



iktatószám:	1055/16- ¹²⁵ .../2014/1024	
tárgy:	Válasz előzetes vitarendezési kérelemre	címzett: Ajánlattevők
ügyintéző:	Horváth Kornél	
telefon:	+36-70-443-3779	
e-mail:	kornel.horvath@bkk.hu	


Ajánlatkérő neve, székhelye:	BKK Zrt. 1075 Budapest, Rumbach Sebestyén utca 19-21.
A közbeszerzési eljárás tárgya:	„Lánchíd budai hídfő villamos alagút átépítése”
Hivatkozás az eljárást megindító felhívásra:	KÉ - 19441/2014

Tisztelt Ajánlattevők!

A fenti tárgyú közbeszerzés eljárásban a **KÖZGÉP Zrt.**, mint Kérelmező által benyújtott előzetes vitarendezési kérelemre a Kbt. 79. § (4) bekezdésére figyelemmel mellékelten megküldjük Önöknek Ajánlatkérő választát.

Budapest, 2015. január 12.

Üdvözlettel:


Ignác Gergely
szakterületi vezető

Mellékletek:

- Válasz előzetes vitarendezési kérelemre

BKK Budapesti Közlekedési Központ
Zártkörűen Működő Részvénytársaság
cégjegyzékszám: 01-10-046840
cím: 1075 Budapest, Rumbach S. utca 19-21

telefonszám: +36 70 443 3779
fax: +36 1 235 1044
web: www.bkk.hu
e-mail: kornel.horvath@bkk.hu

VÁLASZ ELŐZETES VITARENDEZÉSI KÉRELEMRE

A Kérelmező az előzetes vitarendezési kérelem I. pontjában az alábbiakat adta elő:

Nyertes Ajánlattevő ajánlatában az Összegezés 14. a) alpontja szerint a következő **alkalmasság igazolásában részt vevő szervezeteket** jelölte meg:

- ELŐ-SZER Kft. (6100 Kiskunfélegyháza, Kert u. 10.)
- Kutak Kft. (2096 Üröm, Galagonya köz 1.)
- PALMETTA-MŰVEK Bt. (2112 Veresegyház, Csokonai utca 55.)
- St. Art 97 Bt. (2100 Gödöllő, Iskola u. 16.)
- „TEN-T” Zrt. (1025 Budapest, Cserje u. 14.)

A Kbt. **56. § (1) bekezdés e) pontja** szerint az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, és nem vehet részt az **alkalmasság igazolásában** olyan **gazdasági szereplő**, aki egy évnél régebben lejárt adó-, vámfizetési vagy társadalombiztosítási járulékfizetési kötelezettségének – a letelepedése szerinti ország vagy az ajánlatkérő székhelye szerinti ország jogszabályai alapján – nem tett eleget, kivéve, ha megfizetésére halasztást kapott. Fenti szervezetek közül a **Kutak Kft.** (2096 Üröm, Galagonya köz 1.), a **PALMETTA-MŰVEK Bt.** (2112 Veresegyház, Csokonai utca 55.) és az **St. Art 97 Bt.** (2100 Gödöllő, Iskola u. 16.) nem szerepelnek a NAV köztartozásmentes adózói adatbázisában.

A Közbeszerzési Hatóság útmutatója a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény 56-57. §-ában, valamint a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 2-3. §-ában hivatkozott igazolásokról, nyilatkozatokról, nyilvántartásokról és adatokról a Magyarországon letelepedett gazdasági szereplők vonatkozásában (KÉ 2014. évi 57. szám; 2014. május 16.) szerint a Kbt. Harmadik Része szerinti nemzeti eljárásrendben irányadó szabály:

„A Kbt. Első Része tartalmazza azokat a szabályokat, amelyeket valamennyi közbeszerzés esetén alkalmazni kell (értékhatártól függetlenül). Ez alapján a jogalkotó valamennyi közbeszerzési eljárásra, így a Kbt. Harmadik Része szerinti nemzeti eljárásrendre is meghatározta azon elvárását, hogy azokat az adatokat és tényeket nem kell igazolnia az ajánlattevőknek, amiket az ajánlatkérő a Kbt. 36. § (5) bekezdés szerinti nyilvántartásokból ellenőrizhet [Közbeszerzési Döntőbizottság D.389/18/2013. számú határozata].”

Az idézett **D.389/18/2013.** számú határozat alapján:

„Ez alapján a jogalkotó valamennyi közbeszerzési eljárásra, így a Kbt. Harmadik Része szerinti nemzeti eljárásrendre is meghatározta azon elvárását, és ezzel csökkentve az ajánlatot tevő gazdálkodó szervezetek adminisztratív költségeit, hogy azon adatokat és

tényeket nem kell igazolnia az ajánlattevőnek, amiket az ajánlatkérő a fenti nyilvántartásokból ellenőrizhet. A Kbt. 36. § (7) bekezdése alapján a **hivatkozott nyilvántartásokban való szereplést az ajánlatkérőnek meghatározott időintervallumban kell ellenőriznie** és az így megszerzett adatokról szóló **dokumentumokat az eljárás iratai között meg kell őriznie.**”

Kérelmező álláspontja szerint az ajánlatkérő megsértette a **Kbt. 121. § (1) bekezdés b) pontjára** figyelemmel a **Kbt. 36. § (5) és (7) bekezdését**, mivel elmulasztotta a **jelzett alkalmasság igazolásában részt vett szervezetek** esetében az elektronikus nyilvántartásban szereplés tényének ellenőrzését, és ennek dokumentumokat az eljárás iratai között nem őrizte meg. Kérelmező megítélése szerint az ajánlatkérő megsértette továbbá a **Kbt. 63. § (1) bekezdését**, mert nem vizsgálta meg, hogy a nyertes ajánlat megfelel-e a felhívásban, a dokumentációban valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, továbbá az ajánlatkérő megsértette a **Kbt. 67. § (1) bekezdését**, mivel sem hiánypótlást, sem felvilágosítást nem kért nyertes Ajánlattevőtől.

Ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelem I. pontjára vonatkozóan az alábbi választ adja:

Ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított a Kbt. 121. § (1) bekezdés b) pontja alapján.

A Kbt. Harmadik része szerinti közbeszerzési eljárásokban ajánlatkérő a törvény Második Részében meghatározott szabályok szerint jár el a 122-122/A. §-ban foglalt eltérésekkel.

A Kbt. 122. § (1) bekezdése az alábbiakat rögzíti:

„Az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban jogosult az 56-57. § szerinti kizáró okok közül egynek vagy többnek a közbeszerzési eljárásban való érvényesítését előírni, valamint köteles az 56. § (1) bekezdésének k) pontja, valamint (2) bekezdése szerinti kizáró ok érvényesítését előírni. A kizáró okok fenn nem állásáról az ajánlattevőnek csak nyilatkoznia kell, valamint az 56. § (1) bekezdésének kc) pontjára vonatkozóan a külön jogszabályban meghatározottak szerint kell dokumentumot benyújtania.”

A közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 310/2011. (XII.23.) Kormányrendelet 12. §-a az alábbiak szerint szabályozza a kizáró okok igazolásának módját a Kbt. Harmadik Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásokban:

*„12. § **Az ajánlattevőnek** és a részvételre jelentkezőnek ajánlatában, illetve részvételi jelentkezésében a Kbt. Harmadik Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban **nyilatkozatot kell benyújtania, hogy nem tartozik a felhívásban előírt kizáró okok hatálya alá, valamint a Kbt. 56. § (1) bekezdés k) pont kc) pontját a 2. § i) pont ib) alpontja és a 4. § f) pont fc) alpontjában foglaltak szerint kell igazolnia. Az alvállalkozó és adott esetben az***

alkalmasság igazolásában résztvevő más szervezet vonatkozásában a 10. § szerint kell eljárnia.”

A Kérelmező által is hivatkozott módon, ajánlatkérő egyebekben – a Kbt. 122-122/A. §-ban foglalt eltérésekkel – a törvény Második Részében meghatározott szabályok (*Az uniós értékhatárt elérő értékű közbeszerzések szabályai*) szerint köteles eljárni, azaz **az ajánlatkérő a nemzeti eljárásrend szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásában is a Kbt. 58. § (3) bekezdésére tekintettel köteles eljárni a tekintetben, hogy a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt alvállalkozók, valamint kapacitást nyújtó szervezetek nem állnak a Kbt. 56. § szerinti kizáró okok hatálya alatt.**

A Kbt. 58. § (3) bekezdése rögzíti, hogy *„Az **ajánlattevő** vagy részvételre jelentkező ajánlatában, illetve - több szakaszból álló eljárás esetén - a részvételi jelentkezésben **csak nyilatkozni köteles arról, hogy a szerződés teljesítéséhez nem vesz igénybe az 56. § szerinti kizáró okok hatálya alá eső alvállalkozót, valamint az általa alkalmasságának igazolására igénybe vett más szervezet nem tartozik az 56. § szerinti kizáró okok hatálya alá.**”*

Fentiekkel összhangban a 310/2011. (XII.23.) Kormányrendelet – 12. § által is hivatkozott – 10. §-a (mely a nemzeti eljárásrend szerint lefolytatott eljárásokban is irányadó!) is kimondja, hogy ***az ajánlattevő** vagy részvételre jelentkező az alvállalkozója és adott esetben **az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet vonatkozásában csak a Kbt. 58. § (3) bekezdése szerinti nyilatkozatot köteles benyújtani a Kbt. 56. §-ában foglalt kizáró okok hiányáról.***

A 2011. évi CVIII. törvény indokolása is kifejezetten rögzíti az alábbiakat:

*„A törvény szerint a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt alvállalkozók, valamint az alkalmasság igazolásában részt vevő szervezet tekintetében az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező **a kötelező kizáró okokra vonatkozóan csak nyilatkozni köteles, hogy e szervezetek nem tartoznak a kizáró okok hatálya alá, egyéb igazolásokat vagy nyilatkozatokat e szervezeteknél nem szükséges csatolni a kizáró okokról.**”*

A Kérelmező által hivatkozott Útmutató sem rögzít további ajánlatkérői kötelezettséget az alkalmasság igazolására igénybe vett más szervezet tekintetében:

*„A szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt alvállalkozók, valamint **az alkalmasság igazolásában részt vevő szervezet tekintetében az ajánlattevő** vagy a részvételre jelentkező **a kötelező kizáró okokra vonatkozóan ajánlatában/részvételi jelentkezésében csak nyilatkozni köteles, hogy e szervezetek nem tartoznak a Kbt. 56. §-a szerinti kizáró okok hatálya alá, egyéb igazolásokat vagy nyilatkozatokat e szervezeteknél nem szükséges csatolni a kizáró okokról** [58. § (3) bek.; Korm. rend. 10. §].”*

A Hatóság Útmutatója nem említi, hogy az ajánlatkérőt az ellenőrzési kötelezettség a kapacitást nyújtó szervezetek vonatkozásában is terhelné, hiszen az Útmutató kifejezetten csak az ajánlattevőre hivatkozik („Ez alapján a jogalkotó valamennyi közbeszerzési eljárásra, így a Kbt. Harmadik Része szerinti nemzeti eljárásrendre is meghatározta azon elvárását,

hogy azokat az adatokat és tényeket nem kell igazolnia az ajánlattevőnek, amiket az ajánlatkérő a Kbt. 36. § (5) bekezdés szerinti nyilvántartásokból ellenőrizhet.”), sőt az Útmutató következő bekezdése kifejezetten rögzíti, hogy „A kapacitást biztosító szervezet, valamint az alvállalkozók esetében is (akkor is, ha tíz százalék felett vesznek részt a teljesítésben) elegendő az ajánlattevőnek (illetve részvételre jelentkezőnek) a kizáró okok igazolása körében egy olyan nyilatkozatot benyújtania, amellyel nyilatkozik, hogy nem vesz igénybe a kizáró okok hatálya alá eső alvállalkozót, valamint kapacitást biztosító szervezetet; e körben nincs szükség külön igazolások benyújtására [Kbt. 58. § (3) bek.]”

Az ajánlatkérő álláspontját támasztja alá a Közbeszerzési Döntőbizottság D.270/25/2014. számú határozata is, mely kimondta, hogy „az ajánlatban korábban nem szereplő alvállalkozó, alkalmasság igazolásában részt vevő szervezet bevonása esetén a Kbt. 58. § (3) bekezdése szerinti nyilatkozat ismételt csatolása szükséges. A korábban megtett nyilatkozat - az utólagos bevonás tényére is tekintettel - automatikusan nem terjedhet ki a közbeszerzési eljárás folyamán bevont gazdasági szereplőkre. Ezen ismételt, illetve kibővített nyilatkozat hiányában pedig nem ellenőrizhető, hogy az ajánlattevő továbbra sem vesz igénybe olyan gazdasági szereplőt, amely a Kbt. 56. §-ában szabályozott, kötelező kizáró okok hatálya alá tartozik.”

A Döntőbizottság egyéb, kizáró okok ellenőrzésére vonatkozó ajánlatkérői kötelezettséget a kapacitást nyújtó szervezetek vonatkozásában okkal nem említi.

Ajánlatkérő megvizsgálta továbbá a Kérelmező által hivatkozott D.389/18/2013. számú határozatot. A határozat értelmében a tárgyi közbeszerzési eljárásban az elmarasztalt cég közös ajánlattevő volt és nem kapacitást nyújtó szervezet. A határozatban a Döntőbizottság rögzíti, hogy „a jogalkotó valamennyi közbeszerzési eljárásra, így a Kbt. Harmadik Része szerinti nemzeti eljárásrendre is meghatározta azon elvárását, és ezzel csökkentve az ajánlatot tevő gazdálkodó szervezetek adminisztratív költségeit, hogy azon adatokat és tényeket nem kell igazolnia az ajánlattevőnek, amiket az ajánlatkérő a fenti nyilvántartásokból ellenőrizhet.”

„A fentiek szerint a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette az elektronikus ingyenes hatósági nyilvántartásban való szereplés ellenőrzésének kötelezettségét, ami alapjául szolgál ahhoz, hogy az ajánlatkérő megállapítsa azt, hogy áll-e valamely ajánlattevő kizáró ok hatálya alatt.”

Ajánlatkérő megjegyzi, hogy a – későbbiekben is említetten jogi kötőerővel nem bíró – Közbeszerzési Szemle 2014/8-9. számának 9. kérdésére adott hatósági válasza is a fentieket támasztja alá, miszerint: „nem keletkeztet hiánypótlási kötelezettséget, hogyha ajánlatkérő egy csupán ajánlattevői nyilatkozattételt megkövetelő esetben nem tudja minden kétséget kizáróan ellenőrizni a Kbt. 36. § (5) bekezdés szerinti releváns nyilvántartásban a kizáró ok fennállását (mert például nem szerepel a köztartozásmentes adatbázisban). Ilyenkor ugyanis nem keletkezik hiány, hiszen ajánlattevő eleget tett a Korm. rendeletben megfogalmazott nyilatkozattételi kötegezettségének. A Korm. rendelet 12. §-ában meghatározott szabályozás

pedig éppen azt célozza, hogy a Harmadik Rész szerint lefolytatandó eljárásokban ajánlattevők/részvételre jelentkezők adminisztrációs terheit csökkentse, ezért a hiánypótlás ennek a jogalkotói célnak is ellentmondana.”

Figyelemmel azonban arra, hogy az ajánlatkérő alapkötelezettsége az ajánlatok érvényességi vizsgálata és az ajánlat érvénytelenségét okozza, ha a **kapacitást nyújtó szervezetek** bármelyike kizáró ok hatálya alatt áll, ajánlatkérő a Kbt. 56. § (1) bekezdés e) pontja szerinti kizáró ok hiányával összefüggésben a nyertes ajánlattevő részére felvilágosítás kérést adott ki, melyben kérte, **hogy az ajánlattevő csatolja azon dokumentumokat, melyek egyértelműen alátámasztják, hogy az érintett kapacitást nyújtó szervezetek nem állnak a Kbt. 56. § (1) bekezdés e) pontja szerinti kizáró ok hatálya alatt.**

Az ajánlattevő a kért felvilágosítást határidőn belül megfelelő tartalommal megadta, melyből egyértelműen kiderül, hogy az érintett kapacitást nyújtó szervezetek nem állnak a Kbt. 56. § (1) bekezdés e) pontja szerinti kizáró ok hatálya alatt.

Összegezés:

Ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárásában, valamennyi ajánlattevő vonatkozásában – a Kbt. 56. § (1) bekezdés e) pontjára tekintettel – megvizsgálta a NAV köztartozásmentes adózói adatbázisában való szereplés tényét. Így – tekintettel a fentebb leírtakra – ajánlatkérő nem sértette meg a Kbt. 121. § (1) bekezdés b) pontjára figyelemmel a Kbt. 36. § (5) és (7) bekezdését.

Ajánlatkérő emellett határozottan visszautasítja a Kérelmező azon állítását, mely alapján az elektronikus nyilvántartásban szereplés tényének ellenőrzését igazoló dokumentumokat az eljárás iratai között nem őrizte meg. A Kérelmezőnek erre vonatkozó információi nem is lehetnek.

Ajánlatkérő – eleget téve az ajánlatok érvényességi vizsgálatának – 2015. január 8. napján felvilágosítás kérést/hiánypótlási felhívást küldött ki, melynek a Colas Alterra Zrt., mint nyertes ajánlattevő határidőben, megfelelő tartalommal eleget tett, így ajánlatkérő elutasítja az előzetes vitarendezési kérelemben foglaltakat.

A Kérelmező az előzetes vitarendezési kérelem II. pontjában az alábbiakat adta elő:

Ajánlatkérő az eljárást megindító felhívás III.2.3.) M1) pontjában a **306/2011. (XII.23.) Korm. rendelet 10. § (2) bekezdésére** tekintettel a következőt írta elő:

*„A referencia a szerződés teljesítésének **egészére** vonatkozó alkalmasságot igazol”*

Ajánlatkérő az eljárást megindító felhívás V.4.) Egyéb információk 15. pontjában azt közölte, hogy a dokumentáció és jelen felhívás közötti **ellentmondás esetében a felhívás irányadó** azzal, hogy amennyiben az ajánlatkérő, a dokumentáció rendelkezésre bocsátását követően észleli az ellentmondást, úgy a Kbt. 122. §-a alapján a Kbt. 45. § (6) bekezdés szerint jár el.

A 2014. december 23. napján részünkre megküldött összegezésből értesültünk arról, hogy nyertes Ajánlattevő M1) 1) pont szerinti referencia igazolása érdekében alkalmasság igazolásában részt vevő szervezetet vont be (ELŐ-SZER Kft.).

A Dokumentáció **26. számú mellékletét** képező nyilatkozatminta a következőket tartalmazta:

A kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet nyilatkozata a 306/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet

10. § (2) bekezdése alapján¹

„Lánchíd budai hídfő villamos alagút átépítése”

Alulírott (név), mint a(z) (cégnév), mint a műszaki, illetve szakmai alkalmasság igazolásában részt vevő gazdasági szereplő cégjegyzésre jogosult képviselője nyilatkozom, hogy a szerződés teljesítése során a Ptk. 6:419. §-ában foglaltak szerint kezességet vállalunk az ajánlatkérőt a(z) ajánlattevő teljesítésének elmaradásával vagy hibás teljesítésével összefüggésben ért kár **azon részének** megtérítésére, amelyre vonatkozóan az ajánlattevő az alkalmasság igazolásához a korábbi teljesítéseinket felhasználta.

Ezen rész:³

Keltezés (helység, év, hónap, nap)

.....
kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet cégszerű aláírása

A **PENTA Általános Építőipari Korlátolt Felelősségű Társaság** (2100 Gödöllő, Kenyérgyári út 1/e.) és az **EB Hungary Invest Kft.** (1163 Budapest, Máté u. 8.) ajánlattevők részére küldött hiánypótlási felhívásban Ajánlatkérő a **26. sz. melléklet** szerinti nyilatkozat ismételt csatolását kérte, mert nem szerepelt ezen ajánlattevők által csatolt nyilatkozatokban azon M1) pont szerinti alkalmassági feltétel (M1) 1) és/vagy M1) 2) és/vagy M1) 3) és/vagy M1) 4) alpont) és az eljárást megindító felhívásban e ponthoz megadott **teljesítési rész**, amelyre vonatkozóan a kapacitásait nyújtó szervezet korábbi teljesítéseit az ajánlattevő az alkalmasság igazolásához felhasználta.

A nyertes Ajánlattevő részére Ajánlatkérő ilyen tartalmú hiánypótlási felhívást nem küldött.

Nyertes Ajánlattevő a 306/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 10. § (2) bekezdése szerinti nyilatkozatot az ajánlatában **üzleti titoknak** minősítette, így iratbetekintésünk alkalmával ezt

¹ Opcionális - Amennyiben ajánlattevő bármely más szervezet (vagy személy) kapacitására támaszkodva felel meg az előírt alkalmassági követelményeknek, és a 24. számú mellékletben a Kbt. 55. § (6) bekezdés b) pont szerint nyilatkozott.

² Az Ajánlatkérő által az eljárást megindító felhívás III.2.3 Műszaki, illetve szakmai alkalmasság – a megkövetelt igazolási mód M1) alpontjaiban meghatározottak alapján.

³ Kérjük megadni azon M1) pont szerinti alkalmassági feltételt (M1) 1) és/vagy M1) 2) és/vagy M1) 3) és/vagy M1) 4) alpont) és az eljárást megindító felhívásban e ponthoz megadott teljesítési részt, amelyre vonatkozóan a kapacitásait nyújtó szervezet korábbi teljesítéseit az ajánlattevő az alkalmasság igazolásához felhasználta.

a nyilatkozatot nem tudtuk megtekinteni. Az eljárás általunk ismert, fent hivatkozott dokumentumai alapján azt feltételezzük, hogy a nyertes Ajánlattevő által bevont alkalmasság igazolásában részt vevő szervezet (ELŐ-SZER Kft.) azonban megjelölt olyan **teljesítési részt**, amellyel kapcsolatban kezességet vállal. Tekintettel azonban arra, hogy az eljárást megindító felhívás jelzett előírása szerint a referencia a **szervződés teljesítésének egészére** vonatkozó alkalmasságot igazol, az alkalmasság igazolásában részt vevő szervezetnek is az **egész szervződés teljesítése elmaradásával kapcsolatban kellett volna kezességet vállalnia**. Az Ajánlatkérő a 306/2011. (XII.23.) Korm. rendelet 10. § (2) bekezdése alapján jogszerűen megjelölhetett volna teljesítési részeket, amelyekért adott esetben az alkalmasság igazolásában részt vevő szervezetnek kezességet kell vállalnia, de ezt nem tette, hanem kifejezetten azt írta elő, hogy a referencia a szerződés teljesítésének egészére vonatkozó alkalmasságot igazol. Mindezek alapján kezességet is az ajánlattevő **teljesítése egészének** elmaradásával vagy hibás teljesítésével összefüggésben az ajánlatkérőt ért kár megtérítéséért kellett volna vállalnia az alkalmasság igazolásában részt vevő szervezetnek (ELŐ-SZER Kft.).

Mindezek alapján Ajánlatkérő megsértette a **Kbt. 63. § (1) és (3) bekezdését**, valamint a **Kbt. 67. § (1) bekezdését**, mert olyan kezességvállaló nyilatkozatot fogadott el, amely nem állt összhangban az eljárást megindító felhívás jelzett előírásával, arra vonatkozóan hiánypótlást, felvilágosítást nem kért.

A jogsértésről való tudomásszerzés időpontja: 2014. december 23., az összegezés kézhezvételének napja.

Ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelem II. pontjára vonatkozóan az alábbi választ adja:

A Kbt. 55. § szerinti szabályozása és a végrehajtási rendeletek adják meg ajánlattevő jogát a kapacitást nyújtó szervezettel való alkalmasság igazolására és az ajánlattevővel azonosan határozzák meg az alkalmasság igazolásának módját. A kapacitást nyújtó szervezet bevonása nem változtathatja meg az alkalmassági feltétel tartalmát, így a külön-külön előírt alkalmassági feltételek igazolhatók különböző kapacitást nyújtó szervezetek bevonásával.

Ajánlatkérő megítélése szerint az a körülmény, hogy a 306/2011 (XII.23.) Korm. rendelet 10. § (2) bekezdése külön rendelkezik építési beruházások esetén arról, hogy a Kbt. 55. § (6) bekezdés b) pontja szerinti alkalmasság igazolásakor a kapacitást nyújtó szervezet – a teljesítés során, tehát polgári jogi jogviszonyban – kezesként felel az ajánlattevő teljesítésének azon része elmaradásáért, vagy hibás teljesítéséért, amellyel összefüggésben kár érte az ajánlatkérőt, és amelyre vonatkozóan igazolta az alkalmasságot, nem érinti azon alkalmassági főszabályt, hogy az alkalmassági feltétel meghatározásától függ az együttes vagy külön megfelelés lehetősége.

Maga a Korm. rendelet 10. § (2) bekezdése is az igazolt alkalmassági körhöz kívánja igazítani a kezesi felelősséget, jelen esetben a négy fajta élesen elkülönülő referencia mellett egyrészt nem várható el a teljes körű felelősség vállalása, másrészt nem is

igazolhat a konkrét referencia azt meghaladó/eltérő tartalomra vonatkozó alkalmasságot, az súlyosan ellentétes lenne a Kbt. alapelveivel.

Figyelemmel azonban arra, hogy a nyertes ajánlattevő ajánlata nem tartalmazott egyértelmű nyilatkozatot a kapacitást nyújtó szervezettől arra vonatkozóan, hogy mire vállal kezességet, mivel ugyan megjelölt egy konkrét alpontot, azonban ezen konkrét megjelölés mellett, azzal ellentétesen rögzíti, hogy a szerződés egészére vonatkozó alkalmasságot igazol, ajánlatkérő felvilágosítás megadása keretében kérte tisztázni a nyilatkozat tartalmát.

Ajánlattevő a felvilágosítást a kért határidőn belül megadta, az ELŐ-SZER Kft., mint kapacitást nyújtó szervezet által csatolt nyilatkozat tartalma alapján egyértelműen megállapíthatóvá vált, hogy a szervezet pontosan mire vállal kezességet.

Ajánlatkérő megjegyzi, hogy az eljárást megindító felhívás kapcsán a fentiekkel (és a kérelemben foglaltakkal kapcsolatban) sem kiegészítő tájékoztatás kérés, sem pedig előzetes vitarendezési kérelem nem érkezett a rendelkezésre álló határidőn belül.

Összegezés:

Ajánlattevő – a Kbt. 79. § (4) bekezdésére tekintettel – felvilágosítás megadása keretében megfelelő tartalommal benyújtotta a kapacitást nyújtó szervezet nyilatkozatát, így ajánlatkérő elutasítja az előzetes vitarendezési kérelemben foglaltakat.

A Kérelmező az előzetes vitarendezési kérelem III. pontjában az alábbiakat adta elő:

Nyertes Ajánlattevő **üzleti titoknak** minősítette ajánlatában – és adott esetben a hiánypótlásában is - az alábbi dokumentumokat:

- Alvállalkozó, alkalmasság igazolására igénybe vett más szervezet nyilatkozata a Kbt. 57. § (1) bekezdés a)-d) pontjai szerinti kizáró okok fenn nem állásáról;
- Aláírási címpéldányok;
- Összefoglaló táblázat az ajánlatban bemutatott referenciaigazolásokról (kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet részéről);
- Referencia igazolások;
- Nyilatkozat szakemberekről (kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezetek részéről);
- Rendelkezésre állási nyilatkozatok;
- Szakmai önéletrajzok;
- Szakemberek képzettségét, végzettségét igazoló okiratok másolata;
- Ajánlattevő nyilatkozata a Kbt. 55. § (5) – (6) bekezdése szerint más szervezet kapacitásaira történő támaszkodásról;
- A kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet nyilatkozata a 306/2011. (XII.23.) Korm. rendelet 10. § (2) bekezdése alapján;
- A kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet nyilatkozata a Kbt. 55. § (5) bekezdése alapján;
- Árazott költségvetés.

Álláspontunkat a következő közbeszerzési dokumentumokkal és az üzleti titok köre tisztázása érdekében szükséges hiánypótlással kapcsolatban az alábbiak szerint foglaljuk össze:

Kizáró okok igazolásának dokumentumai:

A **Kbt. 77. § (2) bekezdése** szerint az ajánlatkérő az ajánlatok és a részvételi jelentkezések elbírálásának befejezésekor külön jogszabályban meghatározott minták szerint írásbeli összegezést köteles készíteni az ajánlatokról, illetve a részvételi jelentkezésekről. A közbeszerzési és tervpályázati hirdetmények feladásának, ellenőrzésének és közzétételének szabályairól, a hirdetmények mintáiról és egyes tartalmi elemeiről, valamint az éves statisztikai összegezésről 92/2011. (XII. 30.) NFM rendelet (a továbbiakban: **NFM rendelet**) 9. számú melléklete tartalmazza a Kbt. 77. § (2) bekezdése szerinti írásbeli összegezés mintáját. Figyelemmel a Kbt. 80. § (3) bekezdésében, az Infotv.-ben és az **NFM rendelet** 9. számú mellékletének 10., 12., 13. és 14. pontjában foglaltakra, *a kizáró okok igazolásához kapcsolódó információk*, dokumentumok a Kbt. alapján - még ha az üzleti titokká minősítés egyéb, Ptk.-n és a Kbt.-n alapuló feltételei fenn is állnának - *nem minősíthetők üzleti titokká*. Az ajánlatkérőnek ugyanis olyan részletességgel kell kitöltenie szóban forgó melléklet hivatkozott pontjait, hogy abból kitűnjön, az ajánlatban/részvételi jelentkezésben megadott információk megfelelnek az ajánlatkérői előírásoknak.

Aláírási címpéldány:

A cégnyilvánosságról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról szóló 2006. évi V. törvény (a továbbiakban: Ctv.) 8. § (1) bekezdése értelmében a cégjegyzési jog a cég írásbeli képviseletére, a cég nevében történő aláírásra való jogosultság. A **címpéldányon** (aláírás-mintán) - a létesítő okiratában foglaltakkal egyezően - fel kell tüntetni a cég nevét, a cégjegyzésre jogosult nevét, lakóhelyét, a képviselet jogcímét (pl. vezető tisztségviselő, munkavállaló), a cégjegyzés módját, valamint a cégjegyzésre jogosult aláírási mintáját. A Ctv. 24. § (1) bekezdése értelmében az **aláírási címpéldányon** - a Ctv. fent említett rendelkezései alapján - **szereplő adatokat a cégjegyzék valamennyi cég esetében tartalmazza.**

A Ctv. 10. (2) bekezdése szerint a **cégjegyzék** fennálló, illetve törölt **adatai**, valamint a **cégiratok** - ideértve az elektronikus úton benyújtott, illetve elektronikus okirattá átalakított cégiratokat is - **teljes körűen nyilvánosak**. A Ctv. rendelkezései alapján kijelenthető, hogy a cégjegyzék teljes körű nyilvánossága okán a cégiratok, aláírási címpéldányok és változásbejegyzési kérelmek, azok mellékletei nem tartoznak az üzleti titok körébe, hiszen azok már más számára eleve ismertek, a titokban maradás értelmezhetetlen kategória esetükben.

Referencia igazolások, nyilatkozatok:

A **Kbt. 80. § (3) bekezdése** akként rendelkezik, hogy nem korlátozható vagy nem tiltható meg üzleti titokra hivatkozással olyan adat nyilvánosságra hozatala, amely a közérdekű adatok nyilvánosságára és a közérdekből nyilvános adatra vonatkozó, külön törvényben meghatározott adatszolgáltatási és tájékoztatási kötelezettség alá esik.

Mivel a referencia nem kerül értékelésre, úgy üzleti titok hatálya alá tartozhat. Ugyanakkor, amennyiben az **közbeszerzési referenciának minősül, úgy a vonatkozó szerződés közérdekű adat egyben, tehát a vonatkozó referencia sem nyilvánítható üzleti titokká.**

Hivatkozunk a Közbeszerzési Döntőbizottság **D.67/26/2013.** számú határozatára, melyben a Közbeszerzési Döntőbizottság kifejezetten a jogorvoslathoz való jog sérelmének tekintette, mikor ajánlatkérő megtiltotta a műszaki szakmai alkalmasság körébe tartozó iratok megismerését.

Tárgyi közbeszerzési eljárásban bemutatott **valamennyi referencia a Kbt. szerinti ajánlatkérő szervezet** részére végzett teljesítésre vonatkozott, így egyértelműen **közbeszerzési referenciának** minősül.

Hiánypótlási felhívás szükségessége:

Amennyiben az ajánlatkérő a részvételi jelentkezések, illetve az ajánlatok bírálata során megállapítja, hogy a részvételre jelentkező, illetve az ajánlattevő üzleti titokká nyilvánított olyan információkat, amelyek a Kbt. 80. § (3) bekezdésének körébe tartoznak, a következő lépést kell megtennie eljárásában. A **Kbt. 67. § (3) bekezdése** szerint a hiányok pótlása - melynek során az ajánlatban vagy részvételi jelentkezésben szereplő iratokat módosítani és kiegészíteni is lehet - csak arra irányulhat, hogy az ajánlat vagy részvételi jelentkezés megfeleljen az ajánlati, részvételi, illetve ajánlattételi felhívás, a dokumentáció vagy a jogszabályok előírásainak, feltéve, hogy a Kbt. 67. §-a szerinti korlátokba nem ütközik.

Tekintettel arra, hogy az ajánlatot/részvételi jelentkezést a Kbt. 80. § (1)-(3) bekezdéseinek érvényre juttatásával kell elkészíteni, az azokban foglalt rendelkezésekkel ellentétesen üzleti titokká nyilvánított, elkülönítetten elhelyezett iratok vonatkozásában **hiánypótlást kell elrendelni** annak érdekében, hogy az ajánlattevő/részvételre jelentkező ne minősítse üzleti titoknak az abban foglalt információkat.

Ha az ajánlattevő/részvételre jelentkező nem teljesíti a hiánypótlási felhívásban foglaltakat, abban az esetben az ajánlata/részvételi jelentkezése a Kbt. 74. § (1) bekezdésének e) pontja alapján érvénytelen.

Ebből az is következik, hogy az ajánlatkérő részéről olyan „áthidaló” megoldás, hogy figyelmen kívül hagyja az ajánlattevő/részvételre jelentkező üzleti titoknak minősítő nyilatkozatát, nem tekinthető jogszerűnek. Ajánlatkérő nem tekinthet el az ajánlatok/részvételi jelentkezés érvényességének megállapításától és az összegezés megfelelő kitöltésétől. **Az ajánlatkérőnek az üzleti titokká minősítés jogszerű voltát tisztáznia kell.** A tisztázási kötelezettség a felvilágosításkérésre és a hiánypótlásra vonatkozó rendelkezések megfelelő alkalmazásával végzendő el. A nem megfelelően teljesített hiánypótlás a Kbt. 74. § (1) bekezdésének e) pontja szerinti érvénytelenségi ok megállapítását eredményezi.

A hiánypótlási felhívás szükségességével kapcsolatban fenti álláspont tekintetében hivatkozunk a Közbeszerzési Hatóság részéről adott állásfoglalásokra, melyek a Közbeszerzési Szemle 2013/2. (3. számú kérdés) és 2013/8. (3. számú kérdés) számában jelentek meg.

Fentiek alapján álláspontunk szerint Ajánlatkérő megsértette a **Kbt. 67. § (1) bekezdését, mert nem rendelt el hiánypótlást az üzleti titok körének ajánlattevői átminősítése érdekében.**

pedig a nyertes Ajánlattevő ajánlata és hiánypótlása a fent részletezettek szerint olyan dokumentumokat is üzleti titoknak minősített, amelyeket a Kbt. 80. § (1)-(3) bekezdéseinek figyelembe vételével nem lehetett volna üzleti titokká nyilvánítani (kizáró okok igazolására vonatkozó dokumentumok, aláírási címpéldányok, referenciákkal kapcsolatos valamennyi dokumentum).

Ajánlatkérő megsértette továbbá a **Kbt. 80. § (4) bekezdését**, mert nyertes Ajánlattevő ajánlatába és a hiánypótlásába betekintésünket az olyan iratokra vonatkozóan is megtagadta, amelyek nem minősülnek üzleti titoknak.

A jogsértésről való tudomásszerzés időpontja: 2014. december 29., az iratbetekintés napja.

Fenti jogsértésekre tekintettel Kérelmező továbbra is fenntartja a 2014. december 23. napján megküldött iratbetekintési kérelmében foglaltakat, azaz a jogsértően üzleti titoknak minősített iratok üzleti titok minősítésének feloldását követően a nyertes Ajánlattevő ajánlatába és hiánypótlásába a továbbiakban is be kívánunk tekinteni. Kérelmező az ismételt iratbetekintésen esetlegesen tudomására jutó jogsértések esetében az ismételt iratbetekintés időpontját tekinti a tudomásra jutás időpontjának.

Ajánlatkérő az előzetes vitarendezési kérelem III. pontjára vonatkozóan az alábbi választ adja:

Mind a közbeszerzési irányelvek, mind a Kbt., mind a Ptk. az üzleti titok jogosultját ruhazza fel döntési kompetenciával az üzleti titok megítélése és annak tartalmával kapcsolatos tájékoztatás lehetősége tekintetében, míg az ajánlatkérőt annak tiszteletben tartására kötelezi. Erre tekintettel maga az ajánlatkérő a számára kötelező előírásokat teljes körűen betartotta. Ajánlatkérő nem sértette meg a Kbt. 80. § (4) bekezdését, továbbá jogszerűen járt el, amikor az érintett ajánlattevő ajánlatát a Kbt. 74. § (1) bekezdés e) pontja alapján nem nyilvánította érvénytelenné, figyelemmel az alábbiakra:

Az ajánlatkérő ezúton szeretné felhívni a Kérelmező figyelmét, hogy – ellentétben a jogalkalmazó közigazgatási és bírósági szervekkel –, a jogszabályok nem adnak felhatalmazást sem iratváltozat elkészíttetésére, sem az üzleti titok - jogorvoslati jog között mérlegelésre, részleges feloldásra.

Ajánlatkérő megítélése szerint a Kbt. az ajánlat ezen okból történő érvénytelenné nyilvánítására nem ad felhatalmazást, mivel más jogintézmény és szabályozási mód keretében kívánja rendezni a kérdést. A jogalkotói indokolás sem ad ilyen iránymutatást.

A Kérelmező által hivatkozott állásfoglalásokat (Közbeszerzési Szemle 2013/2. (3. számú kérdés) és 2013/8. (3. számú kérdés) az ajánlatkérő áttekintette. Ennek kapcsán szeretné jelezni, hogy a közigazgatási szervek, illetve általában a jogalkalmazók számára a jogerős bírói ítéletekben elfogadott iránymutatások kötelezők. Ilyen kötőerővel a Közbeszerzési Hatóság egy tisztségviselőjének a véleménye nem bír.

A Közbeszerzési Döntőbizottság által folytatott gyakorlat alapján sem áll fenn jogszerű lehetősége annak, hogy az ajánlatkérő az ajánlat érvénytelenségét állapítsa meg a Kbt. 74. § (1) bekezdés e) pontja alapján az üzleti titokra tett nem megfelelő rendelkezés miatt.

A Fővárosi Ítéltábla a 4.Kf.27.619/2011/5. számú jogerős ítéletében egyértelműen akként foglalt állást - elfogadva a Közbeszerzési Döntőbizottság álláspontját az I. fokú ítélettel szemben -, hogy az üzleti titokra vonatkozó ajánlattevői eljárási cselekmény nem alapozza meg az ajánlat érvénytelenségét.

A Közbeszerzési Döntőbizottság a közelmúltban - a Közbeszerzési Szemlében megjelenteket követően - meghozott D. 180/10/2014. számú közigazgatási határozatában egyértelműen kifejezésre juttatta azt, hogy változatlanul iránymutató és a Ket. szabályai szerint számára kötelező a Fővárosi Ítéltábla jogerős ítélete. Eszerint:

„A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatok érvénytelenné nyilvánítására még abban az esetben sincs lehetőség, ha az érintett ajánlattevők üzleti titokká nyilvánítanak az adott esetben olyan ajánlati tartalmi elemeket, adatokat, melyek egyébként üzleti titokká nem nyilváníthatók. A Fővárosi Ítéltábla 4.Kf.27.619/2011/5. számú ítélete ugyan nem a tárgyi ügyben hatályos a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) szerint, de a hatályos szabályozásra is vonatkoztathatóan kimondta, hogy „az ajánlattevőnek az üzleti titok védelme érdekében tett intézkedése magának az ajánlatnak az érvénytelenségét nem vonja maga után. Az ajánlatok érvénytelenségét kizárólag az ajánlattal támasztott követelmények alapján kell megítélni. Ezen ítéleti megállapítások szerint – melyek kötik a Döntőbizottságot a Kbt. 134. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályáról szóló 2004. évi CXL. Törvény (a továbbiakban: Ket.) 109. § (4) bekezdése szerint – a hatályos Kbt. 74. § (1) bekezdés e) pontja szerinti érvénytelenségi jogkövetkezménnyel nem járhat, amennyiben az ajánlattevő nem tesz eleget az ajánlatkérő hiánypótlási felhívásának az üzleti titok körébe eső adatok meghatározása tárgyában. Az ajánlatkérőt természetesen nem illeti meg a Döntőbizottság hatáskörébe tartozó és a jogorvoslati eljárás során alkalmazandó és a Kbt. 149. § (4) bekezdése szerint a közigazgatási szervet illető eljárási jog – amennyiben az az adott esetben értelmezhető – az üzleti titoktól mentes iratváltozat elkészítésére való kötelezés tárgyában.”

A fentebb képviselt álláspontot erősíti a **D.304/20/2014. számú döntőbizottsági határozat** is, mely az alábbiakról rendelkezik:

„A jogalkotó a Kbt. 80. §-ában határozta meg az ajánlatok nyilvánosságára, illetve az üzleti titok védelmére vonatkozó rendelkezéseket, amely rendelkezések az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló az Európai Parlament és a Tanács 2004/18/EK irányelve (2004. március 31.) 6. cikkében foglaltak figyelembevételével.

Az irányelv 6. cikke egyértelműen akként rendelkezik, hogy az ajánlatkérő szerv nem hozhat nyilvánosságra olyan a részére gazdasági szereplők által megadott adatokat, amelyeket azok bizalmasnak minősítettek.

A jogalkotó az ajánlatkérő számára nem biztosított lehetőséget arra, hogy az egyes ajánlattevők üzleti titokká minősítés tekintetében tett nyilatkozatainak tartalmát felülvizsgálja, az ajánlatkérő így kötve van az egyes ajánlattevők nyilatkozataiban foglaltakhoz, az azokban foglalt nyilatkozatok ellenére nem biztosíthatja az üzleti titokká minősített ajánlati részekbe, hiánypótlásokba és egyéb dokumentumokba történő iratbetekintést, az üzleti titkot képező adatokat nyilvánosságra nem hozhatja.

A Döntőbizottság határozatában kimondta továbbá, hogy „az ajánlatok érvénytelenné nyilvánítására még abban az esetben sincs lehetőség, ha az érintett ajánlattevők üzleti titokká nyilvánítanak az adott esetben olyan ajánlati tartalmi elemeket, adatokat, melyek egyébként üzleti titokká nem nyilváníthatóak.”

Összegezés:

Fentiekre tekintettel tehát ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárásban jogszerűen járt el, sem a Kbt. 80. § (4) bekezdését, sem a Kbt. 67. § (1) bekezdését nem sértette meg.

Az ajánlatkérő maximálisan a számára biztosított jogi kereteknek megfelelően járt el, élt az üzleti titok feloldása tekintetében a nyertes ajánlattevő részére történő felhívás lehetőségével is.

A Colas Alterra Zrt., mint nyertes ajánlattevő az ajánlatkérői kérelemben foglaltak alapján – az ajánlatában és hiánypótlásában benyújtott dokumentumok felülvizsgálatát követően – az ajánlat 113-139.; 154-168.; illetve 200-210. oldalain lévő dokumentumok vonatkozásában az üzleti titkot feloldotta.

Ajánlatkérő kéri a fentiekben adott indokai és válasza elfogadását.