

A KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG LEGFRISSEBB ÁLLÁSFOGLALÁSAI

Dr. Nyerges Éva, osztályvezető, Közbeszerzési Hatóság
DOI: 10.37371/KEP.2023.11.1

A Közbeszerzési Hatóság állásfoglalások formájában ad felvilágosítást a közbeszerzési eljárásokban résztvevő jogalkalmazók számára a közbeszerzési törvény és kapcsolódó végrehajtási rendeleteinek alkalmazásával összefüggő általános jellegű megkeresésekre.

Alábbiakban a Kbt. alkalmazásával összefüggő kérdésekre adott válaszainkat rendeztük sorrendbe, bízva abban, hogy iránymutatásaink nem csak a kérdésfeltevőknek, hanem valamennyi Olvasónknak hasznos információkkal szolgálnak.

Felhívjuk Tisztelt Olvasóink figyelmét, hogy a közbeszerzésekre irányadó jogszabályok alkalmazásával kapcsolatos döntések meghozatala mindenkor a közbeszerzési eljárások résztvevőinek joga és felelőssége. Hangsúlyozzuk továbbá, hogy az állásfoglalásokban megfogalmazott véleményeknek jogi ereje, kötelező tartalma nincsen.

1. kérdés

Az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 18. §-ának hatályon kívül helyezése milyen hatással van az engedélyes/kiviteli tervet készítő tervező esetleges ajánlattevőként történő részvételére az ugyanezen tárgyban indított kivitelezésre irányuló közbeszerzési eljárásban?

A hivatkozott jogszabályhely pontosan előírta, hogy milyen esetekben jelenhet meg a tervező ajánlattevőként a közbeszerzési eljárásban. Ennek törlése azt jelenti, hogy a továbbiakban a tervező semmilyen körülmények között nem jelenhet meg ajánlattevőként a kivitelezésnél (vö. a Kbt. 25. §-a), vagy azt, hogy az ezzel kapcsolatos szabályozás és az összeférhetlenségi helyzetek elkerülése az ajánlatkérő feladata és felelőssége?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a Kbt. 25. § (8) bekezdés alapján, ha egy részvételre jelentkező, aján-

lattevő, alvállalkozó vagy az alkalmasság igazolásában részt vevő szervezet az eljárás előkészítésében is részt vett (pl. tervet készített tervezőként), akkor az érintett tervezőnek az ajánlattevőként történő részvétele az ugyanezen tárgyban indított kivitelezésre irányuló közbeszerzési eljárásban nem jelent automatikus összeférhetlenséget, azonban az ajánlatkérőnek intézkedési kötelezettsége keletkezik. Az ajánlattevő kizárására – végső megoldásként – csak akkor kerülhet sor, ha az egyenlő bánásmód és a verseny tisztaságának sérelme más módon nem orvosolható.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

A jogalkotó az előkészítésben való részvételt nem tekint eleve összeférhetetlennek, mint ahogy erre az európai uniós költségvetési források felhasználásának ellenőrzéséről szóló 2022. évi XXVII. törvény – amely a Kbt. 25. §-át módosította – 81. §-ához fűzött jogalkotói indokolás is utal: „Alapvető különbséget az jelent, hogy az érdekelt gazdasági szereplők előzetes részvétele az előkészítésben önmagában - szemben a más összeférhetlenségi helyzetekre általánosan irányadó részvételi tilalommal - nem tilos.”

A Kbt. 25. § (8) bekezdése esetén az ajánlatkérőnek keletkezik intézkedési kötelezettsége, hogy az érintett gazdasági szereplő közbeszerzési eljárásban való részvétele ne vezessen a verseny torzításához. Ennek érdekében az ajánlatkérő köteles az eljárásban keletkezett valamennyi információnak a többi gazdasági szereplővel való közlésére, vagy megfelelő ajánlattételi határidő biztosítására. Azonban ezen intézkedéseket akkor tudja az ajánlatkérő elvégezni, ha előzetesen információval rendelkezik arról, hogy az előkészítésben érintett személy indulni kíván a közbeszerzési eljárásban akár ajánlattevőként, akár alvállalkozóként, akár alkalmasság igazolóként.

Amennyiben az ajánlatkérő külsős tervező szolgáltatást veszi igénybe a kivitelezési tárgyú közbeszerzési eljárás terveinek az elkészítéséhez, akkor a tervezővel kötött

megbízási szerződésnek ki kell térnie arra is, hogy a tervezőnek a kivitelezésre irányuló közbeszerzési eljárás előkészítésében, lefolytatásában lesz-e aktív szerepe, kell-e támogatnia az ajánlatkérőt a kiegészítő tájékoztatások megadása során, a helyszíni bejárásról vagy akár az ajánlatok bírálata során. Amennyiben a tervező aktív közreműködése elvárt az ajánlatkérő részéről az eljárás egész folyamán, akkor ezzel a tervező vállalja azt is, hogy – összeférhetetlenség okán – nem indulhat az eljárásban ajánlattevőként.

Abban az esetben, ha nincs ilyen jellegű elvárása az ajánlatkérőnek, célszerű lehet a tervezőt nyilatkoztatni a kivitelezési közbeszerzési eljárásról való indulási vagy távolmaradási szándékáról (távolmaradási nyilatkozat).

2. kérdés

Az ajánlatkérő egy több részből álló eljárásában - jelen esetben három részből álló eljárásban - előírta, hogy alkalmazza a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontját, de a három részből csupán kettőben érkezett legalább két ajánlat, egy részben csupán egy. A fentiek szerinti esetben mely értelmezési módja helyes az előírt rendelkezésnek?

Értelmezés 1: A teljes eljárás, így valamennyi rész eredményes, hiszen az eljárás egészét tekintve beérkezett több ajánlat is (összességében több ajánlattevőtől), és mivel a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontja szó szerinti értelmezésében az eljárás esetén rendelkezik eredménytelenségről, nem az egyes részek esetén, így valamennyi rész eredményesnek kihirdethető.

Értelmezés 2: Két rész eredményes a legalább két ajánlatra tekintettel, míg a harmadik rész eredménytelen, mivel ezen részen csak egy ajánlat érkezett, és a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontja részenként értelmezendő.

Értelmezés 3: Valamennyi rész eredménytelen, mivel a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontja az eljárás, és nem egyes részek tekintetében fogalmaz meg eredménytelenségi okot, így a harmadik részen érkezett egyetlen ajánlat kihat az eljárás egészére.

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontját – amennyiben az ajánlatkérő annak alkalmazását előírta – részajánlattétel biztosítása esetén részenként kell értelmezni és alkalmazni. A tárgyi esetben az ajánlatkérőnek mindössze a 3. rész te-

kintetében kell az eredménytelenséget megállapítania a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontja alapján.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

A Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontja a verseny fokozását célozza, alkalmazása - főszabály szerint - az ajánlatkérő előzetes döntésén múlik, amennyiben erre nincs jogszabályi kötelezettsége, vagy a közbeszerzésekért felelős miniszter elő nem írta részére ennek kötelező alkalmazását. Amennyiben eljárásában az ajánlatkérő élni kíván ezzel a lehetőséggel, vagy kötelező számára ennek előírása, akkor a közbeszerzési dokumentumokban utalnia kell ezen eredménytelenségi ok használatára.

Tekintettel arra, hogy a Kbt. 75. § (5) bekezdése alapján az eredménytelenség csak az eredménytelenségi okkal érintett részek vonatkozásában állapítható meg, tehát részekre történő ajánlattétel esetén az ajánlatkérőnek minden egyes rész tekintetében külön kell vizsgálnia az eredménytelenséget, mintha minden részajánlati kör külön közbeszerzési eljárás lenne. Abban az esetben, ha az ajánlatkérő alkalmazza a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pont szerinti eredménytelenségi alapot egy több részajánlati körös eljárás esetében, azt részenként kell értelmezni, és ha valamely részben egy ajánlat érkezett, kizárólag az adott részt kell eredménytelenné nyilvánítani a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontja alapján. Tehát a tárgyi esetben az ajánlatkérőnek mindössze a 3. rész tekintetében kell az eredménytelenséget megállapítania.

3. kérdés

Amennyiben ajánlattevő a Kbt. 66. § (6) bekezdés a) pontja szerinti nyilatkozatában megjelöli, hogy alvállalkozót kíván igénybe venni a közbeszerzés bizonyos részei tekintetében és ezzel egyidejűleg megjelölésre kerül a Kbt. 66. § (6) bekezdés b) pontja szerinti nyilatkozatban, hogy az alvállalkozó személye nem ismert, abban az esetben az ajánlattevői teljesítésen belül az alvállalkozói teljesítés tervezett százalékos arányát meg szükséges-e adnia ajánlattevőnek? A Kbt. hivatkozott rendelkezése az alvállalkozó által elvégzett tevékenység százalékos arányára irányul-e és ezért ezt meg kell adnia ajánlattevőnek a nyilatkozatban (mivel azt már tudja az ajánlatadás pillanatában, hogy milyen arányban végez tervezetten tevékenységet az egész tevékenységből)? Vagy az alvállalkozói teljesítés ellenszolgá-

tatásának tervezett százalékos arányára irányul a Kbt. fenti rendelkezése, ezért mivel az ajánlatadás pillanatában nem ismert az alvállalkozó, így az arra vonatkozó díj sem, ezért ezen részt nem kell kitöltenie az ajánlattevőnek?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint amennyiben az ajánlattevő még nem választotta ki az alvállalkozóit, nem kötötte meg velük a szerződést, akkor nem szükséges a Kbt. 66. § (6) bekezdés b) pont szerinti nyilatkozatban feltüntetni az alvállalkozói teljesítés tervezett százalékos arányát, ezen kötelezettség kizárólag abban az esetben áll fenn, ha az alvállalkozók már ismertek.

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint az alvállalkozói teljesítés aránya az alvállalkozó tevékenységének a teljes szerződéses tevékenységen belüli arányát jelenti és nem annak pénzben kifejezett értékének az arányát a teljes ellenszolgáltatáshoz képest, azonban ennek feltüntetése a Kbt. 66. § (6) bekezdés b) pont szerinti nyilatkozatban, a nem ismert alvállalkozók esetén nem szükséges a fentiekben írottak alapján.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

A Kbt. 66. § (6) bekezdés b) pontja a már ismert alvállalkozók megjelöléséről szól, melyből következik, hogy ezen pont második felében írott alvállalkozói teljesítés arányát is kizárólag az ismert alvállalkozók esetén szükséges megadni. Amennyiben az ajánlattevő még nem választotta ki az alvállalkozóit, nem kötötte meg velük a szerződést, abban az esetben a Kbt. 66. § (6) bekezdés a) pont szerint kell arról nyilatkoznia, hogy a közbeszerzési eljárás mely részéhez kíván majd alvállalkozót igénybe venni.

A Kbt. 138. § (3) bekezdése a Kbt. 66. § (6) bekezdésével összhangban tartalmazza az alvállalkozó ajánlattevői általi bejelentésének kötelezettségét. A Kbt. 138. § (3) bekezdése „az ajánlattevői teljesítésen belül az alvállalkozói teljesítés várható százalékos arányát, valamint az alvállalkozói szerződés szerinti ellenszolgáltatás értékét megadni” kifejezést használja az alvállalkozói teljesítés kapcsán. Amikor az ajánlattevő az ajánlatkérő felé bejelenti az új – már ismert és leszerződött – alvállalkozóját, akkor mind a várható teljesítési arányt, mind annak az ellenértékét szükséges megadni az ajánlatkérő felé. Tekintettel arra, hogy a jogalkotó a Kbt.

138. § (3) bekezdésében külön kiemelte az ellenszolgáltatás értékét az ajánlattevői bejelentési kötelezettségek között, így az a teljesítés százalékos mértékéhez képest eltérő fogalmat takar és két különböző információra vonatkozóan fogalmaz meg adatszolgáltatási kötelezettséget. Fentiekből következik, hogy a kérdésben megjelölt alvállalkozói teljesítés aránya az alvállalkozó tevékenységének a teljes szerződéses tevékenységen belüli arányát jelenti és nem annak pénzben kifejezett értékének az arányát a teljes ellenszolgáltatáshoz képest. Amennyiben mindkét előírás alapján az ellenszolgáltatás értékét és annak a teljes ellenszolgáltatáshoz viszonyított arányát kellene megadnia az ajánlattevőnek, lényegében ugyanannak az információnak a kétféle vetületére vonatkozna az adatszolgáltatás, arról nem is beszélve, hogy a teljes ellenérték és az alvállalkozói ellenérték ismeretében ezek aránya egyszerű matematikai művelettel kiszámítható, viszont ez esetben az alvállalkozó által végzett tevékenység arányára vonatkozóan nem lenne információja az ajánlatkérőnek.

4. kérdés

Helytálló-e, ha a CPV kódok tekintetében az elektronikus aláírás beszerzést 79132000-8 Hitelesítési szolgáltatásokként, vagy 79132100-9 Elektronikus aláírás-hitelesítési szolgáltatásokként azonosítja az ajánlatkérő? Amennyiben a fenti kérdésre igen a válasz, akkor helyes-e azon megállapítás, hogy akkor a Kbt. 3. mellékletének jogi szolgáltatásai közé tartozik a tárgyi beszerzés és erre tekintettel a Kbt. 111. § c) pontja alapján a Kbt. kivételi körébe is tartozik uniós értékhatár alatt?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint azok a szolgáltatások minősülhetnek a Kbt. 111. § c) pontja szerinti kivételi körbe tartozó jogi szolgáltatásnak, amelyek a szolgáltatások tényleges tartalma alapján jogi szakmai kompetenciát igénylő feladatokat jelentenek, így az elektronikus aláírási szolgáltatás beszerzése a Közbeszerzési Hatóság megítélése szerint nem tartozik bele a kivételi körbe.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

A Kbt. alapelveinek érvényesülését szolgálja az, hogy a kivételeket megszorítóan kell értelmezni és alkalmazni, így a Kbt. 111. § c) pontjában szereplő „jogi szolgáltatások” kifejezést is a lehető legszűkebb értelemben kell meghatározni.

A „jogi szolgáltatások” kifejezés tartalmát a Kbt. nem tisztázza és a Kbt. 111. § c) pontban nem köti azt a Kbt. 3. mellékletében jogi szolgáltatásként definiált CPV kódokhoz. A legszűkebb értelemben jogi szolgáltatás csak azon tevékenység elvégzése lehet, amely olyan kompetenciák meglétét igényli, amelyekkel a jogász végzettséggel rendelkező személyeknek kell rendelkeznie. A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint az elektronikus aláírási szolgáltatás nyújtásához nem szükségesek jogi szakmai kompetenciák, így az elektronikus aláírási szolgáltatás nem tartozik a Kbt. 111. § c) pontja szerinti kivételi körbe.

A kérdésben felsorolt 79132000-8 (Hitelesítési szolgáltatások) és 79132100-9 (Elektronikus aláírás-hitelesítési szolgáltatások) CPV kódú szolgáltatások a 3. mellékletben nevesítésre kerültek, így a Kbt. 111. § d) pont szerinti kivételi körbe tartoznak, amennyiben a beszerzések becsült értéke nem éri el a tizennyolcmillió forintot. Tekintettel azonban arra, hogy a 3. mellékletben felsorolt jogi szolgáltatások elnevezésükből adódóan – az előzőekben kifejtettek szerint – jogi kompetenciákat igényelnek, így nem azonosítható a 79132000-8 és a 79132100-9 CPV kód szerinti szolgáltatás az elektronikus aláírás szolgáltatás beszerzéssel. A kivételi körben megjelölt elektronikus aláírás-hitelesítési, valamint hitelesítési szolgáltatások közé olyan szolgáltatások tartoznak, amelyek jogi jellegű tevékenységekhez kapcsolódnak. A fentieket támasztja alá a Nagykommentár is, miszerint „jogi szolgáltatások körébe tartoznak különösen: [...] a jogi dokumentációs és hitelesítési szolgáltatások, elektronikus aláírás-hitelesítési szolgáltatások (ideértve jogi dokumentumok előkészítési, szerkesztési és hitelesítési szolgáltatásait és a tanácsadást például végrendeletek, házassági szerződések, kereskedelmi szerződések, társasági okiratok stb. készítése kapcsán)”. [Nagykommentár a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvényhez - Szerkesztette: Dezső Attila]

5. kérdés

Az ajánlatkérőnek keretszerződés alapján szükséges-e lehívási kötelezettséget vállalnia? Amennyiben igen, akkor a keretösszeg legfeljebb hány százalékáig szükséges alkalmazni lehívási kötelezettséget?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint az ajánlatkérő akkor nem sérti meg a Kbt. alapelveit – többek között az átláthatóságot és a joggal való visszaélés

tilalmát –, ha a beszerzési keretösszeg/mennyiség min. 70%-ára lehívási kötelezettséget vállal – a Miniszterelnökség által a nyílt közbeszerzési eljárások ajánlati felhívásához készített útmutatóval (továbbiakban jelen kérdés tekintetében: Útmutató) összhangban – egy keretszerződés esetén. (Jelen kérdés esetén nem a központosított közbeszerzési rendszerről, valamint a központi beszerző szervezet feladat- és hatásköréről szóló 168/2004. (V. 25.) Korm. rendelet 29. §-a szerinti keretszerződésről van szó, ahol az ajánlatkérő közvetlen megrendeléssel tudja a beszerzési igényét kielégíteni a Kbt. 105. § (1) bekezdés a), illetve a Kbt. 105. § (2) bekezdés a) pontjával összhangban.)

A Közbeszerzési Hatóság felhívja a figyelmet, hogy mindig az egyedi eset körülményei alapján határozható meg az, hogy a 30 %-nál nagyobb mértékű eltérés – vagy megfordítva, a 70%-nál kisebb mértékű lehívási kötelezettség – elfogadható-e, megfelelően indokolt-e.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

Egy közbeszerzési eljárás egyik legfontosabb fundamentuma a beszerzési tárgy és annak mennyisége, melyeket az ajánlatkérőnek kell meghatározni. Az ajánlatkérő érdeke, hogy pontosan tudja definiálni a beszerzés tárgyát, és minél pontosabban tudja meghatározni a beszerzési mennyiséget, ez egybevág az ajánlattevők érdekeivel is, hiszen akkor tudnak megfelelő ajánlatot tenni, ha előre tudják kalkulálni a költségeiket és tudják prognosztizálni a lehetséges hasznot. Arról nem is beszélve, hogy a közbeszerzés tárgya és mennyisége a viszonyítási alapja az alkalmassági feltételeknek, az értékelési szempontoknak és a szerződésteljesítési feltételeknek is. A jogalkotó a Kbt. 58. § (1) bekezdésében lehetővé tette a mennyiségi eltérést vagy opciós mennyiség megadását, ezzel némi szabadságot engedve az ajánlatkérők részére. Azonban a mennyiségi eltérés nem lehet korlátlan, nem valósíthat meg joggal való visszaélést, vagy a Kbt. 2. §-ában megfogalmazott bármely alapelvek sérelmét.

Egy keretszerződés megkötésére irányuló közbeszerzési eljárásban a lehívási kötelezettség a közbeszerzési mennyiségének meghatározása körében bír relevanciával. A lehívási kötelezettségre vonatkozóan a Kbt. nem ad konkrét szabályozást, azonban a Kbt. 58. § (1) bekezdése – többek között arra tekintettel, hogy a közbeszerzés tárgya és mennyisége a viszonyítási alapja az alkalmassági feltételeknek, az értékelési szempontok-

nak és a szerződés teljesítésére vonatkozó feltételeknek is – az ajánlatkérő kötelezettségévé teszi a beszerzés mennyiségének pontos meghatározását, ami keretszerződés esetén a lehívási kötelezettséggel terhelt beszerzési mennyiséget jelenti.

A szállítási keretszerződések jellemzője, hogy az ajánlatkérő a beszerzési igényét konkrét mennyiségek előzetesen történő rögzítése nélkül, a közbeszerzési eljárásban közölt keretösszegre vagy egy keretmennyiségre (mint maximális összeg/mennyiség) folytatja le, és a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötésre kerülő keretszerződésben maximált értékben/mennyiségre szállítási keretszerződést köt, majd pedig a keretszerződés érvényességi ideje alatt, legfeljebb a keretszerződésben rögzített keretösszeg/mennyiség erejéig – az aktuálisan jelentkező szállítási igényei kielégítésére – lehívásokat eszközöl. A fentiek szerint az ajánlatkérő akkor nem sérti meg a Kbt. alapelveit, többek között az átláthatóságot és a joggal való visszaélés tilalmát, ha beszerzési keretösszeg/mennyiség min. 70%-ára lehívási kötelezettséget vállal, biztosítva ezzel a nyertes ajánlattevő számára a beszerzés mennyiségének szinte háromnegyedére a megrendelést és az ezzel járó ellenszolgáltatást.

Ahogy korábban említettük, a jogalkotó nem határozott meg konkrét mértéket az eltérés tekintetében, azt a joggyakorlat alakította ki, ezért mindig az egyedi eset körülményei alapján határozható meg az, hogy a 30 %-nál nagyobb mértékű eltérés – vagy megfordítva, a 70%-nál kisebb mértékű lehívási kötelezettség – elfogadható-e, megfelelően indokolt-e. Minden egyes közbeszerzési ügyben, ahol állást kell foglalni a mennyiségi eltérés tekintetében, azt kell vizsgálni, hogy az ajánlatkérő az alap mennyiségi adatokhoz képesti eltérése objektív indokokkal alátámasztott-e, azaz az ajánlatkérő tudja-e igazolni ezen eltérő adatok alkalmazásának jogszerűségét.

A Kbt., illetve egyéb jogszabály sem határozza meg a mennyiségi eltérés vagy opció mértékét, azonban a Miniszterelnökség gyakorlata 30%-ban maximálja a mennyiségi eltérés lehetőségét. Az Útmutató kiemeli: „Amennyiben az ajánlatkérő mennyiségi eltérést tesz lehetővé, abban az esetben auditkockázatokra tekintettel a mennyiségi eltérés nem haladhatja meg a 30 %-os mértéket. A 30% feletti mennyiségi eltérés nem teszi lehetővé a megfelelő ajánlattételt, tekintettel arra, hogy magas a tervezhetetlen elemek aránya. Amennyiben az

ajánlatkérők számára a 30%-os mértéknél magasabb mennyiségi eltérés előírása kiemelten fontos, úgy ezt alátámasztani szükséges és csak megalapozott esetekben kivételesen fogadható el.” A Miniszterelnökség Útmutatójához igazodott a joggyakorlat és a Közbeszerzési Hatóság hirdetményellenőrzési gyakorlata is, miszerint egy keretszerződés esetén az ajánlatkérőnek a teljes mennyiség 70%-ára lehívási kötelezettséget kell vállalnia. Amennyiben az ajánlatkérő nem a fenti gyakorlat szerint határozza meg egy keretszerződés esetén a lehívási kötelezettséggel terhelt mennyiséget, a Közbeszerzési Hatóság minden esetben figyelemfelhívással él és kéri az eltérés mértékének objektív indokát megadni, szükség szerint utalva olyan előre nem látható, előre pontosan fel nem mérhető tényezők okozta helyzetekre, körülményekre, amelyek indokolják, hogy az adott mértékű mennyiségi eltérés előírására kerüljön sor.

6. kérdés

Keretszerződés alapján az ajánlatkérő előírhat-e mennyiségi eltérést (opció)? Amennyiben igen, akkor a mennyiségi eltérés alkalmazható-e negatív előjelű opcióként, tehát csökkentésként, melynek a maximális mértéke – 30%?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a keretszerződés esetén vállalt lehívási kötelezettség egyfajta negatív mennyiségi eltérést jelent, mely nem azonos az opcióval, mivel ez utóbbi kizárólag pozitív tartományban értelmezhető.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

A Közbeszerzési Hatóság felhívja a figyelmet, hogy a mennyiségi eltérés és az opció nem azonos fogalmak. Mennyiségi eltérést előírhat az ajánlatkérő vagy pozitív, vagy negatív irányba, vagy adott esetben mindkét irányba is, azonban a mennyiségi eltérés az irányadó gyakorlat szerint ez esetben sem haladhatja meg abszolút értékben a 30%-ot (pl. -20% és emellett + 10% lehetséges). Opció esetében kizárólag pozitív irányú eltérésről beszélhetünk, miután a negatív opció nehezen értelmezhető fogalmilag, hiszen az ajánlatkérő szuverén döntésétől függő további megrendeléseket takar. Továbbá fontos kiemelni, hogy a keretszerződés kapcsán vállalt lehívási kötelezettség egyfajta mennyiségi eltérés, hiszen abban az esetben, ha az ajánlatkérő csak a

beszerzési mennyiség 70%-át fogja biztosan megrendelni, akkor egy -30%-os mennyiségi eltérés kerül beépítésre a szerződésbe. Fogalmilag nem kizárt egyidejűleg mennyiségi eltérés (lehívási kötelezettség vállalása) és opcionális rész meghatározása, azonban ezeket az ajánlatkérőnek megfelelően definiálnia kell, mértéküket egymásra tekintettel, abszolút értékben a 30%-ot megtartva szükséges meghatározni, illetve az opció lehívásának esetét részletesen szabályozni szükséges [lásd a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontját].

A mennyiségi eltérés és az opció különbözőségét a Kbt. Kommentár is kiemeli: „A Kbt. 58. § (1) bekezdésének 2021. február 1-jétől hatályos rendelkezése az opciótól eltérő esetként szabályozza az ún. mennyiségi eltérés lehetőségét, amelyet a jogalkotó a korábban hatályos Kbt. rendelkezéseibe nem emelt át a 2011-es Kbt. szabályrendszeréből. Az új szabály a szerződésben foglaltak szerinti mennyiségi eltérés lehetőségére szűkszavúan utal, szemben az említett 2011-es Kbt.-ben rögzített megfogalmazással, amely szerint a közbeszerzés mennyiségét úgy is meg lehet határozni, hogy az ajánlatkérő a legalacsonyabb vagy a legmagasabb mennyiséget/értéket közli, és kiköti az ettől való eltérés lehetőségét, előírva az eltérés százalékos mértékét is. Látható, hogy e rendelkezés nem csupán az eltérés alkalmazását tette lehetővé, hanem annak módját is megadta, míg a hatályos szabályozás tágabb lehetőséget nyújt az ajánlatkérők számára a közbeszerzés tárgyának mennyiségi meghatározásával kapcsolatos módszer kidolgozására és esetkörei meghatározására. [...] A mennyiségi eltérés meghatározásának az eljárást megindító felhívásban kijelölt helye - az opcióval ellentétben - a közbeszerzés tárgyának és mennyiségének megadásával azonos kell, hogy legyen, mivel a mennyiségi meghatározást érdemben befolyásoló szabályozásról van szó. Technikai kérdésnek tűnhet, azonban egy jogvitában jelentősége lehet az információadás helyének. Az ajánlatkérőktől további különös körülmények igényel, hogy olyan esetben, amikor a mennyiségi eltérés egyben átfedésben van kifejezetten opcionális előírásokkal is, az utóbbiakra vonatkozó kikötéseket az eljárást megindító felhívás e célra szolgáló rovatában is megfelelően feltüntessék.” (Nagykommentár a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvényhez - Szerkesztette: Dezső Attila)

A mennyiségi eltérés meghatározása körében is fontos tanulsága van a Közbeszerzési Döntőbizottság D.107

/17/2017. számú határozata megállapításainak, amely az opcionálisan lehívható mennyiség meghatározásának pontosságára hívta fel a figyelmet. A konkrét esetben a közös ajánlatkérők a különböző gyógyszerkészítmények beszerzésére irányuló eljárásban úgy határozták meg a beszerzés mennyiségét, hogy közölték a legmagasabb mennyiséget, és kikötötték, hogy az alapmennyiség lehívását követően az ajánlatkérő fenntartja magának a jogot, hogy egyoldalú jognyilatkozatban rendelkezzen további 30%-os opciós mennyiség lehívásáról. Az opció ismertetése keretében az ajánlatkérő jelezte, hogy valamennyi rész esetében a megadott teljes mennyiség 30 % opciót tartalmaz, mely kórházanként értelmezendő, illetve azt is előírta, hogy a megrendelésre kerülő mennyiség ajánlati részenként - (mínusz) 30 %-os mértékben térhet el. A Döntőbizottság ezen előírási móddal kapcsolatban megállapította a Kbt. 28. § (1) bekezdése, a Kbt. 50. § (2) bekezdése és a Kbt. 58. § (1) bekezdése megsértését. A Döntőbizottság e körben elfogadta a kérelmező azon hivatkozását, miszerint az ajánlatkérő által előírt meghatározási mód többféleképpen is értelmezhető, mivel nem tudható, hogy az ajánlatkérő a 100%-os legnagyobb mennyiség 30%-át értette az opció alatt, vagy az ún. alapmennyiségen (70%) felül, az ahhoz képest kiszámított 30%-ot, amely egészen más arányt képvisel.

7. kérdés

Az ajánlatkérő két részes nyílt feltételes közbeszerzési eljárást folytatott le 2023-ban építési beruházás tárgyában a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján. A szerződések a feltétel (támogatás elnyerése) bekövetkezésének hiányában még nem léptek hatályba. Időközben olyan információ jutott az ajánlatkérő tudomására, hogy az eljárás első része vonatkozásában megkötött szerződés ellenértékének mintegy 80%-a kerül csak biztosításra a támogató részéről. Fentiek okán az ajánlatkérő a még hatályba nem lépett szerződést akként kívánja módosítani, hogy a szerződés műszaki tartalmát két részre bontaná (80%-20%). A szerződésben a vállalkozói díj, a műszaki tartalom, a teljesítési határidő két ütemre kerülne megbontásra, melyek hatálybalépése a rendelkezésre álló forrástól függene. A második ütemre tekintettel a hatálybalépésre eredetileg meghatározott idő meghosszabbításra kerülne.

Fenti tényállás kapcsán a kérdésük, hogy a megkötött, de hatályba nem lépett szerződés fentiek szerinti módo-

sítása a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján jogszerűnek tekinthető-e?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint egy szerződést a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján akkor lehet jogszerűen módosítani, ha annak minden jogszabályi feltétele fennáll (szükségesség, előre nem láthatóság, általános jelleg változatlansága, 50%-os mérték meg nem haladása). Amennyiben a jogszabályi feltételek valamelyike is hiányzik, a szerződés módosítása nem jogszerű. A Közbeszerzési Hatóság megítélése szerint amennyiben egy egységes, egy ütemben teljesítendő szerződés utóbb két részletre kerülne megbontásra, akkor a szerződésmódosítás megváltoztatná a szerződés általános jellegét. Továbbá a módosítás szükségessége is aggályos, ha ezt kizárólag a támogatás részleges biztosítása támasztja alá, valamint egy támogatásból megvalósuló közbeszerzés esetén nem tekinthető előre nem láthatónak, ha a támogatást nem a kért mértékben, vagy egyáltalán nem, vagy adott esetben a várt időpontnál később kapja meg a támogatott szervezet, hiszen ennek lehetőségével mindig számolni kell.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti szerződésmódosítás az előre nem látható helyzetekre vonatkozik. Abban az esetben módosítható ezen a jogalapon a szerződés, amennyiben az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva sem láthatta előre azokat a körülményeket, amelyek bekövetkezése a szerződésmódosítást szükségessé tették és a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét, továbbá az ellenérték növekedése nem haladja meg az 50%-ot.

A 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti minden feltétel együttes teljesülése szükséges az ezen jogalapon történő szerződésmódosításhoz. Tekintettel arra, hogy a kérdéses esetben ellenérték növelés nem történne, így a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont cc) alpontja nem releváns a kérdés tekintetében.

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont cb) alpontja tekintetében azt szükséges megvizsgálni, hogy a tervezett módosítás megváltoztatja-e a szerződés általános jellegét. Abban az esetben, ha az ajánlatkérő egy adott feladat teljes egészére (100%), adott határidőre történő teljesítésre írja ki a közbeszerzési eljárást és a nyertes

ajánlattevő ezen feladat vonatkozásában az ismert feltételekkel köti meg a szerződést, akkor ezek a szerződéses feltételek azok, amelyek többek között – a műszaki tartalommal együtt – a szerződés általános jellegét meghatározzák. Jelen esetben a szerződés úgy kerülne módosításra, hogy mind a műszaki tartalom, mind az ellenérték 80%-20% arányban megbontásra kerülne, továbbá a szerződés teljesítési határideje is megváltozna és az eredetileg egy ütemben teljesítendő szerződés két ütemre kerülne megbontásra. Tekintettel a fenti tervezett módosításokra, továbbá arra, hogy így a szerződés második 20%-os ütemének teljesítési határideje a további fedezet rendelkezésre állása miatt időben kiszámíthatatlan lenne (adott esetben az építési területről történő levonulást követően egy későbbi időpontban ismételt felvonulással lenne csak megvalósítható), egy ilyen módosítás megváltoztathatja a szerződés általános jellegét is. Az állásfoglalás kérés szerint a szerződés hatálybalépését felfüggesztő feltételként került megfogalmazásra a támogatás meg nem ítéltése, vagy a támogatás nem megfelelő mértékben történő biztosítása. Ezen felfüggesztő feltétel alapján az ajánlattevők számára is egyértelmű volt, hogy a feladatot vagy teljes egészében kell teljesíteni az adott határidőre, vagy pedig abban az esetben, ha az ajánlatkérő nem kap, vagy nem a kívánt összegben kap támogatást, akkor nem kell a feladatot teljesíteniük. Tehát a szerződés egy adott határidőben egészben teljesítendő feladatra vonatkozott, mely a szerződés általános jellegét alapvetően határozta meg, így ennek módosítás keretében történő megváltoztatása a Kbt. 141. § (4) bekezdés cb) pontjába ütközik.

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja tekintetében azt szükséges megvizsgálni, hogy a szerződésmódosítás szükséges-e, illetve, hogy a módosítást szükségessé tevő körülmények az ajánlatkérő által nem voltak előre láthatók. A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács a közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről szóló, 2023. május 26. napján kiadott útmutatója (a továbbiakban jelen kérdés tekintetében: Útmutató) szerint a szerződésmódosítás jogszerűsége megállapításának feltétele a módosítás adott szerződés keretében való szükségessége. A kérdéses esetben a szerződésmódosítás szükségessége a tekintetben merült fel, hogy az ajánlatkérő tudomására jutott, hogy az

igényelt támogatásnak csak vélhetően a 80%-át fogja számára a támogató biztosítani, azonban az építési beruházás megvalósítása nem tűr halasztást. A szükségesség akkor áll fenn, ha a módosítás a szerződés teljesítéséhez szükséges. Amennyiben a szerződés a módosítás nélkül is teljesíthető lenne, akkor a szükségesség nem áll fenn. Jelen esetben a teljesíthetőséget elsősorban nem a 80%-20%-os megbontás elmaradása akadályozza, hanem a pénzügyi fedezet hiánya.

Az Útmutató kiter arra is, hogy az előre nem láthatóság követelménye alapvetően akkor valósulhat meg, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra az ajánlatkérő a legnagyobb gondosság mellett a beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott. Tekintettel arra, hogy feltételes közbeszerzési eljárás került lefolytatásra, így már az eljárás előkészítése során előre látható volt, hogy a rendelkezésre álló fedezet nem lesz elegendő, illetve az ajánlatkérő csak a támogatási összeg birtokában lesz képes a teljes beruházás megvalósítására. Ennek megfelelően előre tudható volt, hogy csak a támogatás megnyitása biztosíthatja a szerződés fedezetét, így a Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint – a rendelkezésre álló információk alapján, – a támogatási összeg várható csökkent mértékű megítélése nem tekinthető előre nem látható körülménynek, amelyre tekintettel a jelen esetben a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti előre nem láthatóság fennállta sem állapítható meg.

A kérdéses esettel összefüggésben fontos lehet kiemelni továbbá a Döntőbizottság D.62/19/2020. számú határozatában foglaltakat, miszerint a Döntőbizottság a szerződésmódosítás szempontjából nem értékelte előre nem látható körülményként azt, hogy az irányító hatóság a támogatói szerződés megkötésére vezető folyamat során több alkalommal a támogatói szerződés megkötéséhez szükséges dokumentumok megküldését, illetve pontosítását kérte, amely miatt mind a támogatói szerződés megkötésére, mind az előleg folyósítására az I. rendű kérelmezett által feltételezett időpontnál későbbi időpontban került sor.

A Közbeszerzési Döntőbizottság a D.508/12/2022. számú határozatában sem értékelte előre nem látható körülménynek a támogatás rendelkezésre nem állását, hiszen pont erre hivatkozással került hatálybaléptető feltétel beépítésre a szerződésbe. „Ahogy arra az ajánlatkérő és a kérelmezett is felhívta a figyelmet, a felhívás

VI.3.6) pontja és a szerződés I.5.2. pontja tartalmazta annak lehetőségét, hogy a szerződés 180 napig ne lépjen hatályba, mindez kifejezetten a támogatás összegének nem teljes mértékű rendelkezésre állása miatt került beépítésre a feltételek közé. Az ajánlatkérő tehát a közbeszerzési eljárás megindításától kezdve tisztában volt azzal, hogy nem rendelkezik a vállalkozói díj teljesítéséhez szükséges teljes forrással, sőt mindez az ajánlattételi felhívás megismerésétől kezdve (szerződéstervezet I.5.3. pontja) a kérelmezett számára is egyértelmű volt. Mindehhez képest az ajánlattételi határidőt, illetve a szerződéskötést követően nem következett be olyan körülmény, amelyet az ajánlatkérő nem láthatott előre, ahogy a közbeszerzési eljárás megkezdésekor, úgy a szerződésmódosításkor sem rendelkezett a teljes támogatási forrással.” [D.508/12/2022. számú határozat 44. pont]

8. kérdés

8.1. Annak ellenére, hogy a kizáró okok fenn nem állásának tényét az ajánlatkérőknek a hatósági nyilvántartás alapján kell megítélni, úgy bármely ajánlatkérő – amennyiben a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontjára vonatkozó kizáró okot a felhívásában előírta – jogszerűen kizárhatja-e az érintett ajánlattevőt a közbeszerzési eljárásból annak ellenére, hogy a nyilvántartásban ténylegesen nem szerepel a gazdasági szereplő? A szerződésszegők nyilvántartásba vétele kizárólag jogerős bírósági ítélet alapján, vagy az érintett gazdasági szereplő által elismert jogsértés esetén van mód. Ezért felmerül a kérdés, hogy milyen körülmények vizsgálata alapján minősülhet jogszerűnek az érintett ajánlattevő kizárása? Az ajánlatkérőnek ez esetben hogyan kell vizsgálnia, bizonyítania a kizáró ok fennállását?

8.2. Helyes-e továbbá azon értelmezés, miszerint a súlyos szerződésszegés ajánlattevői elismerése esetén a közbeszerzési eljárásokból történő kizárás három éves kezdő időpontját a szerződésszegés konkrét időpontja határozza meg? Amennyiben a súlyos szerződésszegést bírósági ítélet állapítja meg, úgy a közbeszerzési eljárásokból történő kizárás három éves kezdő időpontját a bíróság ítéletének jogerőre emelkedésének napja határozza meg?

8.3. Abban az esetben, ha a folyamatban lévő bírósági eljárás a perben álló felek egyezségével/megegyezésével zárul, úgy az egyezséget tartalmazó jogerős ítélet kizárja a súlyos szerződésszegés Kbt. szerinti jogkövet-

kezményének (közbeszerzésekből történő kizárás) alkalmazását? Amennyiben nem, úgy az ítéletben foglalt egyezség esetén a szerződésszegők nyilvántartásába mely esetben kerül rögzítésre az érintett ajánlattevő? Helyes-e azon értelmezés, miszerint, ha a folyamatban lévő bírósági eljárásban a felperes eláll a pertől amellet, hogy a szerződésszegés tényét és súlyosságát a nyertes ajánlattevőként szerződő fél nem ismerte el, úgy a súlyos szerződésszegés tényének – így a közbeszerzésekből történő kizárás – megállapítása okafogyottá válik? Tehát ez esetben a Közbeszerzési Hatóság nem rögzíti az érintett ajánlattevőt a szerződésszegők nyilvántartásába?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

8.1. A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontja szerinti kizáró ok – függetlenül a szerződésszegés vitatásától – fennáll, ha a gazdasági szereplő súlyos szerződésszegést követett el és ez a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontjában szereplő jogkövetkezményhez, szankcióhoz vezetett. Fentiek okán a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontja szerinti kizáró ok fennállta megállapítható attól függetlenül, hogy az érintett ajánlattevő nem szerepel a Közbeszerzési Hatóság vonatkozó nyilvántartásában. Minden objektív bizonyíték alkalmas lehet a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pont szerinti kizáró ok igazolására, amellyel az ajánlatkérő hitelt érdemlően tudja bizonyítani az adott gazdasági szereplő súlyos szerződésszegését.

8.2. A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint az ajánlattevő vonatkozásában a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pont szerinti hároméves kizárási időszak a szerződésszegés időpontjától indul még abban az esetben is, ha a bíróság utóbb jogerős bírósági határozatban állapította meg a szerződésszegés tényét.

8.3. A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a fentiekben írottak alapján a kizáró ok fennáll egy bírósági pertől függetlenül is, így általában a felek egyezsége sincs hatással a kizáró ok fennállására, kivéve, ha az egyezség eredménye az lett, hogy nem történt súlyos szerződésszegés és/vagy nem került sor szankció, vagy kártérítés alkalmazására, tehát az egyezség eredményeként a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pont szerinti kizáró valamely feltétele nem áll fenn. A Közbeszerzési Hatóság a Kbt. 187. § (2) bekezdés ac) pontja alapján vezeti a nyilvántartást a szerződésszegésekről, így csak a jogerős bírósági határozatban megállapított vagy a gaz-

dasági szereplő által nem vitatott súlyos szerződésszegések kerülnek bele ebbe a nyilvántartásba. Ha a szerződésszegés tényét és/vagy súlyosságát a nyertes ajánlattevőként szerződő fél vitatja, akkor nem kerül be a Közbeszerzési Hatóság által vezetett nyilvántartásba.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

8.1. A Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontja rendelkezik a korábbi közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárásban vállalt szerződéses kötelezettségek súlyos megszegésére vonatkozó – fakultatív – kizáró okról. Az ajánlatkérő – a Közbeszerzési Hatóság által a Kbt. 187. § (2) bekezdés a) pont ac) alpontja szerint vezetett nyilvántartásából – köteles ellenőrizni a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pont szerinti kizáró ok hiányát. A gazdasági szereplő azonban már akkor a szóban forgó kizáró ok hatálya alá kerül, ha az abban szereplő súlyos szerződésszegést elkövette és ez az említett jogkövetkezményekhez, szankciókhoz vezetett. Így, ha ez megállapítást nyer, akkor is a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pont szerinti kizáró ok hatálya alá kerül a gazdasági szereplő, ha a Kbt. 187. § (2) bekezdés a) pont ac) alpont szerinti nyilvántartásban nem szerepel.

A kizáró ok hatálya alá kerülés független attól, hogy a nyertes vitatta-e a szerződésszegést vagy pert kezdeményezett-e ezzel kapcsolatban. Ha az ajánlattevővel szemben korábbi közbeszerzési szerződése megszegése miatt a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pont szerinti jogkövetkezmények kerültek alkalmazásra, akkor egy következő közbeszerzési eljárás ajánlatkérőjének kell mérlegelnie azt, hogy az adott gazdasági szereplő három éven belüli szerződésszegése súlyos-e, vagyis az adott ajánlatkérő mérlegelési jogkörébe tartozik annak megállapítása, hogy az ajánlattevő kizáró ok alatt áll-e. Ebben a mérlegelésben segítheti az ajánlatkérőt a Kbt. 187. § (2) bekezdés ac) pontja szerinti nyilvántartás, egy esetleges bírósági határozat, a Közbeszerzési Döntőbizottság vonatkozó határozata, a korábbi ajánlatkérő megkeresése a Kbt. 69. § (13) bekezdése alapján. Amennyiben az ajánlatkérőnek tudomása van az érintett ajánlattevő korábbi szerződésszegéséről vagy azért, mert saját közbeszerzési eljárásában történt, vagy mert egyéb forrásból szerzett róla tudomást, akkor ezzel kapcsolatban az ajánlatkérőnek szükséges minden olyan objektív bizonyítékot, információt beszereznie, amivel ezt bizonyítani is tudja. Ennek egyik módja lehet a Kbt. 69. § (13) bekezdés szerinti információkérés, vagy az ajánlat-

tevőhöz intézett felvilágosításkérés. Így egy bizonyított szerződésszegés abban az esetben is kizáró ok alá helyezi az ajánlattevőt, ha az még a peres eljárásra tekintettel nem került be a Közbeszerzési Hatóság által vezetett vonatkozó nyilvántartásba.

A fentieket támasztja alá a Közbeszerzési Döntőbizottság D.112/30/2018. számú határozata, mely rögzíti, hogy a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontja szerinti kizáró ok megállapításánál a bizonyítási teher az ajánlatkérőn nyugszik, minden bizonyíték alkalmas lehet a kizáró ok igazolására, amely hitelt érdemlően bizonyítja az adott gazdasági szereplő súlyos szerződésszegését. A Kbt. nem határozza meg, hogy milyen bizonyítékkal kell igazolni a szerződésszegést, ebből következően minden bizonyíték alkalmas lehet a kizáró ok igazolására, amely hitelt érdemlően bizonyítja a súlyos szerződésszegést. Ez az objektív alapú bizonyíték azonban nem feltétlenül azonos meghatározott hatóság vagy szervezet jogszabály, szervezeti szabály által hatáskörébe utalt ügyekben kiállított és a köteleesség- vagy szabályszegés tényét megállapító alakszerű döntésével. Amennyiben az érintett gazdasági szereplő a szerződésszegés tényét vitatja, a Hatóság az ajánlatkérő által bejelentett adatokat nem teheti közzé a nyilvántartásban. A Kbt. hatályos szabályozása azonban nem zárja ki annak lehetőségét, hogy az ajánlatkérő a megfelelő módon igazolja a kizáró ok hatálya alá tartozást. Ez azt jelenti, hogy minden esetben az adott ügyben egyedileg, a rendelkezésre álló valamennyi adat együttes vizsgálata alapján dönthető el, hogy mi lehet a kizárási ok bizonyításának megfelelő eszköze (lásd a Fővárosi Törvényszék 107.K.700.700/2018/22. sz. ítéletét). Ennélfogva pusztán annak ténye, hogy az érintett szervezetre vonatkozóan nincs bejegyzés a Hatóság nyilvántartásában, még nem teszi jogsértővé a kizárásról hozott ajánlatkérői döntést (lásd a Közbeszerzési Döntőbizottság D.112/30/2018. számú határozatának 70-72. pontját).

8.2. A kizáró oknak azonban nem feltétele annak jogerős bírósági határozatban történő megállapítása. Az adott ajánlattevő Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontja szerinti kizáró ok hatálya alá kerül abban az esetben is, ha a szerződéses kötelezettségét súlyosan megszegi és ez a szerződés felmondásához vagy elálláshoz, kártérítés követeléséhez vagy a szerződés alapján alkalmazható egyéb szankció érvényesítéséhez vezet, függetlenül attól, hogy van-e per folyamatban az ügyben.

Az adott gazdasági szereplő – mint ahogy a fentiekben is rögzítésre került – már akkor a szóban forgó kizáró ok hatálya alá kerül, ha a súlyos szerződésszegést elkövette és ez az említett jogkövetkezményekhez, szankciókhoz vezetett, függetlenül attól, hogy mikor kerül be, vagy bekerül-e a Közbeszerzési Hatóság által vezetett, a Kbt. 187. § (2) bekezdés a) pont ac) alpont szerinti nyilvántartásba.

8.3. A Közbeszerzési Hatóság az elektronikus közbeszerzési rendszerben (továbbiakban: EKR) vezeti a – jogerős bírósági határozatban megállapított vagy a gazdasági szereplő által nem vitatott súlyos – szerződésszegésekről szóló nyilvántartást, ezeknek az adatoknak az EKR-ben a szerződésszegéstől vagy a bírósági határozat jogerőre emelkedésétől számított három évig kell elérhetőnek lenniük. Így abban az esetben sem kerül fel a kizárt ajánlattevők listájára az érintett ajánlattevő, ha a polgári per egyezséggel zárul, de továbbra is vitatja a szerződésszegés tényét vagy súlyosságát, hiszen ez esetben sem lesz jogerős bírósági határozatban megállapított súlyos szerződésszegés. Amennyiben egy ajánlattevő nincs fent az EKR-ben a szerződésszegés miatt kizárt ajánlattevők listáján, az – a fentiekből következően – még nem jelenti azt, hogy nem áll az érintett kizáró ok hatálya alatt.

A kizáró ok hatálya alá kerülés – mint ahogy fentebb kifejtésre került – független attól, hogy a nyertes elismerte-e, vitatta-e a szerződésszegést vagy pert kezdeményezett-e ezzel kapcsolatban. Így hasonlóan nem befolyásolja a kizáró ok fennállását az sem, ha a felek egyezséget kötnek, vagy valamelyik fél eláll a pertől. Így abban az esetben, ha a bírósági per ugyan lezárult (egyezzéggel vagy elállás miatt), azonban a nyertes ajánlattevő nem ismerte el a szerződésszegés tényét vagy súlyosságát, akkor nem teljesülnek a Kbt. 187. § (2) bekezdés a) pont ac) alpontjában írott követelmények (jogerős bírósági határozatban megállapított vagy a nyertes ajánlattevő által nem vitatott súlyos szerződésszegés), így az érintett ajánlattevő nem kerül fel a Közbeszerzési Hatóság által vezetett nyilvántartásba.

Abban az esetben azonban, ha a felek egyezsége alapján az került megállapításra, hogy nem történt súlyos szerződésszegés és/vagy nem volt szükség kártérítés vagy egyéb szankció alkalmazására, akkor a Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pont szerinti kizáró ok fennállása, annak

jogszabályi feltételeinek hiányában nem állapítható meg.

A Közbeszerzési Hatóság felhívja a figyelmet az egyezséggel kapcsolatban a Kbt. 142. § (2) bekezdésében foglaltakra, miszerint a Kbt. 2. § (1)–(4) bekezdésében foglalt alapelvek megsértését valósítja meg az ajánlatkérőként szerződő fél részéről a szerződésszegésből eredő igények érvényesítésének elmaradása a Kbt. 142. § (2) bekezdésében írott esetekben.

9. kérdés

Az ajánlatkérő az eljárásában előírta a Kbt. 114. § (11) bekezdés alkalmazását. Az egyik ajánlattevő esetén árindokolás kérésre került sor, melynek keretében benyújtott árindokolásban az ajánlattevő jelezte, hogy bizonyos feladatokra alvállalkozót vesz igénybe és az indokolás alátámasztásaként az ajánlattevő becsatolta az alvállalkozó cégszerűen aláírt nyilatkozatát is. Az ajánlatkérő ellenőrizte az így megadott alvállalkozó árbevételét és ennek körében megállapította, hogy nem felel meg a Kbt. 114. § (11) bekezdésében írott feltételeknek. Az ajánlatkérő a kérdés tisztázása érdekében felvilágosítás kéréssel fordult az ajánlattevőhöz, aki ennek hatására lecserélte az érintett alvállalkozót. Az ajánlatkérő megítélése szerint erre nem volt jogszerű lehetősége ajánlattevőnek, mivel a korábbi alvállalkozóval támasztotta alá az ajánlattevő az árindokolását, és az alvállalkozó csere folytán az árindokolás nem tekinthető alátámasztottnak, így az nem tekinthető a gazdasági észszerűséggel összeegyeztethetőnek. Helyesen jár-e az ajánlatkérő, ha az érintett ajánlatot érvénytelenné nyilvánítja, mivel az eredetileg bemutatott alvállalkozó nem felelt meg a Kbt. 114. § (11) bekezdésének és ezáltal nem felelt meg az ajánlati felhívásban előírt követelményeknek?

A Közbeszerzési Hatóság válasza:

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a Kbt. 114. § (11) bekezdés előírása esetén sem kizárt, hogy ajánlattevő az árbevételi követelményeknek meg nem felelő alvállalkozóját hiánypótlás keretében lecserélje, így erre hivatkozással az ajánlatkérő nem nyilváníthatja érvénytelenné az ajánlatot. Azonban abban az esetben, ha a lecserélt alvállalkozó nyilatkozata támasztotta alá – többek között – az ajánlattevő ajánlati árát, újabb jogszerűen kérhető árindokolás hiányában az alvállalkozó cseréje folytán az ajánlat alátámasztottsága kérdésessé

válik, így adott esetben a Kbt. 73. § (2) bekezdése alapján érvénytelenné nyilvánítható, ha aránytalanul alacsony ellenszolgáltatást vagy más teljesíthetetlen feltételt tartalmaz.

A Közbeszerzési Hatóság részletesebb állásfoglalása:

A Kbt. 114. § (11) bekezdésében szereplő, az árbevételre vonatkozó - maximum - előírás az ajánlat érvényességéhez szükséges feltétel, tehát nem minősül kizáró oknak vagy alkalmassági követelménynek, ebből fakadóan erre vonatkozóan a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Korm. rendeletben foglaltak sem irányadóak. Erre való tekintettel, az árbevétellel összefüggő követelménynek való megfelelés igazolásának a módját – a Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint – az ajánlatkérőnek szükséges egzakt módon – előzetesen – megadnia a közbeszerzési dokumentumokban.

A közbeszerzési eljárásban az ajánlattevői oldalon megjelenő kapacitást nyújtó szervezetek és alvállalkozók változása széles körben biztosított, ezt maga a jogszabály csak néhány esetben korlátozza. A Kbt. keretei között megengedett, hogy az ajánlattevő a hiánypótlás/felvilágosításkérés során új alvállalkozóra vagy kapacitást nyújtó szervezetre vonatkozó dokumentumokkal egészítse ki ajánlatát/részvételi jelentkezését, mint ahogy az is, hogy a korábban már megjelölt alvállalkozó vagy az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet helyett vagy az eredetileg megjelöltek mellett új gazdasági szereplőket jelöljön meg. Az új gazdasági szereplő bevonása ugyanakkor nem sértheti a közbeszerzési alapelveket, az ajánlati kötöttség szabályait, valamint a verseny tisztaságát.

Tekintettel arra, hogy a Kbt. 114. §-ában megfogalmazott szabályok nem korlátozzák az alvállalkozó cseréjét, így a fentiekben részletezett általános szabályok vonatkoznak rá, így nincs akadálya annak, hogy az ajánlattevő ezen eljárási típusban lecserélje az alvállalkozóját például hiánypótlás vagy felvilágosítás keretében. Ahogy fentebb említésre került, a Kbt. 114. § (11) bekezdés szerinti előírás nem tekinthető sem kizáró oknak, sem alkalmassági feltételnek, így nem vonatkozik ez esetben sem az alvállalkozók cseréjére az általánostól eltérő szabályozás, mint például a Kbt. 71. § (4) bekezdés szerinti előírások. Tehát a Kbt. 114. § (11)

bekezdés szerinti fenntartott közbeszerzési eljárásban sincs akadálya annak, hogy az ajánlattevő lecserélje az alvállalkozóját, még abban az esetben sem, ha az alvállalkozó nem felelt meg az eljárásban előírt árbevételi követelményeknek.

Ha az ajánlatkérő úgy ítéli meg, hogy az ajánlat a megkötni tervezett szerződés tárgyára figyelemmel aránytalanul alacsony összeget tartalmaz, árindokolást köteles kérni az ajánlati ár alátámasztásaként. A Kbt. 72. § (3) bekezdése alapján az indokolás további kiegészítését is kérheti az ajánlatkérő, azonban ez nem jelenti a korábbi indokolás megváltoztatási lehetőségét is egyben, kizárólag a korábbi dokumentumok, az abban foglalt értékek további alábontására, alátámasztására

van lehetősége az ajánlattevőnek. Tárgyi esetben az ajánlatkérő felhívására az ajánlattevő benyújtott egy árindokolást, amelyben az eredetileg megjelölt alvállalkozó által aláírt nyilatkozattal támasztotta alá a megajánlását. Tekintettel arra, hogy az alvállalkozó lecserélésre került, és a Kbt. szabályai szerint nincs lehetőség ismételt árindokolás kérésre, kizárólag a korábbi árindokolás kiegészítésére, így ajánlattevő ajánlatának alátámasztása kérdéseessé válik, ezért – adott esetben – az ajánlatkérő a Kbt. 73. § (2) bekezdése alapján érvénytelenné nyilváníthatja az ajánlatot, ha az aránytalanul alacsony ellenszolgáltatást vagy más teljesíthetetlen feltételt tartalmaz.