



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

Tel.: 06-1/882-8594, fax: 06-1/882-8593

E-mail: dontobizottsag@kt.hu

Ikt.sz.: D.19/8/2015.

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 a *Közbeszerzési Döntőbizottság Elnöke* (1026 Budapest, Riadó u. 5., a továbbiakban: Döntőbizottság elnöke) által a *Médiaszolgáltatás-támogató és Vagyonkezelő Alap* (1037 Budapest, Kunigunda u. 64., a továbbiakban: ajánlatkérő) „*Mobil távközlési szolgáltatások beszerzéséhez kapcsolódóan kiegészítő szolgáltatások megrendelése az MTVA számára*” tárgyú közbeszerzési eljárása ellen indított jogorvoslati eljárásban *megállapítja*, hogy az *ajánlatkérő megsértette* a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 121. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazott Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontját.

A Döntőbizottság az ajánlatkérő ajánlattételi felhívását és a közbeszerzési eljárásban azt követően meghozott valamennyi döntését *megsemmisíti*.

A Döntőbizottság az ajánlatkérőt *500.000.-Ft*, azaz ötszázezer 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 jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek, újrafelvételi eljárásnak nincs helye. A határozat bírósági felülvizsgálatát annak kézbesítésétől számított 15 napon belül keresettel a felperes belföldi székhelye (lakóhelye) szerint illetékes közigazgatási és munkaügyi bíróságtól lehet kérni. A keresetlevelet az illetékes bírósághoz címezve, de a Döntőbizottságnál kell benyújtani. 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 jogorvoslati eljárás során keletkezett iratok és az ajánlatkérő nyilatkozatai alapján az alábbi tényállást állapította meg:

Az ajánlatkérő a 2013. augusztus 15. napján feladott és az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2013. augusztus 20. napján a 2013/S 160-279581 szám alatt közzétett felhívásával a Kbt. második része szerinti szolgáltatás megrendelésére irányuló közbeszerzési eljárást indított „Mobiltávbeszélő-szolgáltatások megrendelése” tárgyban.

A felhívás II.1.1) pontjában az ajánlatkérő az alábbiakat rögzítette:
„Szolgáltatási szerződés – mobil távközlési szolgáltatások tárgyában”.

A felhívás II.1.5) pontjában az ajánlatkérő az alábbiak szerint határozta meg a közbeszerzés tárgyát:

„Mobil hang- és adatátviteli szolgáltatás nyújtása a Médiaszolgáltatás-támogató és Vagyonkezelő Alap számára, 36 hónapos határozott időtartamra, szolgáltatási szerződés keretében”.

Az ajánlatkérő a felhívás II.2.1) pontjában az alábbiak szerint határozta meg a teljes mennyiséget:

„Mobil hang- és adatátviteli szolgáltatás nyújtása a Médiaszolgáltatás-támogató és Vagyonkezelő Alap számára, 36 hónapos határozott időtartamra, szolgáltatási szerződés keretében a következő fő mennyiségek mellett:

- Előfizetések száma: 1800 + 100 % eltérés lehetősége (a teljes szerződéses időszak tekintetében)
- Direkt bekötés: 50.000 perc/hó + 150 % eltérés lehetősége
- Mobil adatcsomag (belföldi forgalom): 300 Gbyte/hó + 200 % eltérés lehetősége

A szolgáltatással összefüggésben elvárt tájékoztató műszaki leírást a kiegészítő irat, a részletes követelményeket az ajánlattételi szakaszban rendelkezésre bocsátandó ajánlattételi dokumentáció tartalmazza.”

A felhívás III.2.1) pontja a kizáró okok között az alábbiakat is tartalmazta:

„A részvételre jelentkező (közös részvételi jelentkezés esetén minden részvételre jelentkező külön-külön) a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet (továbbiakban: Kr.) 2., 4. és 10. §-ai szerint köteles igazolni, illetve nyilatkozni arról, hogy nem tartozik a kizáró okok hatálya alá.”

A felhívás IV.3.4) és IV.3.5) pontjai az alábbiakat tartalmazták:

„Ajánlattételi vagy részvételi határidő: 16.9.2013. – 10:00

Az ajánlattételi felhívás megküldése a kiválasztott jelentkezők részére: 30.9.2013.”

Az ajánlatkérő az ajánlattételi szakaszt megindító ajánlattételi felhívást 2013. október 4. napján küldte meg.

Az ajánlatkérő 2013. december 12. napján szerződést kötött a közbeszerzési eljárás nyertesével, a Magyar Telekom Távközlési Nyrt.-vel (a továbbiakban: egyéb érdekelt). A szerződés 1.1. pontja az alábbiakat tartalmazta:

„A Felek megállapodnak abban, hogy a jelen Szerződés tárgyát a Megrendelő által az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2013/S160-279581 iktató számmal megjelent részvételi felhívással indult közbeszerzési eljárás ajánlattételi felhívásában, dokumentációjában meghatározott szolgáltatás (a továbbiakban: Szolgáltatás) képezi a Szerződésben foglaltaknak megfelelően, figyelemmel arra, hogy ezen közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevőjeként a Szolgáltató került kihirdetésre. A Szolgáltató a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (továbbiakban: Kbt.) szerint kötve van az ajánlattételi felhívásban, a dokumentációban és az ajánlatában foglaltakhoz, a szerződést kizárólag ezen feltételeknek megfelelően teljesítheti.”

A szerződés 1.2.1. pontja az alábbiakat tartalmazta:

„A jelen Szerződés keretében a Szolgáltató a jelen Szerződés 1. sz. mellékletében foglaltak szerinti mobil telekommunikációs Szolgáltatásokat nyújtja Megrendelő részére, Megrendelő által igényelt műszaki tartalommal. A Szolgáltatások magukban foglalják a Szolgáltató nyertes ajánlata (végső ajánlat) szerint, 100.000.000.-Ft, azaz százmillió forint keretösszeg erejéig, a Megrendelő általi megrendelések alapján történő készülékváltás lehetőségét is.”

A szerződés 2.1. pontja az alábbiakat tartalmazta:

„A Felek megállapodnak abban, hogy a Megrendelő a jelen Szerződés 1. pontjában meghatározott szolgáltatás ellenértékeként a jelen Szerződés 2. sz. melléklete szerinti Egységárak, valamint az ott fel nem tüntetett szolgáltatások esetében, a Szolgáltató Üzletszabályzatában / ÁSZF-ében feltüntetett díjszabás alapján kalkulált szolgáltatási díjakat (a továbbiakban: Szolgáltatási díj) tartozik megfizetni.”

A szerződés 5.1. pontjában a Felek az alábbiakat rögzítették:

„A Felek megállapodnak abban, hogy a Szolgáltatás műszaki tartalmára vonatkozó részletes feltételeket a Szerződés 3. számú melléklete tartalmazza.”

A szerződés 7.1. pontja szerint a Felek a szerződést „mindkét fél által történő aláírásától számított 36 hónapig terjedő határozott időre kötötték.”

A szerződés 13.9. pontjában a felek kimondták, hogy a „Szerződés elválaszthatatlan mellékletét képezi:

1. sz. melléklet: Telekommunikációs szolgáltatások
2. sz. melléklet: Szolgáltatási díjak
3. sz. melléklet: Műszaki dokumentáció”.

A szerződés 1. számú mellékletének 3.2. Várható mennyiségek című pontjában a felek az alábbiakat rögzítették:

„A Szolgáltató tudomásul veszi, hogy a szerződéskötés után várhatóan kb. 2300 előfizetést (hang és adat együttesen) fog az Előfizető igénybe venni [...]. A Szolgáltató az ajánlatot azonban – az Előfizető kérésének megfelelően – 1800 szolgáltatási szinten vállalt előfizetésre (hang és adat együttesen) nyújtja be (ez a szerződés időtartama alatt vállalt előfizetésszám), további előfizetésekkel történő bővítés lehetőségével. A Szolgáltató minden előfizetésre biztosítja mind a hangszolgáltatás, mind a mobil adatszolgáltatás lehetőségét, azonban a hangelőfizetések egyértelmű dominanciája várható.”

„A poolingba tartozó előfizetések tekintetében kezdetben havi 400 Gb leforgalmazhatóságot magába foglaló pooling kerül aktiválásra.”

Az *ajánlatkérő* 2014. december 23. napján tájékoztatta a Döntőbizottságot arról, hogy a rendelkező részben meghatározott szolgáltatás megrendelése tárgyában e napon hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárást indított a Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontjának megjelölésével.

Az ajánlatkérő az eljárásfajta alkalmazását megalapozó körülmények előzményeként ismertette az alapszerzés tárgyában lefolytatott közbeszerzési eljárás és az annak alapján kötött szerződés tartalmát, majd előadta, hogy a hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás feltételei az alábbiak szerint állnak fenn:

„A tárgyi beszerzéssel, illetőleg az előzményi szerződésben foglalt szolgáltatással szerves összefüggésben, attól műszaki szempontból nem elválasztható módon új, előre nem látható körülmények miatt új beszerzési igény keletkezett.

A korábbi eljárás előkészítése során az ajánlatkérő nem számolt megfelelően a mobil adatforgalom növekedésének ütemével. Az akkori becslések alapján a mobil adatszolgáltatás elvárt forgalma havi 400 GByte volt, mely maximalizálva lett 900 GByte-ban (lásd az előzményi eljárás részvételi felhívás II.2.1 pontját: „Mobil adatcsomag (belföldi forgalom): 300GByte/hó + 200% eltérés lehetősége”), azonban a tényleges forgalom azóta elérte - több esetben meg is haladta - ezen maximális értéket. Ennek oka, hogy az ajánlatkérőnél az ún.

okoskészülékek nem várt mértékben terjedtek el a korábbi gyakorlattal ellentétben, miközben a hagyományos készülékek nem forgalmaztak adatot - mivel lényegében véve hangszolgáltatásra vannak kitalálva -, az okoskészülékek viszont nagy mennyiségű adatot forgalmaznak. Másrészt - figyelemmel az ajánlatkérő által végzett közszolgálati műszolgáltatást támogató alaptevékenységre és az ebből fakadó sajátos mobiltelefon felhasználási módokra – egyre nagyobb mértékben használják az ajánlatkérőnél a felhasználók a készülékeket video tartalom streamingre vagy letöltésre, továbbá a műsorfeldolgozáshoz és továbbításához is egyre gyakoribb a mobil eszközök alkalmazása, melynek eredményeképpen nagy mennyiségű mobil adatforgalom bonyolítása történik meg. Emiatt a korábban tervezettel ellentétben a ténylegesen várható fogalom havi szinten 1.100 GByte-ra tehető, de nem fogja meghaladni a 2.750 GByte-ot az előzményi szerződés időtartama alatt.

Az ajánlatkérő eredetileg azzal számolt, hogy a teljes adatforgalom 300 és 400 GByte körül lesz. Tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő összesen 2.300 előfizetéssel számolt, olyan megoszlásban, hogy körülbelül 600 előfizetés adatforgalmat bonyolít, miközben a maradék 1700 előfizetés kizárólag hangforgalmat bonyolít, ez azt jelentette volna, hogy az adatforgalmat bonyolító előfizetések aránya kb. 26%, ami közelítőleg megfelel az előzményi eljárás megindításakor Magyarországon szereplő aktív adatforgalmat bonyolító előfizetések arányának.(...)”

Az ajánlatkérő továbbá azzal számolt, hogy aktív előfizetésenként átlagban 500-600 Mbyte lesz havonta a forgalom, ami megközelítőleg megfelel az üzleti piacon megszokottnak. Az ajánlatkérő az előzményi eljárás megindítása előtti piacfelmérése során olyan fogyasztási adatokból dolgozott, amely ezeket az igényeket alátámasztotta. A 600 felhasználó ugyanis, egyenként havi 600 Mbyte-tal számolva, havi 360 GByte-os forgalmat vetített előre, ez is került bele mennyiségként az eljárást megindító részvételi felhívásba.

Nem látta és nem is láthatta előre azokat a műszaki tényezőket (technológiai fejlődés) és üzleti körülményeket, amelyek bekövetkezése a fentiekben ismertetett növekedést eredményezte. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a médiapiacra felgyorsult az az igény, hogy a néző és hallgató azonnal helyszíni információhoz jusson, amely a leghatékonyabban mobilszolgáltatással oldható meg, azonban a képtovábbítás gyors és hatékony adatkapcsolatot és ehhez kapcsolódó megnövekedett adatforgalmi igényt feltételez. A rövidített átfutási idők miatt egyre több munkatárs dolgozik otthonról, és nem csak e-mail küldéssel, hanem pl. videó editálással is foglalkoznak, ami rendkívül módon megnövelte a forgalmazott adatmennyiségeket.

Az ajánlatkérő rögzítette, hogy „az elmúlt évek mobil adatforgalmának tendenciáit is figyelembe véve nem tervezett mértékben nőtt – elsősorban az

okostelefonok elterjedése okán – a mobil adatforgalom, amely biztosítása viszont a gazdasági ésszerűséggel összeegyeztethető módon nem választható le az alapszolgáltatásról (hiszen ott már az első 900 GB adatforgalmat egy bizonyos ellenszolgáltatási díjért az ajánlatkérő igénybe veszi).

Kijelenthető továbbá, hogy műszaki-gazdasági szempontból sem elválasztható az Előzmény szerződés szerinti (alap)szolgáltatástól a jelen kiegészítő szolgáltatás tekintettel arra, hogy technikailag egyértelműen nem lehet kombinálni hang- és adatszolgáltatást két különböző szolgáltatótól (az ajánlatkérő által használt és a piacon elérhető készülékek technikailag sem alkalmasak arra, hogy egyszerre tegyék lehetővé két különböző előfizetésen elérhető hang- és adatszolgáltatás igénybevételét, az Előzmény szerződés alapján igénybe vett hangszolgáltatástól tehát technikailag nem választható le az adatszolgáltatás). Tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő hároméves szerződést kötött a Magyar Telekom Nyrt.-vel, minden további hangszolgáltatáshoz kapcsolódó adatszolgáltatás igényt kizárólag a Magyar Telekom Nyrt.-től tudja igénybe venni minden esetben. Ugyancsak a műszaki el nem választhatóságot, illetve a nyertes ajánlattevő tekintetében fennálló műszaki-technikai sajátosságokon alapuló kizárólagosságot húzza alá, hogy a jelenlegi mobiltelefon piacon kizárólag a Magyar Telekom Távközlési Nyrt. nyújt a mobiladatforgalomra vonatkozó 4G/LTE szolgáltatást, amely az előzmény eljárásban ráadásul értékelésre kerülő bírálati részszempont is volt. Az ajánlatkérő tehát a jelenlegi távközlési piacon még önálló szolgáltatásként sem tudna igénybe venni tényleges 4G/LTE alapú adatforgalmi szolgáltatást, ami azt erősíti, hogy jelen kiegészítő szolgáltatás kizárólag a Nyertes ajánlattevőtől szerezhető be”.

Az ajánlatkérő nyilatkozott arról, hogy a kiegészítő szolgáltatás becsült értéke - 25.000.000.-Ft, amely nem haladja meg a korábbi nyertes ajánlattevővel kötött szerződés becsült értékét, vagyis a 162.451.800.-Ft-ot.

Az ajánlatkérő a tájékoztatójához mellékelte az alapbeszerzés részvételi felhívását, az egyéb érdekelttel kötött szolgáltatási szerződést, és a tárgyi közbeszerzési eljárás felhívását.

Az ajánlatkérő ajánlattételre az egyéb érdekeltet hívta fel.

A felhívás 2.) pontjában az ajánlatkérő a tájékoztatóban foglaltakkal azonos módon határozta meg a közbeszerzési eljárás jogcímét, amelynek jogalapjaként a Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontját tüntette fel.

A felhívás 4.) pontja az alábbiakat tartalmazta:

„A közbeszerzés tárgya, illetőleg mennyisége (nómenklátúra):

A közbeszerzés tárgya: mobil távközlési szolgáltatások beszerzéséhez kapcsolódó kiegészítő szolgáltatások megrendelése az MTVA számára.

Nómenklatúra: fő tárgy – 64212000-5 (Mobiltávbeszélő-szolgáltatások)

A közbeszerzés mennyisége: 1.850 GByte adatmennyiség biztosítása az ajánlattételi felhívás 25.b) pontjában meghatározott bontásban. A kiértékelési modell egyetlen mérőszáma a várható végső havi átlagos díj 900 GByte felett.

Ajánlatkérő nagyobb volumenű mobil adatszolgáltatást kíván igénybe venni az Előzmény-szerződésben megfogalmazottakhoz képest változatlan műszaki tartalommal. A mobil adatszolgáltatás esetében elvárás, hogy valamennyi egy ügyfélszám alatt szereplő, közvetlenül az internetre kapcsolódó előfizetői adatelőfizetés a meglévő csomagba, poolingba tartozzon, publikus APN-ben. Így az egy ügyfélszámon lévő előfizetések összes adatforgalmát együttesen számlázza Ajánlattevő az alábbi feltételekkel:

A poolingba tartozó előfizetések tekintetében az Előzmény-szerződésben eredetileg megkötött havi 900 GB keret feletti forgalmat az Ajánlattevő jogosult a csomagméret növelésére 100 GB-oként kiszámlázni 1100 Gbyte-ig, ezt követően nem nagyobb egységekben, mint 1 GByte, kisebb lehet. Ajánlattevő más adatforgalmi díjat nem jogosult számlázni. Ez vonatkozik úgy havi díjakra, mint más forgalmi díjakra. A poolingban lévő előfizetések esetén továbbra is biztosítani kell az adatroaming előfizetésenkénti engedélyezését vagy tiltását 24 órán belül, internetes felületen vagy Call Center kiszolgálással. Call Center kiszolgálás esetén biztosítani kell a havi kimutatást a leadott igényekre az Ajánlatkérő számára. A szolgáltatással összefüggő részletes követelményeket az ajánlattételi dokumentáció, illetőleg az annak részeként csatolt szerződéstervezet tartalmazza.”

A felhívás 6.) pontja a szerződés időtartamát az alábbiak szerint határozta meg: „Szerződéskötéstől számított 23 hónap határozott időtartam, de legfeljebb az alapszerződés (Előzmény-szerződés) időtartamának (szerződéskötéstől 36 hónap) elteltéig, azaz 2016. december 12-ig.”

A felhívás 14.b) pontjában az ajánlatkérő a műszaki, szakmai alkalmassági követelményeknek való megfelelés igazolása körében – többek között – a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 15. § (1) bekezdés a) pontjára is hivatkozott.

A felhívás 16.) pontjában az ajánlatkérő az ajánlattételi határidőt 2015. január 12. napjának 13 órájában határozta meg.

A **Döntőbizottság elnöke** 2014. december 30. napján hiánypótlási felhívást bocsátott ki, melyben közölte, hogy a megküldött iratokból nem állapítható meg egyértelműen a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazhatóságát megalapozó feltételek fennállása, ezért a Kbt. 141. § (4) bekezdése alapján

többek között kérte az ajánlatkérő arra vonatkozó, dokumentumokkal alátámasztott tájékoztatását, hogy

- a korábbi közbeszerzési eljárás előkészítése során, mi alapján határozta meg a 400 GByte-nyi elégséges mobil adatforgalmat, továbbá annak igazolását, hogy a mobil adatforgalma az azóta eltelt idő alatt a maximális értéket meghaladta,
- az előzményi eljárás előkészítése során miért nem számolt azzal, hogy a felhasználók a készülékeket video tartalom streamingre vagy letöltésre is használni fogják, valamint a műsorfeldolgozáshoz és továbbításához szintén a mobil eszközöket fogják alkalmazni, amely az adatforgalom növekedéséhez vezethet,
- mennyire volt előre nem látható körülmény az, hogy az otthonról dolgozó munkatársak az e-mail küldés mellett videó editálással is foglalkoznak, amely jelentős mértékben megnöveli az adatmennyiséget,
- a jelen közbeszerzési eljárás, valamint az ajánlatkérő által indított előzményi eljárás becsült értékét a Kbt. 18. § (2) bekezdésében foglaltakra tekintettel, miért nem kell egybeszámítania,
- kötöttek-e korábban kiegészítő szolgáltatásra irányuló szerződést.

A Döntőbizottság Elnöke kérte, hogy az ajánlatkérő küldje meg az egyéb érdekelttel 2013. december 12. napján kötött szolgáltatási szerződés 1. és 2. számú mellékletét, a jelen közbeszerzési eljárás műszaki leírását, valamint a piacfelmérése során alkalmazott fogyasztási adatokat tartalmazó dokumentum(ok)at, továbbá felhívta a figyelmet arra, hogy az ajánlattételi felhívás 14.b) pontjában a műszaki és szakmai alkalmassági követelmények igazolási módját a 310/2011. (XII. 23.) Kormányrendelet 15. § (1) bekezdés a) pontja alapján határozta meg, amely árubeszerzés esetén alkalmazható.

Az **ajánlatkérő** 2015. január 5. napján nyújtotta be hiánypótlását.

1. Az adatmennyiség meghatározásával összefüggésben előadta, hogy az eredeti szolgáltatás megrendelése előtt 2013. januártól 2013. júniusig terjedő időtartamú forgalomelemzést végzett. Az akkori elsődleges mobil távközlési szolgáltató az egyéb érdekelt volt, de egy másik szolgáltatónál, a Telenor Magyarország Zrt.-nél is voltak előfizetései. Az egyéb érdekeltnél az ajánlatkérő a vizsgált időszak elején összesen tíz folyószámlával rendelkezett, amely az időszak végére hatra csökkent. Külön-külön folyószámlát tartott fenn a személyhez kötött mobil-előfizetések (beleértve mobil stickek és notebookhoz tartozó SIM-ek), a parkolási és egyéb vásárlások (amelyen nem volt adatforgalom), az adatforgalom lebonyolítása céljából, valamint volt 3 darab ún. direkt vagy alközponti bekötés, amelyeken nem volt adatforgalom. Az ajánlatkérő a forgalomelemzést a szolgáltatók által rendelkezésre bocsátott hívás- és számlarészletezők (amelyek a költségek mellett tartalmazták a bonyolított

forgalmakat: percben, darabszámban, illetve adatforgalom esetén byte-ban kifejezve) alapján végezte el. A forgalomelemzés a következő összesített adatokat eredményezte:

2013	01.	02.	03.	04.	05.	06.
Összesen (GB)	236,8	219,4	187,6	195,3	171,5	253,7

Az adatokból jól látható hogy a forgalom 171 és 254 GByte között ingadozott és nem mutatható ki egyértelmű növekedési trend a számokból. Az ajánlatkérő továbbá felhívta a figyelmet arra is, hogy az egyéb érdekelttől kapott adatok nem a teljes forgalmat mutatják, mivel az eredeti szerződést megelőző szerződés egyéni szinten díjmentesen magában foglalt 2 GByte forgalmat havonta, mely nem szerepelt a szolgáltatótól kapott kimutatásban. Tekintettel arra, hogy a telefonok többsége nem volt adatforgalomra képes, azzal kalkulált az ajánlatkérő, hogy a 2.000 (kb. ennyi előfizetés nem volt bevonva az adatforgalom bonyolítására szolgáló csomagba) előfizetésre vetített forgalom nem haladja meg egyenként a havi 100 MByte-ot, vagyis összességében a 200 GByte-ot. Az eredeti beszerzésben az ajánlatkérő a fentiekre figyelemmel kalkulált a várható 400 GByte adatforgalmi mennyiséggel.

Az eredeti szerződést az ajánlatkérő 2013. december 12-én kötötte meg és az 2014. január 1-én lépett hatályba, ennek megfelelően kerültek feldolgozásra az egyéb érdekelttől érkezett számlák 2014. január 1. és 2014. november 30. között (2014. decemberi adatok még nem álltak rendelkezésre az eljárás indításakor), amelyek alapján készült forgalomelemzés a következő összesített adatokat eredményezte:

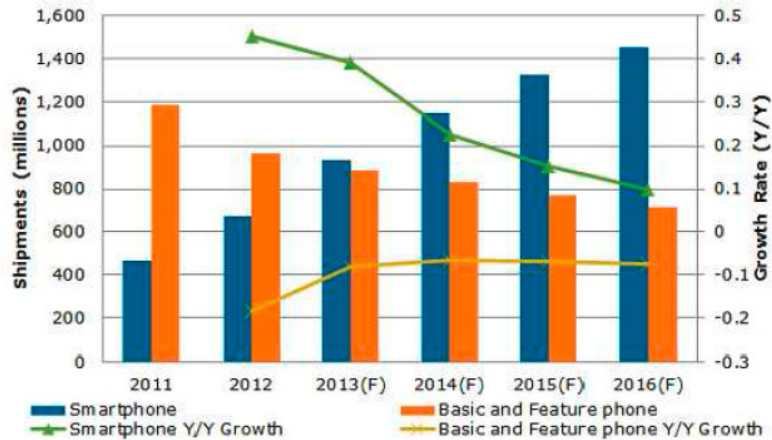
2014	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11
Összesen (GB)	691	783	975	1127	1074	1031	1128	1141	1028	1124	1212

Az ajánlatkérő rögzítette, hogy 2014. februártól minden belföldi adatforgalom a személyekhez kötött mobil előfizetések között szerepel, továbbá a kimutatásból látható, hogy a 2014. januári 691 GByte adatforgalom az év során 80 %-kal nőtt, az év végén meghaladta az 1.200 GByte-ot, és reális az a felvetés, hogy a forgalom tovább fog nőni az új trendekre tekintettel.

Az ajánlatkérő csatolta a forgalmi adatok kimutatását alátámasztó, egyéb érdekelttől kapott iratokat.

2. Azzal összefüggésben, hogy miért nem számolt az alapbeszerzés során azzal, hogy a felhasználási szokások változhatnak, és ez mennyiben volt előre nem látható körülmény, előadta, hogy az előkészítés 2013. év tavaszán és nyarán folyt, amikor Magyarországon, valamint az Európai Unió fejlettebb piacain is domináltak a „nem-okos telefonok” (feature phone-ok). Az ajánlatkérő az alábbi ábrán mutatta be a 2013. év tavaszán készült, okos telefonok piacának várható

alakulását (forrás: NPD Group), amelyből jól látható, hogy az okos telefonok (bal oldali oszlopok jelölik) 2013. évi várható aránya kb. 50 % volt.



A piacelemzők egyetértenek abban, hogy Magyarország átlagosan 2-3 év késéssel követi a világtrendeket. Ebből kiindulva, az ajánlatkérő feltételezte, hogy az okos telefonok nem fognak dominálni sem abban a pillanatban, amikor beszerzésre kerülnek a készülékek, sem a szerződéses időszak egészében.

Az eredeti- és a tárgyi közbeszerzési eljárások előkészítése között eltelt időszakban ugyanakkor az okos telefonok ára jelentősen csökkent, megjelentek olyan készülékek, amelyek tudásban szinte elérték a csúcskategóriás telefonokat, de a beszerzési árak ennek töredéke, ezen okok miatt az okos telefonokra történő tömeges áttérés felgyorsult. Az eredeti felhívásban szerepelt továbbá egy olyan lehetőség, mely szerint a nyertes ajánlattevő 100.000.000.-Ft összegig támogatja az egyébként is kedvezményes készülékeket. Az egyéb érdekelt ajánlatában a maximális támogatást biztosította, ezzel elérve azt, hogy középkategóriás készülékek is további költség nélkül kerüljenek az ajánlatkérő birtokába, amelynek alapján az ajánlatkérő azt a stratégiai döntést hozta, hogy minden beszerzett telefon okos telefon legyen, még akkor is, ha ez növeli az adatforgalom felhasználását. Az ezzel járó forgalomművekedés ekkor azonban még nem volt megbecsülhető. Párhuzamosan ezzel bevezetésre került egy új belső utasítás, amely 3 mobil adatcsomag felhasználási módozatot határozott meg a felhasználók számára:

- korlátlan felhasználás felső vezetőknek és olyan munkatársak számára, akiknél a munkakör ezt szükségessé tette,
- 2 GByte / hó a középvezetőknek és technikai beosztású munkatársaknak,
- 500 MByte / hó a többi munkatársnak (ez képviselte a munkatársak 80%-át).

Az ajánlatkérő kiemelte, hogy az eredeti terv szerint az alsó határ 100 Mbyte/hó volt.

A mobil alkalmazásoknak térnyerése és az ezzel járó adatforgalom nem volt ismeretlen tény akkor, amikor az előzményeljárás megindítása történt, de a

mértéke, illetőleg a növekedés esetleges mértéke az ajánlatkérő szerint nem volt megbecsülhető. Az okos telefonok térhódításával nagy felhasználói tömegeknél olyan mindennapi alkalmazások kerültek alkalmazásra, mint: e-mail, naptár, kontaktok, magánjellelű alkalmazások (nem elkerülhető). A videó editálás illetve a mobil közvetítés szintén növelte és növeli az adatfelhasználást, ez részben tervezett volt, azonban mértéke nem. Az előbbieken túl számos olyan funkció vált tömegesen elérhetővé az okos telefonok elterjedése és folyamatos fejlesztése során, amelyek korábban - akár egy-másfél évvel ezelőtt is - elképzelhetetlenek voltak mobileszközök igénybe vételével, napjainkban pedig a mindennapi felhasználás részei. A technológiai fejlődés ütemét még az egyébként megfelelő saját és külső szakértővel rendelkező ajánlatkérő sem tudta előre teljes körűen felmérni. Az ajánlatkérő külön hangsúlyozta, hogy a beszerzés tárgyát képező szolgáltatások az egyébként is forradalmi gyorsasággal és kiszámíthatatlansággal változó iparág talán legkevésbé prognosztizálható területét képezik: jószerivel még hónapokra előre sem láthatóak a trendek főbb jellemzői.

Azzal összefüggésben, hogy mennyiben volt előre nem látható körülmény az, hogy az otthonról dolgozó munkatársak az e-mail küldés mellett videó editálással is foglalkoznak, az ajánlatkérő hivatkozott a fentebb kifejtettekre: nem láthatta előre sem az okos telefonok árainak alakulását, ezzel párhuzamosan az elterjedésük mértékét, mint ahogy nem volt előre kalkulálható azon új felhasználási módok és lehetőségek gyors elterjedése sem, amelyek a jelenlegi felhasználást jellemzik.

3. Azzal összefüggésben, hogy az eredeti és a tárgyi beruházás értékét egybe kell-e számítani, az ajánlatkérő előadta, hogy álláspontja szerint a Kbt. 18. § (2) bekezdését úgy kell értelmezni - figyelemmel a Kbt. vonatkozó miniszteri indokolásában és az ugyancsak vonatkozó uniós irányelvi előírásokban foglaltakra is -, hogy az „egy szerződéses jelleg” akkor állapítható meg, ha az adott beszerzés akár egy szerződés keretében, akár egyidejűleg is megköthető lenne, csak az ajánlatkérő döntése szerint kerül sor „több részben” a szerződés(ek) megkötésére. Ez utóbbi eset jelen eljárások tekintetében véleménye szerint nem következhet be, az alapszolgáltatás és a külön, hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alapján beszerzendő kiegészítő szolgáltatást fogalmilag nem lehet egy szerződés keretében, egyidejűleg megvalósítani, tehát a két eljárás becsült értéke nem számítandó egybe. Felhívta a figyelmet, hogy a kérdés jelen eljárásban kizárólag az ajánlattevő kizáró okok hatálya alatt nem állásának igazolását és esetlegesen az alkalmassági minimumkövetelményeknek való megfelelés igazolási módját érinti.

Az ajánlatkérő az előírt szakmai és alkalmassági minimumkövetelmény igazolása tekintetében – figyelemmel a beszerzés tárgyára, amelyből következően nem a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 15. § (1) bekezdés a) pontja, hanem a 15. § (3) bekezdés a) pontja alkalmazandó – módosította a felhívás 14.b) pontját.

A hiánypótlásához az ajánlatkérő csatolta a módosított felhívást, az egyéb érdekelttel 2013. december 12-én kötött szolgáltatási szerződés mellékleteit, a tárgyi közbeszerzési eljárás műszaki leírását, valamint úgy nyilatkozott, hogy az eredeti szerződéshez kapcsolódóan kiegészítő szolgáltatásra irányuló szerződést nem kötött.

A módosított felhívás 14.b) pontjában az ajánlatkérő a műszaki, szakmai alkalmassági követelményeknek való megfelelés igazolása körében hivatkozott jogszabályhelyet javította, abban a 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 15. § (3) bekezdés a) pontja szerepelt.

A módosított felhívás 16.) pontjában az ajánlatkérő az ajánlattételi határidőt 2015. január 14. napjának 13 órájában határozta meg.

A felhívás mellékletét képező műszaki leírás 1.1. pontjában az ajánlatkérő az alábbiak szerint határozta meg az eljárás tárgyát:

„A közbeszerzési eljárás célja, hogy az Ajánlatkérő (Médiaszolgáltató-támogató és Vagyonkezelő Alap, MTVA, a továbbiakban: Ajánlatkérő) bővíteni kívánja a mobil adatcsomag felhasználható keretét.”

A műszaki leírásban „A felhívás célja” cím alatt az ajánlatkérő az alábbiakat rögzítette:

„A 2013 őszén indított közbeszerzési eljáráson a mobil adatszolgáltatás elvárt forgalma havi 400 GByte volt, mely a részvételi eljárás szerint maximalizálva volt 900 GByte-ban (300 GByte + 200%). A tényleges forgalom azóta elérte, sőt, több esetben meghaladta a maximálisan meghatározott 900 GByte-ot. Ennek az okai főleg a következők:

- Az Ajánlatkérőnél az ún. okos készülékek nagyon nagy mértékben terjedtek el, a korábbi gyakorlattal ellentétben. Miközben hagyományos készülékek szinte nem forgalmaznak adatot, ők hangszolgáltatásra vannak kitalálva, az okos készülékek nagy mennyiségű adatot forgalmaznak.

- Egyre nagyobb mértékben használják a felhasználók a készülékeket videotartalom streamingre vagy letöltésére.

- Műsorfeldolgozáshoz és- továbbításhoz egyre gyakoribb a mobil eszközök alkalmazása, melyen nagy mennyiségű mobil adatforgalmat bonyolítanak.

Emiatt a várható forgalom havi szinten 1.100 Gbyte-ra tehető, de várhatóan nem fogja meghaladni a 2.750 GByte-ot a szerződéses időszak alatt.”

A műszaki leírás „Mobil adatszolgáltatás” címe alatt a következő tartalom szerepelt:

„Ajánlatkérő nagyobb volumenű mobil adatszolgáltatást kíván igénybe venni változatlan műszaki tartalommal. A mobil adatszolgáltatás esetében elvárás, hogy valamennyi egy ügyfélszám alatt szereplő, közvetlenül az Internetre kapcsolódó előfizetői adat előfizetés (hangelőfizetés melletti, vagy tiszta adatkártya) a meglévő csomagba, poolingba tartozzon, publikus APN-ben. így az egy ügyfélszámon lévő előfizetések összes adatforgalmát együttesen számlázza Ajánlattevő az alábbi feltételekkel:”

A műszaki leírás „LTE szolgáltatás biztosítása” címe alatt a következő tartalom szerepelt:

„Tekintettel arra, hogy a pályázatra kerülő szolgáltatás azonos a már igénybe vett szolgáltatással, az erre vonatkozó követelményrendszer változatlan.”

A **Döntőbizottság elnöke** 2015. január 7. napján hivatalból megindította a Döntőbizottság jogorvoslati eljárását, mivel a részére megküldött iratok alapján megalapozottan feltételezhető volt a közbeszerzésre, valamint a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok rendelkezéseinek megsértése, ezért indítványozta, hogy az eljáró tanács vizsgálja meg a közbeszerzési eljárás jogalapját és az ajánlattételi felhívás jogszerűségét.

Az **ajánlatkérő** 2015. január 12. napján felfüggesztette a közbeszerzési eljárást és a jogorvoslati eljárás során az alábbi érdemi észrevételt tette.

Az általa már korábban is hivatkozott kizárólagossággal és a szolgáltatás kiegészítő jellegével összefüggésben kérte figyelembe venni, hogy az eljárás megindításakor hangsúlyt fektetett a „műszaki-technikai sajátosságon alapuló kvázi kizárólagosságra” is, amikor kifejtette, hogy miért nem lehet kombinálni a hang- és adatszolgáltatást két különböző szolgáltatótól. Csatolta az egyéb érdekeltnek a hálózati zár (SIM Lock) tekintetében 2015. január 23. napján adott nyilatkozatát, amelyben szerepelt, hogy az egyéb érdekelt által megajánlott telefonkészülékek SIM Lock-kal rendelkeztek, amelyek más szolgáltató hálózatában való működésre a hálózati zár feloldása nélkül nem alkalmasak, azokba kizárólag a készüléket szállító szolgáltató SIM kártyái helyezhetők és működtethetők. Álláspontja szerint elvileg nem teljesen kizárt, hogy a tárgyi szolgáltatást más gazdasági szereplőtől szerezze be az ajánlatkérő, azonban ez műszaki és gazdasági okok miatt nem képzelhető el jelentős nehézség nélkül (Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja), amely a kizárólagossághoz hasonló helyzetet eredményez.

A felhívásban az ajánlatkérő 300 Gbyte/hó + 200 % adatmennyiséget (összesen tehát 900 Gbyte/hó adatmennyiséget) határozott meg azzal, hogy a minimális 300 Gbyte mennyiség mindenképpen felhasználásra kerül és erre vonatkozóan kellett az ajánlattevőknek ajánlatot tenniük. A további adatforgalom igénybevétele azonban az ajánlatkérő akkori tervezése szerint esetleges volt (ezért sem épült be a minimális mennyiségbe) és más díjazás alá esik/eshet. Ezért erre a további mennyiségre külön ár megajánlását kérte oly módon, hogy a további forgalom tekintetében 100 Gbyte árát be kellett építeni a havi rögzített díjba. E 400 Gbyte adatforgalom egyrészt alkalmasnak tűnt a többféle ár megjelenítésére, másrészt az elképzelések szerinti későbbi tényleges felhasználást modellezte.

A **Döntőbizottság** megállapította, hogy az ajánlatkérő jelen közbeszerzési eljárását a Kbt. rendelkezései alapján 2014. december 23. napján indította, így a Kbt. 181. § (1) bekezdése szerint e jogorvoslati eljárásra a Kbt. e napon hatályos rendelkezéseit kell alkalmazni.

A Döntőbizottság az alábbi indokok alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő jogsértően határozta meg közbeszerzési eljárásának jogalapját.

A Kbt. 3. § első mondata szerint e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.

A Kbt. 5. §-a szerint közbeszerzési eljárást az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek visszerthes szerződés megkötése céljából kötelesek lefolytatni megadott tárgyú és értékű beszerzések megvalósítása érdekében (közbeszerzés).

A Kbt. 82. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárás nyílt, meghívásos, tárgyalásos eljárás vagy versenypárbeszéd lehet. Tárgyalásos eljárást és versenypárbeszédet csak akkor lehet alkalmazni, ha azt e fejezet megengedi. A tárgyalásos eljárás hirdetmény közzétételével induló vagy hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás lehet.

A Kbt. 121. § (1) bekezdés b) pontja szerint az ajánlatkérő az e rész hatálya alá tartozó közbeszerzés megvalósításakor választása szerint a törvény Második Részében meghatározott szabályok szerint jár el a 122-122/A. §-ban foglalt eltérésekkel.

A Kbt. 94. § (1) bekezdése szerint a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás olyan egy szakaszból álló közbeszerzési eljárás, amelyben az ajánlatkérő az ajánlattételre felhívott és alkalmasnak minősített ajánlattevőkkel tárgyal a szerződés feltételeiről.

A Kbt. 94. § (2) bekezdés c) pontja alapján az ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást alkalmazhat, ha a szerződés műszaki-technikai sajátosságok, művészeti szempontok vagy kizárólagos jogok védelme miatt kizárólag egy meghatározott szervezettel, személlyel köthető meg.

A Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerint az ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást alkalmazhat építési beruházás vagy szolgáltatás megrendelése esetében, ha a korábban megkötött szerződésben nem szereplő, de előre nem látható körülmények miatt kiegészítő építési beruházás, illetve szolgáltatás megrendelése szükséges az építési beruházás vagy a szolgáltatás teljesítéséhez, feltéve, hogy a kiegészítő építési beruházást vagy szolgáltatást műszaki vagy gazdasági okok miatt az ajánlatkérőt érintő jelentős nehézség nélkül nem lehet elválasztani a korábbi szerződéstől vagy ha a kiegészítő építési beruházás, illetve szolgáltatás elválasztható, de feltétlenül szükséges az építési beruházás vagy a szolgáltatás teljesítéséhez, az ilyen kiegészítő építési beruházásra, illetve szolgáltatásra irányuló – a korábbi nyertes ajánlattevővel kötött – szerződés vagy szerződések becsült összértéke azonban nem haladhatja meg az eredeti építési beruházás vagy szolgáltatás értékének felét.

A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő a jelen közbeszerzési eljárása jogalapjaként a Kbt. 121. § (1) bekezdés b) pontjára tekintettel alkalmazandó Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontját tüntette fel. Az ajánlatkérő a választott eljárást is abban az esetben folytathatja le, ha a jogszabályban előírt feltételek az eljárás megindításakor a beszerzés tárgya vonatkozásában fennállnak. Az eljárással kapcsolatos törvényi feltételek felsorolása taxatív jellegű, ezért az eljárás alkalmazásának körét ebben az esetben is megszorítóan kell értelmezni az eljárás alkalmazhatóságának kivételes jellegére tekintettel.

A Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerint hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazásához a lenti három számozott feltétel együttes és két franciabekezdésben megjelölt feltétel közül az egyiknek a megvalósulása szükséges. Egyetlen törvényi feltétel hiánya esetén már nem alkalmazható jogszerűen a hirdetmény nélküli eljárás.

Az alábbi három feltételek mindegyikének fenn kell állnia, míg az utolsóként említett, francia bekezdésekben szerepeltetett feltételek közül csak az egyiknek:

1. a korábban megkötött szerződésben a kiegészítő beruházás (szolgáltatás) nem szerepel,
2. előre nem látható körülmények miatt a kiegészítő építési beruházás (szolgáltatás) megrendelése szükséges az építési beruházás (szolgáltatás) teljesítéséhez,
3. az ilyen kiegészítő építési beruházásra (szolgáltatás nyújtására) irányuló – a korábbi nyertes ajánlattevővel kötött – szerződés(ek) becsült összértéke nem

haladhatja meg az eredeti építési beruházás (szolgáltatás) értékének felét feltéve,

- hogy a kiegészítő építési beruházást (szolgáltatást) műszaki vagy gazdasági okok miatt az ajánlatkérőt érintő jelentős nehézség nélkül nem lehet elválasztani a korábbi szerződéstől, vagy
- ha a kiegészítő építési beruházás (szolgáltatás) elválasztható, de feltétlenül szükséges az építési beruházás (szolgáltatás) teljesítéséhez.

Az első feltétel, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás keretében elvégezni tervezett munkák a korábban megkötött szerződésben nem szerepelhetnek.

A Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja alapján olyan esetben lehetséges hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás lefolytatása, amikor valamely építési beruházásra, vagy szolgáltatásra irányuló szerződés megkötésekor valamilyen körülmény folytán nem lehetett előre látni azt, hogy a megkötött szerződés teljesítéséhez olyan további építési munkák, szolgáltatások szükségesek, amelyeket az alapszerződés nem tartalmaz (második feltétel). Szükséges annak hangsúlyozása, hogy csak olyan építési munkák, szolgáltatások alapozhatják meg az eljárásfajta választását, amelyek az alapszerződés tárgyának teljesítéséhez szükségesek. Rá kell arra is mutatni, hogy az előre nem látható körülménynek az ajánlatkérői szándéktól függetlenül kell bekövetkeznie, a beszerzéssel kell összefüggésben állnia. Amennyiben a kiegészítő építési beruházás akár közvetve, akár közvetlenül az ajánlatkérői igény megváltozásából fakad, illetve az nem szükséges az eredetileg meghatározott, az alap beruházás teljesítéséhez, az eljárásfajta választása jogsértő. Jogsértő továbbá mindazon esetekben ezen eljárásfajta alkalmazása, ha ajánlatkérő új beszerzési igényt kíván megvalósítani.

A Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti hirdetmény nélküli eljárás ajánlatkérőnek az eljárás megindításakor még fennálló beszerzési igénye kielégítésére irányulhat. A korábban elvégzett munkák utólagos szerződésbe foglalására lefolytatott hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás attól függetlenül jogsértő, ha e munkák vagy azok egy része esetében a Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti feltételek egyébként a beszerzési igény jelentkezésekor fennálltak volna. A Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti eljárásfajta alkalmazására csak a szerződés teljesítésének időpontja előtt áll fenn lehetőség. Amennyiben a felek kölcsönösen teljesítették a szerződést, az azt követően keletkező igényekre ajánlatkérő kötelessége új közbeszerzési eljárás lefolytatása.

Az előzőek mellett szükséges az is, hogy a korábbi nyertes ajánlattevővel kötött szerződés(ek) becsült összértéke ne haladja meg az eredeti építési beruházás (szolgáltatás) értékének felét (harmadik feltétel).

A kiegészítő beruházás, illetve szolgáltatás beszerzésére irányuló hirdetmény nélküli eljárás előzőekben ismertetett konjunktív feltételei közül bármelyik hiánya kizárja az eljárásfajta jogszerű alkalmazását. Abban az esetben, ha a konjunktív feltételek fennállnak az eljárásfajta jogszerű választásához a vagylagos – nem elválasztható a korábbi szerződéstől; elválasztható, de feltétlenül szükséges – feltételek valamelyikének megléte is szükséges.

A Döntőbizottságnak az első törvényi feltétel körében azt kellett vizsgálnia, hogy a 2013. december 12. napján kötött szerződésben a 2014. december 23. napján indított közbeszerzési eljárás tárgyát képező szolgáltatás szerepelt-e.

A 2013. augusztus 15. napján indított közbeszerzési eljárás tárgya mobiltávbeszélő szolgáltatások megrendelése volt, az alapbeszerzés felhívásának II.2.1) pontja szerint az egyéb érdekeltnek mobil hang- és adatátviteli szolgáltatást kellett nyújtania. A közbeszerzési eljárás tárgyát képezte 1800 db előfizetés + 100 % eltérés, valamint 300 GByte mennyiségű adatforgalom + 200 % eltérés lehetőségével. A jogorvoslati eljárás során az ajánlatkérő úgy nyilatkozott, hogy az alapberuházást megelőző közbeszerzési eljárás ajánlattételi felhívásában összesen 900 Gbyte/hó adatmennyiséget (300 GByte + 200 %) határozott meg azzal, hogy a minimális 300 Gbyte mennyiség mindenképpen felhasználásra kerül és erre vonatkozóan kellett az ajánlattevőknek ajánlatot tenniük, a további adatforgalom igénybevétele azonban akkor esetleges volt.

Az egyéb érdekelttel 2013. december 13-án kötött szerződés 1.1. pontjában a felek a fentieknek megfelelően kimondták, hogy a szerződés tárgya az ajánlattételi felhívásban, dokumentációban megjelent szolgáltatás, és a szerződés 1. számú mellékletének 3.2. pontjában rögzítésre kerültek az előfizetések várható számára vonatkozó adatok – kb. 2300 db előfizetés és „kezdetben havi 400 Gbyte” adatforgalom.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a 2014. december 23. napján indított közbeszerzési eljárás tárgya szintén mobiltávbeszélő szolgáltatás volt, és a felhívás 4.) pontjában meghatározott mennyiség szerint az eljárás az eredeti beszerzésben szereplő havi 400 Gbyte mennyiségű adatforgalom 1.850 GByte-re történő megemelésére irányult.

A Döntőbizottság megállapította, hogy mind a 2013. december 13. napján kötött szerződésben, mind a jelen jogorvoslati eljárás tárgyát képező közbeszerzési eljárásban szerepelt a mobil adatforgalom biztosítására vonatkozó szolgáltatás, és a tárgyi beszerzés e szolgáltatás mennyiségének bővítésére irányult. Fentiek alátámasztására a Döntőbizottság figyelembe vette

a tárgyi közbeszerzési eljárás mellékletét képező műszaki leírás 1.1. pontjában foglaltakat, amely kifejezetten tartalmazza, hogy „a közbeszerzési eljárás célja, hogy az ajánlatkérő bővíteni kívánja a mobil adatcsomag felhasználható kereteit.”

Az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárásával egy már korábban megkötött szerződés alapján beszerzett szolgáltatás mennyiségét kívánta növelni, amely adatmennyiség 400 Gbyte-ot meghaladó értéke ugyanakkor nem szerepelt az eredeti szerződésben.

A Döntőbizottság előbbieket figyelembe vételével megállapította, hogy az ajánlatkérő az adatmennyiség megemelt mennyiségét értve ezalatt olyan szolgáltatást kívánt igénybe venni, amely az eredeti szerződésben nem szerepelt, ezért a hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti jogcímének első konjunktív eleme – miszerint a korábban megkötött szerződésben a kiegészítő szolgáltatás nem szerepelhet – fennállt.

A Döntőbizottságnak a második törvényi feltétel körében abban kellett állást foglalnia, hogy a 2014. december 23. napján indított közbeszerzési eljárás tárgya a 2013. december 13-án kötött szerződés szerinti eredeti szolgáltatás teljesítéséhez szükséges előre nem látható kiegészítő szolgáltatás volt-e.

Az ajánlatkérő ismertette a jogorvoslati eljárás során, hogy az egyéb érdekelttel 2013. december 13-án kötött szerződés tárgyát képező adatmennyiség mértéke mely módon lett havi 400 Gbyte. A Döntőbizottság megvizsgálta az ajánlatkérő által a Döntőbizottság részére benyújtott részletes tájékoztatóban és hiánypótlásban előadottakat, és megállapította, hogy nem merült fel olyan tény, körülmény, amely azt támasztotta volna alá, hogy az eredeti szerződésben meghatározott szolgáltatás teljesítése bármelyik fél részéről akadályba ütközött volna. Nem látta akadályát annak, hogy az eredeti szerződésben szereplő 400 Gbyte adatforgalmat az egyéb érdekelt biztosítsa az ajánlatkérő részére, és olyan akadály sem merült fel, amely a szolgáltatás ajánlatkérő általi igénybevételét megghiúsította volna.

A Döntőbizottság megállapította, hogy nem volt olyan akadályt jelentő körülmény, amely az eredeti szolgáltatás teljesítését megghiúsította volna, és olyan tények sem a tájékoztatóban, sem a hiánypótlásban nem merültek fel, melyek azt támasztották volna alá, hogy az eredeti szolgáltatás a kiegészítő szolgáltatás nélkül nem teljesíthető. A jelen közbeszerzési eljárás alapját tehát egy új igény képezte, mert az ajánlatkérő célja az volt, hogy az eredeti szerződés szerinti 400 Gbyte feletti adatmennyiséget szerezzen be.

Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy a tárgyi közbeszerzési eljárás szerinti szolgáltatás az eredeti szolgáltatás teljesítéséhez nem szükséges, mert az ajánlatkérő az eredeti szolgáltatást képes igénybe venni az új igényként jelentkező kiegészítő szolgáltatás nélkül is.

A jogalkotó a Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti hirdetmény nélküli eljárást olyan kivételes esetre tartotta alkalmazhatónak, amikor a szolgáltatásra irányuló szerződés megkötésekor valamilyen körülmény folytán nem lehetett előre látni, hogy a megkötött szerződés teljesítéséhez olyan további szolgáltatások szükségesek, amelyeket az alapszerződés nem tartalmaz. A Döntőbizottság rámutat arra, hogy az előre nem látható körülménynek az ajánlatkérői szándéktól függetlenül kell bekövetkeznie, és a beszerzéssel kell összefüggésben állnia.

A Döntőbizottság elnöke az általa az ajánlatkérő részére 2014. december 30. napján küldött hiánypótlási felhívásában kimerítő tájékoztatást kért arra vonatkozólag, hogy a Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti jogalap alkalmazásának azon feltétele, miszerint előre nem látható körülménynek kell felmerülnie, a tárgyi közbeszerzési eljárásban hogyan érvényesül.

A Döntőbizottság az ebben a körben előadottak körében vizsgálta azt az állítást, mely szerint az ajánlatkérő azért indította meg a jelen közbeszerzési eljárását, mert bebizonyosodott, hogy az eredeti szerződés szerinti adatforgalom nem elégséges. Az ajánlatkérő arra hivatkozott, hogy „nem számolt megfelelően a mobil adatforgalom növekedésének ütemével”, és ismertette, hogy milyen trendek érvényesültek 2013. és 2014. években. A Döntőbizottság a mobiltelefon piacon érvényesülő tendenciák részletes értékelésének megismerését követően rögzíti, hogy álláspontja szerint nem minősül az ajánlatkérőn kívül álló előre nem látható körülménynek az, ha munkatársai „egyre nagyobb mértékben használják a készülékeket video streamingre vagy letöltésre, továbbá a műsorfeldolgozáshoz és továbbításhoz is egyre gyakoribb a mobil eszközök alkalmazása”, mert ez nem az ajánlatkérőn kívül álló, objektív körülmény, hanem az ajánlatkérő szakmai feladatainak ellátásával függ össze.

Nem fogadta el előre nem látható körülményként azt sem a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérő élt az eredeti szerződésben szereplő azon lehetőséggel, miszerint a munkatársak által használt nem okos telefonokat okos telefonokra cserélte le, és belső utasításában megemelte a felhasználható adatmennyiséget, mert utóbbiak – az ajánlatkérő által is elismerten – a saját stratégiai, humánpolitikai döntései voltak.

A Döntőbizottság fentiek alapján arra a következtetésre jutott, hogy amennyiben érvényesültek is a mobiltelefon piacon előre nem látható változásokat előidéző tendenciák, az ajánlatkérő nem került olyan kényszerhelyzetbe, amely a tárgyi közbeszerzési eljárás szerinti szolgáltatás szükségességét az ajánlatkérőtől függetlenül bekövetkezett előre nem látható körülményre tekintettel alátámasztotta volna, ugyanis az új technikai megoldások alkalmazása, az adatforgalom megnövelése és az eredetileg alkalmazott készülékek lecserélése mind a saját döntései voltak.

Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a 2014. december 23. napján indított hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti jogcímének második konjunktív eleme – a kiegészítő szolgáltatás előre nem látható körülmények miatt az eredeti szolgáltatás teljesítéséhez szükséges – nem állt fenn.

A Döntőbizottság megállapította, hogy hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti jogcímének harmadik konjunktív eleme – a kiegészítő szolgáltatásra irányuló szerződés becsült értéke nem haladhatja meg az eredeti szolgáltatás értékének felét – fennállt. A 2013. december 13. napján kötött szerződés értéke az ajánlatkérő nyilatkozata szerint 162.451.800.-Ft volt, míg a 2014. december 23. napján indított közbeszerzési eljárás becsült értékét az ajánlatkérő 25.000.000.-Ft-ban jelölte meg.

A Döntőbizottság megvizsgálta, hogy a Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja alkalmazásához szükséges két vagylagos feltétel közül fennállt-e valamelyik.

Az első vagylagos feltétel vonatkozásában a Döntőbizottságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a 2014. december 23. napján indított közbeszerzési eljárás szerinti szolgáltatást műszaki vagy gazdasági okok miatt az ajánlatkérőt érintő jelentős nehézség nélkül el lehetett-e választani a 2013. december 13. napján kötött szerződéstől.

A Döntőbizottság ebben a körben vizsgálta az ajánlatkérő arra vonatkozó hivatkozását, hogy az új beszerzés műszaki-technikai körülmények miatt kizárólag az egyéb érdekelttel köthető meg azért, mert a vásárolt mobil készülékekbe más szolgáltató SIM kártyái nem helyezhetők. A Döntőbizottság a fenti érvet elfogadta az első vagylagos feltételt alátámasztó körülményként tekintettel arra, hogy a beszerzett mobiltelefonokba nem helyezhető más szolgáltató SIM kártyája, tehát amennyiben a beszerzettnél nagyobb adatforgalmat kíván az ajánlatkérő igénybe venni, a szerződést csak az egyéb érdekelttel kötheti meg.

A második vagylagos feltétel vonatkozásában a Döntőbizottságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a 2014. december 23. napján indított közbeszerzési eljárás szerinti szolgáltatás feltétlenül szükséges volt-e a 2013. december 13. napján kötött szerződés teljesítéséhez.

A Döntőbizottság ezen feltétellel összefüggésben utalni kíván a második konjunktív feltétel vizsgálata körében kifejtettekre, ahol megállapította, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás szerinti szolgáltatás beszerzése nem volt szükséges az eredeti szerződés teljesítéséhez. Amennyiben megállapítható, hogy a kiegészítő szolgáltatás nem szükséges az alapbeszerzés teljesítéséhez, a Döntőbizottság álláspontja szerint a kiegészítő szolgáltatás feltétlen szükségessége is kizárható.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a tárgyi hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti jogcímének egyik vagylagos eleme fennállt.

A fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 121. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó 94. § (3) bekezdés a) pontját tekintettel arra, hogy nem állt fenn a hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás jogcímének második konjunktív feltétele.

A Döntőbizottság megjegyzi, hogy az ajánlatkérő a felhívásban a Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pontja szerinti jogalap fennállása körében az elválaszthatatlanság törvényi követelménye alátámasztása kapcsán hivatkozott arra, hogy az egyéb érdekeltnek műszaki-technikai sajátosságon alapuló kizárólagos joga van. Ezen előadását a jogorvoslati eljárás során az ajánlatkérő akként pontosította, hogy az egyéb érdekeltnek „kvázi” kizárólagos joga áll fenn, illetve, hogy elvileg nem kizárt az, hogy a beszerezni kívánt szolgáltatást más ajánlattevőtől szerezze be az ajánlatkérő.

Ezen műszaki-technikai sajátosságra vonatkozó ajánlatkérői előadást a Döntőbizottság értékelte az elválaszthatatlanság törvényi követelménye vizsgálata során. Tekintettel pedig arra, hogy az eljárás önálló jogalapként a Kbt. 94. § (2) bekezdés c) pontja szerinti ok fennállása az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozata szerint sem került megjelölésre, azt a Döntőbizottságnak nem kellett vizsgálnia.

A Döntőbizottság a Kbt. 134. § (2) bekezdésében biztosított hatáskörében eljárva a Kbt. 152. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét és alkalmazta a Kbt. 152. § (3) bekezdés b) pontja szerinti jogkövetkezményt, megsemmisítette ajánlatkérő ajánlattételi felhívását és a közbeszerzési eljárásban azt követően meghozott valamennyi döntését.

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) bekezdése 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 ajánlatkérő súlyosnak minősülő jogsértést valósított meg azzal, hogy a jogalap feltételeinek hiányában alkalmazta a kivételesként alkalmazható hirdetmény nélküli eljárást.

A Döntőbizottság a bírság összegének meghatározásakor az ajánlatkérő terhére értékelte, hogy a D.67/2013., a D.63/2014., a D.465/2014. és a D.500/2014. szám alatt folytatott jogorvoslati eljárásokban hozott határozataiban korábban vele szemben már megállapított jogsértést, amelyben bírságot is alkalmazott.

A Döntőbizottság mérlegelte azt is, hogy a megállapított jogsértés az ajánlattételi felhívás és az azt követően hozott ajánlatkérői döntések megsemmisítésével reparálható, továbbá a bírság összegének megállapítása során tekintettel volt a beszerzés alacsony mértékű becsült értékére.

A Döntőbizottság a fentiekben ismertetett valamennyi tény és körülmény figyelembevételével állapította meg a bírság összegét 500.000.- forintban.

A Döntőbizottság a Kbt. 134. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó, a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (Ket.) 72. § (1) bekezdés de) pontja szerint a Ket. 157. § (2) bekezdés b) pontja alapján rendelkezett a költségek viseléséről.

A határozat bírósági felülvizsgálatát a Kbt. 157. § (1) bekezdése biztosítja.

A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat bírósági felülvizsgálatára - mivel az ajánlatkérő nem központi költségvetési szerv - a Pp. 326. § (12) bekezdés r) pontja és a Pp. 326. § (2) bekezdése alapján a felperes belföldi székhelye (lakóhelye) szerinti közigazgatási és munkaügyi bíróság illetékes. A Pp. 326. § (11) bekezdés b) pontja szerint a fővárosi székhelyű, azonban működését kizárólag Pest megye területén végző felperesi szervezetet a bíróság illetékessége szempontjából úgy kell tekinteni, mintha székhelye Pest megye területén lenne. Amennyiben a felperes belföldi székhellyel (lakóhellyel) nem rendelkezik, úgy a Pp. 326. § (5) bekezdése értelmében a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság illetékes.

A Pp. 338. § (1) és (2) bekezdésében és a Kbt. 160. § (1) bekezdés második mondatában 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.

Budapest, 2015. február 2.

Dr. Fáry Zoltán sk.
közbeszerzési biztos

Bonifert Zsolt sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Kenessey Réka sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné

Kapják:

1. Médiaszolgáltatás-támogató és Vagyonkezelő Alap (1037 Budapest, Kunigunda u. 64.)
2. Magyar Telekom Távközlési Nyrt. (1013 Budapest, Krisztina krt. 35.)
3. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (1026 Budapest, Riadó u. 5.)
4. Irattár