



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

Tel.: 06-1/882-8592, fax: 06-1/882-8592

E-mail: dontobizottsag@kt.hu

Az ügy iktatószáma: D. 299/13/2018.

A tanács tagjai: Dr. Petró Szilvia közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Tomasoovszki Tamás Imre közbeszerzési biztos, Dr. Hunya István közbeszerzési biztos

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

A kezdeményező képviselője: Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
Dr. Cseh Tamás Attila kamarai jogtanácsos

Az ajánlatkérő I. rendű kérelmezett: Főkert Nonprofit Zrt.
(Budapest, Dob utca 90.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Kádár Attila Ügyvédi Iroda, Dr. Kádár Attila ügyvéd
(Budapest, Ipar u. 5.)

A II. rendű kérelmezett: Steel Holding Kft.
(Budapest, Vilmos utca 2-4.)

A II. rendű kérelmezett képviselője: Matarits Ügyvédi Iroda, Dr. Matarits Tamás ügyvéd
(Budapest, Bank u. 6.)

A közbeszerzés tárgya: „Termesztőtelep irodaépület felújítás”

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

H A T Á R O Z A T - o t.

A Döntőbizottság a 2. kezdeményezési elem körében megállapítja, hogy a II. r. kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 138. § (3) bekezdés második mondatában foglaltakat.

A Döntőbizottság a 3. kezdeményezési elem körében megállapítja, hogy az I. r. kérelmezett megsértette az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 322/2015. Korm. rendelet) 27. § (1) bekezdését.

A Döntőbizottság az 1. kezdeményezési elem körében a jogsértés hiányát állapítja meg.

A Döntőbizottság az II. r. kérelmezettel szemben 2.000.000.-Ft, azaz kétmillió forint, az I. r. kérelmezettel szemben 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja az I. r. kérelmezettet és II. r. kérelmezettet, hogy a bírság összegét a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbeszerzési Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-01040360-00000000 számú központosított beszedési számlájára átutalással teljesítsék.

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 annak kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet 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 I. r. kérelmezett 2017. július 31-én a Kbt. Harmadik Része szerint irányadó szabályok alapján a Kbt. 115. § (1) bekezdésében meghatározott nyílt eljárást indított az ajánlattételi felhívás 5 gazdasági szereplő részére történő közvetlen megküldésével. Az ajánlatkérő a felhívás 2.a) pontjában az eljárásfajta választását azzal indokolta, hogy a beszerezni kívánt építési beruházás becsült értéke nem éri el a nettó 300.000.000.-Ft-ot.

2. Az I. r. kérelmezett az ajánlattételi felhívás 3. pontjában határozta meg a közbeszerzés tárgyát és mennyiségét:

„Vállalkozási szerződés, amelynek tárgya a FŐKERT Nonprofit Zrt. Termesztőtelep, a természetben 1106 Budapest, Keresztúri út 130. szám alatt található irodaépületének rekonstrukciója a vonatkozó jogszabályi előírások, szabványoknak, környezetvédelmi előírásoknak a figyelembevételével, a kiviteli tervek alapján, a műszaki leírásban meghatározottak szerint.”

„Közbeszerzés mennyisége:

2 db kisventilátor elhelyezése

200 m csővezeték bontása

267 m fűtési vezeték szerelése csőidomok nélkül

30 db fűtési vezeték szerelése csőidomokkal

23 db szerelvények leszerelése

21 db gáz- és fűtésszerelési tárgyak leszerelése

12 db egy-, vagy kétoldalon menetes szerelvény elhelyezése

1-1 db tágulási tartály és Spirovent léghívó berendezés elhelyezése

1 db tüzelőberendezés felszerelése, üzembe helyezése

2-2 db manométer és hőmérő elhelyezése (könyök hőmérő)

10 m szövetbetétes gumitömlő elhelyezése

2 db osztó-, vagy gyűjtőcső elhelyezése

7 db elágazó csomópont készítése

1 db hidraulikus váltó elhelyezése és bekötése

2 db fűtés-, klíma-, hűtéstechnika

17 db lapradiátor elhelyezése

1 db bontandó hálózat kiszakaszolása
 1 db kazánház, ill. hőközpont beszabályozás, beüzemelés
 8 m³ építési törmelék konténeres szállítással (1 db)
 40 m² beton aljzatok, járdák bontása
 220 m² aljzatbeton, esztrich készítése
 101 m² felület-előkészítés fóliaterítés esztrichek készítését megelőzően
 10 db előregyártott épületszerkezeti elemek (nyílásáthidaló) elhelyezése
 125 m² falazás és kőműves munkák
 98 m² vakolás és rabilolás
 64 m² szárazépítés
 1180 m² aljzatkészítés (hideg-, meleg)
 125 m² nyílászárók bontása
 657 m nyílászárók hézagtömítése
 32 db asztalos-szerkezet elhelyezése
 36 db lakatos-szerkezet elhelyezése
 1124 m² festés, mázolás
 312 m² szigetelés
 55 db épületgépészeti szerelvények (szappanadagolók, piperetárgyak) takarítási munkák
 811 m víz- és csatornaépítés, csővezeték szerelési munkák
 77 db ivóvíz vezeték szerelés csőidomokkal
 96 db épületgépészeti szerelvények (falikutak, mosdók stb.)
 790 m épületelektromossági munkák (műanyag védőcső elhelyezése)
 800 db szerelvénydoboz elhelyezése
 2150 m szigetelt vezeték elhelyezése védőcsőbe húzva
 270 m kábelszerű vezeték elhelyezése
 90 db világítási szerelvények (kapcsolók, dugaszolóaljzat, csatlakozó aljzat, stb.)
 122 db LED panel, fénycső, lámpatest
 1-1 db egypólusú kapcsoló, főelosztó berendezés, stb.
 50 m légvezeték
 8 m³ Munkahelyi depóniából építési törmelék konténerbe rakása
 19 m² Kontaktesztrich készítése
 0,2 m³ Teherhordó és kitöltő falazat,
 208 m² Vakolat leverése, javítása
 143 m² Lapburkolatok bontása
 126 m² Melegburkolatok bontása
 141 m² Fal-, pillér-, oszlop- és padlóburkolat hordozószerkezetének felület előkészítése
 212 m² Fal-, pillér-, oszlop- és padlóburkolat készítése
 90 m² PVC burkolat fektetése kiegyenlített aljzatra
 74 m Lábazat kialakítása PVC-burkolatból
 1 db Meglévő fa beltéri nyílászárók átvizsgálása
 37 db Műanyag kültéri nyílászárók elhelyezése előre kihagyott falnyílásba
 117 m² Talajnedvesség elleni szigetelés
 2 db Meglévő csatorna csatlakozások feltárása, hiányosságok megszüntetése, pótlása
 21 db Vízellátás berendezési tárgyak leszerelése, zsírfogók, falikutak, mosdók
 1 db Vizes nyomáspróbák és fertőtlenítés, ÁNTSZ bevizsgálás”

Az I. r. kérelmezett a felhívás 3. pontjában megjelölte, hogy a közbeszerzés becsült értéke 36.700.000.-Ft.

3. A 2017. augusztus 10-i ajánlattételi határidőre két ajánlattevő nyújtott be ajánlatot, köztük a II. rendű kérelmezett.

4. A II. r. kérelmezett az ajánlat 8. oldalán, az 5. számú mellékletben nyilatkozott arról, hogy alvállalkozót vesz igénybe az építészet, elektromos, fűtés, víz és csatorna, szellőzés, továbbá a felelős műszaki vezetés tevékenységek elvégzéséhez. Ugyanezen a helyen jelölte meg az Esztétika 99 Kft.-t, mint a felelős műszaki vezetés tevékenység elvégzésére bevont alvállalkozót.

5. A II. r. kérelmezett az ajánlat 9. oldalán becsatolt 7. számú mellékletben nyilatkozott arról, hogy az eljárást megindító felhívás 10.1.2 M1.) alkalmassági követelménynek való megfeleléséhez az Esztétika 99 Kft. erőforrására támaszkodik.

6. A II. r. kérelmezett az ajánlat 16. oldalán csatolt egy előszerződést, amelyet 2017. augusztus 3-án kötött meg az Esztétika 99 Kft.-vel a Termesztótelep felújítási munkáihoz kapcsolódó műszaki vezetés ellátása tárgyában.

7. Az I. r. kérelmezett 2017. augusztus 18-án készítette el és augusztus 21-én továbbította a benyújtott ajánlatok elbírálásáról szóló összegezést, amely szerint a közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevője a II. rendű kérelmezett lett.

8. Az I. r. kérelmezett 2017. augusztus 28-án kötötte meg a vállalkozási szerződést a II. rendű kérelmezettel. A szerződés 13. oldalán becsatolt 1. számú mellékletében a II. rendű kérelmezett a Kbt. 138. § (3) bekezdése szerint nyilatkozott, hogy:

- felelős műszaki vezetés tevékenység elvégzése körében az Esztétika 99 Kft. egyéb érdekeltet a szerződés teljesítéséhez igénybe veszi, a bevonásának aránya: 100%.

- építészet, elektromos, fűtés, víz-csatorna, szellőzés szerelési munkákra a Maximal General Ép. Ker. Kft.-t a szerződés teljesítéséhez igénybe veszi, a bevonásának aránya: 65%.

A II. r. kérelmezett ugyanezen a napon, mindkét alvállalkozó tekintetében külön nyilatkozatot tett a fenti alvállalkozók szerződés teljesítésébe történő bevonásáról, továbbá arról, hogy az alvállalkozók nem állnak a közbeszerzési eljárásban megjelölt kizáró ok hatálya alatt.

9. Az I. r. kérelmezett és a II. rendű kérelmezett 2017. november 10-én írták alá a vállalkozási szerződés 1. számú módosítását, amely a teljesítési határidőt és a vállalkozói díjat érintette. A felek megegyeztek abban, hogy a kivitelezési munkák határideje 3 hónapra, az építési munkákért járó ellenérték nettó 42.352.346.-Ft átalányárra módosul.

10. Az I. r. kérelmezett 2018. augusztus 30-án átadta a munkaterületet a II. rendű kérelmezett részére. Az építési napló vállalkozóra vonatkozó nyilvántartási részben felelős műszaki vezetőként az Esztétika 99 Kft. alkalmazásában álló K. J., míg az alvállalkozókra vonatkozó nyilvántartási részben alvállalkozóként a Maximal General Ép Ker Kft. egyéb érdekelt volt feltüntetve.

11. A II. r. kérelmezett és az Open Point Kft. között 2017. szeptember 4-én létrejött megállapodás szerint az Open Point Kft. elvállalta kültéri nyílászárók legyártását és kiszállítását az építési beruházás teljesítési helyszínére. A felek rögzítették, hogy a vállalkozói díj nettó 2.100.000.-Ft.

A II. r. kérelmezett 2017. szeptember 11-én kelt nyilatkozatban bejelentette az ajánlatkérő felé, hogy a szerződés teljesítésébe alvállalkozóként bevonja az Open Point Kft.-t, egyben

nyilatkozott arra vonatkozóan is, hogy az alvállalkozó nem áll a közbeszerzési eljárásban megjelölt kizáró okok hatálya alatt.

12. A II. rendű kérelmezett 2017. szeptember 6-án építési-szerelési munkák teljes körű kivitelezése tárgyban kivitelezési szerződést kötött az Omár Bt. gazdasági társasággal.

A felek a szerződés VII/3. pontjában rögzítették, hogy az Omár Bt.-t, az alábbi munkák elvégzéséért a következő nettó díjazás illeti meg:

Építészeti: 7.052.804.-Ft, beltéri ajtók: 2.500.000.-Ft, elektromos: 1.969.340.-Ft, azaz összesen 11.522.144.-Ft.

A felek a szerződés III. pontjában rögzítették, hogy a II. r. kérelmezett az építési munkaterületet az alvállalkozó részére a szerződés hatályba lépésétől számított 2 napon belül, a szerződés teljesítéséhez alkalmas állapotban átadja.

13. A II. rendű kérelmezett 2017. szeptember 9-én kivitelezési szerződést kötött a Maximal General Ép. Ker. Kft.-vel építési-szerelési munkák teljes körű kivitelezése tárgyában. A felek a szerződés VII/3. pontjában rögzítették, hogy a vállalkozói díj összege nettó 22.415.487.-Ft.

14. A II. rendű kérelmezett 2017. szeptember 8-án nyújtotta be az I. r. kérelmezett felé a 2017. szeptember 8-án kelt, GU4SA4830052 számlaszámú előleg számláját nettó 3.806.966.-Ft értékben. Az I. r. kérelmezett 2017. szeptember 18-án utalta át az előleg számlán szereplő ellenértéket a II. rendű kérelmező részére.

Az előleg számlából az alábbi alvállalkozói kifizetések történtek:

Alvállalkozó megnevezése	Szerződés kelte	Számla kelte	Számla nettó összege	Átutalás dátuma	Tevékenység
Maximal General Kft.	2017.09.09	2017.09.11	3 677 323 Ft	2017.09.19	építési-szerelési munkák

15. A II. rendű kérelmezett 2017. október 4-én nyújtotta be az I. r. kérelmezettnek a 2017. október 4-én kelt, GU4SA4830054 számlaszámú I. részszámláját nettó 9.517.416.-Ft értékben.

Az előleg számlából az alábbi alvállalkozói kifizetések történtek:

Alvállalkozó megnevezése	Szerződés kelte	Számla kelte	Számla nettó összege	Átutalás dátuma	Tevékenység
Open Point Kft.	2017.09.04 megállapodás szerint	2017.09.07.	540 000.-Ft	2017.09.07.	műanyag nyílászárók beépítése

16. A II. rendű kérelmezett 2017. október 25-én nyújtotta be a 2017. október 25-én kelt, GU4SA4830055 számlaszámú II. részszámláját nettó 9.517.416.-Ft értékben.

Az előleg számlából az alábbi alvállalkozói kifizetések történtek:

Alvállalkozó megnevezése	Szerződés kelte	Számla kelte	Számla nettó összege	Átutalás dátuma	Tevékenység
Open Point Kft.	2017.09.04 megállapodás szerint	2017.10.02	540 000 Ft	n.a.	műanyag nyílászárók beépítése
Open Point Kft.	2017.09.04 megállapodás szerint	2017.10.04	1 020 000 Ft	2017.10.20	műanyag nyílászárók beépítése
Maximal General Kft.	2017.09.09	2017.10.06	6 300 000 Ft	2017.10.20	építési-szerelési munkák
Összesen:			7 860 000 Ft		

17. A II. rendű kérelmezett 2017. november 13-án nyújtotta be az I. r. kérelmezett részére a 2017. november 13-án kelt, GU4SA4830057 számlaszámú III. részszámláját nettó 9.517.416.- Ft értékben.

Az előleg számlából az alábbi alvállalkozói kifizetések történtek:

Alvállalkozó megnevezése	Szerződés kelte	Számla kelte	Számla nettó összege	Átutalás dátuma	Tevékenység
Maximal General Kft.	2017.09.09	2017.11.03	7 485 000 Ft	2017.11.08	építési-szerelési munkák

18. A II. rendű kérelmezett 2017. november 29-én nyújtotta be az I. r. kérelmezettnek a 2017. november 29-én kelt, GU4SA4830060 számlaszámú végszámláját nettó 9.993.134.-Ft értékben (pótmunkával növelve és előleg összegével csökkentetten).

Az előleg számlából az alábbi alvállalkozói kifizetések történtek:

Alvállalkozó megnevezése	Szerződés kelte	Számla kelte	Számla nettó összege	Átutalás dátuma	Tevékenység
Maximal General Kft.	2017.09.09	2017.11.20	4 953 164 Ft	2017.11.22	építési-szerelési munkák
Esztétika 99 Kft.	2017.08.08	2017.12.04	50 000 Ft	n.a.	felelős műszaki vezetői munkák
Összesen:			5 003 164 Ft		

A hivatalbóli kezdeményezés

19. A hivatalbóli kezdeményező tárgyi jogorvoslati eljárás megindítását indítványozó irata (a továbbiakban: kezdeményezés) 2018. augusztus 29-én érkezett meg a Döntőbizottsághoz.

A hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján kezdeményezte a jogorvoslati eljárást.

20. A hivatalbóli kezdeményező három kezdeményezési elemet jelölt meg az alábbiak szerint.

21. Az 1. kezdeményezési elem körében előadta, hogy álláspontja szerint a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (1) bekezdés utolsó fordulatában foglaltakat. Indokolásként előadta, hogy az Esztétika 99 Kft., az Omár Bt., a Maximal General Ép. Ker. Kft. és az Open Point Kft. alvállalkozók a II. r. kérelmezett által közvetlenül bevontan vettek részt a szerződés teljesítésében.

Hivatkozott a Kbt. 138. § (1) bekezdésére, amely szerint az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a szerződés értékének 65%-át. A közbeszerzési szerződés – módosítást követő – értékének 65%-a nettó 27.529.024.-Ft, amelyhez képest a II. r. kérelmezett által a teljesítés során igénybe vett alvállalkozók teljesítésének összértéke nettó 36.087.631.-Ft volt, így a bevont gazdasági szereplők 85,2%-ban vettek részt a szerződés teljesítésében.

Tekintettel arra, hogy ez a százalékos teljesítési arány meghaladja a Kbt. szerinti 65%-os határt, a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (1) bekezdésének utolsó fordulatát.

A jogsértés megtörténtének időpontjaként a II. r. kérelmezett és az utolsóként bevont alvállalkozó közötti szerződéskötés napját, 2017. szeptember 9-ét jelölte meg.

A jogsértés tudomásra jutásának időpontjaként 2018. június 29. napját jelölte meg és előadta, hogy ezen a napon vette kézhez II. r. kérelmezett által megküldött engedményezési nyilatkozatot, teljesítés igazolásokat és számlákat.

Indítványozta, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja, valamint a 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján állapítsa meg a jogsértés elkövetését és szabjon ki bírságot a II. r. kérelmezettel szemben.

22. A hivatalbóli kezdeményező a 2. kezdeményezési elem körében előadta, hogy álláspontja szerint a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglaltakat az alábbi indokok alapján.

Előadta, hogy a II. r. kérelmezett részéről megküldött dokumentumok szerint az Open Point Kft. egy 2017. október 4-én kelt engedményezési nyilatkozattal került alvállalkozóként bejelentésre az I. r. kérelmezett felé, amelyben a II. r. kérelmezett arról is nyilatkozott, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll a kizáró okok hatálya alatt.

A hivatalbóli kezdeményező rámutatott, hogy a 2017. szeptember 8. napján kiállított GU4SA4830052 sorszámú számla mellékleteként a 2017. szeptember 20. napján kelt előleg számlára vonatkozó nyilatkozat alapján feltételezhető, hogy az Open Point Kft. már 2017. október 4. napján megelőzően részt vett a teljesítésben, így a II. r. kérelmezett feltételezhetően megsértette azt a jogszabály által előírt kógens rendelkezést, miszerint az alvállalkozók bejelentésére, valamint a kizáró okok hatálya alóli mentességére vonatkozó nyilatkozatot a teljesítésbe történő bevonást megelőzően kell megtenni.

Előadta, hogy az Omár Bt. tekintetében a II. r. kérelmezett sem alvállalkozói bejelentést, sem pedig a kizáró okokról történő nyilatkozatot nem csatolt.

Álláspontja szerint az Open Point Kft. alvállalkozó bejelentése és a kizáró okok hatálya alá nem tartozásával kapcsolatos nyilatkozat megtételére feltehetően a teljesítésbe történő

bevonását követően kerített sort a II. r. kérelmezett, míg az Omár Bt. bejelentésére és ezzel együtt a kizáró okokról történő nyilatkozat megtételére egyáltalán nem került sor.

Rámutatott, hogy a Kbt. 138. § (3) bekezdése két kötelezettséget rögzít a nyertes ajánlattevő vonatkozásában. Egyrészt az ajánlatkérő felé minden olyan alvállalkozót be kell jelentenie, amelyet az ajánlatában nem nevezett meg. A bejelentéssel együtt továbbá a nyertes ajánlattevőnek nyilatkoznia kell arról is, hogy az alvállalkozó nem áll a kizáró okok hatálya alatt. A jogszabályok kógens rendelkezései előírják, hogy a gazdasági szereplő bevonását megelőzően, a bejelentéssel együtt kell nyilatkozni az igénybe venni kívánt alvállalkozók kizáró okok hatálya alá tartozásról.

A hivatalbóli kezdeményező az alábbiak szerint jelölte meg a jogsértés megtörténtének időpontja az egyes alvállalkozók vonatkozásában.

Az Omár Bt. vonatkozásában a II. r. kérelmezett és az Omár Bt. szerződéskötésének napját, 2017. szeptember 6-át.

Az Open Point Kft. vonatkozásában a II. r. kérelmezett és az Open Point Kft. szerződéskötésének napját, 2017. szeptember 4-ét.

Előadta, hogy a jogsértés tudomásra jutásának időpontja mindkét alvállalkozó vonatkozásában 2018. június 29. napja, amikor kézhez vette a II. r. kérelmezett által megküldött engedményezési nyilatkozatot, teljesítési igazolásokat és számlákat.

Indítványozta, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja, valamint a 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján állapítsa meg a jogsértés elkövetését és szabjon ki bírságot a II. r. kérelmezettel szemben.

23. A hivatalbóli kezdeményező a 3. kezdeményezési elem körében előadta, hogy álláspontja szerint az I. r. kérelmezett megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdését

Rámutatott, hogy a II. r. kérelmezett által részére megküldött dokumentumok szerint 2017. október 4-én kelt engedményezési nyilatkozattal a Maximal General Ép. Ker. Kft. és az Open Point Kft. alvállalkozóként bejelentésre került az I. r. kérelmezett felé, továbbá nyilatkozott a II. r. kérelmezett, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozók nem állnak a kizáró okok hatálya alatt. Azonban a rendelkezésre álló számlák, valamint az azok mellékletét képező nyilatkozatok alapján feltételezhető, hogy a bejelentett alvállalkozók a bejelentést megelőzően már részt vettek a teljesítésben.

Álláspontja szerint az I. r. kérelmezett megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdését azzal, hogy a 2017. október 4-én kelt engedményezési nyilatkozatot megelőzően kiállított számlák alapján nem hívta fel a II. r. kérelmezettet a Kbt. 138. §-ában foglalt kötelezettségének teljesítésére.

Előadta, hogy a Maximal General Ép. Ker. Kft. vonatkozásában a jogsértés megtörténtének időpontja 2017. szeptember 8-a, a II. r. kérelmezett által kiállított előlegszámla keltének a napja.

A jogsértés tudomásra jutásának időpontjaként 2018. június 29. napját jelölte meg és előadta, hogy ezen a napon vette kézhez II. r. kérelmezett által megküldött engedményezési nyilatkozatot, teljesítés igazolásokat és számlákat.

Indítványozta, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja, valamint a 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján állapítsa meg a jogsértés elkövetését és szabjon ki bírságot az A I. r. kérelmezettel szemben.

24. A hivatalbóli kezdeményező 2018. szeptember 11-én benyújtott észrevételében előadta, hogy az I. r. kérelmezett álláspontjával ellentétben a rendelkezésére álló dokumentumok alapján a II. r. kérelmezett a szerződés teljesítéséhez az alábbi alvállalkozókat vette igénybe:

- Maximal General Ép. Ker. Kft. (1223 Budapest, Nagytétényi út 190/B.)
- Omár Bt. (8000 Székesfehérvár, Móri út 62.)
- Esztétika 99 Kft. (8000 Székesfehérvár, Németh László út 17.)
- Open Point Kft. (4405 Nyíregyháza, Százados u. 23/D.).

Az Esztétika 99 Kft.-vel 2017. augusztus 3-án kötött előszerződést felelős műszaki vezetés ellátására, az Omár Bt.-vel 2017. szeptember 6-án építési-szerelési munkák elvégzésére, a Maximal General Ép. Ker. Kft.-vel 2017. szeptember 9-én szintén építési-szerelési munkák elvégzésére, az Open Point Kft.-vel pedig alvállalkozói szerződést kötött műanyag homlokzati nyílászáró értékesítésére, szállítására és beépítésére.

Előadta, hogy az I. r. kérelmezett nyilatkozata szerint a II. r. kérelmezett 2017. szeptember 11. napján kelt nyilatkozatával értesítette I. r. kérelmezettet, hogy a szerződés teljesítésébe az Open Point Kft.-t is bevonja alvállalkozóként, és ezen dokumentumban az Open Point Kft. tekintetében is nyilatkozott a kizáró okok fenn nem állásáról. A hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére a hatósági ellenőrzési eljárás során azonban csupán a jogorvoslati eljárásban is hivatkozott, 2017. október 4-én kelt engedményezési nyilatkozat állt.

Az Open Point Kft. és az Omár Bt. vonatkozásában a kezdeményezésében foglaltakat mind az első, mind pedig a második kérelmi elem tekintetében - az alább kifejtettekre is tekintettel - továbbra is változatlan tartalommal fenntartja.

Az Omár Bt. vonatkozásában előadta, hogy a rendelkezésére áll a II. r. kérelmezettel 2017. szeptember 6-án kötött vállalkozási szerződés, valamint az Omár Bt. által kötött további két alvállalkozói szerződés. Hangsúlyozta, hogy az Omár Bt. vonatkozásában a II. r. kérelmezett nem csatolt sem alvállalkozói bejelentést, sem pedig a kizáró okokról történő nyilatkozatot, ezért kérte a Döntőbizottság vizsgálatát arra vonatkozóan, hogy az Omár Bt. ténylegesen milyen időpontban került bevonásra a teljesítésbe, továbbá sor került-e a kizáró okok hiányának igazolására, és ennek függvényében a II. r. kérelmezett eleget tett-e a Kbt. 138. § (3) bekezdésében előírt kötelezettségének.

Rögzítette, hogy az általa ismert alvállalkozók teljesítéseinek összértéke nettó 36.087.631.-Ft. Hangsúlyozta, hogy a Kbt. 138. § (1) bekezdése szerint az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a szerződés értékének 65%-át. A közbeszerzési szerződés – módosítást követő – értékének 65%-a nettó 27.529.02.-Ft, amelyhez képest a II. r. kérelmezett által a teljesítés során igénybe vett alvállalkozók teljesítésének összértéke nettó 36.087.631.-Ft volt, így a bevont gazdasági szereplők – 65% felett - 85,2%-ban vettek részt a szerződés teljesítésében.

A fentiekre tekintettel kérte, hogy a Döntőbizottságot, hogy – amennyiben annak feltételei fennállnak – a Kbt. 149. § (1) bekezdés e) pontjára figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja, valamint a 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján állapítsa meg a jogsértés elkövetését, és szabjon ki bírságot az I. rendű és a II. r. kérelmezettekkel szemben.

Az I. r. kérelmezett az észrevétele

25. Az I. r. kérelmezett 2018. szeptember 4-én nyújtotta be észrevételét a Döntőbizottsághoz, amelyben a Kbt. 165. § (2) bekezdés b) pontja alapján kérte a jogsértés hiányának megállapítását az I. r. kérelmezett vonatkozásában.

26. Az I. r. kérelmezett az Esztétika 99 Kft. alvállalkozó bevonásával kapcsolatosan előadta, hogy a II. r. kérelmezett a közbeszerzési eljárásban (nevezetesen az ajánlatában) egy alvállalkozót nevesített, az Esztétika 99 Kft-t, amelyet felelős műszaki vezetés ellátására vett igénybe. A II. r. kérelmezett az Esztétika 99 Kft. alvállalkozóról ajánlatának 3. számú mellékletében a Kbt. 67. § (4) bekezdés szerinti nyilatkozatát megtette. Nevezett alvállalkozó bevonásával kapcsolatban a kezdeményezés nem tartalmaz jogsértésre utaló gyanút, így nevezett alvállalkozóval kapcsolatban I. rendű kérelmezett vonatkozásában a Korm. rendelet 27. § (1) bekezdésének megsértése nem merülhet fel.

27. A Maximal General Ép. Ker. Kft. alvállalkozó bevonásával kapcsolatosan előadta, hogy az I. r. és II. r. kérelmezett 2017. augusztus 28. napján kötötték meg a közbeszerzési eljárás alapján a vállalkozási szerződést, amelynek I. számú mellékletében a II. rendű kérelmezett kifejezett nyilatkozatot tett, hogy a teljesítésébe alvállalkozóként a Maximal General Ép. Ker. Kft.-t alvállalkozóként bevonja. A bevonásról az I. r. kérelmezett nyilatkozatot kért, amely nyilatkozatban I. r. kérelmezett előírta a Kbt. 67. § (4) bekezdés szerinti nyilatkozat megtételét is, amelyet II. r. kérelmezett meg is tett. E tekintetben I. rendű kérelmezett a jogszabályoknak megfelelően járt el, mivel megkövetelte az alvállalkozói bevonásról szóló nyilatkozatot illetőleg a Kbt. 67. § (4) bekezdés szerinti nyilatkozatot is. Tekintettel arra, hogy 2017. augusztus 28. napján a Maximal General Ép. Ker. Kft. alvállalkozói bevonása megtörtént – amely jóval korábbi, mint a kezdeményező által megjelölt 2017. október 4-i időpont – így megállapítható, hogy a Maximal General Ép. Ker. Kft. alvállalkozói bevonására nem a hivatalbóli kezdeményező által megjelölt 2017. október 4. napján kelt engedményezési szerződéssel került sor, vagyis jogszerűen történt kifizetés a nevezett alvállalkozó részére.

28. Az Open Point Kft. alvállalkozó bevonásával kapcsolatban előadta, hogy a II. r. kérelmezett 2017. szeptember 11. napján kelt nyilatkozatával értesítette az I. rendű kérelmezettet, hogy a szerződés teljesítésébe az Open Point Kft.-t is be kívánja vonni alvállalkozóként, és ezen dokumentumban az Open Point Kft. tekintetében is nyilatkozott Kbt. 67. § (4) bekezdés szerint.

Tekintettel arra, hogy 2017. szeptember 11. napján az Open Point Kft. alvállalkozói bevonása megtörtént – amely jóval korábbi, mint a kezdeményező által megjelölt 2017. október 4. napja – így megállapítható, hogy az Open Point Kft. alvállalkozói bevonására nem a kezdeményezésben megjelölt 2017. október 4. napján kelt engedményezési szerződéssel került sor, vagyis jogszerűen történt kifizetés a nevezett alvállalkozó részére.

29. Az I. r. kérelmezett rámutatott a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdésében foglaltakra, amely szerint „az ajánlatkérőként szerződő fél vagy a nevében eljáró személy (szervezet) a szerződés teljesítésének ellenőrzése során az építési napló adatai alapján ellenőrzi, hogy a teljesítésben csak a Kbt. 138. § (2) és (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelő alvállalkozó vesz részt, és az alvállalkozói teljesítés aránya nem haladja meg a Kbt. 138. § (1) és (5) bekezdésében meghatározott mértéket.”

Rámutatott, hogy a hivatkozott rendelkezés ellenőrzési kötelezettséget állít fel az ajánlatkérővel szemben, azonban a Korm. rendelet felhívott szakasza meghatározza azt is, hogy ajánlatkérő ezen ellenőrzési kötelezettségének mely dokumentum alapján tesz eleget, amikor is előírja, hogy ajánlatkérő a fentebb megjelöltek teljesülését az „építési napló adatai alapján ellenőrzi”.

Az építési napló által dokumentáltan – amely alapján az ajánlatkérő a Korm. rendeletben meghatározott ellenőrzési kötelezettségének eleget tehet – II. r. kérelmezett 2017. augusztus 30. napján vette át a munkaterületet, az építési napló alvállalkozóra vonatkozó részében 2017. szeptember 9. napján II. r. kérelmezett bevezette alvállalkozóját (Maximal General Ép. Ker.Kft.-t), amely bejegyzés jóval az alvállalkozó bejelentést (2017. augusztus 28.) követően történt meg.

30. Előadta, hogy az építési naplóban egyéb gazdasági szereplők bejelentése nem történt meg. Tekintettel arra, hogy a Korm. rendelet az építési naplót jelöli meg az ellenőrzés alapjaként, és mivel az építési naplóban az Omár Bt. vonatkozásában semmilyen bejegyzés nincs, illetőleg II. r. kérelmezett sem a közbeszerzési eljárás alatt, sem pedig a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése során soha nem nevesített Omár Bt. nevű alvállalkozót, és I. r. kérelmezett a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése alatt egyetlen forint vállalkozói díjat sem fizetett ki Omár Bt. részére, így I. rendű kérelmezettnek a Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése szerint ellenőrzési kötelezettsége nem állt fenn, így azt meg sem sérthette.

Az Omár Bt. kiléte I. r. kérelmezett tekintetében - a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése során - tisztázatlan. I. r. kérelmezettnek semmilyen információja nem volt az Omár Bt. szerződés teljesítésében való szerepéről (ha volt egyáltalán szerepe a szerződés teljesítésében).

31. Előadta továbbá, hogy nem vitatottan szerződés nettó ellenértéke (módosítás előtt) 38.069.662,-Ft volt.

Álláspontja szerint nem vitatott továbbá az sem, hogy a szerződés teljesítésével kapcsolatban az alábbi kifizetéseket teljesítette az alvállalkozók felé:

- Esztétika 99 Kft. részére nettó 50.000.-Ft-ot,
- Maximal General Ép Ker Kft. részére nettó 22.415.487.-Ft-ot,
- Open Point Kft. részére nettó 2.100.000.-Ft-ot.

A fenti alvállalkozók teljesítésének összértéke nettó 24.565.487.-Ft.

A fentiekkel összefüggésben hivatkozott arra, hogy a Kbt. 138. § (1) bekezdése szerint építési beruházás esetén az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a szerződés értékének 65%-át. Az alvállalkozóknak a szerződés teljesítésében való részvétele arányát az határozza meg, hogy milyen arányban részesülnek a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértékéből.

A Kbt. fentebb hivatkozott rendelkezése szerint a jogsértés 24.745.280.-Ft elérésénél következett volna be. A fentiek alapján – álláspontja szerint – tényként megállapítható hogy az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladta meg a szerződés értékének 65%-át, amelyből fakad, hogy I. r. kérelmezett nem sértette a Korm. rendelet 27. § (1) bekezdésének második fordulatát sem.

A II. rendű kérelmezett észrevétele

32. A II. rendű kérelmezett 2018. szeptember 4-én benyújtott észrevételében előadta, hogy a teljesítésbe a Kbt. 3 § 2. pontja szerint alvállalkozóként a Maximal General Ép. Ker. Kft.-t, az Open Point Kft.-t, illetőleg az Esztétika 99 Kft.-t vonta be.

33. Hivatkozott arra, hogy az Omár Bt.-vel kötött vállalkozási szerződés felmondásra került, a társaság a megkötött anyagszállítási szerződés alapján főként anyagot biztosított a kivitelezéshez (Kbt. 3. § (2) c) pontja), részfeladatokat teljesített, illetőleg szóbeli megállapodás alapján, a projekt végén az érintésvédelmi munkálatokat végezte el, melynek kapcsán – a csatolt átvételi elismervény szerinti – 625.000.-Ft összeg készpénzben megfizetésre került részére. E körben kiemelte, hogy egyéb szabad kapacitás hiányában a projekt befejező szakaszában kellett az Omár Bt.-t megbíznunk az érintésvédelemmel, de ez egyébiránt a közbeszerzési eljárás során a pályázatot semmilyen mértékben nem befolyásolta, ebből versenyelőnyünk nem származott az ajánlattétel során.

34. Rögzítette, hogy álláspontja szerint a bevont alvállalkozói teljesítés aránya nem haladta meg a Kbt. 138 § (1) bekezdésének megfelelő 65 %-ot, mivel az alvállalkozói teljesítés összértékének megállapítása során nem vehető figyelembe az Omár Bt. vállalkozási szerződésében szereplő nettó 11.522.144.-Ft összeg, tekintettel arra, hogy az Omár Bt. teljesítésének ellenértéke ennek nem felel meg. Az Omár Bt.-nek a teljesítés kapcsán semmilyen okirata nincsen, sem teljesítési igazolása, sem kiállított számlája – ezért ilyet nem is csatolt a kezdeményező részére – mivel a vállalkozási szerződés szerinti munkálatokat nem végezte el.

35. Előadta továbbá, hogy 2017. szeptember 9. napján ugyanazon tárgyban kötött a Maximal General Ép. Ker. Kft.-vel vállalkozási szerződést, mint korábban az Omár Bt.-vel, pontosan annak okán, hogy az Omár Bt. érvényes felelősségbiztosítás és munkaerő, valamint anyagi források hiányában nem volt képes a szerződés ilyen tartalommal történő teljesítésére, mely nyilvánvalóan az általa vállalt kötelezettség teljesítését is veszélyeztette.

A fentiek kapcsán kiemelte, hogy az Omár Bt. azért nem került bejelentésre az ajánlatkérő részére, illetőleg az ő vonatkozásában nem került benyújtásra a kizáró okok alóli mentességre vonatkozó nyilatkozat, mert a Maximal General Ép. Ker. Kft. vett részt helyette alvállalkozóként a kivitelezési projekt során. Álláspontja szerint ezen tény a korábban csatolt teljesítési igazolások, valamint az az I. r. kérelmezett által becsatolt építési napló is bizonyítja.

36. A Kbt. 138. § (3) bekezdésének feltételezett megsértése kapcsán előadta, hogy a Maximal General Ép. Ker. Kft., valamint az Open Point Kft., mint bevont alvállalkozók bejelentésére, valamint a kizáró okok alóli mentességi nyilatkozat megtételére vonatkozó kötelezettségének határidőben tett eleget, tekintettel arra, hogy a nevezett társaságok az előleg számlák kiállításakor még ténylegesen nem végeztek munkát, ezen időszakban részükről teljesítésre még nem került sor.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

37. A Döntőbizottság megállapította, hogy a tárgyi közbeszerzési eljárást megindító felhívás megküldésének napja 2017. július 31-e volt, ezért a Döntőbizottság az e napon hatályos Kbt. előírásai alapján bírálta el a hivatalbóli kezdeményezésben foglaltakat.

A Döntőbizottság figyelembe vett azt is, hogy a jogorvoslati eljárás 2018. január 1. napját követően indult és az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (továbbiakban: Ákr.) 143. § (1) bekezdése szerint az Ákr. rendelkezéseit az Ákr. hatályba lépését követően indult eljárásokban alkalmazni kell.

38. A Döntőbizottságnak az 1. kezdeményezési elem körében abban a kérdésben kellett döntést hoznia, hogy a II. r. kérelmezett által a szerződés teljesítésébe bevont alvállalkozók teljesítésének összesített aránya meghaladta-e a Kbt. 138. § (1) bekezdésében meghatározott 65% mértéket.

39. E körben az irányadó jogszabályi rendelkezések a következőket mondják ki.

A Kbt. 3. §-ában szereplő értelmező rendelkezések 2. pontja a következőkről rendelkezik:

2. *alvállalkozó*: az a gazdasági szereplő, aki (amely) a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve
a) azon gazdasági szereplőt, amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,
b) a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártót, forgalmazót, alkatrész vagy alapanyag eladóját,
c) építési beruházás esetén az építőanyag-eladót;

A Kbt. 138. § (1) bekezdése alapján a szerződést a közbeszerzési eljárás alapján nyertes ajánlattevőként szerződő félnek, illetve közösen ajánlatot tevőknek vagy - ha az ajánlatkérő gazdálkodó szervezet létrehozásának kötelezettségét előírta vagy azt lehetővé tette [35. § (8)-(9) bekezdés] - a nyertes ajánlattevő (ajánlattevők), vagy az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő (ajánlattevők) kizárólagos részesedésével létrehozott gazdálkodó szervezetnek (a továbbiakban: projektársaság) kell teljesítenie. Építési beruházás esetén az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a szerződés értékének 65%-át. Az alvállalkozóknak a szerződés teljesítésében való részvétele arányát az határozza meg, hogy milyen arányban részesülnek a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértékéből.

40. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok alapján megállapította, hogy az I. r. kérelmezett és a II. r. kérelmezett között 2017. augusztus 28-án megkötött vállalozási szerződéshez csatolt 2017. augusztus 28-án kelt 1. számú mellékletben a II. r. kérelmezett előzetesen bejelentette az I. r. kérelmezett felé, hogy a szerződés teljesítésébe bevonja az Esztétika 99 Kft.-t és a Maximal General Ép. Ker. Kft.-t.

A Döntőbizottság a rendelkezésre álló számlák alapján megállapította, hogy az Esztétika 99 Kft. részére nettó 50.000.-Ft, míg a Maximal General Ép. Ker. Kft. részére nettó 22.415.487.-Ft került kifizetésre.

A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok alapján megállapította, hogy a II. r. kérelmezett és az Open Point Kft. között 2017. szeptember 4-én létrejött megállapodás szerinti munkák elvégzéséért nettó 2.100.000.-Ft került kifizetésre az Open Point Kft. alvállalkozó részére.

41. A Döntőbizottság megállapította, hogy a II. r. kérelmezett és az Omár Bt. között 2017. szeptember 6. napján létrejött vállalkozási szerződés építési-szerelési munkák elvégzése tárgyában jött létre, továbbá a szerződés az aláírásának napján hatályba lépett, így a Kbt. vonatkozó rendelkezései szerint az Omár Bt. alvállalkozónak minősül. A hatósági, valamint jogorvoslati eljárás során – az Omár Bt., valamint az I. r. és a II. r. kérelmezett részéről – megtett írásbeli nyilatkozatok alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy az Omár Bt. részére a 2017. szeptember 6-án kelt vállalkozási szerződésben rögzített 11.522.144.-Ft nem került kifizetésre.

42. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az I. r. kérelmezett és a II. rendű kérelmezett 2017. november 10-én módosították a vállalkozási szerződést, amelynek értelmében az építési munkákért járó ellenérték nettó 42.352.346.-Ft átalányárra módosult.

A fentiek szerint a Kbt. 138. § (1) bekezdésében rögzített, az alvállalkozói teljesítés összesített arányára vonatkozó 65%-os mérték jelen esetben 27.529.024.-Ft.

43. A Döntőbizottság megállapította, hogy a szerződés teljesítésébe bevont alvállalkozók részére ténylegesen 24.565.487.-Ft került kifizetésre, ami abban az esetben sem éri el a szerződés értékének 65%-át, amennyiben a Döntőbizottság figyelembe vette volna az alvállalkozóként be nem jelentett Omár Bt. részére, az érintésvédelmi munkák elvégzésért kifizetett 625.000.-Ft-ot.

44. A Döntőbizottság a fentiek alapján az 1. kezdeményezési elem tekintetében megállapította, hogy a II. r. kérelmezett nem sértette meg a Kbt. 138. § (1) bekezdésének utolsó fordulatát.

45. A Döntőbizottságnak a 2. kezdeményezési elem körében abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a II. r. kérelmezett megsértette-e a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglaltakat.

46. E körben az irányadó jogszabályi rendelkezések a következőket mondják ki.

A Kbt. 3. §-ában szereplő értelmező rendelkezések 2. pontja a következőkről rendelkezik:

2. *alvállalkozó*: az a gazdasági szereplő, aki (amely) a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve
a) azon gazdasági szereplőt, amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,
b) a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártót, forgalmazót, alkatrész vagy alapanyag eladóját,
c) építési beruházás esetén az építőanyag-eladót;

A Kbt. 138. § (3) bekezdése szerint az ajánlatkérő nem korlátozhatja az ajánlattevő jogosultságát alvállalkozó bevonására, csak akkor, ha az eljárás során a 65. § (10) bekezdése szerinti lehetőséggel élt. A nyertes ajánlattevő a szerződés megkötésének időpontjában, majd - a később bevont alvállalkozók tekintetében - a szerződés teljesítésének időtartama alatt köteles előzetesen az ajánlatkérőnek valamennyi olyan alvállalkozót bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és - ha a megelőző közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozót még nem nevezte meg - a bejelentéssel együtt nyilatkozni vagy az érintett alvállalkozó nyilatkozatát benyújtani arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll a megelőző közbeszerzési eljárásban előírt kizáró okok hatálya alatt.

47. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a hivatalbóli kezdeményező a 2. kezdeményezési elem körében azt kérte vizsgálni, hogy a II. r. kérelmezett részéről az Open Point Kft. és az Omár

Bt. alvállalkozók a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglalt rendelkezésnek megfelelően lettek-e bejelentve az I. r. kérelmezett felé.

48. A Kbt. fent hivatkozott 138. § (3) bekezdése szerint a nyertes ajánlattevő egyrészt a szerződés megkötésének időpontjában, majd a szerződés teljesítésnek időtartama alatt köteles előzetesen bejelenteni mindazon alvállalkozókat, amelyek a szerződés teljesítésében részt vesznek és a bejelentéssel együtt nyilatkozatot kell tenni arról is, hogy a teljesítésbe bevont alvállalkozó nem áll a közbeszerzési eljárásban előírt kizáró okok hatálya alatt.

49. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az építési naplóban sem Open Point Kft., sem az Omár Bt. alvállalkozók nem kerültek feltüntetésre.

50. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok alapján megállapította, hogy a II. r. kérelmezett 2017. szeptember 4-én kötött megállapodást az Open Point Kft.-vel kültéri nyílászárók legyártása és beépítése tárgyában.

A felek szerződés 3. pontjában rögzítették, hogy az Open Point Kft. az előkészítést a szerződést hatálybalépését követő napon megkezdi, továbbá a munkaterületen folyamatos munkavégzés várható el az alvállalkozótól

A megállapodás értelmében a teljesítési határidő 4 hét + 1 hét beépítés.

51. A II. r. kérelmezett 2017. szeptember 11-én kelt nyilatkozatában értesítette az I. r. kérelmezettet arról, hogy az Open Point Kft.-t bevonta a teljesítésbe és az alvállalkozó nem áll a közbeszerzési eljárásban előírt kizáró okok hatálya alatt.

52. A fentiek alapján a Döntőbizottság a 2. kezdeményezési elem körében eljárva megállapította, hogy a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdését azzal, hogy az Open Point Kft. alvállalkozó szerződés teljesítésébe történő bevonásáról nem előzetesen – legkésőbb a szerződés hatálybalépésének megfelelő 2017. szeptember 5-i napon – hanem utólagosan, 2017. szeptember 11-én kelt nyilatkozatával jelentette be az I. r. kérelmezett részére.

53. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok vizsgálata alapján megállapította, hogy a II. r. kérelmezett és az Omár Bt. között 2017. szeptember 6-án létrejött vállalkozási szerződés építési-szerelési munkák teljes körű kivitelezése tárgyban jött létre, így a Döntőbizottság nem fogadta el a II. r. kérelmező 2018. szeptember 4-én kelt észrevételében szereplő azon állítást, amely szerint az Omár Bt.-vel anyagszállítási szerződést kötött, amely miatt az Omár Bt. a Kbt. 3. § 2. pont c) alpontja alapján nem minősül alvállalkozónak.

54. A Döntőbizottság rögzíti, hogy rendelkezésre álló iratok alapján megállapítható, továbbá a II. r. kérelmezett a 2017. szeptember 4-én kelt nyilatkozatában maga is elismerte, hogy az Omár Bt. a szerződés teljesítésében részt vett, mivel a projekt végén elvégezte az érintésvédelmi munkálatokat, amelynek kapcsán a II. r. kérelmezett 625.000.-Ft fizetett meg az Omár Bt.-nek.

55. A Döntőbizottság rögzíti továbbá, hogy a II. r. kérelmező a 2018. szeptember 4-én kelt észrevételében maga nyilatkozott arra vonatkozóan, hogy az Omár Bt. alvállalkozó szerződés teljesítésébe bevonásáról, továbbá a kizáró okok hatálya alá nem tartozásáról nem tájékoztatta az I. r. kérelmezettet.

56. A fentiek alapján a Döntőbizottság a 2. kezdeményezési elem körében eljárva megállapította, hogy a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdését azzal, hogy nem jelentette be az Omár Bt. alvállalkozóként történő bevonását a szerződés teljesítésébe.

57. A Döntőbizottság a jogsértés súlya tekintetében az eset összes körülményét figyelembe véve rögzíti, hogy a jogsértés súlyosnak minősül. A közbeszerzési szerződés teljesítésére vonatkozóan a Kbt. néhány, kifejezett garanciális jellegű szabályt tartalmaz mindössze. Ezen szabályok célja, hogy az alapvetően polgári jogi szabályozás alapján teljesítendő szerződés teljesítési szakaszában a polgári jog diszpozitív szabályozásával szemben a közbeszerzési alapelvek kógens alkalmazásával megakadályozza a közbeszerzési eljárás szabályainak utólagos figyelmen kívül hagyását. Ezen garanciális jellegű szabályok nagy része annak megakadályozására hivatott, hogy a felek polgári jogból fakadó szerződéses szabadságukkal élve a közbeszerzési eljárás szigorú szabályai között beálló ajánlati kötöttségüktől szabaduljanak, s eltérő feltételekkel valósítsák meg a szerződést. A Kbt. 138. § megsértett rendelkezése esetén ez különösen hangsúlyos, hisz az alvállalkozóként igénybe vett gazdasági szereplők köre a közbeszerzési eljárás során a közbeszerzési szerződés megkötését megelőző fázisban rögzült, azok tekintetében az ajánlatkérő elvégezte a szükséges ellenőrzési kötelezettségeit, amely újraéled abban az esetben, ha új alvállalkozókat jelent be a részére a nyertes ajánlattevő. A jelen esetben a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdés második mondata mindkét fordulata, tehát nem jelentette be az általa igénybe vett alvállalkozókat az I. r. kérelmezett felé, és nem nyilatkoztak arról, hogy az alvállalkozók nem álltak kizáró ok hatálya alatt. Fentiek alapján az eset összes körülményét mérlegelve a Döntőbizottság a jogsértést súlyosnak értékelte.

58. A Döntőbizottságnak a 3. kezdeményezési elem körében eljárva abban a kérdésben kellett döntést hoznia, hogy az I. r. kérelmezett megsértette-e a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdésében foglaltakat.

59. E körben az irányadó jogszabályi rendelkezések a következőket mondják ki.

A 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőként szerződő fél vagy a nevében eljáró személy (szervezet) a szerződés teljesítésének ellenőrzése során az építési napló adatai alapján ellenőrzi, hogy a teljesítésben csak a Kbt. 138. § (2) és (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelő alvállalkozó vesz részt, és az alvállalkozói teljesítés aránya nem haladja meg a Kbt. 138. § (1) és (5) bekezdésében meghatározott mértéket.

A Kbt. 138. § (1) bekezdése értelmében építési beruházás esetén az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a szerződés értékének 65%-át. Az alvállalkozóknak a szerződés teljesítésében való részvétele arányát az határozza meg, hogy milyen arányban részesülnek a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértékéből.

A Kbt. 138. § (2) bekezdése szerint az ajánlattevőként szerződő fél a teljesítéshez az alkalmasságának igazolásában részt vett szervezetet a 65. § (7) bekezdése szerint az eljárásban bemutatott kötelezettségvállalásnak megfelelően, valamint a 65. § (9) bekezdésében foglalt esetekben és módon köteles igénybe venni, valamint köteles a teljesítésbe bevonni az alkalmasság igazolásához bemutatott szakembereket. E szervezetek vagy szakemberek bevonása akkor maradhat el, vagy helyettük akkor vonható be más (ideértve az átalakulás, egyesülés, szétválás útján történt jogutódlás eseteit is), ha az ajánlattevő e szervezet vagy szakember nélkül vagy a helyette bevont új szervezettel vagy szakemberrel is megfelel - amennyiben a közbeszerzési eljárásban az adott alkalmassági

követelmény tekintetében bemutatott adatok alapján az ajánlatkérő szűkítette az eljárásban részt vevő gazdasági szereplők számát, az eredeti szervezetekkel vagy szakemberrel egyenértékű módon megfelel - azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyeknek az ajánlattevőként szerződő fél a közbeszerzési eljárásban az adott szervezettel vagy szakemberrel együtt felelt meg.

A Kbt. 138. § (3) bekezdése értelmében az ajánlatkérő nem korlátozhatja az ajánlattevő jogosultságát alvállalkozó bevonására, csak akkor, ha az eljárás során a 65. § (10) bekezdése szerinti lehetőséggel élt. A nyertes ajánlattevő a szerződés megkötésének időpontjában, majd - a később bevont alvállalkozók tekintetében - a szerződés teljesítésének időtartama alatt köteles előzetesen az ajánlatkérőnek valamennyi olyan alvállalkozót bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és - ha a megelőző közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozót még nem nevezte meg - a bejelentéssel együtt nyilatkozni vagy az érintett alvállalkozó nyilatkozatát benyújtani arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll a megelőző közbeszerzési eljárásban előírt kizáró okok hatálya alatt.

60. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok vizsgálata, valamint az I. r. és a II. r. kérelmezett jogorvoslati eljárás során tett észrevételeiben szereplők alapján megállapította, hogy az építési naplóba kizárólag a Maximal General Ép. Ker. Kft. került bevezetésre. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az I. r. kérelmezett e ténytet nem vitatta a 2018. szeptember 3-án kelt észrevételében.

A Döntőbizottság nem fogadta el az I. r. kérelmezett azon előadását, amely szerint a 3. kezdeményezési elembe megjelölt jogsértést nem követte el, mivel a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési kötelezettségének alapjául kizárólag az építési naplóban szereplő adatok szolgálnak.

61. A Döntőbizottság álláspontja szerint a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési kötelezettség nem értelmezhető szűkítő módon, az I. r. kérelmezettre is vonatkozik a jóhiszemű eljárással kapcsolatos alapvető rendelkezés.

A jóhiszemű és gondos eljárás esetén az I. r. kérelmezettnek észlelnie kellett volna a 2017. október 4-én kelt engedményezési nyilatkozat, illetve a jelen határozat 15., 16. és 17. pontjában szereplő számlák és azok mellékletét képező nyilatkozatok kézhezvételekor, hogy az építési napló eltérő adatokat tartalmaz, így feltételeznie kellett volna, hogy a teljesítésben nem csak a Kbt. 138. § (2) és (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelő alvállalkozók vettek részt.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdéséből nem az következik, hogy az ajánlatkérő kizárólag az építési napló adataira támaszkodhat a szerződés teljesítésének ellenőrzése során, hanem az építési naplóban szereplő adatok szolgálnak kiindulópontként ehhez. Amennyiben a szerződés teljesítése során olyan adatok, dokumentumok kerülnek az ajánlatkérő ismeretébe, illetve birtokába, amelyek az építési naplóban szereplő bejegyzésekkel nem állnak összhangban, úgy a jóhiszemű és gondos eljárásra vonatkozó alapvető rendelkezésnek megfelelően az ajánlatkérő oldalán beáll a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési kötelezettség, ami nem csak az építési naplóban szereplő adatokra, hanem a szerződés teljesítésével kapcsolatos egyéb információkra, dokumentumokra is kiterjed.

62. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság a 3. kezdeményezési elem körében megállapította, hogy az I. r. kérelmezett megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdését.

63. Mindezek alapján a Döntőbizottság az 1. kezdeményezési elem körében a Kbt. 165. § (2) bekezdés b) pontja alapján megállapította a jogsértés hiányát, a 2. kezdeményezési elem vonatkozásában a Kbt. 165. § (2) bekezdés c) pontja alapján megállapította, hogy a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdését, míg a 3. kezdeményezési elem tekintetében megállapította, hogy az I. r. kérelmezett megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdését.

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

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

66. A Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének, illetve az eltiltás időtartamának megállapításában az eset összes körülményét – így különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását, az e törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítását, a jogsértőnek az eljárást segítő együttműködő magatartását, a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot, támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat – figyelembe veszi. A bírság összegének és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

67. A Döntőbizottságnak abban nem volt mérlegelési lehetősége, hogy bírságot szabjon-e ki, mivel a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján arra köteles volt.

68. A Döntőbizottság a bírság összegénél figyelembe vette a közbeszerzési eljárás becsült értéke mellett a szerződéses értékét is (nettó 42.352.346.-Ft), azt is mérlegelte ugyanakkor, hogy a jogsértés nem gyakorolt a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre befolyást, és azt, hogy a felek nem tanúsítottak a jogorvoslati eljárás során a törvényben előírtaknál nagyobb együttműködést. A Döntőbizottság tekintettel volt a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás között eltelt időtartamra is. A Döntőbizottság figyelembe vette azt is, hogy az alvállalkozók jogszerűtlen igénybe vételére a közbeszerzési eljárás szerződéses értékéhez képest alacsony mértékben került sor. Az Open Point Kft. esetében (5 %), továbbá az Omár Bt. részére kifizetett 625.000.-Ft figyelembe vétele esetén összesen 6,5% mértékben került sor. A Döntőbizottság a bírság összegének megállapításakor tekintettel volt arra is, hogy a II. r. kérelmezett az alvállalkozók jogszerűtlen igénybe vétele során a Kbt. 138. § (3) bekezdés második mondatának mindkét fordulatát megsértette. Azt is figyelembe vette a Döntőbizottság, hogy az I. és II. kérelmezettekkel szemben jogsértés nem került megállapításra, és hogy más szerv eljárásában a jogsértés megállapításához szankció nem kapcsolódhat.

69. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 126. § (2) bekezdés b) pontja, valamint (3) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

70. A határozat rendelkezése(i) közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdése alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

B u d a p e s t, 2018. november 7.

Dr. Petró Szilvia sk.
közbeszerzési biztos

Tomasovszki Tamás Imre sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Hunya István sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Fabó László (KRID: 341768375)
2. Dr. Kádár Attila (KRID: 18034934)
3. Dr. Matartis Tamás ügyvéd (kizárólag elektronikus úton)
4. Maximal General Kft. (KRID: 25988419)
5. Omár Bt. (KRID: 22025908)
6. Esztétika 99 Kft. (KRID: 11925031)
7. Open Point Kft. (KRID: 13101912)
8. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (Helyben)