



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

Tel.: 06-1/882-8592, fax: 06-1/882-8592

E-mail: dontobizottsag@kt.hu

Ikt. sz.: D.34/ 18 /2016.

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

H A T Á R O Z A T-ot.

A Döntőbizottság az **FHCE Kft.** (1124 Budapest, Apor Vilmos tér 18., képviseli: Fábry és Társa Ügyvédi Iroda, Dr. Fábry György ügyvéd, 1036 Budapest, Kolosy tér 5-6., a továbbiakban: kérelmező) által a **MAVIR Magyar Villamosenergia-ipari Átviteli Rendszerirányító Zrt.** (1031 Budapest, Anikó u. 4., a továbbiakban: ajánlatkérő) „*Keretmegállapodás optikai összeköttetések anyagainak szállítására*” tárgyú közbeszerzési eljárása ellen benyújtott jogorvoslati kérelemnek **helyt ad** és **megállapítja**, hogy **az ajánlatkérő megsértette** a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 55. § (3) bekezdését.

A Döntőbizottság **megsemmisíti** az ajánlatkérő által 2015. október 28. napján feladott és az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2015. október 31. napján a 2015/S 212-387142. szám alatt megjelent ajánlattételi felhívását és valamennyi a tárgyi közbeszerzési eljárás során ezt követően hozott döntését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérőt **1.000.000.-Ft**, azaz egymillió forint **pénzbírság** megfizetésére kötelezi. A Döntőbizottság kötelezi az ajánlatkérőt, hogy a bírságot a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbeszerzési Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett MNB 10032000-01720361-00000000 számú számlájára fizesse be.

A Döntőbizottság kötelezi az **ajánlatkérőt**, hogy a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül **fizessen meg a kérelmező részére 200.000.-Ft**, azaz kétszázezer forint igazgatási szolgáltatási díjat és **150.000.-Ft**, azaz százötvenezer forint eljárási költséget.

A Döntőbizottság felhívja a Közbeszerzési Hatóság Titkárságát, hogy a **kérelmező** részére utaljon vissza 6.910.000.-Ft igazgatási szolgáltatási díjat a határozat megküldését követő 8 napon belül.

A jogorvoslati eljárás során felmerült egyéb költségeiket a felek maguk viselik. A határozat bírósági felülvizsgálatát annak kézbesítésétől számított tizenöt napon belül keresettel a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróságtól lehet kérni. A keresetlevelet a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bírósághoz címezve, kizárólag a Döntőbizottsághoz lehet benyújtani, vagy a Döntőbizottság részére ajánlott küldeményként postára adni. Tárgyalás tartását a felperes a keresetlevélben kérheti. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására nincs halasztó hatálya.

I N D O K O L Á S

A Döntőbizottság a közbeszerzési és a jogorvoslati eljárás során keletkezett iratok, a jogorvoslati kérelem, továbbá a felek nyilatkozatai alapján az alábbi tényállást állapította meg.

Az ajánlatkérő a 2015. október 28. napján feladott és az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2015. október 31. napján a 2015/S 212-387142. szám alatt megjelent ajánlattételi felhívásával a Kbt. második része szerinti keretmegállapodás megkötésére irányuló közbeszerzési eljárást indított a rendelkező részben meghatározott árubeszerzés tárgyában.

A felhívás II.1.4) Keretmegállapodásra vonatkozó információk pontjában az ajánlatkérő meghatározta, hogy maximum 4 ajánlattevővel kívánja megkötni a keretmegállapodást, melynek időtartama 2 év. Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás becsült értékét e pontban nettó 711.000.000.-Ft-ban határozta meg.

A felhívás II.1.5) pontjában a szerződés rövid meghatározásaként rögzítette az ajánlatkérő, hogy „Optikai összeköttetések anyagainak szállítása.”

A felhívás II.2.1) pontjában teljes mennyiségként az ajánlatkérő az alábbiakat határozta meg:

„OPGW-D1: 417010 m

OPGW-D2: 12530 m

OPGW-D3: 26050 m

OPGW-D4: 8530 m

Szerelvények:

TTTO-121208/T – OPGW tartólánc OPGW-D1 sodronyhoz: 957 db

TTTO-150801/T – OPGW tartólánc OPGW-D2 sodronyhoz: 9 db

TTTO-150922/T – OPGW tartólánc OPGW-D3 sodronyhoz: 41 db

TTTO-151004/T – OPGW tartólánc OPGW-D4 sodronyhoz: 10 db

TTTO-150805/T – OPGW tartólánc (Dunafüred KOT típusú oszlopra) OPGW-D3 sodronyhoz: 6 db

TTTO-150938/T – OPGW tartólánc (Dunafüred KOT típusú oszlopra) OPGW-D2 sodronyhoz: 7 db
 TTTO-121235/T – OPGW feszítőlánc, tartó oszlopra (D1): 9 db
 TTTO-121210/T – OPGW feszítőlánc (D1): 117 db
 TTTO-150806/T – OPGW feszítőlánc OPGW-D3 sodronyhoz: 25 db
 TTTO-151006/T – OPGW feszítőlánc OPGW-D4 sodronyhoz: 13 db
 TTTO-121228/T – OPGW feszítőlánc, végfeszítő (D1): 11 db
 TTTO-150807/T – OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D3 sodronyhoz: 9 db
 TTTO-150937/T – OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D2 sodronyhoz: 7 db
 TTTO-150802/T – OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D2 sodronyhoz: 7 db
 TTTO-150808/T – OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D2 sodronyhoz: 2 db
 TTTO-151007/T – OPGW feszítőlánc, végfeszítő OPGW-D4 sodronyhoz: 2 db
 TTTO-121213/T – OPGW feszítőlánc, alállomási portálra elszigetelt (D1): 3 db
 TTTO-150803/T – OPGW feszítőlánc, alállomási portálra (D1): 2 db
 TTTO-150920/T – OPGW feszítőlánc, alállomási portálra elszigetelt, OPGW-D3 sodronyhoz: 3 db
 TTTO-151005/T – OPGW feszítőlánc, alállomási portálra (D4): 1 db
 TTTO-121227/T – OPGW feszítőlánc, elágazásra (D1): 5 db
 TTTO-150921/T – OPGW feszítőlánc, elágazásra OPGW-D3 sodronyhoz: 4 db
 TTTO-151009/T – OPGW feszítőlánc, elágazásra (D4): 1 db
 TTTO-150701/T – OPGW feszítőlánc feszítőbakhoz (D1): 71 db
 TTTO-150702/T – Egyoldali OPGW feszítőlánc feszítőbakhoz (D1): 7 db
 TTTO-150944/T – Egyoldali OPGW feszítőlánc feszítőbakhoz (D3): 14 db
 TTTO-151008/T – Egyoldali OPGW feszítőlánc feszítőbakhoz (D4): 2 db
 Levezető szorító (OPGW-D1): 2551 db
 Levezető szorító (OPGW-D1 – OPGW-D3): 183 db
 Levezető szorító (OPGW-D3): 157 db
 Levezető szorító (OPGW-D1 – OPGW-D2): 138 db
 Levezető szorító (OPGW-D2 – OPGW-D3): 92 db
 Levezető szorító (OPGW-D4): 43 db
 Levezető szorító (OPGW-D2 – OPGW-D4): 56 db
 Filler (OPGW-D1): 601 db
 Filler (OPGW-D2): 30 db
 Filler (OPGW-D3): 138 db
 Filler (OPGW-D4): 45 db.”

A felhívás III.2.3) pontjában az ajánlatkérő az alábbi műszaki, illetve szakmai alkalmassági feltételeket írta elő:

„Az alkalmasság megítéléséhez szükséges adatok és a megkövetelt igazolási mód:

M1) Alkalmatlan a szerződés teljesítésére az ajánlattevő (közös ajánlattevő), ha a jelen felhívás feladásának dátumától visszafelé számított megelőző 3 évben összesen nem rendelkezik 1 db legalább nettó 225 millió Ft vagy több

összegében legalább 225 millió Ft összegű, átviteli hálózati üzemeltetői, minimum 96 optikai szál, acélcsőes OPGW szállítási referenciával. [...]

Megkövetelt igazolási mód:

M1) A 310/2011. (XII.23.) Korm. rendelet 16. § (1) bekezdés a) pont szerinti esetben igazolás, b) pont szerinti esetben igazolás vagy nyilatkozat, a vizsgált időszakban (a jelen felhívás feladásának dátumától visszafelé számított megelőző 3 év) megvalósult, átviteli hálózati üzemeltetői, minimum 96 optikai szál, acélcsőes OPGW szállításáról. Az igazolásnak illetve a nyilatkozatnak legalább a következő adatokat kell tartalmaznia: teljesítés ideje, a szerződést kötő másik fél (neve, székhelye, képviselő neve, telefon- és faxszáma), a szállítás tárgya (feszültség szint is), az ellenszolgáltatás összege, továbbá nyilatkozni kell arról is, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e.”

A felhívás IV.2.1) pontjában bírálati szempontként a legalacsonyabb összegű ellenszolgáltatás került megjelölésre.

Az ajánlatkérő az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2015. november 24. napján a 2015/S 227-414049. szám alatt megjelent hirdetményével a jelen jogorvoslati eljárást nem érintően módosította az ajánlattételi felhívást.

Az ajánlatkérő az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2015. december 31. napján a 2015/S 253-463698. szám alatt megjelent hirdetményével az alábbiak szerint módosította többek között a felhívás III.2.3) pontjában szereplő M1) alkalmassági követelményt:

„M1) Alkalmatlan a szerződés teljesítésére az ajánlattevő (közös ajánlattevő), ha a jelen felhívás feladásának dátumától visszafelé számított megelőző 3 évben összesen nem rendelkezik 1 db legalább nettó 200 000 000 HUF vagy több összegében legalább 200 000 000 HUF összegű, átviteli hálózati üzemeltetői, minimum 96 optikai szál, acélcsőes OPGW szállítási referenciával az EGT-országokban. [...]

A megkövetelt igazolási mód:

M1) A 310/2011. (XII.23.) Korm. rendelet 16. § (1) bekezdés a) pont szerinti esetben igazolás, b) pont szerinti esetben igazolás vagy nyilatkozat, a vizsgált időszakban (a jelen felhívás feladásának dátumától visszafelé számított megelőző 3 év) az EGT-országokban megvalósult, átviteli hálózati üzemeltetői, minimum 96 optikai szál, acélcsőes OPGW szállításáról. Az igazolásnak illetve a nyilatkozatnak legalább a következő adatokat kell tartalmaznia:

- teljesítés helye, ideje,
- a szerződést kötő másik fél (neve, székhelye, képviselő neve, telefon- és faxszáma),
- a szállítás tárgya (feszültség szint is),
- az ellenszolgáltatás összege, továbbá

- nyilatkozni kell arról is, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e.”

A módosított dokumentáció 12. oldalán szerepeltek az alábbi előírások is:

„2.1. Az ajánlattevők a csatolandó okiratokat, dokumentumokat stb. a jelen fejezet 1. sz. Segédletében foglaltak szerint kötelesek beadni.

2.2. Az ajánlattevőnek az összes Segédlet kitöltésével, a Segédletek cégszerű aláírásával és a Segédletekben megjelölt, az Ajánlatkérő által igényelt mellékletek csatolásával kell ajánlatát benyújtania a jelen Fejezet 6. pontban meghatározott formai szempontok szerint.

2.4. [...]

„G” RÉSZ Az ajánlattevők alkalmasságát igazoló dokumentumok

Az ajánlattevőknek, a közös ajánlattevőknek (értelemszerűen) a jelen fejezet 7. sz. Segédleteiben foglalt dokumentumokat kell becsatolniuk kitöltve és cégszerűen aláírva a szerződés teljesítésére való alkalmasságuk igazolására.”

A módosított dokumentáció 66. oldalán került csatolásra a „Nyilatkozat a referenciákról” című 7/4. sz. segédlet az alábbiak szerint:

„Alulírott [...] ezúton nyilatkozunk, hogy az Ajánlati Felhívás feladásának dátumától visszafelé számított megelőző 3 évben az alábbi legalább ... millió HUF ... értékesítésére vonatkozó teljesített szállítási/vállalkozási szerződéssel rendelkezünk az alvállalkozókkal és az alkalmasság igazolásában résztvevő gazdasági szereplőkkel együtt:

Referenci a sorszám	A szerződést kötő másik fél megneve- zése	A szállítás tárgya (OPGW típus)	Teljesítés helye / időpontja	Teljesítés a szerződés- nek megfelelően történt-e	Ellenszol- gáltatás összege (nettó)	A szerződést kötő másik fél kapcsolattartó- jának neve, telefon-, faxszáma, e-mail címe
1.						
2.						
3.						
Összesen:						

A dokumentáció III. Fejezetét képezte a keretmegállapodás tervezete, amelynek 6.4. pontja az alábbiakat tartalmazta:

„INCOTERMS

Amennyiben nem összeegyeztethetetlen a Keretmegállapodás és a Szerződés valamely rendelkezésével, minden kereskedelmi feltétel, valamint a felek vonatkozó jogai és kötelezettségei jelentését az „INCOTERMS” szokványok „DDP Rendeltetési hely” paritása alapján kell megállapítani.

Az „INCOTERMS” a kereskedelmi kifejezések értelmezésére vonatkozó, az International Chamber of Commerce, 38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France,

(Nemzetközi Kereskedelmi Kamara) által közzétett nemzetközi szabályokat jelenti (utolsó, 2010. évi kiadás).

A szerződéstervezet 8.1. pontjában az alábbi előírások szerepeltek:

„Az Eladó a Keretmegállapodás és a Szerződés feltételeivel Összhangban, megfelelő körültekintéssel és gondossággal köteles gondoskodni az Áru legyártásáról és vagy beszerzéséről, minőségellenőrzéséről, csomagolásáról és a Keretmegállapodás 23. pontjában meghatározott Dokumentációkkal együtt való leszállításáról. Az Eladó kötelezettsége kiterjed a Szerződés teljesítése, a leszállítandó termékek szállít(tat)ása során a vállalkozó jogszabályok előírásainak, így többek között az Elektronikus Közúti Áruforgalom Ellenőrző Rendszerre (EKAER) irányadó jogszabályi kötelezettségek betartására, a Szolgáltatás és a szolgáltatott Áru szakmai, minőségi és mennyiségi megfelelőségére, a kikötött határidőben történő teljesítésére.”

A szerződéstervezet 20.1. és 21.1. pontjaiban az ajánlatkérő az alábbiakat írta elő:

„20.1. A Keretmegállapodás értelmében szállított Áruknak meg kell felelniük az Európai Szabványügyi Bizottság (CEN) vagy az Európai Elektrotechnikai Szabványügyi Bizottság (CENELEC) által európai szabványként (EN) vagy harmonizált dokumentumként (HD) jóváhagyott és a vonatkozó Szerződés megkötésének időpontjáig kibocsátott szabványok, valamint az általuk hivatkozott IEC (International Electrotechnical Commission) magyar nemzeti szabványok előírásainak.”

„21.1. Az Eladó köteles az Árukat a saját költségére, DDP Rendeltetési hely paritásos, 17.2 pont szerinti szállítmánybiztosítással a Rendeltetési helyre fuvarozni az általa, az adott valamennyi körülmény között legmegfelelőbbnek ítélt fuvarozási mód igénybevételével.”

A felhívás IV.3.4) pontjában az ajánlatkérő a módosított ajánlattételi határidőt 2016. január 26. napjának 10 órájában határozta meg.

A kérelmező 2016. január 8. napján előzetes vitarendezési kérelemmel fordult az ajánlatkérőhöz az alábbiak szerint:

„A Kérelmező álláspontja szerint az Ajánlati Felhívás módosítás III.2.3) M1) pontjának azon rendelkezése, miszerint egy már folyamatban levő (kiírt) közbeszerzési eljárásban a műszaki-szakmai alkalmasság megalapozásához szükséges referencia szűkítésre került azzal, hogy az egyéb szempontok fenntartása (illetve a referencia Össz. értékének kisebb csökkentése) mellett a referencia csak az EGT országokból fogadható el, a Kbt. 2. § (1) és (2) bekezdéseibe, 39. § (1) bekezdésébe, valamint a Kbt. 58. § (1) és (2) bekezdéseibe, illetve a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának

módjáról szóló 310/2011 (XII. 23.) Korm. rendelet („Rendelet”) 15. § (1) bek. a) alpontjába és 16. § (2) bekezdésébe ütközik, a jelen előzetes vitarendezési kérelem 3. fejezetében foglalt indokok alapján.

A Kbt. 79. § (2) bek. alapján a Kérelmező javaslata

A fenti 1. pontban foglaltak alapján Kérelmező javasolja Ajánlatkérőnek, hogy a jogellenesség kiküszöbölése érdekében a tárgyi közbeszerzési eljárás Ajánlati Felhívás módosított III.2.3) M1) pontja - és ezzel párhuzamosan a jelen műszaki-szakmai alkalmassági feltétel igazolására vonatkozó előírások - ismételen kerüljenek módosításra a Kbt. 42. § (1) bekezdés alapján, a jogellenes elemek törlésével, az eredeti Ajánlati Felhívásban megjelent rendelkezés alkalmazásával.

A Kbt. 79. § (2) bek. alapján a Kérelmező álláspontját alátámasztó adatok, tények, indokok

Először is itt indokolt megjegyezni, hogy Kérelmező a tárgyi közbeszerzési eljárás eredeti Ajánlati Felhívásának műszaki-szakmai alkalmasságra vonatkozó III.2.3) M3) pontját is jogellenesnek tartotta, mivel megítélése szerint önmagában már ez az előírás is sértette a verseny tisztaságát, az esélyegyenlőség és egyenlő bánásmód elvét, valamint azt a követelményt, hogy az Ajánlati Felhívást úgy kell megfogalmazni, hogy az alapján a gazdasági szereplők egyenlő eséllyel tehessenek megfelelő ajánlatot, hiszen ez is egyértelműen egy potenciális ajánlattevő, nevezetesen a korábbi közbeszerzési eljárásban nyertes FCI Kompozit Szigetelő Kft. előnybe helyezését célozta. Mindezek okán Kérelmező 2015. november 18-i keltezéssel jogorvoslati kérelmet nyújtott be a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz, amiről a vonatkozó jogszabályi előírásoknak megfelelően Ajánlatkérőt értesítette. Mivel azonban Kérelmező a tárgyi műszaki-szakmai alkalmassági feltételt függetlenül annak általa vélelmezett jogellenességétől - képes teljesíteni, végül a tárgyi közbeszerzés határidőn belüli megvalósíthatósága érdekében úgy döntött, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság előtti jogorvoslati eljárás lefolytatásától eláll.

Mindezeket követően Ajánlatkérő már kifejezetten azon tény ismeretében, hogy kik a jelen közbeszerzési eljárás potenciális ajánlattevői (érdekelt gazdasági szereplők) és ezen belül is, hogy Kérelmező kifejezte egyértelmű reális részvételi szándékát a tárgyi közbeszerzési eljárásban, 2015. december 31-i TED-en történő megjelentetéssel módosította a tárgyi közbeszerzési eljárás Ajánlati Felhívása III.2.3) M1) pontját az alábbiak szerint:

Eredeti megfogalmazás:

„Alkalmatlan a szerződés teljesítésére az ajánlattevő (közös ajánlattevő), ha a jelen felhívás feladásának dátumától visszafelé számított megelőző 3 évben összesen nem rendelkezik 1 db. legalább nettó 225 millió Ft vagy több összességében legalább 225 millió Ft összegű, átviteli hálózati üzemeltetői, minimum 96 optikai szál, acélcsőves OPGW szállítási referenciával.”

Módosított megfogalmazás:

„Alkalmatlan a szerződés teljesítésére az ajánlattevő (közös ajánlattevő), ha a jelen felhívás feladásának dátumától visszafelé számított megelőző 3 évben összesen nem rendelkezik 1 db legalább nettó 200 000 000 HUF vagy több összességében legalább 200 000 000 HUF összegű, átviteli hálózati üzemeltetői, minimum 96 optikai szálas, acélcsöves OPGW szállítási referenciával az EGT országokban.”

Jól látható, hogy a közbeszerzési eljárás megindításakor az a szempont, hogy a szállítási referencia EGT országokból származzon, a vonatkozó jogszabályi előírásokkal teljes mértékben összhangban még nem volt elvárás Ajánlatkérő részéről a tárgyi árubeszerzés műszaki-szakmai alkalmassága körében, ez csak egy, az érdekelt gazdasági szereplők megismerését és Kérelmező határozott részvételi szándékát alátámasztó jogorvoslati kérelem benyújtását követő Ajánlati Felhívás módosítással került beépítése a műszaki-szakmai alkalmasságot megalapozó feltételek közé.

Már alapszintű piackutatással és piacismerettel is megállapítható, hogy a jelen módosítás szerinti, EGT országokból származó referenciával kizárólag a korábbi közbeszerzési eljárás nyertese, nevezetesen az FCI Kompozit Szigetelő Kft. rendelkezik, így a tárgyi módosítással Kérelmező végképp kizorításra kerül a jelen közbeszerzési eljárásból annak ellenére, hogy minden egyéb, az eredeti Ajánlati Felhívásban megjelölt feltételt - beleértve a Kérelmező által aggályosnak tartott III.2.3) M3) pontot is - Kérelmező képes teljesíteni, reális versenyhelyzetet biztosítva a tárgyi közbeszerzés tekintetében.

Kérelmező álláspontja szerint az Ajánlati Felhívás III.2.3) M1) pontjának fentiek szerinti módosítása a Kbt. 58. § (1) bekezdésébe ütközik, ami kimondja, hogy az Ajánlatkérő olyan igazolások benyújtását írhatja elő a gazdasági szereplők számára, amelyek szükségesek a közbeszerzési eljárás lefolytatásához, az ajánlatok vagy a részvételi jelentkezések elbírálásához. Ezek az igazolások arra szolgálnak, hogy az Ajánlatkérő megítélje az ajánlattevők [...] szerződés teljesítésére való alkalmasságát [...] és azt, hogy az ajánlattevő által megajánlott árak [...] megfelelnek az Ajánlatkérő által előírtaknak. Mivel a módosításban foglaltakat az eredeti Ajánlati Felhívás a vonatkozó jogszabályi előírásokkal és közbeszerzési gyakorlattal összhangban nem tartalmazta, Kérelmező megítélése szerint azok nem szükségesek a tárgyi közbeszerzési eljárás lefolytatásához, a szerződés teljesítésére való alkalmasság és a megajánlott árak megfelelőségének megítéléséhez.

A Kbt. 2. § (1) és (2) bekezdései alapján a közbeszerzési eljárásban az Ajánlatkérő köteles biztosítani, a gazdasági szereplő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát, valamint az Ajánlatkérőnek az esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára. A Kbt. 39. § (1) bek. értelmében pedig az eljárást megindító felhívásnak minden esetben biztosítania kell, hogy annak alapján a gazdasági szereplők egyenlő eséllyel megfelelő ajánlatot tehessenek, illetve részvételi jelentkezést nyújthassanak be.

Az FCI Kompozit Szigetelő Kft., mint jelenlegi szállító fentiek szerinti megkülönböztetése, az Ajánlati Felhívás érdekelt gazdasági szereplők megismerését követő módosítása nyomán kizárólag általa egy személyben teljesíthető alkalmassági feltétel alkalmazása egyértelműen sérti a verseny tisztaságát, az esélyegyenlőség és egyenlő bánásmód elvét, valamint azt a követelményt, hogy az Ajánlati Felhívást - beleértve annak módosítását is - úgy kell megfogalmazni, hogy az alapján a gazdasági szereplők egyenlő eséllyel tehessenek megfelelő ajánlatot.”

Az ajánlatkérő 2016. január 13. napján megküldte válaszát a kérelmező előzetes vitarendezési kérelmére az alábbiak szerint:

„Tekintettel arra, hogy az Ajánlatkérő módosítás keretében könnyített a korábbi követelményeken, továbbá specifikálta az eredeti alkalmassági követelményt, ezzel párhuzamoson fenntartotta a keretmegállapodásos keretrendszer további, kevésbé szigorú feltételeit annak érdekében, hogy minél több alkalmas ajánlattevő legyen megversenyeztethető az eljárás második részében, így a Kérelmező érveit nem tekinti megalapozottnak.

A Kérelmező érvei között felveti, hogy az előírás alapján csak egyetlen potenciális ajánlattevő képes ajánlatot tenni a közbeszerzési eljárásban. Tekintettel arra, hogy kapacitást biztosító szervezet bevonására is lehetőség van a referencia nyújtása során, így nem bizonyítható az a tény, hogy az EGT országokban nem történt az elmúlt években hasonló beszerzés, mellyel igazolható lenne a múltbeli szállítási képesség. Ajánlatkérő felhívja a Kérelmező figyelmét a 2011. évi CVIII. törvény és a 2015. év CLXIII. törvény kapacitást biztosító szervezetek teljesítésbe történő bevonásával kapcsolatos különbségeire, mely esetünkben egyértelműen előnyösebb helyzetbe hozza a jelen közbeszerzési eljárásban kapacitást biztosító szervezetet bevonó ajánlattevőket.

Az előzetes vitarendezési kérelemben jelettek szerint „alapszintű piackutatással és piacismerettel is megállapítható”, hogy csak egy ajánlattevő képes ajánlatot tenni nem valós információ, hiszen több, ajánlattevő tett a korábbiakban sikeres ajánlatot az elmúlt években hasonló vagy azonos beszerzési tárgyban, azaz EGT országokból származó, a jelenlegi csökkentett értéknek megfelelő mértékű referenciával nem csak egy ajánlattevő rendelkezik.

A Kérelmező helyesen állapítja meg, hogy a Rendelet 16. § (2) bekezdés lehetővé teszi Ajánlatkérő számára, hogy a referencia igazolás illetve nyilatkozat tartalmi elemei között az alkalmasság megállapításához szükséges további adat megadását is előírja, tovább érdemes figyelemmel lenni arra a tényre is, hogy a referencia tárgyának meghatározása olyan általánosan történt, ami lehetővé teszi minél több alkalmas jelentkező megjelenését a hazai piacon.

A közbeszerzési eljárásokban a Korm. rendelet szerint „26. § (6) A műszaki leírásnak nem lehet olyan hatása, amely indokolatlanul akadályozná a közbeszerzés verseny előtti megnyitását. Az Ajánlatkérő a közbeszerzési műszaki leírást nem határozhatja meg oly módon, hogy egyes gazdasági

szereplőket, vagy árukat az eljárásból kizár, vagy más módon indokolatlan és hátrányos vagy előnyös megkülönböztetésüket eredményezi. Ha a közbeszerzés tárgyának egyértelmű és közérthető meghatározása szükségessé tesz meghatározott gyártmányú, eredetű, típusú dologra, eljárásra, tevékenységre, személyre, szabadalomra vagy védjegyre való hivatkozást, a leírásnak tartalmaznia kell, hogy a megnevezés csak a tárgy jellegének egyértelmű meghatározása érdekében történt, és a megnevezés mellett a „vagy azzal egyenértékű” kifejezést kell szerepeltetni.”

Az Ajánlatkérő a fentiek értelmében nem kíván kizárni megfelelően teljesítő keretmegállapodásos partnereket, azaz műszaki specifikációjának kialakításakor figyelemmel volt a feltétlenül szükséges, de rugalmas műszaki paraméterek előírására. Azaz eljárást megindító felhívásában és dokumentációjában figyelemmel van arra, hogy egyenértékű termékeket is fogadjon eljárásában, azaz kifejezetten törekedett arra, hogy ne szűkítse a versenyt, hanem több ajánlattevőt is fogadjon, azaz minél szélesebb potenciális szállítói bázis álljon rendelkezésre a keretmegállapodás második részében. Az ajánlati felhívásban megcélzott minimum négy keretmegállapodásos partner referenciáinak ellenőrzésére az értékelés során rendelkezésre álló idő alatt az Ajánlatkérő képes dönteni azok elfogadhatóságáról, mely a későbbi teljesítés egyik legfontosabb eleme.

Az Ajánlatkérő azon pozíciója továbbá, mely szerint az ajánlattételt megelőzően megismeri a dokumentációt letöltő gazdasági szereplőket, nem minősíthető olyan érvek, mely önmagában lehetővé tenné a visszaélést ezzel az információval. Tekintettel arra, hogy az Ajánlatkérő az ügy gazdája, így saját eljárást megindító felhívásának elkészítése során végzett piackutatása alapján tisztában van a potenciális gazdasági szereplőkkel és igyekszik minél több olyan potenciális szereplőt felkutatni, aki/amely sikeres ajánlatot tehet közbeszerzési eljárásaiban. A Kbt. megsértését tehát azért megállapítani, mert a felhívás módosításra kerül az eljárás során nem lehet, ennek megfelelően az Ajánlatkérő döntése nem vezethet az előzetes vitarendezési kérelemben megállapított verseny tisztaságának, az esélyegyenlőségnek és egyenlő bánásmód elvének megsértéséhez.

Ajánlatkérő döntése értelmében az ajánlati felhívást nem kívánja módosítani a Kérelmező előzetes vitarendezésében foglaltaknak megfelelően.”

Ajánlatot nyújtott be a kérelmező 2.531.031,756 EUR árral, a VLG Kábelkereskedelmi Kft. 3.045.614 EUR árral és az FCI Kompozit Szigetelő Kft. 3.098.949 EUR árral.

A kérelmező ajánlatának 35. oldalán a kérelmező a Kbt. 55. § (5) bekezdése szerinti nyilatkozatot nyújtott be, melyben többek között az M1) alkalmassági követelmény esetében megjelölte a Fiber Home Telecommunication Technologies Co. Ltd-t (a továbbiakban: Fiber Home Ltd.), mint alkalmassági

követelmények igazolására igénybe vett gazdasági szereplőt. Az ajánlat 38-39. oldalán a kérelmező az általa benyújtott „Ajánlattevői nyilatkozat”-ban úgy nyilatkozott, hogy „...az Ajánlati Felhívás és az Ajánlattételi Dokumentációban foglalt feltételeket, különös tekintettel az Ajánlattételi Dokumentáció III. Fejezetében kiadott Keretmegállapodás szerződéses feltételeit teljes mértékben elfogadjuk.” A kérelmező ajánlatában az M1) alkalmassági feltétel igazolásával összefüggő referenciát nem csatolt.

Az ajánlatkérő 2016. január 26. napján az ajánlati biztosíték és az ajánlat elektronikus példányával összefüggésben hiánypótlásra szólította fel a kérelmezőt.

Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárást a Döntőbizottság által megindított jogorvoslati eljárásra tekintettel 2016. február 1. napján felfüggesztette.

A *kérelmező* 2016. január 15. napján nyújtotta be jogorvoslati kérelmét, amelyben kérte a jogsértés megállapítását és a felhívás III.2.3. pontjában szereplő M1) alkalmassági követelmény „EGT országokban” kitétele, valamint az ajánlatkérő valamennyi - a módosított ajánlati felhívás közzétételét követően hozott – döntésének megsemmisítését.

Előadta, hogy a tárgyi közbeszerzési eljárásban ajánlattevőként kíván részt venni, fő tevékenysége szerint folytatja az elektronikus, híradás-technikai berendezések, és alkatrészei nagykereskedelmét, a világ egyik legnagyobb optikai kábel gyártójának, a Fiber Home Ltd. vállalat közép-kelet európai disztribútora, az általa gyártott magas minőségű optikai kábelek és a hozzájuk tartozó egyéb eszközök értékesítésével foglalkozik. Az 1974-ben alapított Fiber Home Ltd. vállalat mára több mint 13 nemzetközi képviselőtől szolgálja ki partnereit. Az OPGW típusú optikai kábelek gyártásában nemzetközi tapasztalattal, ügyfélkörrel és kiterjedt referenciával rendelkezik.

Kifejtette a kérelmező, hogy álláspontja szerint az ajánlatkérő a felhívás fentebb megjelölt megfogalmazásával megsértette a Kbt. 2. § (1) és (2) bekezdését – amelyeket arra az esetre jelölt meg, ha a Döntőbizottság tételes jogszabályhely megsértését nem állapítja meg -, a Kbt. 39. § (1) bekezdését és a Kbt. 55. § (3) bekezdését. Az általa feltételezett jogsértés 2015. december 31. napján történt meg, a jogsértésről való tudomásszerzésének időpontját az ajánlatkérő által az előzetes vitarendezési kérelmére adott válasz napjában, vagyis 2016. január 13-án jelölte meg. Ügyfélképességét álláspontja szerint megalapozza, hogy jogorvoslati kérelme kifejezetten arra irányul, hogy jogsértés esetleges megállapítása esetén ne csak a vitatott feltétel kerüljön törlésre, hanem az összes azt követő döntés. Hivatkozott arra is, hogy az ajánlatkérő felfüggesztette a közbeszerzési eljárást, és nincs olyan döntése, amelyből az következne, hogy a

kérelmezőt az ajánlatkérő nem kívánja bevonni az eljárásba, nem zárta őt ki az eljárásból, ajánlata érvénytelenségét nem állapította meg. Továbbá felhívta a figyelmet, hogy a kínai székhelyű gyártó partnere ázsiai, afrikai referenciákkal rendelkezik, és különösen azért tartja sérelmesnek a felhívás általa vitatott pontját, mert EGT tagállami referenciát nem tud igazolni. Az ajánlatkérő tudomással bírt arról, hogy a közbeszerzési eljárásban ajánlatot kíván benyújtani, ezt követően nyilvános adatbázisokból meggyőződött arról, hogy referenciát a gyártó nem képes igazolni, majd módosításra került a felhívás.

A kérelmező ismertette, hogy az ajánlatkérő a 2015. december 31. napján megjelent hirdetésményével hogyan módosította a felhívás M1) alkalmassági követelményét, amelynek következtében abban megjelent, hogy a szállítási referenciával „az EGT országokban.” kell rendelkezni, valamint idézte a felhívás M1) alkalmassági követelmény igazolási módjával kapcsolatos előírásait is. Álláspontja szerint a felhívás vitatott előírása nincs összhangban a 2004/18/EK Irányelv 44. cikk (2) bekezdése 2. fordulatával, valamint a Kbt. fentebb idézett rendelkezéseivel. A közbeszerzés tárgyára korlátozott, arányos, a közbeszerzés becsült értékéhez igazodó, a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékét nem túllépő alkalmassági követelmények biztosítják az ajánlatkérő Kbt. szerint elismert és biztosított igényét a közbeszerzése tárgyát képező áruk beszerzésére, továbbá ez biztosítja egyúttal a verseny érvényesülését is. Jogsértést követ el az ajánlatkérő abban az esetben, ha a felhívásában túlzó, a szerződés teljesítéséhez ténylegesen nem szükséges, azzal arányban nem álló feltételeket határoz meg. Az ajánlatkérő a beszerzés tárgyaként optikai összeköttetések anyagainak szállítását jelölte meg, amelyből legfeljebb az áru, de nem a szállítás sajátosságaira lehet következtetést levonni, ebből nem vonható le következtetés arra, hogy mi indokolja az alkalmasság körében az EGT-országokba történő szállítás követelményét. A dokumentáció részeként közreadott szerződéstervezet több pontja érint szállítással kapcsolatos kérdéseket, illetőleg az ajánlattevő, mint eladó szállítással kapcsolatos kötelezettségeit, amely körben idézte a szerződéstervezet 6.4. pontját, 8.1. pontját. Kifejtette, hogy utóbbi meglehetősen általános szinten fogalmazza meg az ajánlattevő/eladó kötelezettségeit, nem állapítható meg ebből sem, hogy az EGT-országok területére történő szállításnak, az áruk csomagolásának van-e bármilyen specialitása, mely indokoltá teszi az alkalmasság megítéléséhez EGT-országokba történő szállítási referenciát. A kérelmező felhívta a figyelmet a szerződéstervezet 20.1. pontjára és a 21.1. pontjára, melyek szintén nem tartalmaznak olyan sajátos előírásokat, melyeket az EGT-országok területére történő szállítás során kellene figyelembe venni, így ez sem tekinthető olyan speciális feltételnek, mely indokolná az EGT-országokba történő szállítás követelményét az alkalmasság megítéléséhez.

A felhívás és a dokumentáció tartalmából nem állapítható meg, hogy az EGT-országokba történő szállítás követelménye szükséges és arányos-e a szerződés teljesítése szempontjából, olyan speciális, az EGT-országokba történő szállításra jellemző sajátossága sem a beszerzés tárgyának, sem a szerződéses feltételeknek nincs, amely megkülönbözteti bármely más földrajzi régióba történő szállítástól. A kérelmező szerint ezért az ajánlatkérő által meghatározott alkalmassági követelmény-rendszer a Kbt. 55. § (3) bekezdésébe ütközik, mivel nem a ténylegesen szükséges mértékig határozza meg a referencia igényt, nem teszi lehetővé, hogy a potenciális ajánlattevők egyenlő eséllyel tegyenek ajánlatot, továbbá szükségtelenül korlátozza a versenyt.

A kérelmező igazolta 7.110.000.-Ft igazgatási szolgáltatási díj megfizetését, valamint kérte 280.670.-Ft összegű jogi képviselési díj költségének az ajánlatkérő megfizetésére kötelezését.

A jogorvoslati eljárás során, az ajánlatkérő nyilatkozataiban foglaltakra kifejtette, hogy a szerződés teljesítésére való alkalmasság a Kbt. 3. §-ában foglalt szabályozási jellegre tekintettel, a törvényi és annak végrehajtási rendeleteiben foglalt keretek között vizsgálható, határozható meg. E körben maga a jogalkotó is rögzített olyan részletszabályokat, melyek érvényre juttatása nem tartozik az ajánlatkérő diszkrecionális jogkörébe: a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 16. §-a kógensen szabályozza a kérdést, egyrészt a teljesítés megfelelőségéről magában az iratban kell nyilatkozni, melyet a Korm. rendelet tételesen szabályoz, meghatározva, hogy milyen tartalommal kell a nyilatkozatot kiállítani és azt is, hogy mely esetben kell a korábbi megrendelőtől is csatolni igazolást. A 2011/289. (XII. 21.) Korm. rendelet értelmében a 310/2011. Korm. rendelet a közszolgáltatók beszerzéseinél is alkalmazandó azzal, hogy az abban foglaltakhoz képest egyéb igazolási módot is meghatározhat, azonban a Kbt. 55. § (3) bekezdése ilyen esetekben is alkalmazandó. Az ajánlatkérő a felhívás M.1) alpontjában a 310/2011. Korm. rendelet szerinti igazolási módot határozta meg. Ez azonban csak az alkalmasság igazolásának a módja, és semmi esetre sem a megkötendő szerződés teljesítésével kapcsolatos feltétel, mint ami a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges. Ezek a szabályok tehát, tartalmi és formai követelmények, melyek az igazolásként benyújtandó irat tartalmát érintik, konkrétan azt, hogy a korábbi teljesítést hogyan és milyen tartalommal kell igazolni. Az arányosság követelménye tehát nem az igazolás formai, tartalmi követelményében, hanem az alkalmasság minimum feltételei körében értelmezendő.

A kérelmező szerint azon érv, mely szerint az ajánlatkérő ellenőrizni kívánja a korábbi teljesítést, egy az ajánlatok bírálati körébe tartozó magatartás, mi több kötelezettség, de nem minősül a nyertessel kötendő szerződés teljesítésével kapcsolatos feltételnek. Az EGT-országba irányuló szállítás nyilvánvalóan nem

azért került beemelésre, mint alkalmassági feltétel, mert az valóban szükséges a szerződés teljesítéséhez, hanem annak érdekében, hogy megkönnyítse a referencia ellenőrizhetőségét. Az ajánlatkérői érvelés tehát azt jelenti, hogy egy téves jogi felvetés - az ajánlatok bírálata megkönnyíthető a referencia helyének leszűkítésével - eredményezte a jogsértő állapotot. Az ajánlatkérő a Kbt. 55. § (3) bekezdése szerinti arányossági szabály alkalmazása körében nem érvényesítheti a bírálatot, a bírálati cselekményeket megkönnyítő elvárásokat. Ezen jogintézménynek nem ez a törvényi célja, ekként arányos sem lehet.

A kérelmező hivatkozott továbbá a Kbt. 63. § (2) bekezdésére, amely kimondja, hogy a felhívásban előírtaknak megfelelően kell megítélni az ajánlattevő szerződés teljesítésére való alkalmasságát vagy alkalmatlanságát. Az ajánlatkérő sem a felhívásban, sem a dokumentációban nem hivatkozott arra, hogy az alkalmasság vizsgálata körében fizikailag is meg kívánja tekinteni a referencia munka tárgyát, ez a beszerzés tárgyát tekintve nehezen is képzelhető el. Az ajánlatkérőnek egyrészt nem kell fizikailag meggyőződnie a referencia munkáról, mert ilyen kötelezettséget sem az ajánlati felhívás, dokumentáció, sem a Kbt. nem ír elő számára, másrészt a referencia-igazolásban/nyilatkozatban megadott kontaktszemély mindazon információkat meg tudja adni részére, amelyet ellenőrizni kíván. A referencia, az alkalmasság Kbt. 55. §-ának (3) bekezdése szerinti arányossági szabálya azt sem támasztja alá, hogy a referencia helyszíni ellenőrzése, az adatgyűjtés eszköze a keretmegállapodásos eljárás második részére való felkészülésnek. A hibás OPGW-szállítás kockázata sem indokolja az alkalmassági feltétel alkalmazását, mert a hibás teljesítés biztosíték rendszere a szerződés teljesítéséhez, és nem az alkalmasság megítéléséhez kapcsolódó kérdéskör. A kérelmező hivatkozott arra, hogy a felhívás III.1.1) pontjában található meg a szerződést biztosító mellékkötelezettségek, amelyek önmagukban is biztosítják a megfelelő szállítás garanciáját.

A kérelmező cáfolta, hogy a Fiber Home Ltd. nyilvánosan elérhető adataiból az a következtetés lenne levonható, hogy a szervezet több európai referenciával rendelkezik: a jelen eljárásban kizárólag az ún. OPWG kábelekre vonatkozó referenciák bírnak relevanciával, amellyel a gyártó EGT országokban nem rendelkezik. A kérelmező csatolt egy elektronikus levélváltást, ennek első lépéseként 2015. október 14. napján megkereste a gyártó, hogy OPGW-kábellel összefüggésben rendelkezik-e európai referenciával; a megkeresésre a Wuhan Fiberhome Ltd. nevében 2015. október 19. napján választ kapott, mely szerint a tárgyban európai referenciával nem rendelkezik. A kérelmező továbbá csatolt a jogorvoslati eljárás során egy, a Fiber Home Ltd. szervezettől származó, 2016. február 19. napján kelt nyilatkozatot, amelyben megerősítésre került, hogy a szervezet nem rendelkezik a tárgyban EGT referenciával 2016. február hónapáig. A gyártói referencia meglétével, ajánlatkérői internetes ellenőrzésével összefüggésben felhívta a figyelmet, hogy az OPGW kifejezés nem ölel fel

minden optikai kábelt, a kifejezés ugyanis az optikai földelő vezetékek megjelölésére használatos. Elsődlegesen földelési, védelmi funkcióval bír, de alkalmasak adatátvitelre is. A kérelmező felhívta a figyelmet, hogy az ajánlatkérő minimum 96 optikai szálas, acélcsöves OPGW szállítására vonatkozó referenciát kért.

Az *ajánlatkérő* elsősorban a kérelmező ügyfélképességének hiányát kérte megállapítani, tekintettel arra, hogy az ajánlatában ajánlati biztosítékot nem csatolt, alkalmasságát nem igazolta és nem nézett utána, hogy a kínai gyártó milyen referenciákkal rendelkezik. A kérelmező által a jogorvoslati eljárás során csatolt, gyártóval folytatott egyeztetésről készült e-mail nem felel meg az írásbeliségnek.

Az ajánlatkérő az alábbi indokokkal kérte továbbá az alaptalan kérelem elutasítását.

Kifejtette, hogy a hirdetmény módosításával könnyített a referencia nyújtása iránti igényén, csökkentette annak mértékét 200.000.000.-Ft-ra úgy, hogy a beszerzés becsült értéke 711.000.000.-Ft. Mindezeket túl a módosításkor specifikálta a referenciák ellenőrizhetősége és műszaki megvalósíthatósága céljából a referencia megvalósításának helyszínét. Ennek oka, hogy szükség esetén fizikailag is meg kell győződnie a referenciák valóságtartalmáról, mely az ajánlatok értékelésére rendelkezésre álló időintervallum csak európai helyszínek vizsgálatát teszi lehetővé. A referenciák ellenőrzése során, függetlenül attól, hogy kapacitást biztosító szervezet biztosítja-e azt, az ajánlatkérő vállalja annak költségeit, hogy valódi referencia-ellenőrzés keretében győződjön meg a referenciák valóságtartalmáról, azaz nem ró aránytalan terhet az ajánlattevőkre és kapacitást biztosító szervezeteikre. Előadta, hogy a fokozott ellenőrzés indoka a hibás OPGW-szállítás kockázata. Az ajánlatkérő európai partnereivel nemcsak a referencia közvetlen ellenőrizhetőségét képes tisztázni, hanem a későbbi, a keretmegállapodásos eljárás második részében felmerülő kockázatokra is képes rávilágítani. Amennyiben a kérelmező a világ egyik legnagyobb optikai kábel gyártójának a közép-kelet európai disztribútora, nyilvánvalóan rendelkezik több európai referenciával. Amennyiben a kérelmező a gyártóval nem áll kapcsolatban és nem képes referenciáit felhasználni, úgy az ajánlatkérő számára bizonytalan helyzetet teremt, hiszen ajánlatában kínált terméke vélhetően nem lesz azonos a nyertessége esetében valójában leszállított termékkel. A kérelmező egyébként Fiber Home terméket ajánlott meg a jelen eljárásban is, mely azt a vélelmet keletkezteti, hogy a Fiber Home-mal, mint kapacitást biztosító szervezettel képes megfelelni a követelményeknek. Maga az ajánlatkérő is megtekintette a cég honlapját, ahol azt látta, hogy a Fiber Home Ltd. egy jelentős gyártó, ebből következtethetett arra, hogy van olyan referenciája, amellyel a kérelmező tud indulni az eljárásban.

Az ajánlatkérő szerint az európai referencia nem hozható a beszerzés tárgyának európai jellegével kapcsolatba, hiszen az INCOTERMS paritásoknak a kérdés megítéléséhez nincs köze. A beszerzés tárgyát Európába, jelesül Magyarországra kell szállítani, ami a szerződéses feltételeknek is részét képezi. Éppen ezt támasztják alá a szerződéstervezet 21.1. pontjának a szabványokkal kapcsolatos általános követelményei, melyre a kérelmező is utal.

Az ajánlatkérő felhívta a figyelmet, hogy a Fiber Home Ltd. kínai székhelyű gyártónak minősül, ezért a nemzeti elbánás szabályait az ajánlatkérő nem kívánja automatikusan alkalmazni, csak abban az esetben, ha a kínált áruval kapcsolatos referencia tapasztalatai nem jelentenének aránytalan kockázatot az ajánlatkérő számára. Az ajánlatkérő ehelyütt utalt a Kbt. 75. § (2) és (3) bekezdésére és az alábbiak szerint idézte a közbeszerzési eljárás műszaki leírását: „A gyártás során csak kifogástalan minőségű, hibátlan, a jelen műszaki specifikáció követelményeinek mindenben megfelelő anyagok használhatók fel.” A nemzeti elbánás fenti feltétele azonban nem azonos az ajánlatkérő által igényelt beszerzési tárgyakkal kapcsolatos gyenge teljesítmény kiszűrésével. Az ajánlatkérő a nemzeti elbánás szabályának felvetésével arra kívánt utalni elsősorban, hogy milyen tapasztalatok érhetőek el a teljesítés során akár nem EGT-tagállamból származó termék vonatkozásában. Ezt erősíti az a tény, hogy jelenleg is kínai gyártó termékét szállítja a korábbiakban azonos beszerzési tárgyban kiírt közbeszerzési eljárás nyertese megfelelő színvonalon. Különösen ezért fontos a referencia vizsgálata és annak figyelembe vétele, hogy az ajánlatkérő éppen ezzel az előírással kívánja a megfelelő színvonalon gyártott termékeket előnyben részesíteni, aminek a Fiber Home Ltd. termékei bizonyára megfelelnek. A jogorvoslati kérelem ennek megfelelően felveti azt a vélelmet, hogy a nem európai referencia benyújtásával a kérelmező gyakorlatilag adminisztratív módon kíván megfelelni a követelményeknek, ellehetetlenítve ezzel az eljárást és akadályozva ajánlatkérő ellátási kötelezettségének teljesítését annak ellenére, hogy európai referenciát is képes lenne benyújtani. Ezt erősíti, hogy jelen eljárásban ajánlati biztosíték hiányában nyújtotta be ajánlatát.

Az ajánlatkérő idézte 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 26. § (6) bekezdését, amelynek megfelelően nem kíván kizárni megfelelően teljesítő keretmegállapodásos partnereket, azaz műszaki specifikációjának kialakításakor törekedett a feltétlenül szükséges, de rugalmas műszaki paraméterek előírására. A tárgyi közbeszerzés keretében beszerezni kívánt optikai összeköttetések anyagai (OPGW és szerelvények) az általa üzemeltetett átviteli hálózatba és egyben a Nemzeti Távközlési Gerinchálózatba (MVM NET Zrt.) kerülnek beépítésre, így alapvető érdeke, hogy a villamos energia rendszer zavartalan és biztonságos működtetése érdekében már a közbeszerzési eljárás során meggyőződjön arról, hogy az ajánlattevők műszaki, illetőleg szakmai szempontból alkalmasak-e szerződés teljesítésére. Az ajánlatkérő továbbá az

Európai Rendszerirányítók Egyesületének a tagja, ebből következően minőségi elvárások érvényesülnek vele szemben és kötelezettsége az is, hogy a minőségi követelményeket ellenőrizze. Az ajánlatkérő ezzel összefüggésben egyébként csak a Kbt. és a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet előírásait hivatkozta meg a felhívásban, amelyek azt írják elő, hogy milyen információkra, adatokra van szüksége annak érdekében, hogy az ellenőrzést elvégezze. Az ellenőrzés egyébként az ő egyesületben betöltött szerepe, az ebből fakadó elvárásokból következik, ugyanis az általa üzemeltetett teljes távközlési rendszer OPGW típusú optikai kábelek útján történő adatátvitelen alapul, így a fizikai infrastruktúrát biztosító optikai kábelek minősége kiemelkedő jelentőséggel bír az átviteli rendszerirányítási tevékenységhez közvetlenül kapcsolódó információáramlás területén. A 714/2009/EK rendelet 4. és 5. cikkei alapján az uniós együttműködés szempontjából meghatározott feladatokkal kötelezően létrehozott European Network of Transmission System Operators for Electricity (ENTSO-E), azaz az Európai Villamos Energia Rendszerirányítók Egyesülete tagjaként az OPGW típusú optikai kábelek igénybevételével biztosítja a biztonságos és megbízható nemzetközi adatáramlást. A fent említett OPGW-n keresztül továbbítandó adatok megőrzésére, illetve bizalmas kezelésére az ajánlatkérőt számos hazai- és nemzetközi jogszabály is kötelezi. Az OPGW-n keresztül továbbított adatok biztonságához fűződő átviteli rendszerirányítói érdek alapvetően kettős természetű, ugyanis egyrészt (i) az ajánlatkérő köteles az üzleti szempontból érzékeny információk megőrzésére (piaci adatok, üzleti titkok) (72/2009 EK irányelv 16. cikk (1) bek., VET 153. §), másrészt felelős a villamosenergia-rendszer zavartalan és biztonságos működéséért (VET 14. §; 4/A. §), amely tevékenysége ellátása érdekében elengedhetetlenek mind a technológiai adatok, mind a szabályozási alapjelek, mind a védelmi jelzések. A fenti nemzetközi és hazai jogszabályi kötelezettségek teljesítése érdekében köteles a jelenős súllyal bíró beszerzési tárgykörei, így az OPGW típusú optikai kábelek beszerzésekor a tőle elvárható legmagasabb fokú gondossággal és körültekintéssel eljárni, és megtenni minden ahhoz szükséges intézkedést, hogy a távközlési rendszere alapját biztosító optikai kábelek a lehető legmagasabb szintű műszaki-szakmai követelményeknek feleljenek meg, ezért indokolt azok beszerzése során a referenciákat közvetlenül is ellenőrizni. Az ajánlatkérőnek tehát nem szükséges a felhívásban, dokumentációban leírnia, indokolnia, miért kívánja kontakt személy megnevezését, a referencia fizikai ellenőrzését.

Az ajánlatkérő hangsúlyozta azt is, hogy a felhívásban és a dokumentációban figyelemmel volt arra, hogy egyenértékű termékeket is fogadjon az eljárásában, azaz kifejezetten törekedett rá, hogy ne szűkítse a versenyt, hanem több ajánlattevőt is fogadjon, azaz minél szélesebb potenciális szállítói bázis álljon rendelkezésre a keretmegállapodás második részében. A 289/2011. (XII. 22.) Korm. rendelet 17. § (2) bekezdése értelmében a keretmegállapodás alapján lefolytatott hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban az ajánlatkérő már nem

ellenőrzi a keretmegállapodásban részes ajánlattevők szerződés teljesítésére való alkalmasságát és a kizáró okok fenn nem állását.

Tekintettel arra, hogy a kérelmező tévesen a Wuhan Fiberhome International Technologies Co., Ltd. (a továbbiakban: Wuhan Fiber Home Ltd.) céggel kommunikált a referencia tárgyában, az ajánlatkérő megtekintette a valódi gyártó, a Fiber Home Ltd., valamint a Wuhan Fiber Home Ltd. céginformációját. Álláspontja szerint egyértelmű, hogy míg a gyártó céginformációja tartalmazza az OPGW kábelre hivatkozást, addig a kereskedő cég céginformációja - aki egyébiránt kapacitást biztosító szervezetként sem lehet bevonva, - nem tartalmazza azt. Mivel a kérelmező az eljárást megelőzően nem a megfelelő partnertől érdeklődött a referenciákról, így a jogorvoslati eljárás során benyújtott bármilyen nyilatkozat akár a gyártó, akár más jogi személy részéről idejétműltnek tekinthető. Megállapítható, hogy a kérelmező nem volt tisztában azzal, pontosan mely jogi személy vonható be kapacitást biztosító szervezetként az eljárásba, továbbá saját honlapján is pontatlanul hivatkozik úgy a „Fiberhome”-ra, hogy annak valójában csak egy közvetítőjével áll kapcsolatban. A közvetítőt, akit az anyacég együttműködésre ajánl a honlapján, nem minősít gyártónak, vagy kötelező együttműködő partnernek. Amennyiben ennek az ajánlott közvetítőnek, akire honlapján a kérelmező nem utal, valóban nincsenek európai kapcsolatai, ez nem jelenti azt, hogy az anyacégtől is ugyanezt az információt kapná az ajánlattevő. Az anyacég honlapján egyértelműen európai referenciák és szolgáltató-centrum léte szerepel, mellyel ellentétes állítást a jogorvoslati eljárás során már elkésett az ajánlattevő részéről igazolni.

Az FCI Kompozit Szigetelő Kft. egyéb érdekelt kérte az alaptalan jogorvoslati kérelem elutasítását. Előadta, hogy a közbeszerzési eljárásokban ajánlattevőként szerzett tapasztalata alapján megfelelőnek, indokoltnak tartja az ajánlatkérő eljárását, valóban szükséges, pontosan a verseny tisztasága, átláthatósága, nyilvánossága, az esélyegyenlőség és az egyenlő bánásmód érdekében a referenciák valóságtartalma tényleges ellenőrzésének a lehetősége. Az egyéb érdekelt részletesen ismertette a korábbi közbeszerzési eljárások során szerzett tapasztalatait a nem európai referenciák ellenőrizhetősége során fellépő nehézségekről. Tudomása szerint továbbá az ajánlatkérő tagja az átviteli hálózati üzemeltetők olyan nemzetközi szervezeteinek, amelyeknek minden EGT ország átviteli hálózati üzemeltetői szintén tagjai. Ekként a MAVIR a tagsági viszonyából adódó közvetlen kapcsolatai révén egyszerűen, hatékonyan, gyorsan és költségkímélően képes a referenciák valóságtartalmának megfelelő ellenőrzésére, ami a verseny tisztaságát, ajánlattevők érdekét is szolgálja.

Az egyéb érdekelt számára is egyértelmű, hogy a Fiber Home Ltd. a világ második legnagyobb optikai kábelgyártója. Az OPGW kifejezés, az optikai

kábelt jelent, az optikai kábelnek a rövidítése, tehát ha az ajánlatkérő ellenőrzi a honlapon lévő adatokat, erre a cég honlapja alkalmas. A kérelmező azonban nem a Fiber Home Ltd.-től kért információt a csatolt iratok alapján, hanem a Wuhan Fiber Home Ltd.-től, az előbbi a gyártó, a másik pedig az egyik kereskedője a Fiber Home Ltd.-nek. Ebből az a következtetés vonható le számára, hogy a kérelmező nem támasztotta alá, hogy a Fiber Home Ltd.-től kapott volna tájékoztatást, a Fiber Home Ltd.-től érdeklődött a referenciával összefüggésben. A Fiber Home Ltd. és a Wuhan Fiber Home Ltd. egyértelműen két önálló jogi entitás, nem lehet őket összemosni.

A **Döntőbizottság** a jogorvoslati kérelmet a felhívás feladásának időpontjában, a 2015. október 28. napján hatályos Kbt. alapján bírálta el.

A Döntőbizottság először az ajánlatkérő eljárásjogi kifogására tekintettel megvizsgálta a kérelmező ügyfélképességét.

A Kbt. 137. § (2) bekezdése szerint kérelmet nyújthat be az ajánlatkérő, az ajánlattevő, közös ajánlattétel esetén bármelyik ajánlattevő, a részvételre jelentkező, közös részvételi jelentkezés esetén bármelyik részvételre jelentkező vagy az egyéb érdekelt, akinek jogát vagy jogos érdekét az e törvénybe ütköző tevékenység vagy mulasztás sérti vagy veszélyezteti. Az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívás, a dokumentáció, illetve ezek módosításának jogsértő volta miatt kérelmet nyújthat be a közbeszerzés tárgyával összefüggő tevékenységű kamara vagy érdekképviselői szervezet is. (E bekezdésben foglaltak a továbbiakban együtt: kérelmező.).

A Kbt. 138. § (1) bekezdés a) pontja szerint a kérelemben meg kell jelölni a kérelmező (és képviselőjének) nevét, székhelyét (lakóhelyét), a kérelmezői jogosultságot alátámasztó tényeket.

A Kbt. 134. § (1) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárására - e törvény, valamint az e törvény felhatalmazása alapján alkotott kormányrendelet eltérő rendelkezése hiányában - a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) rendelkezéseit kell alkalmazni.

A Ket. 52. § (1) – (2) bekezdései az alábbi rendelkezéseket tartalmazzák:

(1) A hatóság a tényállás megállapítása céljából felhívhatja az ügyfelet okirat vagy más irat bemutatására, vagy ezek beszerzése érdekében a 26. § (1) bekezdésének c) pontja alapján más szervet is megkereshet.

(2) A külföldön kiállított közokirat, illetőleg a külföldi bíróság, közigazgatási szerv, közjegyző vagy egyéb közhitelességgel felruházott személy által hitelesített magánokirat - hacsak az ügyfajtára vonatkozó jogszabályból,

nemzetközi szerződésből, illetve viszonyossági gyakorlatból más nem következik - a magyar törvény szerinti bizonyító erővel csak akkor rendelkezik, ha azt a kiállítás helye szerinti államban működő magyar külképviseleti hatóság diplomáciai felülhitelesítéssel látta el. A nem magyar nyelven kiállított okirat - ha az ügyfajára vonatkozó jogszabály másként nem rendelkezik - csak hiteles magyar fordítással ellátva fogadható el.

A Ket. 172. § i) pontja szerint irat, okirat, közokirat, magánokirat: a polgári perrendtartásról szóló törvény szerinti irat, okirat, közokirat és magánokirat.

A polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény 196. § (1) bekezdés d) pontja szerint a magánokirat az ellenkező bebizonyításáig teljes bizonyítékul szolgál arra, hogy kiállítója az abban foglalt nyilatkozatot megtette, illetőleg elfogadta, vagy magára kötelezőnek ismerte el, feltéve, hogy a gazdálkodó szervezet által üzleti körében kiállított okiratot szabályszerűen aláírták.

A Kbt. 137. § (2) bekezdése meghatározott személyi kör részére teszi lehetővé, hogy jogorvoslati kérelmet nyújthasson be. A kógens törvényi meghatározásból következően az ezen kívül eső személyi kör számára nem biztosított a jogorvoslati kérelem benyújtásának lehetősége. Az ajánlattevők, részvételre jelentkezők, egyéb érdekelték abban az esetben nyújthatnak be jogorvoslati kérelmet, ha joguk, jogos érdekük sérült, veszélyeztetett, melynek minden esetben a kérelmező tekintetében közvetlenül kell fennállnia.

A Kbt. 138. § (1) bekezdésének a) pontjából következően a kérelmező kötelezettsége az ügyfélképességének alátámasztása.

A Döntőbizottság döntéseiben annak függvényében ítéli meg a kérelmezőként fellépő személy ügyfélképességét, hogy a kérelmező esetében az állandósult joggyakorlat szerint megkövetelt közvetlen jogsérelem megállapítható-e. A Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság által a 22.Kpk.45.552/2015/5. szám alatt hozott, bírósági joggyakorlatot idéző végzése szerint az ügyfélképesség megítélése kérdésében „figyelemmel kell lenni a vizsgált tárgykörben arra, hogy a jogsértőnek vélt tevékenység vagy mulasztás és a megsértett jog vagy veszélyeztetett jogos érdek közötti kapcsolat, okozati összefüggés teremti meg a jogorvoslattal élni kívánó kérelmező közvetlen érdekelttségét. A feltételeknek az ajánlatkérő magatartása és a kérelmezőként fellépő konkrét viszonyában kell fennállnia. Annak eldöntésekor, hogy a közvetlen érdekelttség fennáll-e azt kell figyelembe venni, hogy mely jogsértő cselekmény (törvénybe ütköző tevékenység vagy mulasztás) miatt kíván a kérelmező jogorvoslati eljárást kezdeményezni.”

A Döntőbizottság tényként rögzíti, hogy a felhívás jelen jogorvoslati kérelemmel érintett M1) alkalmassági feltétele a közbeszerzési eljárás során változott meg oly módon, hogy a kérelmező számára az jogos érdeksérelmet eredményezhetett. A kérelmező abban a tudatban volt, hogy a Fiber Home Ltd. kapacitást nyújtó szervezet a megváltozott alkalmassági követelményre tekintettel nem fog megfelelni az M1) alkalmassági követelménynek, nem lesz képes érvényes ajánlatot benyújtani, tekintettel arra, hogy nem rendelkezik az előírt referenciával EGT országokban. A Döntőbizottság tényként rögzíti azt is, hogy a kérelmező az ajánlatában úgy nyilatkozott, hogy az M1) alkalmassági feltétel igazolása céljából a Fiber Home Ltd.-t kívánja igénybe venni.

A kérelmező csatolta egy 2015. október 14-19. napja közötti elektronikus levélváltás iratait, amelyekből látható, hogy a kérelmező a Fiber Home Ltd. egyik képviselőjét kereste meg azzal összefüggésben, hogy a kínai gyártó rendelkezik-e európai referenciával.

A Döntőbizottság szerint ez az irat alkalmas volt annak alátámasztására, hogy a kérelmező a jogorvoslati kérelem benyújtásakor már tisztában volt azzal, hogy az a külföldi cég, amellyel kapcsolatban áll, nem lesz képes európai referenciát igazolni számára. A Ket. 52. § (1) bekezdése szerint a hatóság a tényállás tisztázása során figyelembe vehet iratokat, és a jelen esetben az elektronikus levelezés ilyen minőségében a kérelmező állításának alátámasztására elfogadható volt. A Ket. iratok figyelembe vehetőségére vonatkozó rendelkezései nem írják elő, hogy az üzleti kapcsolatok levelezéseit diplomáciai felülhitelesítéssel kellene ellátni, a Ket. 52. § (2) bekezdése ilyen követelményt csak a külföldi közokirat, illetőleg a külföldi bíróság, közigazgatási szerv, közjegyző vagy egyéb közhitelességgel felruházott személy által hitelesített magánokirattal összefüggésben támaszt. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság a kérelmező ügyfélképessége alátámasztására elfogadta a Fiber Home Ltd. által 2016. február 19. napján kiállított magánokiratot is, amelyben a külföldi cég megerősítette a korábbiakat, vagyis úgy nyilatkozott, hogy 2016. februárjáig nem rendelkezik 96 szálal OPGW kábelre vonatkozó referenciával.

A Döntőbizottság a kérelmező ügyfélképességének megítélésével összefüggésben figyelemmel volt arra is, hogy a jogorvoslati eljárás során nem került benyújtásra olyan irat, amely azt támasztotta volna alá, hogy a vitatott M1) alkalmassági feltételnek (96 optikai szálal, acélcsöves OPGW szállítási referencia az EGT országokban) a gyártó cég egyébként megfelelt volna.

A Döntőbizottság eljárásjogi akadály hiányában, érdemben az alábbiak szerint bírálta el a jogorvoslati kérelmet, amely a felhívás M1) alkalmassági feltételében megfogalmazott referencia EGT országokra való szűkítésének jogszerűségére irányult.

A Kbt. 3. §-a kimondja, hogy e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi. E törvény rendelkezéseinek alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban, a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni. A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre az e törvényben foglalt eltérésekkel a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni.

A Kbt. 55. § (1) bekezdése szerint, a közbeszerzési eljárásban csak olyan gazdasági szereplő tehet ajánlatot, amely megfelel az ajánlatkérő által támasztott

- a) szakmai tapasztalatra és képzettségre,
- b) műszaki és technikai feltételekre,
- c) minőségbiztosítási vagy környezetgazdálkodási szabványokra,
- d) gazdasági és pénzügyi helyzetre

vonatkozó minimális követelményeknek (alkalmassági követelmények) és nem áll kizáró ok [56-57. §] hatálya alatt. Az ajánlatkérő köteles az eljárásban legalább egy az a)-c) pontok (műszaki, illetve szakmai alkalmasság), valamint legalább egy a d) pont (pénzügyi és gazdasági alkalmasság) szerinti körülményre vonatkozó alkalmassági követelményt előírni.

A (2) bekezdés kimondja, hogy az alkalmassági követelményeket és az azoknak való megfelelés igazolására benyújtandó dokumentumokat az eljárást megindító felhívásban pontosan meg kell jelölni. Ennek során meg kell határozni, hogy az (1) bekezdésben foglaltak szerint mely körülmények megléte, illetve hiánya vagy azok milyen mértékű fogyatékosága zárja ki, hogy az ajánlatkérő az ajánlattevőt vagy részvételre jelentkezőt alkalmasnak minősítse a szerződés teljesítésére.

A (3) bekezdés úgy rendelkezik, hogy az ajánlatkérőnek az alkalmassági követelmények meghatározását a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, és azokat - a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel - legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

A közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 15. § (1) bekezdés a) pontja szerint az ajánlattevőnek és részvételre jelentkezőnek a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki, illetve szakmai alkalmassága árubeszerzés esetében - figyelemmel annak jellegére, mennyiségére, rendeltetésére - igazolható az eljárást megindító felhívás feladásától - nem hirdetményel induló eljárásokban megküldésétől - visszafelé számított megelőző három év legjelentősebb szállításainak ismertetésével; az ajánlatkérő köteles a három év teljesítését figyelembe venni, azonban ha a megfelelő szintű verseny biztosítása érdekében szükségesnek ítéli,

az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívás feladásától (megküldésétől) visszafelé számított megelőző hat évben teljesített szállításokat is figyelembe veheti, feltéve, hogy ezt az eljárást megindító felhívásban jelezte.

A 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 16. § (1) – (2) és (4) bekezdései az alábbi rendelkezéseket tartalmazzák:

(1) A 15. § (1) bekezdés a) pontjának és (3) bekezdés a) pontjának esetét a Kbt. Második Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban a következő módon kell igazolni:

a) ha a szerződést kötő másik fél a Kbt. 6. § (1) bekezdés a)-c) pontja szerinti szervezet, illetve nem magyarországi szervezetek esetében olyan szervezet, amely a 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv alapján ajánlatkérőnek minősül, az általa kiadott vagy aláírt igazolással;

b) ha a szerződést kötő másik fél az a) pontban foglalthoz képest egyéb szervezet, az általa adott igazolással vagy az ajánlattevő, részvételre jelentkező, illetve az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet nyilatkozatával.

(2) Az (1) bekezdés a)-b) pontja szerinti igazolás, illetve nyilatkozat tartalmazza legalább a következő adatokat: a teljesítés ideje, a szerződést kötő másik fél, a szállítás vagy szolgáltatás tárgya, az ellenszolgáltatás összege, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e. Ajánlatkérő a referenciaigazolás, illetve nyilatkozat tartalmi elemei között jogosult előírni az alkalmasság megállapításához szükséges további adat megadását is.

(4) Az (1)-(3) bekezdés szerinti esetekben a szerződést kötő másik félnek az igazolást szerződésszerű teljesítés esetében kötelessége a kérést követő két munkanapon belül díjmentesen kiállítania.

A Döntőbizottság előjáróban kiemeli, hogy az alkalmasság kérdése a közbeszerzési eljárás egyik sarkalatos eleme. Az ajánlatkérő által meghatározott alkalmassági feltételek rendeltetése az, hogy biztosítsa a szerződés teljesítésére alkalmas személyi kör kiválasztását. Az ajánlatkérő kizárólag a jogszabályok adta keretek között határozhatja meg az alkalmassági igazolási módokat és az ahhoz előírt minimumkövetelményeket. Az ajánlatkérő dönt arról, hogy a beszerzés specifikumait is figyelembe véve milyen alkalmassági feltételeket tart elengedhetetlenül fontosnak ahhoz, hogy meggyőződjön az ajánlattevő szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmasságáról. Az ajánlatkérő azonban kizárólag a jogalkotó által a Kbt.-ben és a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendeletben felsorolt alkalmassági igazolási módok közül választhatja ki a beszerzéséhez igazodó igazolás(oka)t és ezen igazolási módhoz kell alkalmassági feltétel(eke)t rendelnie.

A Döntőbizottság rámutat, hogy az ajánlatkérőnek kiemelt érdeke fűződik ahhoz, hogy olyan partnerrel valósítsa meg árubeszerzését, amely szakértelme,

gyakorlata, tudása, képzettsége megfelelő garanciát nyújt az ajánlatkérői elvárások teljesítésére, és ebben a körben egyetértett az ajánlatkérő által előadottakkal. Elsődlegesen az ajánlatkérőnek kell beszerzési igényét megvizsgálni abból a szempontból, hogy milyen referenciákra van szüksége ahhoz, hogy az ajánlattevő szerződés teljesítéséhez fűződő alkalmasságát megállapítsa.

Az alkalmassági feltételek előírásával kapcsolatban a Kbt. 55. § (3) bekezdése ugyanakkor az ajánlatkérő kötelezettségévé teszi, hogy az arányosság elvének megfelelően, az alkalmassági követelmények meghatározását a közbeszerzés tárgyára korlátozza, és azokat – a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel – legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig írja elő. Ez azt jelenti, hogy az alkalmassági követelményeket olyan mértékben kell meghatározni, melyek ténylegesen szükségesek a szerződés teljesítéséhez, ugyanakkor az ajánlatkérő nem támaszthat túlzott elvárásokat a gazdasági szereplőkel szemben, igazodnia kell a szerződés tárgyához, biztosítva ezzel a gazdasági szereplők közötti minél szélesebb versenyt valamint azt, hogy így minél több gazdasági szereplő legyen képest részt venni a közbeszerzési eljárásban.

A 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 16. § (1) bekezdése határozza meg, az alkalmasság igazolásának módjait, és a jelen jogvita tárgyát képező referencia esetében ez a szerződést kötő másik féltől származó igazolással, nyilatkozattal tehető meg. A Döntőbizottság rámutat, hogy a jogorvoslati eljárásban nem volt az ajánlatkérő és a kérelmező között vita az alkalmasság igazolásának kérdésében, az alkalmasság igazolására vonatkozó előírások megtartottságában.

A Döntőbizottság fentiekre figyelemmel - a Kbt. 55. § (3) bekezdésének értelmezésével - azt vizsgálta meg, hogy az M1) alkalmassági feltétel „az EGT országokban.” tagmondata a közbeszerzés tárgyára korlátozódott-e és a szerződés teljesítéséhez szükséges mértékben került-e meghatározásra.

Az ajánlatkérő a vitatott előírást azzal indokolta, hogy ha a referencia EGT tagállamból származik, könnyebben végezhet ellenőrzést, evégett egyszerűbben felveheti a kapcsolatot a szerződést kötő másik féllal, amely EGT tagállambeli társszerve. Mivel az alkalmassági előírásnak a beszerzés tárgyára kell korlátozódnia, és a beszerzés tárgya egyértelműen optikai kábel, a Döntőbizottság a jogorvoslati eljárás során felhívta az ajánlatkérőt, hogy mutassa be azokat a jogszabályokat, amelyek azt írják elő számára, hogy mielőtt szerződést köt az optikai kábel beszerzése tárgyában, ellenőriznie kell a partnere korábbi teljesítését. A Döntőbizottság rögzíti, hogy ilyen, a beszerzés tárgyára vonatkozó jogszabályi előírás a jogorvoslati eljárás során nem került megjelölésre.

A Döntőbizottság egyebekben az ajánlatkérő fentebb ismertetett hivatkozását azért sem fogadta el, mert nem kizárható, hogy az EGT országbeli referenciát nem olyan szervezet igazolja, amellyel az ajánlatkérő partneri kapcsolatban áll, és ezért az ellenőrzés nem feltétlenül egyszerűsödik. A Döntőbizottság álláspontja szerint az előírás nem állt ok-okozati kapcsolatban a beszerzés tárgyával, egy ajánlattevő műszakilag alkalmas lehet a szerződés teljesítésére abban az esetben is, ha az előírt referenciát nem EGT tagállamban teljesítette.

A Döntőbizottság a kérdés megítélésekor egyetértett a kérelmezővel abban, hogy az adott szerződés keretében szállított áru minősége nem következik abból, hogy az alkalmassági feltételnek esetleg megfelel az ajánlattevő. A Kbt. 55. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárásban az az ajánlattevő tehet ajánlatot, amely megfelel – többek között – az ajánlatkérő által támasztott műszaki feltételeknek, amelyek így azt a célt szolgálják, hogy az ajánlattevő igazolja, hogy a teljesítésre alkalmas. A jelen esetben nem bír jelentőséggel az, hogy az optikai kábel szállítását az ajánlattevő melyik országban valósította meg, mert amennyiben az előírt ellenszolgáltatásért szállított termékeket, és ezt az előírásoknak megfelelően igazolja, a szerződés teljesítésére való alkalmasságát el kell fogadni. Mindez természetesen nem zárja ki azt, hogy az ajánlatkérő ellenőrizze magának a szállítandó terméknek a minőségét, megfelelőségét, ezek azonban nem az alkalmasság, hanem a szakmai ajánlatra vonatkozó előírások között kezelendők.

Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság álláspontja szerint a vizsgált előírás nem korlátozódott a szerződés tárgyára és nem a szerződés teljesítéséhez szükséges mértékben került előírásra. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő az M1) alkalmassági feltétel „az EGT országokban.” tagmondatának alkalmazásával megsértette a Kbt. 55. § (3) bekezdését.

A Döntőbizottság fentebb megállapította a Kbt. 55. § (3) bekezdésének megsértését, ezért az ajánlatkérő eljárásának a jogorvoslati kérelemben megjelölt további jogszabályhelyekbe ütközését nem kívánta vizsgálni, tekintettel arra, hogy a kérelmező nem jelölt meg egyéb feltételezhetően Kbt.-be ütköző ajánlatkérői cselekményt, mulasztást. Megjegyzendő ugyanakkor, hogy a Kbt. alapelveiből és a Kbt. 39. § (1) bekezdéséből következő előírás az, hogy a felhívást úgy kell megfogalmazni, hogy azok valamennyi potenciális ajánlattevő és az ajánlatkérő számára is egyértelműek, érthetőek legyenek, azok ne hordozzák a későbbiekben a kedvezőbb vagy hátrányos értelmezés lehetőségét. Megállapítható, hogy a vizsgált M1) előírás feltételei – egy kivétellel - megfelelnek a fenti követelményeknek, tehát szerepel benne egy időtartam és két összehatár, valamint a referencia szükséges műszaki követelményei. Az „az EGT országokban.” mondatrész azonban a Döntőbizottság álláspontja szerint későbbi értelmezési nehézségeket is felvethet, ugyanis az következik az

előírásból, hogy a referenciát több EGT országban kell teljesíteni, tehát olyan referenciát kell igazolni, amely több EGT országban teljesült. Ez önmagában is ellentmond az előírás többi részének, amely elfogad 1 db referenciát is, de ha egy ajánlattevő több EGT országban megvalósított referenciát igazol, az sem feltétlenül rendezi megnyugtatóan alkalmasságát, ugyanis nincs meghatározva az sem, hogy a referenciának a több EGT ország közül melyikből kell származnia, mint ahogy az sem, hogy amennyiben több EGT országból származik a referencia, hányból kell származzon.

A Döntőbizottság a fenti indokok alapján a Kbt. 134. § (2) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a Kbt. 152. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a rendelkező részben megjelölt jogszabályhelyet, ezért alkalmazta a Kbt. 152. § (3) bekezdés b) és e) pontja szerinti jogkövetkezményeket és megsemmisítette a felhívást és valamennyi az ajánlatkérő által a felhívást követően hozott döntést. A Döntőbizottság azért döntött a felhívás és valamennyi ezt követően hozott ajánlatkérői döntés megsemmisítése mellett, mert nem kizárt, hogy a Kbt. 55. § (3) bekezdésébe ütközőnek talált referencia ismeretében több potenciális ajánlattevő nem nyújtott be ajánlatot, amellyel a verseny korlátozására került sor.

A Kbt. 152. § (3) bekezdés e) pontja szerint amennyiben a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában jogsértést állapít meg bírságot szabhat ki a jogsértő szervezettel (személlyel), valamint a jogsértésért felelős személlyel vagy a szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben.

A Kbt. 152. § (5) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása vagy a gazdasági szereplőnek a közbeszerzési eljárásban történő részvételtől eltiltása, valamint a bírság összegének, illetve az eltiltás időtartamának megállapításában az eset összes körülményét - így különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását, az e törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítását, a jogsértőnek az eljárást segítő együttműködő magatartását, a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időt, támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat - veszi figyelembe. A bírság összegének és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt. Az eltiltásra vonatkozó döntés kérdésében a külön jogszabályban foglaltakat is figyelembe kell venni.

A Közbeszerzési Döntőbizottság által kiszabható szankciókról és alkalmazásuk részletes szabályairól, valamint a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárásáért fizetendő igazgatási szolgáltatási díjról szóló 288/2011. (XII. 22.) Korm. rendelet 5. § (2) bekezdés szerint, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság a Kbt. 152. § (3) bekezdés e) pontja alapján bírságot szab ki, a bírság összege - a Kbt. 152. § (5) bekezdésében foglaltak figyelembevételével - a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb tíz százaléka.

A Döntőbizottság jelen esetben további jogkövetkezményként a bírság kiszabását indokoltnak tartotta, mivel a megvalósított jogsérelem súlyos, az alkalmassági feltétel jogszerűtlen meghatározásával az ajánlatkérő versenykorlátozást valósított meg.

A Döntőbizottság a bírság összegének meghatározása során figyelembe vette a közbeszerzés értékét, az ajánlatkérő Döntőbizottság eljárását segítő, együttműködő magatartását, valamint azt is, hogy a jogsértés reparálható. A Döntőbizottság tekintettel volt arra is, hogy a 2014. augusztus 5. napján kelt D.303/14/2014. számú határozataiban az ajánlatkérő terhére jogsértést állapított meg és vele szemben bírságot szabott ki.

A Döntőbizottság mindezen tényezőket együttesen mérlegelve a bírság összegét a rendelkező részben meghatározott mértékben állapította meg.

A Ket. 157. § (2)-(3) bekezdései a következőkről rendelkeznek:

(2) Az ellenérdekű ügyfelek részvételével folyó eljárásban a hatóság - ha egyes költségek tekintetében jogszabály másként nem rendelkezik - a 153. §-ban meghatározott eljárási költségek viselésére kötelezi

- a) a kérelem elutasítása esetén a kérelmező ügyfelet,
- b) a kérelemnek megfelelő döntés esetén az ellenérdekű ügyfelet,
- c) az eljárás megszüntetése esetén azt az ügyfelet, akinek eljárási cselekménye folytán az eljárási költség felmerült.

(3) Ha a határozat a kérelemnek részben ad helyt, a hatóság az eljárási költség általa megállapított arányban való viselésére kötelezi a kérelmező ügyfelet, illetve az ellenérdekű ügyfelet.

A Ket. 153. § 2. és 6. pontjai szerint eljárási költség:

2. az igazgatási szolgáltatási díj.

6. az ügyfél képviselőjében eljáró személy költsége.

A 288/2011. (XII. 22.) Korm. rendelet 3. § (1) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság az ügy érdemében hozott határozatában a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) 154. § (1) bekezdésétől eltérően az

eljárási költségekről való döntés keretében az igazgatási szolgáltatási díjról a (2)-(3) bekezdés szerint rendelkezik.

A Korm. rendelet 3. § (2) bekezdés szerint amennyiben a jogorvoslati ügyet lezáró érdemi határozatban a Közbeszerzési Döntőbizottság a Kbt.152. § (2) bekezdés c)-f) pontja szerinti jogkövetkezményeket alkalmazza, a befizetett igazgatási szolgáltatási díj 200.000 forintot meghaladó része a kérelmezőnek a Közbeszerzési Döntőbizottság érdemi határozatának megküldését követően visszajár. Az igazgatási szolgáltatási díj összegéből 200.000 forint ilyenkor is a Közbeszerzési Hatóság saját bevétele, amelynek viseléséről a Közbeszerzési Döntőbizottság a Ket. szerint az eljárási költségekre vonatkozó általános szabályok szerint rendelkezik. Az alaptalan kérelem esetében a díj nem kerül visszatérítésre, a kérelmező viseli az igazgatási szolgáltatási díj teljes összegét.

A Ket. 154. § (1) bekezdése szerint a 153. § 3-15. pontjában felsorolt költségek (a továbbiakban: egyéb eljárási költség) vonatkozásában

- a) a hatóság az eljárás során köteles költségkímélő módon és a célszerűség figyelembevételével eljárni,
- b) az ügyfél, valamint az eljárás egyéb résztvevői kötelesek eljárási cselekményeiket a célszerűség figyelembevételével teljesíteni.

A Ket. 158. § (4) bekezdése szerint a hatóság - tekintettel a 154. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltakra - az indokolatlanul magas egyéb eljárási költség helyett alacsonyabb összeget állapít meg.

A kérelmező 7.110.000.-Ft igazgatási szolgáltatási díjat fizetett meg, ezért – figyelemmel arra, hogy a Döntőbizottság a jogorvoslati kérelemnek helyt adott - az ajánlatkérőnek meg kell fizetnie a kérelmező részére az igazgatási szolgáltatási díjnak azon részét, vagyis 200.000.-Ft-ot, amely a Döntőbizottság bevételeit képezi. A fentiekre tekintettel intézkedett a Döntőbizottság a 6.910.000.-Ft összegű igazgatási szolgáltatási díjnak a kérelmező részére történő visszautalása érdekében is.

A kérelmező kérte 280.670.-Ft összegű jogi képviseleti díj költségének az ajánlatkérő megfizetésére kötelezését is. A Döntőbizottság a kérelmező által megjelölt költségeket a Ket. 158. § (4) bekezdése alapján mérsékelte, és annak összegét a rendelkező részben foglaltak szerinti összegben állapította meg.

A határozat bírósági felülvizsgálatát a Kbt. 157. §-a biztosítja.

A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat bírósági felülvizsgálatára - mivel az ajánlatkérő székhelye Budapesten található - a Pp. 326. § (14) bekezdés b) pontja alapján a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság az illetékes.

A Kbt. 161. § (1) bekezdésében foglaltakra tekintettel hívta fel a Döntőbizottság a felek figyelmét arra, hogy amennyiben nem tárgyaláson kívül kívánják a határozat bírósági felülvizsgálatát, akkor a tárgyalás tartását a keresetlevélben kell kérni.

B u d a p e s t, 2016. március 5.

Dr. Fáry Zoltán sk.
közbeszerzési biztos

Bonifert Zsolt sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Virágh Norbert sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelélül:

Tóth Zoltánné

Kapják:

1. Fábry és Társa Ügyvédi Iroda, Dr. Fábry György ügyvéd (1036 Budapest, Kolosy tér 5-6.)
2. MAVIR Magyar Villamosenergia-ipari Átviteli Rendszerirányító Zrt. (1031 Budapest, Anikó u. 4.)
3. AFL Telecommunications GmbH. (kapcsolattartó személy neve: Kaffka István, címe: 1119 Budapest, Petzval J. u. 25.)
4. Exim Kábel Kereskedelmi Kft. (2142 Nagytarcsa, Naplás út 6.)
5. Dr. Csumpilla Rita ügyvéd (1026 Budapest, Hűvösvölgyi út 29. III/3.)
6. Partner Cable Zrt. (2120 Dunakeszi, Bagoly u. 12.)
7. VLG Kereskedelmi Kft. (1132 Budapest, Váci út 28. II/5.)
8. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (1026 Budapest, Riadó u. 5.)
9. Irattár