



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-859, fax: 06-1/882-8593

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma:

D.300/10/2018.

A tanács tagjai: Dr. Szvetnik Ágnes közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bán János közbeszerzési biztos, Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke
Budapest, Riadó u. 5.

A hivatalbóli kezdeményező képviselője:

Dr. Fabó László
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
(Budapest, Riadó u. 5.)
(e-elérhetőség)

Az ajánlatkérő:

Magyar Nemzeti Vagyonkezelő Zrt.
(Budapest, Pozsonyi út 56.)
(e-elérhetőség)

A kérelmezett:

Laterex Építő Zrt.
(Budapest, Hídépítő utca 1-12.)

A kérelmezett képviselője:

CHSH Dezső és Társai Ügyvédi Iroda, Dr.
Zaicsek Károly ügyvéd
(Budapest, Fő u. 14-18.)
(e-elérhetőség)

A beszerzés tárgya:

Bontási munkák, valamint ahhoz kapcsolódó szolgáltatások (tervezés, engedélyezés, egyéb környezetvédelmi feladatok) elvégzése meghatározott ingatlanokon

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 a hivatalbóli kezdeményezés 1. eleme tekintetében, hogy a kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. tv. (a továbbiakban: Kbt.) 138. § (3) bekezdésének második mondatát, valamint a hivatalbóli kezdeményezés 2. eleme tekintetében 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.r.) 32/A. § (1) bekezdésének b), c) és f) pontjait.

A Döntőbizottság a kérelmezettel szemben 1.500.000.-Ft, azaz egymillió-ötszáz ezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja kérelmezettet, 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 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 ajánlatkérő a Kbt. 81. § (1) bekezdés szerinti nyílt eljárást indított a rendelkező részben meghatározott építési beruházás tárgyában. Az ajánlati felhívást 2017. május 26-án adta fel, amely 2017. május 27-én jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2017/S 101-200224 számon.

2. A felhívás II.2.4) pontja szerint a közbeszerzés ismertetése – többek között – a következőket tartalmazta:

„A 2019. évi Maccabi Európa Játékok Budapesten történő megrendezése érdekében szükséges intézkedésekről szóló 1870/2016. (XII. 28.) Korm. határozat alapján a rendezvény tervezett helyszínéként szolgáló, a 1087 Budapest, Kerepesi út 17. szám alatt található, Budapest VIII. kerület 38821/1, valamint 38831 helyrajzi számon nyilvántartott ingatlanok, továbbá a 1087 Budapest, Kerepesi út 15. és 17. alatt található, Budapest VIII. kerület 38830/2. helyrajzi számon nyilvántartott ingatlanok tekintetében a műszaki leírásban meghatározottak szerint a hasznosításra alkalmatlan felépítmények, építmények bontása, a kapcsolódó tervezési, engedélyezési feladatok ellátása, továbbá az előírt környezetvédelmi feladatok ellátása.

A részletes feladatleírást a közbeszerzési dokumentum részeként kiadott műszaki leírás tartalmazza.” A közbeszerzési eljárás becsült értéke 2.122.471.550.-Ft-ban került jelölésre.

3. A közbeszerzési dokumentum részeként kiadott műszaki leírás 11. oldalán a 3.3. pont szerint: „A bontási terület az átadás-átvétellel kerül a kivitelező munkaterületévé. Az átvétel után a terület őrzése, annak biztonsága teljes mértékben a kivitelező felelőségi körébe kerül és a kivitelezés befejezéséig és a terület visszaadásáig a felelősség őt terheli. A bontási munkák során a terület őrzés-védelmét folyamatosan biztosítani kell. A bontási munka során a terület zártságát biztosítani kell.”

4. A közbeszerzési dokumentum részeként kiadott Árazatlan költségvetés I. Alapmennyiség fejezetében 2. Felvonulás, őrzés-védelem pontja alatt a 2.2 sorban szerepelt „A bontási terület őrzés-védelme” tétel 6 hónap mennyiséggel.

5. Az eljárás eredményeként nyertesnek kihirdetett Maccabi L-T 2017 Konzorcium ajánlatának 405. oldalán az „Árazatlan költségvetés” elnevezésű árazott költségvetés I. Alapmennyiség fejezetében 2. Felvonulás, őrzés-védelem pontja alatt a 2.2 sorban szerepelt „A bontási terület őrzés-védelme” tétel 6 hónap mennyiséggel, nettó 1.500.000.- Ft egységárral, összesen 9.000.000.-Ft értékre beárazva. Az ajánlatban az egyösszegű, opciókkal növelt nettó ajánlati ár értéke nettó 2.102.037.230.-Ft volt. Az ajánlatban a kérelmezett alvállalkozót kívánt igénybe venni az alábbi feladatok elvégzésére: hatósági ügyintézés,

tervezési munkák, bontási munkák részfeladatai, hulladék szállítás, hulladék gyűjtés, hulladék lerakás, víz és földtani közegvédelem szakértői tevékenység környezetvédelmi feladatok ellátása tekintetében, levegőtisztaság-védelmi szakértői tevékenység, valamint zaj- és rezgésvédelem szakértői tevékenység a környezetvédelmi feladatok ellátása tekintetében, hulladékgazdálkodási szakértői tevékenység a környezetvédelmi feladatok ellátása tekintetében, felelős műszaki vezetői tevékenység.

6. A közbeszerzési eljárás lefolytatását követően az ajánlatkérő 2017. október 2-án kötötte meg a vállalkozási szerződést a Maccabi L-T 2017 Konzorcium tagjaival: a kérelmezettel és a TRANSPORT-BETON Kft.-vel.

7. A vállalkozási szerződés 8. oldalán a III. Szerződés tárgya fejezetben a 12. pont szerint:

„A Megrendelő megrendeli, a Vállalkozó pedig elvállalja a jelen Szerződés rendelkezéseiben, valamint a jelen Szerződés elválaszthatatlan részét képező mellékletekben meghatározottak szerint az Alapmennyiségbe foglalt az Ingatlanokon elvégzendő bontási munkák, *valamint ahhoz kapcsolódó szolgáltatások*, ideértve például, tervezési, engedélyezési munkákat és egyes környezetvédelmi kárenyhítési feladatok ellátását, ezen munkák teljes körű elvégzését, a kapcsolódó szolgáltatások teljes körű és szerződészerű teljesítést az előírt teljesítési határidőre.”

8. A vállalkozási szerződés 21. oldalán a VIII. A vállalkozó jogai, kötelezettségei fejezetben a 77. pontban – többek között – az alábbi került megjelölésre:

„A Munkaterület lehatárolása, a vonatkozó munkavédelmi-, tűzrendészeti, stb. előírások betartása a Munkaterület, a Vállalkozó által beszállított anyagok, berendezések, stb., raktárak *megfelelő védelme, őrzése a Vállalkozó feladata.*”

9. A vállalkozási szerződés 22. oldalán a VIII. A vállalkozó jogai, kötelezettségei fejezetben a 81. pontban – többek között – az alábbi került rögzítésre:

„*A Munkaterület megfelelő védelme, őrzése a Vállalkozó kötelezettsége.* Ezen intézkedések be nem tartásából származó minden felelősség a Vállalkozót terheli.”

10. A vállalkozási szerződés 3. oldalán a II. Értelmező rendelkezések fejezetben a 6. Személyek pont c) alpontja szerint:

„»Alvállalkozó« jelenti a Kbt. 3. § 2. pontjában foglaltakra is tekintettel azt a személyt, illetve céget, akivel a Szerződés teljesítése érdekében a Vállalkozó alvállalkozói szerződést köt, vagy a Szerződés teljesítésében a Vállalkozó által bevontan közvetlenül részt vesz, és annak törvényes jogutódait, de nem jelenti annak bármely engedményesét.”

11. A vállalkozási szerződés 4. oldalán a II. Értelmező rendelkezések fejezetben a 7. Dokumentumok pont i) alpontja szerint:

„»Alvállalkozói Szerződés« jelenti a Vállalkozó és az egyes Alvállalkozók között a Projektlem megvalósítása érdekében kötött szerződéseket.”

12. A vállalkozási szerződés 25-26. oldalain a IX. Alvállalkozók, szakemberek fejezet egyes pontjaiban – többek között – az alábbiak kerültek rögzítésre:

„93. A Vállalkozó kötelezettsége, hogy a teljesítése során betartsa a Kbt. 138. § és 139. §-ban az alvállalkozókra és a szakemberekre, a Szerződést teljesítő személyekre meghatározott előírásokat.

94. A Felek a Kbt. rendelkezéseire is figyelemmel megállapodnak, hogy a Szerződés teljesítéséhez a Vállalkozó alvállalkozó igénybevételére kizárólag a Kbt.-ben meghatározott

rendelkezések alapján és csak abban az esetben jogosult, ha az ajánlatában alvállalkozók igénybevételenek szándékáról nyilatkozott. ...

95. A Vállalkozó teljesítésében köteles közreműködni a Kbt. 138.§ (2) bekezdése rendelkezései figyelembevétele mellett az olyan alvállalkozó és szakember, aki a közbeszerzési eljárásban részt vett a Vállalkozó alkalmasságának igazolásában. A Vállalkozó köteles a Megrendelőnek a teljesítés során minden olyan – akár a korábban megjelölt alvállalkozó helyett igénybe venni kívánt – alvállalkozó bevonását előzetesen bejelenteni, akit az ajánlatában nem nevezett meg és a bejelentéssel együtt nyilatkoznia kell arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll a Kbt. szerinti kizáró okok hatálya alatt.”

„97. A Vállalkozó köteles a Szerződés rendelkezéseit az alvállalkozókkal kötött szerződéseiben is megfelelően érvényesíteni. Ezen rendelkezések és előírások alvállalkozók általi betartásáért a Vállalkozó a Megrendelővel szemben felelősséggel tartozik. A Vállalkozó a Megrendelővel szemben egyebekben teljes mértékben felel az alvállalkozói minden tevékenységéért és cselekedetért. A Vállalkozó köteles minden Alvállalkozói szerződést írásba foglalni. A Vállalkozó nem köthet olyan szerződést az Alvállalkozóval, amelyben bármely feltétel korlátozza a Megrendelő jelen Szerződésen alapuló jogait, így különösen nem köthet szerződést Alvállalkozó tulajdonjogának fenntartásával. A Vállalkozó köteles az Alvállalkozó szerződésében meghatározni, a szerződés megkötéskor hatályos jogszabályok alapján valamennyi kötelező tartalmi elemet.”

„99. A Vállalkozó kijelenti, hogy jelen Szerződés teljesítése céljából, e Szerződésen alapuló egyéb szerződéseiben saját magára vonatkozó kötelezettségként vállalja a Kbt. 135. § szerinti előírások és az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendeletben foglaltak érvényesítését.”

13. A vállalkozási szerződés 29-32. oldalain a X. Pénzügyi és fizetési feltételek fejezet egyes pontjaiban – többek között – az alábbiak kerültek rögzítésre:

„116. A Vállalkozó a Műszaki Ellenőr írásbeli javaslata alapján a Megrendelő által kiállított (elektronikus vagy az e-napló lezárást követően papír alapon kiállított) Teljesítési Igazolás alapján nyújthat be számlát a számlában részletezve az alvállalkozói teljesítés, valamint a vállalkozói teljesítés mértékét. ...”

„122. A Vállalkozó – az előlegszámlán kívül – valamennyi számla tekintetében legkésőbb a teljesítés elismerésének időpontjáig köteles nyilatkozatot tenni Megrendelő felé arról, hogy az általa a teljesítésbe bevont alvállalkozók közül, egyenként ki mekkora összegre jogosult az ellenszolgáltatásból, egyidejűleg köteles felhívni az alvállalkozókat, hogy állítsák ki ezen számláikat.

„123. A Megrendelő a teljesítés ellenértékét a szabályszerűen kiállított számla kézhezvételét követő harminc – vagy a Ptk. 6:130. § (3) bekezdése szerinti esetben legfeljebb hatvan – napon belül utalja át a számlán feltüntetett bankszámlára való banki átutalással. A Megrendelő a jelen Szerződésben meghatározott építőipari kivitelezési tevékenység ellenértékének pénzügyi fedezetével rendelkezik. A Vállalkozó és az Alvállalkozók számláinak benyújtására és kifizetésére egyebekben a 322/2015. (X. 30.) Kormányrendelet 31-32/A. §, a Kbt. 135. § (1)-(3); (5)-(8) bekezdésében foglaltak, valamint a Ptk. 6:130. § (1)-(2) bekezdésében foglaltak is irányadóak.”

14. A kérelmezett és az Eurovéd Security Zrt. 2017. október 6-án kötöttek vállalkozási szerződést.

15. A szerződés 1. pontja szerint: „Megbízó megbízza a Megbízottat a 1087 Budapest, Kerepesi 15. és 17. sz. alatti »Bontási munkák, valamint ahhoz kapcsolódó szolgáltatások

(tervezés, engedélyezés, egyéb környezetvédelmi feladatok) elvégzése meghatározott ingatlanokon« bontási projekt építési munkaterület őrzésével.”

16. A szerződés 7. pontja rögzíti, hogy „Megbízottat az 1. pontban rögzített feladatok végrehajtásáért megbízotti díj illeti meg, melynek mértéke: 1.250 Ft/fő/óra+ÁFA.”

17. A szerződés 8. pontja alapján „A megbízási szerződés 2017.10.09-től lép hatályba. A jelen szerződés határozatlan időre szól.”

18. Az Eurovéd Security Zrt. nevében nyilatkozattételre jogosult B.I. 2017. október 6-án a tárgybéli közbeszerzési eljárást megnevezve és arra hivatkozva nyilatkozott arról, hogy nem állnak fenn vele szemben a Kbt. 62. § és 63. § szerinti kizáró okok. Ezen nyilatkozatot a kérelmezett az ellenőrzési eljárás során bocsátotta a Közbeszerzési Hatóság rendelkezésére, valamint az ajánlatkérőnek is rendelkezésére állt.

19. A kérelmezett az ajánlatkérő felé az alvállalkozói teljesítésekről összesen 5 db részszámlát és egy darab végszámlát állított ki. Az egyes részszámlákhoz és a végszámlákhoz is csatolt nyilatkozatot, melyeken részletezte az alvállalkozói teljesítéseket alvállalkozónként. Ezen nyilatkozatok egyikén sem szerepelt az Eurovéd Security Zrt. teljesítése. A kérelmezett a részszámlákhoz és a végszámlához megküldte ajánlatkérőnek az alvállalkozók kifizetését igazoló bizonylatokat, melyek között nem szerepelt az Eurovéd Security Zrt. felé történő kifizetésről szóló bizonylat.

20. Az első négy részszámlához a kérelmezett mellékelte egy-egy táblázatot, melyben feltüntette költségvetési tételenként a teljesítés arányát, melyben 2.2 soron szerepelt „A bontási terület őrzés-védelme” tétel időarányos előrehaladással feltüntetve. Az EUROVÉD Security Zrt. havonta állított ki számlát a kérelmezett részére mindösszesen nettó 26.968.450.- Ft összegben, melyből 20.110.450.- Ft került kifizetésre.

21. A kérelmezett a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési eljárásában 2018. július 26-án úgy nyilatkozott, hogy: „Az Eurovéd Security Zrt. szolgáltatási tevékenységet folytatott tárgyi projekten, ezért nem került lejelentésre, mint alvállalkozó.”

A hivatalbóli kezdeményezés

22. A hivatalbóli kezdeményező a 2018. augusztus 30-án előterjesztett hivatalbóli kezdeményezésében a kérelmezettel szemben kérte a jogsértés megállapítását, illetve bírság kiszabását. Kezdeményezése jogalapjaként a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontját jelölte meg.

23. A hivatalbóli kezdeményező a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet alapján a T-02201/2018. iktatószámú ellenőrzése alapján az alábbi két kezdeményezési elemet terjesztette elő.

24. A hivatalbóli kezdeményezés első kezdeményezési elemében foglaltak szerint a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdésének második mondatát, melyre vonatkozóan a hivatalbóli kezdeményező az alábbiakat adta elő.

A kezdeményező előadta, hogy az EUROVÉD Security Zrt. havonta állított ki számlát a kérelmezett részére mindösszesen nettó 26.968.450.- Ft összegben, amelyből 20.110.450.- Ft került kifizetésre, illetve 2018. augusztus 3. napján vált esedékessé 6.858.000.- Ft kifizetése. Az EUROVÉD Security Zrt. a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés

teljesítésében a kérelmezett által bevontan, közvetlenül vett részt, így alvállalkozónak minősült.

25. A kezdeményező álláspontja szerint az a körülmény, hogy a bontási munkaterület őrzése kifejezett szerződéses kötelezettsége volt a nyertes ajánlattevőknek, egyben megalapozza az EUROVÉD Security Zrt. alvállalkozói minőségét, függetlenül attól, hogy ezen szolgáltatási tevékenység nem minősül kivitelezési tevékenységnek. A bontási munkaterület őrzése szervezen kapcsolódik a bontási munkák elvégzéséhez, ezen munkálatok biztonságos elvégzését szolgálja, amely nélkül maga a bontási munkálat sem lenne szabály- és szerződésszerűen elvégezhető.

26. A kezdeményező szerint a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglaltakat, mert az EUROVÉD Security Zrt.-t, mint alvállalkozót nem jelentette be az ajánlatkérő részére, egyúttal a kizáró okok fennállásának hiányát sem igazolta.

27. A kezdeményező a jogsértés tudomásra jutásaként 2018. július 27. napját jelölte meg, amikor a kérelmezett megküldte az ajánlatkérő felé bejelentett alvállalkozók listáját.

28. A jogsértés megtörténteként 2017. október 9. napja került rögzítésre, mivel jelenléti ív szerint ekkor kezdte meg a tárgyi munkaterületen a teljesítést az EUROVÉD Security Zrt. egyik dolgozója. A kezdeményező véleménye szerint a kérelmezett ezen időpontig teljesíthette volna a bejelentési kötelezettségét.

29. A hivatalbóli kezdeményező a második kezdeményezési elemben előadta, hogy az EUROVÉD Security Zrt. alvállalkozóként vett részt a közbeszerzési szerződés teljesítésében, ezért az általa kiállított számlák kifizetése során alkalmazni kellett volna a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. §-ának b), c) és f) pontjában foglalt rendelkezéseit.

30. A kérelmezett azzal, hogy

- a teljesítés elismerésének időpontjáig egyáltalán nem tett nyilatkozatot az ajánlatkérő felé, hogy az általa a teljesítésbe bevont EUROVÉD Security Zrt. mekkora összegre jogosult az ellenszolgáltatásból, és ezzel egyidejűleg nem hívta fel EUROVÉD Security Zrt.-t arra, hogy állítsa ki ezen számláit, megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltakat;

- az ajánlatkérő felé kiállított számláiban egyáltalán nem részletezte az EUROVÉD Security Zrt. teljesítését megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdés c) pontjában foglaltakat;

- mivel a kérelmezett nem egyenlítette ki jogszerűen a EUROVÉD Security Zrt. alvállalkozói számláit, ezért az átutalások igazolásainak másolatait sem adhatta át az ajánlatkérő részére, ezzel megsértette 322/2015. Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdés f) pontjában foglaltakat.

31. A kezdeményező a jogsértés tudomásra jutásaként 2018. augusztus 10. napját jelölte meg, amikor az ajánlatkérő megküldte a teljesítésigazolásokat, a számlákat és a részszámlákat.

32. A jogsértés megtörténteként 2017. november 10. napja került rögzítésre, mivel az ajánlatkérő e napon adta ki az első teljesítésigazolását. Ennek értelmében a kérelmezett az EUROVÉD Security Zrt. 2017. év október havi teljesítése tekintetében legkésőbb 2017. november 10. napjáig lett volna köteles nyilatkozatot tenni az ajánlatkérő felé, hogy az általa a teljesítésbe bevont EUROVÉD Security Zrt. mekkora összegre volt jogosult az

ellenszolgáltatásból, és ezzel egyidejűleg felhívni az EUROVÉD Security Zrt.-t arra, hogy állítsa ki ezen számláit.

33. A hivatalbóli kezdeményező mindezek alapján kérte, hogy a Döntőbizottság – amennyiben annak feltételei fennállnak – a Kbt. 149. § (1) bekezdésének e) pontjára figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdésének e) pontja, valamint a 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján állapítsa meg a jogsértés elkövetését, valamint szabjon ki bírságot a kérelmezettel szemben.

Az ajánlatkérő észrevétele

34. Az ajánlatkérő észrevételt nem tett.

A kérelmezett észrevétele

35. A kérelmezett észrevételében vitatta a jogsértés elkövetését, kérte a jogsértés hiányának megállapítását.

36. Előadta, hogy a kezdeményezés alaptalan, mert ellentétes az irányadó jogszabályi előírásokkal. Ismertette, hogy a jogorvoslati eljárás tárgya építési beruházásra kötött szerződés teljesítése, melyben az EUROVÉD Security Zrt. őrző-védő szolgáltatásokat nyújtott, de az építési naplóba nem került bejegyzésre, mint alvállalkozó.

37. Közölte, hogy az eljárás tárgyára tekintettel a Kbt. 198. § (1) bekezdés 9. pontja szerinti rendelkezésre figyelemmel a specifikus, kifejezetten az építési beruházásokra vonatkozó külön rendelkezéseket kell alkalmazni. Ez a külön jogszabály az építési beruházások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/3015. (X. 30.) Korm. rendelet (továbbiakban: 322/3015. Korm. rendelet).

38. A 322/3015. Korm. rendelet 18. fejezetének címe: „*A szerződés teljesítésére és az alvállalkozókra vonatkozó rendelkezések*”, így az építési beruházások esetén ezen Korm. rendeletben, annak is a 18. fejezetében foglaltak szerint kell megítélni az alvállalkozókat.

39. A Korm. rendelet 27. § (1) bekezdésében a jogalkotó az építési beruházások, az építőipari kivitelezés sajátosságainak megfelelően nem a Kbt. általános részében, a 3. § 2. pontban meghatározott alvállalkozói fogalomra utal vissza, hanem az építőipari munkák alapdokumentumára az építési naplóra alapítva írja elő a Kbt. 138. § (1)-(2)-(3) és (5) bekezdése teljesítését. Ebből következően az építési napló adatai alapján kell ellenőrizni építési beruházásoknál az alvállalkozói előírásokat, ami szerves összhangban áll az építési beruházások sajátosságaival és jogszabályi környezetével.

40. A kérelmezett szerint az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Kormányrendelet (a továbbiakban: Épkiv.) 1. § (1) bekezdése, a 24. § - 27/B. §-a, a 27/A. § (5) bekezdése és a 2. § m) pontjaiban foglalt rendelkezései megvilágítják a Korm. rendelet 27. § (1) bekezdésének tartalmát.

41. Álláspontja szerint a Korm. rendelet az építési beruházás esetén az építési napló alapján kívánja ellenőrizni az építési beruházásoknál az alvállalkozói kötelezettségek teljesítését, mivel az építési napló az építési beruházásban kivitelezői tevékenységet végzőket teljes körűen tartalmazza. Ezzel a Korm. rendelet azt is kijelölte, hogy azok a személyek, akik

nem végeznek az építési beruházáson kivitelezési tevékenységet, azokat nem kell az építési naplóba annak alvállalkozói nyilvántartásába bejegyezni.

42. Megítélése szerint, miután a Kbt. felhatalmazása alapján az építési beruházásokra meghozott Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése egyértelműen és jogszabályi szinten rendezte azt, hogy az építési beruházásokra vonatkozó közbeszerzési szerződéseknél az építési napló szerinti alvállalkozó az irányadó, ezért jelen jogorvoslati eljárás során nem áll fenn jogi lehetőség arra, hogy a jogalkalmazó szervek eltérjenek a Korm. rendelet előírásától.

43. Hangsúlyozta, hogy a Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése kifejezetten tartalmazza a Kbt. 138. § (1)-(2)-(3)-(5) bekezdése rendelkezésére történő hivatkozást is. A Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése alapján az építési naplóban bejegyzett alvállalkozók alapján kell megítélni az alvállalkozói teljesítési arányt is.

44. A hivatalbóli kezdeményezés a Kbt. 138. § (3) bekezdése szerinti kötelezettségre vonatkozik. A kérelmezett szerint kijelenthető ezen Korm. rendelet 27. § (1) bekezdésében kiadott előírások alapján, hogy a Kbt. 138. § (3) bekezdése tekintetében kizárólag az építési naplóba bejegyzendő alvállalkozó kivitelezők vonatkozásában áll fenn kötelezettség az ajánlatkérő felé történő bejelentésre. Miután az EUROVÉD Security Zrt. nem kivitelező, nem végez kivitelezést, nem alvállalkozói kivitelező, ezért nem áll fenn kötelezettség, továbbá jogi lehetőség sem az építési naplóba történő bejegyzésre, ezért a kérelmezett jogszerűen járt el, nem sértette meg a Kbt. 138. § (3) bekezdését.

45. A kezdeményezés második eleme vonatkozásában ismertette, hogy miután a Korm. rendelet maga megadta a 18. fejezetében, hogy szerződés teljesítése során ki minősül alvállalkozónak, továbbá a Korm. rendelet egységes egész, nem tartalmaz eltérő rendelkezést, hivatkozást, ezért ugyanezen Korm. rendeleti alvállalkozói fogalom az irányadó a Korm. rendelet 32/A. § -a szerinti kifizetési szabályokra is.

46. A kérelmezett szerint ebben az esetben is az a megállapítás tehető, hogy nem sértette meg a Korm. rendelet 32/A. §-a előírásait, miután az EUROVÉD Security Zrt. nem kivitelező, nem végez kivitelezést, nem alvállalkozói kivitelező, ezért nem állt fenn kötelezettsége a Korm. rendelet 32/A. § szerinti kifizetésre EUROVÉD Security Zrt. tekintetében.

47. Összefüggés, szakmaiság okán rámutatott az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII. törvény (a továbbiakban: Étv.) 39/A. § (6) bekezdésének rendelkezésére is, mely az alábbiakat mondja ki: „Építési tevékenység végzésére az építtető a vállalkozó kivitelezővel (alvállalkozói szerződés esetén a vállalkozó kivitelező az alvállalkozó kivitelezővel) kivitelezési szerződést köt. A kivitelezési szerződés teljesítésében részt vevő alvállalkozó kivitelező kivitelezési szerződésében rögzített fizetési határideje nem haladhatja meg az építtető és a vállalkozó kivitelező által megkötött kivitelezési szerződésben meghatározott fizetési határidejét. Az építtetővel szerződéses viszonyban álló vállalkozó kivitelező – a közbeszerzésekről szóló törvény hatálya alá tartozó, 2015. november 1-jét követően megindított építési beruházásokra irányadó kifizetési szabályok alkalmazása kivételével – a kivitelezési szerződésben foglalt kötelezettsége maradéktalan teljesítéséről benyújtott végszámla teljes körű kiegyenlítésére csak akkor jogosult, ha a kötelezettsége teljesítésében részt vevő alvállalkozó kivitelezők követelésének kiegyenlítését hiánytalanul igazolja, függetlenül azok fizetési határidejétől.”

48. Az Étv., mint ágazati szakjogszabály célja is az, hogy biztosítékot nyújtson az alvállalkozói kivitelezők kifizetésére, mint arra a törvényhez fűzött indokolás is utal, mely szerint: „A rendelkezés a Kbt.-nek és az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII. törvénynek (a továbbiakban: Étv.) a koherenciáját teremti meg. A Kbt. 135. § (3)-(4) bekezdése sajátos kifizetési szabályokat határoz meg az építési beruházások körében, mely összhangban áll az Étv. 39/A. § (6) bekezdésében foglalt, az alvállalkozó kifizetésének biztonságát célzó rendelkezés jogalkotói szándékával.”

49. Közölte, hogy annyi változás történt, hogy a Kbt. 135. § (3)-(4) bekezdéséből a sajátos kifizetési szabályok kikerültek a Korm. rendelet 32/A. §-ába, illetve részben módosultak, de az ügy lényege szempontjából az megmaradt, hogy mind az Étv., mind a Korm. rendelet az alvállalkozói kivitelezők kifizetésének szabályait határozza meg.

50. A kérelmezett szerint a fentiek egyértelműen alátámasztják, hogy a kezdeményező nemcsak mellőzte az ügyre vonatkozó jogszabályi előírásokat, hanem szakmaiatlanul közelítette meg a kérdést, mivel nem vette figyelembe az építési beruházások sajátosságait.

51. A fentiekből következően nem sértette meg a kezdeményező által megjelölt jogszabályi előírásokat, mivel a Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése alapján az építési beruházásra vonatkozó szerződés teljesítése során az EUROVÉD Security Zrt. nem minősül alvállalkozónak, ezért nem terheli a kérelmezettet az EUROVÉD Security Zrt. tekintetében ezen jogszabályai előírások szerinti eljárás.

52. Hangsúlyozta, hogy egy őrző-védő szolgáltató szolgáltatása nem minősülhet egy építési beruházás tekintetében a Kbt. 3. § 2. pontja szerinti alvállalkozói szolgáltatásnak, mivel semmiképpen nem közvetlen, miután a Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése és Kbt. 138. § (1) bekezdése alapján nem számít bele, figyelmen kívül kell hagyni a teljesítési arány meghatározása során.

53. Közölte, hogy az EUROVÉD Security Zrt. szolgáltatása a konkrét közbeszerzési szerződés teljesítése vonatkozásában – bár nem irányadó –, de egyébként sem minősülhetne Kbt. 3. § 2. pontja szerinti alvállalkozónak, mivel a felek között létrejött szerződés nem építési beruházásra irányuló szerződés, így tartalma alapján nem sorolható be sem a Kbt. 8. § (3) bekezdése, sem a Kbt. 1. számú melléklete hivatkozott rendelkezései alapján meghatározott építési beruházás jogszabályi fogalmának körébe.

54. A 322/2015. Korm. rendelet előírásai alapján véleménye szerint egyértelműen megállapítható, hogy az EUROVÉD Security Zrt. az őrzés-védési feladatai teljesítése során közbeszerzési jogi szempontból nem végzett, és nem is végezhetett építési beruházási feladatokat. Az őrzés-védési tevékenységet ugyanis sem a Kbt. idézett szabályai, sem pedig a 322/2015. Korm. rendelet előírásai nem sorolják az építési beruházási tevékenységek közé. Abból következően, hogy az EUROVÉD Security Zrt. nem láthatott el építési feladatokat, a hozzá kapcsolódó számlázási kötelezettséget sem teljesíthette a kérelmezett a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. §-a szerinti szabályoknak megfelelően.

55. Kiemelte továbbá, hogy az őrző-védő tevékenység az építési beruházási tevékenységektől adózási szempontból is alapvetően különbözik. Amint azt a Szerződés 14. pontja is rögzíti, az általános forgalmi adóról szóló 2007. évi CXXVII. törvény (a továbbiakban: Áfa tv.) 142. § (1) bekezdés b) pontja alapján az építési-szerelési és egyéb olyan szerelési munka esetében, amely ingatlan létrehozatalára, bővítésére, átalakítására vagy egyéb megváltoztatására – ideértve az ingatlan bontással történő megszüntetését is – irányul, a

szolgáltatás igénybevevője – tehát jelen esetben az ajánlatkérő – fizeti az általános forgalmi adót. A Szerződés 14. pontja rögzíti, hogy az építési beruházásra vonatkozó szabályokkal szemben az őrző-védő szolgáltatás – mint vagyoni, illetve személyvédelemre irányuló tevékenység – tekintetében az Áfa tv. szerinti fordított adózás nem alkalmazandó.

56. A kérelmezett szerint ebből is egyértelműen következik, hogy a kérelmezettnek nem volt a 322/3015. Korm. rendelet (1) bekezdés b); c) és f) pontja szerinti kötelezettsége az EUROVÉD Security Zrt.-vel kapcsolatos elszámolása során, tehát nem sérthette meg a 322/3015. Korm. rendelet (1) bekezdés b); c) és f) pontjában foglaltakat.

57. A kérelmezett kiemelte azt is, hogy az EUROVÉD Security Zrt. nem vett részt a közbeszerzési szerződés közvetlen teljesítésében. Előadta, hogy a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 6:129. §-a értelmében a felek a kötelezettségeik teljesítéséhez vagy joguk gyakorlásához közreműködőt vehetnek igénybe. A közreműködő polgári jogi fogalma szélesebb körű, mint a Kbt. 3. § 2. pontja szerinti alvállalkozó, továbbá szélesebb, mint az építési napló, illetve az Épkiv. szerinti alvállalkozó.

58. A nem építési beruházásra vonatkozó közbeszerzési szerződések tekintetében a Kbt. 3. § 2. pontja megköveteli a közvetlen részvételt a szerződés teljesítésében.

59. Felhívta a Döntőbizottság figyelmét, hogy a közbeszerzésben használt alvállalkozó-definíció tekintetében a [közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvényben] 2009. április 1-jén hatályba lépő módosítással nyert törvényi megfogalmazást a teljesítésben való közvetlen részvétel követelménye. E dátumot megelőzően alvállalkozónak „az a szervezet (személy) minősült, *„amellyel (akivel) az ajánlattevő a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése céljából, e szerződésre tekintettel fog szerződést kötni vagy módosítani, kivéve, ha a szervezet (személy) tevékenységét kizárólagos jog alapján végezte”*”.

60. A teljesítésben való közvetlen részvétel követelményének törvényi megfogalmazásával, mely 2009. április 1-jén lépett hatályba, a jogalkotó egyértelművé tette, hogy az alvállalkozói minőség megállapításához nem elegendő a teljesítésben való részvétel, hanem a teljesítésben való részvételtől megkülönböztette a közvetlen részvételt. A kérelmezett szerint ezen kitétel az EUROVÉD Security Zrt. esetében nem állt fenn.

61. A Kbt.-n kívül maga a Szerződés is meghatározta az alvállalkozó fogalmát, mely nem egyeztethető össze az EUROVÉD Security Zrt. alvállalkozói minőségével.

62. Jogi szempontból azt a kérdést, hogy egy építési beruházásra irányuló szerződés esetén ki minősíthető a teljesítésben közvetlenül részvevőnek a korábban ismertetett jogszabályok egyértelműen, pontosan meghatározzák. Az EUROVÉD Security Zrt. őrző-védő feladatok ellátása kapcsán a vonatkozó építőipari jogi előírások értelmében építési beruházásra irányuló (al)vállalkozási szerződést nem köthet, tehát nem vehet részt közvetlenül a kérelmezett és az ajánlatkérő között létrejött szerződés teljesítésében.

63. A kérelmezett előadta, hogy az őrzés-védési tevékenység nem minősül építőipari kivitelezési tevékenységnek az Épkiv. jogszabályi rendelkezései alapján, erre nem köthető építési beruházásra irányuló vállalkozási szerződés, melyből következően az őrző-védő tevékenység ellátásával az EUROVÉD Security Zrt. nem vesz részt közvetlenül az építési beruházás megvalósításában és így az annak megvalósítására irányuló közbeszerzési szerződés teljesítésében sem. A fentiekben túl az EUROVÉD Security Zrt.-re nem vonatkoznak továbbá az Épkiv. 24. §-27/B. §-i szerinti építési napló vezetési kötelezettségek.

64. A fentiekkel ellentétben azonban az EUROVÉD Security Zrt. által ellátott feladatok kapcsán megállapított kötelezettségeket, továbbá a szükséges engedélyeket a személy- és vagyonvédelmi, valamint a magánnyomozói tevékenység szabályairól szóló 2005. évi CXXXIII. törvény, valamint annak végrehajtási rendeletei határozzák meg.

65. Kifejtette, hogy az őrző-védő tevékenység gondossági jellege nyilvánvaló. Erre vonatkozóan a Fővárosi Ítéltábla kimondta, hogy az őrző-védő feladat *„ellátását vállaló fél az objektum őrzésének vállalásakor nem garantálja abszolút módon, hogy az őrzött objektumot fenyegető minden támadást elhárít... Ennek végső oka pedig a kifejtteni vállalt tevékenység fizikai természetében rejlik... Mindenre hatással lehetnek ugyanis a tevékenység kifejtőjétől és magától a tevékenységtől is független, olyan külső tényezők, amelyek a feladat leggondosabb ellátása ellenére is megakadályozhatják, vagy korlátozhatják, illetőleg módosíthatják a célzott eredmény bekövetkezését... Ez a külső bizonytalansági tényező az adott tevékenység fizikai természetéből adódó egyik jellemző vonás, sajátosság.”*

66. A hivatkozottak alátámasztják, hogy az őrző-védő tevékenység nem eredményorientált, hanem gondosságra épülő, erősen megbízási jellegű feladat. Az őrző-védő tevékenység, mint az EUROVÉD Security Zrt. kizárólagos feladata – annak gondossági jellegére tekintettel – a közbeszerzési szerződés tárgyát képező főkötelezettségektől dogmatikailag alapvetően eltér.

67. Az EUROVÉD Security Zrt. kizárólagosan őrző-védő tevékenységet végez, egyéb, vállalkozás jellegű tevékenység végzése nélkül. A Szerződés teljesítésében való közbeszerzési minősítés szempontjából alvállalkozói részvétel ugyanakkor megkövetelné a Szerződéssel elérni kívánt eredmény megvalósításához történő aktív hozzájárulást.

68. Abból következően, hogy az EUROVÉD Security Zrt. a gondossági jellegű őrző-védő tevékenysége által nem törekszik eredmény létrehozására, így közvetlenül nem mozdítja elő a közbeszerzési szerződés teljesítését sem. A közbeszerzési szerződés teljesítésében történő közvetlen részvétel nélkül az EUROVÉD Security Zrt. alvállalkozói minősége sem állapítható meg. Álláspontja szerint a kezdeményező érvelése jogszabályba ütközik, és ellentétes az évtizedek óta töretlen és következetes joggyakorlattal.

69. Kiemelte továbbá, hogy a jelen a jogorvoslati eljárás tárgyát képező közbeszerzési eljárás is megkapta a pozitív tartalmú tanúsítványt az eljárást ellenőrző illetékes ellenőrző szervektől, így a kezdeményező jelen ügyben történő eljárása ellentétes, sérti a Kbt. 2. § (2) bekezdésében foglalt esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmód alkalmazását előíró alapelvét, tehát diszkriminatív a kérelmezettel kapcsolatban.

70. A kérelmezett 2018. november 5-i kérelmében kérte tárgyalás tartását, mely álláspontja szerint az ügyféli jogainak gyakorlása és a tényállás tisztázása miatt szükséges.

A hivatalbóli kezdeményező észrevétele

71. A kezdeményező előadta, hogy a kérelmezett jogi és szakmai álláspontjának kialakításakor az Épkiv. rendelkezéseire úgy támaszkodott, hogy a Kbt. által meghatározott alvállalkozói fogalomkörrel mellőzte, és az Épkiv. alvállalkozói kivitelező fogalmát tekintette alkalmazandónak. Ennek következtében kérelmezett álláspontjából olyan téves következtetés adódik, hogy építési beruházás esetén egy olyan gazdasági szereplőt, aki önmagában a Kbt. alkalmazásában ugyan alvállalkozónak minősülne, azonban az Épkiv. szerint nem

alvállalkozó (kivitelező), azt nem kell alvállalkozónak tekinteni, következésképpen nem vonatkozik rá a bejelentési és ellenőrzési kötelezettség.

72. A kezdeményező ezzel kapcsolatban kiemelte, hogy a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése – noha valóban az építési naplót tekinti a Kbt. 138. § szerinti bejelentési kötelezettség teljesítése/ellenőrzése alapidokumentumának – nem az építési napló vezetésével kapcsolatos részletszabályokat tartalmazó Épkiv. külön definiált alvállalkozó kivitelező fogalmát használja, hanem továbbra is az alvállalkozó fogalmat, amelyet pedig a Kbt. definiál. Kiemelte, hogy a két személyi kör nem fedi le teljesen egymást, hiszen minden kivitelező alvállalkozó egyben a Kbt. szerinti alvállalkozónak minősül, ugyanakkor nem minden Kbt. szerinti alvállalkozó minősül alvállalkozó kivitelezőnek.

73. Mindemellett az Épkiv. maga is olyan szabályozási megoldást használ, hogy hol alvállalkozó, hol alvállalkozó kivitelező fogalmakat használ, azaz nem kizárólag az alvállalkozó kivitelezőt ismeri.

74. Hangsúlyozta, hogy az Épkiv. értelmező rendelkezései között külön is nevesített alvállalkozó kivitelező fogalom mellett ugyanis a jogszabály szövegében megjelenik az alvállalkozó szóhasználat is (pl.: 2. sz. melléklet/ II. Naplórész/ 1. Napi bejelentés).

75. Utalt arra is, hogy az Épkiv. szabályozásában megjelenik mind az alvállalkozó, mind az alvállalkozó kivitelező, és pl. az e-alnapló vezetését nem valamennyi alvállalkozó, hanem csak az alvállalkozó kivitelezők vonatkozásában írja elő. Az alvállalkozó és az alvállalkozó kivitelező kategóriák alkalmazását az Épkiv.-ben az indokolja, hogy a kivitelezési szerződés teljesítése során a vállalkozónak olyan feladatokat is szükségszerűen el kell látnia, olyan kötelezettségeket is teljesítenie kell, amelyek nem tipikus kivitelezési munkák, s amelyek pl. a Kbt. rendszerében önmagukban nem építési beruházásnak, hanem jellemzően szolgáltatás-megrendelésnek minősülnének, ugyanakkor azt az Épkiv. mégis kifejezetten és közvetlenül a kivitelező kötelezettségévé teszi (pl. munkaterület őrzése, lőszermentesítés). Ezek ráadásul effektíve ellátandó feladatok, nem pedig pusztán jogi, vagy adminisztratív értelemben vett feltételnek való megfelelést takarnak. Közölte, hogy az Épkiv. 24. § (2) bekezdése rögzíti, hogy az építési naplónak egyebek mellett tartalmaznia kell a munka menetére vonatkozó jelentős tényeket. Álláspontja szerint ilyen jelentős – ekként pedig az építési naplóba bejegyzendő – ténynek minősül az Épkiv. által, a vállalkozó kivitelező részére jogszabályi szinten előírt építési munkaterület őrzésének, vagy akár a lőszermentesítés elvégzése. Ugyancsak jelentős tény, hogy ezen munkákat ténylegesen ki végzi el, ki biztosítja, így amennyiben a kivitelező a munkaterület őrzését, vagy akár lőszermentesítését más gazdasági szereplő / alvállalkozó útját látja el, az érintettre vonatkozó bejegyzést az építési naplóba mind a Kbt., mind az Épkiv. alapján meg kell tenni.

76. A kezdeményező előadta, hogy a tárgyi esetben a kérelmezettnek, mint vállalkozó kivitelezőnek az építési naplóba (az e-főnaplóba, a saját bejegyzései között) a kivitelezési szerződés tárgyát képező munka menetére vonatkozó jelentős tényként be kellett volna jegyeznie a munkaterület őrzésének biztosítása érdekében igénybe vett EUROVÉD Security Zrt.-t. A fentieket összevetve az ajánlatkérő azon – 322/2015. Korm. rendeletben rögzített – kötelezettsége, hogy az építési napló adatai alapján ellenőrzi a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglaltakat nem jelentheti azt, hogy ez az ellenőrzés csak az alvállalkozói nyilvántartásban rögzített alvállalkozó kivitelezőkre terjedne ki, hiszen az építési napló adatai szükségszerűen tágabb kört ölelhetnek fel.

77. A hivatalbóli kezdeményező szerint az EUROVÉD Security Zrt. által ellátott őrzés-védelmi feladat nemcsak a műszaki leírásban és a szerződésben megjelenő feladat, hanem az Épkiv. tételes jogi rendelkezése alapján kifejezetten és közvetlenül a kivitelezőhöz telepített feladat, kötelezettség. Ennélfogva a munkaterület őrzése a kivitelezés szerves része, ezen feladat ellátója jogszabályi és egyben szerződéses kötelezettség ellátásában, teljesítésében vesz részt közvetlenül. Kiemelte azt is, hogy a Kbt. alvállalkozói definíciójában megkövetelt azon kitétel is fennáll, mely szerint az EUROVÉD Security Zrt. a kérelmezett által közvetlenül bevontan vett részt a teljesítésbe.

78. A kezdeményező hivatkozott álláspontjának alátámasztására a Döntőbizottság eseti döntéseire (pl. D.559/7/2017., D.28/24/2017.), valamint a D.28/24/2017. számú határozat felülvizsgálata alapján a Fővárosi Törvényszék 21.K.700.334/2018/8. számú ítéletére, melyben a bíróság rögzítette, hogy „a szerződés szerinti teljesítéshez szükséges a biztonság garantálása, a balesetvédelmi szempontok érvényesítése, ezek nélkül a szerződésben foglaltakat szerződés szerint teljesíteni nem lehetséges. Emiatt a cég tevékenysége is közvetlenül kapcsolódik a teljesítéshez, tehát a fenti társaság alvállalkozónak minősült.”

79. A hivatalbóli kezdeményező szerint a fenti döntésekből egyértelműen levonható az a következtetés, hogy az építési beruházás tárgyú közbeszerzési szerződések teljesítése során, a nyertes ajánlattevő részére ugyan nem effektív kivitelezési munkát végző, de a felhívásban, a dokumentációban, a közbeszerzési szerződésben a beszerzés tárgyaként, illetve ebből fakadó szerződéses kötelezettségként nevesített feladatot, vagy annak szerves részét képező részfeladatot teljesítő gazdasági szereplő a Kbt. szerinti alvállalkozónak minősül, azaz vonatkozik rá a Kbt. 138. §-ában foglalt bejelentési és ellenőrzési kötelezettség.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

80. A jogorvoslat alapjául szolgáló közbeszerzési eljárás 2017. május 26. napján indult, ezért a Döntőbizottság az ezen időpontban hatályos rendelkezések alapján hozta meg döntését.

81. A Kbt. 2. § (7) bekezdése értelmében e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi. E törvény rendelkezéseinek alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése, illetve a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos jogorvoslati eljárás során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.

A Kbt. 2. § (8) bekezdése alapján a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre az e törvényben foglalt eltérésekkel a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni.

82. A Kbt. 3. § értelmező rendelkezések 2. pontja tartalmazza az alvállalkozó Kbt. szerinti fogalmát az alábbiak szerint: 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;

83. A Kbt. 138. § (3) bekezdés második mondata szerint 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.

84. Az első kezdeményezési elembe foglaltak szerint a Döntőbizottságnak abban a kérdésben kell állást foglalnia, hogy a Kbt. 138. § (3) bekezdésének sérelme megvalósult-e a közbeszerzési szerződés teljesítése során az EUROVÉD Security Zrt. bevonásakor. A kérelmezett azt nem vitatta, hogy az EUROVÉD Security Zrt.-nek az ajánlatkérő felé történt bejelentése nem történt meg, mivel álláspontja szerint az EUROVÉD Security Zrt. nem minősült alvállalkozónak a 322/2015. Korm. rendelet és az Épkiv. rendelkezései alapján.

85. A Döntőbizottság ezt követően áttekintette a hivatkozott Korm. rendeletet és az Épkiv.-et, mely az alábbi releváns rendelkezéseket tartalmazza:

86. A 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.

87. Az Épkiv. 1. § (4) bekezdése értelmében a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) hatálya alá tartozó építési beruházások esetében e rendelet rendelkezéseit a Kbt.-ben és a Kbt. végrehajtására kiadott jogszabályban meghatározott eltérésekkel kell alkalmazni.

88. Az Épkiv. 2. § értelmező rendelkezés m) pontja az alábbiakat rögzíti, e rendelet alkalmazásában *alvállalkozó kivitelező*: a megrendelő vállalkozó kivitelezővel kivitelezési szerződést kötő vállalkozó kivitelező.

89. A Döntőbizottság a kérelmezett hivatkozására tekintettel a fenti előírások alapján megállapította, hogy az Épkiv. értelmező rendelkezése adja meg azt a fogalmat, hogy kit nevezünk alvállalkozó kivitelezőnek. A jogalkotó ennek keretében rögzíti az „e rendelet alkalmazásában” kitétel, ami azt jelenti, hogy kizárólag az Épkiv. körében alkalmazandó ez a fogalom meghatározás. Megállapítható, hogy a kezdeményező a Kbt. 138. § (3) bekezdésének megsértését kérte vizsgálni a kezdeményezésben, és a Kbt. értelmező rendelkezése maga határozza meg, hogy mit jelent a Kbt. szerinti alvállalkozó fogalma, így nem alkalmazható a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésének ellenőrzése során az Épkiv. fogalom meghatározása.

90. A Döntőbizottság kiemeli annak tényét is, hogy maga az ajánlatkérő a szerződésben megadta az alvállalkozó fogalmát, mely azonos a Kbt. 3. § 2. pontjában rögzített fogalommal.

91. A fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy az EUROVÉD Security Zrt.-vel kötött szerződés teljesítésének vizsgálata során a Kbt.-ben meghatározott alvállalkozói fogalom az irányadó, szemben a kérelmezett állításával.

92. A Döntőbizottság ezt követően azt vizsgálta, hogy az EUROVÉD Security Zrt. a Kbt. fogalma szerint alvállalkozónak minősül-e.

93. A fent idézett alvállalkozói fogalom alapján egy gazdasági szereplő Kbt. szerinti alvállalkozói minőségéhez három feltétel együttes fennállása szükséges:

- a szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan való részvétel,
- a szerződés teljesítésében közvetlenül történő részvétel,
- a kivételi körbe tartozás hiánya.

94. A Döntőbizottság megállapította, hogy az EUROVÉD Security Zrt. a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött vállalkozási szerződésben foglalt bontási projekt építési terület őrzésének feladatát látta el, mely szerződést a kérelmezettel kötötte. Megállapítható továbbá, hogy a munkaterület őrzésének kötelezettségét az építési jogszabályokon felül a közbeszerzési dokumentáció is ellátandó feladatként írta elő, mely munkanem részét képezte a költségvetésnek (I. Alapmenyiség fejezet/ 2. Felvonulás, őrzés-védelem pont/ 2.2 sor „A bontási terület őrzés-védelme”). A vállalkozási szerződés 21. oldalán a VIII. A vállalkozó jogai, kötelezettségei fejezet 77. pontjában ezen feladat ellátása rögzítésre került. A Döntőbizottság a Fővárosi Törvényszék 21.K.700.334/2018/8. számú ítéletére figyelemmel megállapította, hogy az őrzés-védelmi feladat a szerződés teljesítésében történő közvetlen részvételnek minősül tekintettel a fentiekben rögzített tényekre, így az alvállalkozói fogalom 1. és 2. pontjában foglalt feltételek fennállnak. A Döntőbizottság ezt követően a kivételi esetek fennállását vizsgálta.

95. A Döntőbizottság megállapította, hogy az EUROVÉD Security Zrt. a tevékenységét nem kizárólagos jog alapján végzi, nem minősül gyártónak, forgalmazónak, alkatrész vagy alapanyag eladónak, illetve építőanyag-eladónak, így az EUROVÉD Security Zrt. tekintetében a kivételi okok nem állnak fenn.

96. A Döntőbizottság összegezve a fentieket megállapította, hogy az EUROVÉD Security Zrt. a kérelmezett alvállalkozójának minősül jelen szerződés teljesítése vonatkozásában. Tekintettel erre a tényre megállapítható, hogy a kérelmezettet terhelte a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglalt kötelezettség teljesítése. A dokumentumok és a kérelmezett nyilatkozata alapján rögzíthető, hogy a kérelmezett nem tett eleget az EUROVÉD Security Zrt. alvállalkozó tekintetében a bejelentési kötelezettségének, és ezzel egyidejűleg nem nyilatkozott a kizáró okok fenn nem állása vonatkozásában.

97. Mindezek alapján megállapítható volt, hogy az EUROVÉD Security Zrt. bevonása alvállalkozóként megtörtént, azonban a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglalt kötelezettségének a kérelmezett nem tett eleget, mellyel megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdését.

98. 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 kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdés második mondata mindkét fordulatát, tehát se nem jelentette be az általa igénybe vett alvállalkozót az ajánlatkérő felé, és nem nyilatkozott arról, hogy az alvállalkozó nem állt a kizáró ok hatálya alatt. Ebből eredően az ajánlatkérőként eljáró szervezet nem voltak abban a helyzetben, hogy ellenőrzési kötelezettségét ellássa. Fentiek alapján az eset összes körülményét mérlegelve a Döntőbizottság a jogsértést súlyosnak értékelte.

99. A második kezdeményezési elemben a hivatalbóli kezdeményező annak megállapítását kérte, hogy a kérelmezett az általa kiállított számlák kifizetése során nem alkalmazta a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. §-ának b), c) és f) pontjában foglalt rendelkezéseit.

100. A 322/2015. Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdése az alábbiakat rögzíti:

„Az ajánlatkérőként szerződő fél, valamint - európai uniós támogatás esetén szállítói kifizetés során - a kifizetésre köteles szervezet, ha az ajánlattevőként szerződő fél a teljesítéshez alvállalkozót vesz igénybe, a Ptk. 6:130. § (1)-(2) bekezdésétől eltérően a következő szabályok szerint köteles az ellenszolgáltatást teljesíteni:

b) az összes ajánlattevőként szerződő fél legkésőbb a teljesítés elismerésének időpontjáig köteles nyilatkozatot tenni, hogy az általa a teljesítésbe bevont alvállalkozók egyenként mekkora összegre jogosultak az ellenszolgáltatásból, egyidejűleg felhívja az alvállalkozókat, hogy állítsák ki ezen számláikat;

c) az ajánlattevőként szerződő felek mindegyike a teljesítés elismerését követően állítja ki számláját, a számlában részletezve az alvállalkozói teljesítés, valamint az ajánlattevői teljesítés mértékét;

f) az ajánlattevőként szerződő felek átadják az e) pont szerinti átutalások igazolásainak másolatait vagy az alvállalkozó köztartozást mutató együttes adóigazolásának másolatát az ajánlatkérőként szerződő félnek (annak érdekében, hogy az ajánlatkérőként szerződő fél megállapíthassa, hogy az ajánlattevőként szerződő fél jogszerűen nem fizette ki a teljes összeget az alvállalkozónak).

101. A Döntőbizottság megállapította, hogy a közbeszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés IX és X. fejezete egyértelműen előírta a 322/2015. Korm. rendelet előírásainak alkalmazását, kiemelve a 32/A. §-t külön is. A kérelmezett ezen szerződést aláírta, így ezen előírások ismeretében volt.

102. Tényként megállapítható, hogy a kérelmezett a teljesítés elismerésének időpontjáig egyáltalán nem tett nyilatkozatot az ajánlatkérő felé, hogy az általa a teljesítésbe bevont EUROVÉD Security Zrt. mekkora összegre jogosult az ellenszolgáltatásból, és ezzel egyidejűleg nem hívta fel EUROVÉD Security Zrt.-t arra, hogy állítsa ki ezen számláit, ezáltal megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltakat.

103. Megállapítható továbbá, hogy a kérelmezett az ajánlatkérő felé kiállított számláiban egyáltalán nem részletezte az EUROVÉD Security Zrt. teljesítését, mellyel megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdés c) pontját. Azon kérelmezetti magatartással, hogy a kérelmezett elmulasztotta átadni az ajánlatkérőnek az EUROVÉD Security Zrt. alvállalkozói számlái kifizetése igazolásainak másolatait, ezzel megsértette 322/2015. Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdés f) pontjában foglaltakat.

104. Mindezek alapján a Döntőbizottság a Kbt. 144. § (1)-(2) bekezdésében foglalt hatáskörében a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján megállapította, hogy az első kezdeményezési elem tekintetében a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdésének második fordulátát, és a második kezdeményezési elem vonatkozásában megsértette a 322/2015. Korm. rendelet 32/A. §-ának b), c) és f) pontjában foglalt rendelkezéseit.

105. A Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja értelmében a Közbeszerzési Döntőbizottság a jogsértés megállapítása mellett bírságot szab ki, ha a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezte a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását [153. §] és a Döntőbizottság megállapítja a jogsértés megtörténtét.

106. 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.

107. 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.

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

109. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltak alapján a közbeszerzési eljárás becsült értékét (nettó 2.122.471.550.-Ft), ami a szerződés szerinti értékhez 2.102.037.230.-Ft hasonló mértékű volt. Azt is, hogy az alvállalkozó jogszerűtlen igénybe vételére a 26.968.450.- forint összegű kifizetés figyelembevételével került sor, amely veszélyeztetett érték a közbeszerzési eljárás becsült értékének 1,27 %-a. A Döntőbizottság a bírság összegének megállapításakor a jogsértés súlyosságának vizsgálata során tekintettel volt arra is, hogy a kérelmezett az alvállalkozó jogszerűtlen igénybe vétele során súlyosan megsértette a közbeszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés teljesítésére a Kbt.-ban előírt rendelkezéseket, mivel a kizáró okok jogintézményére, mint a fentiekben vázolt garanciára vonatkozó jogsértést valósított meg, valamint a Kbt. 138. § (3) bekezdése második mondatának mindkét fordulátát megsértette (alvállalkozó bejelentésének hiánya, a kizáró okok fenn nem állásáról szóló nyilatkozat megtételének elmaradása).

110. A Döntőbizottság a kérelmezett javára értékelte az eljárást segítő, együttműködő magatartását, azt, hogy a jogsértés nem gyakorolt a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre befolyást, valamint annak tényét, hogy a kérelmezett korábban a Kbt.-ben foglalt jogsértést nem követett el. A Döntőbizottság mindezen szempontokat összességében is mérlegelve a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak, amely még mindig

kevesebb (7.07%), mint a Kbt. 165. § (7) bekezdése szerinti maximális 15 %-os mérték. A Döntőbizottság a fentiekben ismertetett szempontok együttes mérlegelése alapján állapította meg a kérelmezett terhére kiszabott bírság összegét a rendelkező részben meghatározottak szerint.

111. A Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárására az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) rendelkezéseit kell alkalmazni e törvény, valamint az e törvény felhatalmazása alapján alkotott végrehajtási rendelet kiegészítő vagy eltérő rendelkezéseinek figyelembevételével.

112. A Döntőbizottság az eljárási költségek viseléséről az Ákr. 126. § (2)-(3) bekezdése alapján rendelkezett.

113. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(6) bekezdésein alapul.

114. 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.

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

B u d a p e s t, 2018. november 10.

Dr. Szvetnik Ágnes sk
közbeszerzési biztos

Bán János sk
közbeszerzési biztos

Dr. Fáy Zoltán sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
közszolgálati ügykezelő

Kapják:

1. Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (KRID: 341768375)
2. CHSH Dezső és Társai Ügyvédi Iroda, Dr. Zaicsek Károly ügyvéd (KRID: 18133693)
3. Magyar Nemzeti Vagyonkezelő Zrt. (KRID: 421025759)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkárság (elektronikus elérhetőség)