



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

Az ügy iktatószáma: D.514/9/2022.

A tanács tagjai: Dr. Kenessey Réka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Gulyás Richárd közbeszerzési biztos, Dr. Schaller Emil közbeszerzési biztos

A kérelmező: REAGENS Kft. (Budapest, Wysocki utca 1.)
A kérelmező képviselője: Dr. Szigeti-Szabó Andrea ügyvéd (Bihary-B.Szabó-Jean-Zalavári és Társai Ügyvédi Iroda, Budapest, Bécsi út 52. II./6-7.)

Az ajánlatkérő: Uzsoki Utcai Kórház (Budapest, Uzsoki utca 29-41.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Kerek Éva Gabriella felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (Tricsók Zrt. Budapest, Teréz kr.t 19. III. em. 32.)

A beszerzés tárgya: „Labor diagnosztikumok beszerzése” - 3. és 6. rész, 24.424.725,- Ft és 5.512.710,- Ft

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság a kérelmező jogorvoslati kérelmét elutasítja.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a Kbt. Második része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított a jelen határozat tárgy részében megjelölt árubeszerzés tárgyában. A felhívás az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2021/S 161-422406 iktatószámon 2021. augusztus 20. napján került közzétételre. A feladás napja 2021. augusztus 16. volt. Az ajánlatkérő a felhívást kétszer módosította (2021/S 181-469572, 2021/S 187-486521).

2. A felhívás releváns rendelkezései a következők:

Ajánlatkérő 19 részben tette lehetővé a részekre történő ajánlattételt.

II.1.4) Rövid meghatározás:

Adásvételi keretszerződés keretén belül Ajánlatkérő (AK) részére a műszaki leírásban részletezett vizsgálatokhoz szükséges különféle laboratóriumi reagensek és egyéb kiegészítő anyagok beszerzése 19 részben az alábbiak szerint:

a) AK az I., III., IV., V., VI., VIII., X., XVII., és XIX. részek tekintetében AK a saját tulajdonában lévő laboratóriumi készülékek működtetéséhez szükséges anyagokat kívánja beszerezni, tehát magát az anyagokat kell ajánlattevőnek megajánlania.

b) AK az I., III., IV., V., VI., VIII., X., XVII., és XIX részek tekintetében lehetővé teszi azt is, hogy a fenti a) pont helyett Ajánlattevő (AT) a saját maga által megajánlott - de a Tenderlapokon szereplő követelményeknek megfelelő - laboratóriumi készülékek használatba adásával együtt szállítsa a kért anyagokat úgy, hogy ajánlatkérő a laboratóriumi készülékek használatáért az AT által megajánlott bérleti díjat fizet.

c) AK II., VII., IX és XVIII részek tekintetében a kért anyagok szállítását a Tenderlapokon szereplő követelményeknek megfelelő laboratóriumi készülékek használatba adásával együtt kéri úgy, hogy ajánlatkérő a laboratóriumi készülékek használatáért az AT által megajánlott bérleti díjat fizet.

d) AK a XI., XII., és XIII., XIV., XV., XVI., rész tekintetében a kért anyagok szállítását kéri.

e) AK az I.-XIX. részek tekintetében kéri megadni mennyiségként és beárzni az adott részben megjelölt vizsgálatokhoz szükséges egyéb kiegészítő anyagokat is a Műszaki Leírásban foglaltak szerint (pl: kontrollok, kalibrátorok, rendszeroldatok).

f) Az I.-X, XVII-XIX. részek tekintetében AT feladata a megajánlott készülékekhez szükséges víztisztító készülék, valamint a szünetmentes tápegység biztosítása, annak folyamatos karbantartásával, javításának biztosításával.

AK a fenti b) és c) pont tekintetében 3 évnél régebbi gépeket nem fogad el, azaz a legöregebb megajánlott gép legfeljebb 2018. évi gyártmányú gép lehet. A készülékek kizárólag új vagy gyári felújított (maximum 3 éves) készülékek lehetnek, de a nyertes AT-nek a szerződés teljes időtartama alatt biztosítaniuk kell azok működőképességét. A készüléket AK, mint idegen tulajdont, állományba veszi és arra vagyont biztosítást köt.

I.-XIX. részek esetén:

A reagenseknek az előírt kiszállítástól számított felhasználhatósági ideje legalább 3 hónap.

I., II., III., IV., V., VI.; VII., VIII., IX., X., XVII. XVIII., és XIX részek tekintetében irányadó:

AT csak olyan használt készülék ajánlhat meg, amelyre gyártói garancia van, vagyis a szerződés teljes időtartamára jótállási idővel rendelkezik a megajánlott készülék, valamint meghibásodás esetén 24 órán belül, ha szükséges megkezdi az esetleges javításokat. Ha AT a készüléket nem tudja megjavítani, cserekészülék biztosítása szükséges 72 órán belül.

Teljes, térítésmentes szervíz biztosítása, a szerződés érvényessége alatt végig (12 hónapra), 24 órás rendelkezésre állási idővel, a kihelyezett készülékekre vonatkozóan kötelező!

72 kieső óra esetén cserekészülék biztosítása, a kihelyezett készülékekre vonatkozóan kötelező!

A fentieket karakterkorlát miatt AK nem ismétli meg az egyes részeknél.

ÁLTALÁNOS KÖVETELMÉNYEK ABBAN AZ ESETBEN, HA AJÁNLATTEVŐ HASZNÁLATBA ADANDÓ GÉPET IS MEGAJÁNLI:

1. AT-nek biztosítani kell a megajánlott készülékek leszállítását, üzembe helyezését, a felhasználók oktatását valamint a tesztek applikációját a használatba adásra kerülő készülékek

vonatkozásában is.

2. A szerződés időtartama alatt az ajánlattevő által megajánlott készülékek teljes körű jótállása, szerviz és karbantartás elvégzése ajánlattevő feladata és költsége
Folytatás a VI.4.3) II. pontban

A 3. rész Hematológiai vizsgálatok körében rögzítésre került, hogy

II.2.4) A közbeszerzés ismertetése:

Hematológiai vizsgálatokhoz

a) reagensek beszerzése saját tulajdonú készülékhez vagy

b) reagensek és hozzá tartozó készülék biztosítása

A használatba adandó készülékekre vonatkozó előírásokat a Műszaki Leírás tartalmazza.

Elvégzendő vizsgálatok, ahhoz szükséges reagensek és a 12 havi vizsgálati szám (alapmennyiség):

Poz. sz. Megnevezések Vizsgálat +kontroll darab/év

III. Hematológiai vizsgálatok saját tulajdonú (ABBOTT Cell-Dyn Sapphire) készülékkel, vagy reagens és hozzá tartozó készülék biztosításával

1. Vérvék IV. 75000

2. Vérvék IV. 51964

3. Retikulocita számlálás automatával 1 466

4. Minőségi vérvék festése, manuális 271

ÖSSZESEN: 128 701

Saját tulajdonú gép paraméterei:

Abbott Cell-Dyn Sapphire:

Saját tulajdonú gép paraméterei: 105 minta / óra kapacitású 5 part diff hematológiai automata

Készülék típusa, megnevezése: 5 part diff hematológiai automata Abbott Cell-Dyn Sapphire

Gyártó: Abbott GmbH.

Származási ország: USA

Az 5. rész tekintetében a közbeszerzés ismertetése körében rögzítésre kerültek a saját tulajdonú gép paraméterei:

Dirui H-800 FUS-200:

Saját tulajdonú gép paraméterei: 240 minta / óra kapacitású vizelet szárazkémia és 120 minta / óra kapacitású vizelet üledék automata

Készülék típusa, megnevezése: vizelet szárazkémia és vizelet üledék automata Dirui H-800 FUS-200

Gyártó: Dirui Ltd.

Származási ország: Kína

A 6. rész HbA1c vizsgálatok a II.2.4) pontban az alábbiak kerültek rögzítésre:

A közbeszerzés ismertetése:

HbA1c vizsgálatokhoz

a) reagensek beszerzése saját tulajdonú készülékhez vagy

b) reagensek és hozzá tartozó készülék biztosítása

A használatba adandó készülékekre vonatkozó előírásokat a Műszaki Leírás tartalmazza.

Elvégzendő vizsgálatok, ahhoz szükséges reagensek és a 12 havi vizsgálati szám (alapmennyiség):

Poz. sz. Megnevezések Vizsgálat +kontroll darab/év

VI. HbA1c vizsgálatok saját tulajdonú (Arkay Adams HA 8180) készülékkel, vagy reagens és hozzá tartozó készülék biztosításával

1. Haemoglobin A1c meghatározás HPLC-vel tömegspektrometriával 20 952

ÖSSZESEN: 20 952

Saját tulajdonú gép paraméterei:

Arkray Adams HA 8180:

Készülék típusa, megnevezése: Adams HA 8180 automata HPLC berendezés HbA1c vérmintából történő meghatározása

Gyártó: Arkay Factory, Inc.

Származási ország: Japán

A felhívás IV.1.8) pontjában rögzítésre került, hogy a szerződés a közbeszerzési megállapodás (GPA) hatálya alá tartozik.

3. Az ajánlatkérő közbeszerzési dokumentumokat is az ajánlattevők rendelkezésére bocsátott, amely többek között útmutatót, műszaki leírást, részletes árajánlat-tenderlapot tartalmazott.

4. Az ajánlatkérő az eljárásban több alkalommal nyújtott kiegészítő tájékoztatást, amelyek a jelen jogorvoslati eljárás szempontjából nem relevánsak.

5. A 2021. október 15. ajánlattételi határidőre az eljárás harmadik és hatodik részére is 3-3 ajánlat került benyújtásra. A kérelmező az eljárás 3. és 6. részére tett ajánlatot.

6. A kérelmező ajánlatában egyebek mellett az alábbiak kerültek rögzítésre:

A 3. rész tekintetében a kérelmező a BC-6200 Hematológiai analizátor automata készüléket ajánlotta meg, amelynek a tender lap szerint a gyártója a Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co. Ltd

A CE gyártói megfelelőségi nyilatkozatban rögzítésre kerültek a gyártó adatai: Shenzhen Mindray Bio_Medical Electronics Co. Ltd. Mindray Building, Keji 12th Road South, Hi-tech Industrial Park, Nanshan, Shenzhen, 518057, P.R.China

A 6. részben a kérelmező H50P Automatikus Analizátor készüléket ajánlotta meg. A CE gyártói megfelelőségi nyilatkozatban rögzítésre kerültek a gyártó adatai: Shenzhen Mindray Bio_Medical Electronics Co. Ltd. Mindray Building, Keji 12th Road South, Hi-tech Industrial Park, Nanshan, Shenzhen, 518057, P.R.China

7. Az ajánlatkérő 2021. november 2-án felkérte ajánlattevőket, hogy nyilatkozzanak ajánlati kööttségük fenntartásáról.

8. Az ajánlatkérő 2021. november 18. napján hiánypótlási felhívást bocsátott ki mindkét érintett rész tekintetében a kérelmező részére is.

9. 2021. november 24. napján az ajánlatkérő a 3. rész tekintetében árandokolást kért mind a kérelmezőtől, mind pedig a Diagon Diagnosztikai Kft.-től, majd 2021. december 20. napján kiegészítő árandokolás kérést bocsátott ki.

10. 2021. december 8-án az ajánlatkérő ismételten kérte ajánlattevőket, hogy nyilatkozzanak az ajánlati kööttségük fenntartásáról.

11. Az ajánlatkérő 2022. január 12. napján küldte meg az összegezést, mely szerint a 3. részben a nyertes ajánlattevő a Diagon Diagnosztikai Kft. lett. Az ajánlatkérő a kérelmező ajánlatát érvénytelenné nyilvánította az alábbi indokok alapján:

Érvénytelenítés jogcíme:

- Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pont: egyéb módon nem felel meg az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, ide nem értve a részvételi jelentkezés és az ajánlat ajánlatkérő által előírt formai követelményeit; Egyéb

Érvénytelenség indoka:

Érvénytelenség indoka 1.: Ajánlattevő ajánlata részeként megajánlotta a „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gépet.

Ajánlatkérő az ajánlat vizsgálat során megállapította, hogy Ajánlattevő által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gép nem felel meg Ajánlatkérő által a Közbeszerzési Dokumentumokban meghatározott követelményeknek, azaz az Ajánlatkérő által előírt egyenértékűségnek tekintettel arra, hogy az Ajánlattevő által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gép nem egyenértékű Ajánlatkérő saját tulajdonú gépével, az alábbiak szerint;

Ajánlattevő által megajánlott készülék nem képes az éretlen fehérvérsejtek érési sorát az onkológiai betegek számára differenciálni (éretlen lymphocyták: BAND %, #, IG %,#, Blast %, #) és százalékban, illetve abszolút értékben megadni. Továbbá nem képes a reaktív és atípusos lymphocyták %-ban és abszolút értékben való detektálására.

Fentiekre tekintettel a REAGENS Kft. ajánlattevő ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdésének e) pontja alapján érvénytelen, mivel az nem felel meg a Közbeszerzési Dokumentumokban foglaltaknak tekintettel arra, hogy a REAGENS Kft. által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gép nem felel meg Ajánlatkérő által a Közbeszerzési Dokumentumokban meghatározott követelményeknek, azaz az Ajánlatkérő által előírt egyenértékűségnek tekintettel arra, hogy az Ajánlattevő által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gép nem egyenértékű Ajánlatkérő saját tulajdonú gépével, az alábbiak szerint;

Ajánlattevő által megajánlott készülék nem képes az éretlen fehérvérsejtek érési sorát az onkológiai betegek számára differenciálni (éretlen lymphocyták: BAND %, #, IG %,#, Blast %, #) és százalékban, illetve abszolút értékben megadni. Továbbá nem képes a reaktív és atípusos lymphocyták %-ban és abszolút értékben való detektálására.

Érvénytelenség indoka 2.: Ajánlattevő ajánlata részeként megajánlotta a „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gépet.

Ajánlatkérő az ajánlat vizsgálat során megállapította, hogy Ajánlattevő által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gép nem felel meg Ajánlatkérő által a Közbeszerzési Dokumentumokban meghatározott követelményeknek, azaz az Ajánlatkérő által előírt egyenértékűségnek tekintettel arra, hogy az Ajánlattevő által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gép nem egyenértékű Ajánlatkérő saját tulajdonú gépével, az alábbiak szerint;

a megajánlott készülék által elkészített kontroll eredmények nem képesek átfutni Ajánlatkérőnél alkalmazott laborinformatika szoftverbe.

Fentiekre tekintettel a REAGENS Kft. ajánlattevő ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdésének e) pontja alapján érvénytelen, mivel az nem felel meg a Közbeszerzési Dokumentumokban foglaltaknak tekintettel arra, hogy a Kft. által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai analizátor automata gép nem felel meg Ajánlatkérő által a Közbeszerzési Dokumentumokban meghatározott követelményeknek, azaz az Ajánlatkérő által előírt egyenértékűségnek tekintettel arra, hogy az Ajánlattevő által megajánlott „BC-6200”-as típusú hematológiai

analizátor automata gép nem egyenértékű Ajánlatkérő saját tulajdonú gépével, az alábbiak szerint; a megajánlott készülék által elkészített kontroll eredmények nem képesek átfutni Ajánlatkérőnél alkalmazott laborinformatika szoftverbe.”

Az eljárás 6. részében a nyertes ajánlattevő a Diagnosticum Gyártó és Forgalmazó Zrt. lett. A kérelmező ajánlata érvénytelen lett, az alábbiak szerint:

„Érvénytelenítés jogcíme:

- Kbt. 73.§ (1) bekezdés e) pont: egyéb módon nem felel meg az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, ide nem értve a részvételi jelentkezés és az ajánlat ajánlatkérő által előírt formai követelményeit; Egyéb

Érvénytelenség indoka:

Érvénytelenség indoka 1.: Ajánlattevő ajánlata részeként megajánlotta a „H50P” típusú automatikus HPCL analizátort.

Ajánlatkérő az ajánlat vizsgálat során megállapította, hogy Ajánlattevő által megajánlott a „H50P” típusú automatikus HPCL analizátor nem felel meg Ajánlatkérő által a Közbeszerzési Dokumentumokban meghatározott követelményeknek, azaz az Ajánlatkérő által előírt egyenértékűségnek tekintettel arra, hogy az Ajánlattevő által megajánlott a „H50P” típusú automatikus HPCL analizátor nem egyenértékű Ajánlatkérő saját tulajdonú gépével (Arkray Adams HA 8180), az alábbiak szerint;

Ajánlattevő által megajánlott készülék „H50P” típusú automatikus HPCL analizátor nem képes legalább 60 darab páciensminta bekészítésére, míg Ajánlatkérő tulajdonában lévő gép ezen specifikációval rendelkezik.

Fentiekre tekintettel a REAGENS Kft. ajánlattevő ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdésének e) pontja alapján érvénytelen, mivel az nem felel meg a Közbeszerzési Dokumentumokban foglaltaknak tekintettel arra, hogy a REAGENS Kft. által megajánlott a „H50P” típusú automatikus HPCL analizátor nem felel meg az Ajánlatkérő által a Közbeszerzési Dokumentumokban meghatározott követelményeknek, azaz az Ajánlatkérő által előírt egyenértékűségnek tekintettel arra, hogy az Ajánlattevő által megajánlott a „H50P” típusú automatikus HPCL analizátor nem egyenértékű Ajánlatkérő saját tulajdonú gépével (Arkray Adams HA 8180), az alábbiak szerint;

Ajánlattevő által megajánlott készülék „H50P” típusú automatikus HPCL analizátor nem képes legalább 60 darab páciensminta bekészítésére, míg Ajánlatkérő tulajdonában lévő gép ezen specifikációval rendelkezik.”

12. Kérelmező 2022. január 17. napján előzetes vitarendezési kérelmet terjesztett elő az ajánlata érvénytelenségével kapcsolatosan mind a két érintett rész vonatkozásában.

13. 2022. január 17-én a 7. rész vonatkozásában, és január 18-án a 13. rész vonatkozásában az ajánlatkérő módosította az összegezést.

14. Az előzetes vitarendezési kérelem benyújtását követően, a Kbt. 80. § (4) bekezdésére hivatkozással az ajánlatkérő felvilágosítás kérést bocsátott ki 2022. január 20. napján mindkét érintett rész tekintetében a kérelmező által használatba adni kívánt készülékek egyes jellemzői tekintetében.

15. A kérelmező 2022. január 20. napján benyújtotta második előzetes vitarendezési kérelmét, melyben kifogásolta a felvilágosítás kérés kibocsátásának jogszerűségét. Az ajánlatkérő a második vitarendezési kérelmet 2022. január 25. napján elutasította.

16. A kérelmező 2022. január 25-i válaszában a felvilágosítást megadta.

17. 2022. január 26-án az ajánlatkérő a vitarendezési kérelmet elutasította. Elutasító válaszában – egyebek mellett – közölte a 3. rész vonatkozásában, hogy „Ajánlatkérő[...], az Összegezést a kérelem alapján nem módosítja. Felhívjuk a kérelmező figyelmét ugyanakkor arra, hogy egyéb okból ajánlatkérő a Kbt. 79.§ (4) bekezdése alapján az összegezést módosítja.”

A 6. rész vonatkozásában az ajánlatkérő egyebek mellett az alábbiakat rögzítette:

1.1.3. Összegzés: Ajánlatkérő a 6. közbeszerzési rész tekintetében érkezett előzetes vitarendezési kérelmet elutasítja, az Összegezést a kérelem alapján nem módosítja. Felhívjuk a kérelmező figyelmét ugyanakkor arra, hogy egyéb okból ajánlatkérő a Kbt. 79. § (4) bekezdése alapján az összegezést módosítja.”

18. Az ajánlatkérő 2022. január 25-én módosította, majd 2022. január 26-án küldte meg a 3. és 6. rész tekintetében módosított összegezést. Az összegezés módosítása körében az ajánlatkérő arra hivatkozott, hogy „A REAGENS Fejlesztő, Gyártó és Kereskedelmi Korlátolt Felelősségű Társaság 2022. január 17.-én és 2022. január 20.-án előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be a közbeszerzési eljárás 3. része és a közbeszerzési eljárás 6. része tekintetében, melyben foglaltakat Ajánlatkérő elutasította mind a két érintett rész vonatkozásában. Ajánlatkérő az eljárást lezáró döntését felülvizsgálta a 3. közbeszerzési rész és a 6. közbeszerzési rész vonatkozásában és a REAGENS Fejlesztő, Gyártó és Kereskedelmi Korlátolt Felelősségű Társaság 3. közbeszerzési részben és a 6. közbeszerzési részben tett ajánlatát továbbra is érvénytelennek minősíti, de az ajánlattevő által benyújtott ajánlat további érvénytelenségi okát állapította meg ajánlatkérő: a 3. közbeszerzési rész tekintetében új érvénytelenségi ok a 3. érvénytelenségi ok, a 6. rész tekintetében új érvénytelenségi ok a 2. érvénytelenségi ok. Erre tekintettel ajánlatkérő módosítja az összegezést a 3. közbeszerzési rész és a 6. közbeszerzési rész vonatkozásában”.

A kérelmező vonatkozásában a 3. rész tekintetében az ajánlatkérő az alábbiakat rögzítette az Érvénytelenség indoka 1. és Érvénytelenség indoka 2. változatlanul hagyása mellett:

„Érvénytelenítés jogcíme: Kbt. 73.§ (1) bekezdés e) pont: egyéb módon nem felel meg az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, ide nem értve a részvételi jelentkezés és az ajánlat ajánlatkérő által előírt formai követelményeit; [...]

Érvénytelenség indoka 3.:

3. Előírás:

1.

Kbt. 2. § (5) Az Európai Unióban letelepedett gazdasági szereplők és a közösségi származású áruk számára a közbeszerzési eljárásban nemzeti elbánást kell nyújtani. Az Európai Uniótól kívül letelepedett gazdasági szereplők és a nem közösségi származású áruk számára a közbeszerzési eljárásban nemzeti elbánást Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi kötelezettségeivel összhangban kell nyújtani.

2.

A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács (KÉ 2020.évi 254.szám, 2020.12.31.)

Útmutató

A Kbt. 2. §-a (5) bekezdése alapján az Európai Unióban letelepedett gazdasági szereplők és a közösségi származású áruk számára nemzeti elbánást kell nyújtani a közbeszerzési eljárásban. Az Európai Unión kívül letelepedett gazdasági szereplők és a nem közösségi származású áruk számára nemzeti elbánást a közbeszerzési eljárásban Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi kötelezettségeivel összhangban kell nyújtani.

[...]

b) WTO

[E megállapodás az Egyesült Államok, Kanada, Hong-Kong (Kína), Izland, Izrael, Japán, Korea, Liechtenstein, Norvégia, Szingapúr, Svájc, Áruha, Tajvan, Örményország és Ausztrália tekintetében alkalmazandó.]

[...]

3.

Kbt. 74. § (2) Az ajánlatkérő kizárhatja az eljárásból

b) azt az ajánlattevőt, aki ajánlatában olyan származású árut ajánl, amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani [2. § (5) bekezdés].

Ajánlattevő ajánlatában a

Típusa: BC-6200

Gyártója: Shenzhen MINDRAY Bio-Medical Electronics Co., Ltd.

Cikkszám: 115-045528-00

Ajánlatkérő megállapította, hogy az ajánlattevő ajánlatában bemutatott készülék Kínai gyártmányú. A fent idézett Útmutató alapján nem kell nemzeti elbánást nyújtani a fenti Shenzhenből (Kína) származó áru – azaz készülék – vonatkozásában.

A Kbt. 2.§ (5) bekezdésében foglaltak alapján a fentiekre tekintettel a REAGENS Kft. ajánlattevő ajánlata a Kbt. 74. § (2) bekezdésének b) pontja alapján érvénytelen, mivel az ajánlattevő olyan származású árut (készüléket) ajánlott meg ajánlatában (a Shenzhen MINDRAY Bio-Medical Electronics Co., Ltd. által gyártott készülék) amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtania ajánlatkérőnek.”

6. rész tekintetében az Érvénytelenség indoka 1. változatlanul hagyása mellett az alábbiak kerültek rögzítésre

„Érvénytelenítés jogcíme:

- Kbt. 73.§ (1) bekezdés e) pont: egyéb módon nem felel meg az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, ide nem értve a részvételi jelentkezés és az ajánlat ajánlatkérő által előírt formai követelményeit; Egyéb [...]

Érvénytelenség indoka 2.:

2. Előírás:

1.

Kbt. 2. § (5) Az Európai Unióban letelepedett gazdasági szereplők és a közösségi származású áruk számára a közbeszerzési eljárásban nemzeti elbánást kell nyújtani. Az Európai Unión kívül letelepedett gazdasági szereplők és a nem közösségi származású áruk számára a közbeszerzési eljárásban nemzeti elbánást Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi kötelezettségeivel összhangban kell nyújtani.

2.

A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács (KÉ 2020.évi 254.szám, 2020.12.31.)

Útmutató

A Kbt. 2. §-a (5) bekezdése alapján az Európai Unióban letelepedett gazdasági szereplők és a közösségi származású áruk számára nemzeti elbánást kell nyújtani a közbeszerzési eljárásban.

Az Európai Unión kívül letelepedett gazdasági szereplők és a nem közösségi származású áruk számára nemzeti elbánást a közbeszerzési eljárásban Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi kötelezettségeivel összhangban kell nyújtani.

[...]

b) WTO

[E megállapodás az Egyesült Államok, Kanada, Hong-Kong (Kína), Izland, Izrael, Japán, Korea, Liechtenstein, Norvégia, Szingapúr, Svájc, Áruha, Tajvan, Örményország és Ausztrália tekintetében alkalmazandó.]

[...]

3.

Kbt. 74. § (2) Az ajánlatkérő kizárhatja az eljárásból

b) azt az ajánlattevőt, aki ajánlatában olyan származású árut ajánl, amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani [2. § (5) bekezdés].

Ajánlattevő ajánlatában a

Típusa: H50P

Gyártója: Shenzhen MINDRAY Bio-Medical Electronics Co., Ltd.

Cikkszám: 115-039859-00

Ajánlatkérő megállapította, hogy az ajánlattevő ajánlatában bemutatott készülék kínai gyártmányú.

A fent idézett Útmutató alapján nem kell nemzeti elbánást nyújtani a fenti Shenzhenből (Kína) származó áru – azaz készülék – vonatkozásában.

A Kbt. 2. § (5) bekezdésében foglaltak alapján a fentiekre tekintettel a REAGENS Kft. ajánlattevő ajánlata a Kbt. 74. § (2) bekezdésének b) pontja alapján érvénytelen, mivel az ajánlattevő olyan származású árut (készüléket) ajánlott meg ajánlatában (a Shenzhen MINDRAY Bio-Medical Electronics Co., Ltd. által gyártott készülék) amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtania ajánlatkérőnek.”

Az összegezés módosításának indoka körében az alábbiak kerültek rögzítésre:

3. sz. összegezés módosítás: A 3. közbeszerzési rész és a 6. közbeszerzési rész vonatkozásában: A REAGENS Fejlesztő, Gyártó és Kereskedelmi Korlátolt Felelősségű Társaság 2022. január 17.-én és 2022. január 20.-án előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be a közbeszerzési eljárás 3. része és a közbeszerzési eljárás 6. része tekintetében, melyben foglaltakat Ajánlatkérő elutasította mind a két érintett rész vonatkozásában. Ajánlatkérő az eljárást lezáró döntését felülvizsgálta a 3. közbeszerzési rész és a 6. közbeszerzési rész vonatkozásában és a REAGENS Fejlesztő, Gyártó és Kereskedelmi Korlátolt Felelősségű Társaság 3. közbeszerzési részben és a 6. közbeszerzési részben tett ajánlatát továbbra is érvénytelennek minősíti, de az ajánlattevő által benyújtott ajánlat további érvénytelenségi okát állapította meg ajánlatkérő: a 3. közbeszerzési rész tekintetében új érvénytelenségi ok a 3. érvénytelenségi ok, a 6. rész tekintetében új érvénytelenségi ok a 2. érvénytelenségi ok. Erre tekintettel ajánlatkérő módosítja az összegezést a 3. közbeszerzési rész és a 6. közbeszerzési rész vonatkozásában.

2. sz. összegezés módosítás: A 13. közbeszerzési rész vonatkozásában: A BIOLAB Diagnosztikai Laboratórium Zártkörűen Működő Részvénytársaság Kft. 2022. január 13.-án előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be, melyben foglaltakat Ajánlatkérő elfogadta. Ajánlatkérőt az eljárást lezáró döntését felülvizsgálta és a BIOLAB Diagnosztikai Laboratórium Zártkörűen Működő Részvénytársaság Kft. 13. közbeszerzési részben tett ajánlatát érvényessé nyilvánítja. Erre tekintettel a módosítja az összegezést a 13. közbeszerzési rész vonatkozásában.

1. sz. összegezés módosítás: A 7. közbeszerzési rész vonatkozásában: A Pannon Diagnosztika

Kft. 2022. január 12-én előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be, melyben foglaltakat Ajánlatkérő elfogadta. Ajánlatkérőt az eljárást lezáró döntését felülvizsgálta és a Pannon Diagnosztika Kft. 7. közbeszerzési részben tett ajánlatát érvényessé nyilvánítja. Erre tekintettel a módosítja az összegezést a 7. közbeszerzési rész vonatkozásában. Az összegezés 1. sz. módosításának időpontja: 2022.01.17. Az 1. sz. módosított összegezés megküldésének időpontja: 2022.01.17.

A D.45/2022 számon iktatott jogorvoslati kérelem releváns része és a kérelmező észrevételei

19. A kérelmező az eljárást lezáró döntés megsemmisítését, ajánlatkérő Kbt.-nek megfelelő eljárásra kötelezését, és bírság kiszabását, valamint ajánlatkérő ügyvédi munkadíj megfizetésére való felhívását kérte.

20. A kérelmező jogorvoslati kérelmében rögzítette, hogy két kérelmi eleme van, az első kérelmi eleme a kérelmező ajánlatának jogszerűtlen érvénytelenné nyilvánítása, a másik kérelmező ajánlatának jogsértő módon történt kizárása.

21. A 2. kérelmi elem körében a kérelmező egyrészt hivatkozott az átláthatóság és az egyenlő elbánás követelményének, másrészt pedig a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek, a joggal való visszaélés tilalma alapelvének a megsértésére.

22. Az átláthatóság elvének és az egyenlő elbánás követelményének megsértése körében a kérelmező előadta, hogy ezen alapelvek a Kbt. 2. §-ának külön-külön bekezdésében kerültek nevesítésre, jelen esetben mégis összekapcsolva kezelendők figyelemmel szoros összefüggésükre, és arra, hogy az Európai Unió Bíróság esetjoga az átláthatóság elvét éppen az egyenlő bánásmód elvéből vezette le. Az átláthatóság, azaz a transzparencia alapelve közvetlenül az uniós irányelvekből származik. Az átláthatóság, ami az információhoz való hozzáférés alapelveiből származik, már évtizedek óta jelen van az Európai Unió Bíróságának esetjogában és egyéb politikai és jogi dokumentumokban. Az átláthatóság elvének megvalósulása lehetővé teszi annak vizsgálatát is, hogy az ajánlatkérő az egyenlő elbánás és a megkülönböztetésmentes bánásmód elveivel összhangban járt-e el a közbeszerzési eljárás lefolytatása során [Buijze, Anoeska: The Principle of Transparency in Eu Law. Uitgeverij BOXPress, 2013, 149. o.]. A jelen eljárásban sérült az átláthatóság követelménye és végső soron az egyenlő elbánás követelménye is azzal, hogy az ajánlatkérő sem a felhívásban, sem az egyéb közbeszerzési dokumentumokban nem rendelkezett arról, hogy alkalmazni kívánja a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti kizárást kínai származású termékek esetén, de még a 2021. október 15. napjától 2022. január 26. napjáig tartó 3,5 hónapos bírálat során sem merült fel a kizárás alkalmazása egészen az összegezés harmadik módosításáig. Az ajánlatkérő - megsértve az átláthatóság követelményét - nemcsak, hogy nem jelezte előzetesen, hogy ki kívánja zárni az eljárásból azokat az ajánlattevőket, akik olyan származású termékeket ajánlanak meg, amelyeknek nem kell nemzeti elbánást biztosítani, de tette ezt akként, hogy ezzel egyidejűleg az eljárás 5. része vonatkozásában éppen ilyen származású termékkel rendelkezik és éppen ilyen származású termékeket is kívánt beszerezni és kérelmező álláspontja szerint be is szerzett ilyen származású termékeket.

23. A kérelmező hivatkozott a Nagykommentár megállapításaira, valamint a Közbeszerzési Hatóság 2021. május 10. napján megjelent, A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatója a kizáró okok tekintetében benyújtandó igazolásokról,

nyilatkozatokról, nyilvántartásokról és adatokról a Magyarországon letelepedett gazdasági szereplők vonatkozásában című útmutatójára.

24. Kérelmező álláspontja szerint az ajánlatkérő súlyos jogsértések vállalása árán is igyekszik ellehetetleníteni a kérelmező nyertességét és szerződéskötését.

25. A jóhiszeműség és tisztesség követelményeinek megsértése és a joggal való visszaélés tilalma körében a kérelmező előadta, hogy a Kbt. 2. § (3) bekezdésében megjelenő, a jóhiszemű és tisztességes joggyakorlás alapelve a Ptk. 1:3. § (1) bekezdésben kodifikált alapelv, illetve a joggal való visszaélés tilalmának alapelve is a Ptk. 1:1. § (4) bekezdése átvételével került a Kbt.-be, ezért hivatkozott a Ptk. 1:3. § és 1: 5. §-ára, valamint Nagykommentár a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényhez (Szerkesztette: Vékás Lajos/Gárdos Péter) című kiadványra. Az ajánlatkérő sem az eljárást megindító felhívásban, sem az egyéb közbeszerzési dokumentumokban nem rendelkezett arról, hogy alkalmazni kívánja a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti kizárást kínai származású termékek esetén, de még a 2021. október 15. napjától 2022. január 26. napjáig tartó 3,5 hónapos bírálat során sem merült fel a kizárás alkalmazása egészen az összegezés harmadik módosításáig és az érvénytelenné minősítés teljesen megalapozatlan fenntartásáig. Nemcsak ezek a tények mutatják, hogy az ajánlatkérő teljesen szembe helyezkedett korábbi magatartásával, hanem az a tény is, hogy az 5. rész tekintetében éppen ilyen származású termékek beszerzéséről gondoskodott. Kérelmező meggyőződése, hogy az ajánlatkérő egyáltalán nem kívánta korábban alkalmazni a közbeszerzési eljárásban ezt a fajta kizárást, csak az érvénytelenné nyilvánítás megalapozatlanságának tudata és az a szándék szorította rá erre, hogy az eljárást más eredménnyel/más nyertességével zárja le. Az ajánlatkérő visszaélt a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontjában foglalt jogával azáltal, hogy jogellenes módon, a Kbt.-ben rögzített alapelvek megsértésével gyakorolta azt és szankciós jelleggel egy olyan célra használta fel, amelyet a jogalkotónak nem állt szándékában biztosítani az ajánlatkérő szervezetek számára.

26. A kérelmező tudomása szerint az ajánlatkérő semelyik korábbi eljárásban nem alkalmazta ezt a kizárást és az ajánlatkérőnél jelenleg is számos, a Shenzhen MINDRAY Bio-Medical Electronics Co., Ltd. által gyártott berendezés (képalkotó (ultrahang) és életfenntartó (lélegeztetőgép, betegőrző monitor stb.) berendezések) van használatban az ajánlatkérő legnagyobb meglegedésére.

27. A kérelmező hivatkozott a Kbt. Nagykommentárra, és az Európai Parlament és Tanács COM(2012) 124 final 2012/0060(COD) és a COM(2016) 34 final 2012/0060(COD) rendelettervezetere.

28. A kérelmező a jogorvoslati kérelemmel összefüggésben kibocsátott hiánypótlási felhívásra rögzítette, hogy a közbeszerzési eljárás 5. része tekintetében nem kíván jogorvoslati kérelmet előterjeszteni, az 5. részre kizárólag a jogorvoslati kérelemben nevezett alapelvek megsértésével összefüggő érvelése körében hivatkozott. Az ajánlatkérő éppen az eljárás 5. része tekintetében járt el jogszerűen akkor, amikor nem rendelkezett a kínai származású terméket megajánló ajánlattevő kizárásáról.

29. A jogorvoslati eljárás során tartott tárgyaláson a kérelmező rögzítette, hogy 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi ok alkalmazására jogszerűtlenül került sor, mivel az ajánlatkérő a kérelemben megjelölt alapelveket megsértette.

30. A jogorvoslati eljárás során tett észrevételében rögzítette, hogy az ajánlatkérő a harmadik ízben módosított összegezésben nem hivatkozott a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi ok alkalmazására. Szintén nem hivatkozott ezen érvénytelenségi okra az ajánlatkérő a 2022. február 21. napján kelt észrevételeiben sem. Az ajánlatkérő tárgyalási nyilatkozata ezt nem pótolhatja. Kérelmezőnek az az álláspontja, hogy a Kbt. 74. § (2) bekezdése b) pontja szerinti „kizárás”, a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi októl elkülönült érvénytelenségi indokot képezhet. Mivel a kizárás (avagy „kirekesztés”) alkalmazására maga a jogalkotó ad felhatalmazást abban az esetben, ha valamely ajánlatkérő olyan származású árut ajánl, amelynek nem kell nemzeti elbánást biztosítani, ezért kérelmező álláspontja szerint kizárólag az alapelvek szolgáltatnak segítséget annak megítéléséhez, hogy a „kizárás” alkalmazására az adott eljárásban, adott körülmények között jogszerűen kerül-e sor. A kérelmező tehát a megsértett jogszabályhelyekként a Kbt. 2. § (1)-(3) bekezdését, valamint az önálló érvénytelenségi oknak tekintett Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontját jelölte meg és e tekintetben kérte megállapítani az ajánlatkérői jogsértést. Amennyiben a Döntőbizottság irányadónak tartja a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjának előírását, akkor a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja alkalmazásának eredményes kifogásolása immánens és szükségszerű módon magában hordozza a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjának alkalmazhatóságát és az arra való nem explicit hivatkozást, így e körben irányadó a kérelmező erre vonatkozó megjelölése is, mivel ebben az esetben a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pont szerinti „kizáró ok” alkalmazása alapján tekinthető érvénytelennek az ajánlat. A kérelmező kérelmében az ajánlatkérő által alkalmazott kizárás jogszerűségét sérelmezte.

A kérelmező rögzítette továbbá, hogy tekintettel arra, hogy az egyenlő elbánás elve a közbeszerzésekben azt jelenti, hogy az azonos helyzetben lévő ajánlattevőket nem kezelik eltérően, ezért kérelmező álláspontja szerint igenis relevanciával bír az ajánlatkérő által alkalmazott kizárás jogszerűségének megítélésénél az a körülmény, hogy az eljárás 5. része tekintetében ugyanolyan származású áruk (fogyóanyag, reagens stb.) kerültek beszerzésre, mint amilyen származású áruk megajánlása miatt kérelmező kizárásra került. Az 5., 3. és 6. részben megajánlott egyes termékek származásukat tekintve teljesen azonos helyzetben voltak, tehát ezen ajánlatok viszonylatában vizsgálható és értelmezhető az egyenlő elbánás alapelvének a megsértése. A Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja arra ad lehetőséget, hogy az ajánlatkérő azokkal szemben diszkriminálja a kizárással érintett ajánlattevőket, akiknek nemzeti elbánást köteles biztosítani. Ezzel szemben viszont arra már nem adott felhatalmazást a jogalkotó, hogy azokkal szemben is diszkriminatívan járjon el az ajánlatkérő, akik teljesen azonos helyzetben vannak, azaz egyező módon olyan származású terméket ajánlanak meg, amelyeknek nem kell nemzeti elbánást biztosítani. Kérelmező álláspontja szerint sérti a diszkrimináció tilalmát, az egyenlő elbánás alapelvét az az ajánlatkérői magatartás, amellyel ugyanazon tulajdonsággal (nemzeti elbánásra nem jogosult származású árut ajánló) rendelkező csoporthoz tartozó ajánlattevők közül egyeseket hátrányosan megkülönböztet. Nincs jelentősége, hogy eltérő részajánlattételi körben kerültek a kínai származású termékek megajánlásra, hiszen semmilyen más körülmény vagy tulajdonság nem vehető figyelembe a kizárás alkalmazása során, csak a származás, ami viszont teljesen független a részajánlattételi köröktől. Egy ellenkező értelmezést burkoltan arra szolgálhatna, hogy nemzeti elbánást nem érdemlő származású áruk valójában nem a származásuk miatt, hanem azért kerüljenek kirekesztésre az eljárásból, mert nem az ajánlatkérőnek tetsző szakmai tulajdonságokkal bírnak. Az egyenlő elbírálás követelményének sérelme, valamint a jogorvoslati kérelemben részletesen ismertetett joggal való visszaélés tilalma szoros összefüggésben, egymás mellett és részben egymásra tekintettel állapítható meg. Mint ahogy a Kúria BH2018. 347. számú határozatában is megállapította, „joggal való visszaélés akkor állapítható meg, ha egy jog gyakorlása ugyan nem ütközik semmilyen más konkrét tilalomba, azonban a joggyakorlás

jogellenessége azért mutatható ki, mert a jog gyakorlásának e módja nem felel meg rendeltetésének.”

Az ajánlatkérő releváns észrevételei a D.45/2022. számú eljárásban

31. Az ajánlatkérő a jogorvoslati kérelem elutasítását kérte.

32. A 2. kérelmi elem kapcsán az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy sem a 2011. évi Kbt. sem a jelenleg hatályos Kbt. nem teszi kötelezővé ezen érvénytelenségi indok alkalmazásának az ajánlati felhívásban történő előzetes ajánlatkérői jelzését. A 2011. évi Kbt.-hez készített jogalkotói indokolás kifejezetten kiemelte, hogy ezen kizáró okot (a 2011. évi Kbt.-ben a 75. § (2) bekezdése szerinti kizáró ok) ajánlatkérő alkalmazhatja anélkül, hogy a felhívásban azt előzetesen jelezte volna. Ezt a tényt a Közbeszerzési Hatóság 2014. május 16. napján közzétett 2014/57. számú útmutatója is kiemelte: „A Kbt.-hez fűzött jogalkotói indokolás szerint a 75. § (2) bekezdésében foglalt kizáró okot ajánlatkérő alkalmazhatja anélkül, hogy a felhívásban azt előzetesen jelezte volna. A Közbeszerzési Hatóság a Kbt. alapelveinek, így különösen az esélyegyenlőség maradéktalan érvényesülése érdekében javasolja, hogy az ajánlatkérők felhívásukban jelezzék, amennyiben a Kbt. 75. § (2) bekezdését alkalmazni kívánják.” Amennyiben a jogalkotó egyetértett volna a Közbeszerzési Hatóság azon, fenti útmutatóban kifejtett álláspontjával, úgy az Útmutató megjelenését követően elfogadott 2015. évi Kbt.-ben nyilvánvalóan korrigálta volna a korábbi normaszöveg Kbt. alapelveit veszélyeztető hiányosságát és explicit módon rögzítette volna az új, 2015. évi Kbt. szövegében a 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi ok alkalmazásának előzetes, felhívásban történő ajánlatkérői rögzítésének kötelezettségét. Mivel a fentiekre a jogalkotó nem kerített sort, azaz a jelenleg hatályos Kbt. sem teszi a Kbt. 75. § (2) bekezdése szerinti kizáró ok alkalmazása esetén ennek előzetes jelzését a felhívásban, joggal állítható, hogy a jogalkotó nem tekintette ennek elmaradását a Kbt. bármely alapelvét sértő ajánlatkérői eljárásnak. A jogértelmezés módszerei közül a történeti értelmezés is egyértelműen arra utal tehát, hogy a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi ok alkalmazását nem szükséges a felhívásban előre jeleznie ajánlatkérőnek.

33. A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács 2021. május 10-én kiadott útmutatója a kizáró okok tekintetében benyújtandó igazolásokról, nyilatkozatokról, nyilvántartásokról és adatokról a Magyarországon letelepedett gazdasági szereplők vonatkozásában az alábbiakat tartalmazza: „A régi Kbt.-hez fűzött jogalkotói indokolás szerint - mely irányadó lehet a tárgyi szabályozás változatlanságára tekintettel - a 74. § (2) bekezdésében foglalt kizáró okot ajánlatkérő alkalmazhatja anélkül, hogy a felhívásban azt előzetesen jelezte volna. A Közbeszerzési Hatóság a Kbt. alapelveinek, így különösen az esélyegyenlőség maradéktalan érvényesülése érdekében javasolja, hogy az ajánlatkérők a közbeszerzési dokumentumokban jelezzék, amennyiben a Kbt. 74. § (2) bekezdését alkalmazni kívánják.” A hatályos útmutató szerinti jogszabályértelmezés is arra utal tehát, hogy a jogalkotó manifesztálódott szándéka a 2015. évi Kbt.-ben változatlan maradt a 2011. évi Kbt.-vel összehasonlítva, azaz továbbra sem kötelező a Kbt. 74. § (2) bekezdése szerinti kizáró ok előzetes megjelenítése a felhívásban.

34. A Kbt. 74. § (2) bekezdésén kívüli opcionális kizáró okok a Kbt. 63. §-ában kerültek szabályozásra, amelyekkel kapcsolatban a Kbt. 63. § (1) bekezdése kötelezővé teszi a felhívásban történő megjelentetését, amennyiben azokat ajánlatkérő alkalmazni kívánja. A Kbt. rendszertani értelmezése, azon belül is az argumentum a contrario elvének

alkalmazásával is arra a következtetésre juthatunk tehát, hogy az ajánlatkérő által opcionálisan alkalmazható Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi indok alkalmazását nem kell feltüntetni az ajánlati felhívásban. Azaz amennyiben a jogalkotó a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi indok alkalmazását előzetes, akkor nyilvánvalóan ugyanúgy jár el, mint a Kbt. 63.§-a szerinti opcionális kizáró okok esetében és előírja annak felhívásban történő közzétételi kötelezettségét. Ha egy jogszabályban taxatív felsorolással határozták meg az alkalmazás eseteit, a jogalkalmazó arra következtet, hogy a hasonló, de a felsorolásban mégsem szereplő esetet a jogalkotó szándékosan nem kívánta bevonni a szabályozás körébe.

35. Az ajánlatkérő álláspontja szerint nincs olyan jogszabály értelmezési módszer, amely alapján bárki arra az eredményre juthatna, hogy ajánlatkérő ne alkalmazhatná a Kbt. 74. § (2) b) pontja szerinti érvénytelenségi indokot, amennyiben azt nem jelezte előre a felhívásban. A jogszabályértelmezési módszerekből levezethető nyilvánvaló jogalkotói akaratot nem lehet azzal semmibe venni, annullálni, hogy a Kbt. alapelveiből vezeti le bármely jogalkalmazó ezen, a jogalkotó által elő nem írni kívánt kötelezettséget.

36. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során tartott tárgyaláson rögzítette, hogy a kérelmező ajánlata két okból került érvénytelenné nyilvánításra, az egyik okcsoport a műszaki indok, a másik pedig az áru származására tekintettel megvalósult érvénytelenné nyilvánítás. Kétségtelen tény, hogy a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjára történő hivatkozás az összegezésbe belekerülhetett volna.

37. Az ajánlatkérő előadta továbbá, hogy a kérelmező ajánlatát a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja szerinti jogcím alapján nyilvánította érvénytelenné az összegezés V.2.12) pontjából megállapítható módon, mivel ebben a pontban ajánlatkérő az „Érvénytelenítés jogcíme:” címszó mellett ezt a jogcímet tüntette fel általános, mindhárom felsorolt érvénytelenségi indokra irányadó jelleggel. Az EKR rendszerében érvénytelen ajánlat megjelölése esetén ajánlatkérőnek egy legördülő menüből kell kiválasztania az érvénytelenség konkrét jogcímét. Az EKR rendszer a Kbt. 74. § (1) bekezdése szerinti érvénytelenségi jogcím kiválasztása esetén csak a Kbt. 62-63. §-ai szerinti kizáró okok kiválasztására ad lehetőséget, azaz az EKR által generált legördülő menüben nincs lehetőség a 74. § (2) bekezdése szerinti kizáró okok valamelyikének kiválasztására, ezért járt el az ajánlatkérő ezen módon. Azonban egyértelműen megjelölésre került az összegezésben az „Érvénytelenség indoka 3.” címszó alatt, hogy kérelmező ajánlata a Kbt. 74. § (2) bekezdésének b) pontja alapján érvénytelen.

38. Amennyiben az ajánlatkérőnek kérelmező ajánlatát nem a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja szerinti jogcím alapján, hanem a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja szerinti jogcím alapján kellett volna érvénytelenítenie a Kbt. 74. § (2) bekezdésének b) pontja szerinti okból, ez irreleváns jogsértésnek tekinthető, amely álláspontot alátámasztja a Közbeszerzési Döntőbizottság D.92/10/2019. számú határozata. A határozat megállapította, hogy az érvénytelenségi jogcímekben történő ajánlatkérői tévedés irreleváns, amennyiben az érintett ajánlat érvénytelensége valójában megállapítható. A jelen esetben az érvénytelenség alapját jelentő tényállási elem egyértelműen fennállt és ajánlatkérő jogszerűen alkalmazta a Kbt. 74.§ (2) bekezdésének.

39. Az ajánlatkérő hivatkozott a D.540/15/2013. sz. döntőbizottsági határozatra.

40. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy az egyenlő bánásmód alapelve nyilvánvalóan nem értelmezhető egymással nem versengő, külön közbeszerzési részekben megtett ajánlatok

között, hasonlóan ahhoz, hogy különböző közbeszerzési eljárásokban tett ajánlatok esetében sem tehető ez meg. Fentiek alapján az egyes közbeszerzési részekben átnyúló módon, egymással nem versengő ajánlatok/ajánlattevők között az egyenlő bánásmód vizsgálata értelmezhetetlen. Az ajánlatkérő etekintetben is hivatkozott a D.540/15/2013. számú döntőbizottsági határozatra, amely rögzítette, hogy a nemzeti elbánás követelménye lerontja az egyenlő bánásmód követelményét.

A Diagon Diagnosztikai Kft. releváns észrevételei a D.45/2022. számú jogorvoslati eljárásban

41. Az egyéb érdekelt a 3. rész tekintetében tett észrevételében kérte, hogy a kérelmező alaptalan jogorvoslati kérelmét a Döntőbizottság utasítsa el.

42. Egyéb érdekelt rámutatott arra, hogy a kérelmező nem vitatja, hogy az általa megajánlott készülék kínai származású és azt sem vitatja, hogy a kínai származású termékek esetén nem érvényesül a nemzeti elbánás, tehát kínai származású termékeket tartalmazó ajánlatok jogszerűen kizárhatók és érvénytelenné nyilváníthatók a közbeszerzési eljárásokban. Kérelmező azt állítja, hogy ajánlatkérő visszaélészerűen alkalmazta a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti kizárási okot. A kógens Kbt. nem írja elő, hogy az ajánlatkérőnek akár az eljárást megindító felhívásban, akár a közbeszerzési dokumentumokban előre jeleznie kellene, hogy alkalmazni kívánja a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi okot, erre figyelemmel a kialakult joggyakorlat is az, hogy ezen érvénytelenségi ok abban az esetben is jogszerűen alkalmazható, ha ajánlatkérő azt előre, az eljárást megindító felhívásban, ill. közbeszerzési dokumentumokban nem rögzítette, ezt erősítette meg a Közbeszerzési Döntőbizottság D.540/15/2013. sz. határozatában. A kialakult joggyakorlat szerint az ajánlatkérő minden érvénytelenségi okot köteles az összegezésben feltüntetni és akkor követ el jogsértést, ha egyes érvénytelenségi okok kimaradnak az összegezésből. Figyelemmel arra, hogy az összegezés jogszerű módosítására a Kbt. lehetőséget ad, így ezen okból alapvető jogsérelem nem valósulhat meg.

43. A nemzeti elbánás elvének alkalmazása mindenképpen alapvető jogsérelmet jelent, azzal mindenképpen sérül az esélyegyenlőség, az egyenlő bánásmód alapelve, de mivel a nemzeti elbánás alkalmazására a Kbt. ad jogszerű lehetőséget, így nem lehet ez okból az egyenlő bánásmód, esélyegyenlőség alapvető sérelmét megállapítani. Ez esetben a nemzeti elbánás speciális alapelve lerontja az esélyegyenlőség generális alapelvét.

44. Az 5. részben hivatkozott kínai készülék az ajánlatkérő tulajdonában álló készülék, így ez esetben fel sem merülhetett a nemzeti elbánás alkalmazása. De ha nem így lenne és az 5. részben kínai származású készülék megajánlására került volna sor (bár a részvételi szándékát jelző egyéb érdekelt nem azt ajánlotta meg), akkor is adott lett volna a lehetőség ajánlatkérő számára, hogy bizonyos termék esetén éljen az érvénytelenség megállapítása lehetőségével, míg más termékénél nem. Ez az eltérő eljárás ugyanis nem jelenti automatikusan az esélyegyenlőség sérelmét, hiszen más részben meghozott döntésről, más beszerzési tárgyról, más gyártóról, más készülékről van szó. Az 5. rész vizeletanalitikai beszerzésre vonatkozik (nem hematológia), teljesen más szakmai körülmények befolyásolják a termékek elfogadhatóságát.

45. Előadta továbbá, hogy a közbeszerzési eljárás 3. része tekintetében előterjesztett jogorvoslati kérelem egy kérelmi elemet tartalmaz. A kérelmező továbbá határidőben nem

támadta jogorvoslati kérelemmel az összegezést abból a szempontból, hogy az a 3. érvénytelenségi ok tekintetében nem tartalmazza a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjára hivatkozást, így ezen mulasztás vizsgálatára a jelen jogorvoslati eljárás nem terjedhet ki. Az összegezés egyértelműen tartalmazza, hogy a kérelmezői ajánlat három okból minősült érvénytelennek és az érvénytelenség 3. sorszámú oka részletes bemutatása során is kinyilvánította ajánlatkérő a kérelmezetti ajánlat érvénytelenségét. De a kérelmező maga is a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjától „elkülönült érvénytelenségi oknak” érvénytelenségi definiálja és erre alapítja azt, hogy két kérelmi elemet terjesztett elő.

46. Az egyéb érdekelt hivatkozott arra, hogy a Kbt. 74. § (2) bekezdése nem tartalmaz érvénytelenségre utalást, csak kizárást, így kizárólag a Kbt. 74. § (2) bekezdés alapján érvénytelenséget megállapítani nem lehetne. A Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja viszont egyértelműen kizárásról rendelkezik, így az kétséget kizáróan a Kbt. 74. § (1) és (2) bekezdésére is támaszkodó érvénytelenségi ok, hiszen mindkét bekezdés ugyanezen terminológiát alkalmazza. Feltételezve, de meg nem engedve, hogy a Kbt. 74. § (2) bekezdése egy elkülönült érvénytelenségi okot definiál, a jogkövetkezmények tekintetében ebben az esetben sincs különbség a Kbt. 74. § (2) bekezdés szerinti „elkülönült érvénytelenségi ok” és a Kbt. 73. § (1) bekezdés b), ill. e) pont szerinti érvénytelenségi okok között. Ilyen eltérő jogkövetkezményt a kérelmező sem nevesít. A Kbt. 74. § ajánlattevő kizárásáról rendelkezik és nem az ajánlat kizárásáról, és szó szerint az ajánlattevő kizárása esetére rendeli el az ajánlat érvénytelenségét a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja akként, hogy mindkét szakasz az ajánlat és a részvételi jelentkezés érvénytelenség cím alatt helyezkedik el. Ezekből következően a Kbt. 74. §-a szerinti ajánlattevői kizárások nem önálló érvénytelenségi okok, hanem a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja szerinti ajánlat érvénytelenségét megalapozó esetek.

60. Az egyéb érdekelt megjegyezte, hogy a kérelmező a Döntőbizottság hiánypótlási felhívására egyértelműen úgy nyilatkozott, hogy nem terjeszt elő jogorvoslati kérelmet az eljárás 5. részében, nem kívánja az 5. rész vizsgálatát. Az 5. részben kérelmező nem is tett ajánlatot, így ügyfélképességgel sem rendelkezne az ezen részben előterjesztendő jogorvoslati kérelemhez. Erre figyelemmel nem lehet figyelembe venni a kérelmezőnek az 5. résszel kapcsolatos hivatkozásait. Tény, hogy az 5. részben ajánlatkérő egy kínai gyártmányú készülékkel rendelkezik, de ez a körülmény nem vezethet oda, hogy ajánlatkérő ezt követően soha, semmiféle beszerzése esetén nem alkalmazhatja a Kbt. 74. § (2) bekezdését. A részajánlattételre figyelemmel az alapelvek érvényesülését csak az adott részben, az adott részen belül lehet vizsgálat tárgyává tenni, ugyanis az adott részben részt vevő ajánlattevők minősülhetnek egy homogén csoportba tartozónak, azaz azonos helyzetben lévő ajánlattevőknek. Mivel maga a Kbt. biztosít lehetőséget a nemzeti elbánás alá nem tartozó terméket megajánló ajánlattevők kizárására, és az ajánlatuk érvénytelenségének megállapítására, így van tételes jogi rendelkezés, részletszabály, amelyet ajánlatkérő jogszerűen alkalmazhatott, így fel sem merülhet az önálló alapelvei jogsérelem, tehát az alapelvek, mint generálklauzulák megsértése. Ekörben egyéb érdekelt hivatkozott a Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.197/2008/6. és a Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.331/2010/3. számú döntéseire.

A Döntőbizottság D.45/28/2022 döntése és annak indokai

47. A Döntőbizottság D.45/28/2022 számú döntésében a kérelmező jogorvoslati kérelmét elutasította.

A határozatban kifejtettek szerint a Döntőbizottság a kérelmező jogorvoslati kérelmét egy kérelmi elemnek tekintette. A Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja szerinti érvénytelenné nyilvánítási okok kapcsán azt állapította meg a Döntőbizottság, hogy azok megállapítására nem jogszerűen került sor egyik kérelemmel érintett részben sem. A határozatban továbbá az alábbiak kerültek rögzítésre:

97. A Döntőbizottság ezt követően a kérelmező ajánlat 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti kizárásával kapcsolatos körülményeket vizsgálta meg.

98. A Döntőbizottság előjáróban rögzíti, hogy a Kbt. 73. és 74. §-a „Az ajánlat és a részvételi jelentkezés érvénytelensége” alcímet viseli. Az ajánlat, illetve a részvételi jelentkezés az itt meghatározott taxatív rendelkezések alapján nyilvánítható érvénytelenné.

99. A Kbt. 73. § (1) bekezdés a)-f) pontjai hat eset köré csoportosítva rögzítik az ajánlat, illetve részvételi jelentkezés érvénytelenségi okait, majd a 73. § (2) és (3) bekezdése ezeken túli érvénytelenségi okokat határoznak meg ((2) bekezdés - aránytalanul alacsony ellenszolgáltatás vagy más teljesíthetetlen feltétel, (3) bekezdés - részvételre jelentkező ajánlattétele). A (4)-(6) bekezdések az e) pontos érvénytelenségi okok körében adnak további iránymutatást.

A Kbt. 74. §-a pedig a kizárásra vonatkozó szabályokat rögzíti. A Kbt. 74. § (1) bekezdése a kizárás kötelező, a Kbt. 62-63. §-án alapuló esetköreit tartalmazza, míg a (2) bekezdés a nemzeti elbánás 2. § (5) bekezdésével kapcsolatos opcionális kizárási lehetőséget rögzíti. A (3) bekezdés ez utóbbi kizárási lehetőség alkalmazásához kapcsolódó származási hely megállapítására vonatkozó hivatkozást rögzít.

100. A Döntőbizottság álláspontja szerint a Kbt. 74. § (2) bekezdése szerinti kizárási alap nem minősül a Kbt. 62-63. §-aiban meghatározott hagyományos kizárási oknak, amely egyértelműen megállapítható abból a körülményből is, hogy a Kbt. 74. § (1) bekezdése szerinti kötelező kizárási ok vonatkozik azokra.

101. A Döntőbizottság álláspontja szerint a Kbt. 74. §-a szerinti kizárás mindkét esetének alkalmazásakor az ajánlat/részvételi jelentkezés a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontja alapján minősül érvénytelennek.

102. A jelen esetben az ajánlatkérő az összegezésben Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjára ugyan nem hivatkozott, de az érvénytelenség indokolásból egyértelműen megállapítható volt, hogy az ajánlatkérő a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontját alkalmazta, és erre figyelemmel került sor a 3. rész esetében az érvénytelenítés 3., illetve a 6. rész esetében a 2. indoka megfogalmazására.

103. Az összegezésből egyértelműen megállapítható volt - mind az „érvénytelenség indoka” megfogalmazásból, mind pedig az ahhoz kapcsolódó szövegszerű indokolásból („A Kbt. 2. § (5) bekezdésében foglaltak alapján [...] a REAGENS Kft. ajánlattevő ajánlata a Kbt. 74. § (2) bekezdésének b) pontja alapján érvénytelen”) - az is a Döntőbizottság álláspontja szerint, hogy az érvénytelenség egyik alapját képezi a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja.

104. A fentiek miatt a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) pontjára történő hivatkozás elmulasztása miatt a Döntőbizottság nem állapított meg jogsértést.

105. A Döntőbizottságnak tehát abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő jogszerűen járt-e el a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja szerinti jogintézmény alkalmazása során, jogszerű volt-e az ezen az alapon történt érvénytelenné nyilvánítás.

106. A jogkérdés eldöntéséhez a Döntőbizottság a Kbt. irányadó rendelkezéseinek komplex - azaz nemcsak nyelvtani, hanem történeti, rendszertani, logikai, teleológiai - vizsgálatát az alábbiak szerint végezte el.

107. Az Alaptörvény 28. cikke szerint „A bíróságok a jogalkalmazás során a jogszabályok szövegét elsősorban azok céljával és az Alaptörvénnyel összhangban értelmezik. A jogszabályok céljának megállapítása során elsősorban a jogszabály preambuluma, illetve a jogszabály megalkotására vagy módosítására irányuló javaslat indokolását kell figyelembe

venni. Az Alaptörvény és a jogszabályok értelmezésekor azt kell feltételezni, hogy a józan észnek és a közjónak megfelelő, erkölcsös és gazdaságos célt szolgálnak.”

108. Az Alaptörvény hivatkozott cikkhez fűzött indokolása szerint „Az Alaptörvény 28. cikke a bíróságok és közvetlen más közhatalmi szervek jogértelmezésére irányadó szabály, amely a jogszabályok értelmezésével kapcsolatosan ad eligazítást, iránymutatást. A törvény - a rendelkezéshez kapcsolódó alkotmánybírói gyakorlatot [lásd erre vonatkozóan például a 3325/2012. (XI. 12.) AB végzést, 3231/2014. (IX. 22.) AB végzést], valamint a Kúriának a rendelkezéssel kapcsolatos értelmezését [lásd például a Kúria Mfv. 10.272/2015/4. számú döntését] nem érintve - megállapítja, hogy a teleologikus jogértelmezés keretében a bíróságoknak elsősorban a jogalkotó által meghatározott célt kell figyelembe venniük.”

109. Az Alaptörvény 28. cikke – illetve annak indokolása – alapján a bíróságoknak és más közhatalmi szerveknek, így a Döntőbizottságnak is a jogszabályok szövegét akként kell értelmeznie, hogy az azok céljával összhangban álljon. A jogszabályok céljának megállapításakor a jogszabály preambulumát, illetve jogszabályjavaslat indokolását kell figyelembe venni akként, hogy a jogszabályok a józan észnek, közjónak megfelelő, erkölcsös és gazdaságos célt szolgálnak.

110. A Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmező a jelen jogorvoslati eljárással érintett közbeszerzési eljárásban – mindkét érintett rész tekintetében – kínai, és nem Hong-Kongi származású termékeket ajánlott meg. Ezt a tényt egyébként a kérelmező sem vitatta.

111. A Kbt. 2. § (5) bekezdése rögzíti a nemzeti elbánás követelményét egyrészt az unióban letelepedett gazdasági szereplők és közösségi származású áruk számára, másrészt pedig olyan harmadik országbeli, unión kívüli letelepedett gazdasági szereplők és nem közösségi származású áruk számára, amelyeknek a nemzetközi kötelezettségekkel összhangban kell azt biztosítani.

112. A tárgyi közbeszerzési eljárás a felhívás IV.I.8. pontja alapján a GPA, vagyis a közbeszerzési megállapodás hatálya alá tartozik.

113. Az Európai Parlament és a Tanács 2014. február 26-I 2014/24/EU Irányelve a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről (17) preambulumbekkezdésében rögzíti, hogy „Az 1994. december 22-i 94/800/EK tanácsi határozattal a Tanács jóváhagyta különösen a Kereskedelmi Világszervezet közbeszerzésről szóló megállapodását (a továbbiakban: a közbeszerzésről szóló megállapodás). A közbeszerzésről szóló megállapodás célja a közbeszerzési szerződésekkel összefüggő, kiegyensúlyozott jogok és kötelezettségek multilaterális keretének a létrehozása a világkereskedelem liberalizálása és bővítése céljából. A közbeszerzésről szóló megállapodás 1., 2., 4. és 5. melléklete és az Európai Uniónak szóló általános megjegyzések I. függelékének, továbbá az Európai Uniót kötelező egyéb vonatkozó nemzetközi megállapodások hatálya alá tartozó szerződések esetében az ajánlatkérőknek úgy kell teljesíteniük az említett megállapodások alapján fennálló kötelezettségeiket, hogy ezt az irányelvet alkalmazzák azon harmadik országok gazdasági szereplőire, amelyek a megállapodások aláíró felei.”

A 2014/24/EU irányelv A közbeszerzésről szóló megállapodással és az egyéb nemzetközi szerződésekkel kapcsolatos feltételek címet viselő 25. cikke értelmében „Amennyiben vonatkozik rájuk a közbeszerzésről szóló megállapodás 1., 2., 4. és 5. melléklete, valamint az Európai Uniónak szóló általános megjegyzések I. függeléke, továbbá vonatkoznak rájuk az Uniót kötelező egyéb nemzetközi szerződések, az ajánlatkérő szervek e közbeszerzésről szóló megállapodások aláíróinak építési beruházásait, áruit, szolgáltatásait és gazdasági szereplőit nem részesíthetik kevésbé kedvező bánásmódban, mint az Unió építési beruházásait, áruit, szolgáltatásait és gazdasági szereplőit”.

114. A 2014/24/EU irányelv rendelkezései alapján tehát a nemzeti elbánás alapelve érvényesül a GPA megállapodást aláírók építési beruházásai, áruai, szolgáltatásai és gazdasági

szereplői vonatkozásában. A nemzeti elbánás alapelve a GPA vonatkozásában azt jelenti, hogy az uniós tagállamok a GPA-ban részes felek részére – a GPA-ban meghatározott specifikumokkal – ugyanazokat a jogokat biztosítják, mint az uniós építési beruházások, szolgáltatások, árubeszerzések vonatkozásában. (A 2014/24/EU irányelv harmadik országból származó termékek vonatkozásában – szemben Az Európai Parlament és a Tanács 2014. Február 26-a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatási ágazatban működő ajánlatkérők beszerzéseiről és a 2004/17/EK irányelv hatályaon kívül helyezésétől szóló I 2014/25/EU irányelvvel - további rendelkezést nem tartalmaz).

115. Összhangban a fenti rendelkezésekkel a GPA hatálya alá tartozó beszerzések esetén a Kbt. 2. § (5) bekezdése alkalmazandó, azaz a GPA részes felei tekintetében érvényesülnie kell a nemzeti elbánás követelményének.

116. A Döntőbizottság megállapította, hogy a GPA-nak Kína csak Hong-Kong vonatkozásában részese (https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm, letöltés időpontja: 2022. március 23.), azaz csak a Hong-kongban letelepedett gazdasági szereplők és innen származó áruk vonatkozásában érvényesül a nemzeti elbánás elve.

117. A Közbeszerzési Hatóság 2020. december 31. (KÉ 2020. évi 254. szám; 2020. 12. 31.) napján megjelent módosított útmutatója Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi szerződéseiről a b) WTO pontjában Hong-Kong (Kína) tekintetében rendelkezik a nemzeti elbánás kötelezettségéről.

118. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmező által megajánlott kínai származású termékekre a WTO égisze alatt létrehozott plurilaterális GPA hatálya nem terjed ki.

119. Tehát a kérelmező által megajánlott, Shenzen tartományból származó termék a Kbt. kógens rendszerében olyan terméknek minősül, amelyre a nemzeti elbánást nem kell alkalmazni.

120. A kérelmező jogorvoslati kérelme alapján a Döntőbizottságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy jogszerűen nyilvánította-e az ajánlatkérő a kérelmező ajánlatát érvénytelenné a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja alapján a kínai származású termékek megajánlására tekintettel anélkül, hogy a felhívásban vagy a dokumentációban ezen lehetőségre hivatkozott volna.

121. A Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja lehetővé teszi az ajánlatkérő számára, hogy kizárja azt az ajánlattevőt, aki az ajánlatában olyan származású árut ajánl, amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani [2. § (5) bekezdése]. A Kbt. ezen lehetőség kapcsán további előírást nem rögzít, további követelményt, így azt, hogy ezen kizáró ok alkalmazását előzetesen - a felhívásban, vagy bármely más közbeszerzési dokumentumban - jelezni kell, nem fogalmaz meg.

122. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 74. § (1) bekezdésével lefedett, Kbt. 62., illetve 63. §-a szerinti kizáró okok körében a Kbt. kifejezetten rendelkezik azok felhívásban való megjelölési kötelezettségéről:

Kbt. 62. § (6) bekezdése kimondja, hogy „Az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban köteles hivatkozni az (1) és (2) bekezdésben foglalt kizáró okokra”. A Kbt. 63. § (2) bekezdése szerint „Az ajánlatkérő köteles az eljárást megindító felhívásban megjelölni az alkalmazott, (1) bekezdés szerinti kizáró okokat”.

123. A Döntőbizottság álláspontja szerint mivel a jogalkotó nem írta elő, hogy a Kbt. 74. § (2) bekezdésében engedett kizárási lehetőséget az ajánlatkérőnek előre kell jeleznie, így az ajánlatkérő nem volt köteles ezt a közbeszerzési dokumentumokban feltüntetni.

124. A Döntőbizottság utal továbbá a korábbi a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény indoklására, amely a jelenleg hatályos rendelkezésekkel érdemben azonos rendelkezéseket rögzített a 75. § (2) bekezdésében. Ezen Kbt. vonatkozó szakaszhoz fűzött törvényi indoklása az alábbiakat tartalmazza: „Az eljárásból - anélkül, hogy a felhívásban azt

ajánlatkérő előzetes jelezte volna - ki lehet zárni azt az ajánlattevőt vagy részvételre jelentkezőt, aki számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani, valamint azt az ajánlattevőt, aki ajánlatában olyan származású árut ajánl, amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani”.

125. Azaz a jogalkotó az érdemben azonos rendelkezéseket tartalmazó jogszabályhelyhez kapcsolódóan egyértelműen azt rögzítette, hogy azt nem kell a felhívásban előre jelezni. A fenti jogszabályi rendelkezések alapján a jogalkotói indokolás feladata a jogszabályok céljának a rögzítésre, amelyre a jogalkalmazás során tekintettel kell lenni, a korábbi Kbt.-hez fűzött jogalkotói indokolás pedig egyértelműen a felhívásban való rögzítés nélküli jogszerűség mellett foglalt állást.

126. Ezt erősíti meg a felek által is hivatkozott, a Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatója is, amely a kizáró okok tekintetében benyújtandó igazolásokról, nyilatkozatokról, nyilvántartásokról és adatokról a Magyarországon letelepedett gazdasági szereplők vonatkozásában (2021.05.06.) elnevezésű útmutatóban rögzíti, hogy „A régi Kbt.-hez fűzött jogalkotói indokolás szerint – mely irányadó lehet a tárgyi szabályozás változatlanságára tekintettel – a 74. § (2) bekezdésében foglalt kizáró okot ajánlatkérő alkalmazhatja anélkül, hogy a felhívásban azt előzetesen jelezte volna. A Közbeszerzési Hatóság a Kbt. alapelveinek, így különösen az esélyegyenlőség maradéktalan érvényesülése érdekében javasolja, hogy az ajánlatkérők a közbeszerzési dokumentumokban jelezzék, amennyiben a Kbt. 74. § (2) bekezdését alkalmazni kívánják”.

127. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy a korábbi 2011-es Kbt. 75. § (4) bekezdése tartalmazta annak a lehetőségét, hogy a Kormány az általa irányított vagy felügyelt költségvetési szervek, valamint az állami tulajdonú gazdálkodó szervezetek vonatkozásában meghatározhassa a (2) bekezdés alkalmazását megalapozó kötelező feltételek és figyelembe veendő szempontok körét. Ilyen jogszabály nem született a régi Kbt. hatálya alatt, és ilyen jogszabályi rendelkezés a jelenleg hatályos Kbt.-ben sem szerepel. Ebből az állapítható meg, hogy a jogalkotó ezen jogintézmény alkalmazását nem kívánta korlátozni.

128. A Döntőbizottság rámutat továbbá arra is, hogy a Kbt. 74. § (2) bekezdése nem zárja ki annak a lehetőségét, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás teljes időtartama alatt alkalmazza ezt a kizárási lehetőséget. A Kbt. 74. §-a az eljárásból való kizárás lehetőségét rögzíti, amely közbeszerzési eljárás a Kbt. 37. § (2) bekezdés utolsó mondata értelmében az eljárás eredményéről szóló tájékoztató közzétételével zárul.

129. A Döntőbizottság álláspontja szerint a jogalkotó az ajánlatkérőre bízta, hogy alkalmazza-e ezt a kizárási lehetőséget biztosító jogintézményt, vagy megengedi ilyen, nemzeti elbánással nem érintett szereplők, áruk részvételét. A jelenlegi jogszabályi környezetben az ajánlatkérő az eljárás folyamatában is dönthet úgy is, hogy egy számára kedvező ajánlatot – a közpénzek hatékony felhasználása alapelveire is figyelemmel - annak ellenére elfogad, hogy egyébként jogosult lenne annak kizárására. A Döntőbizottság álláspontja szerint feltehetőleg ez az indoka annak, hogy a jogalkotó nem írta elő, hogy az ajánlatkérő előre, a közbeszerzési dokumentumokban, az ajánlatok, részvételi jelentkezések ismerete nélkül hozza nyilvánosságra ezen szándékát.

130. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság azt kellett, hogy megállapítsa, hogy az ajánlatkérő nem valósított meg tételes jogi jogsértést azáltal, hogy előzetesen nem jelezte, hogy a közbeszerzési eljárásban a Kbt. 74. § (2) bekezdését alkalmazni kívánja.

131. Ezt követően a Döntőbizottság vizsgálta, hogy az ajánlatkérő terhére alapvető jogsértés megállapítható-e.

132. Az alapvető jogsértések körében a Döntőbizottság elsődlegesen rögzíti, hogy következetes álláspontja, hogy amennyiben jogsértően kerülnek alkalmazásra a Kbt. tételesjogi rendelkezései, vagy jogsértően tekintenek el az alkalmazásuktól, akkor a Kbt. tételesjogi előírási megsértése történik. A Döntőbizottság álláspontja az, hogy akkor állapítható meg alapvető sérelem, így az átláthatóság, egyenlő bánásmód, jóhiszeműség,

tisztesség, joggal való visszaélés elveinek a sérelme is, ha a Kbt. specifikus, konkrét részletszabályain túl további olyan többlet tényállási elem is felmerül, mely alapelvi jogsérelmet valósít meg.

133. A Kbt. 2. § (2) bekezdésében foglalt a kérelmező által hivatkozott egyenlő elbánás alapelvének megsértését nem tudta megállapítani a Döntőbizottság.

134. A 2. § (2) bekezdése és az (5) bekezdés viszonylatában a „lex specialis derogat legi generali” alapelve érvényesül. Tehát ezen alapelvek nem egyszerre érvényesülnek, a nemzeti elbánás követelménye lerontja az egyenlő bánásmód követelményét. Azon áruk vonatkozásában, ahol a nemzeti elbánást nem kell biztosítani az egyenlő bánásmód alapelve nem kell, hogy érvényesüljön, és a Kbt. 74. § (2) bekezdése szerinti kizárás alkalmazásának helye van. A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény, amely az érintett alapelveket ugyancsak ismerte, indokolása rögzítette, hogy a törvény 1. §-ának (2) (amely tartalmazza a Kbt. 2. § (2) bekezdése szerinti alapelveket) és (3) bekezdése (amely a Kbt. 2. § (5) bekezdése szerinti nemzeti elbánás alapelvét rögzítette) az általános és a különös szabály viszonyában áll egymással: ha az adott ajánlattevő számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani, az egyenlő bánásmód biztosítása sem követelmény, és az ajánlatkérő kizárhatja a közbeszerzési eljárásból [88. § (3) bekezdése].

135. A kérelmező által megajánlott kínai termékre a nemzeti elbánást nem kellett biztosítani, ekként az egyenlő elbánás alapelve sem kell, hogy érvényesüljön.

136. A fentiek alapján és a Kbt. rendelkezéseire tekintettel az ajánlatkérő nem járt el jogszerűtlenül, és nem merült fel a jelen esetben olyan többlettényállási elem sem, amely miatt a Kbt. 2. § (2) bekezdése szerinti alapelvi jogsértés megállapítására sor kerülhetne a Kbt. tételes rendelkezései figyelembevételével.

137. A Döntőbizottság rögzíti továbbá, hogy a kérelmező a Döntőbizottság kérdésére kifejezetten akként nyilatkozott hiánypótlásában, hogy a közbeszerzési eljárás 5. részével szemben jogorvoslati kérelmet nem terjeszt elő. Emiatt az 5. rész vonatkozásában jogorvoslati eljárás nem került lefolytatásra a kérelmező kérelme alapján, így a Döntőbizottság nem vizsgálta az ajánlatkérő eljárását az 5. rész tekintetében.

138. A Döntőbizottság a kérelmező által állított további alapelvek megsértését sem állapította meg.

139. Egyrészt a fentiek szerint nincs olyan jogszabályi kötelezettsége az ajánlatkérőnek, hogy a közbeszerzési dokumentumokban előzetesen jelezze, ha a Kbt. 74. § (2) bekezdését alkalmazni kívánja. Másrészt a Döntőbizottság álláspontja szerint ezen kizárási lehetőséggel az ajánlatkérő a jelenlegi jogszabályi környezetben a teljes közbeszerzési eljárásban, a közbeszerzési eljárás befejeződéséig – az eljárás eredményéről szóló tájékoztató közzétételéig – élhet. Mivel a Kbt. kógens rendelkezéseire, illetve azok komplex jogértelmezésére tekintettel az ajánlatkérő jogszerűen járt el, és olyan többlettényállási elem sem merült fel, amely az átláthatóság, jóhiszeműség, tisztesség, joggal való visszaélés alapelvének a megsértését eredményezné, a Döntőbizottság nem állapított meg alapelvi jogsértést az ajánlatkérő terhére.

140. A Döntőbizottság a kérelmezői ajánlat 74. § (2) bekezdésére figyelemmel történt érvénytelenné nyilvánítása körében ajánlatkérői jogsértést nem állapított meg egyik rész tekintetében sem.

141. A kérelmező által felhívott Az Európai Parlament És a Tanács Rendelete a harmadik országbeli áruknak és szolgáltatásoknak az Unió belső közbeszerzési piacához való hozzáféréséről, valamint az uniós áruk és szolgáltatások harmadik országbeli közbeszerzési piacokhoz való hozzáféréséről szóló tárgyalásokat támogató eljárásokról / COM/2012/0124 final - 2012/0060 (COD)/ című rendelettervezet elfogadásra még nem került, annak Parlament általi első olvasata van folyamatban (<https://eur-lex.europa.eu/legal->

<content/HU/ALL/?uri=CELEX:52012PC0124>, letöltés időpontja: 2022. március 23.), így annak kötelező ereje egyelőre nincs.

142. Tekintettel arra, hogy a kérelmezői ajánlat érvénytelenségét egy érvénytelenségi ok is megalapozza, és a fentiek szerint a Döntőbizottság azt állapította meg, hogy a 3. rész tekintetében 3., a 6. rész tekintetében pedig 2., a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontján alapuló érvénytelenségi ok jogszerűen került alkalmazásra, a Döntőbizottság azt kellett, hogy megállapítsa, hogy az ajánlatkérői döntés összességében jogszerű volt, a kérelmezői ajánlat érvénytelennek minősül, ezért a kérelmező jogorvoslati kérelmét mindkét érintett rész tekintetében el kellett, hogy utasítsa.

143. A fentiekben kifejtettek szerint a Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a Kbt. 165. § (2) bekezdés a) pontja alapján a jogorvoslati kérelmet mindkét rész vonatkozásában elutasította.

A Fővárosi Törvényszék 103.K.701.457/2022/8. számú ítélete

48. A Fővárosi Törvényszék a Döntőbizottság D.45/28/2022. számú határozatát részben, a jogorvoslati kérelemnek az alapelvek sérelméről hozott döntést érintő részében megsemmisítette és az alperest ebben a körben új eljárásra kötelezte.

Ítéletében rögzítette:

„[24] Az alperes a határozatában rögzítette (29-33. pontok), hogy az alapelvek körében milyen hivatkozásokat tett a felperes a jogorvoslati kérelmében. A felperes mindkét rész tekintetében hivatkozott az eljárási cselekmények láncolatára, arra, hogy felperes visszaélészerűen, a több hónapos bírálati eseménysorban csak az összegezés harmadik módosításában alkalmazta először a kizárás intézményét, mindemellett utalt az eljárás jogorvoslati kérelemmel nem támadott 5. része vonatkozásában kifejtett ajánlatkérői magatartásra, az egyenlő bánásmód követelményének megsértésével összefüggésben. A határozat 37. pontjában az alperes rögzítette a felperesnek a jogorvoslati eljárás során tett észrevételében foglaltakat, ahol a felperes kifejtette az eljárás 5. részével összefüggően mely okból következett be az alapelvek megsértése. Az alperes a határozatának indokolásában, a 131-139. pontokban foglalkozott az alapelvek sérelmével, három irányból fejtve ki annak alaptalanságára vonatkozó álláspontját. Érvelését egyfelől arra alapozta, hogy az ajánlatkérő a kizárás jogintézményét a Kbt. tételes jogi szabályainak betartásával alkalmazta, másfelől nem volt olyan többlet tényállási elem, amely az alapelvi jogsérelmet megállapíthatóvá tenné, harmadsorban pedig arra, hogy a nemzeti elbánás elve lerontja az egyenlő bánásmód követelményét.

[25] Az alapelvek és a tételes jogi rendelkezések kapcsolatát illetően mind az alperesi, mind a bírósági gyakorlat következetes és egyértelmű. E szerint a Kbt. alapelvi rendelkezései általános törvényi követelményeket határoznak meg a közbeszerzési eljárás valamennyi résztvevője számára. A közbeszerzési eljárás teljes folyamatában jelen vannak, érvényesülésüket az egyes tételes jogi rendelkezések is biztosítják. Az egyes tételes speciális rendelkezésnek kell az általános alapelvi rendelkezéshez igazodnia és nem fordítva. Az alapelvi rendelkezések szerinti jogsértés megállapításától az alperes abban az esetben tekinthet el, ha az a tételes rendelkezésben maradéktalanul leképezhető. Az alapelvek azonban önmagukban is, és a tételes szabályok mellett is válhatnak a jogszerű eljárás fokmérőivé. Ha a közbeszerzési eljárás során tanúsított valamilyen magatartás ugyan a tételes rendelkezéseknek megfelel, de elégtelen arra, hogy valamely alapelvi rendelkezést érvényre juttassa, akkor az alapelvi sérelem megállapítására kerülhet sor (Kfv.IV.37.950/2019/8.). E joggyakorlattal a Fővárosi Törvényszék egyetért, attól eltérni nem kívánt.

[26] A felperes nem kifogásolta, maga is egyetértett az alperesnek azzal a határozati jogértelmezésével, mely szerint az ajánlatkérő a Kbt. 74. § (2) bekezdése szerinti kizárást az eljárása egész időtartama alatt alkalmazhatja. A határozati okfejtés ezért önmagában nem elégséges a jogorvoslati kérelem alapelvi hivatkozásainak kimerítéséhez. Az alperes a határozatának 132. pontjában maga is helyesen utalt az alapelvek és a tételes jogi rendelkezések kapcsolatára, elmulasztotta ugyanakkor azoknak a jogorvoslati kérelemben megjelenő hivatkozásoknak az értékelését, amelyeket a közbeszerzési eljárás folyamatából a felperes kiemelt és az események láncolataként jelölt meg azzal, hogy az ajánlatkérő magatartása alapelveket sértő volt. Elégtelen indokolás ennek ellenében annak a rögzítése, hogy többlettényállási elemet a felperes nem igazolt, hiszen éppen az értékelés folyamatának általa megjelölt elemei vizsgálatát várta volna el az alperestől ebből a szempontból.

[27] Nem vitatott a Kbt. 2. § (2) és (5) bekezdés egymáshoz való viszonya sem, ez azonban a felperes által hivatkozott sérelem hiányának ugyancsak elégtelen indoka, miután éppen arra hivatkozott, hogy más ajánlatkérő is nemzeti elbánás alá nem tartozó terméket ajánlott meg, ekképpen az (5) bekezdés hatálya alá tartozó ajánlattevők eltérő elbánása felmerülhet. Ennek a vizsgálata azonban elmaradt. Függetlenül attól, hogy a közbeszerzési eljárás 5. része ellen a felperes jogorvoslati kérelemmel nem élt, de arra a vele szemben tanúsított ajánlatkérői magatartást kifogásolva hivatkozott, így az alperes saját gyakorlatát is figyelmen kívül hagyta, amikor az alapelvi sérelmek vizsgálata során a közbeszerzési eljárás jogorvoslati kérelemmel nem támadott részeire tekintettel sem volt. Az alapelveknek a közbeszerzési eljárás egész folyamatában érvényesülniük kell, éppen a lehetséges többletelem jelenhet meg azonos helyzetű ajánlattevők eltérő elbánása során. Adós maradt azonban az alperes annak részletes kifejtésével, hogy az adott közbeszerzési eljárás egyedi körülményei alapján merültek-e fel olyan többlettényállási elemek, amelyek a jogorvoslati kérelemben hivatkozott alapelvek közvetlen sérelmét megalapozhatják. Az alperesnek a jogorvoslati kérelem hivatkozásai mentén kellett volna vizsgálnia, hogy a közbeszerzési eljárásnak voltak-e olyan tényállási elemei, amelyekből a hivatkozott alapelvek megsértésére következtetni lehet. A felperes ilyen konkrét hivatkozásokat tett a jogorvoslati kérelmében és lényegében ezeket ismételte meg a keresetében is. Utalt a közbeszerzési eljárás eseményeinek láncolatára, arra, hogy az ajánlatkérő csak több eljárás cselekmény után, az összegezés harmadik módosításában hivatkozott először a kizárására. Az eljárás 5. része tekintetében pedig az ajánlatkérőnek is kínai származású készüléke került megjelölésre, amihez elfogadta a kínai származású reagenseket. Az alperes a határozatának 2. pontjában rögzítette a kiírás részletes feltételeit, az alapján megállapítható, hogy az ajánlatkérő készülékeinek származási országa – amihez a reagenseket beszerezni kívánta – a 3. rész tekintetében az USA, a 6. résznél Japán, míg az 5. rész esetében Kína. Mindezek lehetnek olyan releváns tényállási elemek, amelyek adott esetben jelenthetnek olyan többlettényállási elemeket, amiből a Kbt. alapelvi jelentőségű rendelkezéseinek megsértése következik. A felperes ezekre hivatkozott a jogorvoslati kérelmében és a perbeli keresetében is, az alperesnek azokat a jogorvoslati kérelem mentén megvizsgálva kellett volna állást foglalnia abban, hogy történt-e alapelvi jogsértés a közbeszerzési eljárásban. Mindezt azonban a fent részletezettek szerint elmulasztotta, indokolási kötelezettségének ebben a körben nem megfelelően tett eleget. Az alperes a védiratának 2. pontja utolsó bekezdésében ugyan hivatkozott a jogorvoslati kérelemmel érintett két rész és az 5. rész közti eltérő tényállásra, azonban ezen hivatkozásával a határozatának indokolásbeli hiányosságát nem pótolhatta. Ennek oka az, hogy ez a perben előterjesztett beadvány alkalmatlan arra, hogy kijavítsa, kiegészítse a rosszul megírt és szerkesztett határozatot, részben azért, mert a határozathozatalhoz képest időntúli, részben azért, mert perbeli szerepe más (Kúria Kfv.II.37.758/2011/5.; Kfv.II.39.209/2011/5.; Kfv.V.35.697/2014/5.; Kfv.III.35.425/2015/7.; Kfv.III.35.423/2015/6.; Kfv.V.35.379/2017/4.).

[28] Mindezekre tekintettel alappal hivatkozott a felperes a keresetében arra, hogy az alperes a jogorvoslati kérelem alapelvi jogsérelemmel kapcsolatos hivatkozásai körében nem megfelelően tett eleget az indokolási kötelezettségének, ez az eljárása sértette az Ákr. 81. § (1) bekezdését, ami miatt a határozatának keresettel támadott ezen része érdemi felülbírálatra alkalmatlannak bizonyult. Ez okból a bíróság a határozat kereseti kérelemmel támadott részének anyagi jogi szempontú vizsgálatát nem végezhette el.

[29] A fentiekre figyelemmel a bíróság az alperes határozatát részben, a jogorvoslati kérelemnek az alapelvek sérelméről hozott döntést érintő részében a Kp. 92. § (1) bekezdés b) pontja alapján megsemmisítette és ebben a körben az alperest új eljárásra kötelezte.

[30] Meghagyja az alperesnek a megismételt eljárásra vonatkozóan, hogy a határozatát a jogorvoslati kérelem alapelvi hivatkozásai mentén részletesen indokolja, térjen ki azokra a többlétevényállási elemekre, amikre a jogorvoslati kérelemben a felperes hivatkozott és amelyek a közbeszerzési eljárás konkrét körülményeire figyelemmel adott esetben a Kbt. alapelveinek közvetlen sérelmét megalapozhatják. Az alperes határozata az indokolási kötelezettségének ilyen módon történő teljesítésével válhat érdemi felülvizsgálatra alkalmassá.

A kérelmező észrevétele a megismételt jogorvoslati eljárásban

49. A kérelmező fenntartotta az ügyben eddig tett nyilatkozatait.

50. A kérelmező hivatkozott a BH2018. 347. számú határozatra: „Joggal való visszaélés akkor állapítható meg, ha egy jog gyakorlása ugyan nem ütközik semmilyen más konkrét tilalomba, azonban a joggyakorlás jogellenessége azért mutatható ki, mert a jog gyakorlásának e módja nem felel meg rendeltetésének.” A tárgyi esetben a joggyakorlás jogellenessége azért mutatható ki, mert a jog gyakorlásának e módja nem felel meg rendeltetésének. A BH alapjául szolgáló tényállás ugyan teljesen más a jelen ügy tényállásától és a jogszabályi környezet sem azonos, azonban van a két ügynek egy teljesen azonos vetülete: az ellenérdekű fél, az ajánlatkérő sorozatos és ismételt visszaélészerű joggyakorlása, annak mikéntje, körülményei.

51. Az ítélet rendelkezései szerint ilyen körülményeket a kérelmező részletesen azonban ezek a körülmények a visszaélésű joggyakorlás tekintetében nem, avagy nem kellően lettek értékelve. Különös jelentősége van annak a kérelmező szerint a kínai származású termékek sokáig való meg nem kifogásolása mellett annak, hogy azonos közbeszerzési eljárás más részében az ajánlatkérőnek megfelelték a kínai termékek. Kérelmező álláspontja szerint – bár nem konkrétan van ekként megfogalmazva – a tárgyi bírósági ítélet nem értékelhető másként, minthogy igenis figyelembe veendő az ajánlatkérő magatartása ugyanannak a közbeszerzési eljárásnak más részei tekintetében is. Ezen jogcselekmény nem a másik rész elleni valamiféle jogorvoslati cselekmény, mintsem a jelen ügyben releváns részekben az ajánlatkérői magatartás értékelése egy egyébként egy, egységes egész közbeszerzési eljárásban. Márpedig az ajánlatkérői magatartás a joggal való visszaélés tekintetében szükségzerűen értékelendő, ennek az értékelésnek fontos elemét képezi az ajánlatkérő magatartása azonos közbeszerzési eljárásán belül és ezen, több szempontú értékelés gyakorlatilag maga eldönti (avagy jelenti) a joggal való visszaélés kérdését.

52. Nem kizárólag a más részekben tanúsított ajánlatkérői magatartás értékelendő a jelen ügyben, hanem minden más körülmény, amire kérelmező korábbi beadványaiban már részletesen kitért (közbeszerzési dokumentációban való meg nem jelenítés, sokadjára sem

alkalmazott kizárási ok, holott maga a körülmény az első pillanattól kezdve fennállt, egyéb kizárási ok alkalmazásának hiányát követően hirtelen a „semmitől” való joggyakorlás, stb.) A Döntőbizottságnak az ajánlatkérői magatartások összessége alapján kell állást foglalni.

Az ajánlatkérő észrevétele a megismételt jogorvoslati eljárásban

53. Az ajánlatkérő nem tett észrevételt a megismételt jogorvoslati eljárásban

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

54. Az ajánlatkérő a Kbt. Második része szerinti nyílt közbeszerzési eljárását 2021. augusztus 16-án feladott hirdetménnyel indította meg, így a jogorvoslati kérelem érdemi elbírálására a Kbt. ebben az időpontban hatályos rendelkezései az irányadóak.

55. A Döntőbizottságnak a Fővárosi Törvényszék ítéletére tekintettel abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő tárgyi közbeszerzési eljárásban tanúsított magatartása, a kérelmező ajánlatának a kizárása a Kbt. alapvető rendelkezései megsértését megalósíthatta-e a kérelmező kérelme szerint.

56. A kérelmező az átláthatóság, az egyenlő bánásmód, a jóhiszeműség és tisztesség, valamint a joggal való visszaélés tilalma alapelve megsértésére hivatkozott.

Jogorvoslati kérelmében rögzítette, hogy sérült az átláthatóság és az egyenlő bánásmód követelménye, valamint a jóhiszeműség és tisztesség alapelve azért, hogy az ajánlatkérő sem a felhívásban, sem a dokumentumokban nem rendelkezett arról, hogy alkalmazni kívánja a kizárást kínai termékek esetén, de a 2021. október 15. napjától 2022. január 26. napjáig tartó bírálat során sem merült fel annak az alkalmazása az összegezés harmadik módosításáig. Továbbá az 5. részben kínai származású termékkel rendelkezik és ehhez kívánt kínai terméket beszerezni.

Arra is hivatkozott, hogy álláspontja szerint az ajánlatkérő a kérelmezői ajánlatot a Kbt. 74. § (2) bekezdés b) pontja alapján azért nyilvánította érvénytelenné, mert tudta hogy az érvénytelenné nyilvánítása megalapozatlan, és az eljárást más ajánlattevő nyertességével kívánta lezárni. Az ajánlatkérő ezzel joggal való visszaélést valósított meg.

57. A Kbt. releváns rendelkezései a következők:

A Kbt. 2. § (1)-(3), (5) és (7) bekezdései az alábbiakról rendelkeznek:

(1) A közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő köteles biztosítani, a gazdasági szereplő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát.

(2) Az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára.

(3) Az ajánlatkérő és a gazdasági szereplők a közbeszerzési eljárásban a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelően kötelesek eljárni. A joggal való visszaélés tilos.

(5) Az Európai Unióban letelepedett gazdasági szereplők és a közösségi származású áruk számára a közbeszerzési eljárásban nemzeti elbánást kell nyújtani. Az Európai Uniót kívül letelepedett gazdasági szereplők és a nem közösségi származású áruk számára a közbeszerzési eljárásban nemzeti elbánást Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi kötelezettségeivel összhangban kell nyújtani.

(7) 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. 79. § (1)-(3) bekezdései az alábbiakról rendelkeznek:

79. § (1) Az ajánlatkérő köteles az ajánlattevőt vagy részvételre jelentkezőt írásban tájékoztatni az eljárás vagy az eljárás részvételi szakaszának eredményéről, az eljárás eredménytelenségéről, az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező ajánlatának, illetve részvételi jelentkezésének érvénytelenné nyilvánításáról, valamely gazdasági szereplő kizárásáról, valamint ezek részletes indokáról, az erről hozott döntést követően a lehető leghamarabb, de legkésőbb három munkanapon belül.

(2) Az ajánlatkérő az ajánlatok és a részvételi jelentkezések elbírálásának befejezésekor külön jogszabályban meghatározott minta szerint írásbeli összegezést köteles készíteni az ajánlatokról, illetve a részvételi jelentkezésekről. Az ajánlatkérő az ajánlatok és a részvételi jelentkezések elbírálásának befejezésekor az (1) bekezdés szerinti tájékoztatást az írásbeli összegezésnek minden ajánlattevő, a részvételi szakasz lezárása esetén részvételre jelentkező részére egyidejűleg történő megküldésével teljesíti.

(4) Az ajánlatkérő az írásbeli összegezést az ajánlattevők részére történő megküldésétől számított huszadik napig, a részvételi szakaszról készült összegezés esetén az ajánlattételi határidő lejártáig jogosult módosítani, szükség esetén az érvénytelenségről szóló tájékoztatást visszavonni, továbbá a már megkötött szerződéstől elállni, illetve ha az eredeti állapot nem állítható helyre, a szerződést azonnali hatállyal felmondani, ha az eredmény megküldését követően észleli, hogy az eredmény (eredménytelenség) jogszabálysértő volt és a módosítás a jogszabálysértést orvosolja. Ha a módosítás során az ajánlatkérő a részvételi jelentkezés érvénytelenségéről szóló tájékoztatást visszavonja, új ajánlattételi határidő kitűzésével jogosult a részvételre jelentkezőnek ajánlattételi felhívást küldeni. Az ajánlatkérő a módosított írásbeli összegezést köteles haladéktalanul, egyidejűleg az összes ajánlattevőnek megküldeni.

58. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Fővárosi Törvényszék ítéletében kizárólag az alapelvek tekintetében helyezte hatályon kívül a Döntőbizottság döntését, és egyetértett a Döntőbizottság D.45/28/2022. számú határozatának érdemi részével. A hivatkozott határozat nem hatályon kívül helyezett részében rögzítésre került, hogy a „Kbt. 74. § (2) bekezdése nem zárja ki annak a lehetőségét, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás teljes időtartama alatt alkalmazza ezt a kizárási lehetőséget. A Kbt. 74. §-a az eljárásból való kizárás lehetőségét rögzíti, amely közbeszerzési eljárás a Kbt. 37. § (2) bekezdés utolsó mondata értelmében az eljárás eredményéről szóló tájékoztató közzétételével zárul.” Továbbá azon megállapítást is jogszerűnek ítélte, miszerint „az ajánlatkérő nem valósított meg tételes jogi jogsértést azáltal, hogy előzetesen nem jelezte, hogy a közbeszerzési eljárásban a Kbt. 74. § (2) bekezdését alkalmazni kívánja”.

Ezen túl a Fővárosi Törvényszék rögzítette, hogy egyetértett az alapelvek körében a Kbt. 2. § (2) és (5) bekezdése kapcsán kifejtett állásponttal is: „A 2. § (2) bekezdése és az (5) bekezdés viszonylatában a „lex specialis derogat legi generali” alapelve érvényesül. Tehát ezen alapelvek nem egyszerre érvényesülnek, a nemzeti elbánás követelménye lerontja az egyenlő bánásmód követelményét. Azon áruk vonatkozásában, ahol a nemzeti elbánást nem kell biztosítani az egyenlő bánásmód alapelve nem kell, hogy érvényesüljön, és a Kbt. 74. § (2) bekezdése szerinti kizárás alkalmazásának helye van. A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény, amely az érintett alapelveket ugyancsak ismerte, indokolása rögzítette, hogy

a törvény 1. §-ának (2) (amely tartalmazza a Kbt. 2. § (2) bekezdése szerinti alapelveket) és (3) bekezdése (amely a Kbt. 2. § (5) bekezdése szerinti nemzeti elbánás alapelvét rögzítette) az általános és a különös szabály viszonyában áll egymással: ha az adott ajánlattevő számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani, az egyenlő bánásmód biztosítása sem követelmény, és az ajánlatkérő kizárhatja a közbeszerzési eljárásból [88. § (3) bekezdése].

A kérelmező által megajánlott kínai termékekre a nemzeti elbánást nem kellett biztosítani, ekként az egyenlő elbánás alapelve sem kell, hogy érvényesüljön. A fentiek alapján és a Kbt. rendelkezéseire tekintettel az ajánlatkérő nem járt el jogszerűtlenül, és nem merült fel a jelen esetben olyan többlettényállási elem sem, amely miatt a Kbt. 2. § (2) bekezdése szerinti alapvető jogsértés megállapítására sor kerülhetne a Kbt. tételes rendelkezései figyelembevételével melletten.

59. A Döntőbizottság feladatául az esetlegesen alapvető sérelmet eredményező többlettényállási elemek vizsgálatát tűzte a bíróság. Így a Döntőbizottság ezeknek a vizsgálatát végezte el a kérelmező kérelme alapján.

60. Előjáróban a Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. alapvető rendelkezései törvényi követelményeket határoznak meg a közbeszerzési eljárás valamennyi résztvevője számára. A közbeszerzési eljárás teljes folyamatában jelen vannak, érvényesülésüket az egyes tételes jogi rendelkezések biztosítják. Az egyes tételes speciális rendelkezéseknek kell az általános alapvető rendelkezésekhez igazodniuk. A Döntőbizottság álláspontja szerint az alapvető rendelkezések szerinti jogsértések megállapításától abban az esetben lehet eltekinteni, ha azok a tételes jogszabályokban maradéktalanul leképezhetők. Az alapelvek így válnak a jogszerű eljárás fokmérőjévé. Ha a közbeszerzési eljárás során tanúsított valamely magatartás a tételes rendelkezéseknek megfelel, akkor alapvető sérelem megállapítására akkor kerülhet sor, ha az elégtelen az alapvető rendelkezés érvényre juttatásához (Kúria, mint felülvizsgálati bíróság Kfv.IV.37.950/2019/8. ítélete).

61. A Döntőbizottság következetes jogi álláspontja szerint amennyiben az ajánlatkérő jogszerűen alkalmazza a Kbt. tételes jogi rendelkezéseit, vagy jogszerűen tekint el alkalmazásuktól, akkor ajánlatkérő a Kbt. tételes jogi előírását sérti meg. Ilyen esetben akkor állapítható meg alapvető sérelem, ha a Kbt. specifikus, konkrét részletszabályain túl további olyan többlettényállási elem is felmerül, mely alapvető jogsérelmet valósít meg.

62. A Kbt. 2. § (1) bekezdésében rögzített verseny átláthatósága alapvető egy átfogó alapvető, a dokumentumokhoz, információkhoz való hozzáférést, és ezáltal az ajánlattevők, gazdasági szereplők egyenlő bánásmódját biztosítja. Ez az alapvető megköveteli, hogy a gazdasági szereplők hozzáférjenek az ajánlattételi információkhoz, továbbá ajánlatok bontásáról, bírálatáról kiadott tájékoztatások alapján az ajánlatkérő döntése áttekinthető és ekként ellenőrizhető legyen.

A Kbt. 2. § (2) bekezdése szerinti egyenlő bánásmód alapelve a megkülönböztetésmentes bánásmódot írja elő, az alapján az ajánlatkérő az azonos helyzetben lévő ajánlattevőket nem kezelheti eltérően, a különböző helyzetben lévő ajánlattevőket pedig nem kezelheti azonosan.

A Kbt. 2. § (3) bekezdésében rögzített jóhiszeműség és tisztesség alapelve általános zsinórmértéket rögzít, amely nemcsak a polgári jogi jogviszonyokban, hanem a közbeszerzési jogviszonyokban is irányadó. Ezen alapvető a felek kölcsönös bizalmának a garanciáját jelenti. Az érintett felek számára etikai mércét állapít meg, és általános elvként az adott helyzetben általában elvárható magatartás tanúsítását kívánja meg. Ezen alapvető biztosítja többek között valamely jogszabály - így a Kbt. - alkalmazása során a saját céljával szembeni szembekerülés megakadályozását. A joggal való visszaélés tilalma tiltja a tételes jog elvárásaival és céljaival

egyértelműen szemben álló joggyakorlást. Valamely jog gyakorlása és a jog kimerítése önmagában nem valósít meg joggal való visszaélést.

63. A Döntőbizottság ismételtlen kiemeli, hogy a kérelmező a Döntőbizottság kérdésére kifejezetten akként nyilatkozott hiánypótlásában, hogy a közbeszerzési eljárás 5. részével szemben jogorvoslati kérelmet nem terjeszt elő. Emiatt az 5. rész vonatkozásában jogorvoslati eljárás nem került lefolytatásra a kérelmező kérelme alapján, így a Döntőbizottság nem vizsgálta, nem is vizsgálhatta az ajánlatkérő eljárását az 5. rész tekintetében.

64. Etekintetben a Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. szabályrendszeréből következően egy közbeszerzési rész az egy kvázi önálló közbeszerzési eljárás (pl. 54. § (3) bekezdés utolsó mondat: „Ha az ajánlatkérő lehetővé teszi a közbeszerzés egy részére történő ajánlattételt, az ajánlati biztosítékot és annak mértékét részenként kell előírnia.”; 75. § (5) bekezdés első mondat: „Ha az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban lehetővé tette a részekre történő ajánlattételt, az eredménytelenség az eljárásnak csak az eredménytelenségi okkal érintett részére állapítható meg.”; 131. § (7) „Ha jogorvoslati kérelmet [148. § (2) bekezdés] vagy kezdeményezést [152. §] nyújtanak be, a szerződést - a (3) bekezdés szerinti esetben a jogorvoslati eljárással érintett részre vonatkozó szerződést - az ügy érdemében hozott vagy a közbeszerzési ügy befejezését eredményező határozat meghozataláig nem lehet megkötni, kivéve, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság - vagy a Közbeszerzési Döntőbizottság végzésével szemben indított közigazgatási perben a bíróság - a szerződés megkötését engedélyezi [156. § (4) bekezdés]. Ha időközben a nyertes ajánlattevő ajánlati kötöttsége lejárt, az ajánlatkérő akkor köthet vele szerződést, ha a nyertes ajánlattevő nyilatkozik, hogy ajánlatát fenntartja.”; 149. § (1) bekezdés b) pont „a kérelemmel érintett közbeszerzési eljárás ajánlatkérőjének nevét, székhelyét, a közbeszerzés tárgyát és - részajánlattétel esetében - a jogorvoslattal érintett részt, vagy a közbeszerzési eljárás mellőzésével történő beszerzés esetében a beszerző nevét, székhelyét és a beszerzés tárgyát”). Az egyik eljárási részben hozott döntés főszabály szerint nem hat ki a másik eljárási részre (kivéve a Kbt. 75. § (5) bekezdés második mondatában szereplő esetkört /„Ha az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban rögzítette és megindokolta, hogy bármely rész eredménytelensége esetén már nem áll érdekében a szerződések megkötése, az eljárást valamennyi rész tekintetében eredménytelenné nyilváníthatja”/, amelyet ugyanakkor már a közbeszerzési dokumentumokban jelezni kell), az egyik részben hozott döntésnek főszabály szerint nem lehet kihatása egy másik részre.

65. Tekintve, hogy a kérelmező kérelme a Döntőbizottságot köti, és kijelöli vizsgálatának terjedelmét, az a Döntőbizottság változatlan álláspontja, hogy a kérelmező erre vonatkozó kérelme hiányában az 5. részt nem vizsgálhatta, mint ahogy az a D.45/28/2022. számú határozatban rögzítésre is került.

66. Ugyanakkor a Fővárosi Törvényszék iránymutatására figyelemmel rögzíti a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérő az 5. rész tekintetében egy, a tulajdonában álló kínai termékhez, egy vizeletvizsgálatra szolgáló eszközhöz kívánt alapanyagot beszerezni. Azaz a tényállás ezen rész vonatkozásában eltérő a kérelmező által támadott két résztől, amely részek esetében az ajánlatkérő egy amerikai (3. rész) és egy japán (6. rész) vérvizsgálatra szolgáló eszközhöz kívánt reagenst beszerezni, és amely részben a kérelmező kínai terméket ajánlott meg.

67. Tehát az 5. rész vonatkozásában a támadott két részhez képest eltérő tényállásra tekintettel nem volt megállapítható, hogy az ajánlatkérő azonos helyzetet, azonos helyzetben

lévő ajánlattevőket, termékeket ítelt volna meg másként. Egyrészt az egyik termék vizeletvizsgálatra, a másik kettő vérvizsgálatra szolgált, továbbá az egyik ajánlatkérői tulajdonban álló termék kínai volt, míg a másik részben egy japán és egy amerikai terméket kívánt volna a kérelmező kínai termékkel helyettesíteni. Ez utóbbi, a kérelmező által támadott részben tehát nem egy kínai termékhez kellett labordiagnosztikumokat biztosítani.

68. A fentiek miatt a jelen esetben a Döntőbizottság nem tudta megállapítani a kérelmező által hivatkozott alapelvek sérelmét az 5. részre tekintettel.

69. A Döntőbizottság álláspontja szerint átláthatóság, egyenlő bánásmód, jóhiszeműség, tisztesség, és a joggal való visszaélés tilalma alapelvek sérelme sem volt megállapítható.

70. A kérelmező egyrészt arra hivatkozott, hogy az átláthatóság és végső soron az egyenlő bánásmód követelménye is azáltal sérült, hogy sem a felhívásban sem az egyéb dokumentumokban nem rendelkezett arról, hogy alkalmazni kívánja a kizárást.

71. Amint azt a Döntőbizottság a korábbiakban rögzítette, a Fővárosi Törvényszék által is elismerten, a D.45/2022. számú határozatban kifejtettek szerint az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás befejeződéséig jogszerűen alkalmazhatta a jogintézményt, jelzési kötelezettsége az irányadó jogszabályi környezet szerint nem volt. Mert egyrészt a fentiek szerint nincs olyan jogszabályi kötelezettsége az ajánlatkérőnek, hogy a közbeszerzési dokumentumokban előzetesen jelezze, ha a Kbt. 74. § (2) bekezdését alkalmazni kívánja. Továbbá másrészt ezen kizárási lehetőséggel az ajánlatkérő a jelenlegi jogszabályi környezetben a teljes közbeszerzési eljárásban, a közbeszerzési eljárás befejeződéséig – az eljárás eredményéről szóló tájékoztató közzétételéig – élhetett.

72. A fentiek szerint az ajánlatkérő a jogszabályi keretek között járt el, amikor csak az összegezésben alkalmazta a kizárást.

73. A kérelmező azt is kifogásolta, hogy a 2021. október 15. napjától 2022. január 26. napjáig tartó bírálat során sem merült fel a kizárás alkalmazása az összegezés harmadik módosításáig.

74. A jogkérdéssel összefüggésben az eljárás bírálati szakaszában a hiánypótlási felhívás, felvilágosításkérés szükségességére nem merült fel adat a jogorvoslati eljárásban, erre a kérelmező sem hivatkozott. Az ajánlatkérő az érvénytelenségi okokat - jogszerűen - az összegezésben közölte. Ugyan a Kbt. 79. § (1) bekezdése alapján lehetősége van, de arra vonatkozó törvényi kötelezettsége nincs az ajánlatkérőnek, hogy a közbeszerzési eljárás folyamatában közölje az érvénytelenné nyilvánítás indokát, elegendő azt az összegezésben közölnie.

75. Az ajánlatkérő valóban az eredeti összegezésben nem tüntette fel a kérdéses érvénytelenségi okot, csak a harmadik módosított összegezésében.

76. A Döntőbizottság rámutat, hogy a harmadik módosított összegezés a jelen jogorvoslati eljárással érintett részek tekintetében az első módosítást jelenti, ugyanis az 1. módosítás a 7. részt, a 2. módosítás a 13. részt érintette kizárólag.

77. Az, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás során megváltoztatja az álláspontját, és egy további érvénytelenségi okot állapít meg, nem teszi jogszerűtlenné a döntését, és önmagában nem valósítja meg a kérelmező által hivatkozott alapelvek sérelmét.

78. Az ajánlatkérő korábbi jogi álláspontja nem bír kötőerővel sem az adott, sem egy későbbi közbeszerzési eljárásban. Az ajánlatkérő jogalkalmazói gyakorlata jogszabálynak nem minősül. Az ajánlatkérő nincs elzárva attól, hogy korábbi gyakorlatán változtasson, ekként egy esetleges eltérő, módosult ajánlatkérői álláspont nem alapozza meg a kérelmező által hivatkozott alapelvek sérelmét.

79. Továbbá az az eset is felmerülhet, hogy az ajánlatkérő csak a közbeszerzési eljárás folyamatában – utóbb nemcsak a bírálati cselekmények elvégzését, hanem akár az összegezés elkészítését követően – észlel egy érvénytelenségi okot. Az, hogy az ajánlatkérő bizonyos bírálati cselekményeket elvégez, nem bír kötőerővel, nem jelenti szükségszerűen azt, hogy az ajánlat érvényes. Az összegezés módosítása jogintézménye pedig kifejezetten lehetőséget biztosít az ajánlatkérőknek arra, hogy az érvénytelenség indokán módosítsanak.

80. A Döntőbizottság álláspontja szerint a kérelmező által hivatkozott körülmények (közbeszerzési dokumentumokban való rögzítés hiánya, bírálat alatti fel nem merülés, „harmadik” módosítás) a fentiekben kifejtettek szerint önmagukban nem voltak jogsértőek.

81. Azonban a kérelmező által hivatkozott körülmények egybevetése és összességében való értelmezése alapján sem volt megállapítható az ajánlatkérő alapelvi jogsértése, nem volt az megállapítható, bizonyítható az eset összes körülményére tekintettel sem, hogy az ajánlatkérő szankciós jelleggel alkalmazta volna ezen érvénytelenné nyilvánítási indokot.

82. Nem kirívó és szokatlan egy közbeszerzési eljárásban, hogy az ajánlatkérő csak az összegezésben közli az érvénytelenségi okot, és adott esetben a módosított összegezésben megváltoztatja az érvénytelenség indokát. De az sem szükségszerű, hogy utaljon bármilyen eljárási cselekménnyel (pl. felvilágosításkérés, hiánypótlás, indokoláskérés) arra a bírálat folyamatában, amennyiben az nem indokolt, hogy érvénytelenné nyilvánítást fog alkalmazni. Továbbá visszautal a Döntőbizottság a D.45/28/2022. határozat jogerős részének 129. bekezdésére, amely szerint „a jogalkotó az ajánlatkérőre bízta, hogy alkalmazza-e ezt a kizárási lehetőséget biztosító jogintézményt, vagy megengedi ilyen, nemzeti elbánással nem érintett szereplők, áruk részvételét. A jelenlegi jogszabályi környezetben az ajánlatkérő az eljárás folyamatában is dönthet úgy is, hogy egy számára kedvező ajánlatot – a közpénzek hatékony felhasználása alapelveire is figyelemmel – annak ellenére elfogad, hogy egyébként jogosult lenne annak kizárására. A Döntőbizottság álláspontja szerint feltehetőleg ez az indoka annak, hogy a jogalkotó nem írta elő, hogy az ajánlatkérő előre, a közbeszerzési dokumentumokban, az ajánlatok, részvételi jelentkezések ismerete nélkül hozza nyilvánosságra ezen szándékát.” Azaz ezen jogintézmény esetében az ajánlatkérők diszkrecionális joga a jelenlegi jogszabályi környezetben meglehetősen széleskörű.

83. Ez a kérelmező által hivatkozott láncolat – bármilyen egyéb eljárási cselekmény, eljárási körülmény, más többlettényállási elem hiányában – nem jelenti azt, hogy az ajánlatkérő a kérelmezői ajánlatot szándékosan rosszhiszeműen kívánta volna érvénytelennek nyilvánítani. Nem kizárható, hogy ez történt, de a kérelmező által előadottak, valamint a közbeszerzési, jogorvoslati eljárás dokumentumai alapján nem volt az alapelvi sérelmet alátámasztó többlettényállási elem megállapítható, igazolható.

84. Ha figyelembe vehető lett volna az 5. részre tekintettel kifejtett kérelmezői álláspont az sem támasztotta volna alá az ajánlatkérői jogsértést az alaphelyzet eltérésére tekintettel.

85. Sem tényszerűen, sem az eset összes körülménye egybevetéséből következően nem volt igazolható az a kérelmező állítás sem, hogy az ajánlatkérő nem kívánta korábban alkalmazni a közbeszerzési eljárásban ezt a fajta kizárást, csak az érvénytelenné nyilvánítás megalapozatlanságának tudata és az a szándék szorította rá erre, hogy az eljárást más eredménnyel/más nyertességével zárja le.

A Döntőbizottság megjegyzi, hogy amennyiben az ajánlatkérő megalapozatlannak, jogszabálysértőnek ítélte volna az eredeti érvénytelenségi okot, úgy lehetősége lett volna azt az összegezés módosítása során visszavonni, ezzel elkerülve egy esetleges jogorvoslati eljárást. Továbbá egy érvénytelenségi ok is megalapozza az ajánlat érvénytelenné nyilvánítását, azaz a kérelmezői ajánlat már egy érvénytelenségi ok alapján is érvénytelennek minősül. A Döntőbizottság utal arra is, hogy az érintett összegezés a tárgyi részek kapcsán csak az első módosított összegezés volt, valamint, hogy a fentiekben kifejtettek szerint ezen jogintézmény kapcsán az ajánlatkérő mozgástere meglehetősen nagy.

86. A Döntőbizottság rámutat, hogy a joggal való visszaélés tilalmának alapelve sérelme kivételesen, abban az esetben állapítható meg, ha nyilvánvaló, egyértelmű jogsértés történt. (Ptk. Nagykommentár, Ptk. 1:5. §-ához 1. c) pont). A jelen esetben ez a nyilvánvalóság nem volt alátámasztott.

87. Az alapelvi jogsértés megállapításához szükséges többlettényállási elem a jelen esetben nem volt megállapítható. A Döntőbizottság az adott eset összes körülménye alapján a fentiekre tekintettel nem tudta azt megállapítani, hogy ajánlatkérő joggyakorlásának a módja ne felelt volna meg a rendeltetésének, az ajánlatkérő megsértette a kérelmező által hivatkozott alapelveket.

88. A Döntőbizottság a kérelmező által állított alapelvi jogsértést nem állapította meg az ajánlatkérő terhére.

89. A kérelmező részenként 200.000,- Ft, mindösszesen 400.000,- Ft igazgatási szolgáltatási díjat fizetett meg a D.45/2022. számú jogorvoslati kérelméhez. A kérelmező kérelme alaptalan volt.

90. A Kbt. 151. § (9) bekezdés utolsó mondata alapján „Az alaptalan kérelem esetében a díj nem kerül visszatérítésre, a kérelmező viseli az igazgatási szolgáltatási díj teljes összegét”.

91. A mindkét részre eső igazgatási szolgáltatási díjat az alaptalan kérelemre tekintettel a kérelmező viseli a Kbt. 151. § (9) bekezdésre figyelemmel.

92. A Döntőbizottság a költségek viseléséről a Kbt. 151. § (8)-(10) bekezdéseire és az Ákr. 125. § (1)-(2) bekezdéseiben, valamint 126. § (2)-(3) bekezdéseiben foglaltakra tekintettel rendelkezett.

93. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(5) bekezdésein alapul.

94. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban:

Kp.) 12. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselet a Kp. 27. § (1) bekezdése b) pontja alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2023. február 13.

Dr. Kenessey Réka sk.
közbeszerzési biztos
az eljáró tanács elnöke

Gulyás Richárd sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Schaller Emil sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Szigeti-Szabó Andrea ügyvéd (Bihary-B.Szabó-Jean-Zalavári és Társai Ügyvédi Iroda, elektronikus úton)
2. Dr. Kerek Éva Gabriella felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (Tricsók Zrt., elektronikus úton)
3. Miniszterelnökség (elektronikus úton)