

BKK Zrt. és BKV Zrt. Konzorcium
ajánlatkérő részére

A BKV Zrt. Gazdasági Igazgatósága Beszerzési Főosztály
mint kapcsolattartó útján
FAX: (+36-1) 461-65-78
EMAIL: kozbeszerzes@bkv.hu

Budapest, 2012.április 18.

Tisztelt Ajánlatkérő!

Az **ORANGEWAYS CITY KFT.** ajánlattevő képviselőjében Kovács Miklós György ügyvezető a t. Ajánlatkérő által „*Közforgalmi autóbuszvonalak üzemeltetése*” tárgyban indított és 15/T-488/11. számon folyamatban lévő eljárásban az eljárásban alkalmazandó 2003. évi CXXIX. törvény (továbbiakban: Kbt.) 96/A.§ (1) bekezdés a) pontja alapján a törvényes határidőn belül

előzetes vitarendezés

iránti kérelmet terjeszték elő, figyelemmel arra, hogy a t. Ajánlatkérő 6. részajánlati körre vonatkozó, 2012. április 17-én az ajánlatok elbírálásáról elkészített összegzése az alábbiakban részletezettek szerint jogszabálysértő. A t. Ajánlatkérő jogszerűtlenül minősítette az Orangeways City Kft. ajánlattevő 6. részajánlati körre adott ajánlatát érvénytelennek és jogszerűtlenül minősítette a 6. részajánlati kör tekintetében érvényesnek a VT-Transman Kft ajánlattevőt által benyújtott ajánlatot.

A t. Ajánlatkérő eljárása megsértette a Kbt. 1.§ (3) bekezdés szerint esélyegyenlőség és egyenlő elbánás elvét valamint az Ajánlattételi Dokumentációban meghatározott eljárásrendet, azzal, hogy kizárólag a VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott biztosíték vonatkozásában tett eleget – részlegesen – a biztosíték minősítésére vonatkozó kötelezettségének.

Ugyancsak jogszerűtlenül bocsátott ki hiánypótlási felhívást a t. Ajánlatkérő a VT-Transman Kft. ajánlattevő részére az 1., 2. és 3. részajánlati körökre benyújtott ajánlati biztosíték hiánypótlására; a VT-Transman Kft. ajánlattevő ajánlata érvénytelenségét a t. Ajánlatkérőnek a Kbt. 88.§ (1) bekezdés b) pontja alapján meg kellett volna állapítania, a korábbi vitarendezési kérelemben bemutatott, az ajánlati biztosítékot érintő hibák nem hiánypótolhatóak.

1. Az Ajánlattételi Dokumentációban meghatározott eljárásrend és a Kbt. 1.§ (3) bekezdés rendelkezésének sérelme:

Az ajánlattételi dokumentáció 10-12. oldalán meghatározottak szerint minden biztosítékra vonatkozó kikötés, többek között: „*A biztosíték szövegének előzetes elfogadása Ajánlatkérő részéről*” és „*A kibocsátó személyének előzetes elfogadása Ajánlatkérő részéről*”. Az eljárásban a t. Ajánlatkérő által 2012. február 29-én adott kiegészítő tájékoztatásban a 3. és 4. kérdésekre adott válaszokban kifejezetten rögzítettek szerint az „[...] ajánlattételi dokumentáció 10.9 pontjának táblázata irányadó az ajánlati biztosítékra is.[...]”.

Fenti rendelkezések ellenére a t. Ajánlatkérő a biztosítékot nyújtó személy és a biztosíték szövege előzetes minősítésére vonatkozó eljárásrészt nem folytatott le, az Orangeways City Kft. ajánlattevőt a szövegtervezetek és a garantőr előzetes bemutatására nem hívta fel. A t. Ajánlatkérő kizárólag a VT-Transman Kft. által benyújtott ajánlati biztosíték garantőre személyét vizsgálta és személyének elfogadásáról nyilatkozott.

2. A VT-Transman Kft. ajánlattevő által ajánlati biztosítékként benyújtott bankgarancia nem felel meg a jogszabályban valamint az ajánlati felhívásban és dokumentációban meghatározott feltételeknek:

- a) Az ajánlattételi dokumentáció 10-12. oldalán meghatározottak szerint az ajánlati biztosítékként benyújtandó bankgaranciának kötelezően tartalmaznia kell – többek között – az alábbi feltételt: „*A bank anélkül teljesít, hogy azt a kedvezményezett először a kötelezettől követelne.*” Az eljárásban a t. Ajánlatkérő által 2012. február 29-én adott kiegészítő tájékoztatásban a 3. és 4. kérdésekre adott válaszokban kifejezetten rögzítettek szerint az „[...] ajánlattételi dokumentáció 10.9 pontjának táblázata irányadó az ajánlati biztosítékra is.[...]”.

A VT-Transman Kft. ajánlattevő által a 6. részajánlati körhöz benyújtott, a CIB Bank Zrt. által kiadott „*Ajánlati bankgarancia*” nem tartalmazza a garantőr ezen feltétlen és visszavonhatatlan kötelezettségvállalását. A VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott okiratban vállalt fizetési kötelezettség teljesítése esetére a kötelezettségvállaló bank nem mondott le azon jogáról, hogy először a kötelezett teljesítésre történő felhívását követelje. A CIB Bank Zrt. garantőrt az okirat alapján megilleti az a jog, hogy a kötelezett teljesítésre való előzetes felhívásának hiányára, mint teljesítési kifogásra hivatkozzon, teljesítési kötelezettsége a benyújtott okirat alapján tehát nem feltétlen.

- b) A VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott „*Ajánlati garancia*” szövegében rögzítettek szerint: „*A jelen bankgaranciával szemben benyújtott igénybejelentés esetén a Bank a benyújtott igénybejelentést és az azokhoz esetlegesen kapcsolódó*

okmányokat [...] megvizsgálja és amennyiben úgy ítéli meg, hogy [...] fizetést kell teljesítenie, akkor fizetési kötelezettségét [...] teljesíti a kedvezményezett által megadott bankszámlára.”

Az okiratban rögzítettek szerint tehát a garántőr fenntartotta annak a jogát, hogy az igénybejelentés mellékleteként majdan csatolt – pontosabban meg nem határozott és nem korlátozott körű – okiratok tartalmi-formai vizsgálatát végezze el és csak abban az esetben teljesítsen, ha ezen okiratok alapján a teljesítésnek semmiben nem látja akadályát, illetőleg a teljesítésre az okiratokban hivatkozható kifogást nem talál. Az idézett szövegrész ugyancsak a garántőri kötelezettség feltételeességét, a kifogásolási lehetőség fenntartását igazolja, és a kizárja az okirat bankgarancia jogi minősítésének lehetőségét.

- c) A VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott „Ajánlati garancia” 3. pontjában a garántőr további, az ajánlattételi felhívás és dokumentáció szövegével valamint a Ptk. 249.§ rendelkezéseivel össze nem egyeztethető korlátozásokat vezetett be. A bankgaranciát a BKK Zrt. és BKV Zrt. Konzorcium, mint kedvezményezett javára kellett volna a VT-Transman Kft. ajánlattevő által felkért pénzügyintézetnek vállalnia. Ezzel szemben az okirat 3. pontjának rendelkezése szerint a bankgarancia lehívására 2012. április 30-ig kizárólag a BKV Zrt., ezt követően 2012. május 14-ig kizárólag a BKK Zrt. jogosult. A bankgarancia lehívására a vonatkozó jogszabályok rendelkezései szerint a bankgarancia kedvezményezettje jogosult Erre figyelemmel megállapítható, hogy a csatolt „Ajánlati garancia” kedvezményezettje nem a Konzorcium, hanem annak a Konzorciumtól független jogalanyisággal rendelkező tagjai, akik közötti egyedi jogutódlásról is rendelkezik a garántőr – egyebekben felhatalmazás hiányában.
- d) A VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott „Ajánlati garancia” 5. pontjában rögzítettek szerint a garántőri kötelezettségvállalás lejáratí ideje 2012. május 14. azzal a megszorítással, hogy az igényérvényesítésnek 16.00 óráig be kell érkeznie.

A t. Ajánlatkérő által 2012. március 27-én küldött értesítés szerint a végleges ajánlat beadási határideje 2012. április 3-án 10.00 óra. A végleges ajánlattételi felhívás 14. pontjában rögzítettek szerint az eredményhirdetés időpontja a végleges ajánlatok bontását követő 30. nap (azaz 2012. május 3.) a szerződéskötés tervezett időpontja az eredményhirdetést követő 10. nap (azaz 2012. május 14.). Fentiekre figyelemmel a VT-Transman Kft. ajánlattevőnek olyan bankgaranciát kellett volna benyújtania, amely – legalább – a szerződéskötés tervezett időpontjáig érvényes és hatályos. (Az eredményhirdetés előrehozatalával a VT-Transman Kft. nem tervezhetett).

Ajánlatkérő azonban nincs elzárva attól, hogy – akár kikényszerítetten – a szerződéskötés tervezett napjaként megjelölt 2012. május 14-én, de 16.00 óra után kössön szerződést a nyertes ajánlattevővel. Ezen időpontra azonban a VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott okirati kötelezettségvállalás már hatályát veszti. Ha

ekkor a VT-Transman Kft. ajánlattevő az ajánlatát visszavonja, az ajánlati biztosíték már nem érvényesíthető.

Nem teljesült tehát az a feltétel, hogy ajánlattevő olyan bankgaranciát nyújtson be, amely a szerződéskötés tervezett időpontjáig hatályos. A garántóri kötelezettségvállalás a vizsgált okirat szerint már a szerződéskötés tervezett időpontjának vége előtt megszűnik.

A VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott „Ajánlati garancia” – feltételeességére tekintettel – nem felel meg a Ptk. 249.§ bekezdésében foglaltaknak, bankgaranciának nem tekinthető. Az „Ajánlati garancia” nem felel meg továbbá az ajánlati dokumentációban előírtaknak, az előírt szövegrészeket és rendelkezéseket nem tartalmazza. Az „Ajánlati garancia” hatálya idő előtt megszűnik.

Mindezekre tekintettel a VT-Transman Kft. ajánlata álláspontunk szerint a Kbt. 88.§ 1) bekezdés b) pontja alapján 6. részajánlati kör vonatkozásában érvénytelen.

3. Az összegzés 7. pontjában az Orangeways City Kft. ajánlattevő ajánlatának érvénytelenségeként megjelölt indok valótlan, a PSZÁF hivatkozott nyilatkozata érvénytelen:

- a) A Kbt. 59.§ (2) bekezdés rendelkezései szerint az ajánlati biztosíték – többek között – biztosítható bankgaranciával. A bankgarancia a Ptk. 249.§ rendelkezései szerint olyan okirat, amelyben a kibocsátó arra vállal kötelezettséget, hogy *„meghatározott feltételek - így különösen bizonyos esemény beállta vagy elmaradása, illetőleg okmányok benyújtása - esetében és határidőn belül a kedvezményezettnek a megállapított összeghatárig fizetést fog teljesíteni.”* Bankgarancia kiadására – mint pénzügyi szolgáltatás végzésére - a hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról szóló 1996. évi CXII. törvény (továbbiakban: Hpt.) 4.§ (2) bekezdésének rendelkezései szerint nem csak bank, hanem bármely, engedéllyel rendelkező pénzügyi intézmény jogosult.

A „Fizetési garanciát” kiállító Buda Faktor Zrt. által kiadott és már csatolt nyilatkozat tanúsága szerint a Buda Faktor Zrt. a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyeletének (továbbiakban: PSZÁF) jogelődje, az Állami Pénz- és Tőkepiaci Felügyelete által 1634/1998 számon kiadott engedély alapján alapított és működő pénzügyi intézmény, amely *„[...]fizetési garancia kiadására jogosult.”*

A fizetési garancia – a pénzügyi intézetek csatolt okirattal igazolt fogalomhasználata és gyakorlata szerint – a bankgarancia kifejezéssel azonos értelmű, illetőleg a bankgarancia egyik típusa.

Az ajánlati biztosítékként az Orangeways City Kft. ajánlattevő által benyújtott „*Fizetési garancia*” a Ptk. 249.§ rendelkezései által a bankgaranciával szemben támasztott valamennyi tartalmi követelménynek megfelel. Figyelemmel arra, hogy a Ptk. 199.§ rendelkezései alapján alkalmazandó Ptk. 207.§ rendelkezései szerint a „*Fizetési garancia*” megnevezésű okirat jogi jellegét tartalma szerint kell elbírálni, megállapítható, hogy az lényegét és joghatását tekintve – megnevezésétől függetlenül – bankgarancia. Tartalmazza ugyanis a bankgaranciára a Ptk. által előírt tartalmi elemeket: 1.) a kedvezményezett megnevezése (1. pont 2. bekezdés); 2.) a megállapított összeghatár (2. pont, részenkénti bontásban); 3. az igénybejelentési okmány benyújtása, mint fizetési feltétel (3. pont); 4. határidő (2. pont).

Az az Orangeways City Kft. ajánlattevő által benyújtott „*Fizetési garancia*” megfelel továbbá a hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról szóló 1996. évi CXII. törvény 4.§ (2) bekezdésének rendelkezéseinek is, mivel azt pénzügyi intézmény bocsátotta ki.

A csatolt okiraton alapuló kötelezettségvállalás érvényességét és kikényszeríthetőségét, az okirat bankgarancia jellegét nem érintené egyebekben az a körülmény sem – amely ellentétes a garantőr már csatolt nyilatkozatán alapuló legjobb tudomásunkkal – ha a garantőr pénzügyi intézmény engedélye a bankgarancia-vállalásra kifejezetten nem terjedne ki.

Ugyancsak kiemelni kívánjuk, hogy a pénzügyi intézmény számára csak akkor szükséges külön engedély a bankgarancia nyújtására a Hpt. rendelkezései szerint, ha ezt a pénzügyi szolgáltatást üzletszerű tevékenységként végzi. Eseti bankgarancia-vállalásra a jogszabály nem ír elő engedélyezési kötelezettséget, a t. Ajánlatkérő által beszerzett PSZÁF igazolás és más körülmény sem tanúsítja, hogy a Buda Faktor Zrt. üzletszerűen végezné ezt a tevékenységet.

Ezen álláspontunk igazolására tisztelettel hivatkozunk a PSZÁF által kiadott, mellékelten teljes terjedelmében csatolt és egyebekben a PSZÁF honlapján <http://www.pszaf.hu/data/cms2103268/penz103.pdf> címen nyilvánosan is megismerhető állásfoglalásra, mely szerint:

„Az állásfoglalást kérő Társaság a Felügyelet engedélye alapján a Hpt. 3.§ (1) bekezdés b) pontjában meghatározott pénzkölcsön nyújtása pénzügyi szolgáltatás végzésére jogosult és a határozat szerint a Társaság e tevékenységen kívül más üzletszerű tevékenységet csak a rá vonatkozó, mindenkor hatályos jogszabályok szerint, az azokban foglalt feltételek teljesítése esetén és az azokban meghatározott körben folytathat.

A garancia nyújtása – a tevékenység üzletszerű végzése esetén – a Hpt.3.§ (1) bekezdés f) pontja szerinti olyan pénzügyi szolgáltatás, amely a Hpt. 3.§ (4)

bekezdésben meghatározottak alapján kizárólag a Felügyelet engedélyével végezhető.

Az állásfoglalást kérő levelében megemlíti, hogy a garancia nyújtására egydi esetként kerülne sor [...]

Tájékoztatjuk, hogy a cég tevékenysége abban az esetben minősül a Hpt. 3.§ (1) bekezdés f) pontja szerinti kezesség és bankgarancia vállalása, valamint egyéb bankári kötelezettségvállalás pénzügyi szolgáltatásnak, ha ezt a tevékenységet a társaság ÜZLETSZERŰEN végzi.

A tevékenység végzése pedig akkor minősül üzletszerűnek, ezáltal kizárólag a Felügyelet engedélyével végezhető pénzügyi szolgáltatásnak, ha az üzletszerűség (Hpt.2. melléklet III/22. pont) valamennyi fogalmi eleme – ellenérték fejében, nyereség illetve vagyonszerzés végett; előre, egyedileg meg nem határozott ügyletek megkötésére irányuló; rendszeresen folytatott gazdasági tevékenység – együttesen megvalósul.

A hivatkozott PSZÁF-állásfoglalásban foglaltakkal igazoltan a bankgarancia nyújtása tehát nem engedélyköteles tevékenység, ha a bankgaranciát nem üzletszerűen nyújtja a garantőr.

Kijelentjük, és a garantőr által csatolt nyilatkozattal igazoljuk, hogy az eljárásban ajánlati biztosítékként általunk felhasznált bankgaranciát nem üzletszerűen állította ki a garantőr, így annak kiállításához PSZÁF engedély nem volt szükséges.

- b) A t. Ajánlatkérő által a PSZÁF-tól az az Orangeways City Kft. ajánlattevő által benyújtott „Fizetési garancia” kiállítója tevékenységi engedélye vonatkozásában beszerzett nyilatkozat érvénytelen, miután az nem a PSZÁF nevében nyilatkozattételre jogosult személytől származik.

A PSZÁF <http://www.pszaf.hu/topmenu/apszaf/alapdokumentumok/szmsz> linken nyilvánosan elérhető Szervezeti és Működési Szabályzata 16.§ (1) bekezdés rendelkezései szerint a „A Felügyeletet [...] harmadik személyekkel szemben és más hatóságok előtt a Felügyelet elnöke képviseli.” A Szervezeti és Működési Szabályzat 8.§ (3) bekezdés b) pontja szerint a PSZÁF főosztályvezetői csak külön utasítás alapján gyakorolhatnak kiadmányozási jogkört.

A t. Ajánlatkérő által beszerzett nyilatkozat nem a PSZÁF képviseletére jogosult elnöktől, hanem az egyik – egyebekben legjobb tudomásunk szerint az adott kérdés tárgyában nem illetékes – főosztályvezetőtől származik, akinek erre vonatkozó, a PSZÁF elnökétől származó külön utasítás hiányában nem volt jogosultsága a PSZÁF képviseletében nyilatkozatot tenni. Az általa kiadott okiratban foglalt közlés fentiekre

tekintettel a PSZÁF hivatalos állásfoglalásának nem tekinthető, azt csak mint az aláíró személy irreleváns magánvéleményét lehet figyelembe venni.

- c) Ha a t. Ajánlatkérő az ajánlati biztosíték biztosításának igazolására benyújtott „*Fizetési garancia*” tartalmában, szövegezésében, formájában bármely hiányosságot, pontatlanságot, hibát vagy a meghatározottaktól való egyéb eltérést állapított volna meg, tisztelettel utalunk arra, hogy ez az ajánlati biztosíték rendelkezésére bocsátását igazoló okiratnak a Kbt. 83.§ (2) bekezdés d) pontja rendelkezései szerint hiánypótlással orvosolható hibája, és véleményünk szerint nem lett volna értékelhető az ajánlati biztosíték benyújtása elmaradásaként. A Kbt. 83.§ (2) bekezdés d) pontja szerint ugyanis nem hiánypótolható, ha az ajánlattevő az ajánlati biztosítékot határidőben nem bocsátotta rendelkezésre, de „[...] az ajánlati biztosíték nem azonos a róla szóló irattal.” Fentiekre tekintettel tehát a PSZÁF hivatalos közlésének nem tekinthető, érvénytelen nyilatkozat alapján a t. Ajánlatkérő az Orangeways City Kft. által benyújtott „*Fizetési garancia*” bankgarancia jogi jellegét nem vitathatta volna jogszerűen el, és az ajánlatkérő ajánlatát nem nyilváníthatta volna érvénytelenné.

- 4. A t. Ajánlatkérő jogszerűtlenül bocsátott ki hiánypótlási felhívást a VT-Transman Kft. ajánlattevő részére az 1., 2. és 3. részajánlati körökre benyújtott ajánlati biztosíték hiánypótlására; a VT-Transman Kft. ajánlattevő ajánlata érvénytelenségét a t. Ajánlatkérőnek a Kbt. 88.§ (1) bekezdés b) pontja alapján érvénytelennek kellett volna nyilvánítania, a korábbi vitarendezési kérelemben bemutatott, az ajánlati biztosítékot érintő hibák nem hiánypótolhatóak.**

A t. Ajánlatkérő 2012. április hó 17. napján – az általunk benyújtott előzetes vitarendezés iránti kérelemben foglaltakra hivatkozással – hiánypótlási felhívással kereste meg a VT-Transman Kft. ajánlattevőt.

- a) A hiánypótlási felhívás 1. pontjában a t. Ajánlatkérő tényként rögzíti, hogy a „[...] VT-Transman Kft. által benyújtott, a CIB Bank Zrt. által kiállított bankgarancia szövege nem tartalmazza [...] az alábbi feltételt: *A bank anélkül teljesít, hogy azt a kedvezményezett először a kötelezettől követelné.*” Ezen feltétel – ugyancsak a t. Ajánlatkérő által is elismerten és tényként rögzítettek szerint a bankgarancia kötelező eleme.

A hiánypótlásban ezen részében t. Ajánlatkérő arra hívta fel a VT-Transman Kft. ajánlattevő útján a CIB Bank Zrt. garantőrt, hogy „[...] nyilatkozzon, hogy a megadott feltétel szerint teljesít és ennek megfelelően egészítse ki a bankgaranciát.”

A Kbt. 83.§ (2) bekezdés d) pontja szerint hiánypótlással nem lehet az ajánlata olyan hibáját kijavítani, mely miatt az már benyújtásakor a 88. § (1) bekezdés a), illetőleg b) pontja szerint érvénytelen. A Kbt. 88.§ (1) bekezdés b) pontja alapján érvénytelen az ajánlat többek között, ha az ajánlati biztosítékot az ajánlattevő az ajánlati biztosítékot

az ajánlati felhívásban előírt határidőre nem bocsátja rendelkezésre. Az „Ajánlattételi felhívás” 4. pontjában írtak alapján az ajánlati biztosítékot a végleges ajánlatok benyújtásakor kellett ajánlattevőknek a t. Ajánlatkérő rendelkezésére bocsátaniuk.

A VT-Transman Kft. ajánlattevő által az 1.2. és 3. részajánlati körhöz benyújtott, a CIB Bank Zrt. által kiadott „Ajánlati bankgarancia” nem tartalmazza a garantőr feltétlen és visszavonhatatlan kötelezettségvállalását. A VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott okiratban vállalt fizetési kötelezettség teljesítése esetére a kötelezettségvállaló bank nem mondott le azon jogáról, hogy először a kötelezett teljesítésre történő felhívását követelje. A CIB Bank Zrt. garantőrt az okirat alapján megilleti az a jog, hogy a kötelezett teljesítésre való előzetes felhívásának hiányára, mint teljesítési kifogásra hivatkozzon.

A bankgarancia Ptk. 249.§ rendelkezéseivel meghatározott és a következetes bírói gyakorlat – hivatkozunk itt különösen a BH1998.293. eseti döntésben foglaltakra – által erősített ismerve, hogy a bankgarancia „[...] olyan kötelezettségvállalás, amelyben a banki kötelezettség tartalma nem az alapköveteléshez [...] igazodik”. Ezen rendelkezés szerint a bankgarancia jogi jellegével összeegyeztethetetlen az olyan kötelezettségvállalás, amely nem zárja ki annak a lehetőségét, hogy a bank a teljesítést megelőzően a kötelezett teljesítésre kötelezését követelné. Az ilyen, az alapkövetelés teljesítéséhez kötődő, a kötelezett nem teljesítése esetére vállalt kötelezettség a sortartásos kezesség jellegéhez áll közel.

Mindezekből megállapíthatóan a VT-Transman Kft ajánlattevő által ajánlati garanciaként csatolt okirat – a szövegezés hibájából eredően – nem bankgarancia, az ajánlattevő a teljesítési biztosítékot a Kbt. 59.§ (2) bekezdésében meghatározottak szerint a végleges ajánlattal egyidejűleg nem bocsátotta a t. Ajánlatkérő rendelkezésére.

A szövegezés olyan hiányossága, amelynek eredményeként a bankgaranciának nem minősülő okirattól bankgarancia válna, a Kbt. 83.§ (2) bekezdés alapján sem pótolható, mert ezzel a t. Ajánlatkérő valójában azt igyekezne orvosolni, hogy a jogszerűen benyújtani elmulasztott ajánlati biztosítékot az ajánlattevő utóbb csatolja.

Amennyiben a szövegezés hibájának javításával válik ugyanis az okirat bankgaranciává, ezt azt jelentené, hogy az ajánlattevő azzal a dátummal nyújtott ajánlati biztosítékot, amely napon a hiánypótlást teljesítette, ez pedig azzal jár, hogy ajánlata a Kbt. 88.§ (1) bekezdés b) pontja alapján érvénytelen.

- b) A hiánypótlási felhívás 2. pontjában a t. Ajánlatkérő tényként rögzíti, hogy a „[...] VT-Transman Kft. által benyújtott, a CIB Bank Zrt. által kiállított bankgarancia szövege tartalmazza hogy a [garantőr] a bankgaranciával szemben benyújtott [...] igénybejelentést és az azokhoz esetlegesen kapcsolódó okmányokat [...] megvizsgálja,

és amennyiben a Bank úgy ítéli meg, hogy az igénybejelentés alapján fizetést kell teljesítenie, akkor fizetési kötelezettségét [...] teljesíti [...].”

A hiánypótlásban ezen részében t. Ajánlatkérő arra hívta fel a VT-Transman Kft. ajánlattevő útján a CIB Bank Zrt. garantőrt, hogy „[...] nyilatkozzon, hogy az igénybejelentésnek csak az elmaradás tényét és a felmerült összegét kell tartalmaznia és a bank további okmányok benyújtását a nem teljesítés részletezését nem írja elő.”

A hiánypótlással gyakorlatilag azt írta elő a t. Ajánlatkérő a VT-Transman Kft. ajánlattevő és garantőre számára, hogy egy, a már benyújtott okiratban meghatározott feltételektől eltérő feltételekkel való kötelezettségvállalást tegyen a garantőr. Ez nem a becsatolt okirat hiányainak pótlására irányuló felhívás, hanem új, eltérő feltétellel való kötelezettségvállalás becsatolására szóló felszólítás, arra való figyelemmel, hogy a végleges ajánlathoz csatolt irat – a korábbi előzetes vitarendezés iránti kérelmünkben már részletesen előadottak szerint – sem a bankgarancia törvényi feltételeinek, sem az ajánlati felhívásban és dokumentációban meghatározott feltételeknek nem felel meg.

Hiánypótlás keretében a t. Ajánlatkérő csak az ajánlati biztosítékot igazoló irat olyan hiányait pótolthatja, amely hiányok az ajánlati biztosíték jogi jellegét nem érintik. Olyan okirati hiba nem hiánypótoltható, amely az ajánlati biztosíték érvényességét érinti. A korábban már bemutatottak szerint a közelebbről meg nem határozott tartalmú és mennyiségű egyéb okirat alapján támasztott teljesítési kifogás fenntartása a garantőr részéről az okirat bankgaranciának történő minősítése lehetőségét kizárja.

Ez esetben viszont ismételten igaz, az ajánlattevő majd a hiánypótlási felhívás teljesítésekor fogja nyújtani az elvárt ajánlati biztosítékot, azaz ajánlata a már hivatkozott Kbt. 88.§ (1) bekezdés b) pontja alapján érvénytelen.

- c) A hiánypótlási felhívás 4. pontjában a t. Ajánlatkérő a VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott ajánlati biztosíték hibájaként rögzíti, hogy: *„A VT-Transman Kft. által benyújtott ajánlati bankgarancia szerint a lejárat időpont 2012. május 14-e azzal, hogy az igénybejelentésnek a lejárat napján 16 óráig kell megérkeznie. Tekintettel arra, hogy az ajánlattételi felhívásban a szerződés tervezett időpontjának meghatározásakor nem került megjelölésre pontos óra és perc, az ajánlati biztosítéknak 2012. május 14-én 24.00 óráig az Ajánlatkérő rendelkezésére kell állnia.”*

A hiánypótlásban ezen részében t. Ajánlatkérő arra hívta fel a VT-Transman Kft. ajánlattevő útján a CIB Bank Zrt. garantőrt, hogy nyilatkozzon arra, miszerint „[...] a biztosíték rendelkezésre áll a megadott határidőig és ennek megfelelően egészítse ki a bankgaranciát.”

A VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott bankgarancia érvényességi ideje magából az okiratból pontosan megállapítható. Mint azt a t. Ajánlatkérő is helyesen megállapítja, a bankgarancia 2012. május 14-én 16.00 órakor érvényét veszti, azaz a szerződéskötés tervezett időpontjáig – a szerződéskötés napjának elteltéig – nem nyújt biztosítékot.

A t. Ajánlatkérő hiánypótlási felhívása nem jogszerű, mivel lényegében arra hívja fel a VT-Transman Kft. ajánlattevőt és garantőrét, hogy egy a korábbinál hosszabb időtartamra érvényes új bankgaranciát nyújtson be illetőleg a benyújtott, idő előtt érvényét veszítő bankgaranciát hosszabbítsa meg.

A bankgarancia érvényességi idejének nem megfelelése ugyancsak nem hiánypótolható, mivel nem pusztán okirati formai hiba, hanem magának az ajánlati biztosíték rendelkezésre bocsátásának a hibája. A VT-Transman Kft. ajánlattevő nem megfelelő időtartamra nyújtott ajánlati biztosítékot, ajánlatát nem a jogszabályoknak, az ajánlattételi felhívásnak és dokumentációnak megfelelően nyújtotta be.

- d) A t. Ajánlatkérő a hivatkozott hiánypótlási felhívásban a VT-Transman Kft. ajánlattevő által benyújtott okirat tartalmi hiányosságait kéri pótolni, ami nem jogszerű. A következőes döntőbizottsági joggyakorlat szerint kizárólag az ajánlati biztosítékot igazoló okirat egyszerű formai hiányosságai hiánypótolhatóak, a tartalmi hiányosságok nem. Mint az a Döntőbizottság a D.578/7/2007. sorszámú kiadott határozatban elvi élel rögzíti: „*A Kbt. szabályozása több esetben megkülönbözteti a formai és tartalmi követelményeket. A Kbt. 70.§ (1) bekezdése előírja, hogy az ajánlattevőnek az ajánlati felhívásban és dokumentációban meghatározott tartalmi ér formai követelményeknek megfelelően kell ajánlatát elkészítenie és benyújtania. Ezen túlmenően a Kbt. 83.§ (2) bekezdésének rendelkezései is használják a formai hiányosság kifejezést, megkülönböztetve a hiányosságtól, mely mind formai, mind a tartalmi követelményeket magában foglalja. A Döntőbizottság megítélése szerint nem minősíthető formainak az, hogy a kérelmező által becsatolt bankgarancia nem tartalmaz arra vonatkozóan garanciavállalást. hogy abban az esetben is feltétel nélkül teljesíti a bank fizetési kötelezettségét az ajánlati biztosítékra, amennyiben a szerződés megkötése a kérelmező, mint ajánlattevő érdekkörében felmerült okból hiúsul meg. A Döntőbizottság álláspontja szerint ez kifejezetten tartalmi kérdés, egyrészt az ajánlatkérőnek, illetve a Kbt. 59.§ (4) bekezdése második fordulatának előírása tartalmi követelmény, másrészt az előírt garanciavállalás ezen részének meg nem léte is tartalmi hiányosság, ilyen esetre nem vonatkozik az ajánlati biztosíték, a bankgarancia, így ajánlatkérő részére sem történik majd ebben az esetben kifizetés. A Döntőbizottság szerint formai előírásnak csak olyan követelmények minősíthetőek, mint például az ajánlatok fűzése, sorszámozása, szignálása, eredeti, másolati példányok benyújtása. Meghaladja a formai előírások szintjét az, amennyiben az adott követelménynek érdemi kihatása is van. Így a Döntőbizottság megállapította, hogy jelen esetben a kérelmező bankgaranciája, ajánlati biztosítéka nem formai*

hiányosságban szenved, így a formai hiánypótlás lehetősége sem áll fenn.[...] A Kbt. 88.§ (1) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi ok alkalmazási feltétele pedig fennáll, miután a kérelmező – általa is elismerten – nem az előírásoknak megfelelően bocsátotta az ajánlati biztosítékot rendelkezésre.”

A t. Ajánlatkérő által a Vt-Transman Kft ajánlattevő részéről hiánypótolni kérték: a bankgarancia idejének meghosszabbítása, a bankgarancia lehívása feltételeinek módosítása stb. nyilvánvalóan nem okirati-formai, hanem egyértelműen tartalmi elemek.

Ugyancsak következetes a döntőbizottsági joggyakorlat abban a kérdésben, hogy az ajánlati garancia érvényességi idejének hibája nem hiánypótolható és – függetlenül attól, hogy a biztosíték hatálya a megkívántnál később áll be vagy az előírtnál előbb szűnik meg – az az ajánlat érvénytelenségét eredményezi. A D.383/5/2009. számú döntésben elvi érveléssel rögzítettek szerint: *„A jogalkotó az ajánlat egyik érvényességi feltételeként határozta meg, hogy az ajánlattevő a biztosítékot az előírtaknak megfelelően bocsátja az ajánlatkérő részére, amennyiben az ajánlattevő a biztosítékot nem vagy nem az ajánlatkérő által előírtak szerint bocsátja rendelkezésre, úgy az ajánlat érvénytelenségét kell megállapítani az ajánlatkérőnek. A Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmező ajánlatában a 15-20. oldalon benyújtott bankgarancia nyilatkozatok valamennyi részben az ajánlattételi határidő, 2009. május 14. napját követő naptól, 2009. május 15. napjától kezdődő hatálybalépési napot tartalmazzák, tehát a kérelmező a bankgaranciát, mint ajánlati biztosítékot egyetlen rész tekintetében sem bocsátotta a Kbt. 59.§ (1) bekezdésében és a felhívásban foglaltaknak megfelelően az ajánlatkérő rendelkezésére, tehát jogszerűen állapította meg az ajánlatkérő kérelmező ajánlatának érvénytelenségét mind a hat rész tekintetében a Kbt. 88.§ (1) bekezdés b) pontja szerinti érvénytelenségi ok megjelölésével.”*

Kérjük, hogy a Kbt. 96.§ (4) bekezdése alapján a t. Ajánlatkérő mindezek alapján az összegzést szíveskedjék módosítani, a 6. részajánlati kör tekintetében az Orangeways City ajánlatkérő ajánlatának érvénytelenségéről szóló döntést visszavonni, míg a 6. részajánlati körben a VT-Transman Kft. ajánlattevő ajánlatának érvénytelenségét megállapítani.

Felhívjuk a t. Ajánlatkérő figyelmét a Kbt. 96/A.§ (4) bekezdés rendelkezéseire, mely szerint: *„Amennyiben valamely ajánlattevő előzetes vitarendezési kérelmet nyújtott be valamely - az ajánlatok bontását követően - történt eljárási cselekménnyel, keletkezett dokumentummal, kapcsolatban, az ajánlatkérő a kérelem benyújtásától a válaszának megküldését követő tizedik napig nem kötheti meg a szerződést, illetőleg - ha részajánlat tétele lehetséges volt - a beszerzés érintett részére vonatkozó szerződést, ha ez az időpont a 99. § (3) bekezdése szerinti szerződéskötési időpontnál későbbre esik.”*

Az idézett jogszabályhelyre hivatkozással kérjük, hogy a t. Ajánlatkérő a korábban az 1., 2., 3. részre és jelen beadvánnyal a 6. részre előterjesztett vitarendezési kérelmünkre tekintettel

ezen részek tekintetében a szerződéskötést a vitarendezési eljárás és annak eredménytelensége esetén az azt követő döntőbizottsági jogorvoslati eljárások jogerős lezárultáig ne kösse meg.

Tisztelettel:

ORANGEWAYS CITY Kft.
Székhely: 1145 Budapest,
Columbus utca 24/b. 3.em.7.
Adószám: 12518466-2-42

Orangeways City Kft. ajánlattevő
(képv: Kovács Miklós György ügyvezető)