

**D.244/12/2023.számú határozat**

**A jogesettel érintett tárgyak: Az elérendő cél alapján jelen esetben fel sem merül, hogy a beszerzés tárgya a Kbt. szabályozásában többféle tárgyat (árubeszerzés, szolgáltatás megrendelés, építési beruházás) is tartalmazna, azaz vegyes beszerzés lenne. A közbeszerzés tárgyát kizárólag szolgáltatás megrendelése képezi, melyre tekintettel a Kbt. 115. §-ának alkalmazása jogsértő.**

*Tényállás*

Az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Rész 115. §-a szerinti nyílt eljárást indított. Ajánlattételre 5 gazdasági szereplőt hívott fel. Az ajánlatkérő 2023. március 29. napján küldte meg az ajánlattételi felhívást a gazdasági szereplőknek.

Az ajánlattételi felhívás releváns rendelkezései:

Ajánlatkérő típusa: Közjogi szervezet.

A szerződés típusa: Építési beruházás

Fő CPV-kód: 45000000-7

A szerződés tárgya: Sportpályák felújítása II.

A közbeszerzés mennyisége:

Sportpályák felújítása. A felújításra kerülő pályák mérete: 8.000 m<sup>2</sup>. A pályafelújításhoz kötődő részletes feladatokat és a szükséges mennyiségeket a műszaki leírás tartalmazza. (az építési beruházás jellegének megfelelően)

A szerződés időtartama, vagy a teljesítés határideje. Időtartam hónapban: 12.

Részekre bontás. Részajánlat tételére nincs lehetőség.

A részajánlat tételének kizárásának indoka(i):

Ajánlatkérő megvizsgálta a részajánlattétel lehetőségét és azt nem tartja gazdaságilag ésszerűnek, mivel a nyertes ajánlattevő által ellátandó feladatok jellege a felújításhoz ugyanolyan anyagok használatát, ugyanolyan technológia alkalmazását, ugyanolyan terjedelmű művezetést, valamint ugyanolyan organizációs szervezést igényelne, amelyek az ellátandó feladatok részekre bontása esetén nem eredményeznék a közpénzek fel-

használása hatékony és felelős gazdálkodás szerinti elvének történő megfelelését.

A közbeszerzés mennyisége:

Sportpályák felújítása, amelynek során az elvégzendő feladatok az alábbiak:

- szelektív gyomirtás
- lyukasztás, talajréteg lazítás
- gypszellőztetés
- felületés géppel, indító műtrágyával
- felületés 40-80 gramm/m<sup>2</sup> fúmaggal
- felületés 40-80 gramm/m<sup>2</sup> fúmaggal 4 hét elteltével
- homokszórás folyami kvarchomokkal 1 cm vastagon
- simító boronálás
- talajelőkészítés műtrágyázáshoz
- műtrágyázás
- műtrágyázás 2 hét elteltével
- növényvédelem
- fátyolfóliázás.

A felújításra kerülő pályák mérete: 8.000 m<sup>2</sup>. A pálya-felújításhoz kötődő részletes feladatokat és a szükséges mennyiségeket a műszaki leírás tartalmazza.

Értékelési szempontok

Minőségi szempont:

1 fő felelős műszaki vezető szakember szakmai tapasztalata a jogosultság megszerzését követően vagy a jogosultság megszerzéséhez szükséges tapasztalaton felül (max 36 hó) 30

Ár szempont: Ajánlati ár képzett érték (nettó Ft) 70

Változatok nem fogadhatók el.

A közbeszerzés nem európai uniós alapokból finanszírozott projekttel és/vagy programmal kapcsolatos.

A felhívás III. pontja tartalmazta a részvételi feltételeket.

Az ajánlattételi határidőre 3 ajánlat érkezett.

Az írásbeli összegezés szerint valamennyi ajánlattevő érvényes ajánlatot nyújtott be, az eljárás nyertese a jelen ismertetés szerint M Kft. lett.

Az ajánlatkérő, mint megrendelő, másrésről az M Kft., mint vállalkozó a vállalkozási keretmegállapodást 2023. április 19. napján kötötték meg nettó 123.250.400.-Ft vállalkozói díjon.

*A hivatalbóli kezdeményezés*

A hivatalbóli kezdeményező 2023. június 26. napján nyújtotta be a hivatalbóli kezdeményezését a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontja alapján az ajánlatkérő tárgyi közbeszerzési eljárása ellen.

Kérte az ajánlatkérővel szemben a jogsértés megállapítását és jogkövetkezmények alkalmazását.

A hivatalbóli kezdeményező szerint a szolgáltatásnak minősülő munkanemek, mind mennyiségében (12/1), mind ellenértékében (8.976.720.-Ft/2.268.800.-Ft) meghaladják az építési beruházásnak minősülő feladatokat.

Az ajánlatkérő a feltehető jóhiszeműsége ellenére is tévesen ítélte meg a beszerzés fő tárgyát, mivel az a szolgáltatásmegrendelés irányába mutat, így az ajánlatkérő nem alkalmazhatta volna jogszerűen a Kbt. 115. §-a szerinti eljárást.

*Az ajánlatkérő észrevétele*

Az ajánlatkérő észrevételében rámutatott arra, hogy az eljárás előkészítésének menetében az ellátandó feladatok alapján felmérte, hogy a feladatok vegyes jellegűek és mind építési beruházási elemeket, mind pedig szolgáltatási elemeket is tartalmaznak.

Az ajánlatkérő a tárgyi beszerzési eljárás menetében indikatív ajánlatokat kért be egyrésről az eljárás becsült értékének meghatározása érdekében, másrésről pedig annak az alátámasztása érdekében, hogy a szolgáltatási elemek vagy pedig az építési beruházási elemek képviselnek nagyobb arányt a tárgyi beszerzés keretében.

Az ajánlatkérő az eljárás előkészítésének menetében megállapította, hogy a nyertes ajánlattevő által ellátandó egyes feladatok a 45000000-7 Építési munkák kódon belül a Kbt. 1. számú mellékletében foglalt alábbi építési beruházási tárgyakat foglalják magukban:

- lyukasztás, talajréteg lazítás (45110000-1 Épületbontás és bontási munka, földmunka; 45111000-8

Bontási, terep-előkészítési és eltakarítási munka; 45112000-5 Földkitermelési és talajmozgatási munka; 45112200-7 Talajfelszedési munka; 45112500-0 Földmozgatási munka)

- gyepszellőztetés (45110000-1 Épületbontás és bontási munka, földmunka; 45111000-8 Bontási, terep-előkészítési és eltakarítási munka)
- homokszórás folyami kvarchomokkal 1 cm vastagon (45110000-1 Épületbontás és bontási munka, földmunka; 45111230-9 Talajstabilizálási munka; 45112700-2 Tereprende­zési munkák)
- simító boronálás (45110000-1 Épületbontás és bontási munka, földmunka; 45112700-2 Tereprende­zési munkák, 45112720-8 Tereprende­zési munkák sportpályákon és szabadidő-létesítményekben)
- talajelőkészítés műtrágyázáshoz (45110000-1 Épületbontás és bontási munka, földmunka; 45111000-8 Bontási, terep-előkészítési és eltakarítási munka; 45111200-0 Terep-előkészítési és eltakarítási munka)

Ahogy a fenti bemutatás példázza, az ajánlatkérő által megrendelt munkák egy része több olyan CPV kódot is felölel, amelyek a Kbt. 1. sz. melléklete szerinti tevékenységek körébe tartoznak, és amelyek építési beruházásnak minősülnek, és mint ilyenek mind az indikatív ajánlatok, mind pedig a benyújtott ajánlatok alapján magasabb értéket/arányt képviselnek, mint a szolgáltatás megrendelési elemek.

*A Döntőbizottság döntése és annak indokai*

A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezésalapján megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 115. § (1) bekezdését.

A Döntőbizottság ezért az ajánlatkérővel szemben 500.000.-Ft bírságot szabott ki.

A határozat indokolása a következőket rögzítette:

Az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Rész 115. §-a szerinti nyílt eljárását 2023. március 29. napján indította meg, melyre tekintettel a Döntőbizottság az e napon hatályos

anyagi jogszabályi rendelkezések alapján folytatta le a vizsgálatot.

A Döntőbizottság a kezdeményezés alapján az érdemi vizsgálatot lefolytatta, és az alábbi indokokra tekintettel megállapította az ajánlatkérővel szemben a jogsértés megtörténtét.

A kezdeményezés szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 115. § (1) bekezdését, jogellenesen minősítette a jelen közbeszerzés tárgyát építési beruházásnak.

A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezés vizsgálata során a Kbt. 8. § (1)-(4), (8) bekezdéseit, a Kbt. 22. § (1) bekezdését, a Kbt. 115. § (1) bekezdését, továbbá a Kbt. e rendelkezésekhez fűzött jogalkotói indokolását alkalmazta.

A Döntőbizottság a vizsgálata során figyelembe vette a joggyakorlatot is:

A Fővárosi Törvényszék 102.K.700.437/2019/16. számú ítélete kimondja:

„A törvényszék a rendelkezésre álló adatok alapján előjáróban arra mutat rá, hogy az adott jogviszony tekintetében a beszerzésre speciális szabályokat az építési beruházás megítélhetősége tekintetében a Kbt. rendelkezéseinek alkalmazásával kellett megítélni, elsődlegesen nem az építési törvény építmény, vagy építési tevékenység fogalmának és nem is az építőipari kivitelezési tevékenységről rendelkező 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet (Épkiv.) jogfogalmainak volt jelentősége a beszerzés tárgyát illetően, hanem a közbeszerzési jog által meghatározott definíciók alapján kellett meghatározni a jogvita tárgyát képező beszerzésnek a minősítését.”

A Fővárosi Törvényszék 104.K.708.273/2020/13. számú ítélete kimondja:

„A fő tárgy teszt alapján a közbeszerzési szerződés fő tárgyát körültekintően, eseti alapon, a szerződéses teljes ügylet objektív elemzésével (objektív bizonyítékok mentén) kell vizsgálni. A fő tárgyat a szerződést jellemző, meghatározó alapvető kötelezettségek alapján kell megítélni. Ennek keretében az értékarányok figyelem-

bevétele csak egy, de nem kizárólagos tényező. Az Európai Unió Bírósága a C-412/04. számú ítéletének 48-49. pontjaiban az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/37/EGK tanácsi irányelv 1. cikkét értelmezve rögzítette: »Ily módon a 93/37 irányelv alkalmazási köre különösen a szerződés fő tárgyához kapcsolódik, amely tárgyat azon közbeszerzés egészének objektív vizsgálata keretében kell meghatározni, amelyre e szerződés vonatkozik. Ezt a meghatározást a túlsúlyban lévő alapvető kötelezettségekre figyelemmel kell elvégezni, amelyek, mint ilyenek, jellemzik a közbeszerzési szerződést, szemben azokkal, amelyek csak járulékos vagy kiegészítő jelleggel bírnak, és magából a szerződés tárgyából erednek, mivel az érintett különböző szolgáltatások vonatkozó összege e tekintetben csak egy olyan feltétel a többi között, amelyet figyelembe kell venni e meghatározás során.«”

A Döntőbizottság a döntésénél figyelembe vette az ajánlatkérő által hivatkozott Nagykommentár a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvényhez (szerkesztette: Dezső Attila) Kbt. 22. § 1. Vegyes tárgyú közbeszerzésekhez tartozó megállapításokat, melyek szerint „A fő tárgy teszt alapján a közbeszerzési szerződés fő tárgyát körültekintően, eseti alapon, a szerződéses teljes ügylet objektív vizsgálatával (objektív bizonyítékok mentén) kell vizsgálni. A fő tárgyat a szerződést jellemző, meghatározó alapvető kötelezettségek alapján kell megítélni. Ennek keretében az értékarányok figyelembevétele csak egy, de nem kizárólagos tényező.”

A Döntőbizottság rámutatott, hogy a Kbt. 115. § (1) bekezdése kivételesen, a nemzeti eljárásrendben, a kis értékű építési beruházások esetében alkalmazható eljárásfajtát szabályozza, ha a közbeszerzés tárgya építési beruházás, az építési beruházás becsült értéke nem éri el a háromszázmillió forintot, és az ajánlatkérőnek a tisztességes verseny biztosításához e törvény által megkövetelt, megfelelő számú teljesítésre képes gazdasági szereplőről van tudomása. A Kbt. 115. § (2) bekezdése

szerint az ajánlatkérő a versenyt akként biztosítja, hogy az eljárást megindító felhívás közzététele helyett legalább öt gazdasági szereplőnek egyidejűleg, közvetlenül írásban ajánlattételi felhívást kell küldenie. Az áru- és szolgáltatás tárgyú megrendeléseket nyilvánosan meg kell hirdetni, a Kbt. 115. § (1) bekezdése e tárgyakra nem választható.

Az ajánlatkérő kötelezettsége a tisztességes verseny biztosítása, melyre tekintettel különös körültekintéssel kell eljárnia a közbeszerzés tárgyának, vegyes beszerzések esetében a fő tárgyának meghatározása során, amely a jogszerű eljárásfajta választásának garanciája.

Vegyes beszerzések esetében a közbeszerzés tárgyának meghatározása összetett vizsgálatot igényel, nem alapítható a fő tárgy kizárólagosan az értékarányokra, a meghatározást az alapvető kötelezettségekre figyelemmel, a közbeszerzési szerződés jellemzői alapján kell elvégezni.

A fentiek figyelembevételével a Döntőbizottság azt állapította meg, hogy a konkrét esetben valójában nem vegyes beszerzésről van szó. A közbeszerzés tárgyát az elérendő cél szempontjából kell elsősorban vizsgálni. Az ajánlatkérő a közbeszerzés tárgyát „Sportpályák felújítása”-ként határozta meg, azonban a Döntőbizottság álláspontja szerint a részletezett feladatok egyértelműen a gyepfelületek rendszeres, félévenként vagy évenként elvégzendő gondozását tartalmazzák. Az egyes részletezett munkafolyamatok mindezen rendszeres karbantartási tevékenység részei. Ennél fogva az elérendő cél alapján jelen esetben fel sem merül, hogy a beszerzés tárgya a Kbt. szabályozásában többféle tárgyat (árubeszerzés, szolgáltatás megrendelés, építési beruházás) is tartalmazna, azaz vegyes beszerzés lenne. A közbeszerzés tárgyát kizárólag szolgáltatás megrendelése képezi.

Az ajánlatkérő által építési beruházásnak minősített egyes tételek nem feleltethetők meg az általa felsorolt CPV kódoknak, ugyanakkor a beszerzés célját tekintve valamennyi tevékenység egyértelműen besorolható a 77320000-9 CPV kódú sportpálya-fenntartás szolgálta-

tásba, tehát a jelen közbeszerzés tárgya a Kbt. 8. § (4) bekezdése szerint szolgáltatás megrendelésnek minősül.

A Döntőbizottság értékelte az ajánlatkérő által előterjesztett bizonyítékokat, és megállapította, hogy a közbeszerzés tárgya vegyes beszerzés esetében sem lenne minősíthető építési beruházásnak.

A jelen vizsgálat tárgyát képező közbeszerzés esetében az ajánlatkérő által megállapított beszerzési tárgyak értéke között csekély eltérés van. Az ajánlatkérő által a beszerzési tárgyak értékének indikatív ajánlatokban kimutatott aránya a következőképpen alakult:

Az egyik indikatív ajánlatban az építési beruházásnak minősített tételek összege 5.946.400.-Ft, ami 50,09%, a szolgáltatás megrendelésnek minősített tételek összege 5.925.440.-Ft, ami 49,91%, a két beszerzési tárgy értéke közötti különbség mindössze 0,18%.

A másik indikatív ajánlatban az építési beruházásnak minősített tételek összege 5.336.800.-Ft, ami 50,26%, a szolgáltatás megrendelésnek minősített tételek összege 5.282.400.-Ft, ami 49,74%, a két beszerzési tárgy értéke közötti különbség mindössze 0,52%.

Ilyen esetben akár egyetlen tétel nem megfelelő besorolása is megváltoztathatja az adott közbeszerzésre irányadó fő közbeszerzési tárgyat.

A Döntőbizottság megítélése szerint a „Gyepszellőztetés” tétel semmiképpen nem feleltethető meg a 45110000-1 Épületbontás és bontási munka, földmunka, így ezen belül a 45111000-8 Bontási, terep-előkészítési és eltakarítási munka CPV kódoknak. Az ajánlatkérő által ezen belül megjelölt „terep-előkészítési és eltakarítási munka” 45111200-0 CPV kód alatt további alcsoportokra bontásra került a következők szerint:

- 45111210-3 Robbantás és kapcsolódó törmelékeltakarítási munka
- 45111211-0 Robbantási munka
- 45111212-7 Kő/törmelék eltávolítási munka
- 45111213-4 Eltakarítási munka

- 45111214-1 Robbantás utáni eltakarítás
- 45111220-6 Aljnövényzet/bozót eltávolítási munka
- 45111230-9 Talajstabilizálási munka
- 45111240-2 Talajvíz-elvezetési munka
- 45111250-5 Talajvizsgálati munka
- 45111260-8 Terep-előkészítési munka bányaműveléshez
- 45111290-7 Közmű-előkészítési munka
- 45111291-4 Terepkialakítási munka

A „Gyepszellőtetés” tétel ezek közül egyik alcsoportba sem sorolható be, így nem tartozik a 45111000-8 Bontási, terep-előkészítési és eltakarítási munka CPV kód alá, ennél fogva már az ajánlatkérő által alkalmazott módszerrel sem minősíthető építési beruházásnak a beszerzés.

Amennyiben a „Gyepszellőtetés” tételt a fentiek alapján nem építési beruházásként, hanem szolgáltatás megrendelésként vesszük figyelembe az indikatív ajánlatokban, akkor a beszerzési tárgyak aránya a következőképpen alakul.

Az egyik indikatív ajánlatban az építési beruházásnak minősített tételek összege 4.836.800.-Ft lesz, ami 40,74%, a szolgáltatás megrendelésnek minősített tételek összege 7.035.040.-Ft lesz, ami 59,26%. A beszerzési tárgyak aránya tehát megfordul, a szolgáltatás megrendelés értéke 18,52%-kal magasabb lesz.

A másik indikatív ajánlatban az építési beruházásnak minősített tételek összege 4.362.400.-Ft lesz, ami 41,08%, a szolgáltatás megrendelésnek minősített tételek összege 6.256.800.-Ft lesz, ami 58,92%. A beszerzési tárgyak aránya tehát megfordul, a szolgáltatás megrendelés értéke 17,84%-kal magasabb lesz.

Mivel ezen egyetlen tétel minősítésének megváltozásával a beszerzési értékek aránya jelentősen megváltozik, amely megváltoztatja a fő tárgy meghatározását, így a Döntőbizottság a többi, az ajánlatkérő által építési beruházásként azonosított tétel vizsgálatát mellőzte.

A fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 115. § (1) bekezdését.