

JOGORVOSLATI AKTUALITÁSOK

Dr. Horváth Éva, közbeszerzési biztos, Közbeszerzési Hatóság

DOI: 10.37371/KEP.2021.9.2

A Közbeszerzési Értesítő Plusz jelen számában folytatjuk az előző számban megkezdett, az ajánlattevő szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmasságával kapcsolatos jogesetek ismertetését. Az előző számban az Európai Unió Bírósága által e tárgyban meghozott ítéletre történt kitékintés, míg a jelen számban a Közbeszerzési Döntőbizottság két határozatát ismer-tjük.

A Kbt. vonatkozó rendelkezései alapján főszabály szerint és az alkalmazott rezsimtől és eljárásfajától függően a műszaki, szakmai alkalmassági követelményeket kötelezően elő kell írnia az ajánlatkérőknek, hiszen ellenkező esetben fennállhat annak a veszélye, hogy a későbbiek során az érintett gazdasági szereplő nem tudja teljesíteni a szerződést. A Kbt. a gazdasági és pénzügyi alkalmasság keretében előírható feltételeket nem szabályozza részletesen, ennek szabályozására kormányrendeleti szinten kerül sor. Fontos korlátozás, hogy az ajánlatkérőnek az alkalmassági feltételek előírása során be kell tartania az arányosság követelményét. Az alkalmassági feltételek meghatározása esetén az alkalmassági követelményeket és azok igazolási módjait a transzparencia jegyében az ajánlati felhívásban is meg kell jelölni.¹

D.383/20/2019. számú határozat

A határozattal érintett tárgyak: A Döntőbizottság megállapította, hogy a részvételre jelentkező rendelkezett a közbeszerzés tárgya szerinti referenciával, továbbá a részvételi jelentkezésben csatolt előszerződés alapján a kapacitást nyújtó szervezet szerződés teljesítésében történő tényleges részvétele megállapítható.

Tényállás

Az ajánlatkérő (közjogi szervezet) a Kbt. Második Része szerinti tárgyalásos közbeszerzési eljárást indított « Szemcsés keverék beszerzése » árubeszerzés tárgyában, melynek részvételi felhívását 2018. szeptember 20-

án adta fel az Európai Unió Hivatalos Lapjában történő közzétételre.

Az ajánlatkérő a felhívásban meghatározta a közbeszerzés tárgyát, azt, hogy a közbeszerzés részekből áll, és az opciókra vonatkozó információkat.

A felhívás III.1.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság M1) pontja szerint:

« M1) A Kr. 21. § (1) bekezdés a) pontja alapján csatolni kell az eljárást megindító felhívás feladásától visszafelé számított három év legjelentősebb, közbeszerzés tárgya szerinti (a műszaki követelményeknek megfelelő szemcsés keverék gyártása és/ vagy szállítása és/vagy eladása) egy vagy több szerződésből származó, szerződészerűen teljesített szállításaira vonatkozó referencia nyilatkozatot vagy igazolást legalább az alábbi tartalommal: [...]

- szerződés tárgya, mennyisége, oly módon, hogy abból az alkalmassági követelménynek való megfelelés egyértelműen megállapítható legyen.

Utólagos igazolás:

Az alkalmassági követelmények utólagos igazolására a Kbt. 69. § (4) bekezdése szerinti felhívására az EEKD-ban tett nyilatkozatával összhangban az előírt dokumentumot (referencianyilatkozat/igazolás) kell benyújtania. Felhívjuk a figyelmet a 424/2017. Kr. 12. § (2) bekezdésére.

E körben az alkalmasság minimumkövetelménye:

Alkalmas a részvételre jelentkező, ha M1) rendelkezik az eljárást megindító felhívás feladásától visszafelé számított három évben (36 hónap) a közbeszerzés tárgya szerinti (a műszaki követelményeknek megfelelő szemcsés keverék gyártása és/ vagy szállítása és/vagy eladása), egy vagy több szerződésből származó, legalább 4.288 tonna mennyiségű szerződészerűen teljesített referenciával.»

¹ A Kbt. 65. §-ához fűzött jogalkotói indokolás alapján.

A részvételi dokumentáció a kapacitást rendelkezésre bocsátó szervezetre, a műszaki-szakmai alkalmasság előírt igazolására is rendelkezéseket tartalmazott.

Az 1. részben részvételi jelentkezést nyújtott be a kérelmező és a jelen ismertetés szerint G Zrt.

A G Zrt. az ajánlatkérő felhívására benyújtott hiánypótlásában nyilatkozott, hogy alvállalkozóként igénybe kívánja venni a jelen ismertetés szerint C Kft.-t, valamint a jelen ismertetés szerint N Zrt.-t. A részvételi jelentkezésében csatolta az arra vonatkozó nyilatkozatot, mely szerint az M1) alkalmassági követelménynek való megfelelés végett az N Zrt. kapacitásaira kíván támaszkodni. A hiánypótlás mellékleteként benyújtásra került az N Zrt.-vel az M1) alkalmassági feltételnek való megfelelés érdekében kötött előszerződés is, amelyben szerepelt, hogy az N Zrt. bevonására alvállalkozóként kerül sor, „tényleges bevonással a szerződés teljesítésébe, a gyártás és szállítás során”.

A G Zrt. további hiánypótlásában csatolta az „Előszerződés kiegészítése kapacitást rendelkezésre bocsátó szervezet igénybevételéhez” című dokumentumot, mely a G Zrt. és az N Zrt. között került megkötésre.

Az ajánlatkérő a részvételi szakaszt lezáró összegezésében mindkét jelentkező részvételi jelentkezését elfogadta érvényesnek, majd ajánlattételi felhívást küldött a két érintett gazdasági szereplő részére. Az ajánlattételi felhívás részletezte a közbeszerzés tárgyát és mennyiségét (a részvételi dokumentációban foglaltakkal egyezően).

Ajánlatot nyújtott be mindkét ajánlattevő. A G Zrt. ajánlatában csatolta a megajánlott SZK1 és SZK2 termék szemeloszlási görbáját, a C Kft. által az SZK1 és SZK2 termékre kiállított tanúsítványt, a C Kft. meghatározott üzemére vonatkozó gyártásellenőrzési megfelelőségi tanúsítványt, a C Kft. által az SZK1 és SZK2 termékek vonatkozásában kiállított teljesítmény-nyilatkozatot, a szállítási távolságokat tartalmazó kitöltött excel-táblázatot.

Az ajánlatkérő hiánypótlási felhívást küldött az ajánlattevők részére, amelynek a G Zrt.-re vonatkozó részében közölte, hogy a műszaki leírásban az ajánlatkérő előírta, hogy az ajánlattevőnek csatolnia kell az ajánlatához a közbeszerzés tárgyára (szemcsés keverék) vonatkozó

műszaki leírást, melyből megállapítható, hogy a megajánlott termékek az előírt műszaki paramétereknek megfelelnek. A műszaki leírásnak tartalmaznia kell különösen a megajánlott termékek szemeloszlási görbáját a műszaki követelményekben megadott határgörbékkel együtt. Az ajánlattevő becsatolta a megajánlott termékek szemeloszlási görbáját a határgörbékkel együtt, azonban az ezt megalapozó dokumentumokat nem. Kérte a megadott szemeloszlási görbe adatait megalapozó dokumentumok (pl.: vizsgálati jegyzőkönyv, teljesítménynyilatkozat, stb.) pótlását.

A G Zrt. hiánypótlásában csatolta az SZK1 és SZK2 keverék vonatkozásában a C Kft. által készített „Kőanyag-halmazok geometriai tulajdonságainak vizsgálata” elnevezésű dokumentumot.

Az ajánlatkérő felvilágosítást kért az ajánlattevőktől, amelynek a G Zrt.-re vonatkozó részében közölte, hogy az ajánlattevő ajánlatában több teljesítési helyet jelölt meg, azonban a termékekre vonatkozóan benyújtott dokumentumok csak az egyik teljesítési helyre vonatkoznak. Kérte az ellentmondás feloldását.

A G Zrt. felvilágosításában csatolta az SZK1 és SZK2 keverék vonatkozásában a C Kft. által készített „Kőanyag-halmazok geometriai tulajdonságainak vizsgálata” elnevezésű dokumentumot 2 teljesítési hely feltüntetésével.

Az ajánlatkérő érvénytelenné nyilvánította a kérelmező ajánlatát.

Az ajánlatkérő felhívta a G Zrt.-t a Kbt. 69. § (4) bekezdése alkalmazásával a kizáró okok és a műszaki-szakmai alkalmassági követelmények igazolására szolgáló dokumentumok benyújtására.

A G Zrt. csatolta az N Zrt. által adott referencianyilatkozatot, amelyben az M1) alkalmassági feltételnek való megfelelőségét kívánta igazolni.

A referencianyilatkozat utalást tartalmazott arra is, hogy a teljesítés a szerződésnek megfelelően történt.

A kérelmező jogorvoslati kérelmet nyújtott be az ajánlata érvénytelenné nyilvánításával szemben, amelyet a Döntőbizottság a D.309/18/2019. számú határozatával elutasított.

Az ajánlatkérő az írásbeli összegezésben az 1. rész tekintetében érvényes és nyertes ajánlattevőként a G Zrt.-t jelölte meg.

A kérelmező iratbetekintést követően a jogorvoslati kérelmével egyező tartalmú előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be, amelyet az ajánlatkérő elutasított.

A kérelmező jogorvoslati kérelme

A kérelmező első kérelmi eleme szerint az ajánlatkérő jogsértőn járt el, amikor nem alkalmazott hiánypótlást a G Zrt. ajánlatában csatolt referencia-nyilatkozat ismeretében és ennek elmulasztásával nyilvánította érvényessé a G Zrt. ajánlatát.

A második kérelmi elem arra vonatkozott, hogy az ajánlatkérő jogsértő módon elmulasztotta a G Zrt. által csatolt előszerződésben foglaltak valóságtartalmának ellenőrzését, amelyre tekintettel megsértette a Kbt. 65. § (7) és (9) bekezdéseit.

A harmadik kérelmi elem szerint az ajánlatkérő a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontjának megsértésével nyilvánította érvényessé a G Zrt. ajánlatát, mert a benyújtott szakmai ajánlat nem volt megfelelő.

Az ajánlatkérő észrevétele

Az ajánlatkérő kérte az alaptalan jogorvoslati kérelem elutasítását.

Az egyéb érdekelt G Zrt. észrevétele

Észrevételében alaptalanság miatt a jogorvoslati kérelem elutasítását kérte.

A bizonyítási eljárás

A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárásban végzésével megkereste az N Zrt.-t a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény 25. § (1) bekezdés b) pontja alkalmazásával a referencianyilatkozat tartalmának tisztázására.

Az N Zrt. a nyilatkozatát megadta.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

A Döntőbizottság a határozatában a jogorvoslati kérelmet elutasította.

A határozat indokolása a következőket tartalmazta:

A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő a tárgyi uniós értékhatárt meghaladó értékű tárgyalásos közbeszerzési eljárás részvételi felhívását 2018. szeptember 20-án adta fel közzététel céljából, a Döntőbizottság tehát a Kbt. e napon hatályos előírásai alapján hozta meg az ügy érdemét érintő döntését.

Az első kérelem tárgyát az képezte, hogy a G Zrt. referencianyilatkozata alapján az ajánlatkérő meg tudott-e győződni a referencia közbeszerzési dokumentumoknak való megfeleléséről.

A Kbt. 69. § (1) bekezdéséből eredően az ajánlatkérő kötelezettsége arról meggyőződni, hogy az ajánlat a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek megfelelő-e. Jelen jogvita tárgyát az képezte, hogy a részvételi felhívásban előírt III.1.3) M1) alkalmassági követelmény teljesült-e.

Jelen uniós értékhatárt meghaladó értékű közbeszerzés tárgya árubeszerzés, továbbá a vizsgált referenciát adó N Zrt. korábbi szerződéses partnere nem minősül ajánlatkérőnek, amelyre tekintettel az alkalmasság igazolása tekintetében a Kbt. 65. § (4) bekezdése alapján a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 22. § (1) bekezdés b) pontja alkalmazandó. Az idézett jogszabályok az ajánlatkérővel szemben azt a kötelezettséget támasztják, hogy az alkalmasság fennállását, fenn nem állását a csatolt referencianyilatkozat alapján állapítsa meg.

A kérelmező álláspontja szerint a G Zrt. által csatolt referencianyilatkozat tartalma alapján nem állapítható meg egyértelműen az alkalmasság egyrészt azért, mert nem következik belőle, hogy a referencia a tárgyi közbeszerzés műszaki specifikációjában leírt SZK1 és SZK2 besorolású szemcsés keverék anyagokra vonatkozik.

A referencianyilatkozat szerint a referencia alapjául a közbeszerzés tárgya szerinti, műszaki követelményeknek megfelelő szemcsés keverék gyártása és szállítása szolgált. A Döntőbizottság álláspontja szerint önmagában az, hogy nem került a referenciában részletesen ismertetésre, hogy a korábbi szállítás tárgyát képező szemcsés keverék mely módon felelt meg a műszaki leírásnak, illetve SZK1 vagy SZK2 termékből állt, nem eredményezett hiányosságot, ellentmondást, illetve olyan körülményt, amelyre tekintettel az ajánlatkérőnek információt kellett volna

kérnie a Kbt. 69. § (13) bekezdése alapján. A Kbt. előírásai alapján az ajánlatkérőnek a referencianyilatkozat alapján kellett meggyőződnie a referencia megfelelőségéről, a nyilatkozat (illetve igazolás) tartalmára – ebben a körben – továbbá a részvételi felhívás annyi megkötést tartalmazott, hogy abból az alkalmassági követelménynek való megfelelés egyértelműen megállapítható legyen.

A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő a Kbt. 69. § (13) bekezdése, valamint a Kbt. 71. § (1) bekezdése alkalmazása nélkül elfogadhatta a referenciát arra figyelemmel, hogy abban a „szemcsés keverék (vasúti kő és kőbányai meddő)” megfogalmazás szerepelt.

A felek a jogorvoslati eljárás során részletesen ismertették a vasúti alépítmény kivitelezése során alkalmazott bányai termékek jellemzőit. Abban a felek között is egyetértés volt, hogy a „szemcsés keverék”, „SZK1 és SZK2” fogalom alatt egyértelműen meghatározható anyagot kell érteni: szakmai körökben is elfogadott és alkalmazott definíció, továbbá, hogy mit jelent, egyértelműen rögzítette a részvételi dokumentáció szerinti műszaki leírás is.

A Döntőbizottság elfogadta az ajánlatkérő álláspontját: figyelemmel arra, hogy a nyilatkozat szerinti „szemcsés keverék” fogalom a felek által ismert kategória, és ez szerepelt a referencianyilatkozatban – azzal a megjegyzéssel, hogy a szemcsés keverék a tárgyi közbeszerzés műszaki előírásainak megfelelő – az ajánlatkérőnek további tényállástisztázási kötelezettsége nem volt. A Döntőbizottság elfogadta az ajánlatkérő azon előadását is, mely szerint a zárójelben lévő „vasúti kő” kifejezés olyan tág kategória, amelybe beletartozik a „szemcsés keverék” is, ebből eredően a korábbi szerződés tartalmát nem kérdőjelezi meg az, hogy a „szemcsés keverék” kifejezés mellett a „vasúti kő” kifejezés is feltűnik. A kérelmező nem bizonyította, hogy a „vasúti kő” szókapcsolat olyan a felek által egyértelműen azonosított, szakmai körökben elismert, szabványból vagy egyéb szakmai előírásból származó tartalmat takar, amely nem lehet szemcsés keverék, hanem olyan ettől eltérő anyag, amely az ajánlatkérő számára a referencianyilatkozat tartalmának tisztázására irányuló kötelezettséget teremtett volna.

A felek továbbá a jogorvoslati eljárás során nem jelöltek meg olyan előírást, szabványt, jogszabályt, amely a

zárójeles részben szereplő másik kifejezés – „kőbányai meddő” – egyértelmű definíciója lett volna. Abban egyetértés volt a felek között, hogy a kőbányai meddő a bányászati tevékenység eredményeként létrejött felesleget jelenti, a Döntőbizottság azonban elfogadta a felek azon hivatkozását, hogy az anyag minősége, összetétele, jellege függ a bányászati tevékenységtől.

A Döntőbizottság jogszabályból eredő tényállás-tisztázási kötelezettsége alapján beszerezte a referencia alapjául szolgáló szerződést, amely az N Zrt. nyilatkozatával együtt megerősítette a fentiekben leírt álláspontot: az említett szerződés szerint SZK1 jelű szemcsés keverék szállítása történt (vasútépítési célokra) – a referencia szerinti mennyiségben – valamint ettől eltérő mennyiségben kőbányai meddőanyag.

A Döntőbizottság nem osztotta a kérelmező azon hivatkozását, mely szerint nem került bemutatásra az N Zrt. által szállított anyag minősége: a szerződésben – többek között – egyértelműen SZK1 jelölésű termék került feltüntetésre, miként az akkreditált szervezet által végzett vizsgálati jegyzőkönyveken is. A Döntőbizottság továbbá nem értett egyet azzal, hogy az N Zrt. által csatolt iratok üzleti titokká minősítése a Kbt. 44. § (2) bekezdése alapján jogsértő: azok védett adatként történő kezelésére ugyanis nem a Kbt. 44. § (2) bekezdése alapján a közbeszerzési eljárásban, hanem a döntőbizottsági jogorvoslati eljárásban a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 27. § (2) bekezdése szerint került sor. Az üzleti titokká minősítés továbbá kiterjed a szerződés mellékleteire is, így a laborvizsgálati jegyzőkönyvekre is.

Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy a G Zrt. referencianyilatkozata alapján az ajánlatkérő jogszerűen állapította meg, hogy a referencia szerinti szerződés során a tárgyi közbeszerzés szerinti szemcsés keverék szállítására került sor.

A kérelmező szerint másrészt azért sem állapítható meg az alkalmasság, illetve a referencia megfelelősége, mert az N Zrt. bányajogosultsággal nem rendelkezik, így fogalmilag kizárt a gyártási tevékenység.

A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérőnek az ajánlattevő alkalmasságát a referencianyilatkozat tartalma alapján kell megítélnie, illetve a közbeszerzési dokumentumok alapján kell meggyőződnie arról, hogy a referencianyilatkozat elégséges-e az alkalmasság alátámasztására.

Az alkalmassági követelmény szerint szemcsés keverék gyártására és/vagy szállítására és/vagy eladására vonatkozó referenciát kellett az ajánlattevőknek bemutatniuk, a referencianyilatkozatban a gyártás és szállítás kifejezés szerepelt.

A kérelmező által a bányászatról szóló 1993. évi XLVIII. törvény (Btv.) egyes előírásai körében tett hivatkozásokat érintően rögzítette a Döntőbizottság, hogy a Btv. nem ismeri a bányászati tevékenységgel összefüggésben sem a „gyártás”, sem a „szállítás”, sem az „eladás” fogalmakat, ezért ezek értelmezésekor a szavak köznap, általános jogi értelméből szükséges kiindulni. Ebből eredően a „gyártás” alatt azt a tevékenységet kell érteni, amelynek során létrejön a szállításra kész alapanyag, jelen esetben a kész szemcsés keverék. Emellett a „szállítás” tágabb kategória, adott esetben magában foglalja a késztermék elkészítését és megrendelő részére deponálását. A Döntőbizottság megállapította, hogy fentiekre tekintettel a kérelmező nem támasztotta alá a jogorvoslati eljárás során, hogy bányajogosultság hiányában az N Zrt. szemcsés keverék gyártására, szállítására a korábbi referencia teljesítése körében ne lett volna képes.

A második kérelmi elem vizsgálata során a Döntőbizottság abban a kérdésben foglalt állást, hogy a G Zrt. által az N Zrt.-vel kötött előszerződés megfelelt-e a Kbt. 65. § (7) és (9) bekezdéseinek abban a tekintetben, hogy az N Zrt. szerződés teljesítésében való tényleges közreműködését alátámasztja-e.

A kérelmező szerint a felek közötti előszerződés azon kijelentése, mely szerint az N Zrt. az általa igazolt kapacitások mértékéig részt fog venni a szemcsés keverék kitermelésében és gyártásában, nem állja meg a helyét, mert az N Zrt. nem rendelkezik bányajogosultsággal az ajánlatban megjelölt származási bányaterületeknél.

Az előszerződés tárgyi jogvita szempontjából releváns rendelkezései szerint az N Zrt. a „szemcsés keverék szállításában (a szemcsés keverék kitermelése (gyár-

tása) és leszállítása) [...] fog ténylegesen részt venni” a szerződés teljesítése során. Az előszerződésből nem az következik, hogy az N Zrt. fogja végezni a kitermelési (gyártási) tevékenységet, hanem hogy ezen folyamatokban részt fog venni. Sem a Kbt., sem a közbeszerzési dokumentumok nem tartalmaznak arra vonatkozó előírást, hogy a kapacitást nyújtó szervezetnek, illetve az alvállalkozónak kell a kitermelési (gyártási) tevékenységet végeznie. Ahogy a kérelmező is hivatkozott rá, az ajánlatkérő előírásaiból mindössze az következett, hogy az ajánlatban be kell mutatni, honnan származik a szemcsés keverék, olyan előírás nem volt, hogy a kitermelést (gyártást) kizárólagosan bányajogosultsággal rendelkező szervezet végezheti.

A Döntőbizottság megállapította, hogy jelen esetben a G Zrt. több szervezetet fog bevonni a szerződés teljesítésébe, ezek között szerepel az N Zrt. is. Sem a Kbt., sem a Btv., sem a közbeszerzési dokumentumok nem tartalmaznak olyan szabályt, amely kizárja, hogy egy alvállalkozó a szerződés teljesítése során például a kitermelési (gyártási) tevékenység végzéséhez további alvállalkozót vegyen igénybe, olyat, amely bányajogosultsággal rendelkezik. A Kbt. jogvita tárgyává tett előírásai mindössze azt a feltételt támasztják a kapacitást nyújtó szervezettel szemben, hogy okirattal támassza alá, hogy kapacitásai rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítése alatt (Kbt. 65. § (7) bekezdés), valamint azt is, hogy ténylegesen vegyen részt a szerződés teljesítésében (Kbt. 65. § (9) bekezdés). Mindezen előírásoknak megfelel a G Zrt. és az N Zrt. közötti előszerződés, mert a szerződés teljesítésében történő tényleges részvétele annak alapján megállapítható.

A harmadik kérelmi elem esetében a Döntőbizottság megállapította, hogy a szakmai ajánlat megfelelt a közbeszerzési dokumentumok azon előírásának, hogy valamennyi megajánlott termék műszaki paramétereit tartalmazza.