk tekintetében is. Ajánlatkérő álláspontja szerint, ha a tulajdonos elvonja a fedezetet az ügyvezető felel közvetlenül is harmadik személyek felé, az így okozott kárért. Erre nem terjed ki a tulajdonos által adható felmentvény, az csak a társaság és az ügyvezető közötti jogviszonyra terjed ki, harmadik személy tekintetében nem hatályos.

Ha a vezető tisztségviselő, ügyvezető tevékenysége során a társaságon kívül álló harmadik személynek okoz kárt, akkor – főszabály szerint – a harmadik személy a társasággal szemben érvényesítheti a kárigényét. Ennek az a magyarázata, hogy a vezető tisztségviselő, ügyvezető nemcsak ügyvezetője, hanem törvényes képviselője is a társaságnak. Ebbéli minőségében folytatott tevékenységének joghatásai pedig a társaságnál állnak be, a jogok a társaságot illetik, a kötelezettségek is a társaságot terhelik.

„Kifelé” tehát a társaság áll helyt, ezt követően azonban a vezető tisztségviselőtől, ügyvezetőtől követelheti a kár megtérítését.

A fent részletezett felelősségi tényállás, mint főszabály alól kettő kivétel van:

- Ha a vezető tisztségviselő (ügyvezető) szándékosan okozta a kárt, akkor az ügyvezető és a társaság egyetemlegesen felelősek;
- speciális szabályok érvényesülnek akkor, ha a harmadik személyt azért érte kár, mert a vezető tisztségviselő, ügyvezető megsértette a jogszerű gazdálkodás szabályait.

A fenti szabályok szigorúan azokra az esetekre vonatkoznak, amikor a vezető tisztségviselő, ügyvezető ügyvezetési és/vagy képviseleti tevékenységi körében eljárva okoz kárt. Az olyan esetekre, amikor az ügyvezető e tevékenységeitől, ügyvezetői pozíciójától függetlenül, lényegében magánemberként okoz kárt, a Ptk. külön szabályt nem ír elő. Ilyenkor a károkozó úgy felel a magatartásáért, mint bárki más, azt pedig az eset körülményei határozzák meg, hogy a szerződéses vagy a szerződésen kívül okozott kárért való felelősség szabályait kell alkalmazni.

A bíróság egy konkrét esetben úgy foglalt állást, hogy ha az ügyvezető bűncselekményt követ el, és ezzel kárt okoz valakinek, akkor nem hivatkozhat arra, hogy a társaság képviseletében járva cselekedett, és ezért a társaságot terheli a felelősség. A bíróság szerint ugyanis egy gazdasági társaság tevékenysége nem irányulhat bűncselekmény elkövetésére, ezért az a vezető tisztségviselő, ügyvezető, aki tevékenysége során bűncselekményt követett el, bizonyosan nem a társaság képviseletében járt el, vagyis a társaság nem felel az általa okozott kárért.

Az ajánlatkérő álláspontja szerint az Alapítói határozat után az ügyvezető nem írhat alá ilyen szerződést, és ebben az esetben a felelőssége egyetemleges, nem mögöttes, ezért tehát a Kbt.-t nem lehet úgy értelmezni, hogy az az ügyvezetőt olyan szerződés aláírására kötelezze,

amelyet végső soron akár a magánvagyonra terhére kell teljesítenie. A fedezet akár részbeni elvonását követő ügyvezető általi szerződéskötés után az ajánlatkérő álláspontja szerint mindkét kivétel teljesülne.

Az ajánlatkérő szerint az ajánlatkérő és az alapító külön jogi személyiséggel rendelkező szervezetek nem csak a Ptk., hanem a Kbt. alapján is. Az alapító Budapesti Távhőszolgáltató Zrt. a Kbt. 5. § (1) bekezdés e) pont és Kbt. 6. § szerint szerepel az elektronikus közbeszerzési rendszerben (a továbbiakban: EKR), mint ajánlatkérő, míg a FŐTÁV-Kiserőmű Kft. a Kbt. 7. § (1) bekezdése szerint. Az elektronikus közbeszerzés részletes szabályairól szóló 424/2017. (XII. 19.) Korm. rendelet 6. § (2) bekezdése értelmében az ajánlatkérő szervezetnek az EKR-ben való regisztrációjának jóváhagyását a Közbeszerzési Hatóság akkor adja meg, ha a szervezet a) önálló jogalanyiséggel rendelkezik, b) a Kbt. szerint önálló ajánlatkérőnek minősül. Tekintettel arra, hogy a két szervezet ajánlatkérőként regisztrált az EKR-ben (EKRSZ_66063016 és EKRSZ_13944456 számon), a tulajdonos és az ajánlatkérő közötti külön jogi entitást ez is bizonyítja és igazolja.

27. A befejezetlen eljárást követően új közbeszerzési eljárás megindítását az ajánlatkérő Budapesti Távhőszolgáltató Zrt. 2020/2. sz. Alapítói határozatának a)-b) pontjainak rendelkezéseit figyelembe véve kívánja megindítani, azaz a jövőben meghatározandó és rendelkezésre álló fedezet összegének megfelelően, valamint a határozat szerinti időtartamig. Az új közbeszerzési eljárás előreláthatólag a jogorvoslattal érintett közbeszerzési eljáráshoz képest ezekre is tekintettel eltérő műszaki tartalommal kerül megindításra.

28. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kérelmező beadványában kifejtett álláspontok között nem fogadható el azon értelmezés, hogy egyszemélyes gazdasági társaságnál „áttörhető” lenne az a jogelv miszerint a jogi személy az alapítótól nem elkülönült („Azonban éppen azon speciális körülmény folytán, hogy egyszemélyes társaságról beszélünk, nem választható szét a tulajdonos személye a társaságtól.”). Ha ez így lenne, akkor ez az értelmezés kiürítené az egyszemélyes gazdasági társaság intézményét, és szembe menne a jogalkotó akaratával. Attól, hogy egy gazdasági társaság egyszemélyes, még nem jelenti azt, hogy a tulajdonolt gazdasági társaság előre ismerhetné a tulajdonos döntéseit, azaz a gazdasági társaság tulajdonosi szerkezete nincs összefüggésben azzal a kérdéssel, hogy a tulajdonolt gazdasági társaság mennyire van ráhatással a tulajdonos döntéseire és mennyire láthatja azokat előre. Egyszemélyes gazdasági társaság teljes jogkörben ugyanúgy meghozhatja azokat a döntéseket, amelyeket egy többszemélyes tulajdonossal bíró gazdasági társaság. Ezen döntések azonos mértékben bírnak kötelező erővel a tulajdonolt gazdasági társaságra nézve, mint több tulajdonosú szerkezetű gazdasági társaság esetén.

Senkit nem lehet - még jogi eszközökkel sem - kötelezni arra, hogy jogellenesen, fedezet nélkül szerződjön, illetve a tulajdonos döntésével szembemenve a szerződés időtartamát meghosszabbítsa. Előzőeken túl továbbá a Kbt.-ben, valamint a Ptk.-ban is rögzített jóhiszeműség alapelvebe is ütközik, amennyiben ajánlatkérő úgy köt közbeszerzési eljárás során szerződést, hogy a szerződés megkötésének pillanatában tudja, hogy a szerződésben szereplő anyagi, illetve időkeretet fedezet hiányában nem tudja és nem is áll szándékában felhasználni.

29. Az egyszemélyes társaság nem azonos az alapítóval. Azon értelmezés alapján viszont amennyiben az egyszemélyes gazdasági társaságot és az alapítót azonos szervezetnek vennék a Döntőbizottságnak vagy a bíróságnak az így megtámadott közbeszerzési eljárás alapján a szerződést az alapító és a kérelmező között kellene létrehozni, ami jogi nonszensz lenne. Kérdésként merül fel, hogy ajánlatkérő számára mi a jogszerű megoldás abban az

esetben, amennyiben a tulajdonos a fedezetet elvonja. Amennyiben a szerződést megköti, úgy megsérti a tulajdonos döntését, polgári jogi szabályokat, így ez önmagában jogsértő, továbbá a fentiekre utalva fedezet nélküli szerződés alapján pedig az ajánlattevő érdekét sem képviselné ez a döntés, és mindenféleképpen rosszhiszemű eljárásnak minősülne. A Kbt. kifejezett és egyértelmű rendelkezése alapján ajánlatkérőnek joga van ebben az esetben az eljárást eredménytelenné nyilvánítani. Ajánlatkérő a legnagyobb körültekintéssel és alaposággal járt el, amikor a tulajdonosi határozat fényében az eredménytelenségről hozott döntést (jogszerűen nem is hozhatott más döntést), és új, nyilvános közbeszerzési eljárás kiírásáról határozott, amelynek pontos feltételeinek (műszaki tartalom, fedezet stb.) kidolgozását és biztosítását követően az eljárás kiírásra kerül. Az ajánlatkérő fedezet nélkül a korábbiaktól eltérő döntést a jövőben sem hozhat, a tulajdonos pedig fedezetet biztosítani nem köteles.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

30. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárását 2019. december 6. napján indította, így e jogorvoslati eljárásra is a Kbt. e napon hatályos rendelkezéseit kell alkalmazni.

31. A Döntőbizottság a 2020. február 21. napján határidőben előterjesztett jogorvoslati kérelemben szereplő hivatkozások alapján a Kbt. 3. § 16. pontja szerint kettő kérelmi elemet különített el és vizsgált meg. A jogorvoslati kérelem első elemében a kérelmező azt sérelmezte, hogy az ajánlatkérő nem tett eleget a Kbt. 70. § (1) bekezdésében foglalt azon alapvető követelménynek, amely szerint az ajánlatokat a lehető legrövidebb idő alatt köteles elbírálni. A jogorvoslati kérelem második eleme alapján az eljárás eredménytelenségének megállapítását sérelmezte, melynek a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerinti megalapozottságát vitatta.

32. Az ajánlatkérő a kérelmező ügyfélképesége körében terjesztett elő eljárási kifogást, ezért a Döntőbizottság elsődlegesen ezt vizsgálta.

A Kbt. 148. § (2) bekezdése alapján kérelmet nyújthat be az ajánlatkérő, az ajánlattevő, közös ajánlattétel esetén bármelyik ajánlattevő, a részvételre jelentkező, közös részvételi jelentkezés esetén bármelyik részvételre jelentkező vagy az egyéb érdekelt, akinek jogát vagy jogos érdekét az e törvénybe ütköző tevékenység vagy mulasztás sérti vagy veszélyezteti.

Az ajánlatkérő a beérkezett ajánlatokat felbontotta, azonban az ajánlatok bírálata nélkül fejezte be eredménytelenné nyilvánítással az eljárást. Az összegezésében erre hivatkozott is, „az ajánlattételi határidő leteltét követően az ajánlatkérő nem köteles az ajánlatokat elbírálni, ha bizonyítani tudja, hogy az ajánlattételi határidő leteltét követően beállott, ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt a szerződés teljesítésére nem lenne képes, vagy ilyen körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye. A fentiekre és az V.1.1) pontban feltüntetett indokolásra tekintettel ajánlatkérő a Kbt. 53. § (4) bekezdésében foglaltak alapján a benyújtott ajánlatokat nem bírálta el.”

Nem hivatkozhat tehát arra, hogy a kérelmező által megajánlott, összesített költségek alapján ajánlata esetleges érvényessége esetén is a felolvasólap adatai alapján csak a második helyezett ajánlattevő lehetne. Az ajánlatkérő eljárást lezáró döntésében nemhogy nyertes ajánlatot nem hirdetett, hanem az ajánlatok érvényességét sem állapította meg, ezért a két ajánlattevő közül egyik sincs előnyösebb helyzetben a másikhoz képest, az eredménytelenség

vonatkozásában a kérelmező ügyfélképessége éppúgy fennáll, mint a másik ajánlattevőé. A Döntőbizottság pedig az ajánlatkérő helyett nem állapíthatja meg az ajánlatok érvényességét vagy érvénytelenségét és nem bírálhatja el, hogy a felolvasólapon szereplő értékelési szempontok alapján melyik ajánlat a legkedvezőbb és ahhoz képest melyik a második legkedvezőbb ajánlat. Nem foghat helyt ezért az ajánlatkérő azon kifogása, hogy a kérelmező jogorvoslati kérelmének tartalmi helytállósága esetén sem lehetne a közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevője, jogi helyzetében semmilyen változást nem hozhat a jogorvoslati kérelem bármilyen módon történő elbírálása, így nincs ügyfélképessége sem. A kérelmező ügyfélképessége, a kérelem benyújtásához fűződő jogos érdeke fennállt, az erre alapított ajánlatkérő által előterjesztett eljárásjogi kifogás nem megalapozott.

33. A Döntőbizottság a jogorvoslati kérelem első eleme vonatkozásában az alábbi megállapításokat tette.

A kérelmező az ajánlati kötöttség megsértése tekintetében azt sérelmezte, hogy a Kbt., mint kógens jogszabály rendelkezéseit nem lehet kiterjesztően értelmezni, nem lehet „egyéb okra” hivatkozással bármikor, bármilyen nyomós ok nélkül elhalasztani a közbeszerzési eljárások érdemi lezárását, mert az kiüresítené az ajánlati kötöttség fogalmát.

A Kbt. 70. § (1) bekezdésében foglaltak szerint az ajánlatkérő az ajánlatokat a lehető legrövidebb idő alatt köteles elbírálni.

A Kbt. 70. § (2) bekezdése alapján ha az ajánlatkérő az elbírálást nem tudja olyan időtartam alatt elvégezni, hogy az ajánlattevőknek az eljárást lezáró döntésről való értesítésére az ajánlattételi kötöttség fennállása alatt sor kerüljön, felkérheti az ajánlattevőket ajánlataiknak meghatározott időpontig történő további fenntartására, az ajánlati kötöttség kiterjesztése azonban nem haladhatja meg az ajánlati kötöttség lejtártának eredeti időpontjától számított hatvan napot.

A Kbt. tehát lehetőséget ad az ajánlatkérőnek arra, ha az eljárást lezáró döntést nem tudja megküldeni az ajánlati kötöttség fennállása alatt, akkor felhívhatja az ajánlattevőket ajánlatuk fenntartására. Ehhez további kötelezettségként meghatározza a jogszabály, hogy legfeljebb hatvan napig hosszabbítható meg az ajánlati kötöttség. Ezekon túlmenően egyéb szabályt az ajánlatkérőre vonatkozóan nem állapít meg a Kbt., egyéb mulasztást, magatartási szabályt sem az eljárások lefolytatásának objektív határidejére vonatkozóan, sem az ajánlati kötöttség fenntartására való felhívás tekintetében nem tartalmaz. Az ajánlatkérőnek indokolnia sem köteles ezen lépését. Önmagában tehát az ajánlati kötöttség meghosszabítására vonatkozó ajánlatkérői felhívás nem jogsértő, nem állapítható meg olyan ajánlatkérői mulasztás, amely ez alapján az ajánlatkérő terhére róható. A 2019. december 19 - 2020. január 8. napjáig eltelt időszakban a munkaszüneti napok áthelyezése folytán közel egy hét „szünet” alatt nem felróható az ajánlatkérőnek, hogy az eljárásban érdemi cselekmény nem történt és 2020. január 8. napján bocsátott ki újabb hiánypótlási felhívást. Nem eltúlzott és nem hosszabbította meg az eljárás idejét az sem, hogy az ezt követő 6 nap alatt nem került sor a bírálat elvégzésére. Az ajánlatkérő tehát nem sértette meg a Kbt. 71. § (1) bekezdésében foglaltakat, a döntés meghozatalára igénybe vett időtartam eltúlzottnak nem tekinthető, jogsérelemmel nem járt, ezért a Döntőbizottság az e körben előterjesztett első kérelmi elemet elutasította.

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

A (2) bekezdés szerint az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára.

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

A (7) bekezdés szerint a Kbt. szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi. A törvény rendelkezéseinek alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése, illetve a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos jogorvoslati eljárás során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.

A Kbt. 112. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő az e rész hatálya alá tartozó közbeszerzés megvalósításakor választása szerint

- a) a 117. §-ban meghatározott módon szabadon kialakított eljárást folytat le, vagy
- b) e törvény Második Részében meghatározott szabályok szerint jár el a 113-116. §-ban foglalt eltérésekkel.

A Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja szerint az ajánlatkérő eredménytelenné nyilváníthatja az eljárást, ha a szerződés megkötésére vagy teljesítésére képtelenné vált vagy a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye [53. § (4)–(6) bekezdés]

A Kbt. 75. § (3) bekezdése szerint, ha a (2) bekezdés a) pontjában foglalt eredménytelenségi eset oka a teljesítéshez eredetileg rendelkezésre álló anyagi fedezet egészen vagy részben történő elvonása, az ajánlatkérő köteles tájékoztatást adni a rendelkezésre állt anyagi fedezet összegéről, valamint arról, hogy az mely szervezet döntésével, mikor és milyen okból került elvonásra, átcsoportosításra.

A Kbt. 53. § releváns rendelkezései szerint

(1) az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívást nyílt eljárás esetén az ajánlattételi, több szakaszból álló eljárás esetén a részvételi határidő lejártáig vonhatja vissza.

(4) Az (1) bekezdésben foglalt határidő leteltét követően az ajánlatkérő nem köteles az ajánlatokat, valamint a részvételi jelentkezéseket elbírálni, a tárgyalást vagy párbeszédet befejezni, a több szakaszból álló eljárásokban az ajánlattételi felhívást az ajánlattételi határidő lejártáig visszavonhatja, ha bizonyítani tudja, hogy az (1) bekezdésben foglalt határidő leteltét követően beállott, ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt a szerződés teljesítésére nem lenne képes, vagy ilyen körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy a szerződés felmondásának lenne helye. Ezekben az esetekben az ajánlatkérőnek az eljárást eredménytelenné kell nyilvánítania.

(5) A (4) bekezdéstől eltérően az ajánlatkérő az eljárást akkor is eredménytelenné nyilváníthatja, ha az eljárást megindító felhívásban felhívta a gazdasági szereplők figyelmét arra, hogy amennyiben valamely meghatározott, ellenőrzési körén kívül eső, bizonytalan jövőbeli esemény az (1) bekezdésben foglalt határidőt követően bekövetkezik, az eljárást eredménytelenné nyilváníthatja (feltételes közbeszerzés).

(6) Feltételes közbeszerzés indítható akkor is, ha az ajánlatkérő támogatásra irányuló igényt (pályázatot, projektjavaslatot, támogatás szerződés-módosítást vagy változásbejelentést) nyújtott be vagy fog benyújtani - függetlenül attól, hogy sor került-e már a támogatás pályázati felhívásának megjelenésére - és az ajánlatkérő a támogatásra irányuló igény el nem

fogadását, vagy az igényeltnél kisebb összegben történő elfogadását olyan körülménynek tekinti, amely miatt az eljárást eredménytelenné nyilváníthatja.

(7) Az eljárás egyéb okból történő eredménytelenné nyilvánítására a 75. §, az eljárás eredményének megküldését követően a szerződéskötési kötelezettségre a 131. § (9) bekezdése alkalmazandó.

35. Az ajánlatkérő célja, hogy közbeszerzési eljárás eredményeként a legoptimálisabb feltételekkel a megfelelőbb ajánlattevővel szerződést kössön, mellyel a beszerzési igényét megvalósítja. A közbeszerzési eljárás eredményeként köteles a közbeszerzési szerződés megkötésére. A Kbt. 2. § (4) bekezdésében rögzített alapelvi rendelkezés szerint a közbeszerzési eljárásokat a közpénzek hatékony felhasználásának és a felelős gazdálkodásnak a szem előtt tartásával kell lefolytatni. Ezen kötelezettség magában foglalja azt is, hogy az ajánlatkérő folyamatosan figyelemmel kövesse, rendelkezik-e megfelelő anyagi fedezettel a beszerzési igényének megvalósításához, biztosítottak-e a kötelezettségvállalás pénzügyi és jogi feltételei. Az ajánlatkérő a beszerzési igényének felmérése érdekében köteles a Kbt.-ben foglalt intézkedéseket megtenni, az eljárását köteles gondosan előkészíteni a beszerzési igénye kielégítése érdekében. Az eljárás előkészítése során 2019. november 21-én az ajánlatkérő feltöltötte nyilatkozatát az EKR-be, mely szerint az eljárásban rendelkezésére álló fedezet összege 130 millió Ft, ezzel együtt a felhívásban, majd a bontáskor közölte a becsült értéket és a rendelkezésre álló fedezetet.

36. Jelen esetben az ajánlatkérő a beérkezett ajánlatokat felbontotta, de nem értékelt, csupán a felolvasólap szerinti adatokat rögzítette és ezt követően a fedezet részbeni elvonása miatt az eljárást eredménytelenné nyilvánította a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjára alapítva.

37. A közbeszerzési eljárás folyamatban léte alatt történő fedezetelvonásnak és az arra alapított eredménytelenségnek szigorú szabályai vannak, az ajánlatkérő szerződéskötési kötelezettsége alól csak kivételes esetekben mentesül. Attól függően, hogy az ajánlatkérő mikor kerül abba a helyzetbe, hogy a már megkezdett eljárását valamilyen oknál fogva nem tudja eredményesen befejezni, a Kbt. 53. §-ban foglaltak adnak iránymutatást. Az ajánlattételi határidő lejártáig visszavonhatja a felhívását, ezt követően azonban a Kbt. 53. § (4) bekezdése szerinti konjunktív feltételek fennállása esetén van módja az ajánlatok bírálata nélkül befejezni az eredménytelen eljárást. Kivételt jelent az az eset, ha előre jelezte a felhívásban, hogy feltételes közbeszerzést indított és az ajánlattevők ennek ismeretében tettek ajánlatot (Kbt. 53. § (5)-(6) bekezdés). A Kbt. 53. § (7) bekezdésében foglaltak szerint az eljárás egyéb okból történő eredménytelenné nyilvánítására a 75. §, az eljárás eredményének megküldését követően a szerződéskötési kötelezettségre a 131. § (9) bekezdése alkalmazandó.

38. A Döntőbizottságnak tehát a második kérelmi elem vonatkozásában azt kellett vizsgálnia, hogy az ajánlatkérő eljárása jogszerű volt-e, az eredménytelenné nyilvánítás jogszabályban rögzített feltételei megvalósultak-e.

39. Ha az ajánlatkérő a szerződés megkötésére és teljesítésére képtelenné válásra hivatkozik a fedezet részbeni elvonása miatt, a fedezet megléte, annak elvonása, átcsoportosítása ténykérdés, ezért a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjára alapított eredménytelenségi ok esetén egyrészt az ajánlatkérő köteles tájékoztatást adni a Kbt. 75. § (3) bekezdése szerint arról, hogy mely szervezet döntésével, mikor és milyen okból került elvonásra, átcsoportosításra, másrészt az ajánlatkérő bizonyíthatja a Kbt. 53. § (4) bekezdésében foglalt feltételek fennállását. Szükséges azonban kiemelni, hogy ezen eredménytelenségi ok alkalmazása lehetőség az ajánlatkérő számára, dönthet úgy, hogy egyéb módon, de biztosítja a szerződés

megkötéséhez az eljárás fedezetét, ugyanakkor nem kötelezhető a fedezet előteremtésére, átcsoportosítására.

40. Miután az eredménytelenné nyilvánítás alkalmazásának indoka ajánlatkérő szerint az, hogy a fedezet részbeni elvonása megtörtént és emiatt a szerződés teljesítésére nem képes, a Döntőbizottság elsősorban azt vizsgálta, hogy a Kbt. 75. § (3) bekezdésében foglaltak teljesültek-e. Az ajánlatkérő hivatkozása az volt, hogy a tulajdonosa, alapítója, egyedüli tagja a 2020/2. számú határozatával úgy döntött, hogy

- elrendeli a FŐTÁV- Kiserőmű Kft. legkésőbb 2020. december 31-ig a FŐTÁV Zrt.-be történő beolvadásának előkészítését.
- erre tekintettel utasítja az ügyvezetőt, hogy részben vagy egészben 2020. december 31. utáni időszakra vonatkozóan új kötelezettséget ne vállaljon, a 2020. december 31. utáni időszak tekintetében ezen új kötelezettségvállalások fedezetét elvonja.

Az ajánlatkérő nyilatkozata alapján a határozatán kívül a jogorvoslati eljárás tárgyát képező közbeszerzési eljárás során a fedezet részben történő elvonásával kapcsolatban további okirat nem keletkezett, ezért a Döntőbizottság a határozatot és annak tartalmát vizsgálta.

A fedezetet az ajánlatkérő mind az eljárás előkészítése során (2019. november 21.), mind a bontáskor (2019. december 16.) közölte, majd a 2020. január 23-i döntéssel a fedezet elvonásáról határozott, melyet a 2020. február 4. napján megküldött összegezésben közölt az ajánlattevőkkel.

A határozat azonban mindössze azt tartalmazta, hogy a beolvadás előkészítése 2020. december 31-ig szükséges, egy szándéknyilatkozat arra vonatkozóan, hogy előkészítik a beolvadást. Arra azonban nem adott magyarázatot, hogy ez mennyiben érinti a 2020. évi kötelezettségvállalásokat, közbeszerzési eljárásokat, pontosan a jogorvoslattal érintett közbeszerzési eljárást, erre tekintettel a fedezet elvonása hogyan, miként történik, a rendelkezésre állt fedezetet mely szervezet, mikor és milyen döntésével vonta el, vagy csoportosította át. Ugyanakkor a fedezet elvonására általánosságban és a jövőre nézve nem lehet hivatkozni. Nem csupán azt kell az ajánlatkérőnek igazolnia, hogy egy adott időponttól kezdődően kötelezettséget nem vállalhat az ajánlatkérő, hanem azt, hogy a meglévő rendelkezésre álló fedezetet elvonja, átcsoportosítja. Egy jövőbeli bizonytalan esemény bekövetkezése nem lehet a fedezetelvonás indoka. A fedezet elvonásának is, mint az erről szóló döntésnek már meg kellett valósulnia a határozat meghozatalakor, hiszen ajánlatkérő akkor tudja annak tényét igazolni. A Döntőbizottság elfogadta a kérelmező azon hivatkozását, hogy keretszerződésről lévén szó, az ajánlatkérő döntésén múlik, hogy mikor és milyen összeget hív le a rendelkezésre álló fedezetből, nem köteles a keretösszeget kimeríteni, a 2020. december 31. utáni kötelezettségvállalások megtiltása és fedezetmegvonások általánosságban nem igazolják az ajánlatkérőnek a 2020. évre vonatkozóan a szerződés teljesítésére való képtelenségét. Önmagában az, hogy a szerződés akkor kerülhet megkötésre, ha a szerződés teljes időtartamára – 18 hónapra - vonatkozóan a teljes fedezet rendelkezésre áll, nem indokolja, hogy fedezetelvonásra hivatkozva az ajánlatkérő az eljárást eredménytelenné nyilváníthatja.

A fedezet tényleges elvonásának tényét kérdésessé teszi, hogy az ajánlatkérő beszerzési igénye folyamatos, ezért a Döntőbizottság felhívta az ajánlatkérőt a jelenlegi szerződéses partnerével (az ALTEO Kft-vel) kötött szerződésének csatolására, melyet 2019. augusztus 12-én kötött ugyanezen tárgyban 2019. július 1. és 2019. december 31. napja közötti időszakra. A szerződést két alkalommal módosították a felek, első alkalommal 2019. december 18-án, és a szerződés a hatályát 2020. február 29-ig meghosszabbították. Majd 2020. február 20-án másodszor is sor került szerződésmódosításra, melyben rögzítették, hogy az ajánlatkérő

„közbeszerzési eljárást indított 2019. decemberében, azonban az eljárás eredménytelen lett, így újabb közbeszerzési eljárás kiírására kerül sor. Ezen eljárás befejezéséig azonban gondoskodni kell a gázmotorok javításáról.” A szerződés hatályát a felek 2020. április 30-ig meghosszabbították. Amennyiben az ajánlatkérő beszerzési igénye továbbra is fennáll és újabb közbeszerzési eljárást kíván indítani, melyre nyilván fedezetet is kell biztosítani, mivel a beszerzési igénye folyamatos, okszerűen nem hivatkozhat a fedezet elvonására, mint az eredménytelenség indokára. A fedezet elvonásának, hiányának tényszerűen megállapíthatónak kell lennie, azt kell igazolnia az ajánlatkérőnek, hogy a fedezet megvolt, de jelenleg nem áll rendelkezésére, azt elvonták. Ezen határozat tartalmának és a jelenleg hatályos szerződésnek, valamint módosításainak egybevetéséből és értékeléséből azonban a fentiek szerint ez nem következik, az ajánlatkérő a fedezetelvonást tehát a Kbt. 75. § (3) bekezdése szerint nem tudta igazolni, ezzel a jogszabály által megkövetelt azon konjunktív feltételt sem, mely szerint a szerződés teljesítésére képtelenné vált.

41. A Döntőbizottság ezt követően a kérelmezőnek a Kbt. 53. § (4) bekezdése körében tett hivatkozásait vizsgálta meg, amelyre a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja is visszautal. Az ajánlatkérőnek a konjunktív feltételek fennállását kellett bizonyítania azzal, hogy amennyiben egyetlen feltétel megdől, jogszerűen ezen eredménytelenségi ok nem alkalmazható.

42. A fedezet elvonására vonatkozó 2/2020. határozat kelte 2020. január 23. napja volt, amelynek meghozatalára a 2019. december 16. napján lejárt ajánlattételi határidőt követően került sor, az ajánlatkérő tehát helyesen hivatkozott arra, hogy az eredménytelen eljárás indoka az ajánlattételi határidő lejártát követően bekövetkezett körülmény lehet.

43. Az azonban, hogy ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt nem képes a szerződés teljesítésére, nem állapítható meg. Az ajánlatkérő tulajdonosa, alapítója, egyedüli tagja a FŐTÁV Zrt., honlapján fellelhető közérdekű adatok alapján a közfeladatot ellátó szerv (FŐTÁV Zrt.) részesedésének mértéke 100%, valamint az ajánlatkérő és a tulajdonosa székhelycíme is azonos. Az egyedüli tag a Kbt. 3. § 28. b) pontja alapján meghatározó befolyást gyakorol az ajánlatkérő szervezetben. A Ptk. 3:109. § (4) bekezdése szerint egyszemélyes társaságnál a legfőbb szerv hatáskörét az alapító vagy az egyedüli tag gyakorolja. A legfőbb szerv hatáskörébe tartozó kérdésekben az alapító vagy az egyedüli tag írásban határoz és a döntés az ügyvezetéssel való közléssel válik hatályossá. Az ajánlatkérő menedzsmentje, ügyvezetése köteles végrehajtani a tulajdonosa, alapítója, egyszemélyes tagja és döntéshozója utasításait, a határozatában foglaltakat, az egyszemélyes társaság tulajdonosa határoz a társaság sorsáról. Ez következik az ajánlatkérő gazdasági társaság szervezeti felépítéséből. Önmagában az, hogy a két szervezet külön-külön ajánlatkérőként regisztrált az EKR-ben, az ajánlatkérő és annak tulajdonosa közötti külön jogi entitást még nem bizonyítja és igazolja. Úgyszintén nem vehető figyelembe az ajánlatkérői minőség megállapításakor, hogy az egyszemélyes társaság ügyvezetőjének milyen terjedelmű a felelőssége és abból milyen kötelezettségei fakadnak.

Az ajánlatkérő ügyvezetése és tulajdonosa is „része” az ajánlatkérőnek, nem vonatkoztatható az ajánlatkérői minőség kizárólag az ügyvezetésre, a tulajdonos ugyanúgy része az ajánlatkérőnek, mint az ügyvezetés, az ajánlatkérői minőség szempontjából nem válik ketté, még akkor sem, ha a tulajdonos is egy gazdasági társaság. Ezt az összefonódást támasztja alá az is, hogy az ajánlatkérő ügyvezetése és a tulajdonosa között 2017. január 27. napján létrejött megbízási szerződés alapján főszabály szerint a tulajdonos jogosult a közbeszerzési eljárások lefolytatására az ügyvezetés megbízása alapján. Ily módon az ajánlatkérő által előre nem láthatóság és az ellenőrzési körén kívül eső körülmény bekövetkezésének kritériuma nem

teljesült, hiszen ha az ügyvezetés nem is, de a tulajdonos nyilvánvalóan tudta a határozata meghozatalát megelőzően, hogy nem kíván fedezetet biztosítani a szerződés teljesítésére.

44. Kizárólag az ajánlatkérő tulajdonosának határozatában foglalt nyilatkozat alapján nem állapítható meg az sem, hogy az ajánlatkérő a teljesítésre nem lenne képes a fedezet elvonása miatt. Adott esetben mód van az esetleges beolvadás esetén is jogutódlásra az ajánlatkérő oldalán is, ez nem indok arra, hogy a szerződés teljesítésére ne lenne képes. A szerződéstől való elállásnak, vagy felmondásnak a vizsgálata jelen esetben nem releváns, mivel az ajánlatkérő nyertes nem hirdetett, közbeszerzési szerződést nem kötött és az összegezés megküldését megelőzően már meghozta az ajánlatkérő tulajdonosa azon döntését, határozatát, amelyre az eredménytelenséget alapította, ezért a Kbt. 131. § (9) bekezdésében foglaltak vizsgálatának nincs helye.

45. A Döntőbizottság a fentiek alapján a jogorvoslati kérelemben foglaltaknak részben helyt adott, az első kérelmi elem tekintetében a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja szerint az alaptalan jogorvoslati kérelmet elutasította, míg a második kérelmi elemben foglaltak tekintetében a Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pontja alapján állapította meg a jogsértés megtörténtét és megsemmisítette az ajánlatkérő eljárást lezáró valamint azt módosító döntését, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontját figyelemmel a Kbt. 53. § (3), valamint a Kbt. 75. § (3) bekezdéseire. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja alapján a jogsértés megállapítása mellett bírságot szabott ki az ajánlatkérővel szemben.

46. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerint, amennyiben a Döntőbizottság határozatában jogsértést állapít meg, bírságot szabhat ki a jogsértő szervezettel vagy személlyel, valamint a jogsértésért felelős személlyel vagy a szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben. A bírság kiszabása körében a Döntőbizottság figyelembe vette, hogy a jogsértés az eljárást lezáró döntésre, a nyertes személyére is kihatással volt.

47. A jogorvoslattal összefüggésben előzetes vitarendezési kérelem előterjesztésére is sor került, ezért a Kbt. 165. § (5) bekezdése szerint a Kbt. 165. § (4) bekezdése szerint a (3) bekezdés d) pontja szerinti bírság összege – a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb 15%-a.

48. 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.

49. A Döntőbizottság jelen esetben jogkövetkezmenyként bírság kiszabását tartotta indokoltnak. A Döntőbizottság Kbt. 165. § (11) bekezdése alapján mérlegelési jogkörében eljárva figyelemmel volt arra, hogy az ajánlatkérő úgy hozta meg döntését az eljárás befejezéséről, hogy annak jogszabályban rögzített feltételei nem álltak fenn. A Döntőbizottság tekintettel volt a közbeszerzési eljárás tárgyára és annak becsült értékére (nettó 130.000.000.- Ft), értékelté azt, hogy a közbeszerzés saját forrásból valósult meg, valamint azt, hogy a megállapított jogsértés utólag reparálható, ugyanakkor az ajánlatkérő eljárást lezáró döntésére érdemben kihatással volt. A Döntőbizottság nem értékelt az ajánlatkérő terhére többszörös jogsértést. A Döntőbizottság figyelembe vette a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt rövidebb időtartamot. Figyelembe vette azt is, hogy a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volta nem volt megállapítható. A Döntőbizottság mindezen tényezőket együttesen mérlegelve a bírság összegét a rendelkező részben meghatározott mértékben állapította meg.

50. A Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint a 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.

51. A Kbt. 151. § (9)-(10) bekezdése alapján:

(9) 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.

(10) Ha a kérelmező jogorvoslati kérelmében több jogsértés megállapítását is kérte, de a Közbeszerzési Döntőbizottság az ügy érdemében hozott határozatában a kérelemnek csak részben ad helyt, az igazgatási szolgáltatási díjnak a Közbeszerzési Hatóság (2) bekezdés szerinti saját bevételeivel csökkentett részét az alapos és alaptalan kérelmek arányának figyelembevételével téríti vissza a kérelmezőnek.

52. Az Ákr. 124. §-a alapján eljárási költség mindaz a költség, ami az eljárás során felmerül.

Az Ákr. 126. § (2)-(3) bekezdése alapján:

(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.

(3) Ha a határozat a kérelemnek részben ad helyt, a hatóság az eljárási költség arányos viselésére kötelezi a kérelmező ügyfelet és az ellenérdekű ügyfelet.

53. A Döntőbizottság a Kbt. 151. § (9)-(10) bekezdése, illetve az Ákr. 126. § (2)-(3) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

54. A kérelmező 650.000.-Ft igazgatási szolgáltatási díjat fizetett meg, melynek 300.000.-Ft-ot meghaladó részében van helye visszatérítésnek az alapos és alaptalan kérelmek arányának figyelembevételével. A kérelmező két kérelmi elemet terjesztett elő, melyből visszatérítésnek a Kbt. 151. § (9) bekezdése szerint a második kérelmi elemnek történő helytadás okán van

helye, melynek összege 175.000.-Ft. A Kbt. 151. § (9), (10) bekezdése és a 45/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 2. § (2), (3) bekezdése alapján, figyelemmel arra, hogy a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelem alapján a második kérelmi elem körében jogsértést állapított meg, és az első kérelmi elem tekintetében az alaptalan kérelmet elutasította, az ajánlatkérőnek meg kell fizetnie a kérelmező részére 475.000.-Ft igazgatási szolgáltatási díjat, valamint a kérelmező képviselőjével felmerült 80.000.-Ft ügyvédi munkadíjat.

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

56. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselő a Kp. 27. § (1) bekezdése alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2020. április 6.

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk
a tanács elnöke

Berekméri Ágnes sk
közbeszerzési biztos

Dr. Fáry Zoltán sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
közszolgálati ügykezelő

Kapják:

1. Dr. Bagdy Emese ügyvéd (kizárólag elektronikus úton)
2. Dr. Rácz Zsolt ügyvéd (kizárólag elektronikus úton)
3. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (kizárólag elektronikus úton)