

JOGORVOSLATI AKTUALITÁSOK

Dr. Horváth Éva LL.M., közbeszerzési biztos, Közbeszerzési Hatóság

DOI: 10.37371/KEP.2024.12.2

A Közbeszerzési Értesítő Plusz jelen számában ismertett, a bíróság által is vizsgált jogeset a kérelmező ügyfélképességének, továbbá a közbeszerzési eljárás feltételrendszere körében az arányos alkalmassági feltétel és az értékelési szempontok, valamint súlyszámok tartalmi meghatározásának kérdéskörével kapcsolatos.

A Döntőbizottság D.555/19/2023. számú határozata

A jogorvoslati ügyvel érintett tárgyak: A kérelmező ügyfélképessége fennáll, mert a kérelemben megjelölt jogsértések közvetlenül kihatással vannak arra, hogy a kérelmező a tárgyi közbeszerzési eljárásban képes-e ajánlatot benyújtani. A referenciakövetelmény előírása mennyiségi meghatározással akkor megfelelő és ellenőrizhető, ha az a közbeszerzés tárgyához, mennyiségéhez hozzámérhető. Az értékelési alszempont tényleges jelentőségének a súlyszámában meg kell jelennie.

Tényállás

Az ajánlatkérő (kórház) 2023. november 22. napján a Kbt. Harmadik Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított betegétkeztetés biztosítása, konyha üzemeltetésével szolgáltatás megrendelése tárgyában.

Az eljárást megindító felhívás meghatározta a vonatkozó jogszabályokat.¹

A felhívás rögzítette a közbeszerzés tárgyát.

A felhívás szerint az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárást a Kbt. 21. § (2) bekezdésével összhangban a Kbt. Harmadik Részének alkalmazásával folytatja le, tekintettel

arra, hogy a közbeszerzési eljárás tárgya a Kbt. 3. melléklete szerinti szolgáltatás.

A felhívás szerint a szerződés időtartama 24 hónap. A szerződés további egy alkalommal, további 24 hónapos időtartammal meghosszabbítható a 676/2020. (XII. 28.) Korm. rendelet előírásaival összhangban.

A felhívás az alábbiak szerint határozta meg az alkalmassági követelményeket:

M/1. Műszaki, illetve szakmai alkalmasság.

Alkalmatlan az ajánlattevő, ha nem rendelkezik a felhívás feladásának napjától visszafelé számított 36 hónapban befejezett, szerződésszerűen és az előírásoknak megfelelően legalább 12 hónapon keresztül folyamatosan, kórházi és/vagy fekvőbeteg ellátást nyújtó intézmény részére teljesített étkeztetésre vonatkozó referenciával, amely összesen legalább 50 000 db/év normál ebédadag és legalább 50 000 db/év diétás ebédadag elkészítését foglalta magában.

A felhívás szerint az értékelési szempontok többek között:

Minőség

4. Annak vállalása, hogy a táplálkozás-egészségügyi előírásokról szóló rendelet előírásaiban foglalt gyakoriságon felül szolgáltat zöldséget, gyümölcsöt (igen-nem) - súlyszám: 5;

5. Annak vállalása, hogy a táplálkozás-egészségügyi előírásokról szóló rendelet előírásaiban foglalt gyakoriságon felül szolgáltat teljes kiőrlésű gabona alapú élelmiszert (igen-nem) - súlyszám: 5;

Ár

¹ 2008. évi XLVI. törvény az élelmiszerláncról és hatósági felügyeletéről, 676/2020. (XII. 28.) Korm. rendelet a közétkeztetés tárgyú közbeszerzések tekintetében alkalmazandó eljárások sajátos szabályairól, 37/2014. (IV. 30.) EMMI rendelet a közétkeztetésre vonatkozó táplálkozás-egészségügyi előírásokról, 68/2007. (VII. 26.) FVM-EÜM-SZMM rendelet az élelmiszer-előállítás és forgalomba hozatal egyes élelmiszer-higiéniai feltételeiről és az élelmiszerek hatósági ellenőrzéséről, 852/2004/EK rendelet az élelmiszer-higiénéről, 62/2011. (VI. 30.) VM rendelet - a vendéglátó-ipari termékek előállításának és forgalomba hozatalának élelmiszerbiztonsági feltételeiről.

6.1. Normál és könnyű vegyes étrend nettó egységár (nettó Ft/adag) - súlyszám: 25

6.2. Diétás étrend I. (műtött, vizsgálati étrendek) nettó egységár (nettó Ft/adag) - súlyszám: 25

6.3. Diétás étrend II. nettó egységár (nettó Ft/adag) - súlyszám: 25

Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban szerepeltette a műszaki specifikációt, útmutatót az ajánlattételhez, szerződéstervezetet, alaprajzokat, és egyéb dokumentumokat.

A műszaki specifikáció « Szakszerű étkeztetés biztosítása » pontjában rögzítette az ajánlatkérő:

b) Ajánlattevőnek figyelembe kell vennie a külön felsorolt összes diéta fajtát.

c) Az ellátottnak napi ötszöri étkezést kell biztosítani.

A dokumentációban az ajánlatkérő meghatározta, hogy az ajánlattevőnek miként kell az egyes étkezések nettó árát külön megadni.

Az ajánlatkérő a kapacitás igényéről tájékoztató adatokat közölt.

A dokumentációban kiadott szerződéstervezet rendelkezett egyebek mellett a helyettesítő konyháról is, a következők szerint:

"42.) A Vállalkozó a bérbe vett konyhában saját költségére és veszélyére köteles elvégezni a szerződésben rögzített felújítási és beruházási munkákat. Vállalkozó vállalja, hogy az átalakítási, felújítási és beruházási munkák elvégzését úgy ütemezi, hogy a Szolgáltatás a betegétkeztetést tekintve folyamatosan biztosítható legyen. Az alkalmazotti étkezés vonatkozásában a vállalkozó jogosult a rekonstrukció ideje alatt, szükséges mértékben, időszakosan, az alkalmazotti ellátás nyitva tartási idejét és a férőhelyek számát lecsökkenteni, illetve köteles az ellátás folyamatossága érdekében a jogszabályi előírásoknak megfelelő helyettesítő konyhát biztosítani."

Az ajánlattételi határidő időpontjáig két ajánlat érkezett. A kérelmező nem nyújtott be ajánlatot.

A kérelmező az ajánlattételi határidő lejárta előtt előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be az ajánlatkérőhöz a jogorvoslati kérelemmel egyező tartalommal, melyet az ajánlatkérő elutasított.

A jogorvoslati kérelem

A kérelmező három kérelmi elemet rögzített a kérelmében, megsértett jogszabályi rendelkezésekként a Kbt. 65. § (3) és (5) bekezdését, valamint a 76. § (9) bekezdés a)-c) pontját jelölte meg.

A kérelmező az ügyfélképesége alátámasztása körében előadta, hogy a közbeszerzés tárgyával érintett piacon működő gazdasági szereplő, azonban a kérelmében bemutatott jogsértések elzárták a sikeres és érvényes ajánlat benyújtásától. Ezen körülmény a jogos érdekét közvetlenül sérti.

Az ajánlatkérő észrevétele

Kérte a jogorvoslati kérelem elutasítását, alaptalanság miatt.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

A Döntőbizottság a határozatában megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 65. § (3) bekezdését és a Kbt. 76. § (9) bekezdés a), b) pontját, ezért megsemmisítette a közbeszerzési eljárást megindító ajánlati felhívást és azt követően a vizsgált közbeszerzési eljárásban hozott valamennyi ajánlatkérői döntést.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 10.000.000.-Ft bírságot szabott ki.

A határozat indokolása a következőket rögzítette:

Az ajánlatkérő tárgyi közbeszerzési eljárását 2023. november 22. napján indította meg, így a tárgyi jogorvoslati eljárásra anyagi jogi szempontból a Kbt. ezen a napon hatályos rendelkezéseit kell alkalmazni, míg eljárásjogi szempontból a jogorvoslati kérelem benyújtásakor, 2023. december 11. napján hatályos Kbt. szabályai szerint kell eljárni.

A Döntőbizottság elsődlegesen – az ajánlatkérő eljárásjogi kifogására figyelemmel – a kérelmező ügyfélképeségét vizsgálta, fennáll-e a kérelem vonatkozásában a kérelmező közvetlen jogos érdeksérelme.

A Döntőbizottság és a bíróságok egységes és következetes gyakorlata szerint a jogorvoslati kérelem előterjesztésének törvényi feltételeként meghatározott jogvagy jogos érdeksérelme a kérelmező vonatkozásában közvetlenül kell, hogy fennálljon az adott közbeszerzéssel összefüggésben.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmező tárgyi közbeszerzési eljárás tárgya szerinti szolgáltatás

nyújtásával foglalkozó gazdasági társaság, így érdeke fűződik tárgyi közbeszerzési eljárásban való részvételhez, az ajánlattételhez és a szerződés elnyeréséhez. A kérelmező által hivatkozott műszaki, illetve szakmai alkalmassági minimumkövetelmény, az értékelési szempont tartalma és súlyszáma befolyásolják az ajánlattétel lehetőségét és annak tartalmát. A kérelmező által az M.1. műszaki, illetve szakmai alkalmassági minimumfeltétel tekintetében megjelölt jogsértés közvetlenül kihatással van arra, hogy a kérelmező tárgyi közbeszerzési eljárásban képes-e ajánlatot benyújtani. Ugyanígy a kérelmező által sérelmezett 4. és 5. értékelési szempont tartalmi meghatározása és súlyszáma, valamint a 6.2. értékelési szemponthoz rendelt arányos súlyszám előírása közvetlenül érinti a kérelmező ajánlattételét.

A kérelmező részletesen bemutatta, alátámasztotta ügyfélképességét az egyes kérelmi elemek tekintetében, mely érveket a Döntőbizottság elfogadott.

A helyettesítő konyhára a szerződés teljesítése során lesz szükség, így tárgybani jogorvoslati kérelem vonatkozásában az ügyfélképességre nincs kihatással.

Míndezen alapján a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelmet érdemben vizsgálta.

A Döntőbizottságnak a kérelem első eleme kapcsán abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlati felhívásában az M.1. pontban előírt műszaki, illetve szakmai minimumkövetelmény megfelel-e a Kbt. rendelkezéseinek, a Kbt. 65. § (3) és (5) bekezdésének.

A Kbt. irányadó rendelkezései értelmében az ajánlatkérő a törvény keretei között maga határozhatja meg azokat a feltételeket, amelyek alapján az ajánlattevőket a szerződés teljesítésére alkalmassá, illetve alkalmatlanná minősít. Az ajánlatkérőnek azonban biztosítani kell, hogy az adott beszerzés elnyeréséért valamennyi lehetséges, a szerződést ténylegesen teljesíteni képes ajánlattevő versenyezhesen. Alkalmatlanságot egyetlen olyan feltétel se eredményezhesen, amely előírás túlterjeszkedik a beszerzéshez megkívánt mértéken.

Egy adott alkalmassági feltétel megfelelését, szükségességét az adott közbeszerzési eljárás tárgyára vonatkozó összes körülmény figyelembevételével lehet megítélni, amelyek a szerződésszerű teljesítést befolyásolják.

Tárgybani eljárásban az ajánlati felhívásban meghatározott M.1. referenciakövetelmény Kbt. 65. § (3) és (5)

bekezdésének való megfelelésének megítélése érdekében meg kell vizsgálni a beszerzés tárgyát, mivel az alkalmassági követelmények meghatározását a közbeszerzés tárgyához kell igazítani és a referencia mennyiségi követelményét a beszerzés tárgyához, mennyiségéhez kell mérni.

Tárgybani közbeszerzés tárgya betegétkeztetés kórházban és fekvőbeteg ellátást nyújtó intézményben. Az ajánlatkérő a közbeszerzés tárgya és mennyisége meghatározása tekintetében hangsúlyozta, hogy a beszerzendő mennyiséget nem tudja pontosan meghatározni, mert az függ majd a betegek létszámától, betegségétől, a betegek állapotától, ezért az ajánlatkérő a felhívásban a beszerzendő étkezések tárgya és mennyisége vonatkozásában tájékoztató jelleggel bemutatta a 2022. július - 2023. június között megrendelt étkezések, azon belül az ebéd megrendelés számát, valamint a beteg étkezés átlag napi adagszámát, valamint éves viszonylatban a legkevesebb és legtöbb adagszámot. Ezek körében kiemelte az ajánlatkérő, hogy ezek csak tájékoztató adatok, mert konkrét megrendelési mennyiséget csak aktuálisan a megrendelés időszakában fog tudni megjelölni az aktuális betegellátás függvényében. Ezen belül a megrendelendő étrend típusát, azt, hogy normál vagy diétás étrendet kér, szintén aktuálisan a megrendelés időszakában fogja tudni megjelölni.

Ezen, ajánlatkérő által megadott tájékoztató adatok azonban nem mutatják a beszerzés pontos tárgyát, mennyiségét, amiből a referenciakövetelmény meghatározása kapcsán ki kellene indulni.

Az ajánlatkérő által hivatkozott, és az ajánlati felhívásban megjelölt évi keretösszeg megjelölése sem mutatja, hogy mennyi és milyen típusú étkezéseket fog az ajánlatkérő megrendelni, a megjelölt keretösszegeből vagy annak lehívási kötelezettséggel terhelt 70 %-ából megrendelhető mennyiséget befolyásolják majd az egyes étkezés típusok tekintetében megajánlott egységárak.

A betegétkeztetés ezen sajátosságára figyelemmel, miszerint a beszerzés mennyisége előre nem határozható meg konkrétan, a referenciakövetelmény mennyiségi előírása nem mérhető a beszerzés tárgyához, mennyiségéhez. A referenciakövetelmény előírása mennyiségi meghatározással akkor megfelelő és ellenőrizhető, ha a közbeszerzés tárgyához, mennyiségéhez hozzámérhető.

Mindezek alapján tárgybani esetben az előírt referenciakövetelmény mennyiségi meghatározása nem felel meg a Kbt. 65. § (3) bekezdésnek.

A Döntőbizottság a második kérelmi elem kapcsán azt vizsgálta, hogy a 6.2. Diétás étrend I. értékelési szemponthoz rendelt súlyszám megfelel-e a Kbt. 76. § (9) bekezdés a)-b) pontjaiban foglalt rendelkezéseknek.

Az előírt értékelési szempontok és alszempontok vonatkozásában rögzíti a Kbt., hogy azokhoz hozzá kell rendelni, meg kell határozni az értékelési szempont/alszempont tényleges jelentőségével arányban álló súlyszámot.

A kérelem alapján a 6.2. Diétás étrend I. értékelési alszemponthoz rendelt 25-ös súlyszám mértéke volt vitatott. A kérelmező szerint ezen értékelési alszempont súlyszáma túl magas volt, figyelemmel az ajánlatkérő által tájékoztatásul megjelölt diétás étrend I.-nek a teljes évi mennyiségen belüli nagyon alacsony mértékére, ezáltal a Diétás étrend I. értékelési alszemponthoz rendelt súlyszám nem állt arányban annak tényleges jelentőségével, ezáltal a versenyt torzíthatja.

A Döntőbizottság rögzítette, hogy az értékelési szempontok/alszempontok súlyszámainak meghatározása a nyertes ajánlattevő személyének kiválasztása szempontjából kiemelt relevanciával bír, mivel az eltérő nagyságú szorzószámok jelentősen befolyásolják a különböző tartalmú értékelési szempontokra tett vállalások érvényesülését. Erre tekintettel követeli meg a Kbt. mind a részszempontok, mind az alszempontok tekintetében, hogy a súlyszámokat a rész, illetve alszempontok tényleges jelentőségével arányban kell meghatározni. A Kbt. előírása objektív és kógens. Az értékelésre kerülő különböző ajánlati tartalmi elemek relevanciáját, fontosságát kell megítélni egyrészt külön-külön, másrészt összességében, egymáshoz viszonyítottan is.

Az ajánlati ár értékelési szempont az egyik legjelentősebb szempont az ajánlatok értékelése során. Tárgybani esetben az ajánlatkérő 3 alszempontra bontotta az ajánlati ár értékelését, a normál étrend, a diétás étrend I. és diétás étrend II. alszempontokra és mindegyikhez 25-ös súlyszámot rendelt.

A Döntőbizottság egyetértett az ajánlatkérővel abban, hogy az ajánlati ár az egyik legfontosabb értékelési szempont, azonban ha az alszempontokra megbontásra kerül, akkor alszempontként kell vizsgálni az adott

alszempont tényleges jelentőségével arányban álló súlyszám mértékét. Tárgybani esetben az ajánlatkérő által ismertetett korábbi (2022. jún.-2023. júl.) megrendelések szerint az egyes alszempontok esetében jelentős mértékben eltérő volt a megrendelés volumene, mennyisége. A normál étrend 184.920 adag, a diétás étrend I. 5.510 adag, a diétás étrend II. 175.549 adag volt.

Amennyiben ilyen jelentős mértékű eltérés várható a további beszerzés, megrendelés során, úgy ezen arányú eltérés az egyes étrendek megrendelési mennyiségében fejezi ki az értékelési alszempont tényleges jelentőségét, melynek ebből kifolyólag a súlyszámában meg kell jelennie.

Az értékelési alszempont tényleges jelentőségét adja az ajánlati ár szemponton belül az alszempontok egymáshoz való viszonya, egymáshoz való aránya, jelentős mennyiségbeli eltérése.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a várhatóan, kalkulálhatóan ilyen jelentős mértékű mennyiségi eltérésnek meg kell jelennie a súlyszám mértékében, mert úgy fejezi ki a súlyszám az alszempont tényleges jelentőségét. Mindezek alapján a 6.2. Diétás étrend I. értékelési alszemponthoz rendelt 25-ös súlyszám mértéke nem felelt meg a Kbt. 76. § (9) bekezdés b) pontjában foglaltaknak.

A harmadik kérelmi elemében sérelmezte a kérelmező a 4. és 5. értékelési szempontok kapcsán azt, hogy ezen értékelési szempontokhoz kapcsolódó feltételrendszer részletszabályai nem kerültek kidolgozásra, nem került rögzítésre, hogy mit kell érteni többlet alatt, továbbá nem állapítható meg, hogy az ajánlatkérő hogy ellenőrzi majd az ajánlattevői megajánlást a szerződés teljesítése során, ezáltal nem biztosított az esélyegyenlőség az ajánlattevők számára.

Az ajánlatkérő által hivatkozott 37/2014. EMMI rendelet rögzíti, hogy naponta egy főre legalább hány adag zöldséget vagy gyümölcsöt kell biztosítani, illetve hogy a napi három adag gabona alapú ételmiszerből legalább egy adagnak teljes kiőrlésűnek kell lennie, azonban az ezen felüli többlet megajánlás tartalma a rendeletből nem következik. Ezen rendelet rendezi a kötelezően előírt mértéket, azonban a többlet meghatározását nem. A többlet megítéléséhez szükség van annak rögzítésére, hogy a többlet milyen rendszerességet jelent, a többletet milyen egységre vetítve értékeli és kéri megajánlani az ajánlatkérő. A többlet minimum egy alkalmat jelent, de

szükséges meghatározni, hogy milyen egységre vetítve kell értékelni, a többletet napi, heti vagy évi viszonylatban kell-e megajánlani. Tehát a rendeletben foglalt gyakoriságon felüli szolgáltatás tartalmát szükséges konkrétan meghatározni annak érdekében, hogy a megajánlások összehasonlíthatók legyenek, illetve a szerződés teljesítése során számonkérhető, ellenőrizhető, megvalósíthatók legyenek. Az értékelési szempont pontos tartalma elengedhetetlen az ajánlattétel és az ajánlatok értékelése érdekében, az átláthatóság és összehasonlíthatóság érvényesüléséhez.

A fentiek hiánya miatt a 4. és 5. értékelési szempont nem felel meg a Kbt. 76. § (9) bekezdés a) pontjában foglalt előírásnak, miszerint az ajánlatkérő köteles meghatározni az értékelési szempontokat, azok pontos tartalmát, tartalmi elemeit.

A Döntőbizottság határozata ellen az ajánlatkérő nyújtott be keresetet a bírósághoz.

A Fővárosi Törvényszék a 2024. október 16-án kelt 106.K.700.929/2024/20. számú ítéletével a keresetet elutasította.

Az ítélet indokolása a következőket rögzítette:

A bíróságnak elsőként abban a kérdésben kellett döntenie, hogy az alperes jogsértően állapította-e meg az érdemi döntéshozatal eljárásjogi akadályának hiányát.

Az Alkotmánybíróság – a felperes által hivatkozott – 3224/2017. (IX. 25.) AB határozata a [32] pontjában kimondta, hogy az ügyféli minőség jogszabályba ütköző megtagadása sérti az érintettnek a tisztességes hatósági eljáráshoz és a jogorvoslati joghoz való alapvető jogát.

A 2007/66/EK irányelv 1. cikkének 3. pontja rendelkezik arról, hogy a jogorvoslati eljárás igénybevételét legalább azon személyek számára lehetővé kell tenni, akiknek érdekében áll vagy állt egy adott szerződés elnyerése, és akiknek az állítólagos jogsértés érdeksérelmet okozott vagy ennek kockázata fennáll. Ennek megfelelően rendelkezik a Kbt. 148. § (2) bekezdése az ügyfélképességről.

A törvényi előírás alapján fennálló jogorvoslati jogosultságot, ügyfélképességet, már számos bírósági döntés értelmezte.

A Kúria Kfv.II.37.487/2017/3. számú ítélete ezzel összefüggésben mondta ki, hogy a Kbt. 148. § (2) bekezdésének sem rendszertani, sem szerkezeti, sem nyelvtani

értelmezése nem tesz lehetővé olyan szűkítő értelmezést, hogy csak akkor lehetne az ajánlattevő ügyfélképességét megállapítani, ha a jogsértés megállapítása esetén a kérelmező az eljárás nyertesévé válhatna. Az eljárásból jogerős határozattal kizárt ajánlattevőre vonatkozóan megfogalmazott elvet, miszerint a jog- és érdeksérelme akkor közvetlen, ha a jogsértés megállapítása esetén az ajánlattevőnek az adott közbeszerzési eljárásban reális esélye lenne a szerződés elnyerésére, nem lehet valamennyi ajánlattevőre alkalmazni, különösen nem olyannyira szűkítő értelmezésben, hogy csak akkor rendelkezne az ügyfélképességgel, ha a jogsértés megállapításának eredményeképpen a kérelmező mintegy automatikusan szerződéskötési helyzetbe kerülne.

A Kúria Kf.37.383/2019/5. számú ítélete a jogszabályhely indokolásából kiindulva rögzítette a [47] bekezdésben, hogy a közbeszerzési eljárás ajánlattevőjének ügyfélképessége külön is speciális részkérdés (...) egységes a bírói gyakorlat abban, hogy döntően és fő szabály szerint az ajánlattevő ezen státusza akkor alapozza meg az ügyfélképességet, ha a kérelmező igazolni tudja, hogy jogszerű eljárás esetén kedvezőbb helyzetbe kerülhet/kerülhetett volna. A Kúria Kf.37.835/2019/4. számú – a Fővárosi Törvényszék 103.K.700.851/2018/22. számú ítéletét helybenhagyó – ítélete [27] bekezdésében rögzítette, hogy „nem alapozza meg a kérelmezői státuszt, ha - figyelemmel az Irányelvben foglaltakra is - az ajánlattevő a jogsértés megállapítása esetén sem kerül kedvezőbb helyzetbe. (...) Márpedig jogorvoslati kérelmet csak az terjeszthet elő, akinek a jogorvoslati kérelemmel elérni kívánt cél teljesülése esetén, azaz a jogszabályoknak megfelelő elbírálás esetén reális esélye lenne az adott közbeszerzési szerződés elnyerésére.”

A bíróság egyetértett a Fővárosi Törvényszék 103.K.707.826/2020/10. számú ítéletében kifejtett azon állásponttal, miszerint „Jelentősége van ugyanakkor a kellően közvetlenség, mint feltétel meghatározásakor annak, hogy a jogorvoslati kérelmet előterjesztő milyen közbeszerzési magatartásokat, döntéseket támad, vagy éppen nem kifogásol, mert azok befolyásolhatják annak eldöntését, fennáll-e (fennállt-e) közvetlen jog, vagy jogos érdeksérelme. A közvetlenség kétségtelenül a jogorvoslati kérelmet előterjesztő személyéhez kapcsoltságot kell jelentsen (...)”.

A Kúria – felperes által is hivatkozott – Kfv.III.37.647/2020/5. számú ítéletében is a fenti

kiforrott értelmezést követte, és kifejezetten az egyéb érdekelt vonatkozásában rögzítette, hogy „Egyéb érdekeltként olyan lehetséges ajánlattevő is felléphet, aki éppen a közbeszerzési jogsértő magatartás miatt nem tud ajánlatot tenni. Az ilyen személynek azt kell igazolnia, hogy a jogsérelme közvetlenül a közbeszerzési eljárásból, illetve meghatározott közbeszerzési döntésből fakad. A lehetséges ajánlattevő igényét tehát csak azon jogsértések tekintetében érvényesítheti, amelyekkel kapcsolatban közvetlenül kimutatható a jog-, vagy érdeksérelme. Nem alapozza meg a kérelmezői státuszt, ha – figyelemmel a Jogorvoslati Irányelvben foglaltakra is – a lehetséges ajánlattevő a jogsértés megállapítása esetén sem kerülne kedvezőbb helyzetbe. A jogorvoslati kérelem előterjesztésének feltétele tehát az, hogy az egyéb érdekelt a jogorvoslati kérelemmel elérni kívánt cél teljesülése esetén, azaz, ha a jogszabályoknak megfelelő közbeszerzési eljárás esetén reálisan esélye legyen a szerződés elnyerésére.” ([30] bekezdés) Ugyanezen kúriai ítélet a döntés elvi tartalmaként rögzítette, hogy „Ha az egyéb érdekelt jogorvoslati kérelmében azt vitatja, hogy az ajánlatkérő eljárásfajta választása a Kbt.-be ütközik, akkor igényérvényesítési jogosultsága alátámasztására azt kell igazolnia, hogy lehetséges ajánlattevő, gazdasági tevékenysége alapján reálisan indulhatott volna a közbeszerzési eljáráson.”

A fenti jogértelmezési gyakorlatot a jelen ügyre alkalmazva megállapítható, hogy a kérelmezőnek abban az esetben állapítható meg az igényérvényesítési (ügyféli) jogosultsága, ha a jogorvoslati kérelemmel támadott ajánlatkérői felhívás eredményes megtámadása esetén reális lehetősége lett volna arra, hogy a közbeszerzésen ajánlattevőként indulhasson. A jogorvoslati jog gyakorlásához és az ügyfélképesség meglétéhez a kérelmező közbeszerzési eljárásban való részvételének lehetősége és a kérelmi elemek kapcsán a kérelmező közvetlen érdeksérelmének fennállta szükséges.

Az ajánlati felhívás előírásainak vitatása esetén a közbeszerzés tárgyának és a támadott rendelkezések vonatkozásában fennálló érdeksérelmeknek a vizsgálata szükséges, vagyis azon összefüggés fennállása, hogy az ajánlati felhívás előírásainak sikeres megtámadása esetén a kérelmező számára lehetővé válik a közbeszerzési eljárásban való részvétel, és ezáltal a közbeszerzés elnyerésének lehetősége. A feltétel fennállása a jogorvoslati kérelem benyújtásának időpontjában vizsgálandó, ebben a bíróság egyetért a Fővárosi Törvényszék K.

701.470/2023/10. számú ítéletével ([20] bekezdés). Továbbá arra is figyelemmel kell lenni, hogy a jogosultságnak a közbeszerzés tárgyára nézve és minden kérelmi elem tekintetében fenn kell állnia.

A jelen ügyben hangsúlyos körülmény, hogy a kérelmező épp az alkalmassági követelményként előírt referenciakövetelményt támadta, és egy sikeres jogorvoslat esetén a jogsértő előírások követelményeinek való megfelelés nem terheli, amely egyértelműen kihat az ajánlattétel lehetőségére.

A Kúria Kf.37.835/2019/4. számú ügyben nyílt közbeszerzési eljárásban az ajánlattevő öt ajánlat közül négyet érvénytelennek nyilvánított, köztük a kérelmező ajánlatát. A jogorvoslati kérelem a nyertes ajánlatának érvénytelenné, a közbeszerzési eljárás eredménytelenné nyilvánítására irányult, azonban saját ajánlata érvénytelenné nyilvánítását nem támadta. A Kúria megállapította, hogy az érvénytelen ajánlatot benyújtó ajánlattevő, ha elfogadja ajánlatának érvénytelenné nyilvánításáról szóló döntést, akkor általában nem tudja a Kbt.-ben előírt közvetlen jog- vagy érdeksérelmet valószínűsíteni, hiszen bármi is lenne a közbeszerzési eljárás kimenetele, ő előnyösebb helyzetbe nem kerülne, a nyeresre nem lenne esélye ([28] bekezdés), illetve, hogy az eljárást lezáró döntés megsemmisítésével a felperesnek továbbra is csak az érvényes ajánlatot kellene elbírálnia ([31] bekezdés). Erre tekintettel mondta ki azt, hogy az eljárás eredménytelensége esetére feltételezett újabb közbeszerzési eljárás megindítása egy olyan jövőbeni, bizonytalan szempont, amely nem igazolja, hogy a jogsértés megállapítása az ajánlattevő jogi helyzetét pozitívan befolyásolná.

A Fővárosi Törvényszék 103.K.707.826/2020/10. számú ítéletének is eltérő volt a tényállása. Nyílt közbeszerzési eljárásban két ajánlattevő volt, a nyertes és a kérelmező, a kérelmező ajánlatának bírálatát az ajánlatkérő nem végezte el, mert ajánlati ára duplája volt a fedezetnek. A kérelmező jogorvoslati kérelmében azt sérelmezte, hogy a nyertes ajánlattevőt az ajánlatkérő nem zárta ki az eljárásban, ezáltal más eljárásban versenytársa lehet, azonban sem saját ajánlatának érvénytelenné nyilvánítását, sem az eljárás eredménytelenné nyilvánítását nem sérelmezte. Erre tekintettel állapította meg azt a bíróság, hogy „az, hogy a felperes által jogszerű ajánlatkérői döntésként hivatkozott kizárás jelen közbeszerzési eljáráson túlmutató következményeiből a felperesnek a gazdasági életben milyen, számára kedvező pozícióvál-

tozások következnek be, csak közvetett jogi, gazdasági érdek, mely jelen jogorvoslati eljárásban nem alapozhatta meg az ügyfélképességét. Az ajánlatkérő szuverén döntése az, hogy a beszerzési igénye miatt a korábbi eljárás eredménytelenné nyilvánítását követően indít-e új közbeszerzési eljárást, illetve ezt mely tartalommal teszi. A felperes e körben előadott várakozásai jelen eljárásbeli ügyfélképességére nincsenek kihatással.” A felperes tehát alapvetően tévesen értelmezte az irányadó döntések elvi tartalmát, és olyan döntések alkalmazhatóságára hivatkozott, amelyek tényállásai lényegi eltérést mutattak a jelen ügyével.

Az ügyfélképesség vizsgálata körében eleve nem az a feladata az alperesnek, hogy azt vizsgálja meg, a kérelmező megfelel-e majd az ajánlatkérő által előírt minden egyes alkalmassági feltételnek, kizáró oknak és szerződéses feltételnek, mert ez jóval túlmutat az ügyfélképesség fogalmán a bíróság megítélése szerint is, ezek vizsgálata majd az ajánlatkérő feladatát képezik a közbeszerzési eljárása során. Különösen nem feladat ez abban az esetben, amelyben éppen ezen feltételek jogszerűsége a jogorvoslat tárgya. Az alperes ezért helytállóan hivatkozott arra, hogy az ügyfélképesség fennállása körében nem volt szükség minden alkalmassági feltételnek, előírásnak, szerződéses feltételnek való megfelelés igazolására, így azokat neki sem kellett a jogorvoslati kérelem befogadása körében az eljárásban tisztáznia. Megalapozatlanul kérte ezért számon a felperes az ügyfélképesség körében azt az alperesen, hogy nem vizsgálta megfelelően, hogy a kérelmező meg tud-e felelni a referenciakövetelményként előírt ebédadagszámoknak. Az ügyfélképesség szempontjából nem volt relevanciája annak sem, hogy a kérelmező a jogorvoslati kérelem benyújtásakor rendelkezik-e helyettesítő konyhával, illetve azt hogyan fogja majd biztosítani. A helyettesítő konyha biztosítása is egy szerződéses feltétel, így annak vizsgálata sem tartozik az ügyfélképesség fennállta körébe.

Az alperes a szükséges körben vizsgálta, és helytállóan rögzítette is, hogy a kérelmező a tárgyi közbeszerzési eljárás tárgya szerinti szolgáltatás nyújtásával foglalkozó gazdasági társaság, ily módon a jelen ajánlati felhívásra ajánlatot tehet, és annak jogszerűségét is vitathatja. A cégnyilvántartás nyilvános adatai alátámasztják a megállapítása helytállóságát, mert a kérelmező főtevékenységi körébe tartozik az 5629 TEÁOR számú egyéb vendéglátás, mely szakágazatba tartozik a

konyhaüzem ételszolgáltatása, és – egyebek mellett – az ételszállítás, üzemi étkezdék, menzák, kantinek és kávézók üzemeltetése koncesszióval (pl. üzemben, irodában, kórházban vagy iskolában). A kérelmező gazdasági tevékenysége tehát megfelel a közbeszerzés tárgyának. Nincs jelentősége annak, hogy a kérelmező volt-e korábban betegétkeztetési tárgyú közbeszerzési eljárás nyertese, ezért az alperest nem terhelte kötelezettség az EKR adatbázis ezirányú vizsgálatára. A kérelmező nyilatkozatot tett arról, hogy kórházi betegétkeztetés körében is végzett már tevékenységet, mely ügyféli nyilatkozatot az alperes a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 62. §-a, 63. §a és 64. § (1) bekezdése alapján figyelembe vehette. A felperes által a perben csatolt, kórház élelmezésvezetőjének nyilatkozata szerint – jelenleg – nincs betegétkeztetési tárgyú szerződése, az élelmezési szolgáltatásokat saját intézményeiben, saját főzőkonyháiról, saját teljesítés keretében látja el, nem cáfolja és nem zárja ki, hogy a kérelmező, illetve kapacitást nyújtó szervezete ne rendelkezhetne referenciával korábbi időszakról. E nyilatkozat alapján az ügyfélképesség jogszerűen nem megtagadható. Ez alapján nem állapítható meg, hogy a kérelmező az adott piacon nincsen jelen vagy nem prosperál.

Az első kérelmi elem tekintetében az alperes helytállóan és okszerűen mutatta ki a kérelmező közvetlen érdek-sérelmét azon az alapon, hogy az M.1. műszaki, illetve szakmai alkalmassági minimumfeltétel tekintetében megjelölt jogsértés közvetlenül kihatással van arra, hogy a kérelmező a tárgyi közbeszerzési eljárásban képes-e ajánlatot benyújtani, az állított jogsértés megállapítása esetén kedvezőbb helyzetbe kerülne és az ajánlattételre képessé válhatna és ezáltal közvetlen esélye lenne a tárgyi közbeszerzési eljárás megnyerésére és a szerződéskötésre. Ugyanezen összefüggést helytállóan mutatta ki a második és harmadik kérelmi elem vonatkozásában is, mert a kérelmező által sérelmezett 4. és 5. értékelési szempont tartalmi meghatározása és súlyszáma, valamint a 6.2. értékelési szemponthoz rendelt arányos súlysúlyszám előírás közvetlenül érinti az ajánlattételt, annak tartalmát.

A bíróság ezt követően azt vizsgálta, hogy érdemben jogsértő döntést hozott-e az alperes.

Az első kérelmi elem, a referenciaelőírás jogsértő jellege tekintetében mindenképp kiemelendő, hogy az alperessel szemben alappal nem kifogásolható, hogy a Kbt.

tételes és kógens előírásait az ajánlatkérőkön számonkéri és a jogorvoslati kérelmet a Kbt. előírásainak mentén értékeli.

Nem vitatható, hogy a referenciakövetelmény előírásának célja mindig a teljesítési képességről való meggyőződés. A felperes vitatott előírásáról is megállapítható a felperes azon törekvése, célja, hogy meggyőződjön az ajánlattevők teljesítési képességéről. Ugyanakkor ez kizárólag a Kbt. kógens előírásainak megfelelően írható elő. A Kbt. követelményei szerint a referenciaelőírás akkor jogszerű, ha a közbeszerzés tárgyára vonatkozik, legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig tart, amely mennyiségi meghatározás esetén az adott közbeszerzés legfeljebb 75%-át, egyébként a közbeszerzés értékének legfeljebb 75%-át érheti el. Ezzel összefügg a Kbt. 58. § (1) bekezdésében rögzített azon előírás, mely szerint az ajánlatkérő köteles megadni a közbeszerzés tárgyát és mennyiségét – adott esetben a szerződéstervezetben foglaltaknak megfelelő mennyiségi eltérés vagy opcionális rész megadásával – az eljárást megindító felhívásban.

A jelen közbeszerzés tárgya a felperes tulajdonában lévő konyha rendeltetésszerű működtetése, a konyha épület felújítása, javító, valamint karbantartó feladatainak biztosítása, ellátotti körébe tartozó betegek szakszerű étkeztetésének biztosítása, továbbá meglévő személyi állomány továbbfoglalkoztatása. A betegétkeztetést a felhívás szerint 24 hónap időtartamra a mindenkor hatályos jogszabályi előírások szerint a keretösszeg kimerüléseiig kell biztosítani.

Jelen esetben a felperes a mennyiségi meghatározás szerinti referenciakövetelménnyel élt. Ugyanakkor a felhívásban rögzítette és a perben is hangsúlyozta, hogy megrendelési kötelezettséget csak a keretösszeg 70%-áig vállal. A felhívásban ismertett ételadag adatok vonatkozásában rögzítette, hogy azok „csak tervezettek”, illetve „tájékoztató” adatok, és azok tekintetében lehívási/megrendelési kötelezettség nem terheli, amit többször is hangsúlyozott az eljárás során. Az előzetes vitarendezési kérelmet elutasító döntése szerint „nem határozott meg keretmennyiséget, és nem mennyiségre, hanem a keretösszegre vállalta a lehívási kötelezettséget”; „nem rögzített a nyertes ajánlattevő által kötelezően teljesítendő mennyiségi értékeket”. Ugyanezen nyilatkozatban egyértelművé tette, hogy az ételadagok előre nem prognosztizálhatóak és a keret-összeget

sem kizárólag a korábbi adagszámok, hanem költségvetése alapján határozta meg. A jogorvoslati észrevételében is úgy nyilatkozott, hogy a keretösszeget csak részben befolyásolta a 2022. évi adagszámok szerinti kalkuláció, azonban a költségvetési fedezetének mértékével is számolnia kellett, amelynek korlátozott rendelkezésre állása alakította ki a keretösszeg pontos mértékét; a beérkező ajánlati árak fogják meghatározni azt, hogy a keretösszeg milyen mennyiség megrendelésére elegendő. Az adagszámok megadását azzal indokolta, hogy a Kbt. 58. § (1) bekezdésének, illetve a Kbt. 65. § (5) bekezdésének kívánt ezzel megfelelni. Az ebédre vonatkozóan a felhívásban megadott adatok szerint a „tervezett” átlagos ebédadag 1086 adag/nap, ami megegyezik a „jelenlegi átlagos” ebédmennyiséggel. A 2022. éves adatok alapján tájékoztató adatként ugyanakkor az is rögzítésre került, hogy az alap+kímélő kategóriában 73.930 db, míg a diétás kategóriában 72.425 db volt az éves mennyiség, tehát összesen 146.355 db/év. Ez az előző adattal csak úgy hozható összhangba, ha ebédet a betegek az év hozzávetőleg egyharmadában kapnak, mert az 1086 napi adagszám az év 365 napjára 396.390 adagot tenne ki. Ugyanígy elosztva a 2022. éves tényleges adatokat 365-tel, napi 401 adag jön ki. Tehát a megadott adatok egymással valóban nincsenek összhangban, melyre az alperes is helytállóan utalt.

A fentiek alapján tehát a felperes a közbeszerzés mennyiségét kizárólag a keretösszeg 70%-os mértékében határozta meg, az ajánlattevői szolgáltatás mennyisége azonban sem ebből, sem a bemutatott étel adagok adatai alapján nem került meghatározásra. A betegétkeztetés ezen sajátosságára figyelemmel, miszerint a beszerzés mennyisége előre nem határozható meg konkrétan, a referenciakövetelmény mennyiségi előírása nem mérhető a beszerzés tárgyához, mennyiségéhez.

A felperes által alkalmazott referenciakövetelmény, a legalább 50 000 db/év normál ebédadag és legalább 50 000 db/év diétás ebédadag – a fentiekben kifejtettek szerint – nem mérhető hozzá a közbeszerzés mennyiségéhez, ezért a felperes megalapozatlanul érvelt azzal, hogy az 50.000 Ft/év mennyiségű ebédadagszállítás a várható mennyiség 67,63%-át, illetve 69,03%-át jelenti, így megfelel a Kbt. 65. § (5) bekezdése szerinti követelménynek. A referenciakövetelmény előírása épp azáltal vált jogsértővé, hogy a felperes úgy írt elő mennyiségi meghatározást, hogy az nem volt hozzámérhető

a közbeszerzés tárgyához, mennyiségéhez. Ennek hiányában azonban nem állapítható meg, hogy az előírt referenciakövetelmény megfelel a Kbt. 65. § (3) bekezdése szerinti, a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges mérték követelményének.

A második kérelmi elem (diétás étrend I. értékelési szemponthoz rendelt súlyszám) vonatkozásában megállapította a bíróság, hogy az alperes ez esetben is a Kbt. kógens előírásának [Kbt. 76. § (9) bekezdés b) pont] betartását vizsgálta.

A bíróság egyetértett a Döntőbizottságnak azzal az érveléssel, hogy az értékelési alszempont tényleges jelentőségét adja az ajánlati ár szemponton belül az alszempontok egymáshoz való viszonya, egymáshoz való aránya, jelentős mennyiségbeli eltérése. Az alperes helytállóan állapította meg, hogy a felperes által közölt adatok alapján – amely szerint 2022. évben a normál étrend 184.920 adag, a diétás étrend I. 5.510 adag, a diétás étrend II. 175.549 adag – jelentős mértékű eltérés várható az egyes étrendek között a további beszerzés során is. Ebből okszerűen következtetett arra, hogy az ezen eltérést nem tükröző súlyszámok használata (a jelentős, több nagyságrendi eltérés ellenére mindhárom megrendelésre azonosan 25-ös súlyszám alkalmazása) nem felel meg a Kbt. előírásának, mert azok nem állnak arányban azok tényleges jelentőségével.

A harmadik kérelmi elem (két minőségi értékelési szempont tartalmának pontos meghatározása) vonatkozásában a bíróság hangsúlyozta, hogy az értékelési szempont pontos tartalmának meghatározása alapvető követelmény, mely az egyenlő esélyű ajánlattétel garanciája. A Kbt. 76. § (9) bekezdés a) pontjában foglalt kógens előírás alapján az ajánlatkérő köteles meghatározni az értékelési szempontokat, azok pontos tartalmát, tartalmi elemeit.

A felhívásában a felperes a „táplálkozás-egészségügyi előírásokról szóló” EMMI rendeletre hivatkozott.

E rendelet előírásaiból azonban nem állapítható meg egyértelműen, hogy „a rendelet előírásaiban foglalt gyakoriságon felüli” zöldség, gyümölcs, illetve teljes kiőrlésű gabona alapú élelmiszer szolgáltatása pontosan

milyen gyakoriságot jelent, ugyanis az EMMI r. előírása még aszerint is differenciált, hogy maga az étkezés szolgáltatása milyen napi gyakoriságú. Azt a felperes csak az alperesi tárgyaláson adta elő, hogy „a többlet az 1 alkalmat tud jelenteni naponta”, ugyanakkor a perben tett nyilatkozatában az előírt gyakoriságon felüli vállalás minimális mennyiségeként a „legalább egy alkalom” meghatározására tért vissza. A bíróság értelmezése szerint különbség van e kettő között is, mert az első egyértelműen egy napi gyakoriságot határoz meg, ez esetben egyértelmű a „napi egy alkalommal több” mennyiségű a vállalás, míg a második meghatározás lehet akár az év meghatározott napjain (akár egy bizonyos napon) szolgáltatott többlet is. Ez utóbbi értelmezés lehetőségét megerősíti a felperes védíratra tett észrevételében előadott azon érve, miszerint „nem célja a szolgáltatás tartalom olyan volumenű bővítése, amely pénzügyileg nem fedezhető kiadásokat generál számára”. Mivel az EMMI r. rögzíti ugyan a kötelezően előírt mértéket, azonban a 676/2020. Korm. r. nem rögzíti a többlet meghatározását, mindenképpen szükség van annak a felhívásban történő egyértelmű rögzítésére, hogy a többletet milyen egységre vetítve értékeli és kéri megajánlani az ajánlatkérő. E nélkül az ajánlattevők nem tudják meghatározni a vállalásuk pontos tartalmát és az a szerződés teljesítése során sem számonkérhető, ellenőrizhető, amelyet az alperes is helytállóan állapított meg a határozatában.

Tekintettel tehát arra, hogy magából a felhívásból nem következik az, hogy a többletmegajánlás kizárólag a napi gyakoriságot jelenti, sőt ezzel ellenkezőleg, az még számos formában bekövetkezhet, az alperes okszerűen állapította meg, hogy ilyen feltételek mellett az ajánlatok értékelése során nem tud érvényesülni az esélyegyenlőség, az ajánlatok összehasonlíthatósága, az értékelés megfelelősége sem, ezért a 4. és 5. értékelési szempont nem felel meg a Kbt. 76. § (9) bekezdés a) pontjában foglalt előírásnak.

A fentiekre figyelemmel a törvényszék a felperes teljes körben alaptalan keresetét – a Kp. 88. § (1) bekezdés a) pontja alapján – elutasította.