



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Iktatószám:

D.512/14/2021.

Az eljáró tanács tagjai: Dr. Kenessey Réka eljárásvezető közbeszerzési biztos, Mag László közbeszerzési biztos, Dr. Szathmári Réka közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Pénzügyminisztérium, mint a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program Irányító Hatósága

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Járady Györgyi Hédi kamarai jogtanácsos

Az ajánlatkérő: Nagyszentjános Község Önkormányzata
(Nagyszentjános, Vasút utca 1.)

Az ajánlatkérő képviselője: Krizmanich Gergely felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
(KG Procure Kft., Horvátzsidány, Hideg utca 23.)

A közbeszerzés tárgya, értéke: Nagyszentjánosi vásárcsarnok kivitelezési munkái (EKR000457882021), 175.370.455.- Ft.

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112. § (1) bekezdés a) pontjára figyelemmel a Kbt. 65. § (5) bekezdését, valamint a Kbt. 69. § (1) bekezdését és Kbt. 71. § (1) bekezdését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

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

INDOKOLÁS

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő 2021. április 28-án feladott ajánlati felhívással a Kbt. 117. § alapján közbeszerzési eljárást indított a jelen határozat tárgy részében megjelölt építési beruházás tárgyában. A felhívás a Közbeszerzési Értesítőben KÉ- 7520/2021 szám alatt jelent meg.

2. Az ajánlati felhívás releváns rendelkezései a következők:

Az ajánlati felhívás II.1.4) pontja szerint a közbeszerzés rövid ismertetése:

„Nagyszentjános Község Önkormányzata a TOP-1.1.3-15-GM1-2016-00001 azonosító számú pályázata alapján támogatásban részesült vásárcsarnok kialakítására. A beruházás a Vasút u. 1. szám alatti ingatlanon valósul meg. A beszerzés tárgya kizárólag a műszaki leírás szerinti I. ütemre vonatkozik.

Az épület fő rendeltetése piacépület. A településen várhatóan csak alkalmanként – várhatóan hetente két napon működne piacként. Az épület főbejáratához a telken belül – a piactér mellett – kialakításra kerülő passzázson keresztül jutunk. A fogadó tér egyben összeköti a nagy árusító teret, illetve a raktárokat, és vizes helyiségeket (kiszolgáló helyiségeket) magába foglaló épületet. A fő tömeg, azaz a közösségi tér, megközelíthető a piac tér felől, másrészt nyitást biztosít a belső közösségi udvar felé is. A két kisebb tömegű épület északi épületében kapnak helyet a vizesblokkok – férfi, női, illetve akadálymentes WC, továbbá a takarítósztár és a melegítőkonyha. Külön kerül kijelölésre a piac árusító személyzetének személyzeti WC-k.

Az eljárás a Kb. 53. § (6) bekezdése alapján feltételes arra tekintettel, hogy a beruházás pénzügyi fedezetével az Ajánlatkérő csak részben rendelkezik.

További részletes információk a II.2.4. pontban és a Közbeszerzési Dokumentáció részét képező műszaki leírásban találhatóak.

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény és a 321/2015 (X.30.) Korm. rendelet 46. § (3) és (5) bekezdéseinek értelmében a leírásban szereplő gyártmányú, eredetű, típusú dolog, eljárás, tevékenység, személy, szabadalom vagy védjegy megnevezése csak a tárgy jellegének egyértelmű meghatározása érdekében történik, és mellé értendő a „vagy azzal egyenértékű” kifejezés is.”

A felhívás II.2.7) pontja szerint a szerződés időtartama 12 hónap.

Az ajánlati felhívás II.2.12) pontja szerint a közbeszerzés európai uniós alapokból finanszírozott projekttel és/vagy programmal kapcsolatos. A projekt száma: TOP-1.1.3-15-GM1-2016-00001.

Az ajánlati felhívás III.1.2) Gazdasági és pénzügyi alkalmasság pontja az alábbiakat rögzítette:

„Az igazolási módok felsorolása és rövid leírása:[...]

P2. Az alkalmassági követelménynek való megfelelés igazolására irányadó a 321/2015 (X.30.) Korm. rendelet 19. § (1) bekezdés c) pontja. Ajánlattevő csatolja nyilatkozatát az eljárást megindító felhívás feladását megelőző utolsó három mérlegfordulónappal lezárt üzleti évben a közbeszerzés tárgyából (építési kivitelezési tevékenység) származó – ÁFA nélkül számított – árbevételéről (üzleti évenként megbontva) szóló nyilatkozatot, attól függően, hogy az ajánlattevő mikor jött létre vagy mikortól kezdte meg működését, amennyiben ezek az adatok rendelkezésre állnak.”

„Alkalmassági minimumkövetelmény(ek):[...]

P2. Alkalmatlan az ajánlattevő, amennyiben az eljárást megindító hirdetmény feladását megelőző utolsó három mérlegfordulónappal lezárt üzleti évben a közbeszerzés tárgyából (építési kivitelezési tevékenység) származó – ÁFA nélkül számított – árbevételének átlaga nem érte el a 120.000.000.- HUF mértéket. Amennyiben az ajánlattevő a vizsgált időszak alatt kezdete után kezdte meg működését, Ajánlatérő akkor is megállapítja a P2. pont szerinti alkalmasságot, ha a közbeszerzés tárgyából (építési kivitelezési tevékenység) származó árbevételének átlaga eléri a 90.000.000.- HUF mértéket. A Kbt. 65. § (6) bekezdésének értelmében közös ajánlattétel esetén a P2. alkalmassági feltételnek közös ajánlattevők együttesen is megfelelhetnek. Ajánlatkérő felhívja a figyelmet a Kbt. 65. § (7)-(12) bekezdéseire.”

Az ajánlati felhívás III.1.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság pontja az alábbiakat rögzítette:

„Az igazolási módok felsorolása és rövid leírása:

M1. A 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 21. § (2) bekezdés a) pontja értelmében Ajánlattevőnek igazolást kell benyújtania az ajánlattételi felhívás feladásától visszafelé számított 60 hónapban befejezett, de legfeljebb 96 hónapon belül megkezdett legjelentősebb építési beruházásainak ismertetésével, azaz a szerződést kötő másik fél által kiállított igazolás csatolásával. Az igazolásnak tartalmaznia kell az alábbiakat: a szerződést kötő másik fél (neve, címe és elérhetősége); az építési beruházás tárgya és mennyisége olyan részletességgel, hogy abból az alkalmassági követelménynek való megfelelés egyértelműen megállapítható legyen; a teljesítés ideje (év-hónap-nap pontossággal a kezdő és a befejező dátum is); valamint nyilatkozat arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e. Irányadó: 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 22. § (3), (5) bekezdései és a 23. § (1) bekezdése. (...)”

„Alkalmassági minimumkövetelmény(ek):

M1. Alkalmatlan az Ajánlattevő, ha nem mutat be a felhívás feladásának napjától visszafelé számított 60 hónapban befejezett, de legkésőbb 96 hónapon belül megkezdett, az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően teljesített referenciát, amelyben megvalósultak az alábbi feladatok:

M1.1. 5 kW-os napelemrendszer telepítése

M1.2. egy építési beruházáson belül legalább 45 db nyílászáró beépítése

M1.3. alumínium-fa lamellás függönyfal kivitelezése

M1.4. tömör téglalátszó falazat készítése teli fugával.

A fenti referenciákat Ajánlattevő több szerződéssel is igazolhatja. (...)”

Az ajánlati felhívás VI.3.4) pontjában a további információk között az ajánlatkérő – többek között – az alábbiakat szerepeltette:

„10. Ajánlatkérő összhangban a Kbt. 71. §-ban foglaltakkal a hiánypótlás lehetőségét biztosítja. Kiegészítő tájékoztatás nyújtására a Kbt. 56. § (1)-(3) bek., valamint a közbeszerzési dokumentumban foglaltak az irányadók azzal, hogy amennyiben a kiegészítő tájékoztatás kérése az ajánlattételi határidőt megelőző 8. napnál később érkezik, ajánlatkérő a kiegészítő tájékoztatás kérésre nem válaszol.”

3. Az ajánlatkérő a Közbeszerzési Dokumentum 14. fejezetében, a csatolandó dokumentumok, nyilatkozatok listájában az alábbiakat írta elő:

Az ajánlattevő által az ajánlattételi határidőig benyújtandó dokumentumok

„20. Nyilatkozat a közbeszerzés tárgya szerinti nettó árbevételről P2. alkalmassági feltételhez (2. sz. iratminta)”

„23. Referencianyilatkozat az alkalmasság körében – M1. alkalmassági feltétel (4. sz. iratminta) Felhívjuk Ajánlattevők figyelmét, hogy a referencia-nyilatkozatban és a másik szerződő fél által kiállított referencia-igazolásban szereplő adatoknak megegyezőnek kell lenniük!”

„24. Referenciaigazolás(ok) – (a szerződést kötő másik féltől származó igazolás) Annyi referenciaigazolást szükséges benyújtani, ahány projektet az alkalmassági és értékelési szempontokra Ajánlattevő bemutatott. A referencia-igazolás tekintetében Ajánlatkérő iratmintát nem bocsát rendelkezésre, de felhívja Ajánlattevők figyelmét arra, hogy a referencia-nyilatkozat és a referencia-igazolások tartalma között nem lehet ellentmondás. „

A Közbeszerzési Dokumentum iratmintái között a „3. sz. iratminta” rögzítette az M1 alkalmassági feltétel szerinti nyilatkozat formai és tartalmi követelményeit:

„Referencia nyilatkozat

Alulírott(cégjegyzésre jogosult neve), mint a
(cégnév/székhely) ajánlattevő/kapacitást nyújtó szervezet képviselőre jogosult tagja nyilatkozom, hogy az EKR000457882021 azonosító számú eljárás ajánlattételi felhívásának III.1.3. pontjában foglalt M1. alkalmassági feltételeknek az alábbiak alapján felelek meg:

Referencia bemutatása:

Teljesítés időszaka (év-hónap pontossággal)	Teljesítés helye (helyiség, utca, házszám)	Megrendelő neve, címe, a referenciát igazoló személy elérhetősége (telefonszámmal)	A referencia tárgyának és mennyiségének bemutatása olyan részletességgel, hogy abból a megfelelés egyértelműen megállapítható legyen	A szerződés teljesítése a jogszabályoknak és a szerződésnek megfelelően történt? (igen/nem)
Kezdő időpont: ... év ... hó Befejező időpont: év ...hó				

4. A közbeszerzési eljárás folyamán három alkalommal történt az ajánlatkérő részéről kiegészítő tájékoztatás nyújtás, azonban ezek a jelen jogorvoslati eljárás szempontjából nem voltak relevánsak.

5. A 2021. május 19. ajánlattételi határidőre két ajánlattevő nyújtott be ajánlatot: az FK System Kft. és a Loland Kft (239.537.000.- Ft nettó ajánlati ár megajánlása mellett). A bontási jegyzőkönyvben rögzítésre került, hogy a rendelkezésre álló anyagi fedezet összege nettó 175.370.455.- Ft.

6. A Loland Kft. ajánlata a közbeszerzési dokumentumokban előírt referenciákkal kapcsolatosan az alábbi dokumentumokat tartalmazta:

- „Ref_IGAZOLÁS_I (2)” elnevezésű dokumentum:

„Referencia Igazolás

Alulírott dr. H.J.O., mint a Kisboldogasszony plébánia (Nyalka, Kossuth utca 65.) referencia igazolásra bevont szervezet képviselőre jogosult tagja igazolom, hogy az EKR 000457882021 azonosító számú eljárás ajánlattételi felhívásának III.1.3. pontjában foglalt M1

alkalmassági feltételek közül a Loland Építő Kft. (9090 Pannonhalma, Petőfi u. 19.) az „Új ravatalozó építése Nyalkán” tárgyú beruházásban az alábbiakat maradéktalanul, az előírásoknak, hatályos jogszabályoknak, szerződés szerint teljesítette:

121 m2 tömör téglalátzó falazat készítése teli fugázással”

- „REF_IGAZOLÁS_II” elnevezésű dokumentum:

„Referencia Igazolás

Alulírott R.A., mint a Pannonhalma Városfejlesztő Nonprofit Kft. (9090 Pannonhalma, Árpád u. 2/A) referencia igazolásra bevont szervezet képviselőre jogosult tagja igazolom, hogy az EKR 000457882021 azonosító számú eljárás ajánlattételi felhívásának III.1.3. pontjában foglalt M1 alkalmassági feltételek közül a Loland Építő Kft. (9090 Pannonhalma, Petőfi u. 19.) a „TOP-1.2.1.-15-GM1-2016-0005, TOP-2.2.2-15-GM1-2016-00001 TOP-2.1.1-16-GM1-2017-00002 – Pannonhalma volt TSZ irodák átalakítása és bővítése” tárgyú beruházásban az alábbiakat maradéktalanul, az előírásoknak, hatályos jogszabályoknak, szerződés szerint teljesítette:

50 kW-os napelemrendszer telepítése

82 db nyílászáró beépítése (63 fa és 19 alumínium egyedi méretű nyílászáró)

104,8 m2 alumínium szerkezetű, fa lamellás függönyfal építése”

- „REF_NYILATKOZAT” elnevezésű dokumentum:

„Referencia nyilatkozat

Alulírott M.R., mint a Loland Építő Kft. (9090 Pannonhalma, Petőfi u. 19.) ajánlattevő képviselőre jogosult tagja nyilatkozom, hogy az EKR000457882021 azonosító számú eljárás ajánlattételi felhívásának III.1.3. pontjában foglalt M1. alkalmassági feltételeknek az alábbiak alapján felelek meg:

Referencia bemutatása:”

Teljesítés időszaka (év-hónap pontossággal)	Teljesítés helye (helyiség, utca, házszám)	Megrendelő neve, címe, a referenciát igazoló személy elérhetősége (telefonszámmal)	A referencia tárgyának és mennyiségének bemutatása olyan részletességgel, hogy abból a megfelelés egyértelműen megállapítható legyen	A szerződés teljesítése a jogszabályoknak és a szerződésnek megfelelően történt? (igen/nem)
Kezdő időpont: 2019 év 04. hó Befejező időpont: 2020 év 04. hó	9090 Pannonhalma, Mátyás Király u. 1-3.	Pannonhalma Városfejlesztő Nonprofit Kft., 9090 Pannonhalma, Petőfi u. 19., R.A. +36telefonszám	50 kW-os napelemrendszer telepítése 82 db nyílászáró beépítése (63 fa és 19 alumínium egyedi méretű nyílászáró) 104,8 m2 alumínium szerkezetű, fa lamellás függönyfal építése	igen
Kezdő időpont: 2020 év 10 hó Befejező időpont: 2021 év 03 hó	Nyalka Temető, Nyalka 360 hrsz	Kisboldogasszony plébánia, Nyalka, Kossuth utca 65. Dr. H.J.O. +36telefonszám	121 m2 tömör téglalátzó falazat készítése teli fugázással	igen

7. Az ajánlatkérő 2021. június 1-én a Kbt. 71. § szerinti hiánypótlási felhívást és felvilágosítás kérést küldött a Loland Kft. ajánlattevőnek, amely a jelen jogorvoslati eljárás szempontjából nem volt releváns.

8. Az ajánlatkérő a 2021. június 11-én meghozott döntésével nyertes ajánlattevőként hirdette ki a Loland Kft-t.

9. A 2021. június 24-én megkötött szerződés I. Előzmények pontjában rögzítésre került, hogy „Jelen szerződés feltételes hatállyal kerül megkötésre az ajánlattételi felhívásban és a Kbt. 53. § (6) bekezdésében foglaltak alapján arra tekintettel, hogy a beruházás pénzügyi fedezete a szerződés aláírásakor csak részben áll rendelkezésre”. Az XV.7. pontja pedig az alábbiakat rögzíti: „Jelen szerződés előzményét jelentő közbeszerzési eljárás feltételesen került lefolytatásra. A tárgyi szerződés hatályba lépésének feltétele, hogy a beruházás fedezetével a Megrendelő teljes egészében rendelkezzen. A szerződés erre tekintettel akkor lép hatályba, amely napon Megrendelő írásban, igazoltan tájékoztatta Vállalkozót arról, hogy a fedezet rendelkezésre áll. A hatályba lépés napja az írásos tájékoztatás igazolt kézhezvételének napja”.

A hivatalbóli kezdeményezés és a kezdeményező észrevételei

10. A kezdeményező 2021. november 26-án nyújtotta be a kezdeményezését, amelyben előadta, hogy a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program keretén belül „TOP-1.1.3-15 Helyi gazdaságfejlesztés” tárgyú felhívást tett közzé, melyre az ajánlatkérő TOP-1.1.3-15-GM1-2016-00001 azonosító számon regisztrált támogatási kérelmet nyújtott be helyi piac vásárcsarnok létesítésére, amit a kezdeményező vissza nem térítendő támogatásban részesített. A támogatási szerződés 2017. június 13-án lépett hatályba.

11. A kezdeményezés 1. eleme szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) és (5) bekezdésében foglaltakat tekintettel arra, hogy az alkalmassági feltétel a vizsgált üzleti években összesen az adott közbeszerzés tárgya szerinti árbevétel 75 %-nál magasabb értékben került meghatározásra. A jogsértő esemény időpontja: 2021. április 28., a közbeszerzési eljárás megindításának a napja. A tudomásszerzés időpontja: 2021. október 14., a szabálytalansági eljárás megindításának a napja.

12. A kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő a felhívás III.1.2) pontjában az árbevételre vonatkozóan átlagot írt elő, és nem az adott évre vagy évekre összesen összegben írt elő árbevételi követelményt. Az ajánlattevőknek alkalmasságuk igazoláshoz nem volt elég az adott közbeszerzés értékének legfeljebb 75%-át elérő összegű árbevétellel rendelkezniük a megadott időintervallum tekintetében, az átlag eléréséhez legalább 360.000.000.- Ft árbevételt kellett igazolniuk 3 év alatt.

13. A kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő által meghatározott nettó 175.370.455.- Ft összegű becsült értékhez képest az alkalmassági feltételként előírt árbevétel indokolatlanul túlzóan került előírásra. Az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) és (5) bekezdésében foglaltakat tekintettel arra, hogy az alkalmassági feltétel a vizsgált üzleti években összesen az adott közbeszerzés tárgya szerinti árbevétel 75 %-nál magasabb értékben került meghatározásra. Azzal, hogy az ajánlatkérő nem a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételt határozott meg alkalmassági követelményként, a Kbt. alapelveibe ütköző módon járt el.

14. A kezdeményezés 2. eleme szerint az ajánlatkérő megsértette a 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 22. § (3) bekezdésében, a Kbt. 69. § (1)-(2) bekezdésében és a Kbt. 71. § (1)-(2) bekezdésében foglaltakat, amikor nem hívta fel hiánypótlásra a Loland Építő Szolgáltató Kft. ajánlattevőt az általa benyújtott referenciaigazolás tekintetében. A jogsértő esemény időpontja: 2021. június 11., az eljárást lezáró döntés meghozatalának a napja. A tudomásszerzés időpontja: 2021. október 14., a szabálytalansági eljárás megindításának a napja.

15. A kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő a felhívásban M.1. alkalmassági követelményként teljesített referenciára vonatkozóan határozott meg minimumkövetelményt, melynek igazolási módja tekintetében előírta, hogy: „A 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 21. § (2) bekezdés a) pontja értelmében Ajánlattevőnek igazolást kell benyújtania az ajánlattételi felhívás feladásától visszafelé számított 60 hónapban befejezett, de legfeljebb 96 hónapon belül megkezdett legjelentősebb építési beruházásainak ismertetésével, azaz a szerződést kötő másik fél által kiállított igazolás csatolásával. Az igazolásnak tartalmaznia kell az alábbiakat: a szerződést kötő másik fél (neve, címe és elérhetősége); az építési beruházás tárgya és mennyisége olyan részletességgel, hogy abból az alkalmassági követelménynek való megfelelés egyértelműen megállapítható legyen; a teljesítés ideje (év-hónap-nap pontossággal a kezdő és a befejező dátum is); valamint nyilatkozat arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e”, továbbá irányadóként hivatkozott a 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 22. § (3)-(5), illetve 23. § (1) bekezdésére is.

16. A kezdeményező előadta, hogy a Loland Építő Szolgáltató Kft. ajánlattevő, akit az ajánlatkérő az eljárás nyerteseként jelölt meg, ajánlatában saját maga által kiállított referencianyilatkozatot nyújtott be, amely a kért adatokat tartalmazta, illetőleg a másik fél által kiállított igazolásokat is, amelyek azonban nem tartalmazták sem a teljesítés helyét, sem pedig azok kezdő és befejező dátumát.

Mivel az ajánlattételi felhívásban is hivatkozott, a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 321/2015. Korm. rendelet) 22. § (3) bekezdése egyértelműen írja elő, hogy építési beruházás vonatkozásában nemzeti eljárásrendben a másik fél általi igazolással lehet megfelelni az előírt alkalmassági követelménynek, az ajánlatkérőnek a fentiek tekintetében hiánypótlási felhívást kellett volna kibocsátania. A beadott ajánlat tartalma alapján ennek hiányában nem felelt meg a közbeszerzési dokumentáció előírásainak.

17. A kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő az eljárást lezáró döntésével megsértette a 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 22. § (3) bekezdésében, és a Kbt. 69. § illetve a 71. §-ben foglaltakat.

18. A jogorvoslati eljárás során a kezdeményező akként nyilatkozott, hogy az ajánlatkérővel fennálló támogatási szerződés a mai napig hatályban van.

19. A jogorvoslati eljárás során a kezdeményező rögzítette, hogy a jogsértésről való tudomásszerzés napja a szabálytalansági eljárás elrendelésének napja, azaz 2021. október 14. A kezdeményezés benyújtására a Kbt. 152. §-ának megfelelő jogszabályi határidőn belül került sor.

20. A kezdeményező előadta, hogy az érintett közbeszerzés a TOP-1.1.3-15-GM1-2016-00001 azonosító számú uniós forrásból finanszírozott projekttel összefüggésben került

lefolytatásra. A TOP (Terület- és Településfejlesztési Operatív Program) vonatkozásában a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet (továbbiakban: 272/2014. Korm. Rendelet) 3. számú melléklete értelmében a Pénzügyminisztérium látja el az irányító hatósági feladatokat, míg a 272/2014. Korm. rendelet ugyanezen melléklete jelöli ki közreműködő szervezetként a Magyar Államkincstárt. A kezdeményező rögzítette, hogy az ajánlatkérő azt nem vitatta, hogy az érintett közbeszerzési eljárás utóellenőrzését a közreműködő szervezet végezte el. A közbeszerzési eljárással kapcsolatos valamennyi dokumentum – így a szerződésmódosítással kapcsolatos dokumentumok is – ajánlatkérő részéről ellenőrzés céljából nem a hivatalbóli kezdeményezőnek, hanem a közreműködő szervezetnek került megküldésre. Fentiekből kifolyólag, az ajánlatkérő által megküldött, az EPTK rendszerbe való feltöltéssel kapcsolatos dokumentumok a közreműködő szervezethez ellenőrzés céljából történő megküldést támasztják alá, amely a kezdeményező tudomásszerzésének igazolására alkalmatlan.

Minden egyes FAIR (A fejlesztési források felhasználására vonatkozó eljárások során keletkező adatok egységes nyilvántartására szolgáló elektronikus alkalmazási felület – a több alrendszer is magában foglaló – „Fejlesztéspolitikai Adatbázis és Információs Rendszer” (FAIR SSO)) alrendszer használata ugyanis csak magánszemélyként vagy szervezet meghatalmazottjaként történő regisztrációt követően lehetséges. Az egyik rendszer kezeléséhez szükséges jogosultság megléte nem jelenti, hogy a jogosult a másik informatikai rendszer adataihoz is hozzáférhet. A támogatási rendszerhez kötődő feladatok pedig kizárólag az intézményi jogosultságokhoz kapcsolódó tevékenységekként végezhetőek, amelyek minden esetben rögzítésre is kerülnek. A kezdeményező irányító hatóság, mint támogatást nyújtó, és a közreműködő szervezet, mint a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezet pedig önálló jogalanyisággal, illetve elkülönülő feladatkörökkel rendelkezik. Ezen önállóságra is tekintettel az irányító hatóságnak nincs arra ráhatása, hogy a szabálytalansági gyanút észlelő személy vagy szervezet ténylegesen mikor tesz eleget a szabálytalansági gyanú bejelentésére vonatkozó, a 272/2014. Korm. Rendelet 159. §-ából eredő kötelezettségének. Tekintettel tehát arra, hogy mind az irányító hatóság, mind pedig a közreműködő szervezet személye megfelelően beazonosítható, az ajánlatkérő által a tudomásra jutás körében benyújtottak teljességgel irrelevánsak, mivel „a közbeszerzéshez támogatást nyújtó szervezet” a számára nyitvaálló határidőn belül kezdeményezte a jogorvoslati eljárást.

A kezdeményező megjegyezte a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja szerint a hivatalbóli kezdeményező „a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezet” lehet, amely alapján a hivatalbóli kezdeményezés joga mind a támogatót, mind a közreműködő szervezetet megilleti. Tekintve pedig, hogy a vélelmezett közbeszerzési jogsértés okán megindított szabálytalansági eljárást kizárólagosan az irányító hatóság jogosult lefolytatni, a kezdeményező személyéből fakadóan, a tudomásszerzés körében a szabálytalansági eljárás elrendelése bír relevanciával. A 272/2014. Korm. Rendelet 156. § (9) bekezdése alapján a szabálytalansági eljárás kezdete az a nap, amelyen az irányító hatóság az eljárás megindításáról döntött. Az irányító hatóság a közreműködő szervezettől 2021. október 1-jén beérkező gyanúbejelentést a 272/2014. Korm. Rendelet 159. § (2) bekezdésében foglaltak alapján előzetes vizsgálat alá vonva rendelte el a szabálytalansági eljárást 2021. október 14-én.

21. A kezdeményező megjegyezte, hogy a kezdeményezéshez becsatolt alátámasztó dokumentumok is kizárólag a gyanúbejelentés mellékleteként, a közreműködő szervezet által kerültek az irányító hatóságnak megküldésre, a 2021/06/02931/É azonosító számú utóellenőrzési jelentéssel egyetemben. Az irányító hatóság a szabálytalansági eljárást megelőzően az ajánlatkérő kedvezményezett jogsértéséről tudomásszerzéssel nem bírt, nem bírhatott.

22. A kezdeményező hivatkozott a Fővárosi Törvényszék 103.K.702.930/2021/7. sz. ítéletében, valamint a D.415/2021 és a D.151/2021. sz. döntőbizottsági döntésekben foglaltakra.

23. A kezdeményező csatolta a kezdeményező ajánlatkérő részére küldött 2021. október 14-i értesítését a szabálytalansági eljárás megindításáról.

24. A kezdeményező csatolta a 2021. szeptember 30-i keltű szabálytalansági gyanúbejelentőt, amelyet a Magyar Államkincstár Győr-Moson-Sopron Megyei Igazgatósága küldött a kezdeményezőnek. A kezdeményező nyilatkozata szerint az 2021. október 1-én érkezett a kezdeményezőhöz.

25. Csatolásra került a 2021. szeptember 23-i keltű, nem támogató tartalmú utóellenőrzési jelentés, amelyet ugyancsak a Magyar Államkincstár Győr-Moson-Sopron Megyei Igazgatósága küldött meg az ajánlatkérőnek.

Az ajánlatkérő észrevétele

26. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kezdeményezés elkésett. Kérte, hogy a Döntőbizottság az Alkotmánybíróság 9/2020. (V.28.) AB határozata 46. pontjában foglaltakra figyelemmel vizsgálja meg a kezdeményező jogsértésről való tudomásszerzésének tényleges időpontját.

27. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy a hivatalbóli kezdeményező nem maga döntheti el a tudomásszerzés időpontját, hiszen az önkényes döntési lehetőség joggal való visszaélést eredményezne. Az Alkotmánybíróság szerint a Kbt. 152. § (1) bekezdése értelmében a Döntőbizottság hivatalbóli eljárásának kezdeményezéséhez fűzött, a Kbt. 152. § (2) bekezdésében rögzített szubjektív határidő anyagi jogi határidőnek minősül, amelynek elmulasztása azt eredményezi, hogy az érintett szerv eljáráskezdeményezési jogosultsága a határidőt elteltét követően megszűnik. Az Alkotmánybíróság megállapította továbbá, hogy a törvényi vélelemmel szemben helye van bizonyításnak, tehát a tényleges tudomásszerzés időpontját akár a Döntőbizottság, akár az ügy közigazgatási vitájában eljáró bíróság ettől eltérően állapíthatja meg.

28. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy a tanúsítvány közreműködő szervezet által történő kiállítására 2021. szeptember 23-án került sor, az intézményrendszer a vizsgálatát már 2021. június 11-én – tehát 3 és fél hónappal előtte – megkezdte, döntését a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 98. § (4) bekezdésében meghatározott 15 munkanapos határidőhöz viszonyítva – még ha a hiánypótlási határidőket nem is számoljuk – nagyságrendekkel (hónapokkal) később hozta meg. Egyúttal jelen eljárásban az intézményrendszer részére már 2021 júniusában állhattak rendelkezésre olyan információk, amelyek megalapozzák szabálytalansági eljárás megindítását, azonban a konkrét szabálytalansági eljárást indító döntés meghozatalára csak 2021. október 14-én került sor. Az eltelt több hónapos döntési idő megalapozza annak vizsgálatát, hogy az intézményrendszer által a részére megállapított határidők esetleges be nem tartása alapján a szabálytalansági eljárás megindítására vonatkozó döntés jogszerű-e, illetve esetleges jogszerűtlen körülmények alapján hozott döntés alapozhatja-e meg az ajánlatkérő részére elmarasztaló döntés iránti kezdeményezés indítását, illetve annak

kibocsátása időpontja – mint megdönthető vélelem – alapozhatja-e meg egyébként anyagi jogi természetű meghatározott határidőt.

29. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a Magyar Államkincstárnak, mint közreműködő szervezetnek, a 2021. július 31-én benyújtott ajánlatkérői hiánypótlás megtekintését követően, amennyiben szabálytalansági gyanúja merült fel, szabálytalansági gyanúbejelentőt kell tennie, vagyis a közreműködő szervezet mulasztásán alapszik a hivatalbóli kezdeményező által megjelölt tudomásszerzés, tekintettel arra, hogy a közreműködő szervezetnek a hivatalbóli kezdeményezőtől eltérően csupán 60 nap áll rendelkezésre a tudomásszerzéstől számítottan a jogorvoslati kérelem benyújtására. Amennyiben azonban a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja szerinti értelemben tekintünk a közreműködő szervezetre, abban az esetben pedig egyértelmű, hogy nem tehető különbség a g) pontban meghatározott szervezetek között, vagyis a közreműködő szervezet tudomásszerzése az irányadó a hivatalbóli kezdeményező vonatkozásában is, mivel a hivatalbóli kezdeményező nevében eljárva végzi tevékenységét.

30. Függetlenül attól, hogy a tárgyi esetben elkülönül a hivatalbóli kezdeményező, valamint az ellenőrzést lefolytató szervezet egymástól, kijelenthető, hogy a közreműködő szervezet jár el a hivatalbóli kezdeményező nevében, vagyis a szervezetrendszerből fakadó szolgálati út, valamint adott esetben a közreműködő szervezet késedelme megalapozhatja a kérelem elkésztését. Márpedig a vélelem megdöntése esetén a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló határidő elindulása a közreműködő szervezet ellenőrzésének meginduláshoz igazodhat, amely alapján a kérelem elkésztése merülhet fel, különös tekintettel arra, hogy a kezdeményezői elemek kapcsán a közreműködő szervezet általi vizsgálat – a hiánypótlások alapján – már 2021 júniusától folyt, de az utolsó hiánypótlás beérkezése után is eltelt további majdnem 2 hónap a tanúsítvány kiállításáig.

31. Az ajánlatkérő álláspontja szerint érdemes vizsgálni a hivatalbóli kezdeményező, mint irányító hatóság és a közreműködő szervezet jogi kapcsolatát, továbbá a felelőségek megoszlását, a 272/2014. (XI.5.) Korm. Rendelet 20. § 14. pontjára tekintettel. Az ajánlatkérő feltételezte, hogy a közreműködő szervezet nem megfelelően teljesítette a hivatalbóli kezdeményezővel kötött szerződését azáltal, hogy tájékoztatási kötelezettségének nem tett eleget. Figyelemmel arra, hogy az ajánlatkérő kizárólag a hivatalbóli kezdeményezővel áll szerződéses jogviszonyban, így a hivatalbóli kezdeményező a közreműködő szervezet mulasztásáért úgy felel, mintha saját maga járt volna el.

32. Az ajánlatkérő előadta, hogy a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 3. melléklet 9. pont alapján a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program vonatkozásában az irányító hatóság a Pénzügyminisztérium, annak közreműködő szervezete a Magyar Államkincstár. A 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 3. § (1) bekezdés 26. pontja alapján az ajánlatkérő hivatkozott az Az Európai Parlament és a Tanács 1303/2013/EU Rendelet (továbbiakban 1303/2013/EU Rendelet) 2. cikk 18. pontjára, 123. cikk (6) bekezdésére, 125. cikk (2) bekezdés c) pontjára. Utalt arra, hogy 1303/2013/EU Rendelet kötelező jogalkotási aktus, amely az EU egész területén teljes egészében alkalmazandó. A rendeletek a hatálybalépésüket követően az összes EU-országban automatikusan és egységesen alkalmazandók, nincs szükség a nemzeti jogba való átültetésükre. A rendeletek az összes tagországban teljes egészükben kötelező erővel bírnak. Összhangban az Európai Unió Bírósága 1963. február 5-i Van Gend en Loos ügyben hozott ítéletében foglaltakkal, az uniós jogra, mint közvetlen hatállyal bíró aktusra közvetlenül lehet hivatkozni, annak hatálya teljes és közvetlen.

33. A 1303/2013/EU Rendelet hivatkozott rendelkezéseire tekintettel az ajánlatkérő megállapította, hogy a közreműködő szervezet igénybevétele opcionális lehetősége az irányító hatóságnak. Amennyiben viszont annak igénybevételével él, annak elvárt jellemzői, hogy egyértelműen meg kell határozni a közreműködő szervezetek kötelezettségeit és feladatait, a közreműködő szervezet az irányító hatóság felelőssége alatt működik, annak nevében hajt végre feladatokat a műveleteket, továbbá, hogy a közreműködő szervezet az irányító hatóság bizonyos feladatait annak felelősségére végzi. A Rendelet előírásai alapján egyértelmű, hogy a közreműködő szervezet eljárása során úgy jár el, mintha az irányító hatóság járt volna el. Ebből az a következtetés vonható le, hogy a kérelem elkésettsége, illetve a tudomásszerzés időpontja vonatkozásában igenis a közreműködő szervezet eljárása során történt tudomásszerzése az intézményrendszer számára egységesen rendelkezésre álló eljárási határidők elindulását okozhatja. A Kbt. 152. § (2a) bekezdésben foglalt vélelem – mint megdönthető vélelem – megdöntése előtérbe kerülhet. A Rendeletben foglaltak megerősítik a tényt, miszerint az intézményrendszer kétszintűsége nem eredményezheti az eljárási határidők „megkettőződését”, azok egységesek. Ezek alapján felmerülhet olyan eset is, hogy a közreműködő szervezet olyan mértékben veszi igénybe eljárása során a rendelkezésre álló időt, hogy az irányító hatóság számára „kvázi nem marad”, ami azt eredményezi, hogy a szabálytalanság elindításának megalapozása annyi időt vesz igénybe, hogy az abból eredő, a felek közti megállapodás alapján az irányító hatóság hatáskörébe tartozó cselekmények elvégzésére a határidők betartása mellett már nincsen lehetőség. Az ajánlatkérőt azonban ebből a körülményből fakadóan eljárási jogi garanciális hátrány nem érheti, az övele szemben foganatosított aktusok meghozatalának és végrehajtásának jogszerűen és határidőben kell megtörténnie függetlenül attól, hogy az irányító hatóság feladatait önállóan vagy közreműködő szervezet segítségével látja el.

34. Az ajánlatkérő megjegyezte, hogy összhangban a 1303/2013/EU Rendelet által elvárt feladatellátásra irányuló megállapodás megkötésének kötelezettségével a Pénzügyminisztérium – illetve annak elődje a Nemzetgazdasági Minisztérium, mint irányító hatóság – és Magyar Államkincstár közötti jogviszony alapját képező megállapodásban a felek részére lefektetett pontos jogok és kötelezettségek vizsgálata lehet szükséges, amely dokumentum azonban az ajánlatkérő részére nem állt rendelkezésre. Mindazonáltal a felek közötti megállapodás sem lehet ellentétes az 1303/2013/EU Rendelet által előírtakkal.

35. Az ajánlatkérő megjegyezte, hogy a Kbt. 152. § (1) bekezdés e) pontja alapján a Magyar Államkincstárnak saját hatáskörben is van lehetősége jogorvoslati eljárás kezdeményezésére, azonban az Államkincstárra irányadó kezdeményezési határidő elmulasztása nem ad lehetőséget arra, hogy az intézményrendszer késedelme megalapozza a 120 napos jogorvoslati határidő keletkeztetését.

36. Az ajánlatkérő aggályosnak tekintette azon joggyakorlatot is, miszerint tekintettel arra, hogy az intézményrendszer kétszintű, csak a magasabb szintű irányító hatóság tudomásszerzésétől számították a jogorvoslati határidőt. Az intézményrendszer maga dönti el, hogy kizárólag az irányító hatóság végzi el az Európai Unió támogatásokkal kapcsolatos feladatellátást, vagy közreműködő szervezetet vesz igénybe. Azonban döntése nem eredményezheti a határidők be nem tartását kizárólag arra tekintettel, mert kétszintű szabályozás mellett döntöttek az intézményrendszer kialakítása során. Ezen megállapítást megalapozza, hogy a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet sem tesz különbséget szabályozása során és egységesen határozza meg a határidőket az irányító hatóság, valamint a közreműködő szervezet között a fennálló jogi kapcsolatra tekintettel. Az ellenőrzési határidőket az irányító hatóságra vonatkoztatva határozza meg a rendelet, és a viszonylagos rövidségük (15

munkanap, hiánypótlásokkal kiegészítve) éppen a Kbt. szerinti jogorvoslati határidőkre tekintettel, illetve a támogatás folyósítás elhúzódása által a kedvezményezetteknel felmerülő likviditási problémák elkerülése érdekében kerülhetett megállapításra.

37. Az ajánlatkérő hivatkozott az Európai Bíróság C-406/8 Uniplex (UK) Ltd. számú ítéletében foglaltakra is, amely rögzítette, hogy nem eredményezheti a jogorvoslati határidők meghosszabbítását, ha a kezdeményező, két, időben eltérő tudomásra jutást eredményező jogszabályi feltételnek is megfelel. Az adott jogsértés csak egyszer juthat a kezdeményező tudomására, nincs annak jelentősége, hogy a kezdeményező mikor ismerte fel a jogsértést.

38. Az ajánlatkérő kiemelte, hogy egy adott jogsértés kizárólag egy alkalommal juthat a kezdeményező tudomására, vagyis nem éled fel a jogorvoslati kezdeményezési joga azzal, hogy szabálytalansági eljárást indít azt követően, hogy a feltételezett jogsértés ténye korábban tudomására jutott.

39. Az ajánlatkérő indítványozta, hogy a Döntőbizottság vizsgálja az annak alapján szolgáló szabálytalansági döntés létrejötte, valamint az azt megalapozó körülmények, illetve a közreműködő szervezet ellenőrzési idejének tényét, amelyek megalapozzák a kezdeményezés elkésztését. Az ajánlatkérő által jelzett szabálytalansági eljárással kapcsolatos anomáliát nem orvosolná az ajánlatkérő bírósághoz fordulása sem, mivel a kérdés jelen jogorvoslati eljárásban már minősülhet, így nem elvárható az ajánlatkérőtől, hogy egy bírósági eljáráshoz szükséges időt és erőforrást igénylő további lépést hajtson végre.

40. A kezdeményezés 1. elemével kapcsolatban az ajánlatkérő előadta, hogy mivel az eljárást megindító felhívást a Közbeszerzési Hatóság hirdetmény-ellenőrzési osztályán nem kifogásolták, az nem jogszabályba ütköző. Kiemelte, hogy a hirdetményellenőrzés nem csak formai, de jogi szempontú ellenőrzést is tartalmazott.

41. Az ajánlatkérő – hivatkozva a 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet 19. § (1) bekezdés c) pontjára – hangsúlyozta, hogy a rendelet előírása legfeljebb három üzleti évre enged árbevétel-nyilatkozatot előírni, de nem tiltja akár egy évre vonatkozóan vizsgálni azt. Kiemelte, hogy ha az ajánlatkérő 1 évre vonatkozóan kérte volna az árbevétel-nyilatkozatot, az jóval szigorúbb előírás lehetett volna, mint 3 év átlagában kérni azt, hiszen, ha az adott előírt év egy alacsonyabb árbevételű év valamely ajánlattevő esetén, esélye sem lett volna ajánlatot tenni, és ez szűkítette volna indokolatlanul a versenyt. A 3 év átlagában előírt alkalmassági feltétel megengedőbb, mint az 1 évre vonatkozó, de nyilvánvalóan nem átlagosan érthető előírás, az esetlegesen 3 éve nem működő gazdasági szereplőkre vonatkozóan pedig külön szabályozást tartalmaz a jogszabály, így az érintett előírás velük szemben sem hátrányos.

42. Az ajánlatkérő szerint megállapítható, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzés értékének legfeljebb 75%-át elérő összegű árbevételt határozott meg, így a Kbt. tételes jogi rendelkezéseinek megfelel, és az alapelvi sérelem fel sem merülhet a fentiekben ismertetett megengedőbb előírásra tekintettel, amelynél szigorúbbat is megenged a szabályozás.

43. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy az ajánlattevők a pénzügyi alkalmasság körében kapacitást nyújtó szervezetekre támaszkodhatnak, és így is megfelelhetnek az árbevételi követelménynek, ezért annak versenyszűkítő hatása nem állapítható meg.

45. Az ajánlatkérő – hivatkozva a Kbt. 65. § (5) bekezdésre – előadta, hogy a jogszabályi hely nem rendelkezik arról, hogy átlag milyen követelmények alkalmazandók, vagyis átlagos árbevétel esetén is a „75 %-os szabálynak” kell megfelelni, az azonban az átlag vonatkozásában vizsgálendő, nem pedig a teljes árbevételhez viszonyítva. Ezt támasztja alá, hogy a hirdetményellenőrzés során az alábbi felhívások is jogszerűen megjelenhettek:

- 6351/2021 sz. felhívás, becsült érték: 194.931.400, előírás: átlag 125.000.000.- Ft évente 3 évben

- 17898/2020 sz. felhívás, becsült érték (fedezet): 40.386.263.- HUF, előírás: átlag 15.000.000.- évente 3 évben

44. A kezdeményezés 2. eleme kapcsán az ajánlatkérő rögzítette, hogy az ajánlat érvényessége, az ajánlattevő alkalmassága alátámasztott.

45. Az ajánlatkérő felhívta a figyelmet, hogy mindkét referenciaigazolás tartalmazta a teljesítés helyét, tekintettel arra, hogy az egyik beruházás tárgya „Új ravatalozó építése Nyalkán”, a másik beruházás tárgya pedig TOP-1.2.1.-15-GM1-2016-0005, TOP-2.1.1.-15-GM1-2016-00001. TOP-2.1.1.-16-GM1-2017-00002 – Pannonhalma volt TSZ irodák átalakítása és bővítése. A beruházások tárgyából egyértelműen megállapítható a beruházások helyszíne, arra pedig sem a Kbt., sem a Korm. rendelet nem tartalmaz előírást, hogy a helyszínt külön soron, milyen formátumban kellene megadni. Ebből következően ez csak formai előírás lehetne, ám ilyet a felhívás nem tartalmazott, és amely az ajánlat érvényességét a Kbt. 73. § (1) bekezdése alapján nem is érinthetné.

46. A teljesítés kezdő és befejező dátuma kapcsán az ajánlatkérő előadta, hogy annak ismeretét nem önmagáért, egy adat feltüntetéséért, hanem meghatározott céllal írta elő a jogalkotó, hiszen ez amiatt szükséges az alkalmasság megállapításához, hogy az ajánlatkérő ellenőrizhesse a felhívás azon előírását, miszerint az ajánlattételi felhívás feladásától visszafelé számított 60 hónapban befejezett, de legfeljebb 96 hónapon belül megkezdett referenciát mutat-e be az ajánlattevő. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a beruházások fenti előírásoknak megfelelő időpontja köztudomású tény. Alátámasztható ez azzal, hogy a Pannonhalma Városfejlesztő Nonprofit Kft. által adott referenciaigazolás tárgya szerinti beruházás közbeszerzési eljárással érintett, és mint ilyen az EKR publikus adattárában mind a kapcsolódó vállalkozási szerződés, mind annak módosítása bárki számára elérhető, a referencianyilatkozatban megadott teljesítési adatok ellenőrizhetők.

A Kisboldogasszony Plébánia által adott referenciaigazolásból megállapítható, hogy a ravatalozó építése Nyalkán történt, amely beruházás az ajánlatkérő számára – mint „szomszéd” falu – ismert, köztudomású, és számos helyen ellenőrizhető, elérhető, hogy a beruházás 2019-ben a „Magyar Falu” programban nyert támogatást, a korábbi épület bontása nagy részben a környékbeliek társadalmi munkájával valósult meg, így az ajánlatkérő számára ismert tény volt, hogy a „szeme előtt elkészült” referencia-beruházás „az elmúlt 60 hónapban befejezett, de legfeljebb 96 hónapon belül megkezdett” előírásnak mindenben megfelel.

47. Az ajánlatkérő felhívta a figyelmet, hogy a köztudomású tényeket sem bírósági, sem közigazgatási eljárásokban nem szükséges bizonyítani, így megállapítható, hogy az ajánlattevő alkalmassága, így az ajánlat érvényessége teljes mértékben alátámasztott.

48. Az ajánlatkérő megjegyezte, hogy a fenti teljesítési adatok az ajánlatból is megismerhetőek voltak, a benyújtott referencianyilatkozat alapján.

Fontosnak tartotta kiemelni, hogy a köztudomású tény fogalmát jogszabály nem rögzíti. A polgári perrendtartásról szóló törvényhez fűzött kommentár szerint köztudomásúnak minősül

az emberek bizonyos köre (csoportja) előtt ismert és valóban elfogadott tény, tehát a köztudomásnak nem feltétele, a széles körben ismeretség, ezért az ajánlatkérő köztudomásának tekinthet arra a beruházásra, amely területileg ismert.

A referenciákkal kapcsolatos hírek az alábbi internetes elérhetőségeken megtalálhatók:

<https://pannonhalmifoapatsag.hu/uj-ravatalozo-az-egyh-eor-20-0037-palyazatbol/>

<https://www.gyorplusz.hu/belfold/megaldottak-a-megujult-ravatalozot-nyalkan/>

<https://www.youtube.com/watch?v=DkhozSLYUIk>

<https://www.facebook.com/222727267819943/posts/3322280791197893/>

49. Az ajánlatkérő kérte a Döntőbizottságot, hogy az uniós támogatásra tekintettel bírság kiszabását mellőzze, tekintettel arra, hogy az irányító hatóság pénzügyi korrekciót alkalmazhat, azonban az ajánlatkérő – kis települési önkormányzat – anyagi helyzetét ellehetetlenítené egy esetleges bírság megfizetésének kötelezettsége.

Kérte, hogy a Döntőbizottság vegye figyelembe, hogy az ajánlatkérő a feltételezett jogsértést nem rosszhiszeműen, szándékosan követte el, a jogorvoslati eljárásban együttműködő magatartást tanúsított. Ezzel összefüggésben kiemelte, hogy az eljárásjogi kifogás előterjesztése nem a felelősség el nem ismerését jelenti.

50. Az ajánlatkérő hangsúlyozta, hogy a beruházás valószínűsíthetően nem tud megvalósulni, a megkötött szerződés hatályba lépése kétséges, mivel a többletforrás eddig nem került megítélésre, a nyertes ajánlattevő az ajánlattételkor megadott árakat féléves-éves időtávokon nem tudja tartani, tekintettel az építőanyagárak elmúlt időszakban köztudomásúan ismert változására, az önkormányzat pedig források híján nem tud további költségeket vállalni. Ha a többletforrás megítélésre kerül, egy esetleges bírság illetve korrekció esetén az ajánlatkérő szintén nem tudja megvalósítani a beruházást fedezethiány miatt.

51. Az ajánlatkérő akként nyilatkozott, hogy a közbeszerzési szerződés megkötésére sor került, a szerződés ugyanakkor nem lépett hatályba, tekintettel arra, hogy az eljárás feltételes volt, mivel nem állt rendelkezésre a becsült értéknek megfelelő fedezet összege. Előadta, hogy tekintettel a folyamatban lévő jogorvoslati eljárásra, valamint a potenciálisan alkalmazandó korrekcióra, így a szerződés az ajánlatkérő döntése alapján nem fog hatályba lépni, a támogatási szerződéstől elállnak.

52. Az ajánlatkérő a Döntőbizottság felhívására 2021. december 7-én ismét észrevételt tett, amelyben tájékoztatta a Döntőbizottságot, hogy a TOP-1.1.3-15_GM1-2016-00001 azonosító számú projekttel kapcsolatos támogatási szerződés aláírásra került és hatályos, abban bontó feltétel nem szerepel, rögzíti azonban a szerződés az elállási/felmondási okokat. A támogatási szerződéstől történő elállásra még nem került sor, azonban a többletforrás elmaradása ill. bármely többletköltség (akár bírság) felmerülése esetén az ajánlatkérő forráshiány okán elállásra kényszerül.

Az elállás bekövetkezte esetén a hivatalbóli kezdeményező feladatköre megszűnik.

A projekthez kapcsolódó „Nagyszentjánosi vásárcsarnok kivitelezési munkái” tárgyában lefolytatott közbeszerzési eljárás eredményeként a vállalkozási szerződés szintén aláírásra került, azonban az egy – a Ptk. 6:116. § (1) bekezdése szerinti – felfüggesztő feltételt tartalmaz, amely feltétel az ajánlatkérő tudomása szerint a mai napig nem következett be, így a vállalkozási szerződés nem hatályos. A feltételes hatályról a vállalkozási szerződés I. Előzmények pontjának utolsó mondata, ill. XV. 7. pontja rendelkezik.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

53. Az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik része szerinti, Kbt. 117. §-a alapján lefolytatott közbeszerzési eljárását 2021. április 28-án indította meg, így a kezdeményezés érdemi elbírálására a Kbt. ezen az időpontban hatályos rendelkezései az irányadók.

54. A kezdeményező kezdeményezésében két elemet fogalmazott meg, egyrészt az árbevétel előírásával, másrészt a referenciák nyertes ajánlattevő általi megfelelő igazolásával kapcsolatosan terjesztett elő hivatalbóli kezdeményezést.

55. Az ajánlatkérő elsődlegesen elkésztésre, másodlagosan jogsértés hiányára hivatkozott.

56. Az ajánlatkérő elkésztésgyi kifogására figyelemmel a Döntőbizottság először azt vizsgálta meg, hogy határidőben került-e a kezdeményezés benyújtásra, azaz fennállnak-e a kezdeményezés érdemi elbírálásának az eljárásjogi feltételei.

57. A Kbt. 152. § (1) bekezdés e) és g) pontjai az alábbiakról rendelkeznek:

152. § (1) A Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból indított eljárását a következő szervezetek vagy személyek kezdeményezhetik, ha a feladatkörük ellátása során a közbeszerzésekről szóló törvénybe, illetve a közbeszerzésekről szóló törvény felhatalmazása alapján alkotott rendeletbe ütköző magatartás vagy mulasztás jut tudomásukra:

e) a Magyar Államkincstár;

g) a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezet.

Ugyanezen szakasz (2) bekezdése értelmében a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását az (1) bekezdés a)-f) pontja, h)-i) pontja és k)-l) pontja szerinti személy vagy szervezet a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napon belül, az (1) bekezdés g), j), m) és n) pontja szerinti szervezet vagy személy a jogsértés tudomásra jutásától számított kilencven napon belül, de

a) legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül,

b) közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén az a) ponttól eltérően a szerződés megkötésének időpontjától vagy, ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől számított legfeljebb öt éven belül, vagy

c) támogatásból megvalósuló beszerzés esetén az a) és b) ponttól eltérően az adott támogatás folyósítására és felhasználására vonatkozó jogszabályban előírt iratmegőrzési kötelezettség időtartamán belül, de legalább a jogsértés megtörténtétől – közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén a szerződés megkötésének időpontjától, vagy ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől – számított öt éven belül kezdeményezheti.

58. A Kbt. 152. § (2a) bekezdése szerint „Az (1) bekezdés g) pontja szerinti szervezet esetében a (2) bekezdés szerinti határidő számításakor a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának napját.”

59. A fentiek alapján a kezdeményezőnek a kezdeményezését a jogsértés tudomásra jutásától számított kilencven napos szubjektív, illetve a c) pontra tekintettel az adott

támogatás folyósítására és felhasználására vonatkozó külön jogszabályban előírt iratmegőrzési kötelezettség időtartamán belül, de legalább a jogsértés megtörténtétől számított öt éves objektív határidőn belül kell benyújtania azzal, hogy a Kbt. 152. § (2a) bekezdése alapján a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának a napját.

60. Az Alkotmánybíróság a 9/2020. (V. 28.) AB határozatban rögzítette, hogy a Kbt. 152. § (2a) bekezdésében rögzített törvényi vélelem a bírósági eljárásokban megdönthető jellegűnek minősül.

61. A fentiek figyelembevételével vizsgálta meg a Döntőbizottság a kezdeményezés határidőben való előterjesztettségét.

62. A 272/2014. Korm. Rendelet 24/A. §-a szerint „A 3. mellékletben foglalt táblázat A oszlopában meghatározott program tekintetében

a) az irányító hatóság feladatait a 3. mellékletben foglalt táblázat B oszlopában meghatározott miniszter által vezetett minisztériumban felállított szervezeti egység,

b) a közreműködő szervezet feladatait a 3. mellékletben foglalt táblázat C oszlopában meghatározott szervezet látja el.”

A 272/2014. Korm. Rendelet 3. sz. melléklete:

„Az irányító hatóság és a közreműködő szervezet kijelölése

8. A. Program: Terület- és Településfejlesztési Operatív Program; B. A Kormány európai uniós források felhasználásával kapcsolatos irányító hatósági feladatok ellátására kijelölt tagja: nemzetgazdasági miniszter; C. Közreműködő szervezet: kincstár.”

A 272/2014. Korm. Rendelet 99. § (3) bekezdése:

„99.§ (3) A kedvezményezett részére támogatás – a támogatásielőleg-kifizetés kivételével – csak a támogató tartalmú utóellenőrzési vagy utólagos ellenőrzésről készült jelentés megléte vagy a 98. § (5) bekezdése esetén folyósítható. Nem támogató tartalmú utóellenőrzési vagy utólagos ellenőrzésről készült jelentés esetén – amennyiben a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozó, nem reparálható jogsértés miatt kerül sor nem támogató tartalmú jelentés kiadására – az irányító hatóság jogorvoslati eljárást kezdeményezhet a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt.”

63. Helytállóan mutatott rá a kezdeményező, hogy a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja alapján mind a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, mind pedig a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezet jogosult kezdeményezést benyújtani.

64. A fent hivatkozott jogszabályi rendelkezésekből következően a jelen esetben a Kbt. alapján a Magyar Államkincstár közreműködő szervezetként, a Pénzügyminisztérium (mint a Nemzetgazdasági Minisztérium jogutódja) pedig támogatást nyújtó szervezetként önállóan jogosultak a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja alapján jogorvoslati eljárást kezdeményezni. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy amennyiben a Magyar Államkincstár nem támogatásban közreműködő szervezetként jár el, és feladatkörében jut a tudomására valamely közbeszerzési jogsértés ügy kezdeményezői jogosultságát megalapozhatja a Kbt. 152. § (1) bekezdés e) pontja.

65. A Pénzügyminisztérium a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program jogszabályban kijelölt irányító hatósága. A 272/2014. Korm. rendelet 99. § (3) bekezdése az irányító hatóság számára biztosítja a jogorvoslati eljárás kezdeményezését, azaz a jogorvoslati eljárás kezdeményezése ebben az esetben az irányító hatóság feladatkörébe tartozik.

66. A Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontjára tekintettel, mivel az alapján önálló jogorvoslati joggal mind a közreműködő szervezet és a támogatást nyújtó is jogosult kezdeményezést benyújtani, illetve a két személy a jelen esetben egymástól elkülönült jogi személy, a tudomásra jutás időpontja önállóan, a közreműködő szervezet feladatkörébe tartozó eljárástól elkülönülten vizsgálendő.

67. E körben a Döntőbizottság hivatkozik a Kúria Kfv.IV.37.328/2013/6. számú ítéletére, amely szerint a közbeszerzési eljárásban a közbeszerzésben közreműködő és a támogató szervezet önálló jogorvoslati joggal rendelkezik a jogsértés megállapítására, és ekként a jogorvoslati kezdeményezésre vonatkozó tudomásszerzési időpont és határidő a szervezetek tekintetében külön érvényesül. Ugyanígy foglalt állást a kezdeményező és a Magyar Államkincstár vonatkozásában a Fővárosi Törvényszék 103.K.702.930/2021/7. számú ítélete is, amely [17] bekezdésében rögzítette, hogy „A bíróság a felperes tudomásszerzésének időpontja meghatározásakor jelentőséget tulajdonított annak, hogy a közreműködő szervezet és az irányító hatóságként eljáró felperes egymástól elkülönülő jogi személyek, míg a szabálytalansági gyanút az előbbi szervezet észlelte, addig a jogorvoslati kérelem előterjesztésére az utóbbi volt jogosult, a jogsértésről való tudomásszerzés időpontjának megállapítása kizárólag a jogorvoslati kérelem benyújtására jogosult felperes vonatkozásában volt vizsgálható, így az, hogy a közreműködő szervezet mikor és milyen ellenőrzéseket folytat le, miről, mikor szerez tudomást nem hozható összefüggésbe a tőle szervezetileg teljes mértékben elkülönülő felperes tudomásszerzésével”.

68. A fentiekre figyelemmel az esetleges jogsértésekről a Magyar Államkincstár, mint közreműködő szervezet tudomásszerzése az irányító hatóság kezdeményező tudomásszerzését nem alapozhatja meg. Ezért a Döntőbizottság nem tudta elfogadni az ajánlatkérő intézményrendszerre alapozott érvelését a kezdeményezés elkésztettségére vonatkozásában. A Magyar Államkincstár tudomásszerzése a kezdeményező általa megjelölnél korábbi tudomásszerzését nem tudta megalapozni. Az ajánlatkérő által eladottak alapján a Kbt. 152. § (2a) pontja szerinti törvényi vélelem a jelen esetben nem dőlt meg.

69. A Döntőbizottság a rendelkezésére álló adatok és iratok alapján megállapította, hogy a kezdeményező a szabálytalansági eljárást 2021. október 14-én indította meg a 2021. október 1-jén hozzá érkezett, Magyar Államkincstár által benyújtott gyanúbejelentő alapján. A Kbt. 152. § (2a) pontja szerinti törvényi vélelemre figyelemmel a kezdeményezés a Kbt. 152. § (2) bekezdése szerinti határidőben benyújtásra került 2021. november 26-án.

70. A Döntőbizottság utal továbbá arra, hogy a közreműködő szervezet által végzett utóellenőrzés és az irányító hatóság által megindított szabálytalansági eljárással kapcsolatos eljárási szabályok megtartottsága vonatkozásában a 9/2020 Alkotmánybírósági határozat 50. pontja akként foglalt állást, hogy azok megítélése nem Döntőbizottsági, hanem bírósági hatáskör. Ezen alkotmánybírósági állásponttal azonos álláspontot rögzít BH 2021.122. ítélet 33. pontja is („[...] az eljáráskezdeményezési jogosultsággal rendelkező szerv a rá irányadó szabályok megsértésével gyakorolta-e a hatáskörét, a bíróság kompetenciájába tartozó kérdés – azaz a bíróság vizsgálhatja, hogy a szabálytalansági eljárás lefolytatására határidőben

került-e sor, a szabálytalansági eljárás megindításának időpontja jogszerűen lett-e megadva a tudomásszerzés időpontjaként (AB határozat [50] pont)).

71. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy az ajánlatkérő által hivatkozott 1303/2013/EU Rendelet sem támasztja alá az ajánlatkérői álláspontot. Az, hogy a közreműködő szervezet az irányító hatóság nevében végez bizonyos feladatokat, nem teszi a két szervezetet azonosná. A kérelmező által hivatkozott rendeleti rendelkezések is alátámasztják, hogy a két szervezetnek eltérő feladatai lehetnek (Izd. 123. cikk (6) bekezdés). A Döntőbizottság rámutat továbbá arra, hogy a 272/2014 Korm. rendelet egyébként – többek között – épp az 1303/2013/Eu rendelet végrehajtásához szükséges rendelkezéseket tartalmaz (272/2014. Korm. rendelet 202. § 1. pont).

72. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság a kezdeményezés elkésztését nem állapította meg, és a kezdeményezést érdemben vizsgálta meg.

73. A Kbt. releváns rendelkezései a következők

A Kbt. Harmadik Részében található 110. §-a szerint „E rész szerint kell eljárni az ajánlatkérőknek az uniós értékhatárt el nem érő és egyben a nemzeti értékhatárokat elérő értékű közbeszerzések – ide nem értve az építési és a szolgáltatási koncessziót – megvalósításakor. E rész szerinti eljárás alkalmazható továbbá olyan esetben, amelyre e törvény III. Fejezete azt lehetővé teszi vagy előírja [19. § (4) bekezdés; 21. § (2) bekezdés].”

A Kbt. 112. § (1) bekezdés a) pontja értelmében az ajánlatkérő az e rész hatálya alá tartozó közbeszerzés megvalósításakor választása szerint a 117. §-ban meghatározott módon szabadon kialakított eljárást folytat le.

A Kbt. 117. § (1) bekezdése szerint „Az ajánlatkérő a Második Részben foglalt szabályok által nem kötött, önálló eljárási szabályokat alakíthat ki”.

A (2) bekezdés értelmében „Az ajánlatkérő az általa megválasztott eljárási fajtáról a közbeszerzési eljárás során nem térhet át másokra. Ha az általa a közbeszerzés során alkalmazandó eljárás szabályait önállóan alakítja ki, köteles ezeket a szabályokat megjeleníteni az eljárást megindító felhívásban. Az eljárást megindító felhívásnak minden esetben biztosítania kell, hogy annak alapján a gazdasági szereplők egyenlő eséllyel megfelelő ajánlatot tehessenek, illetve részvételi jelentkezést nyújthassanak be”.

A Kbt. 117. § (4) bekezdése értelmében „Az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban jogosult a 62-63. § szerinti kizáró okok közül egynek vagy többnek a közbeszerzési eljárásban való érvényesítését előírni, azonban e törvényben meghatározottaktól eltérő kizáró okok nem írhatók elő. Az ajánlatkérő köteles a 62. § (1) bekezdés h)-k) és m) pontja szerinti kizáró ok érvényesítését előírni. Az alkalmasság tekintetében az ajánlatkérő a külön jogszabályban foglalt alkalmassági igazolási módokon kívül egyéb objektív alapú alkalmassági feltételt és igazolási módot is előírhat, de ennek során is alkalmaznia kell a 65. § (3) bekezdésében foglaltakat”.

A Kbt. 65. § (1), (3)-(5) bekezdései az alábbiakról rendelkeznek:

(1) Az ajánlatkérő alkalmassági követelményeket határozhat meg az ajánlattételhez megkövetelt

- a) gazdasági és pénzügyi helyzetre;
- b) műszaki és szakmai alkalmasságra;

c) ha a szerződés teljesítéséhez szükséges, a gazdasági szereplő letelepedése szerinti ország nyilvántartásában való szereplésre, vagy a letelepedés szerinti országban előírt engedéllyel, jogosítvánnyal vagy szervezeti, kamarai tagsággal való rendelkezésre vonatkozó feltételek előírásával.

(3) Az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények meghatározását az esélyegyenlőségre, az egyenlő elbánásra és a verseny tisztaságára vonatkozó alapelvek figyelembevételével mellett a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, és azokat – a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel – legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

(4) Külön jogszabály határozza meg az alkalmasság igazolásának lehetséges módjait és az alkalmassági követelmények meghatározására vonatkozó részletes követelményeket.

(5) A (3) bekezdésben foglaltaknak megfelelő ténylegesen szükséges mértékű előírásnak a referenciák körében azt kell tekinteni, ha az ajánlatkérő az adott közbeszerzés – a 19. § (3) bekezdésének alkalmazása nélkül számított – értékének legfeljebb 75%-át elérő összegű, mennyiségi meghatározás esetén az adott közbeszerzés legfeljebb 75%-át elérő mennyiségű vagy mértékű, és tárgyat tekintve az adott közbeszerzéssel műszakilag egyenértékű korábbi szállítás, építési beruházás, illetve szolgáltatás igazolását követeli meg. Az ajánlattevőktől megkövetelt árbevételi adatokra vonatkozó minimumkövetelményt az ajánlatkérőnek úgy kell meghatározni, hogy – az éves teljes árbevétel vizsgálata esetén – az a gazdasági szereplő, amely rendelkezik az ajánlatkérő által vizsgált üzleti évben vagy években összesen az adott közbeszerzés – a 19. § (3) bekezdésének alkalmazása nélkül számított – értékét elérő teljes árbevétellel, vagy – a beszerzés tárgya szerinti árbevétel vizsgálata esetén – az adott közbeszerzés – a 19. § (3) bekezdésének alkalmazása nélkül számított – értékének 75%-át elérő összegű, a beszerzés tárgya szerinti árbevétellel, nem minősülhet alkalmatlannak.

A Kbt. 69. § (1)-(2) bekezdései rögzítik:

(1) Az ajánlatok és részvételi jelentkezések elbírálása során az ajánlatkérőnek meg kell vizsgálnia, hogy az ajánlatok, illetve részvételi jelentkezések megfelelnek-e a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek.

(2) Az ajánlatkérő köteles megállapítani, hogy mely ajánlat vagy részvételi jelentkezés érvénytelen, és hogy van-e olyan gazdasági szereplő, akit az eljárásból ki kell zárni. Az ajánlatkérő a bírálat során az alkalmassági követelmények, a kizáró okok és a 82. § (5) bekezdése szerinti kritériumok előzetes ellenőrzésére köteles az egységes európai közbeszerzési dokumentumba foglalt nyilatkozatot elfogadni, valamint minden egyéb tekintetben a részvételi jelentkezés és az ajánlat megfelelőségét ellenőrizni, szükség szerint a 71-72. § szerinti bírálati cselekményeket elvégezni.

A Kbt. 71. § (1)-(3), (6)-(8), (10) bekezdései az alábbiakat mondják ki:

71. § (1) Az ajánlatkérő köteles az összes ajánlattevő és részvételre jelentkező számára azonos feltételekkel biztosítani a hiánypótlás lehetőségét, valamint az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben található, nem egyértelmű kijelentés, nyilatkozat, igazolás tartalmának tisztázása érdekében az ajánlattevőtől vagy részvételre jelentkezőtől felvilágosítást kérni.

(2) A hiánypótlásra vagy a felvilágosítás nyújtására vonatkozó felszólítást az ajánlatkérő a többi ajánlattevő vagy részvételre jelentkező egyidejű értesítése mellett közvetlenül köteles az ajánlattevő, illetve részvételre jelentkező részére megküldeni, megjelölve a határidőt, továbbá a hiánypótlási felhívásban a pótlendő hiányokat.

(3) A hiányok pótlása csak arra irányulhat, hogy az ajánlat vagy részvételi jelentkezés megfeleljen a közbeszerzési dokumentumok vagy a jogszabályok előírásainak. 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.

(6) Az ajánlatkérő köteles újabb hiánypótlást elrendelni, ha a korábbi hiánypótlási felhívás(ok)ban nem szereplő hiányt észlelt. Nem köteles az ajánlatkérő újabb hiánypótlást elrendelni, ha a hiánypótlással az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező az ajánlatban vagy a részvételi jelentkezésben korábban nem szereplő gazdasági szereplőt von be az eljárásba, és e gazdasági szereplőre tekintettel lenne szükséges az újabb hiánypótlás, feltéve, hogy a közbeszerzési dokumentumokban feltüntette, hogy ilyen esetben nem – vagy csak az általa meghatározott korlátozással – rendel el újabb hiánypótlást. A korábban megjelölt hiány a későbbi hiánypótlás során már nem pótolható.

(7) Az ajánlatkérő kizárólag az (1)-(2) bekezdésben foglaltak szerint és csak olyan felvilágosítást kérhet, amely az ajánlatok vagy részvételi jelentkezések elbírálása érdekében szükséges.

(8) A hiánypótlás vagy a felvilágosítás megadása:

a) nem járhat a 2. § (1)-(3) és (5) bekezdésében foglalt alapelvek sérelmével és

b) annak során az ajánlatban a beszerzés tárgyának jellemzőire, az ajánlattevő szerződés kötelezettsége végrehajtásának módjára vagy a szerződés más feltételeire vonatkozó dokumentum tekintetében csak olyan nem jelentős, egyedi részletkérdésre vonatkozó hiba javítható vagy hiány pótolható, továbbá átalánydíjas szerződés esetén az árazott költségvetés (részletes árajánlat) valamely tétele és egységára pótolható, módosítható, kiegészíthető vagy törölhető, amelynek változása a teljes ajánlati árat vagy annak értékelés alá eső részösszegét és az ajánlattevők között az értékeléskor kialakuló sorrendet nem befolyásolja.

(10) Az ajánlatkérő köteles meggyőződni arról, hogy a hiánypótlás vagy a felvilágosítás megadása az e §-ban foglaltaknak megfelel. A (3) vagy (8)-(9) bekezdés rendelkezéseinek megsértése esetén, vagy ha a hiánypótlást, felvilágosítás megadását nem, vagy nem az előírt határidőben teljesítették, kizárólag az eredeti ajánlati vagy részvételi jelentkezési példányt lehet figyelembe venni az elbírálás során.

74. A 321/2015 Korm. rendelet 19. § (1) bekezdés c) pontja és az (5) bekezdés az alábbiakról rendelkezik:

19. § (1) Az ajánlattevőnek, illetve a részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges pénzügyi és gazdasági alkalmasságának igazolása árubeszerzés, építési beruházás, valamint szolgáltatás megrendelése esetén előírható

c) az előző legfeljebb három, mérlegfordulónappal lezárt üzleti évre vonatkozóan kérhető, teljes – általános forgalmi adó nélkül számított - árbevételéről, illetve ugyanezen időszakban a közbeszerzés tárgyából származó - általános forgalmi adó nélkül számított – árbevételéről szóló – adott esetben az egységes európai közbeszerzési dokumentumba foglalt – nyilatkozattal, attól függően, hogy az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező mikor jött létre, illetve mikor kezdte meg tevékenységét, ha ezek az adatok rendelkezésre állnak;

(5) Az (1) bekezdés c) pontja alkalmazásában az ajánlatkérő jogosult kizárólag a teljes árbevételről, vagy kizárólag a közbeszerzés tárgya szerinti árbevételről vagy mindkettőről szóló nyilatkozat benyújtását előírni.

A 321/2015. Korm. rendelet 21. § (2) a), 22. § (3) és 23.§-a rendelkezései a következők:

21. § (2) Az ajánlattevőnek és a részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki, illetve szakmai alkalmasságának igazolása építési beruházás esetében előírható

a) az eljárást megindító felhívás feladásától – nem hirdetménnel induló eljárásokban megküldésétől – visszafelé számított öt év legjelentősebb építési beruházásainak ismertetésével; az ajánlatkérő köteles az öt év teljesítését figyelembe venni, azonban ha a megfelelő szintű verseny biztosítása érdekében szükségesnek ítéli, az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívás feladásától (megküldésétől) visszafelé számított nyolc évben teljesített

építési beruházásokat is figyelembe veheti, feltéve, hogy ezt az eljárást megindító felhívásban jelezte;

22. § (3) A 21. § (2) bekezdés a) pontjának esetét a Kbt. Második Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban a szerződést kötő másik fél által adott igazolással kell igazolni. Az igazolásban meg kell adni legalább az építési beruházás tárgyát, valamint mennyiségét vagy az ellenszolgáltatás összegét, a teljesítés idejét (kezdő és befejező időpontját) és helyét, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e. Ajánlatkérő a referencia igazolás tartalmi elemei között jogosult előírni az alkalmasság megállapításához szükséges további adat megadását is.

23. § A 21. § (1) bekezdés a) pontjának, valamint (3) bekezdés a) pontjának esetét a Kbt. Harmadik Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban az ajánlattevő, a részvételre jelentkező, illetve az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet nyilatkozatával, vagy a szerződést kötő másik fél által adott igazolással lehet igazolni. A 21. § (2) bekezdés a) pontjának esetét a Kbt. Harmadik Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban a 22. § (3) bekezdésben foglaltaknak megfelelően kell igazolni.

75. A kezdeményezés első elemében a P2. alkalmassági követelmény kapcsán állította a kezdeményező az ajánlatkérő jogsértését.

76. A Kbt. szabályozása alapján – különösen a Kbt. 117. §-a szerinti eljárásban – az ajánlatkérő viszonylag nagy szabadsággal határozhatja meg azokat a feltételeket, amelyek alapján az ajánlattevőket a szerződés teljesítésére alkalmasnak, vagy alkalmatlannak minősíti.

77. Az alkalmassági követelmények segítségével megsűrűsíthetők az ajánlattevők/részvételre jelentkezők, és ekként megállapítható, hogy mely gazdasági szereplők lehetnek alkalmasak a szerződés teljesítésére. Az alkalmassági követelményeknek egy olyan minimum elvárásrendszert kell teljesíteni, amelyek segítenek kiszűrni a feladat teljesítésére nem képes gazdasági szereplőket. Az alkalmassági követelmények előírása során a lehető legszélesebb körben kell érvényesülnie a Kbt. alapelveinek és ennek megfelelően az alkalmassági követelményeknek a szükséges minimumra kell korlátozódnuk. Az ajánlatkérő erre tekintettel a szerződéses feltételekkel, a szakmai ajánlatra vonatkozó előírásokkal vagy szakmai értékelési szempontokkal tudja biztosítani a szerződésre vonatkozó magasabb elvárások tényleges teljesülését.

78. A Kbt. 117. §-a szerinti eljárásban is alkalmazandó Kbt. 65. § (3) bekezdésére figyelemmel – az alapelvek betartása mellett – az alkalmassági feltételek előírásának a közbeszerzés tárgyára kell korlátozódnia, azok meghatározása során figyelemmel kell lenni a beszerzés becsült értékére és legfeljebb a teljesítéshez elengedhetetlen, ténylegesen szükséges mértékig lehet előírni az adott feltételt. Egy adott alkalmassági feltétel szükségességét az adott közbeszerzési eljárás tárgyára vonatkozó összes körülmény figyelembevételével lehet megítélni, amelyek a szerződés szerű teljesítést befolyásolják, így iránymutató lehet nemcsak a beszerzés értéke, hanem a beszerzés tárgyát képező munka volumene, összetettsége, a szerződés teljesítése során kifejtendő tevékenység is.

79. A Döntőbizottság kiemeli, hogy az alkalmassági feltételrendszer arányosságának vizsgálatakor nem elegendő, ha annak egyes elemei önmagukban nem túlzóak, a feltételrendszer összességében sem eredményezhet indokolatlanul versenyszűkítő hatást.

80. Az alkalmassági feltételeket a fentiekben kifejtettek szerint szükséges minimumra, a teljesítéshez ténylegesen szükséges mértékre kell korlátozni azzal, hogy a Kbt. 65. § (5) bekezdése iránymutatást ad egyes alkalmassági követelmények meghatározása kapcsán.

81. Az ajánlatkérő P2 alkalmassági minimumkövetelménye szerint „Alkalmatlan az ajánlattevő, amennyiben az eljárást megindító hirdetmény feladását megelőző utolsó három mérlegfordulónappal lezárt üzleti évben a közbeszerzés tárgyából (építési kivitelezési tevékenység) származó – ÁFA nélkül számított – árbevételének átlaga nem érte el a 120.000.000.- HUF mértéket. Amennyiben az ajánlattevő a vizsgált időszak alatt kezdete után kezdte meg működését, Ajánlatérő akkor is megállapítja a P2. pont szerinti alkalmasságot, ha a közbeszerzés tárgyából (építési kivitelezési tevékenység) származó árbevételének átlaga eléri a 90.000.000.- HUF mértéket”.

82. Az ajánlatkérő nettó 120.000.000.- Ft árbevétel átlagot várt el az utolsó három mérlegfordulónappal lezárt üzleti évből, illetve nettó 90.000.000.- Ft árbevétel átlagot, amennyiben a vizsgált időszak alatt kezdte meg a működését az ajánlattevő.

83. A Kbt. 65. § (5) bekezdés utolsó mondata a következőképpen rendelkezik: „Az ajánlattevőktől megkövetelt árbevételi adatokra vonatkozó minimumkövetelményt az ajánlatkérőnek úgy kell meghatároznia, hogy – az éves teljes árbevétel vizsgálata esetén – az a gazdasági szereplő, amely rendelkezik az ajánlatkérő által vizsgált üzleti évben vagy években összesen az adott közbeszerzés – a 19. § (3) bekezdésének alkalmazása nélkül számított – értékét elérő teljes árbevétellel, vagy – a beszerzés tárgya szerinti árbevétel vizsgálata esetén – az adott közbeszerzés – a 19. § (3) bekezdésének alkalmazása nélkül számított – értékének 75%-át elérő összegű, a beszerzés tárgya szerinti árbevétellel, nem minősülhet alkalmatlannak”.

84. A Kbt. 65. § (5) bekezdése alapján tehát a beszerzés tárgya szerinti árbevételt akként kell meghatározni, hogy nem lehet alkalmatlan az az ajánlattevő, aki rendelkezik a vizsgált üzleti évben vagy években összesen az adott közbeszerzés értékének 75%-át elérő összegű, a beszerzés tárgya szerinti árbevétellel.

85. A Kbt. – eredendően a teljes becsült értéket és nem a 75 %-os mértéket rögzítő – 65. §-ához fűzött eredeti indokolása az alábbiakat rögzíti „Az árbevétel tekintetében az ajánlatkérő a vizsgált üzleti évben vagy években nem követelhet meg a beszerzés becsült értékénél magasabb árbevételt. Ez a szabály szintén a verseny biztosítását és különösen a KKV-k közbeszerzési eljárásokban való részvételét kívánja elősegíteni”.

86. A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács jelenleg hatályos útmutatója az alkalmassági feltételek előírásával kapcsolatos szabályokról (2021. május 10.) – amellyel azonosan rendelkezik az archív 2020. március 25-én kiadott (KÉ 2020. évi 60. szám) útmutató is az alábbiakat rögzíti – „a Kbt. 65. § (5) bekezdésében [...] a beszerzés tárgya szerinti árbevétel vizsgálata esetén a közbeszerzés értékének 75 %-ában rögzítette, amíg a nettó – teljes – árbevétel esetében a becsült érték 100%-áig engedni előírni az alkalmassági küszöböt a törvény”.

87. A Kbt. 65. § (5) bekezdés utolsó mondatában az összesen szó használatára – és fent hivatkozott indokolásra, útmutatóra is – figyelemmel a Döntőbizottság álláspontja szerint a több év viszonylatában vizsgált összes árbevétel, és az évenkénti átlagos árbevétel mindösszesen összege sem haladhatja meg a közbeszerzési eljárás becsült értékének 75%-át.

Azaz az átlagos árbevétel teljes, azaz a viszonyított évekre vonatkoztatott együttes összege is csak a becsült érték 75 %-áig terjedhet.

88. A tárgyi közbeszerzési eljárás becsült értéke 175.370.455.- Ft volt. Az ajánlatkérő a szerződést egy éves időtartamra kívánta megkötni.

89. Azzal, hogy az ajánlatkérő három pénzügyi évet kívánt vizsgálni, és azokra összességében előírta az átlagosan 120.000.000.- Ft AFA nélkül számított árbevételt, a három év viszonylatában összességében minimum 360.000.000.- Ft alkalmassági feltételt támasztott ($360.000.000/3=120.000.000$).

90. A Döntőbizottság megállapította, hogy azáltal, hogy az ajánlatkérő nemcsak a beszerzés 75%-át el nem érő összegű közbeszerzés tárgya szerinti árbevételt, hanem fentiek szerint összességében a becsült érték körülbelül a duplájának megfelelő összegű árbevételt várt el, a Kbt. 65. § (5) bekezdésével ellentétesen járt el.

91. A fentiekre tekintettel a kezdeményezés első eleme kapcsán a Döntőbizottság megállapította, hogy a P.2 alkalmassági követelmény kapcsán az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 112. § (1) bekezdés a) pontjára figyelemmel a Kbt. 65. § (5) bekezdését.

92. A Döntőbizottság utal az Európai Unió Bírósága C-927/19. számú ítéletében foglaltakra, amelynek 75. pontjában a bíróság rögzítette, hogy a közbeszerzési szerződés hatálya alá tartozó területen meghatározott minimális árbevételi követelmény kettős cél elérésére irányul. „Ez ugyanis a gazdasági szereplők gazdasági és pénzügyi helyzetének igazolására irányul, és hozzájárul technikai és szakmai alkalmasságuk bizonyításához”. A fentiek szerint szerződés tárgya szerinti árbevétel, mint gazdasági és pénzügyi helyzettel összefüggő kiválasztási szempont a műszaki és szakmai alkalmasság bizonyítékául is szolgálhat. A műszaki és szakmai alkalmasság igazolására szolgáló meghatározott értékű referenciákból is következik, hogy a két alkalmassági kritérium átfedheti egymást, mivel mindkét alkalmassági kritériumból látható, hogy teljesített-e az ajánlattevő a közbeszerzés tárgya szerinti területen szerződést. Azaz adott esetben két alkalmassági követelmény kombinációjával az ajánlatkérő megfelelő információkat szerezhet az ajánlattevők alkalmasságáról, a közbeszerzés tárgya szerinti tapasztalatáról anélkül, hogy túllépné a teljesítéshez ténylegesen szükséges mértéket.

93. A kezdeményezés második eleme kapcsán a Döntőbizottság az alábbiakat állapította meg.

94. Az ajánlatkérő – kifejezetten hivatkozva a 321/2015. Korm. rendeletre, illetve annak 22. § (3) és 23. § (1) bekezdésére – az M1. alkalmassági követelmény kapcsán – összhangban a 321/2015. Korm. rendelet 23. §-ra figyelemmel alkalmazandó 22. § (3) bekezdésével – előírta, hogy a referenciákat a szerződést kötő másik fél által kiállított igazolás csatolásával kell igazolni. Az ajánlatkérő a felhívásban meghatározta a referenciaigazolások kötelező tartalmi elemeit is, ekörben kifejezetten előírta például a szerződést kötő másik fél elérhetőségeinek rögzítését, vagy év-hónap-nap pontossággal a teljesítés idejének a megjelölését is.

95. A jelen esetben az volt megállapítható, hogy a nyertes ajánlattevő által benyújtott referenciaigazolások valamennyi ajánlatkérő által előírt kötelező tartalmi elemet nem tartalmazták, azokban a teljesítés ideje nem került feltüntetésre, hiányzott a szerződést kötő

fél címen kívüli elérhetősége is, ezért az ajánlatkérőnek a fent hivatkozott jogszabályi előírások alapján is e vonatkozásban hiánypótlási felhívást kellett volna kibocsátania.

96. Azon túl, hogy a benyújtott dokumentumok jogszabályi előírásoknak nem feleltek meg, a Döntőbizottság nem tudta elfogadni az ajánlatkérő köztudomású tényekre alapított érvelését sem. Nem vitatva, hogy a köztudomású tényekre nem feltétele az, hogy a kérdéses tény széles körben ismert legyen, ugyanakkor a köztudomású tényeket egy meghatározott csoport tagjainak ténylegesen ismerni kell. A jelen esetben egy adott beruházás ajánlatkérő által elvárt napra pontos teljesítésének időtartama, vagy a teljesítés pontos helye köztudomású ténynek nem tekinthető, még akkor sem, ha bizonyos internetes forrásokban az fellelhető.

97. A Döntőbizottság a kezdeményezés 2. eleme kapcsán megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 112. § (1) bekezdés a) pontjára figyelemmel a Kbt. 69. § (1) és Kbt. 71. § (1) bekezdését.

98. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(3) bekezdéseiben meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokokra tekintettel a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a rendelkező részben foglaltak szerinti jogsértések megtörténtét állapította meg.

99. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerint amennyiben a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában jogsértést állapít meg, d) bírságot szabhat ki a jogsértő szervezettel vagy személlyel, valamint a jogsértésért felelős személlyel vagy a szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben.

Ezen szakasz (4) bekezdése rögzíti, hogy „A (3) bekezdés d) pontja szerinti bírság összege – a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb 10%-a. A Kbt. 165. § (11) bekezdése kimondja, hogy „(11) A Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

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

100. A fentiek alapján az ajánlatkérő súlyos jogsértése miatt a Döntőbizottság bírságot szabott ki.

Az érintett beszerzés támogatásból valósult meg, és a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság tekintettel volt arra is, hogy hosszabb idő telt el a jogsértés megtörténte óta, és az adott közbeszerzés vonatkozásában Kbt.-be ütköző magatartás ismételt tanúsítására nem került sor. Az ajánlatkérő nyilatkozata szerint a közbeszerzési eljárás eredményeképpen megkötött szerződés még nem lépett hatályba. Ezek a körülmények alacsonyabb összegű bírság kiszabását indokolják.

Figyelembe vette a Döntőbizottság azt is, hogy a jogsértés nem reparálható, amely körülmény a magasabb összegű bírság kiszabását indokolja. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a szerződés relatív alacsony – uniós közbeszerzési értékhatárt el nem érő – értékét. Ezek a szempontok magasabb összegű bírság kiszabását indokolják.

E szempontokat összességében mérlegelve a Döntőbizottság a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak.

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

102. A határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatát 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 képviselőt 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. január 31.

Dr. Kenessey Réka sk
közbeszerzési biztos
az eljáró tanács elnöke

Mag László sk
közbeszerzési biztos

Dr. Szathmári Réka sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Dr. Járady Györgyi Hédi kamarai jogtanácsos (elektronikus úton)
2. Krizmanich Gergely felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (elektronikus úton)
3. Miniszterelnökség
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága