



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

Az ügy iktatószáma: D.246/17/2022.

A tanács tagjai: Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bonifert Zsolt közbeszerzési biztos, Dr. Peleskey Viktória közbeszerzési biztos

A kérelmező: TTR Invest Beruházó Kft.
(Újlengyel, Petőfi S. u. 48.)

A kérelmező képviselője: Dr. Pénzes Katalin ügyvéd
(Budapest, Reviczky u. 59.)

Az ajánlatkérő: Alapvető Jogok Biztosának Hivatala
(Budapest, Falk Miksa u. 9-11.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Vancsura Magdolna felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A beszerzés tárgya, értéke: MS licenck beszerzése 2022 (EKR000712932022) 75.000.000.- 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 kérelmet elutasítja.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112.§ (1) bekezdés b) pontja szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított „MS licenck beszerzése 2022” (EKR000712932022) tárgyban, melynek ajánlati felhívása 2022. június 23-án jelent meg.

2. A felhívás az alábbiakat is tartalmazta:

„II.1.4. valamint a II.2.4. A közbeszerzés rövid ismertetése:

Ajánlatkérő Microsoft szoftver licencekre, mint referenciatermékekre kér ajánlatot. Az ajánlott licencek csak és kizárólag újonnan beszerzett licencek lehetnek, másodkézből értékesített „használt” szoftver licenceket Ajánlatkérő nem fogad el! Az ajánlott licenceknek a vásárlást követően Ajánlatkérő Microsoft VLSC oldalán meg kell jelennie, amelyhez szükséges regisztrációs feladatokat Ajánlattevőnek kell elvégeznie.

A felhasználásra jogosító szoftverlicenceket olyan, a szoftver gyártójával kötött szerződés keretében szükséges szállítani, amely három éves, határozott idejű, és a szerződés hatálya alatt szoftverkövetéssel rendelkező maradandó licencek éves, elosztott díjfizetésű beszerzését teszi lehetővé.

Irodai szoftverek licenc:

- 200 db – Microsoft Office Standard (Ms Office Standard LicSAPkOLV D 1Y Aq Y1 AP)

Egyéb irodai szoftver licenc:

- 1 db – Microsoft Project Standard (Ms Prjct Std LicSAPk OLV D 1Y AqY1 AP)

Egyéb elvárások:

1. hozzáférés VLSC portálhoz
2. egyedi licenckulcsok használatának lehetősége
3. „Reimaging right” jog biztosítása

3. A felhívás II.2.7.pontja alapján a szerződés időtartama 60 hónap.

4. A közbeszerzési dokumentáció 14. oldalán az ajánlatkérő az alábbiakat rögzítette:

„II. fejezet

Műszaki leírás (specifikáció)

Ajánlatkérő közbeszerzési szakmai feladatleírását a jelen közbeszerzési dokumentumok jelen fejezete és a ártáblázat tartalmazzák azzal, hogy valamennyi, jelen felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, meghatározott gyártmányú, eredetű, típusú dologra, eljárásra, tevékenységre, személyre, szabadalomra vagy védjegyre való hivatkozást a közbeszerzés tárgyának egyértelmű és közérthető meghatározása tette szükségessé, de a megnevezés csak a tárgy jellegének egyértelmű meghatározása érdekében történt, és az ajánlatkérő valamennyi egyedileg megjelölt dologgal vagy védjeggyel összefüggésben elfogad, azzal egyenértékű dolgot, a megjelölt terméket helyettesítő megoldást is azzal, hogy az egyenértékűséget – kétség esetén – az Ajánlattevőnek igazolnia kell.

A műszaki követelmények részben meghatározott követelmények az egyes termékek tekintetében minimum elvárások.

Ajánlattevő ezektől a jellemzőktől - Ajánlatkérő számára - kedvezőbb jellemzőkkel rendelkező terméket megajánlhat – mely ajánlatot ajánlatkérő egyenértékű teljesítésként elfogad. Ajánlatkérő Microsoft szoftver licencekre kér ajánlatot.

A felhasználásra jogosító szoftverlicenceket olyan, a szoftver gyártójával kötött szerződés keretében szükséges szállítani, amely három éves, határozott idejű, és a szerződés hatálya alatt szoftverkövetéssel rendelkező maradandó licencek éves, elosztott díjfizetésű beszerzését teszi lehetővé.

Az ajánlott licenceknek a vásárlást követően Ajánlatkérő Microsoft VLSC oldalán meg kell jelennie, amelyhez szükséges regisztrációs feladatokat Ajánlattevőnek kell elvégeznie. Ajánlatkérő nem kötelezhető a teljesítés során a nyertes ajánlattevőn kívüli harmadik személlyel történő bármilyen szerződés vagy azzal azonos jellegű dokumentum elfogadására, megkötésére vagy a nyertes ajánlattevőn kívüli harmadik személy részéről és/vagy részére nyilatkozatot tenni vagy elfogadni. Ajánlatkérő csak és kizárólag a műszaki követelmény

minimum szerinti licencet köteles elfogadni, az Ajánlatkérő felhívja a figyelmet arra, hogy a licenc nevében szereplő kódsor egyedileg meghatározott terméket jelent. A licenc felhasználási jogát a gyártón (eredeti jogosulton) kívüli harmadik személy nem tanúsíthatja.”

5. Az ajánlattételi határidő 2022. július 5. napja volt, az ajánlatkérő az ajánlatok bontásakor ismertette, hogy a felhívásra öt ajánlat érkezett.

6. A kérelmező nem nyújtott be ajánlatot.

7. Az ajánlatokban az alábbi termékek kerültek megajánlásra:

T-Systems Magyarország zRt.

Microsoft Office Standard (Ms Office Standard LicSAPk OLV D 1Y Aq Y1 AP)

Microsoft Project Standard (Ms Prjct Std LicSAPk OLV D 1Y AqY1 AP)

Infopolis Kft.

Microsoft Office Standard (Ms Office Standard LicSAPk OLV D 1Y Aq Y1 AP)

Microsoft Project Standard (Ms Prjct Std LicSAPk OLV D 1Y AqY1 AP)

ETIAM Kft.

Microsoft Office Standard (Ms Office Standard LicSAPk OLV D 1Y Aq Y1 AP)

Microsoft Project Standard (Ms Prjct Std LicSAPk OLV D 1Y AqY1 AP)

Sysinfo Kft.

Microsoft Office Standard (Ms Office Standard LicSAPk OLV D 1Y Aq Y1 AP)

Microsoft Project Standard (Ms Prjct Std LicSAPk OLV D 1Y AqY1 AP)

Karakter Sz. Kft.

Office Standard LSA OLV D 1Y Aq Y1 AP

Prjct Std LicSAPk OLV D 1Y AqY1 AP

A jogorvoslati kérelem

8. A 2022. július 4-én benyújtott és 2022. július 23-án hiánypótolta jogorvoslati kérelemben foglaltak szerint az ajánlatkérő a felhívásban foglaltakkal megsértette a Kbt. 58. § (3)–(4) bekezdéseit, valamint a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Kormányrendelet (továbbiakban: Kormányrendelet) 46. § (3) bekezdésében foglaltakat, ezért a kérelmező kérte, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a jogsértés megtörténtét állapítsa meg és alkalmazza a Kbt. 165. § (3) bekezdés a) pontját.

9. A jogsértés természetének megértéséhez lényeges körülményként kiemelte, hogy a kérelmező elnyert egy nagyon hasonló beszerzési tárgyú közbeszerzési eljárást ugyanezen ajánlatkérőnél. Az ajánlatkérő 2020. december 23-án megjelent EKR001332722020 EKR számú, „Notebook és MS licencek beszerzése” tárgyú eljárásának 2. része szintén MS licencek beszerzésére irányult, ennek az eljárásnak a nyertese a kérelmező lett. Az eljárás során az ajánlatkérő érvénytelenné nyilvánította a kérelmező ajánlatát, melyet csak jogorvoslatot követően vont vissza és ezt követően kötött szerződést a kérelmezővel. A teljesítés a kérelmező részéről megtörtént, a teljesítés elismerése és a számla kifizetése

azonban a mai napig nem történt meg, az ügy bírósági szakaszba lépett. Abban az eljárásban az ajánlatkérő nem korlátozta a beszerzendő szoftverlicenckek eredetét, konkrétan nem zárta ki a másodlagos piacról származó, egyébként azonos licencket. A kérelmező abban az eljárásban másodlagos piacról származó szoftverekkel tett ajánlatot, az ajánlatkérő pedig a teljesítést követően jelezte, hogy a jelen felhívásban is megjelenő hozzáadott szolgáltatások nem részei a kérelmező által szállított termékeknek.

A jogvita alapját ez képezi és bár az ajánlatkérő szembesült a problémával, látszólag megértette, hogy mit jelent számára a felhívás által rögzített kötöttség, nem tett lépéseket a megoldás felé, ellenben kibocsátotta a jelen felhívást, mely már az ajánlattételi felhívás szövegezésében is jogsértő, nem is szükséges a műszaki leírást fókuszba helyezni. A kérelmező a folyamatban lévő bírósági eljárásban azt kívánja bizonyítani, hogy ajánlati kötöttségével ellentétben a felsorolt szolgáltatások megléte már a termék megnevezésre visszavezethető, ugyanakkor a jelen eljárásban fontosnak tartja elkerülni a megajánlás elvi lehetőségét is, ám ezt kizárólag diszkrimináció alkalmazásával tudja elérni.

10. A feltételezett jogsértés, hogy az ajánlatkérő nyíltan és jogellenesen fogalmazta meg az ajánlati felhívást, leplezetlenül törekszik arra, hogy egyes forrásból származó termékeket kizárjon, ezzel párhuzamosan egy-egy meghatározott terméket és annak értékesítési konstrukcióját unikálissá, megkerülhetlenné tegye. A beszerzés tárgyát és a műszaki leírást is a Kbt. alapelveire tekintettel diszkriminációmentesen, a verseny tisztaságát biztosítva, önmagában a versenyt lehetővé téve kell meghatározni. Jelen esetben az ajánlatkérő ugyanannak a gyártónak (szoftverfejlesztőnek) [Microsoft] a termékét zárja ki nem a termékhez kapcsolódó műszaki követelmény, hanem kizárólag a szoftverfejlesztő által biztosított, külön szerződés alapján biztosított szolgáltatás jellegű követelményeket rendel hozzá, ír elő alapkövetelményként. Ennek jelentősége és eredménye a verseny megszűnése, az egyenértékű termék megajánlásának teljes ellehetetlenítése. Kizárólag egy típusú árverseny valósulhat meg az eljárás során, azonban ez is torzított, hiszen előfordulhat, hogy maga a gyártó (szoftverfejlesztő) határozza meg előre, hogy ki lesz a nyertes, ki kapja azt a legkedvezőbb árat, amivel az eljárás megnyerhető. A többi szereplő számára a verseny így csak látszólagos.

11. A Kbt. 58. § (3) bekezdése konkrétan meghatározza, hogy a műszaki leírásnak nem lehet olyan hatása, mely indokolatlanul akadályozná a verseny biztosítását. A Kbt. 58. § (4) bekezdése külön jogszabályra hivatkozik, mely jelen esetben a 321/2015. (X. 30.) Kormányrendelet. E rendelet 46. § (3) bekezdése kifejezetten tiltja a meghatározott eredet megjelölését, mely jelen esetben kifejezetten a gyártó (fejlesztő) közvetlen bevonását deklarálja. Ugyanezen bekezdés még az esetleges kivételek alkalmazhatósága esetén is tiltja az egyes szereplők és/vagy termékek előnyben részesítését vagy éppen kizárását eredményező helyzetek megteremtését.

12. Az ajánlati felhívás II.2.4) pontjában meghatározott további jellemzők, melyek egyértelműen a műszaki elvárások körébe tartoznak, további aggályokat vetnek fel és ezzel együtt a megajánlható termékek, változatok és egyenértékű megoldások lehetőségét szüntetik meg, kizárólag a gyártói első licenclétsből származó termék ajánlható meg. A VLSC portál a Microsoft, mint szoftverfejlesztő által működtetett és felügyelt elektronikus platform, az ajánlattevőknek nincs lehetőségük ennek kontrolljára. Az „egyedi licenckulcsok használatának lehetősége” elsősorban az egyenértékű termék biztosításának lehetősége szempontjából megkérdőjelezhető, hiszen maga a beszerzés tárgya látszólag éppen egy egyetlen kulccsal használható számos szoftver(másolat) mennyiség iránti igény, melyet a mennyiségi licenc konstrukció meg is testesít, ugyanakkor az egyedi kulccsal rendelkező

termékek nem teljesítik (nem teljesíthetik) a mennyiségi kulccsal való aktiválást. Ezt a követelményt megint csak a gyártó(fejlesztő) képes biztosítani szolgáltatásként, kapcsolódó szerződés keretében, következésképpen ez sem műszaki jellemző, hanem egy hozzáadott szolgáltatás, mely kizárólag a gyártóhoz(fejlesztőhöz) köthető. Ezáltal megszünteti a versenyt az alternatív termékek, így különösen a másodlagos piacról származó, az Európai Bíróság által legálisnak és forgalomképesnek minősített szoftver(másolatok) tekintetében, másfelől pedig megerősíti a gyártó(fejlesztő) szerepét, mégpedig meghatározó szerepét az eljárásban, úgy, hogy közvetlenül nem is tesz ajánlatot, de befolyása révén, az egyébként belsőnek minősített folyamatok révén szabadon és kontroll nélkül alkalmazhat eltérő árképzést különböző partnerek részére, mely végső soron az általa preferált közbeszerzési ajánlattevő nyertességéhez vezet. A kérelmező álláspontja szerint az ajánlati felhívás, azon belül a beszerzés tárgyának meghatározása nyíltan diszkriminatív, nevesítetten, leplezetlenül kizár bizonyos értékesítési csatornán elérhető, egyébként magát a szoftver-terméket tekintve azonos terméket azáltal, hogy kizárólag a gyártó (szoftverfejlesztő) által az első licencléshez biztosított szolgáltatásokat, külön nem megvásárolható szolgáltatásokat a termék által minimálisan biztosítandó műszaki tartalomként állít be és követel meg.

13. A kérelmező 2022. augusztus 15. napján előterjesztett észrevétele szerint az ajánlatkérő által megvalósított jogsértéshez a Microsoft, mint gyártó, mint a beszerzés tárgyát képező szoftverek fejlesztőjének a kialakult gyakorlata és működési mechanizmusa, nem utolsó sorban a másodlagos piacról származó, saját maga által korábban már értékesített licencekhez való hozzáállása jelentős mértékben hozzájárult, az ajánlatkérő a – jogsértőnek vélt – feltételeket azért tudta ilyen direkt módon megfogalmazni, mert ezek a szakmán belül az új licence szerződésekkel kapcsolatos, általánosságban ismert feltételek és specifikumok.

14. A kérelmező korábban két közbeszerzési eljárásban is tett már ajánlatot és nyert el szerződést másodlagos szoftverpiacról származó licencekkel, mivel a megrendelők átvették a kulcsokat, majd a VLSC fiókban történő megjelenés hiányára visszautasították és nem fizették ki, ezen eljárások kapcsán per van folyamatban. Hangsúlyozandó, hogy a hivatkozott ügyekben a közbeszerzési felhívásokban és szerződésekben nem volt előírás a VLSC fiókban a kulcsok megjelenésének kötelezettsége, ezeket a megrendelők utólag kezdték követelni.

15. A kérelmező a gyártói (Microsoft) nyilatkozatot azért nem tudja csatolni, mert az ügy szempontjából a Microsoft ellenérdekű fél és a kérelmező azt vélelmezi, hogy a Microsoft (Magyarország Kft.) nem fog válaszolni legalábbis a jogorvoslatra rendelkezésre álló határidőn belül, mivel a fent említett korábbi két ügy egyikében, az ajánlatkérő részéről történt megkeresésére is kitérő választ adtak. Számítástechnikával foglalkozó szakcégek számára ismert, hogy a Microsoft hallgatólagosan tudomásul vette az Európai Bíróság, illetőleg a Német Legfelsőbb Bíróság ún. használt szoftverrel kapcsolatos ítéleteit, azonban a téma tabunak számít, az ezzel kapcsolatos kommunikációt a minimumon tartják. Kérelmező megjegyezte, hogy a VLSC (Mennyiségi licencteljesítési központ), melynek elérhetősége: <https://www.microsoft.com/Licensing/servicecenter/default.aspx> az url-ből is láthatóan a Microsoft domain-ben található, az egyik Microsoft által üzemeltetett szerveren érhető el. Az ebben lévő adatokat csak a Microsoft és bizonyos mértékig a fióktulajdonos ügyfél tudja kezelni, de fiókokon túlnyúló műveleteket csak a Microsoft tud végrehajtani, ugyanakkor erre törvényi kötelezettsége nincs, mint ahogy a kérelem elbírálására vagy bármilyen reakcióra sem. Kérelmező indítványozta a Microsoft közvetlen megkeresését a Döntőbizottság által, figyelemmel arra, hogy a nyilatkozat beszerzése aránytalan és ellentétes a felek érdekeivel. A kérelmező hangsúlyozta, hogy maga is Microsoft partner, értékesít új licenceket is, a jelen jogorvoslat nem a Microsoft, vagy annak – esetleg kifogásolható – üzletpolitikája és/vagy

licence-áthelyezési gyakorlata ellen irányul, hanem az ajánlatkérő direkt és egyáltalán nem titkolt módon diszkriminatív megfogalmazása és ekként irányított forrásból származó beszerzése ellen.

A kérelmező indítványozta, hogy a Döntőbizottság hívja fel az ajánlatkérőt csatoljon olyan tartalmú gyártói nyilatkozatot, mely alátámasztja, hogy a VLSC fiókban történő licence megjelenés független a Microsofttól, azt a közbeszerzési eljárás ajánlattevői, mint önálló és független gazdálkodó szervezetek végezhetik el. Egy ilyen tartalmú nyilatkozat alkalmas lenne annak igazolására, hogy az ajánlatkérő – már az előkészítés során is – figyelemmel volt a verseny tisztaságának biztosítására és a gyártótól független adminisztrációra tekintettel alternatív termékkel is lehetséges érvényes ajánlatot tenni.

16. A kérelmező a Döntőbizottság által megküldött ajánlatkérői észrevételére az alábbiakban fejtette ki álláspontját. Előadta, hogy a megkeresésükre a Microsoft a mai napig nem válaszolt, azonban álláspontja szerint az ajánlatkérőnek kellene bizonyítania azt, hogy a felhívás vagy annak bármely részlete megfelel a törvényi szabályozásnak, nem versenykorlátozó, vagy versenytorzító hatású. Az ügyfél- és jogképesség alátámasztásának további bizonyítékként előadta, hogy a jogorvoslati kérelem indokolásának bevezetőjében hivatkozott korábbi eljárás 2. részének nyerteseként szerződéses jogviszonyban áll ugyanezen felhasználási célú szoftverek tekintetében az ajánlatkérővel. Ezért amennyiben az ajánlatkérő eredményesen lefolytathatná a jelen beszerzési eljárást, úgy alapos okkal vélelmezhető, hogy a hivatkozott szerződéses köteleme alóli mentesülésre akarja azt felhasználni, miközben peres eljárás van folyamatban ellene a kérelmező által részére kibocsátott számla meg nem fizetése miatt, mellyel összefüggésben jelezte, hogy annak a kétféle licensznek az árát sem fizette meg, melyet láthatóan a jelen eljárásban már nem szerepeltet.

17. A kérelmező szerint valótlan az ajánlatkérő állítása a „használt licenzek” tekintetében és idézte a korábbi EKR001332722020 számú közbeszerzési eljárásban tett nyilatkozatait. Az ajánlatkérő tehát – következetes állításával szemben, melyet azóta is folyamatosan képvisel – 2021. március 16-a óta pontosan tisztában van vele, hogy a kérelmező ajánlatában milyen forrásból származó licencek szerepeltek és azzal is, hogy a kérelmező felkészült volt és ismeretében volt már akkor is a másodlagos piacról származó szoftverlicencek értékesítésének adminisztrációs kötelezettségeivel, az értékesítés feltételeivel.

Az ajánlatkérő hivatkozása nem helytálló a D.212/13/2021. számú határozatra abban a tekintetben, hogy kiragadja a Döntőbizottság érvelésének egy részletét és ekként már jogszerűnek, hitelesnek állítja be saját jelen ajánlati felhívását, miközben, attól, hogy az adott (korábbi) eljárásban mi lett volna a helyes ajánlattevői magatartás, az nem jelenti azt, hogy ugyanaz a magatartás ne eredményezhetne más jellegű jogsértést egy másik eljárásban, mint ahogy jelen ügygel összefüggésben éppen ez a kérdés a vizsgálat tárgya.

Ismételten hangsúlyozta, hogy a korábbi eljárásban az ajánlatkérő a saját ajánlati kötöttségét szegte meg, azon túlterjeszkedően vizsgálódott, korábban nem ismert információkra hivatkozással merült bele egyre mélyebb vizsgálatba, miközben jelen eljárásban a felhívás kapcsán kéri vizsgálni a jogsértést a kérelmező, mégpedig azért, mert a felhívás nem is leplezett szövegezése alapján versenykorlátozó, versenytorzító hatású, nem utolsó sorban konkrétan ellentétes a 321/2015. (X.30.) Kormányrendelet eredet meghatározásra vonatkozó tilalmával.

18. A versenykorlátozás abban nyilvánul meg, hogy kizárólag az ár tekintetében valósulhatott meg verseny, sem a beszerzés tárgyát, sem a beszerzés forrását tekintve nincs verseny, mert az adott tételsoron kizárólag egy meghatározott terméket és konstrukciót lehetett megajánlani, alternatív termék megajánlására egyáltalán nem volt lehetőség, miközben ugyanaz a

szoftvertartalom más konstrukcióban is elérhető. Az ajánlatkérő műszaki tartalomként és ezáltal minimumkövetelményként állított be több olyan jellemzőt, melyek valójában szolgáltatás jellegű igények, de ezekkel kapcsolatban is olyan kikötéseket alkalmazott, melyeket kizárólag a Microsoft tud teljesíteni. Ezért nincs valódi verseny, mert a Microsoft-hoz való kötődés miatt az eljárás ajánlattevői semmit nem tudnak változtatni, saját kockázatukra teljesíteni, ki vannak szolgáltatva a Microsoftnak.

Arra a kérdésre, hogy mihez van joga egy ajánlatkérőnek a beszerzés tárgyának meghatározása során már az egykori TIOP-1.1.1 pályázatok és az azok kapcsán indult jogorvoslatok rávilágítottak. A Kbt. alapján az ajánlatkérő feladata és kötelezettsége a Kbt. és a kapcsolódó jogszabályok alapján az eljárás lefolytatása, mely során minden lépésben be kell tartani a Kbt. alapelveit, vagyis különösen a közpénzek felhasználása során a verseny tisztaságát biztosítani kell, nem lehet árukat vagy gazdasági szereplőket sem pozitívan, sem negatívan megkülönböztetni.

Azt a felhívásban eleve kizárni, hogy a másodlagos szoftverpiacról származó termék, mely funkcionalitásában ugyanaz, az nem műszaki paraméter, mint ahogy a VLSC fiókban történő megjelenés kötelezettsége előírás sem, mely egy konkrét, harmadik félhez köthető tevékenység, akinek tevékenységére egyik ajánlattevő sincs hatással és alternatívát sem lehet ezzel kapcsolatban megfogalmazni, szintén nem olyan műszaki paraméter, mely a termékhez, annak használhatóságához kötődne. Egy ilyen megfogalmazású kiírás egyetlen célja a verseny jogellenes korlátozása, torzítása.

Félrevezető az ajánlatkérő azon érvelése, hogy a másodlagos piacról származó szoftverekhez nem jár frissítés. Ezt az ajánlatkérő előtt is ismert bírósági ítéletek is alátámasztják, a szoftverfejlesztő az általa eladott szoftverhez biztosítja az ingyenes frissítést. Mivel a másodlagos piacon elérhető szoftverek után a gyártók (fejlesztők) már megkapták az ellenszolgáltatást, ennek értelmében kötelesek biztosítani a frissítést. Megjegyezte, hogy a szoftverfrissítés intézménye arra épül, hogy a megvásárolt termék az értékesítés pillanatában is (feltételezhetően) hibás lehet, javításra szorulhat. Materiális termék esetén sem veszíti el a második, vagy sokadik felhasználó (tulajdonos) azt a jogosultságát, hogy a gyártói hibában szenvedő eszközt a gyártó időkorlátozás nélkül orvosolja. Egy autós példával élve; ha kiderül egy alkatrészről, hogy hibás, baleset- vagy életveszélyes, akkor a gyártó visszahívja és függetlenül attól, hogy hányadik tulajdonosnál van, kicseréli, vagyis orvosolja a problémát. Az ajánlatkérő észrevételének ebben a pontjában is látható, hogy a „gyártói támogatást” összekeveri a szoftverfrissítés jogos (és egyébként teljesíthető) igényével, a gyártói terméktámogatás a Microsoftnál (sem) nem azonos a szoftverfrissítés biztosításával.

Arról van szó, hogy nincs egyenértékű termék, és nincs olyan egyenértékű szolgáltatás, mint amit az ajánlatkérő meghatározott. Az nem teremti meg a verseny tisztaságát, hogy az ajánlatkérő a normaszöveget idézi be. A beszerzés tárgyának meghatározása során kell figyelemmel lennie arra az ajánlatkérőnek, hogy az megfeleljen a törvényi előírásnak, ne legyen versenykorlátozó.

Egy materiális termék esetében nem lenne nehéz a bizonyítás, az ajánlatkérő mutasson be legalább 1 olyan terméket az előírton (vagy a körülírás révén beazonosítható egy meghatározotton) túl, mely megfeleljen a minimumkövetelményeknek.

Jelen esetben azt kellene bizonyítania az ajánlatkérőnek, hogy van legalább még egy olyan módszer, mellyel a Microsoft kezelésében lévő szerver(ek)en való bejegyzés és kezelés (VLSC) kiváltható, vagy az az egyébként a beszerzés tárgyával értelmetlen korrelációt alkotó elképzelés megvalósítható, hogy mennyiségi licenckulcs (tehát egyetlen kulcs az összes licenchez) az igény, de „egyedi licenckulcsok használatának lehetőségét” is kéri az ajánlatkérő. Ezt így csak a Microsoft tudja biztosítani, semmilyen hatással, vagy egyedi, az ajánlattevőkhöz köthető megoldással sem lehet alternatívát találni.

19. Egy materiális és konkrét gyártóhoz köthető terméknél pl. a kereskedő is vállalhat extra garanciát saját kockázatára, a terméket raktározhatja, tartalékolhat kedvezőbb árfolyamon, stb., be is regisztrálhatja a gyártónál, akárhánnyadik viszonteladó is legyen. Ez ebben az eljárásban nem biztosított, kijelenthető, hogy az tette a legkedvezőbb ajánlatot – függetlenül attól, hogy nem ismerjük a bontási jegyzőkönyv ezirányú adatait – akit a Microsoft támogatott, vagy aki attól a disztribútortól kapott ajánlatot, aki a Microsofttól a legjobb árat kapta erre a tenderre. Nincsenek egységes disztribútori árak és kedvezménysszintek, a konkrét eljárás ajánlati szakaszában kerül kidolgozásra a gyártói ajánlat, mely nem egységes az összes disztribútor felé.

20. Az ajánlatkérő által hivatkozott kódsor nem pusztán egyedi terméket (pl. Microsoft Office Standard) jelent, hanem magát a licenclési konstrukciót és fizetési ütemezést is. Az eljárás speciális kérdése, hogy miként kívánja az ajánlatkérő legálisan és saját, illetőleg az ajánlattevők kockázatát helyén kezelve az 1 éves periódusú licenceket 3 évre beszerezni, de ez is azt veti fel, hogy ettől eltérni nem lehet a jelen eljárásban, nincs olyan alternatív termék, vagy licenclési konstrukció, melyben az ajánlattevők 3 év távlatában kezelni tudják az árfolyamkockázatot. A VLSC portálon való megjelenés egy kényelmi szolgáltatás, van erre vonatkozó hasonló offline megoldás is. Az egyedi kulcsok használatának lehetősége egy furcsa kettősség és ellentmond a beszerzés tárgyának pontos meghatározása kitételnek. A kiírásban megfogalmazottak kiüresítik azt a lehetőséget, hogy „egyenértékű” megoldást lehessen találni.

A „Reimaging right” jog biztosításával kapcsolatban nem tisztázott, hogy az ajánlatkérő mit ért alatta, hiszen nem egy jogvédett, konkrét tartalomról van szó. Kiegészítő tájékoztatásban kezelhető a kérdés, alapvetően ma már minden elektronikus úton letölthető szoftverhez jár, ha belegondolunk, már az első letöltés is egy új image készítés.

21. A legkardinálisabb probléma a másodlagos piac kizárása, tehát a megajánlandó termék eredetének korlátozása, mely taxatív tiltott a 321/2015. (X.30.) Kormányrendelet 46. § (3) bekezdése alapján és főlegesen versenykorlátozó is, hiszen az ajánlatkérő által előadottak alapján a legnagyobb félelme a szoftverfrissítés hiánya, mely alaptalan félelem. A további szűkítő és főlegesen szolgáltatások előírása, melyek főleg a termék műszaki jellemzőjeként vannak beállítva, kizárólag azt a célt szolgálják, hogy a megajánlott termék (szoftver) függetlenül a másodlagos piacról származás elve kizárásától csak kifejezetten a Microsofttól, kifejezetten az ajánlatkérő részére dedikált megoldás lehessen. A Microsoft termékei is több konstrukcióban, több beszerzési forrásból érhetők el, melyek kizárása egyértelműen jogellenes. Egyértelműen kijelenthető, hogy a használni kívánt szoftver szempontjából (Office Standard és Project) teljesen mindegy a konstrukció, a felhasználó informatikai eszközén ugyanaz a tartalom fog megjelenni. A beszerzés tárgya tehát jelen esetben a Microsoft Office és a Microsoft Project termékek használati jogának 3 évre történő megszerzése, ami ezen felül van, az csupán a konstrukciók szűkítése, a verseny korlátozása, a közpénzek felhasználásának ésszerűtlen felhasználása, a jövőbeni árfolyamkockázat teljesen főlegesen és tervezhetetlenül bizonytalan rákényszerítése az ajánlattevőkre és/vagy az ajánlatkérőre, attól függően, ki viseli a 2024-es évben az árfolyamváltozás kockázatát.

Az ajánlatkérő észrevétele

22. Az ajánlatkérő kérte az álláspontja szerint alaptalan kérelem elutasítását. A kérelmező által hivatkozott korábbi eljárás kapcsán az ajánlatkérő előadta, hogy abban az eljárásban a kérelmező ajánlatából nem derült ki, hogy másodlagos piacról származó szoftvereket kívánt megajánlani, hanem az ajánlattevő a közbeszerzési dokumentumokban referenciatermékként

megjelölt szoftvert ajánlotta meg – félrevezetve ezzel az ajánlatkérőt. Így bár a jogorvoslati eljárásban előadott indokai alapján feltételezni lehetett, hogy másodlagos piacról származó termékkel kíván majd teljesíteni, erre az ajánlatkérőnek egyértelmű, pontos információ nem állt rendelkezésére, a kérelmező erről nem tájékoztatta. A kérelmező ennek az információnak a kiadását üzleti titokra hivatkozva megtagadta. Ezért az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumoknak megfelelően – a referencia termékkel azonosan - megajánlott szoftverekre kötött szerződést. Az csak a teljesítés során derült ki, hogy a kérelmező nem az általa megajánlott, szerződés szerinti termékeket szállította le, mellyel nem vette figyelembe a Kbt-ben foglaltakat. Kiemelte, hogy a jelen jogorvoslati eljárás tárgya nem a már határozattal lezárult ezt megelőző jogorvoslat, jelen eljárásban a fogalmi zavarkeltést célozza, ezért kérte annak figyelmen kívül hagyását.

23. Az ajánlatkérő a Döntőbizottság D.212/13/2021. számú határozat 36. pontját idézve előadta, hogy annak figyelembevételével és a Kbt. alapelveit betartva járt el a jelen jogorvoslat tárgyát képező közbeszerzési eljárás során, ezért a felhívás és a közbeszerzési dokumentumok tartalmának meghatározásakor - ajánlatkérői szabadságával élve - az esetleges jogviták elkerülése végett, egyértelműsítette a műszaki leírást is.

24. Az ajánlatkérő mellékelte a bontási jegyzőkönyvet, melyben 5 ajánlattevő adott ajánlatot, vagyis a kérelmező által vélelmezetten megállapított versenyszűkítés nem értelmezhető, kizárt.

A verseny érvényesül, a piacon nemcsak csekély számú olyan ajánlattevő létezik, aki a műszaki leírás, a felhívás feltételeit teljesíteni tudja. Az ajánlatkérő a jelölt termék tulajdonságokra és szolgáltatásokra igényt tart, azoktól eltekinteni nem tud, szükséges és elégséges feltételeket határozott meg. Nem megalapozott egy olyan műszaki tartalmat versenyszűkítőnek minősíteni, amelyet a kérelmező – vagyis egy potenciális ajánlattevő - nem képes teljesíteni. Az ajánlatkérőnek joga van a közbeszerzési eljárás dokumentumaiban mindazon paramétereket, kapcsolódó szolgáltatásokat meghatározni, amelyeket adott terméktől elvár. Ezen kapcsolódó szolgáltatások mindegyike az ajánlatkérő hivatalán belüli operatívabb használatot és az adatbiztonságot szolgálja, ezért az ajánlatkérőnél ezek teljesítése elvárt. Nem lehet a verseny tisztaságára hivatkozva az ajánlatkérő szabad döntését korlátozni abban a tekintetben, hogy eldönthesse, munkavégzéséhez milyen tulajdonságú, milyen szolgáltatásokkal támogatott termékeket kíván igénybe venni.

25. Az ajánlatkérő előadta, hogy Microsoft licencek vásárlását kívánja lefolytatni kapcsolódó szolgáltatásokkal együtt, ezen szoftverek és szolgáltatások nélkül a munkája ellehetetlenül. Adott időpontig az ajánlatkérő által használt – összes eszköz - kritikus irodai alkalmazás frissebb verzióját telepíteni kell az ezt a programot használó eszközökre, ezért a gyártó által is támogatott magasabb verziószámú alkalmazás jogszerű használatához szükséges licencek elengedhetetlenek. A jelenleg használt Microsoft Office 2013 Standard alkalmazás támogatási idő lejárt utáni használata információbiztonsági és működésbiztonsági szempontok és okok miatt nem megoldható, ezért ezt a programot az ajánlatkérő nem használhatja tovább, mivel a gyártó nem ad ki rendszeresen a Microsoft Office 2013 Standard programhoz hiba javító telepítő csomagokat, ezáltal a program működése hosszabb távon nem biztosítható, valamint a gyártó nem ad ki rendszeresen a programban felfedezett sérülékenységek javításához biztonsági frissítéseket, ezáltal a program biztonságos működése nem biztosítható, így az egész informatikai rendszert veszélyezteti az ezen határidő utáni használata. Ennek a terméknek a pótlására szükséges az ajánlatkérő részéről új, gyártói támogatással is rendelkező licenceket beszerezni. Az elsődleges piacról beszerzett licencek tudják csak biztosítani az információbiztonsági követelmények maradéktalan érvényesülését, mivel a biztonsági

frissítések elmaradása (amelyet csak az elsődleges piacról beszerzett licencek gyártói támogatásával lehet biztosítani) az egész informatikai rendszer működőképességét veszélyezteti.

26. A kérelmező által a 321/2015. (X. 30.) Kormányrendelet 46. § (3) bekezdése körében kifejtett álláspontra az ajánlatkérő előadta, hogy a közbeszerzési dokumentumok tartalmazzák azt az előírást, hogy valamennyi, jelen felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, meghatározott gyártmányú, eredetű, típusú dologra, eljárásra, tevékenységre, személyre, szabadalomra vagy védjegyre való hivatkozást a közbeszerzés tárgyának egyértelmű és közérthető meghatározása tette szükségessé, de a megnevezés csak a tárgy jellegének egyértelmű meghatározása érdekében történt, és az ajánlatkérő valamennyi egyedileg megjelölt dologgal vagy védjeggyel összefüggésben elfogad, azzal egyenértékű dolgot, a megjelölt terméket helyettesítő megoldást is azzal, hogy az egyenértékűséget – kétség esetén – az ajánlattevőnek igazolnia kell.

A műszaki követelmények részben meghatározott követelmények az egyes termékek tekintetében minimum elvárások. Az ajánlattevő ezektől a jellemzőktől – ajánlatkérő számára – kedvezőbb jellemzőkkel rendelkező terméket megajánlhat, amely ajánlatot ajánlatkérő egyenértékű teljesítésként elfogad.

27. Az ajánlatkérő által összeállított műszaki leírásban az egyenértékűség elfogadásával kapcsolatos előírásokon túlmenően a termék elvárt tulajdonságaival, jellemzőivel kapcsolatban is rögzítésre kerültek a feltételek. Az ajánlatkérő előírta, hogy „Az ajánlott licenceknek a vásárlást követően Ajánlatkérő Microsoft VLSC oldalán meg kell jelennie, amelyhez szükséges regisztrációs feladatokat Ajánlattevőnek kell elvégeznie. Ajánlatkérő nem kötelezhető a teljesítés során a nyertes ajánlattevőn kívüli harmadik személlyel történő bármilyen szerződés vagy azzal azonos jellegű dokumentum elfogadására, megkötésére vagy a nyertes ajánlattevőn kívüli harmadik személy részéről és/vagy részére nyilatkozatot tenni vagy elfogadni. Ajánlatkérő csak és kizárólag a műszaki követelmény minimum szerinti licencet köteles elfogadni, az Ajánlatkérő felhívja a figyelmet arra, hogy a licenc nevében szereplő kódsor egyedileg meghatározott terméket jelent. A licenc felhasználási jogát a gyártón (eredeti jogosulton) kívüli harmadik személy nem tanúsíthatja. A műszaki követelmények minimumát is meghatározta.

A fentiekből egyértelműen látható, hogy az ajánlatkérő igénye olyan licencek beszerzése, amelyek műszaki paramétereiben megfelelnek a minimum követelményként meghatározott termékeknek, és rendelkeznek az egyéb elvárásokban meghatározott kapcsolódó szolgáltatásokkal.

28. Nem helytálló kérelmezőnek az az álláspontja, hogy az ajánlatkérőnek le kellene mondania azon szolgáltatásokról, amelyek a licencek felhasználásánál legjobban szolgálják munkaszervezési szempontjait és információbiztonsági követelményeit, csak mert a kérelmező rendelkezésre álló termékei ezeket a követelményeket nem teljesítik. A kérelmező az általa leírtakkal gyakorlatilag azt állítja, hogy az ajánlatkérőnek nincs joga meghatározni, hogy milyen tulajdonságokkal rendelkező terméket kíván beszerezni.

29. Az ajánlatkérő kiemelte, hogy a műszaki leírás (specifikáció)-ban kifejezetten a szerződés hatálya alatt szoftverkövetéssel rendelkező maradandó licenceket határozott meg. A Microsoft a szoftverkövetést a Software Assurance (Frissítési Garancia, SA) nevű szolgáltatása keretében teszi elérhetővé. A Microsoft esetében az SA azonban nem csak a szoftverkövetést, hanem egyéb a szoftverhez kapcsolódó szolgáltatást és a szoftver eredeti licenclési szabályait megváltoztató előnyt hordoz magában, mely az ajánlatkérő számára fontos. Az SA előnyök

kizárólag a mennyiségi licencszerződések keretében beszerzett, SA-val rendelkező licencekre vonatkoztathatók. A beszerzendő Microsoft Office Standard és Project Standard licencek az úgynevezett „Alkalmazások termékcsoporthoz” tartoznak, ezért az ajánlatkérő ennek a termékcsoporthoz az SA előnyeiket kapja meg az SA-val rendelkező licencek esetében, úgy mint:

- A. Új verzió használati jog (New Version Rights)
- B. Webes Office, Office Online Server (Office for the web, Office Online Server)
- C. Munkahelyi Kedvezményprogram (Workplace Discount Program)
- D. Non-stop (7x24) Problémamegoldási Támogatás (24x7 Problem Resolution Support)
- E. Továbblépési Licenc (Step-Up License)

Az Office Standard és Project Standard alkalmazások esetében ezen túlmenően a Microsoft feltételei a Termékajánlatok; Szoftverek; Office-alkalmazások; Office Asztali alkalmazások (Windows) fejezetében, a Frissítési Garancia pont alatt a Barangolási Jogokat is meghatározza mint ezen termékek SA előnye.

A Döntőbizottság döntése és annak jogi indokai

30. A jogorvoslati kérelem elbírálására a közbeszerzési eljárás 2022. május 12-én történt megkezdésére tekintettel az ekkor hatályos Kbt. rendelkezései az irányadók.

31. A kérelmező az ajánlatkérő felhívását támadta jogorvoslattal és kifejezetten azt sérelmezte, hogy a másodlagos piacról származó szoftverrel nem tud ajánlatot tenni a jogorvoslat tárgyát képező közbeszerzési eljárásban, mert az ajánlatkérő jogsértő módon határozta meg a műszaki leírást, melynek olyan hatása van, amely indokolatlanul szűkíti a gazdasági szereplők közötti versenyt.

32. A jogorvoslati kérelem nem alapos az alábbiak szerint.

A Kbt. 58. § (3) bekezdése alapján a műszaki leírásnak valamennyi gazdasági szereplő számára egyenlő hozzáférést kell lehetővé tennie, és nem lehet olyan hatása, amely indokolatlanul akadályozná a verseny biztosítását a közbeszerzés során.

A Kbt. 58. § (4) bekezdése szerint a műszaki leírás meghatározására és tartalmára vonatkozó részletes szabályokat külön jogszabály határozza meg.

A Kormányrendelet 46. § (3) bekezdése alapján a szerződés tárgya által indokolt esetek kivételével a műszaki leírás nem hivatkozhat meghatározott gyártmányú vagy eredetű dologra, illetve konkrét eljárásra, amely egy adott gazdasági szereplő termékeit vagy az általa nyújtott szolgáltatásokat jellemzi, vagy védjegyre, szabadalomra, tevékenységre, személyre, típusra vagy adott származásra vagy gyártási folyamatra, ha az egyes gazdasági szereplők vagy termékek előnyben részesítéséhez vagy kizorításához vezetne. Az ilyen hivatkozás csak kivételes esetekben engedhető meg, ha nem lehetséges a szerződés tárgyának (2) bekezdés szerinti, kellően pontos és érthető leírása. Az ilyen megnevezés mellett a „vagy azzal egyenértékű” kifejezést kell szerepeltetni.

AZ EURÓPAI PARLAMENT ÉS A TANÁCS 2014. február 26-i, a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló 2014/24/EU Irányelvének 18. Cikk (1) bekezdése kimondja, hogy „Az ajánlatkérő szervek a gazdasági szereplőket egyenlő és megkülönböztetésmentes bánásmódban részesítik, továbbá átlátható és arányos módon járnak

el. A beszerzést nem lehet azzal a szándékkal kialakítani, hogy az adott beszerzés kikerüljön a jelen irányelv hatálya alól, vagy mesterségesen korlátozza a versenyt. Akkor tekintendő úgy, hogy fennáll a verseny mesterséges korlátozásának esete, ha azzal a szándékkal határozták meg a beszerzés feltételeit, hogy ezzel egyes gazdasági szereplők méltánytalan előnyhöz jussanak, vagy ilyen hátrányt szenvedjenek.”

Az Irányelv 42. cikke a következők szerint rendelkezik a Műszaki leírásról:

„(1) A VII. melléklet 1. pontjában meghatározott műszaki leírást fel kell tüntetni a közbeszerzési dokumentációban. [...]

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

33. A műszaki leírás meghatározása az ajánlatkérő kompetenciája, melynek során a Kbt. valamint a Kormányrendelet szabályainak betartására kell figyelemmel lennie. Az ajánlatkérő beszerzési igényének a műszaki leírásban megjelenő feltételeit a Kbt. 58. § (2) bekezdése szabályozza, amely alapján az ajánlatkérő köteles megadni az eljárást megindító felhívásban vagy a további közbeszerzési dokumentumokban a közbeszerzés tárgyára vonatkozó műszaki leírást. A műszaki leírás azoknak az előírásoknak az összessége, amelyek meghatározzák azokat a közbeszerzés tárgya tekintetében megkövetelt jellemzőket, amelyek alapján a közbeszerzés tárgya olyan módon írható le, hogy az megfeleljen az ajánlatkérő által igényelt rendeltetésnek. E jellemzők utalhatnak a kért építési beruházás, áru vagy szolgáltatás előállításának és nyújtásának folyamatára vagy módszerére, vagy életciklusa bármely más szakaszának valamely konkrét folyamatára, akkor is, ha ezek a tényezők végeredményben nem befolyásolják az adott építési beruházás, áru vagy szolgáltatás tulajdonságait, feltéve, hogy kapcsolódnak a szerződés tárgyához [76. § (7) bekezdés], valamint annak értékéhez és céljaihoz képest arányosak.

34. Az ajánlatkérőnek beszerzési igényét és a beszerzés tárgyát a műszaki leírásban úgy kell meghatározni, hogy az elvárt műszaki paramétereket tükrözze, és amely alapján az ajánlattevők megfelelő ajánlatot tudnak tenni. Az ajánlatkérő kompetenciája, hogy a beszerzési igényét, a műszaki tartalmat és az ahhoz kapcsolódó elvárásait rögzítse a felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban.

A műszaki leírásnak tehát egyrészt kellően pontosnak kell lennie ahhoz, hogy az ajánlatkérő beszerzési igényét tükrözze, másrészt nem lehet olyan hatása, amely indokolatlanul szűkíti, vagy kizárja a versenyt. Ezért a Döntőbizottság megvizsgálta a felhívásban, a műszaki leírásban és a közbeszerzési dokumentumban foglaltakat. Figyelembe vette, hogy a beszerzés sajátos abban az értelemben, hogy szoftverbeszerzés esetén annak jogi megítélése kapcsán azonosítani kellett mely - a műszaki leírásban - meghatározott jellemzők kapcsolódnak a szerződés konkrét tárgyához, mely műszaki jellemzők előírása lehet indokolt. Informatikai beszerzés és szoftverbeszerzés esetén különös súllyal értékelendő az adott termék, szolgáltatás életciklusa és annak időtartama alatt nyújtott egyéb szolgáltatások mennyisége és minősége, de ideértendő az adott áruval, vagy a szolgáltatással való kereskedés folyamata is. A szoftverek újabb verzióira történő átállással az élettartamuk megnövelhető és az újabb verziók korszerűbb használatot tesznek lehetővé. Ezen jellemzőket egybevetve és megvizsgálva rögzíthet az ajánlatkérő olyan elvárásokat a műszaki leírásában, amely rendelkezésre bocsátása esetén alakulhat ki olyan árverseny a legjobb ár-érték arányú ajánlatok között, amely során az ajánlatkérő kiválaszthatja a számára legmegfelelőbb ajánlatot. Az ajánlatkérő műszaki leírásában és a jogorvoslati eljárás során tett észrevételében foglaltakra figyelemmel a Döntőbizottság arra a következtetésre jutott, hogy a műszaki leírás nem versenyszűkítő, a Kbt. 58. § (3) bekezdésében foglaltaknak megfelel. A kérelmező által idézett korábbi

döntőbizottsági határozat abban foglalt állást, hogy a kérelmező ajánlatának érvénytelenségét megállapító ajánlatkérői döntés nem volt jogszerű, mert az ajánlatkérő az árindokolás kérések során olyan feltételeket kért számon a kérelmezőn, amelyeket a felhívásban és a dokumentációban nem határozott meg. A jelen eljárásban az ajánlatkérő már pontosan meghatározta a beszerzése tárgyát és annak műszaki jellemzőit éppen azért, hogy a szerződés teljesítése során felmerülő problémákat kiküszöbölje. Az is megállapítható volt, hogy a jelen közbeszerzési eljárásban a kérelmező nem tett ajánlatot, ugyanakkor őt gazdasági szereplő igen. A gazdasági szereplők közötti verseny kialakulását eredményező műszaki leírás a gazdasági szereplők rendelkezésére állt, annak megfelelően képesek voltak ajánlatot tenni, közöttük az árverseny is megvalósult. A kérelmezőnek a Kbt. 58. § (3) bekezdése megsértésére, mint érvényességi feltételre vonatkozóan kellett volna az előírás, műszaki leírás jogsértő voltát igazolnia, melyre azonban a kérelmező hivatkozása nem alkalmas. Maga is azt állította, hogy ő nem tud ajánlatot tenni, nem is akar, de a műszaki leírás versenyszűkítő, ezzel szemben további ajánlattevők képesek voltak ajánlatot tenni, nem állítható tehát, hogy általában véve torzult a gazdasági szereplők közötti verseny.

35. Az árversenyből a kérelmező szorult ki, mert az általa megajánlani kívánt szoftverek a másodlagos piacról származtak, nem közvetlenül a gyártótól és ebből következően nem rendelkeznek olyan tulajdonságokkal, amelyeket az ajánlatkérő elvárt. Olyan licenszekről van szó, amelyekre egy korábbi felhasználó használati joga lejárt és ezek újra értékesíthetővé váltak. A kérelmező ugyanakkor azt is állította észrevételében, hogy maga is Microsoft partner, értékesít új licenceket is, tehát rendelkezik olyan tulajdonságú szoftverrel, amelyet az ajánlatkérő meghatározott. Ezek alapján megvolt a lehetősége ajánlat benyújtására, vélhetően erre azért nem került sor, mert ajánlata nem lett volna versenyképes a többi ajánlattevő ajánlati árával szemben. A kérelmező által kínált licenszek azonban nem azonosak az ajánlatkérő által meghatározott, a közvetlenül a gyártótól származó licenszekkel. Ebből következően nyilvánvaló, hogy az első licenszelésű szoftverek a hozzá kapcsolódó egyéb szolgáltatásokkal együtt drágábbak, mint a másodlagos, vagy továbbértékesített licenszek, melyekhez bizonyos szolgáltatási jellemzők nem társulnak. A műszaki leírás ily módon tehát egyenlő hozzáférést tett lehetővé a gazdasági szereplők számára, nem volt megállapítható, hogy valamelyik gazdasági szereplő, vagy akár a kérelmező kizorult az ajánlattevők köréből. A műszaki leírásban megfogalmazott feltételek akkor tekinthetőek versenytorzítónak, ha általában véve a piaci viszonyok között megállapíthatóan szűkítik a versenyt, nincsenek olyan potenciális ajánlattevők, amelyek ajánlataikkal versenyezni tudnának, vagy csak egy ajánlattevő képes az ajánlattételre. A valamennyi gazdasági szereplő számára megvalósuló egyenlő hozzáférés nem azt jelenti, hogy a műszaki leírásnak olyannak kell lennie, hogy arra bárki tudjon ajánlatot tenni. A műszaki leírás nem is felelhet meg valamennyi potenciális ajánlattevőnek, hiszen az ajánlatkérő adott, konkrét beszerzési igényét kell, hogy tükrözze, ebből következően bizonyosan lesznek olyan gazdasági szereplők, amelyek az adott közbeszerzési eljárásban nem tudnak ajánlatot tenni, mert nem rendelkeznek az adott műszaki megoldással.

36. A Döntőbizottság szükségesnek tartja kiemelni, hogy a másodlagos engedélyek, licencek értékesítésével kapcsolatos egyik legfontosabb ítéletet az Európai Unió Bírósága 2012-ben hozta, az EUB C-128/11. Sz. UsedSoft GmbH kontra Oracle International Corp. ügyben. Az ítélet alapján „A szoftver szerzője nem ellenezheti „használt” licenszeinek viszonteladását, amely lehetővé teszi az internetről letöltött programjainak használatát. Az ilyen licenc hatálya alá tartozó számítógépes program másolatának terjesztésére vonatkozó kizárólagos jog az első értékesítéskor kimerül.” Ebből következően a másodlagos és feleslegessé vált szoftverlicencek értékesítése törvényes. A lejárati nélküli szoftverlicencek szabadon

forgalmazhatók, ha lejárat nélküli szoftverlicencet vásárol, ugyanolyan feltételek mellett értékesítheti. A gyártó terjesztési jogai a szoftver első értékesítésével kimerülnek. Az ítélet tehát azt deklarálja, hogy a „használt” licenzek továbbértékesítése törvényes és a gyártó a továbbértékesítést nem ellenezheti. Ez azonban nem jelenti azt, hogy az ajánlatkérők ne zárhatnák ki a „használt” licenzek megajánlását, ha egyébként a közvetlenül a fejlesztőtől licenszelt termékek használata indokolt és a szoftverfrissítési, szoftverkövetési, kényelmi, és egyéb feltételekkel együtt az ajánlatkérő adott beszerzési igényének minőségi szempontból is jobban megfelel.

37. Megjegyzi a Döntőbizottság, hogy a kérelmező azért tudná lényegesen kedvezőbb áron szolgáltatni a szoftvereket, mert a másodlagos piacról származó, a valaki által már használt és a használati jogának megszűnését követően újra értékesített szoftver nem rendelkezik azokkal a szolgáltatásokkal, frissítési garanciákkal, egyéb szolgáltatásokkal, amelyekkel a szoftver első felhasználója rendelkezhet és a gyártó ezeket számára az új szoftver megvásárlásával éveken keresztül biztosítja. A gazdasági szereplők ajánlati árakat ennek megfelelően tudják kalkulálni.

38. Az ajánlatkérő elvárása volt a beszerzendő licenzek vonatkozásában, hogy azok „csak és kizárólag újonnan beszerzett licencek lehetnek, másodkézből értékesített „használt” szoftver licenceket Ajánlatkérő nem fogad el”. Az ajánlatkérő a másodlagos licenzeket kizárta – ilyen lett volna a kérelmező terméke - melynek jogszerűsége abban a tekintetben vizsgálendő, hogy van-e különbség a másodkézből illetve az újonnan beszerzett licenzek körében oly módon, hogy az a licenzek mögött álló szoftverpéldányok használata tekintetében eltérő lehetőségeket biztosít.

39. Mindemellett az ajánlatkérő a műszaki leírás ilyen módon történő meghatározását indokolta, hivatkozott olyan körülményekre (információbiztonság, kedvezmények, garanciák, gazdaságosság) amelyek miatt szükséges számára az új és nem felel meg a továbbértékesített licenz. A Döntőbizottság elfogadta az ajánlatkérő azon hivatkozását, hogy a jelenleg használt Microsoft Office 2013 Standard alkalmazás támogatási idő lejáta utáni használata információbiztonsági és működésbiztonsági szempontok és okok miatt nem megoldható, ezért ennek a terméknek a pótlására szükséges az ajánlatkérő részéről új, gyártói támogatással is rendelkező licenceket beszerezni. Az elsődleges piacról beszerzett licencek tudják csak biztosítani hosszú távra az információbiztonsági követelmények maradéktalan érvényesülését, mivel a biztonsági frissítések elmaradása (amelyet csak az elsődleges piacról beszerzett licencek gyártói támogatásával lehet biztosítani) az egész informatikai rendszer működőképességét veszélyezteti. Azáltal, hogy a kérelmező terméke egy másik termék, más paraméterekkel, nem tartalmazza azokat a biztonsági és egyéb követelményeket, amelyeket az ajánlatkérő elvár a megajánlott termékkel kapcsolatban (VLSC fiók hozzáférés, regisztráció, több évre érvényes frissítési garancia stb.) Nem kizárt a műszaki tartalom olyan meghatározása, amely a beszerzés tárgyához kapcsolódó szolgáltatásokat is megjelenít, a szoftver követési és frissítési szolgáltatások ilyenek. Az ajánlatkérő kifejezetten a szerződés hatálya alatt szoftverkövetéssel rendelkező maradandó licenceket határozott meg. A szoftverkövetéssel rendelkező szoftverek esetében az újonnan kiadott szoftververziókra történő átállás biztosított. A Microsoft a szoftverkövetést a Software Assurance (Frissítési Garancia, SA) nevű szolgáltatása biztosítja. A mennyiségi licensszel rendelkező felhasználók ezen túlmenően további kedvezményeket és plusz szolgáltatásokat is vehetnek igénybe, melyet a Microsoft biztosít számukra, amely azonban kizárólag az első licenszelésű szoftverekre vonatkozik. Az ajánlatkérő által hivatkozott szolgáltatások részletes leírását a Microsoft honlapján elérhető tájékoztató tartalmazza, mely szerint Új verzió használati jog

(New Version Rights) „Az Ügyfél frissíthet egy elérhető Termék legfrissebb verziójára. Ha az Ügyfél Frissítési Garancián keresztül szerez be végleges Licenceket, akkor e Licencekhez a Frissítési Garancia fedezet lejárta után is telepíthet új verziójú frissítéseket, de kizárólag az érvényes Frissítési Garancia fedezet tartama alatt kibocsátott verziók esetén. Az új verzió használatára az adott verzió Licencfeltételei vonatkoznak.” Így az ajánlatkérő az SA keretében új licenc beszerzés és újabb költség nélkül válik jogosulttá az újabb verziók megjelenésekor ezen alkalmazások használatára, az SA fenntartása mellett. Az SA szerződéses időszakának lejártával, a lejáratkor elérhető legfrissebb verziójú alkalmazás örökös használati jogát is megszerzi, ezzel jelentősen ki lehet bővíteni ezen szoftverek használatának idejét, mivel az alkalmazásokhoz a gyártó még jellemzően kb. 5-10 évig biztosít hibajavító és biztonsági frissítéseket biztosít. Egy 2013-as fejlesztésű, akkor korszerűnek számító program elemei alkalmasak lehetnek 2023-ban is a használatra, ezért maga a szoftver a másodlagos piacról is beszerezhető, de éppen azért olcsóbbak, mert a program újabb verziója 10 év elteltével a lejárt licenzeknek az újraértékesítésével már nem elérhető. Maga a program működik, azonban bizonyos szolgáltatások, amelyek a program működéséhez az ajánlatkérő számára szükségesek nem hozzáférhetőek, mert a gyártói támogatás nem biztosított. Az SA frissítési garancia tehát olyan szolgáltatáscsoport, amelynek rendelkezésre állása a szolgáltatás minőségi és mennyiségi feltételeit javítja.

Ezen szolgáltatások biztosítására az ajánlatkérő észrevételében hivatkozott. Az ajánlatkérő által megnevezett Webes Office-szolgáltatások és Office Online Server szolgáltatás és annak elérési joga a munkavállalók mobilitását és távoli munkavégzését támogatja, mely az ajánlatkérő számára az elmúlt évek változásai miatt több szempontból is fontossá vált és előnyt jelent. Továbbá a Microsoft munkahelyi kedvezményprogram, valamint a Továbblépési Licencek, a Barangolási Jogok elérhetősége olyan frissítési garancia előnyök, amelyek biztosítanak bizonyos hozzáférési és használati jogokat. Mindezek az előnyök azonban egy licenelt eszköz elsődleges felhasználója számára elérhetőek, a másodlagos piacról beszerzett licenzek ezekkel a paraméterekkel nem rendelkeznek.

40. A gazdaságos, hosszabb idejű biztonságos működés feltételeinek ily módon történő biztosítása indokolhatja az ajánlatkérő műszaki leírásának ilyen tartalmú meghatározását. Nem jogsértő és indokolt a másodlagos licenzek kizárása a jelen jogorvoslással érintett közbeszerzési eljárásban. Önmagában az, hogy a kérelmező az árversenyben nem tud részt venni az általa megajánlani kívánt másik típusú termékkel, nem ad alapot a műszaki leírás jogsértő voltának megállapítására. Az SA előnyök egyértelműen tartalmazzák azokat a további jogosultságokat, melyekre csak az SA szolgáltatás keretében jogosult a felhasználó. Az így fennálló különbségek alapján nem egyenértékűek az elsődlegesen vásárolt a másodlagos piacról beszerzett licenzekkel. A kérelmező sem tudta alátámasztani, hogy ezen feltételeket a kérelmezői konstrukció licenzjeire a gyártó teljesítené.

41. A kérelmező hivatkozott továbbá arra is, hogy az ajánlatkérő elvárása volt, hogy „Az ajánlott licenceknek a vásárlást követően Ajánlatkérő Microsoft VLSC oldalán meg kell jelennie, amelyhez szükséges regisztrációs feladatokat Ajánlattevőnek kell elvégeznie.” A kérelmező maga is elismerte, hogy korábban két közbeszerzési eljárásban is tett már ajánlatot és nyert el szerződést másodlagos szoftverpiacról származó licencekkel, majd a megrendelők a VLSC fiókban történő megjelenés hiányára megtagadták a szerződés teljesítését, ezért a kérelmező és a megrendelők között perek vannak folyamatban. Ugyanakkor azt is előadta, hogy a VLSC fiókban történő megjelenésnek van másik offline változatú alternatívája, tehát azal egyenértékű megajánlás biztosított, a verseny evonatkozásban nem korlátozott. A megelőző eljárásban a regisztrációs folyamat nem került végrehajtásra, a kérelmező jelen eljárásban is hivatkozott terméke ezt a feltételt nem teljesíti. A Döntőbizottság a kérelmező

azon hivatkozását, hogy a jelen jogorvoslati eljárás eredményét az ajánlatkérő a per során fel kívánja használni, nem értékelte, ez a kérelmező feltételezése. A felek között a fentebb említett korábbi jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatokat, észrevételeket a Döntőbizottság nem vette figyelembe, azok a jelen jogorvoslat szempontjából nem bírtak relevanciával.

42. A kérelmező jogsértőnek tartotta a műszaki leírást azon okból is, hogy meghatározott gyártmányú terméket jelölt meg, amely Microsoft szoftver beszerzésére irányult, ezzel az ajánlatkérő megsértette a Kormányrendelet 46. § (3) bekezdését.

Főszabály szerint tiltott a beszerzés tárgyának meghatározott gyártmányú vagy eredetű dolog megjelölésével történő meghatározása. E tilalom alól a Kormányrendelet 46. § (3) bekezdésében meghatározott feltételek teljesülése esetén, szűk körben, szigorú korlátok meghatározásával ad lehetőséget a jogalkotó. Kivételesen indokoltnak az tekinthető, ha a szerződés tárgyának kellően pontos és érthető leírása nem lehetséges a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 46. § (2) bekezdés szerinti módokon. Az ajánlatkérő azonban meghatározta a beszerzendő terméket, annak valamennyi, közvetve az értékesítési formára is kiható műszaki jellemzőjét rögzítette, ugyanakkor meghatározta azt is, hogy ezen műszaki megoldással egyenértékű teljesítést is elfogad, amelyet az ajánlattevő köteles igazolni. A beszerzés tárgyának sajátosságaiból adódóan a licenz jogok meghatározása a szoftverre vonatkozóan nem jogsértő, az ajánlatkérő egyenértékű teljesítést is elfogad. Az ajánlattevők tehát nincsenek elzárva az ajánlattételtől, de műszaki tartalomként olyan szolgáltatás jellegű jellemzőt is be kell mutatni, amelyet a Microsoft kínál. Ettől még a piac egyéb szereplői is kialakíthatnak hasonló, vagy azonos konstrukciót, mellyel a potenciális ajánlattevők képesek ajánlatot tenni.

43. A fentebb kifejtettek alapján nem volt megállapítható a műszaki leírás jogsértő, versenyszűkítő jellege, az ajánlatkérő megfelelő indokát adta annak, hogy milyen okból zárta ki a másodlagos piacról származó szoftverek megajánlását, a verseny azonban a gyártótól beszerzendő szoftverek vonatkozásában megvalósult a közbeszerzési eljárás során a kérelmezőn kívüli ajánlattevők tekintetében. Ebből következően az ajánlatkérő nem sértette meg a Kbt. 58. § (3)-(4) bekezdését és a Kormányrendeletben foglaltakat.

44. A Döntőbizottság a fentiek alapján a Kbt. 145. § (2) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján a jogorvoslati kérelmet alaptalanság okán elutasította.

45. A Döntőbizottság a Kbt. 151. § (9) bekezdés utolsó mondata és az Ákr. 126. § (2) bekezdés a) pontja értelmében rendelkezett arról, hogy a jogorvoslati kérelem elutasítására tekintettel a kérelmező által megfizetett igazgatási szolgáltatási díj, valamint képviselői munkadíj a kérelmező terhén marad.

46. 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. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpont szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselő a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pontja 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, 2022. szeptember 9.

***Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk
közbeszerzési biztos, az eljáró
tanács elnöke***

***Bonifert Zsolt sk
közbeszerzési biztos***

***Dr. Peleskey Viktória sk
közbeszerzési biztos***

A kiadmány hitelélül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Dr. Vancsura Magdolna felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (kizárólag elektronikus úton)
2. Dr. Pénzes Katalin ügyvéd (kizárólag elektronikus úton)
3. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)