

A Fővárosi Törvényszék 103.K.700.949/2018/24. számú ítélete és a Kúria Kf.II.38.309/2019/9. számú ítélete

Közbeszerzési Értesítő száma:	2020/148
Beszerzés tárgya:	
Hirdetmény típusa:	Bírósági határozat KÉ
Eljárás fajtája:	
Közzététel dátuma:	2020.07.31.
Iktatószám:	13686/2020
CPV Kód:	
Ajánlatkérő:	
Teljesítés helye:	
Ajánlattételi/részvételi jelentkezési határidő:	
Nyertes ajánlattevő:	
Ajánlatkérő típusa:	
Ajánlatkérő fő tevékenységi köre:	

Fővárosi Bíróság ítélete

Szöveg: A Fővárosi Törvényszék mint elsőfokú bíróság 103.K.700.949/2018/24.

A Fővárosi Törvényszék a Mohai Ügyvédi Iroda (1024 Budapest, Lövház utca 2-6., ügyintéző: dr. Mohai László ügyvéd) által képviselt Budapest Főváros Önkormányzata (1051 Budapest, Városház utca 9-11.) felperesnek, a dr. Puskás Dóra Hildegard kamarai jogtanácsos által képviselt Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (1026 Budapest, Riadó utca 5.) alperes ellen közigazgatási jogvita elbírálása - közbeszerzési ügyben hozott D.297/22/2018. számú határozat bírósági felülvizsgálata - iránt indított perében, amely perbe a felperes pernyertessége érdekében a dr. Palcsu Péter ügyvéd (4025 Debrecen, Hatvan u. 6. fszt. 2.) által képviselt „Global Sport” Ipari Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. (4030 Debrecen, Tömös u. 17.), az alperes pernyertessége érdekében a Dr. Illés Levente Ügyvédi Iroda (1136 Budapest, Tátra u. 6. I/6.a., ügyintéző: dr. Illés Levente ügyvéd) által képviselt Everling Építő, Termelő és Szolgáltató Kft. (2117 Isaszeg, Aulich u. 3.) érdekeltként belépett, meghozta a következő ítéletet:

A Fővárosi Törvényszék az alperes 2018. október 10-én kelt D.297/22/2018. számú határozatát megváltoztatja és a jogorvoslati kérelmet elutasítja.

Kötelezi az alperest, hogy a 2 000 000 (kétmillió) forint bírság összeget 15 napon belül fizesse vissza a felperesnek.

Kötelezi az alperesi érdekeltet, hogy 15 napon belül fizessen meg a felperesnek 300 000 (háromszázezer) forint igazgatási szolgáltatási díjat.

Kötelezi az alperest, hogy 15 napon belül fizessen meg a felperesnek 120 000 (százhuszezer) forint

perköltséget.

A 120 000 (százhuszezer) forint kereseti illetéket az Állam viseli.

Az ítélet ellen a közléstől számított 15 napon belül fellebbezésnek van helye, amelyet az elektronikus kapcsolattartás szabályai szerint a Kúriához címezve, jogi képviselő útján a Fővárosi Törvényszéknél kell előterjeszteni.

Indokolás

A felperes, mint ajánlatkérő (a továbbiakban: felperes) „MAC Atlétikai Pálya felújítása vállalkozási szerződés keretében” tárgyú nyílt közbeszerzési eljárást indított a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112. § (1) bekezdés b) pontja szerint, a Kbt. 113-114. §-ában foglalt eltérések alkalmazásával. Az összefoglaló tájékoztatás a Közbeszerzési Adatbázisban 2018. április 10-én került feltöltésre. A felperes az eljárást megindító felhívást (a továbbiakban: felhívás) és az ajánlatkérői dokumentációt 2018. április 24-én küldte meg az általa kiválasztott és az összefoglaló tájékoztatásra jelentkező gazdasági szereplőknek. A felhívás VI. pontjában előírtak szerint a beszerzés mennyisége: „A többfunkciós szabadtéri pályára a Magyar Atlétikai Szövetség által minősített szendvicsszerkezetű 1,3 cm vastag öntött burkolattal ellátott pályaszerkezet készítése a nyertes ajánlattevő feladata, a teljes 6900 m² (eltérés mértéke: +2%) felületen, a szükséges kiegészítő munkákkal.” A felhívás XIV.2.) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság cím alatt adta meg az alkalmassági követelményeket és az alkalmasság minimumkövetelményeit, beleértve az ajánlattevő alkalmatlanságának eseteit is. Az alkalmassági minimumkövetelmények között „Műszaki, illetve szakmai alkalmasság követelmények és igazolási módok” cím alatt előzetes (nyilatkozattétel a Kbt. 114. § (2) bekezdése alapján) és utólagos (a Kbt. 69. § (4)-(7) bekezdése alapján) igazolást írt elő. Utólagos igazolásként az arra felhívott gazdasági szereplőnek azt kellett igazolni, hogy megfelel az alkalmassági követelményeknek: „M.1) ajánlattevőnek (közös ajánlattevőnek) ismertetnie kell a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 21. § (2) bekezdés a) pontja alapján az eljárást megindító felhívás megküldésétől visszafelé számított öt évben (60 hónapban), szerződészerűen (szerződésnek és az előírásoknak megfelelően) teljesített legjelentősebb, közbeszerzés tárgya (minősített atlétikai sportpálya kivitelezésére, felújítására) szerinti, sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezett építési beruházásait, a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 22. § (3) bekezdésében foglaltak szerint.”. Meghatározta az igazolás tartalmi elemeit is. Az alkalmassági minimumkövetelmények között rögzítette, alkalmatlan az ajánlattevő, ha nem felel meg annak a követelménynek, hogy: „M.1) az eljárást megindító felhívás megküldésétől visszafelé számított öt évben (60 hónapban), az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően teljesített, közbeszerzés tárgyra (minősített atlétikai sportpálya kivitelezésére, felújítására) vonatkozó a Magyar Atlétikai Szövetség által hitelesített, 3279 m² felületű, 400 méteres, legalább hat sávós, a célegyenesben nyolc sávós atlétikai pálya sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezett referenciamunkával”

rendelkezik.

A felhívás XXII.) Egyéb információk pontja 35. alpontja rögzítette, hogy az ajánlatkérő a „Magyar Atlétikai Szövetség által hitelesített” feltétellel egyenértékűként elfogadja a Nemzetközi Atlétikai Szövetség (a továbbiakban: IAAF) hitelesítését is.

A módosított határidőig (2018. május 17.) a perben nem álló Strabag Általános Építőipari Kft., a MAC Futópálya Konzorcium (az alperesi érdekelt és az ARHOS D.O.O. közös ajánlattevők), valamint a felperesi érdekelt és a perben nem álló ALAMA BAU Kft. közös ajánlattevők nyújtottak be ajánlatot.

A felperes 2018. június 5-én - a Kbt. 69. § (4) bekezdése alapján - felhívta a legkedvezőbb érvényes ajánlat ajánlattevőjét, a MAC Futópálya Konzorciumot a felhívásban előírt alkalmassági követelmények igazolására, majd a 2018. június 11-én benyújtott igazolások vonatkozásában még ugyanazon a napon hiánypótlásra, illetőleg felvilágosítás nyújtására. A MAC Futópálya Konzorcium 2018. június 21-én a hiánypótlásnak eleget tett és csatolta angol nyelven (10-11. oldal), magyar fordítással (12-13. oldal) az ARHOS D.O.O. M.l) alkalmassági követelmény igazolását, és az M.l) alkalmassági feltétel igazolásaként bemutatott munkáról szóló referenciaigazolást és fordítását (14-15. oldal). A VIACOR Polymer GmbH által 2018. június 18-án kiadott referenciaigazolás szerint az ARHOS D.O.O. teljesítette 2018. február 1- 2018. március 26. között a szerződést, amelynek tárgya a Tasos Markou atlétikai pálya építése Paralimniben volt; az atlétikai pálya területe: 7646 m², hossza: 400 méter, 8 futósávval az elejétől a végéig; a pályát az IAAF minősítette.

A felperes 2018. július 20-án elkészített összegzésében a MAC Futópálya Konzorciumot hirdette nyertes ajánlattevőnek. A felperesi érdekelt 2018. július 27-én előzetes vitarendezési kérelemmel fordult a felpereshez, arra hivatkozva, hogy a referenciaként bemutatott Tasos Markou atlétikai pálya Paralimni városában IAAF minősítést a jelen közbeszerzési eljárást megindító felhívás dátuma után kapott, ezért a MAC Futópálya Konzorcium referenciaigazolása nem megfelelő. Utalt arra is, hogy a pálya felújítása csak átlakozást és vonalazást érintett, ami nem pályaépítés, mivel sem alépítmény, sem aszfaltozás, sem rekortán burkolat nem készült.

A felperes 2018. július 31-én felvilágosítást kért a MAC Futópálya Konzorciumtól és egyidejűleg megkereste az IAAF-et és a referenciaigazolást kiállító VIACOR Polymer GmbH-t, nyilatkozzanak, hogy a referenciaként bejelentett pálya IAAF hitelesítése megtörtént-e - a referenciaigazoláson feltüntetett időpontig - 2018. március 26-ig. Az IAAF válasza szerint az építésre 2018-ban került sor, kitzűzés, vonalazás 2018. április 22-27. között, míg a felmérés április 28-29-én történt, a hitelesítési kérelem benyújtásának időpontja 2018. május 14-e, a hitelesítési bizonyítvány kelte 2018. május 23-a volt. A VIACOR Polymer GmbH arról tájékoztatott, hogy az atlétikai pálya 2015. október-november hónapokban épült és megkapta az IAAF 2. kategóriájú minősítését, majd az EPDM burkolat problémái miatt a pálya 2018. február-márciusban felújításra került és IAAF 2. kategóriájú minősítést kapott. Megerősítette, hogy a pályának a teljes időszak alatt volt érvényes IAAF minősítése, 2015. december 16-tól folyamatosan rendelkezett IAAF 2. kategóriájú érvényes minősítéssel, amelyet az új minősítés váltott fel. Az IAAF az elkészült munkát minősítette, szükségszerűen a kivitelezés befejezését követően (a méréseket 2018. április 28. és 29-én végezték, az igazolást 2018. május 23-án bocsátották ki). Hivatkozott arra, hogy a pálya már az elkészülte pillanatában (a referenciaigazoláson feltüntetett március 26-i időpontban)

megfelelt a feltételeknek, a minősítő ezen állapot alapján végezte el a minősítést. A felperes a válaszokra figyelemmel, 2018. augusztus 7-én módosította összegzését és a MAC Futópálya Konzorcium ajánlatát érvénytelennek nyilvánította a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja alapján, mivel az ajánlattevő az ajánlati felhívás XIV.2. M.l) alkalmassági minimumkövetelménynek nem felelt meg, mert nem teljesült az ajánlatkérő elvárása, miszerint az eljárást megindító felhívás megküldésétől (2018. április 24.) visszafelé számított öt évben kell teljesítettnek lennie a referenciamunkának (felújításnak), a hitelesítést is beleértve.

A MAC Futópálya Konzorcium által becsatolt referenciaigazolásban szereplő munka IAAF általi hitelesítése azonban ezt követően, 2018. május 23-án történt meg.

Az alperesi érdekelt 2018. augusztus 24-én előterjesztett jogorvoslati kérelmére eljár alperes a D.297/22/2018. számú 2018. október 10-én kelt határozatában megállapította, hogy az ajánlatkérő felperes megsértette a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjára figyelemmel a Kbt. 69. § (1) bekezdését és a Kbt. 69. § (2) bekezdését. Megsemmisítette az ajánlatkérő eljárást lezáró döntését a (Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pont), valamint valamennyi ezt követően, a közbeszerzési eljárás során hozott döntését (Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pont). A közbeszerzési eljárás folytatását ahhoz a feltételhez kötötte (Kbt. 165. § (3) bekezdés a) pont), hogy az ajánlatkérő vizsgálja meg a MAC Futópálya Konzorcium referenciáját a felhívásban rögzített további szempontok mentén és csak ezt figyelembe véve állapítsa meg, hogy a kérelmezői ajánlat érvényes-e vagy sem. A felperessel, mint ajánlatkérővel szemben 2 millió forint bírságot is kiszabott (Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pont). Határozatában felhívta és idézte a Kbt. 2. § (1)-(3)

bekezdésében foglalt alapelveket, a Kbt. 65. § (3) bekezdését, a 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 21. § (1) bekezdés a) pontját és a 21. § (2) bekezdés a) pontját; a Kbt. 66. § (1) bekezdését, 69. § (1)-(2) és (4) bekezdését, a Kbt. 73. § (1) bekezdés d) pontját. Határozata indokolásában rögzítette, hogy az alkalmassági feltételek előírásának célja, hogy a gazdasági szereplők eldönthessék, alkalmasak-e a beszerzés megvalósítására. A referencia bemutatás célja, hogy az ajánlattevők igazolják a szerződés teljesítésére való képességüket. A referencia bemutatása és az ajánlat benyújtása azonban elválik egymástól, a Kbt. már nem várja el, hogy az ajánlattétel időpontjában a referenciát be kelljen mutatni, elegendő akkor, ha az ajánlat az értékelési szempontok szerint a legkedvezőbb. Az ajánlati felhívás szerint a bemutatott referencia nem lehetett a felhívás megküldésének napjától számított öt évnél régebbi. Sem jogszabály, sem a joggyakorlat, sem az ajánlatkérői előírás szerint egyetlen indokkal sem támasztható

alá az, hogy egy ajánlattevő alkalmatlanságát amiatt állapítsa meg az ajánlatkérő, mert az általa bemutatott referencia, amely az alkalmasságát egyébként igazolja, túlságosan új. Ezen indokokra figyelemmel a Kbt. 69. § (1) bekezdését megsértve állapította meg az ajánlatkérő összegzésében, hogy 2018. április 24. naptól visszafelé számított 5 éven belül elkészült referenciamunkát kellett volna bemutatni és ennek hiányában a kérelmezői ajánlat érvénytelen. Az alperes rögzítette, hogy a referenciamunka és annak hitelesítése a bemutatására való felhívás kiadásakor, 2018. június 5-én - a felek által nem vitatottan - kész volt. Mivel az ajánlatkérő a bemutatott referenciával kapcsolatban további vizsgálatot nem végzett, az alperes az eljárás folytatását feltételhez, annak vizsgálatához kötötte, hogy a bemutatott referencia megfelel-e az ajánlatkérői és jogszabályi előírásoknak.

A bíróság kiszabását azzal indokolta, hogy a jogsérelem kihatással volt a közbeszerzési eljárás menetére. Alkalmazta a Kbt. 165. § (11) bekezdése szerinti szempontokat, összességében mérlegelve állapította meg a bíróság mértékét, figyelembe véve az eljárás becsült értékét (nettó 223 440 000 forint), de mérlegelte a felperes együttműködő magatartását, és figyelemmel volt a maximálisan kiszabható bíróság mértékére is.

Az alperes határozata ellen előterjesztett keresetében a felperes kérte a határozat megváltoztatását és az alperesi érdekelt jogorvoslati kérelmének elutasítását, az alperes kötelezését az általa már megfizetett 2 millió forint bírság visszafizetésére, továbbá az alperesi érdekelt kötelezését a felperes által részére megfizetett 300 000 forint igazgatási szolgáltatási díj visszatérítésére. Kérte az alperes perköltségben marasztalását a benyújtott költségjegyzék szerint. Kereseti kérelmét azzal indokolta, hogy a határozatban kifejtettekkel ellentétben a MAC Futópálya Konzorcium ajánlata érvénytelenségének megállapítása nem azon alapult, hogy a csatolt referencia túlságosan új, hanem azon, hogy a felperes - az ajánlattételi felhívás és a jogszabályi keretek között - a Kbt. 69. § (1) bekezdése alapján nem látta megalapozottnak a MAC Futópálya Konzorcium alkalmasságát. Az érvénytelenség oka az volt, hogy az alperesi érdekelt ajánlata nem felelt meg az ajánlati felhívásban foglalt feltételeknek. Megítélése szerint a jogszabályi rendelkezések és az ajánlati felhívás alapján egyértelmű, hogy az ajánlattevőnek legkésőbb az ajánlati felhívás feladásakor/megküldésekor kell rendelkeznie olyan befejezett referenciamunkával, amely megfelel az összes megkívánt követelménynek. Az ajánlattételi felhívás M.l) pontjában meghatározott alkalmassági minimumkövetelményekből nyelvtanilag és logikailag is egyértelműen megállapítható, hogy a referenciamunkának minden ott felsorolt feltételnek meg kellett felelnie: egyebek között sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezett, az Atlétikai Szövetség által hitelesített munkának kellett lennie; az ajánlati felhívás megküldésének időpontjában (2018. április 24.) meglévő, de az attól visszafelé számított legfeljebb 60 hónapos időtartamon belül elkészült, az összes feltételnek megfelelő munkának kellett lennie. Ebből következik, hogy a feltételeket teljesítő referenciamunka sem ezen időszakot megelőző, sem pedig ezt követő időpontra nem tehető. A 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Korm.r.) 21. § (2) bekezdés a) pontja szerint a szakmai alkalmasság igazolása a nem hirdetménnyel induló eljárásokban az eljárást megindító felhívás megküldésétől visszafelé számított öt év legjelentősebb építési beruházásainak ismertetésével történhet, amellyel egyező követelményt írt elő a felperes a felhívásban. Az alperesi érdekelt által hivatkozott referenciamunka e követelménynek, a felperes által előírt összes feltételnek nem felelt meg. Az IAAF hitelesítése a felperes által elvárt időintervallumban még nem került kiadásra, tehát nem is állhatott az alperesi érdekelt rendelkezésére, amiből következik, hogy az alperesi érdekelt nem felelt meg az alkalmassági feltételeknek, ezért alaptalanul állapította meg az alperes, hogy a felperes megsértette a Kbt. 69. § (1) bekezdését. Álláspontja szerint annak nincs jelentősége, hogy az illetékes Atlétikai Szövetség későbbi időpontban a szükséges minősítést kiadta. Vítatta a határozatból következő alperesi álláspontot, hogy a referenciamunka kritériumai utólag is teljesíthetők, azaz az ajánlattevő részt vehet az eljárásban úgy, bár a munka fizikailag elkészült, azonban a további feltételül szabott jóváhagyás pótolható lenne az eljárás későbbi szakaszában is, azaz az ajánlattételkor ennek nem kell megfelelni. Amennyiben a későbbi időpontban kiadott minősítés elfogadható lenne, az a közbeszerzési eljárásokban bizonytalanságot eredményezne, miután az ajánlattevők részt vehetnének az eljárásokban úgy, hogy az alkalmasságuk fennállta (ideértve annak igazolását is) pl. a szerencsétől vagy egyéb körülménytől függene. Ennek önmagában ellentmond adott esetben az is, hogy az ajánlattevőknek az ajánlat megtételekor már nyilatkozniuk kellett arról, hogy megfelelnek az ajánlattételi felhívásban

foglaltaknak. Visszás, jogilag többféle módon értékelhető helyzetet eredményez, ha valaki úgy teszi meg ezt a nyilatkozatát, hogy tudja a nyilatkozat megtételekor nem felel meg egy, vagy több feltételnek. Megítélése szerint egyértelműen megállapítható, hogy a MAC Futópálya Konzorcium valótlan nyilatkozatot tett, amikor arról nyilatkozott, hogy az ajánlattételi felhívásban foglaltaknak megfelel (ajánlati dokumentáció 29. oldal, 2018. május 16.), miután ez csak 2018. május 23-án következhetett be, mivel ekkor állt rendelkezésre az IAAF minősítése. Kereseti érvelése alátámasztásaként arra is hivatkozott, hogy az alperesi értelmezés a Kbt. 2. § (1) bekezdése szerinti verseny tisztasága, átláthatósága sérelmét is felveti, a Kbt. 2. § (2) bekezdése szerinti követelmény teljesíthetlenségét vonja maga után, továbbá a Kbt. 2. § (3) bekezdése szerinti joggal való visszaélés sérelme is felmerülhet, hiszen adott esetben az ajánlatkérő felelősségre vonható lenne azért, hogy mely időpontban kéri bemutatni az alkalmassági igazolást. Álláspontja szerint az alperesi érdekelt azon utalása, hogy a pálya már korábban rendelkezett hitelesítéssel és ezért tulajdonképpen az új hitelesítés nem is szükséges, nyilvánvalóan elfogadhatatlan, alaptalan álláspont, hiszen egy megbontott pálya magától értetődően ismételt vizsgálatot és jóváhagyást igényel.

Az alperes védiratában a határozatában foglaltakat mindenben változatlanul fenntartva a kereset elutasítását és a felperes perköltségben marasztalását kérte.

Kiemelte, hogy a hatályos Kbt. már nem az ajánlattétel időpontjában kéri a referencia bemutatását, elválnak az ajánlat benyújtásának és a referencia bemutatásának az időpontja. A referenciamunka és annak hitelesítése a felperes által annak bemutatására való felhívás kiadásakor (2018. június 5.) a felek által nem vitatottan kész volt, a referenciát bemutatta, a szerződés teljesítésére való alkalmasságát a felperes felé igazolta. Erre tekintettel a Kbt. 69. § (1) és (4) bekezdését megsértette a felperes, amikor az alperesi érdekelt ajánlatát érvénytelenné nyilvánította.

A felperesi érdekelt a felperes pernyertességét támogatva hangsúlyozta, hogy az alperesi érdekelt a műszaki, illetve szakmai alkalmassági minimum követelményt (az ajánlati felhívás XIV.2) pontja) félreértelmezte. A Kbt. kogens szabályok gyűjteménye. Az eljárást megindító felhívásban szereplő M.I) alkalmassági minimumkövetelmény is ilyennek minősül, egyértelmű, minden teljesítendő feltételt felsorolt. Az M.I) alkalmassági követelménynek való megfelelésre vonatkozó referenciapályának minősítéssel kellett rendelkeznie a felhívás szerint az eljárást megindító felhívás keltének időpontja előtt. A minősítő dokumentum nem visszamenőleges hatályú a pálya minősítettségére vonatkozóan, amiből következik, hogy az eljárást megindító felhívás dátuma előtt megfelelő referenciával kellett rendelkeznie annak a gazdasági szereplőnek, amely ajánlatot kívánt tenni. Álláspontja szerint a felperes az eljárás során jogszerűen, és a felmerült bizonyító dokumentumoknak megfelelően járt el. Az, hogy a jogszabály lehetőséget biztosít arra, hogy az ajánlat benyújtása és a referenciaigazolás bemutatása időben elváljon, nem jelent felhatalmazást arra, hogy a referenciaigazolásra történő hivatkozást is magában foglaló ajánlat a benyújtása idején még alkalmatlannak tekinthető referenciaigazolásra hivatkozhat. Ilyen felhatalmazás a Kbt.-ből nem olvasható ki. Az alperes által felhívott Kbt. 66. § (1) bekezdése, 69. § (1); (2) és (4) bekezdése helyes értelmezése alapján az a megállapítás tehető, hogy a MAC Futópálya Konzorcium az ajánlat benyújtásának időpontjában nem rendelkezett megfelelő referenciaigazolással. A referenciaigazolás bemutatására biztosított eltérő időpont értelemszerűen az ajánlattétel időpontjában megfelelőnek beállított referenciaigazolás bemutatására biztosít lehetőséget, csak az ajánlati felhívásnak mindenben megfelelő referenciaigazolás bemutatását jelentheti. Az alperes

álláspontjának elfogadása azt jelentené, hogy az ajánlattevőknek az ajánlat előterjesztésének időpontjában elégséges lenne egy olyan referenciaigazolásra hivatkozni a szerződés teljesítésének képessége érdekében, amelyet majd csupán a bemutatás idejére kellene az ajánlati felhívásban rögzített követelményeknek megfelelő tulajdonságokkal (pl. hitelesítés) felruházni. Ez pedig az átláthatóság és megalapozottság sérelmét jelentené, jogbizonytalanságot eredményezne, amit a jog nem támogathat.

Az alperesi érdekelt a kereset elutasítását és az álláspontja szerint érdemben helyes alperesi határozat helybenhagyását kérte. Hangsúlyozta, hogy a hitelesítést nem az ajánlatkérő végzi, hanem a Magyar Atlétikai Szövetség, vagy az IAAF. A pálya már korábban is rendelkezett hitelesítéssel és a munkák elvégzése után is megkapta a hitelesítést, így a referencia megfelelt a felhívásban előírtaknak, amely igazolta az alkalmasságát, ezért az alperes határozatában helyes megállapításra jutott (határozat 11. oldal 47. pont) az alperesi érdekelt szerződés teljesítésére való képessége vonatkozásában. Annak volt jelentősége, hogy az alperesi érdekelt a munkát elvégezte, sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezte, az azonban, hogy egy tőle független szerv egy olyan pálya hitelesítését mikor végezte el, amely amúgy is hiteles volt, nem róható az ajánlattevő terhére. Emellett a Kbt. 69. § (4) bekezdése szerinti felhívás kiküldésekor már rendelkezett a hitelesítési irattal. Egyetértett a határozat azon megállapításával, hogy egy túlságosan új referenciaigazolás miatti érvénytelenítés nem indokolt. A referenciaigazolás az ajánlattevő alkalmassága, a szerződés teljesítésére való képessége igazolására szolgál, ezért az az igazolás a legalkalmasabb, amelyik friss, hiszen az évek alatt a cég helyzete megváltozhatott és teljesítőképesége kétségessé válhatott.

A kereset - az alábbiak szerint - alapos.

A bíróság a közbeszerzési ügyben hozott alperesi határozat, mint közigazgatási cselekmény jogszerűségét a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 85. § (1)-(3) bekezdése alapján a kereseti kérelem korlátai között - a Kúria által fenntartott 1/2011. (V. 9.) KK véleményben rögzítettekkel szem előtt tartva - vizsgálta felül, a Kbt. eltérő rendelkezése hiányában a meghozatalának időpontjában fennálló tények alapján értékelte.

Az alperes határozatában megállapított, a perbeli jogkérdés alapjául szolgáló releváns tényállás a felek között nem volt vitatott, a bíróságnak alapvetően jogkérdésben kellett döntenie.

A felperes perbeli nyilatkozataiban felvetette a Kbt. alapelvei megsértésének lehetőségét, de azokra konkrét jogsértésként nem, csak a terhére rótt tételes jogsértés ellenében kifejtett érvei alátámasztásaként hivatkozott, ezért alapvető sérelmekre a bíróság vizsgálata nem terjedt ki.

A felperes keresetének eldöntéséhez a bíróságnak az alperesi határozat felülvizsgálata során azt kellett eldöntenie, hogy a felperes az ajánlatok elbírálása során eleget tett-e a Kbt. 69. § (1) bekezdésében foglaltaknak, megalapozottan állapította-e meg, hogy a MAC Futópálya Konzorcium az ajánlatában feltüntetett referenciamunka okán nem felelt meg a felhívásban előírt alkalmassági követelményeknek és ennek következtében jogszerűen, a Kbt. 69. § (2) bekezdése szerint állapította-e meg ezen ajánlat érvénytelenségét.

Az ügy eldöntése szempontjából annak a felperesi hivatkozásnak van jelentősége, hogy az alperes

tévesen értékelte a módosított összegzést, abban az alperesi érdekelt közreműködésével pályázó MAC Futópálya Konzorcium ajánlata érvénytelenségét megállapító döntését, mivel azt - az alperes határozati indokolásában foglaltaktól eltérően - nem arra alapította, hogy a csatolt referencia túlságosan új, hanem arra, hogy az ajánlat nem felelt meg az ajánlati felhívásban foglalt, a referenciamunkára előírt feltételeknek. Abban kellett ezért állást foglalni, hogy a csatolt referencia megfelelt-e a jogszabályi előírásoknak, valamint az ajánlati felhívás szerinti követelményeknek. E döntéshez vizsgálni kellett, hogy a referenciaigazolásban feltüntetett referenciamunkára vonatkozó feltételek teljesülésének mikor, mely időpontban kellett fennállnia, ehhez pedig a Kbt. vonatkozó előírásainak az értelmezésére volt szükség.

Az kétségtelen, hogy a felperes a műszaki, szakmai alkalmassági követelmények között a felhívás XIV.2.) pontja szerint az alkalmasság igazolása során olyan referenciát várt el az ajánlattevőktől -hivatkozva a Korm. r. 21. § (2) bekezdés a) pontjára és 22. § (3) bekezdésére -, amelyben a felhívás megküldésétől visszafelé számított öt évben (60 hónapban) szerződésszerűen teljesített legjelentősebb, műszaki átadás-átvétellel befejezett és minősített atlétikai sportpálya kivitelezés, felújítás referenciamunkát kellett felmutatni, ez a kikötés az igazolás időben legtávolabbi végső időpontját egzaktan kijelölte.

A jogszabályi előírások alapján azt kellett eldönteni, hogy a kiírási feltételek szerint időben mi tekinthető annak az időben legközelebbi határidőnek, amikor a referenciának az alkalmasság igazolásaként rendelkezésre kellett állnia, ez az időpont a felperes felé történő bemutatás szempontjából változó tartományban mozoghat-e.

A Fővárosi Törvényszék alapvetően egyetértett az alperesi érveléssel abban, hogy a korábbi szabályozáshoz képest a perben alkalmazandó hatályos Kbt. a bírálat folyamatát és az egyes eljárási cselekmények sorrendjét új alapokra helyezte. Az európai parlament és a tanács 2014. február 26-i 2014/24/EU irányelve a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről (a továbbiakban: 2014/24/EU irányelv) preambuluma (84) bekezdése rögzítette: „Számos gazdasági szereplő - nem utolsósorban kvv.-k - szerint a közbeszerzésben való részvételük egyik legnagyobb akadályát az abból eredő adminisztratív terhek képezik, hogy a kizárási és a kiválasztási szempontokhoz kapcsolódóan jelentős számú tanúsítványt, illetve egyéb dokumentumot kell benyújtani. Az ilyen jellegű követelmények visszafogása - például a frissített nyilatkozatból álló egységes európai közbeszerzési irat használatának a lehetővé tételével - jelentős egyszerűsítést eredményezhet, ami mind az ajánlatkérő szervezeteknek, mind a gazdasági szereplőknek előnyére válik. Ugyanakkor meg kell követelni a megfelelő bizonyítékok benyújtását attól az ajánlattevőtől, amelynek a szerződést odaítélték, az ajánlatkérő szervezet pedig nem köthetnek szerződést olyan ajánlattevővel, amely erre nem képes. ...”

A 2014/24/EU irányelvi szabályozás jogharmonizációja, a megváltozott vagy új irányelvi rendelkezéseknek a magyar jogba történő átültetése következtében a Kbt. 69. §-a több szakaszos értékelési folyamatról rendelkezik. Ezen irányelvi alapokon nyugvó szabályozás szerint az elbírálás három, időben és jogi értelemben is jól elkülöníthető mozzanatra (előzetes vizsgálat, értékelés, utólagos igazolás) bontható, amelyek egymással szorosan összefüggnek, kötelező bírálati sorrendet alkotnak. A bírálat menete - a három szakasz - esetenként kivételek megállapítása mellett, valamennyi közbeszerzési eljárásban - jelen eljárásra is - alkalmazandó, függetlenül az eljárás formájától. Az ajánlatkérő az; előzetes vizsgálat során köteles meggyőződni arról, hogy az

ajánlattevő - egyebek között - az előírt alkalmassági követelményeknek megfelel-e. A 2014/24/EU irányelv (59. cikk) e kötelezettség teljesítéséhez vezette be (a Kbt. az értelmező rendelkezések 5. pontjában definiálta) az egységes európai közbeszerzési dokumentumot, amelyben az ajánlattevőnek a kizárási okok fenn nem állásáról, valamint az alkalmassági feltételek meglétéről kell előzetesen nyilatkoznia. A perbeli közbeszerzési eljárás a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerinti nyílt közbeszerzési eljárás, amelyben a kizáró okok, alkalmassági feltételek előzetes vizsgálata alapjául szolgáló dokumentumként a jogalkotó a Kbt. 114. § (2) bekezdése értelmében az egységes európai közbeszerzési dokumentum helyett a Kbt. 67. § (1) bekezdése szerinti nyilatkozat megtételét írta elő, amelyben az ajánlattevőnek arról kell nyilatkoznia, hogy az általa igazolni kívánt alkalmassági követelmények teljesülnek, de a teljesítésre vonatkozó részletes adatokat nem kell megadni. A szabályozásból látható, hogy az alkalmassági követelmények fennállására és a kizáró okok fenn nem állására vonatkozó feltételek vizsgálatát illetően a nyilatkozási elv jelentősége növekedett meg. A Kbt. kogens előírásaiból következően a nyilatkozat - függetlenül attól, hogy az ahhoz kapcsolódó dokumentumok csatolására időben később és nem mindegyik ajánlattevő esetében kerül sor - az ajánlat része, ugyanolyan kötőerővel és számon kérhetőséggel párosul, mintha az egyes mozzanatok egymástól való elválasztására nem került volna sor.

A Kbt. 66. § (1) és (2) bekezdése egyértelművé teszi, hogy a gazdasági szereplőnek ajánlatát a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott tartalmi és formai követelményeknek megfelelően kell elkészíteni és benyújtani. Emellett az ajánlatnak tartalmaznia kell az ajánlattevő kifejezett nyilatkozatát az ajánlati/ajánlattételi felhívás feltételeire, a szerződés megkötésére, teljesítésére és az ellenszolgáltatásra vonatkozóan. A Kbt. 81. (11) bekezdése szerint nyílt eljárásban az ajánlatkérő a felhívásban és a dokumentációban meghatározott feltételekhez, az ajánlattevő az ajánlatához az ajánlattételi határidő lejáratától kötve van (ajánlati kötöttség). A Kbt. 53. § (8)-(9) bekezdése értelmében az ajánlattevő ajánlatát az ajánlati kötöttség beálltaig vonhatja vissza. A perbeli, a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerinti eljárásban a Kbt. 114. § (2) bekezdése alapján a Kbt. 67. § (1) bekezdése szerinti nyilatkozatban az ajánlattevőnek arra kellett nyilatkozatot tennie, hogy az általa igazolni kívánt alkalmassági feltételek teljesülnek, azoknak megfelel. E nyilatkozatához az ajánlattevő az ajánlattételi határidő lejáratától kötve van, függetlenül attól, hogy részletes adatokat, igazolásokat nem kell a nyilatkozatának alátámasztásaként csatolnia. Ez egyben azt is kell jelentse, hogy az ajánlattevőnek abban az időben, amikor a nyilatkozatára nézve az ajánlati kötöttsége beáll, rendelkeznie kell a nyilatkozatát alátámasztó - adott esetben - az alkalmasságának igazolására alkalmas dokumentumokkal. Egyet értett a Fővárosi Törvényszék a felperessel abban, hogy nem lehet bizonytalansági tényező, vagy szerencseelem a nyilatkozatot alátámasztó dokumentum léte. A törvény nem teszi lehetővé biankó nyilatkozat megtételét, a gazdasági szereplő nem bizakodhat abban, hogy a bírálati folyamat későbbi szakaszában az alkalmassági követelmények teljesítését igazoló részletes adatok, igazolások birtokában lesz. A jogalkotói szándék az adminisztrációs terhek enyhítésére, a közbeszerzési eljárások elhúzódását eredményező, feleslegesen nagy mennyiségű dokumentum kiváltása volt. A legkedvezőbbnek értékelt ajánlatot benyújtó ajánlattevő(k)nek azonban az előzetes vizsgálat és értékelés után az utólagos értékelés fázisában az adatokat, igazolásokat ténylegesen csatolnia kell. Az alkalmasság vizsgálatakor kétségtelenül arról kell az ajánlatkérőnek meggyőződnie, hogy az ajánlattevő a szerződés teljesítésére alkalmas lesz-e, ami időben nyilvánvaló módon egy későbbi időszakra, az eredményes közbeszerzési eljárás lezárultát követő időre esik. Az ajánlatot azonban a kiírási feltételek szerint, az ajánlattételi határidő lejártáig kell benyújtani, az érvényes ajánlathoz, az

eredményes eljáráshoz fűződő érdek szabályozott keretek között biztosítja a felek részére a hiánypótlás, a felvilágosítás eszközét. Ahhoz, hogy a verseny tisztaságának, átláthatóságának követelménye teljesüljön, az eljárás résztvevői az ajánlati kötöttségükből fakadóan az ajánlat bármely elemének megváltoztatása csak jogszabályi felhatalmazásból eredhet. Téves az az alperesi álláspontot, hogy a referenciamunka igazolásban foglalt valamennyi feltételnek - jelen esetben az atlétikai pálya elkészültének, műszaki átadásátvételének és hitelesítésének is - a referenciaigazolás bemutatására való felhívás kiadásának idejekor (2018. június 5-én) elegendő volt fennállnia. A Kbt. 69. § (9) bekezdése - amely az adatok utóbb bekövetkező változásának esetére tartalmaz szabályozást - sem támasztja alá ezt az alperesi vélekedést. Az eltérés ugyanis csak pozitív irányú eltérés lehet, amennyiben az ajánlat érvényes akkor is, ha a benyújtott igazolások eltérnek a korábbi nyilatkozatban feltüntetett adatoktól. Ami egyfelől azt jelenti, szó nincs arról, hogy éppen az eltérés eredményezné a nyilatkozatban foglaltak teljesítését, másfelől arra nézve tartalmaz szabályozást (korlátozást), hogy az eltérés kedvezőbb helyzetbe nem hozhatja az ajánlattevőt, az a rangsort nem befolyásolhatja.

A közbeszerzési eljárások gyorsítását, hatékony lefolytatását szolgáló lehetőség az alkalmassági követelményeknek való megfelelés igazolásának későbbi, az ajánlattételtől eltérő időpontban történő benyújtása. Ez azonban nem eredményezheti a felhívástól történő eltérést, különösen nem, ha azt senki nem támadta, mert ahhoz az eljárás valamennyi résztvevője kötve van. A kiírás szerint az ajánlatkérő a felhívásban részletezett méretekkel, atlétikai versenyek rendezésére alkalmas, meghatározott számú pályasávval és műszaki paraméterekkel műszaki átadás-átvétellel rendelkező, megvalósult, a Magyar Atlétikai Szövetség vagy az IAAF által minősített pálya megépítését igazoló referenciamunkát várt el az ajánlattevőktől. Az ajánlattevő konzorcium az alkalmassági feltételeknek való megfelelésről nyilatkozott, az ajánlattételi határidő lejártakor azonban a nyilatkozat szerinti valamennyi feltétel nem teljesült.

A referencia pálya IAAF által kiállított minősítési bizonyítványa 2018. május 23-án - az ajánlattételre nyitva álló módosított határidő 2018. május 17-e - után került kiadásra. Ebből következően az ajánlattételkor a MAC Futópálya Konzorcium a referenciaként bejelentett pálya tekintetében nem rendelkezett az ajánlatkérő által elvárt, a referenciával szemben támasztott feltételek mindegyikével. Az ajánlatkérő által beszerzett nyilatkozatok (MAC futópálya Konzorcium, IAAF, VIACOR Polymer Gmb.) alapján megállapítható volt, hogy a referenciaként hivatkozott pálya 2015-ben épült, azt az IAAF minősítette. Az EPDM burkolat hibái miatt végzett, műszaki szempontból 2018. március 26-ra megvalósult felújítást ismét megkapta az IAAF minősítést 2018. május 23-án. Az alperesi érdekelt azon érvelése azonban nem fogadható el, hogy jelentősége a munka tényleges elvégzésének, a sikeres műszaki átadás-átvétellel történt befejezésnek volt, az azonban, hogy egy tőle független szerv a pálya hitelesítését mikor végezte el, amely amúgy is hiteles volt, nem róható az ajánlattevő terhére. Irreleváns, hogy a pálya korábban hitelesített volt, ugyanis a felújítási munkálatok ideje alatt a korábbi hitelesítés hatálya nem áll fenn, nyilvánvalóan nem lehet ezen időszakban a pályán a korábbi minősítésnek megfelelő versenyt megrendezni. A minősítés tekintetében kizárólag annak van relevanciája, hogy a minősítő a bizonyítványt mikor adja ki, annak ugyanis nincs visszaható hatálya. A referencia akkor fogadható el tehát, ha az elvárásként megfogalmazott valamennyi feltétel a nyilatkozat megtételére is beálló ajánlati kötöttség időpontjában fennállt. Helyállóan állapította meg a felperes a kifejtettek alapján, hogy a MAC Futópálya Konzorcium ajánlata - a fentiekben kifejtettek értelemeiben - az alkalmassági követelményeknek nem felelt meg és

állapította meg az ajánlat érvénytelenségét.

Mindezekre tekintettel a bíróság a felperes keresetét megalapozottnak értékelte, ezért a Kp. 89. § (1) bekezdés a) pontja és 90. § (1) bekezdése alapján az alperes határozatát megváltoztatta, figyelemmel a Kbt. 172. § (1) bekezdésére is.

A felperes keresetében kérte az alperes kötelezését a - részére megfizetett 2 000 000 forint - bíróság visszafizetésére, valamint az alperesi érdekelt kötelezését az igazgatási szolgáltatási díj címén részére megfizetett 300 000 forint visszafizetésére. Figyelemmel arra, hogy a felperes keresetének a bíróság helyt adott és az alperes határozatának megváltoztatása mellett a jogorvoslati kérelmet elutasította, a jogalap nélkül maradt - a felperes által megfizetett - bíróság visszafizetéséről rendelkezett a Kp. 89. § (3) bekezdése alapján. Az alperes határozata alapján az alperest megillető, az alperesi érdekeltnek a felperes által megfizetett 300 000 forint igazgatási szolgáltatási díj összegének visszafizetéséről - miután a bíróság döntése alapján nem a felperes köteles az alperest megillető szolgáltatási díj viselésére - a bíróság a Kbt. 151. § (9) bekezdésének megfelelő alkalmazásával a rendelkező rész szerint határozott.

A pernyertes felperes perköltséget igényelt, amelyet a Kp. 35. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó, a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény (a továbbiakban: Pp.) 81. § (1) és (5) bekezdése alapján, költségjegyzéken 120 000 (százhúszezer) forintban számított fel. A felperesi képviselő előkészítő irataira, a tárgyalási részvételére és nyilatkozattételére figyelemmel a bíróság megállapította, hogy a felszámított perköltség nem eltúlzott, az elvégzett munkával arányban áll. Mindezekre figyelemmel a Pp. 82. § (3) bekezdése és a bírósági eljárásban megállapítható ügyvédi költségekről szóló 32/2003. (VIII. 22.) IM rendelet 3. § (3) bekezdése alapján megállapított perköltség megfizetésére a Pp. 83. § (1) bekezdése értelmében a pervesztes alperest kötelezte.

Az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény (a továbbiakban: Itv.) 45/A. § (2) bekezdése folytán alkalmazandó, az Itv. 39. § (1) bekezdése és 42. § (1) bekezdés a) pontja szerint megállapított mértékű (120 000 forint), az Itv. 62. § (1) bekezdés h) pontja értelmében feljegyzett kereseti illetéket - az alperesnek az Itv. 5. § (1) bekezdés c) pontja alapján fennálló személyes illetékmentességére tekintettel - a Pp. 102. § (6) bekezdése alapján az állam viseli.

Az ítélet elleni fellebbezés lehetőségét a Kbt. 172. § (6) bekezdése biztosítja. A fellebbezés előterjesztésének határidejére, módjára vonatkozó tájékoztatás a Kp. 100. § (1) bekezdésén, továbbá a Kp. 27. § (1) bekezdésén és az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdés a) pont aa) és ad) alpontján, valamint b) pontján alapul.

Budapest, 2019. szeptember 11.

dr. Sára Katalin s.k. a tanács elnöke,
dr. Barsi-Fodor Bea s.k. bírő
dr. Böke Katalin Erzsébet s.k. előadó bírő

A Kúria mint másodfokú bíróság ítélete

Az ügy száma: Kf.II.38.309/2019/9.

**A tanács tagjai: Dr. Tóth Kincső a tanács elnöke
Dr. Bögös Fruzsina előadó bíró
Dr. Szilas Judit bíró**

A felperes: Budapest Főváros Önkormányzata (1051 Budapest, Városház utca 9-11.)

**A felperes képviselője: Mohai Ügyvédi Iroda
dr. Mohai László ügyvéd (1024 Budapest, Lövház utca 2-6.)**

Az alperes: Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (1026 Budapest, Riadó utca 5.)

Az alperes képviselője: Dr. Puskás Dóra Hildegárd kamarai jogtanácsos

A felperesi érdekelt: „Globál Sport” Ipari Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. (4030 Debrecen, Tömös utca 17.)

Az alperesi érdekelt: Everling Építő, Termelő és Szolgáltató Kft. (2117 Isaszeg, Aulich utca 3.)

**Az alperesi érdekelt képviselője: Dr. Illés Levente Ügyvédi Iroda
Dr. Illés Levente ügyvéd (1136 Budapest, Táttra utca 6.I/6.)**

A per tárgya: közbeszerzési ügy

A fellebbezést benyújtó felek: az alperes, az alperesi érdekelt

**Az elsőfokú ítélet: Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság
103.K.700.949/2018/24. számú ítélete**

Rendelkező rész

A Kúria

- a Fővárosi Törvényszék 103.K.700.949/2018/24. számú ítéletét helybenhagyja;
- kötelezi az alperest és az alperesi érdekeltet, hogy 15 napon belül fizessenek meg a felperesnek fejenként 50.000 (ötvenezer) forint másodfokú költséget;
- kötelezi az alperesi érdekeltet, hogy fizessen meg az államnak - külön felhívásra - 40.000 (negyvenezer) forint fellebbezési illetéket.

A további 40.000 forint fellebbezési illetéket az állam viseli.

Az ítélet ellen felülvizsgálatnak helye nincs.

Indokolás

A másodfokú elbírálás alapjául szolgáló tényállás

[1] A felperes, mint ajánlatkérő (a továbbiakban: felperes) „MAC Atlétikai Pálya felújítása vállalkozási szerződés keretében” tárgyú, nyílt közbeszerzési eljárást indított a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112. § (1) bekezdés b) pontja szerint, a Kbt. 113-114. §-ában foglalt eltérések alkalmazásával. Az összefoglaló tájékoztatás a Közbeszerzési Adatbázisban 2018. április 10-én került feltöltésre. A felperes az eljárást megindító felhívást (a továbbiakban: felhívás) és az ajánlatkérői dokumentációt 2018. április 24-én küldte meg az általa kiválasztott és az összefoglaló tájékoztatásra jelentkező gazdasági szereplőknek. A felhívás VI. pontjában előírtak szerint a beszerzés mennyisége: „A többfunkciós szabadtéri pályára a Magyar Atlétikai Szövetség által minősített szendvicsszerkezetű 1,3 cm vastag öntött burkolattal ellátott pályaszerkezet készítése a nyertes ajánlattevő feladata, a teljes 6900 m² (eltérés mértéke: +2%) felületen, a szükséges kiegészítő munkákkal.”

[2] A felhívás XIV.2.) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság cím alatt adta meg az alkalmassági követelményeket és az alkalmasság minimumkövetelményeit, beleértve az ajánlattevő alkalmatlanságának eseteit is. Az alkalmassági minimumkövetelmények között „Műszaki, illetve szakmai alkalmasság követelmények és igazolási módok” cím alatt előzetes (nyilatkozattétel a Kbt. 114. § (2) bekezdése alapján) és utólagos (a Kbt. 69. § (4)-(7) bekezdése alapján) igazolást írt elő, és meghatározta az igazolás tartalmi elemeit is. Az alkalmassági minimumkövetelmények között rögzítette, hogy alkalmatlan az ajánlattevő, ha nem felel meg annak a követelménynek, hogy: „M.I) az eljárást megindító felhívás megküldésétől visszafelé számított öt évben (60 hónapban), az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően teljesített, közbeszerzés tárgyára (minősített atlétikai sportpálya kivitelezésére, felújítására) vonatkozó a Magyar Atlétikai Szövetség által hitelesített, 3279 m² felületű, 400 méteres, legalább hat sávos, a célegyenesben nyolc sávos atlétikai pálya sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezett referenciamunkával” rendelkezik. A felperes a felhívás XXII.) Egyéb információk pontja 35. alpontjában rögzítette, hogy a

„Magyar Atlétikai Szövetség által hitelesített” feltétellel egyenértékűként elfogadja a Nemzetközi Atlétikai Szövetség (a továbbiakban: IAAF) hitelesítését is.

[3] A módosított határidőig (2018. május 17.) a perben nem álló Strabag Általános Építőipari Kft., a MAC Futópálya Konzorcium (az alperesi érdekelt és az ARHOS D.O.O. közös ajánlattevők), valamint a felperesi érdekelt és a perben nem álló ALAMA BAU Kft. közös ajánlattevők nyújtottak be ajánlatot. A felperes a Kbt. 69. § (4) bekezdése alapján 2018. június 5-én felhívta a legkedvezőbb érvényes ajánlat ajánlattevőjét, a MAC Futópálya Konzorciumot a felhívásban előírt alkalmassági követelmények igazolására, majd a 2018. június 11-én benyújtott igazolások vonatkozásában még ugyanazon a napon hiánypótlásra, illetőleg felvilágosítás nyújtására. A MAC Futópálya Konzorcium 2018. június 21-én a hiánypótlásnak eleget tett és csatolta angol nyelven, magyar fordítással az ARHOS D.O.O. M.l) alkalmassági követelmény igazolását, és az M.l) alkalmassági feltétel igazolásaként bemutatott munkáról szóló referenciaigazolást és fordítását. A VIACOR Polymer GmbH által 2018. június 18-án kiadott referenciaigazolás szerint az ARHOS D.O.O. teljesítette 2018. február 1 - 2018. március 26. napja között a szerződést, amelynek tárgya a Tasos Markou atlétikai pálya építése Paralimniben volt; az atlétikai pálya területe: 7646 m², hossza: 400 méter, 8 futósávval az elejétől a végéig; a pályát az IAAF minősítette.

[4] A felperes 2018. július 20-án elkészített összegzésében a MAC Futópálya Konzorciumot hirdette nyertes ajánlattevőnek. A felperesi érdekelt 2018. július 27-én előzetes vitarendezési kérelemmel fordult a felpereshez, arra hivatkozva, hogy a referenciaként bemutatott Tasos Markou atlétikai pálya Paralimni városában IAAF minősítést a jelen közbeszerzési eljárást megindító felhívás dátuma után kapott, ezért a MAC Futópálya Konzorcium referenciaigazolása nem megfelelő. Utalt arra is, hogy a pálya felújítása csak átlakozást és vonalazást érintett, ami nem pályaépítés, mivel sem alépitmény, sem aszfaltozás, sem rekortán burkolat nem készült.

[5] A felperes 2018. július 31-én felvilágosítást kért a MAC Futópálya Konzorciumtól és egyidejűleg megkereste az IAAF-et és a referenciaigazolást kiállító VIACOR Polymer GmbH-t, hogy nyilatkozzanak, hogy a referenciaként bejelentett pálya IAAF hitelesítése megtörtént-e - a referenciaigazoláson feltüntetett időpontig - 2018. március 26-ig.

[6] Az IAAF válasza szerint az építésre 2018-ban került sor, kitűzés, vonalazás 2018. április 22-27. között, míg a felmérés április 28-29-én történt, a hitelesítési kérelem benyújtásának időpontja 2018. május 14-e, a hitelesítési bizonyítvány kelte 2018. május 23-a volt.

[7] A VIACOR Polymer GmbH arról tájékoztatta a felperest, hogy az atlétikai pálya 2015. október-november hónapokban épült és megkapta az IAAF 2. kategóriájú minősítését, majd az EPDM burkolat problémái miatt a pálya 2018. február-márciusban felújításra került és IAAF 2. kategóriájú minősítést kapott. Megerősítette, hogy a pályának a teljes időszak alatt volt érvényes IAAF minősítése, 2015. december 16-tól folyamatosan rendelkezett IAAF 2. kategóriájú érvényes minősítéssel, amelyet az új minősítés váltott fel. Az IAAF az elkészült munkát minősítette, szükségszerűen a kivitelezés befejezését követően (a méréseket 2018. április 28. és 29-én végezték, az igazolást 2018. május 23-án bocsátották ki). Hivatkozott arra, hogy a pálya már az elkészülte pillanatában (a referenciaigazoláson feltüntetett március 26-i időpontban) megfelelt a feltételeknek, a minősítő ezen állapot alapján végezte el a minősítést.

[8] A felperes a válaszokra figyelemmel, 2018. augusztus 7-én módosította összegzését és a MAC Futópálya Konzorcium ajánlatát érvénytelennek nyilvánította a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja alapján, mivel az ajánlattevő az ajánlati felhívás XIV.2. M.l) alkalmassági minimumkövetelménynek nem felelt meg, mert nem teljesült az ajánlatkérő elvárása, miszerint az eljárást megindító felhívás megküldésétől (2018. április 24.) visszafelé számított öt évben kell teljesítettnek lennie a referenciamunkának (felújításnak), a hitelesítést is beleértve. A MAC Futópálya Konzorcium által becsatolt referenciaigazolásban szereplő munka IAAF általi hitelesítése azonban ezt követően, 2018. május 23-án történt meg.

[9] Az alperesi érdekelt jogorvoslati kérelmet terjesztett elő, amelyben kérte a jogsértés megtörténtének megállapítását, valamint az ajánlatkérő eljárást lezáró döntésének megsemmisítését, az előző összegzés hatályának fenntartását, és így az alperesi érdekelt ajánlattevő nyertesként való kihirdetését.

[10] Az alperes 2018. október 10. napján kelt, D.297/22/2018. számú határozatában megállapította, hogy a felperes megsértette a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjára figyelemmel a Kbt. 69. § (1) bekezdését és a Kbt. 69. § (2) bekezdését, megsemmisítette az ajánlatkérő eljárást lezáró döntését a (Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pont), valamint valamennyi ezt követően, a közbeszerzési eljárás során hozott döntését (Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pont). A közbeszerzési eljárás folytatását ahhoz a feltételhez kötötte (Kbt. 165. § (3) bekezdés a) pont), hogy az ajánlatkérő vizsgálja meg a MAC Futópálya Konzorcium referenciáját a felhívásban rögzített további szempontok mentén és csak ezt figyelembe véve állapítsa meg, hogy az alperesi érdekelt ajánlata érvényes-e vagy sem. A felperessel, mint ajánlatkérővel szemben 2 millió forint bírságot is kiszabott (Kbt. 165. § (3) bekezdés b) pont).

[11] Határozata indokolásában rögzítette, hogy az alkalmassági feltételek előírásának célja, hogy a gazdasági szereplők eldönthessék, alkalmasak-e a beszerzés megvalósítására. A referencia bemutatás célja pedig, hogy az ajánlattevők igazolják a szerződés teljesítésére való képességüket. A referencia bemutatása és az ajánlat benyújtása azonban elválik egymástól, a Kbt. már nem várja el, hogy az ajánlattétel időpontjában a referenciát be kelljen mutatni, azt elegendő akkor, ha az ajánlat az értékelési szempontok szerint a legkedvezőbb. Az ajánlati felhívás szerint a bemutatott referencia nem lehetett a felhívás megküldésének napjától számított öt évnél régebbi. Sem jogszabály, sem a joggyakorlat, sem az ajánlatkérői előírás szerint egyetlen indokkal sem támasztható alá az, hogy egy ajánlattevő alkalmatlanságát amiatt állapítsa meg az ajánlatkérő, mert az általa bemutatott referencia, amely az alkalmasságát egyébként igazolja, túlságosan új. Ezen indokokra figyelemmel a Kbt. 69. § (1) bekezdését megsértve állapította meg a felperes összegzésében, hogy 2018. április 24. naptól visszafelé számított 5 éven belül elkészült referenciamunkát kellett volna bemutatni és ennek hiányában a kérelmezői ajánlat érvénytelen. Az alperes rögzítette, hogy a referenciamunka és annak hitelesítése a bemutatására való felhívás kiadásakor, 2018. június 5-én - a felek által nem vitatottan - kész volt. Mivel az ajánlatkérő a bemutatott referenciával kapcsolatban további vizsgálatot nem végzett, az alperes az eljárás folytatását feltételhez, annak vizsgálatához kötötte, hogy a bemutatott referencia megfelel-e az ajánlatkérői és jogszabályi előírásoknak. A bírság kiszabása körében arra hivatkozott, hogy a jogsérelem kihatással volt a közbeszerzési eljárás menetére. Alkalmazta a Kbt. 165. § (11) bekezdése szerinti szempontokat, összességében mérlegelve állapította meg a bírság mértékét, figyelembe véve az eljárás becsült értékét, figyelembe véve a felperes együttműködő magatartását

és a maximálisan kiszabható bírság mértékét.

A kereseti kérelem és az alperes védekezése

[12] A felperes keresetében az alperes határozatának megváltoztatását és az alperesi érdekelt jogorvoslati kérelmének elutasítását kérte, kérte továbbá az alperes kötelezését a megfizetett bírság visszafizetésére és az alperesi érdekelt kötelezését az igazgatási szolgáltatási díj visszatérítésére.

[13] Az alperes védiratában a felperes keresetének elutasítását kérte.

[14] A felperesi érdekelt a felperes keresetében foglaltakhoz csatlakozott.

[15] Az alperesi érdekelt a felperes keresetének elutasítását és az alperesi határozat helybenhagyását kérte.

Az elsőfokú ítélet

[16] Az elsőfokú bíróság ítéletével az alperes határozatát megváltoztatta, a jogorvoslati kérelmet elutasította, kötelezte az alperest a bírság összegének és az alperesi érdekeltet az igazgatási szolgáltatási díj felperes részére történő megfizetésére.

[17] Ítéletének indokolásában megállapította, hogy az európai parlament és a tanács 2014. február 26-i 2014/24/EU irányelve a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályaon kívül helyezéséről (a továbbiakban: 2014/24/EU irányelv) szabályozás jogharmonizációja, a megváltozott vagy új irányelvi rendelkezéseknek a magyar jogba történő átültetése következtében a Kbt. 69. §-a több szakaszos értékelési folyamatról rendelkezik. Ezen irányelvi alapokon nyugvó szabályozás szerint az elbírálás három, időben és jogi értelemben is jól elkülöníthető mozzanatra (előzetes vizsgálat, értékelés, utólagos igazolás) bontható, amelyek egymással szorosan összefüggnek, kötelező bírálati sorrendet alkotnak. Rögzítette, hogy az ajánlatkérő az előzetes vizsgálat során köteles meggyőződni arról, hogy az ajánlattevő - egyebek között - az előírt alkalmassági követelményeknek megfelel-e. A perbeli közbeszerzési eljárás a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerinti nyílt közbeszerzési eljárás, amelyben a kizáró okok, alkalmassági feltételek előzetes vizsgálata alapjául szolgáló dokumentumként a jogalkotó a Kbt. 114. § (2) bekezdése értelmében az egységes európai közbeszerzési dokumentum helyett a Kbt. 67. § (1) bekezdése szerinti nyilatkozat megtételét írta elő, amelyben az ajánlattevőnek arról kell nyilatkoznia, hogy az általa igazolni kívánt alkalmassági követelmények teljesülnek, de a teljesítésre vonatkozó részletes adatokat nem kell megadni.

[18] Kifejtette, hogy a szabályozásból látható, hogy az alkalmassági követelmények fennállására és a kizáró okok fenn nem állására vonatkozó feltételek vizsgálatát illetően a nyilatkozási elv jelentősége növekedett meg. A Kbt. kogens előírásaiból következően a nyilatkozat -függetlenül attól, hogy az ahhoz kapcsolódó dokumentumok csatolására időben később és nem mindegyik ajánlattevő esetében kerül sor - az ajánlat része, ugyanolyan kötőerővel és számon kérhetőséggel párosul, mintha az egyes mozzanatok egymástól való elválasztására nem került volna sor.

[19] Utalt a Kbt. 66. § (1) bekezdésére, a 81. § (11) bekezdésére és az 53. § (8)-(9) bekezdéseire, és kifejtette, hogy a perbeli, a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerinti eljárásban a Kbt. 114. § (2) bekezdése alapján a Kbt. 67. § (1) bekezdése szerinti nyilatkozatban az ajánlattevőnek arra kellett nyilatkozatot tennie, hogy az általa igazolni kívánt alkalmassági feltételek teljesülnek, azoknak megfelel. E nyilatkozatához az ajánlattevő az ajánlattételi határidő lejártától kötve van, függetlenül attól, hogy részletes adatokat, igazolásokat nem kell a nyilatkozatának alátámasztásaként csatolnia. Ez egyben azt is kell, hogy jelentse, hogy az ajánlattevőnek abban az időben, amikor a nyilatkozatára nézve az ajánlati kötöttsége beáll, rendelkeznie kell a nyilatkozatát alátámasztó, az alkalmasságának igazolására alkalmas dokumentumokkal. Egyetértett a felperessel abban, hogy nem lehet bizonytalansági tényező, vagy szerencseelem a nyilatkozatot alátámasztó dokumentum léte, és kiemelte, hogy a törvény nem teszi lehetővé biankó nyilatkozat megtételét, a gazdasági szereplő nem bizakodhat abban, hogy a bírálati folyamat későbbi szakaszában az alkalmassági követelmények teljesítését igazoló részletes adatok, igazolások birtokában lesz. Kiemelte, hogy az alkalmasság vizsgálatakor kétségtelenül arról kell az ajánlatkérőnek meggyőződnie, hogy az ajánlattevő a szerződés teljesítésére alkalmas lesz-e, ami időben nyilvánvaló módon egy későbbi időszakra, az eredményes közbeszerzési eljárás lezárultát követő időre esik. Az ajánlatot azonban a kiírási feltételek szerint, az ajánlattételi határidő lejártáig kell benyújtani. Az érvényes ajánlathoz, az eredményes eljáráshoz fűződő érdek szabályozott keretek között biztosítja a felek részére a hiánypótlás, a felvilágosítás eszközét. Ahhoz, hogy a verseny tisztaságának, átláthatóságának követelménye teljesüljön, az eljárás résztvevői az ajánlati kötöttségükből fakadóan az ajánlat bármely elemének megváltoztatása csak jogszabályi felhatalmazásból eredhet.

[20] Érvéle szerint téves az az alperesi álláspontot, hogy a referenciamunka igazolásban foglalt valamennyi feltételnek - jelen esetben az atlétikai pálya elkészültének, műszaki átadásátvételének és hitelesítésének is - a referenciaigazolás bemutatására való felhívás kiadásának idejekor (2018. június 5-én) elegendő volt fennállnia. A Kbt. 69. § (9) bekezdése - amely az adatok utóbb bekövetkező változásának esetére tartalmaz szabályozást - sem támasztja alá ezt az alperesi vélekedést. Ítéleti érvelése szerint a közbeszerzési eljárások gyorsítását, hatékony lefolytatását szolgáló lehetőség az alkalmassági követelményeknek való megfelelés igazolásának későbbi, az ajánlattételtől eltérő időpontban történő benyújtása. Ez azonban nem eredményezheti a felhívástól történő eltérést, különösen nem, ha azt senki nem támadta, mert ahhoz az eljárás valamennyi résztvevője kötve van. A kiírás szerint az ajánlatkérő a felhívásban részletezett méretekkel, atlétikai versenyek rendezésére alkalmas, meghatározott számú pályasávval és műszaki paraméterekkel műszaki átadás-átvétellel rendelkező, megvalósult, a Magyar Atlétikai Szövetség vagy az IAAF által minősített pálya megépítését igazoló referenciamunkát várt el az ajánlattevőktől. Az ajánlattevő konzorcium az alkalmassági feltételeknek való megfelelésről nyilatkozott, az ajánlattételi határidő lejártakor azonban a nyilatkozat szerinti valamennyi feltétel nem teljesült. A referencia pálya IAAF által kiállított

minősítési bizonyítványa 2018. május 23-án után került kiadásra. Ebből következően az ajánlattételkor a MAC Futópálya Konzorcium a referenciaként bejelentett pálya tekintetében nem rendelkezett az ajánlatkérő által elvárt, a referenciával szemben támasztott feltételek mindegyikével. Kifejtette, hogy irreleváns, hogy a pálya korábban hitelesített volt, ugyanis a felújítási munkálatok ideje alatt a korábbi hitelesítés hatálya nem áll fenn, nyilvánvalóan nem lehet ezen időszakban a pályán a korábbi minősítésnek megfelelő versenyt megrendezni. A minősítés tekintetében kizárólag annak van relevanciája, hogy a minősítő a bizonyítványt mikor adja ki, annak ugyanis nincs visszaható hatálya. A referencia akkor fogadható el tehát, ha az elvárásként megfogalmazott valamennyi feltétel a nyilatkozat megtételére is beálló ajánlati kööttség időpontjában fennállt. Helytállóan állapította meg a felperes a kifejtettek alapján, hogy a MAC Futópálya Konzorcium ajánlata az alkalmassági követelményeknek nem felelt meg és állapította meg az ajánlat érvénytelenségét.

A fellebbezési kérelmek és ellenkérelem

[21] Az alperes fellebbezésében kérte az elsőfokú ítélet megváltoztatását, a felperes keresetének elutasítását, valamint a felperes perköltségben történő marasztalását, továbbá a bírság és az igazgatási szolgáltatási díj, valamint az elsőfokú perköltség megfizetése alóli mentesítését. Arra hivatkozott, hogy az elsőfokú bíróság helytállóan állapította meg a perbeli jogvita tényállását, azonban abból nem helytálló következtetéseket vont le, megsértve ezzel a Kbt. 71. § (3) bekezdését, valamint a Kbt. 69. § (1), (4), (5) és (9) bekezdéseit. Hangsúlyozta, hogy az alkalmassági feltételek előírásának célja, hogy a gazdasági szereplők eldönthessék, hogy alkalmasak-e a beszerzés céljának megvalósítására, továbbá, hogy a felperes a referenciamunka elkészültének időpontjának csak a kezdő időpontját adta meg, a végét nem, így az alperes jogszerű döntést hozott. Utalt arra, hogy a hatályos Kbt. már nem az ajánlattétel időpontjában kéri a referencia bemutatását, hanem elegendő akkor, ha az ajánlat az értékelési szempontokra figyelemmel a legkedvezőbbnek tekinthető. Időben tehát elválnak az ajánlat nyújtása és az referencia bemutatásának időpontja. Érvéle szerint a perbeli közbeszerzési eljárásban 2018. április 24. naptól az ajánlattételi határidőtől visszafelé számított 5 évben belül elkészült referencia munkát kellett bemutatni. Az alperes megvizsgálta a tényállási elemeket és megállapította, hogy a referenciamunka és annak hitelesítése a felperes által annak bemutatására való felhívás kiadásakor (2018. június 5.) a felek által nem vitatottan kész volt, a referenciát bemutatta, a szerződés teljesítésére való alkalmasságát a felperes felé tehát igazolta. Rámutatott arra, hogy mindezek alapján sem a jogszabály, sem a joggyakorlat, sem az ajánlatkérői előírással sem támasztható alá, hogy a felperes jogszerű döntést hozott, amikor a kérelmezői ajánlatot érvénytelenné nyilvánította, ezzel a felperes megsértette a Kbt. 69. § (1) és (4) bekezdéseit. Idézett az elsőfokú ítéletből, és azt állította, hogy az jogsértő, mert a Kbt. 71. § (3) bekezdése szerint a hiánypótlás során az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben szereplő iratokat - ideértve a 69. § (4)-(5) bekezdése szerint benyújtandó dokumentumokat is - módosítani és kiegészíteni is lehet. A jogalkotó tehát kifejezetten pótolható, sőt módosítható hiánynak minősítette mind az alkalmassági nyilatkozatot, mind annak igazolását, hiszen lehetőség van annak utólagos, az ajánlati kööttség

nélküli módosítására, ha az ajánlatkérő a beérkező igazolás szerint az abban foglaltak nem felelnek meg az ajánlattételi felhívásban rögzített elvárásoknak. Erre figyelemmel kiemelte, hogy szó sincs ebben a tekintetben a bíróság által leírt szigorú ajánlati kötöttségről. Előadta, hogy jogellenesen hivatkozott az elsőfokú bíróság a Kbt. 69. § (9) bekezdésére is, mivel ezen jogszabályi rendelkezés egyértelműen rögzíti, hogy az utólagos igazolás során az alkalmassági követelményeknek való megfelelés, az ajánlat vagy részvételi jelentkezés akkor is érvényes, ha a benyújtott igazolások eltérnek a korábbi nyilatkozatban feltüntetett adatoktól. Megjegyezte, hogy a rangsorra vonatkozó jogszabályi hivatkozás elsőfokú bírósági indokolás irreleváns. Kiemelte, hogy az alkalmassági igazolással azt kell az ajánlattevőknek bemutatnia, hogy képesek a szerződés teljesítésére. Mindezek alapján a felperesnek nem volt jogszerű lehetősége a felhívására határidőben benyújtott referencia igazolás miatt az alperesi érdekelt ajánlata érvénytelenségének megállapítására, az alperesi érdekelt az alkalmasság megállapítására ugyanis megfelelő igazolást nyújtott be.

[22] Az alperesi érdekelt fellebbezésében az elsőfokú ítélet megváltoztatását, a felperes keresetének elutasítását és az alperes határozatának hatályban tartását kérte. Az elsőfokú ítélet érvelésével kapcsolatban azt állította, hogy az téves, és így jogszabálysértő eredményre vezetett. Arra hivatkozott, hogy az elsőfokú bíróság azon megállapítása, amely szerint az alkalmasság igazolására benyújtott dokumentum (referencia igazolás) kelte nem lehet későbbi, mint az általa benyújtott ajánlat benyújtásának időpontja, a Kbt. rendelkezéseiből nem következik, és azzal ellentétes. Ha ugyanis az elsőfokú bíróság jogértelmezését elfogadjuk, akkor a benyújtott referencia igazolás pl. egy hiánypótlás keretében nem javítható, nem cserélhető ki, hiszen az újonnan benyújtott, az alkalmasság igazolására szolgáló dokumentumnak szükségképpen későbbi lesz az időpontja, vagyis az ajánlat benyújtásakor nem fog rendelkezésre állni. Márpedig a Kbt. megengedi a hiánypótlást, és a Kbt. 69. § (4) bekezdése sem tartalmaz olyan rendelkezést, hogy az alkalmasság igazolására felhívott szereplők csak olyan referencia igazolást nyújthatnak be, amelynek a dátuma korábbi, mint az általuk benyújtott ajánlat dátuma, sőt ezen rendelkezés szerint az ajánlatkérő a felhívás előtt benyújtott alkalmassági igazolásokat figyelmen kívül is hagyhatja, tehát az ajánlati kötöttség beállta e körben értelmezhetetlen. Érvelése szerint az ajánlati kötöttség elsőfokú bíróság általi értelmezése azért is téves, mert ha egy ajánlattevő, nyilatkozva arról, hogy az ajánlata megfelel a felhívás és a dokumentáció előírásainak, már az ajánlata mellékleteként benyújt egy referencia igazolást, azonban az hiányos, akkor az elsőfokú bíróság értelmezése szerint hiánypótlás keretében nem cserélhető az igazolás, nem lehet új referenciát bemutatni. A jogszabály és a gyakorlat ezzel szemben lehetőséget biztosít arra, hogy hiánypótlásra és felvilágosítás kérésre teljesen más referencia igazolás kerüljön csatolásra, illetve kapacitást nyújtó szervezet igénybevételére is lehetőség van. Azt is állította, hogy a Kbt. 69. § (9) bekezdésére vonatkozó ítéleti fejtegetés is téves, mert a megjelölt, rangsort befolyásoló eltérés csak a Kbt. 82. § (5) bekezdése szerinti meghívásos eljárás keretszámának rangsorolására vonatkozik, márpedig a perbeli eljárás nem meghívásos eljárás. Hivatkozott a 2014/24/EK irányelv 58. és 59. cikkeire és rámutatott arra, hogy a további igazolások során naprakész, esetlegesen még módosításra is szoruló igazolások benyújtása szükséges a szerződés odaítélése előtt, éppen azért, hogy a szerződés teljesítésére való alkalmasságot mérje, így az ajánlati kötöttség az irat tekintetében nem állhat be, mert az még esetleg ki is egészíthető. A referencia igazolás körében rámutatott arra, hogy annak tartalmaznia kellett az építési beruházás tárgyát, valamint mennyiségét, az ellenszolgáltatás összegét, a teljesítés idejét, továbbá nyilatkozni kellett arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e. Az alkalmasság körében bemutatni kért

pálya minősítésének idejére irányuló referenciakövetelmény nem került előírásra, ahogy annak igazolására a kiállított tanúsítvány becsatolása sem volt előírva. Így az ítélet megállapításával szemben az ajánlattevő referencia igazolása mindenben megfelelt az ajánlattételi felhívásnak. Megjegyezte, hogy a minősítés önmagában nem építési beruházás, azt nem is a kivitelező, hanem egy sportszövetség, tehát független harmadik személy végzi, vagyis magának a minősítésnek az elvégzése referenciaként nem is kérhető, a Kbt. 65. § (3) bekezdése alapján. Mivel pedig a minősítés az elvégzett, átadás-átvétellel lezárt munkára vonatkozik, az szükségképpen az átadás-átvétel időpontjára visszaható hatállyal kerül megállapításra. Kiemelte, hogy nincs olyan peradat, amely alátámasztaná az elsőfokú ítélet azon megállapítását, amely szerint a minősítés tekintetében kizárólag annak van relevanciája, hogy a minősítő a bizonyítványt mikor adja ki, annak ugyanis nincs visszaható hatálya, mivel a minősítés az elvégzett munkára vonatkozik, fogalmilag ugyanis csak a munka elvégzésének időpontjára lehet vonatkoztatni a minősítést, mert attól a pillanattól rendelkezik az építési beruházás mindazon feltételekkel, amelyek a minősítéshez szükségesek. Hivatkozott a Kbt. 60. § (3) bekezdésére, és kifejtette, hogy a jogszabály megengedő a körben, hogy ha más által kiállított szerv általi igazolás szükséges, mert eszerint elegendő bizonyítani, hogy megfelel az ajánlatkérő által előírt követelményeknek tanúsítvány hiányában is. Tekintettel arra, hogy az ajánlat mellé ezen igazolás csatolására nem volt szükség, csak egy nyilatkozatra, tehát ekkor bizonyítani sem kellett, hogy a bemutatni kívánt építési beruházás megfelel az ajánlatkérő által meghatározott követelményeknek vagy kritériumoknak. Megjegyezte, hogy az ajánlatkérő által kért referencia igazolásnak nem volt kötelező tartalmi eleme a hitelesítés időpontja, ahogy a minősítő tanúsítványt sem kellett csatolni, álláspontja szerint azért, mert a szerződés teljesítésére való képességet a sikeres átadás-átvétellel lezárt építési beruházás, mint szakmai, műszaki alkalmasság jelenti, amely megfelelt a szükséges minősítéseknek. Hangsúlyozta, hogy az alperes határozata jogszerű, abban az alperes helytállóan hivatkozott arra, hogy az ajánlat benyújtása és az alkalmassági igazolások benyújtására hivatott, Kbt. 69. § (4) bekezdése szerinti felhívás elválik egymástól, így a referencia benyújtására később kerül sor. Arra is hivatkozott, hogy a felperes keresetében a felhívás megküldésének napjától visszafelé számított időszakra hivatkozva kérte az elsőfokú bíróságot a határozat megváltoztatására, azonban az elsőfokú bíróság ehhez képest az ajánlati kötöttség beálltához kötötte a nyilatkozat létét, tehát a felperes módosított összegzésének érvénytelenítésre vonatkozó indokolása e körben nem helytálló. Előadta, hogy az alperesi határozat arra is kitért, hogy a felperesnek feladata vizsgálni, hogy a bemutatott referencia megfelel-e az ajánlatkérői és jogszabályi előírásoknak, ő maga azt nem vizsgálta. Érvelése szerint az elsőfokú bíróság az alperesi határozaton túlterjeszkedve hozott határozatot, azzal, hogy a jogorvoslati kérelemmel támadott eljárást lezáró döntésben foglaltakkal ellentétben az ajánlati kötöttséghez kötötte a nyilatkozat megtételét és azt tartalmában is vizsgálta.

[23] A felperes fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú ítélet helybenhagyását kérte. Az alperes fellebbezésében foglaltakkal kapcsolatban idézte a felhívást, és utalt arra, hogy az múlt időben beszél a hitelesített munka meglétének szükségességéről, melynek a MAC Futópálya Konzorcium ajánlata nem felelt meg, a felhívásban előírt időpontban. A Nemzetközi Atlétikai Szövetség hitelesítése (amit utóbb a Magyar Atlétikai Szövetség általi hitelesítéssel egyenértékűként elismert) az előbbi időintervallumban még nem került kiadásra, az csak 2018. május 23-án történt meg, így az nem is állhatott rendelkezésre, jöllehet az alkalmassági követelménynek való megfelelésről a MAC Futópálya Konzorcium tagja (az Arhos d.o.o) 2018. május 16-i keltezéssel - valótlánul - nyilatkozott. Kifogásolta, hogy az alperes nem vette figyelembe, hogy az igazolások későbbi időpontban történő

benyújtására vonatkozó lehetőség nem szünteti meg azt a követelményt, hogy a feltételnek teljesülnie kell az előbbieket szerinti egyértelműen meghatározott zárt időintervallumban. Álláspontja szerint az alperes összekeveri a közbeszerzési eljárási feltételek teljesítésének, vagyis az alkalmasság igazolása mint eljárási cselekmény körében fennálló utólagos lehetőséget azzal, hogy magának az alkalmasságnak fenn kell állnia az ajánlattételi felhívás szerinti időpontban, melynek utolsó napja az ajánlattételi felhívás megküldésének napja. Erre tekintettel az alperes által hivatkozott, az igazolások benyújtásának időpontjára, vagy az azokban történő módosítási lehetőséget szabályozó rendelkezések (Kbt. 71. § (3) bekezdés, 69. § (4) és (5) bekezdései, illetve a 69. § (9) bekezdés) semmilyen relevanciával nem bírhatnak abban a körben, hogy az ajánlattevőknek mikor kell az alkalmassági követelményeknek megfelelnie.

[24] A felperes fellebbezési ellenkérelmében az alperesi érdekelt fellebbezésével kapcsolatban előadta, hogy alaptalan az alperesi érdekelt azon hivatkozása, amely szerint az atlétikai szövetségek valamelyikének előírása a Kbt. 65. § (3) bekezdését sérti. Az alkalmassági minimumkövetelmények tekintetében az alperesi érdekelt már nyújtott be előzetes vitarendezési kérelmet, amellyel kapcsolatban elfogadta a felperes mint ajánlatkérő választát, ezen túlmenően pedig nem kifogásolta az alkalmassági minimumkövetelményeket. Erre tekintettel az alperesi érdekelt kifogása elkészt, az továbbá nem jóhiszemű, mert az alperesi érdekelt teljes egyértelműséggel, kifejezetten alkalmassági követelményként ismerte el a hitelesítést, ebben a vonatkozásban tehát a felperes igazolást követelhetett meg. Kifejtette, hogy a hitelesítés ugyanúgy a teljesítés része, amennyiben nem így lenne, akkor a felperesnek mint ajánlatkérőnek egy nem minősített atlétikai sportpálya referenciaigazolását kellett volna elfogadnia, hiszen a hitelesítést megelőzően elvégzett munka eredményeképpen még „csak” sportpálya felújításról beszélhetünk, amelynek hitelesítése még nem történt meg. Az alperesi érdekelti értelmezés, amely kizárólag a munka fizikai kivitelezésének igazolásához kömé az alkalmasságot, álláspontja szerint nem fogadható el, az továbbá komoly következményekhez vezetne.

[25] A felperesi érdekelt nem nyújtott be nyilatkozatot a másodfokú eljárás során.

A Kúria döntése és jogi indokai

[26] Az alperes és az alperesi érdekelt fellebbezése az alábbiak szerint érdemben nem alapos.

[27] A Kúria az elsőfokú bíróság ítéletét a Kp. 108. § (1) bekezdése alapján a fellebbezések és a fellebbezési ellenkérelmek keretei között vizsgálta.

[28] A perbeli esetben az ajánlati felhívás XIV. 2.) Ml) pontjában rögzített alkalmassági minimumkövetelmény meghatározta, hogy alkalmatlan az ajánlattevő, ha nem rendelkezik „az eljárást megindító felhívás megküldésétől visszafelé számított 5 évben (60 hónapban), az

előírásoknak és a szerződésnek megfelelően teljesített, közbeszerzés tárgyára (minősített atlétikai sportpálya kivitelezésére, felújítására) vonatkozó, a Magyar Atlétikai Szövetség által hitelesített, 3279 m² felületű, 400 méteres, legalább hat sávós, a célegyenesben nyolc sávós atlétikai pálya sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezett referenciamunkával". A felhívás XXII.) 35. alpont szerint az MI) alkalmassági minimumkövetelményben előírt „Magyar Atlétikai Szövetség által hitelesített” feltétellel kapcsolatban az ajánlatkérő egyenértékűnek fogadta el a Nemzetközi Atlétikai Szövetség (IAAF) általi hitelesítést is.

[29] Az ajánlati felhívás ezen pontja szerinti referenciamunkának tehát - az alperes hivatkozásával szemben - volt kezdő- és végidőpontja is, a referenciamunkának ugyanis az ajánlati felhívás megküldése volt a végső időpontja, amely a felek által nem vitatottan 2018. április 24. napja volt, a kezdő időpontja pedig 5 évvel korábban volt. A teljesítésnek tehát ezen időpontok között kellett megtörténnie. A fellebbezésekkel kapcsolatban általánosságban rögzítendő továbbá, hogy a referenciamunkával kapcsolatban több feltételnek, követelménynek kellett megfelelni, így annak a közbeszerzés tárgyára, vagyis minősített atlétikai sportpálya kivitelezésére, felújítására kellett vonatkoznia, 3279 m² felületűnek, 400 méteresnek, legalább hat sávósnak, a célegyenesben nyolc sávósnak kellett lennie, sikeres műszaki átadás-átvétellel kellett befejezettnek lennie, és a Magyar Atlétikai Szövetség vagy a Nemzetközi Atlétikai Szövetség (IAAF) hitelesítésével kellett rendelkeznie. Ezen követelmények mind a referenciamunkára vonatkoztak, és valamennyi feltételnek 2018. április 24. napjától visszafelé számított 5 évben kellett megvalósítottnak lennie. Vagyis minden egyes mozzanatnak, így a műszaki átadás-átvételnél és a hitelesítésnek is ezen időszakba kellett beleesnie, mert ezek az ajánlatkérői döntés folytán ugyanúgy a referenciakövetelmény részei, mint például az előírt felületnagyság vagy a sávok száma. Az alperesi érdekelt által becsatolt referencia igazolás szerinti munka tekintetében az IAAF hitelesítés 2018. május 23. napján, vagyis az ajánlati felhívás 2018. április 24. napján történt megküldését követően valósult meg, így az alperesi érdekelt által benyújtott referencia igazolás körében az elsőfokú ítélet helytállóan állapította meg, hogy az az alkalmassági minimum követelménynek nem felel meg. Megjegyzendő, hogy az alperes fellebbezésében maga is azt állította, hogy a perbeli közbeszerzési eljárásban 2018. április 24. naptól visszafelé számított 5 évben belül elkészült referencia munkát kellett bemutatni, ezért nem fogadható el az alperes ezt követő azon fellebbezési hivatkozása, hogy mivel a referencia munka és annak hitelesítése 2018. június 5. napján (a bemutatásra való felhívás kiadásakor) készen volt, az alperesi érdekelt a szerződés teljesítésére való alkalmasságát igazolta.

[30] Azt sem az elsőfokú bíróság, sem a Kúria nem vonja kétségbe, hogy a referencia igazolás célja, hogy az ajánlattevők igazolják a szerződés teljesítésére való képességüket, azonban a felperesnek, mint ajánlatkérőnek a Kbt. 69. § (1) bekezdéséből következő kötelezettsége annak vizsgálata, hogy az ajánlatok megfelelnek-e a közbeszerzési dokumentumokban foglaltaknak. A Kbt. 65. § (2) bekezdésének harmadik és ötödik fordulatai szerint az alkalmassági követelményeket az eljárást megindító felhívásban pontosan meg kell jelölni. (..) Az alkalmassági követelményeknek való megfelelés igazolására benyújtandó dokumentumokat az eljárást megindító felhívásban, vagy - a felhívásban a benyújtandó dokumentumok típusának rövid megjelölése mellett - az egyéb közbeszerzési dokumentumokban kell pontosan meghatározni.

[31] Az alkalmassági minimumkövetelmény pontos meghatározása azt is jelenti, hogy utóbb a minimumkövetelménynek a felhívásban meghatározott tartalomhoz képest más értelmezést

tulajdonítani nem lehet, azt utóbb a felhívásban foglaltaknál sem tágabban, sem szűkebben értelmezni nem lehet. Az ezt lehetővé tevő ajánlatkérői magatartás elfogadása azt eredményezné, hogy az az egyes ajánlattevőkre egymástól eltérő tartalmú alkalmassági minimumkövetelmények vonatkoznának.

[32] A perbeli esetben az ajánlati felhívás Ml) alkalmassági minimumkövetelményében rögzített valamennyi feltétel teljesítésének 2018. április 24. napjától visszafelé számított 5 évben kellett megtörténnie, ezért nem volt elfogadható az alperes azon határozati érve, hogy nem támasztható alá, hogy a felperesi ajánlatkérő az ajánlattevő alkalmatlanságát amiatt állapította meg, hogy a bemutatott referencia „túlságosan új”. Az alperes előadásával szemben az alperesi érdekelt által bemutatott referenciával nem az a probléma, hogy az „túlságosan új”, hanem az, hogy az kívül esett az ajánlati felhívásban meghatározott időintervallumon, mert az atlétikai pálya hitelesítése az ajánlati felhívás megküldése után történt meg. Erre figyelemmel pedig az ajánlatkérő jogszerűen döntött az alperesi érdekelt ajánlatának érvénytelenné nyilvánításáról. Az alperesi álláspont elfogadása azt eredményezné, hogy adott esetben nemcsak a hitelesítés, de akár a sikeres műszaki átadás-átvétel megléte sem lenne szükséges az ajánlat megtételekor, mert ezen álláspont elfogadása esetén a sikeres műszaki átadásátvétel megtörténtét is elegendő lenne utólag igazolni, mert ezen kritérium éppen olyan súlyú volt, mint a hitelesítés megléte. Ez pedig teljesen önkényes jogalkalmazásra adhat alapot, ami semmilyen körülmények között (különösen a közbeszerzés szigorú rendszerében) nem fogadható el.

[33] Kiemelendő továbbá, hogy az alperesi érdekeltet magában foglaló Konzorcium másik tagja, az ARHOS D.O.O. 2018. május 16. napján akként nyilatkozott, hogy a felhívás XIV.2) Ml. pontjában foglalt műszaki, illetve szakmai alkalmassági feltételnek megfelel, márpedig ebben az időpontban a Konzorcium nem vitásan nem rendelkezett olyan referenciamunkával, amelyet az IAAF hitelesített volna. Az, hogy utóbb a Konzorcium a szükséges hitelesítést megszerezte, a perbeli szempontból nem releváns, figyelemmel arra, hogy valamennyi alkalmasságot igazoló ténynek az ajánlat megtételekor fenn kell állnia. Nem fogadható el az alperes e körben előadott hivatkozása, amely szerint „a joggyakorlatnak követnie kell a Kbt. módosulását, az ajánlatkérők nem ragadhatnak meg a korábban kialakult joggyakorlatban, ha a jogalkotó már attól eltért”. A Kbt. valóban lehetővé teszi, hogy az ajánlat és a referencia benyújtása időben eltérő időpontra essen, azonban egyrészt már az ajánlatban nyilatkozni kell arról, hogy az ajánlattevő az alkalmassági követelményeknek megfelel, másrészt pedig a Kbt. ezen rendszerbeli felépítéséből semmiképpen nem vonható le az a következtetés, hogy az ajánlat benyújtásakor nem kell valamennyi szükséges referencia igazolás alapjául szolgáló feltételnek teljesülnie, hiszen az ajánlattevő az ajánlat benyújtásakor már e tények ismeretében nyilatkozik arról, hogy az alkalmassági követelményeknek megfelel. Helyesen mutatott rá az elsőfokú bíróság ítéletében e körben arra, hogy a közbeszerzési eljárások gyorsítását, hatékony lefolytatását szolgálja az alkalmassági követelményeknek való megfelelés igazolásának későbbi, az ajánlattételtől eltérő időpontban történő benyújtása, ez azonban nem eredményezheti a felhívástól való eltérést, mert ahhoz az eljárás valamennyi résztvevője kötve van.

[34] Alaptalanul hivatkozott arra az alperesi érdekelt fellebbezésében, hogy az elsőfokú bíróság olyan megállapítást tett, ami a Kbt.-ben nem szerepel, vagyis, hogy az alkalmasság igazolására benyújtott dokumentum (referencia igazolás) kelte nem lehet későbbi, mint az általa benyújtott ajánlat benyújtásának dokumentuma, mert a Kbt. fent idézett 65. § (2) bekezdésének

rendelkezéséből az következik, hogy a felhívástól (közbeszerzési dokumentumoktól) utóbb nem lehet eltérni, márpedig az ajánlati felhívás a bemutatni kért referencia igazolás körében tartalmazott egy (egyébként a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 21. § (2) bekezdés a) pontja szerinti) időbeli keretet, amelynek a bemutatott referencia igazolás a fentiekben kifejtettek szerint nem felelt meg. Az alperesi érdekelt 2014/24/EU irányelv 58. és 59. cikkeire történt hivatkozása körében a Kúria kiemeli, hogy a perben nem az irányelv rendelkezései, hanem az irányelv átültetésével megalkotott Kbt. rendelkezései voltak vizsgálандók. Teljességgel alaptalan az az alperesi érdekelt érve, amely szerint az alkalmasság körében bemutatni kért pálya minősítésének idejére utaló referenciakövetelmény nem került előírásra, mert az alkalmassági minimumkövetelményben szereplő időkeret valamennyi teljesítendő követelményre, így a hitelesítésre is vonatkozott. Helytelen volt az alperesi érdekelt érvelése abban a körben is, hogy a minősítés önmagában nem építési beruházás, azt egy független harmadik személy végzi, így a minősítés elvégzése referenciaként nem is kérhető a Kbt. 65. § (3) bekezdése alapján. A Kúria kiemeli, hogy az alkalmassági minimumkövetelmény szerint a referenciamunka akkor teljesített, ha annak hitelesítése is megtörtént, ezen túlmenően pedig az alperesi érdekelt által az Ml) alkalmassági feltétel körében kezdeményezett előzetes vitarendezési kérelem ezt a kifogást nem tartalmazta. Az alperesi érdekelt azon fellebbezési hivatkozása végül, amely szerint az elsőfokú bíróság túlterjeszkedett az alperesi határozaton azzal, hogy a jogorvoslati kérelemmel támadott eljárást lezáró döntésben foglaltakkal ellentétben az ajánlati kötöttséghez kötötte a nyilatkozat meglétét, és azt tartalmában vizsgálta, szintén nem foghatott helyt, mert az elsőfokú bíróság az alperesi határozat jogszerűségének vizsgálata során a jogorvoslati kérelemről döntött, az abban foglaltakon pedig nem terjeszkedett túl.

[35] Az alperes és az alperesi érdekelt is vitatta fellebbezésében, hogy az elsőfokú ítélet megállapításai ellentétesek a hiánypótlás intézményével, mert érvelésük szerint a Kbt. 71. § (3) bekezdése szerint a hiánypótlás során az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben szereplő iratokat, így a Kbt. 69. § (4)-(5) bekezdései szerint benyújtandó dokumentumokat is módosítani, kiegészíteni lehet, továbbá, ha az elsőfokú bíróság jogértelmezéséből indulunk ki, akkor az alperesi érdekelt érvelése szerint a benyújtott referencia igazolás pl. egy hiánypótlás keretében nem javítható, nem cserélhető ki. Ezen fellebbezési hivatkozásokkal szemben kiemelendő, hogy a Kbt. 71. § (3) bekezdésének első fordulata szerint a hiányok pótlása csak arra irányulhat, hogy az ajánlat vagy részvételi jelentkezés megfeleljen a közbeszerzési dokumentumok vagy a jogszabályok előírásainak. Mindez pedig azt jelenti, hogy esetlegesen egy hiánypótlást követően is kizárólag olyan referencia igazolás fogadható el, amely az eljárást megindító felhívás megküldésétől, 2018. április 24. napjától visszafelé számított 5 évben teljesített. A hiánypótlás egyebekben a nem egyértelmű vagy hiányos referencia igazolás módosítására, kiegészítésére áll rendelkezésre. Megjegyzendő végül, hogy a hiánypótlásra vonatkozó Kbt. rendelkezések nem relevánsak a perben eldöntendő jogkérdés szempontjából, vagyis, hogy az ajánlattevőknek mikor kell az alkalmassági követelményeknek megfelelnie, illetve utóbb vitatható-e a korábban nem kifogásolt ajánlatkérői alkalmassági követelmény.

[36] Az alperes és az alperesi érdekelt mindemellett helyesen hivatkoztak fellebbezéseikben a Kbt. 69. § (9) bekezdése körében tett elsőfokú ítéleti megállapítás téves voltára, mert az elsőfokú bíróság által hivatkozott, rangsort befolyásoló eltérés csak a Kbt. 82. § (5) bekezdése szerinti

meghívásos eljárás keretszámának rangsorolására irányul, a perbeli esetben pedig nem meghívásos eljárásról van szó. Ezen elsőfokú ítéleti tévedés azonban az ítélet jogszerűségét nem érintette.

[37] A fentiekben kifejtettekre tekintettel a Kúria az elsőfokú ítéletet a Kp. 109. § (1) bekezdése alapján helybenhagyta.

A döntés elvi tartalma

[38] Közbeszerzési eljárásban az ajánlattevőknek az ajánlat megtételekor meg kell felelniük az alkalmassági követelményeknek. Az olyan referencia munka, amely az ajánlati felhívásnak csak utóbb, az ajánlati felhívásban meghatározott időn túl bekövetkező feltétel folytán felel meg, alkalmatlan az alkalmasság igazolására.

Záró rész

[39] A Kúria a fellebbezést a Kp. 107. § (1) bekezdése alapján tárgyaláson kívül bírálta el.

[40] A felperes másodfokú eljárásban felmerült költségének megtérítésére a Kúria az alperest és az alperesi érdekeltet a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény (a továbbiakban: Pp.) 83. § (1) bekezdése alapján kötelezte, a felperes által a költségjegyzékben előterjesztett perköltség összegének figyelembe vételével.

[41] Az alperesi érdekelt az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39. § (3) bekezdés d) pontja és a 46. § (1) bekezdése szerinti fellebbezési illeték viselésére köteles, a Pp. 102. § (1) bekezdése és a polgári és közigazgatási eljárás során meg nem fizetett illeték és állam által előlegezett költség megfizetéséről szóló 30/2017. (XII. 27.) IM rendelet 3. § (2) bekezdése alapján. Az alperest az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 5. § (1) bekezdés c) pontja alapján megillető teljes személyes illetékmentességre tekintettel a fellebbezési illetéket az állam viseli. Az alperesi érdekeltnek az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 46. § (3) bekezdésére történt hivatkozása alaptalan volt, az illetékmentesség ugyanis kizárólag az arra jogosítottra terjed ki, a törvény ezen rendelkezése pedig az illeték mértékére és nem a mentességi szabályokra vonatkozik.

[42] Az ítélet elleni felülvizsgálatot a Kp. 116. § d) pontja zárja ki.

Budapest, 2020. június 17.

**Dr. Tóth Kincső s.k. a tanács elnöke,
Dr. Bógós Fruzsina s.k. előadó bíró,
Dr. Szilas Judit s.k. bíró**