

**KÖZBESZERZÉSEK TANÁCSA
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1024 Budapest, Margit krt. 85.

1525 Pf.: 166.

Tel.: 06-1/336-7776, fax: 06-1/336-7778

E-mail: dontobizottsag@kt.hu

Ikt.sz.: D.879/18/2011.

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

HATÁROZAT - ot.

A Döntőbizottság a **Hunép Universal Zrt.** (4025 Debrecen, Simonffy u. 34-36.), a **Magyar Építő Zrt.** (1149 Budapest, Pillangó u. 28) és a **Strabag-MML Kft.** (1113 Budapest, Daróci u. 30., a továbbiakban közösen: kérelmező képviselőiben: Dr. Dékány László ügyvéd 1025 Budapest, Felső Zöldmáli u. 60-62.,) által a **FERROÉP Zrt.** (6725 Szeged, Kálvária sgt. 87/B., képviseli: Dr. Ollé György ügyvéd 6722 Szeged, Gutenberg u. 3. mfsz. 3., a továbbiakban: kérelmezett) és a **Szegedi Tudományegyetem** (6720 Szeged, Dugonics tér 13., képviseli: Dr. Nagymihály Tamás ügyvéd 6722 Szeged, Gogol u. 6., a továbbiakban: ajánlatkérő) „Az SZTE Szent-Györgyi Albert Klinikai Központ által a TIOP-2.2.7-07/2F/2-2009-0008 kódszámú és a TIOP-2.2.208/2-2009-00008 kódszámú pályázatban építési beruházás” tárgyú közbeszerzési eljárásának **I. része** ellen benyújtott kérelmet **elutasítja**.

Az 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 Fővárosi Bíróságtól lehet kérni. A keresetlevelet a Fővárosi Bírósághoz címezve, de a Döntőbizottságnál kell benyújtani. Tárgyalás tartását a felperes a keresetlevélben kérheti. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására nincs halasztó hatálya.

INDOKOLÁS

A Döntőbizottság a közbeszerzési eljárásban, a D.640/2011. és a D.820/2011. számú és jelen jogorvoslati eljárásban keletkezett iratok, a jogorvoslati kérelem, ajánlatkérő és kérelmezett érdemi észrevételei, az ügyben tartott tárgyaláson tett

nyilatkozatok és a becsatolt okirati bizonyítékok alapján az alábbi tényállást állapította meg.

Ajánlatkérő a rendelkező részben meghatározott tárgyban a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) IV. fejezete szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított, melyre vonatkozó ajánlati felhívása 2011. május 19-én, 2011/S 96-152441 számon jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában, mely 2011. május 17-én került feladásra.

A felhívás II.1.1) pontja szerint a beszerzés tárgya: „Az SZTE Szent-Györgyi Albert Klinikai Központ által a TIOP-2.2.7-07/2F/2-2009-0008 kódszámú és a TIOP-2.2.2-08/2-2009-0008 kódszámú pályázatban építési beruházás.”

Ajánlatkérő 2 részajánlati körben biztosította az ajánlattételt.

A felhívás II.2.1) pontjában került meghatározásra a beszerzés teljes mennyisége az alábbiak szerint:

„1. részajánlati kör: A Szegedi Tudományegyetem által a TIOP-2.2.7-07/2F/2-2009-0008 kódszámú projektben megvalósítandó építési-szerelési kivitelezési tevékenység generálkivitelezésben történő ellátása, amely magában foglalja egy 21.575 m² területű új klinikai épület (265 ágy kapacitás) létrehozását, továbbá a fejlesztés helyszínét képező jelenlegi 410 ágyas klinikai épület infrastruktúrájának 3.326 m² területen történő átépítését és korszerűsítését, valamint a két épület összekapcsolását, illetve az ezekhez kapcsolódó utak, parkolók és közművek megépítését.

Fontosabb pénzügyi adatok: pályázatban rendelkezésre álló forrás.

- Új klinikai épület építése, utak, parkolók és közművek létesítése bruttó: 6.436. 224.600.-HUF,
- Meglévő klinikai épület átalakítása bruttó: 746.993.602.-HUF.”

Ajánlatkérő a szerződés időtartamát 710 napban rögzítette. A részvételi feltételek között ajánlatkérő meghatározta a kizáró okokat és igazolásukat, az alkalmasság igazolásának módját és az alkalmasság minimum feltételeit.

Ajánlatkérő a felhívás III.2.3) műszaki, illetőleg szakmai alkalmasság körében többek között az alábbiakat határozta meg:

Az alábbi igazolásokat az ajánlattevőnek és a 10 % feletti alvállalkozónak együttesen lehet teljesítenie: Az alkalmasság igazolására a 65. § (3) bekezdése szerinti szervezetek (személyek), mint erőforrást biztosítók bevonására a

műszaki, illetve szakmai alkalmasság körében van lehetőség, kivéve a referencia igazolás tekintetében, a Kbt. 4. § 3/E. pontja értelmében (a Ptk. szerinti többségi befolyás fennálltának kivételétől eltekintve), továbbá a Kbt. 69. § (8) bekezdése megfelelően alkalmazható.

M/1. Ismertesse az ajánlattételi határidő lejártát megelőző 60 hónapban sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezett közbeszerzés tárgya szerinti építési munkáit a Kbt. 67. § (2) bekezdés a) pontja alapján a főbb műszaki, mennyiségi mutatók, az ellenszolgáltatás összege, a teljesítés ideje és a szerződést kötő másik fél, valamint a részéről információt nyújtó személy nevének és telefonszámának megjelölésével, és a másik fél által adott igazolással a Kbt. 68. § (2) bekezdés szerinti tartalommal.

Az ajánlattevőnek és a 10 % feletti alvállalkozónak együttesen lehet megfelelnie. Alkalmatlan, ha nem rendelkezik az ajánlattételi határidőt megelőző 60 hónapban műszaki átadás-átvétellel befejezett:

1. részajánlati kör:

- legalább kettő db nettó 2.000.000.000.-HUF értékű bármilyen magasépítési munkára vonatkozó referenciával, és,
- legalább egy db, legalább nettó 400.000.000.-HUF értékű egészségügyi intézmény kórházi, vagy klinikai, vagy rendelőintézeti épületben) építésére vonatkozó referenciával.

Egy adott referencia mindkét részajánlati körben felhasználható, illetve részajánlati körönként legalább 2 referenciával is teljesíthető az előírt alkalmasság.

A felhívásban ajánlatkérő bírálati szempontként az összességében legelőnyösebb ajánlat szempontrendszerrel jelölte meg, ismertette a részszerzőpontokat, a súlyszámokat, a bírálat módszerét és az értékelési ponttartományt.

A felhívásban az ajánlattételi határidő 2011. július 5-én, az eredményhirdetés tervezett időpontja 2011. augusztus 4-én, míg a szerződéskötés tervezett időpontja 2011. augusztus 15-én került rögzítésre.

Az ajánlatkérő ajánlattételi dokumentációt is összeállított, mely tartalmazta az általános útmutatót, a műszaki leírást, terveket, a szerződéstervezetet, a mellékleteket, nyilatkozatmintákat és formanyomtatványokat.

Ajánlatkérő dokumentációt is készített a megfelelő ajánlattétel elősegítése érdekében.

Ajánlatkérő 2011. június 08-án helyszíni bejárást tartott, az erről felvett jegyzőkönyvet valamennyi ajánlattevőnek megküldte.

Ajánlatkérő 2011. június 29-én tájékoztatta az ajánlattevőket, hogy az ajánlattételi határidő 2011. július 22-re módosult. Ajánlatkérő megválaszolta az ajánlattevők által feltett kérdéseket.

Az ajánlattételi határidőre ajánlatot nyújtott be az 1. részajánlati körre a Csongrádi Magasépítő Kft. 6.096.922.326.-Ft-os, az Ezentis-Ortiz Konzorcium 6.923.864.808.-Ft-os, a Grabarics Építőipari Kft. 5.669.242.544.-Ft-os, a kérelmezett és az Aktív Kft. által alkotott FERROÉP-AKTÍV SZTE TIOP-2.2.7-07/2F/2-2009-0008 Konzorcium 5.334.968.997.-Ft-os, a KÉSZ Zrt. 5.997.424.964.-Ft-os és a kérelmező 5.593.933.881.-Ft-os nettó ajánlati áron.

A FERROÉP-AKTÍV SZTE TIOP-2.2.7-07/2F/2-2009-0008 Konzorcium (a továbbiakban: Konzorcium) ajánlatának 131. oldalán került csatolásra az „Újszegedi fürdőkomplexum fejlesztése III. ütem kivitelezése” munkáról szóló referenciaigazolás, melyben „vállalkozó munkájának értékelése Közbeszerzési Pályázathoz” tárgy került megjelölésre. A dokumentum szerint „a nyilatkozatot a Ligetfürdő Kft. a FERROÉP Zrt. megkeresése alapján adja ki közbeszerzési pályázathoz.” Tartalmazta azt is, hogy a teljesítés az előírásoknak megfelelően történt. A referenciában szerepeltek a referenciamunka alábbi főbb adatai:

- a FERROÉP Zrt. fővállalkozásban végezte;
- a kivitelezés 2009.06.05-én kezdődött, és 2010.02.28-án fejeződött be;
- műszaki átadás-átvétel időpontja: 2010.02.28., jegyzőkönyv kiadásra került;
- kivitelezés értéke: 3.123.313.750.-Ft (2.498.651.000.-Ft +Áfa)
(2009.:1.500.000.000.-Ft+Áfa, 2010.:998.651.000.-Ft+Áfa)

Ajánlatkérő 2011. július 27-én hiánypótlási felhívást intézett ajánlattevőkhöz, mely a kérelmezett tekintetében többek között az alábbiakat tartalmazta:

„Ajánlata 131. oldalán csatolt referencianyilatkozatában nem adta meg a referenciát nyújtó személy telefonszámát, pótolja a hiányt.”

Kérelmezett hiánypótlásában csatolta a Ligetfürdő Kft-től származó az ajánlat 131. oldalán becsatolt dokumentummal egyező tartalmú és tárgyú iratot, mely kiegészítésre került a szerződést kötő másik fél részéről információt nyújtó személy telefonszámának megjelölésével.

Ajánlatkérő 2011. augusztus 18-án tájékoztatta az ajánlattevőket arról, hogy ajánlatkérő a Kbt. 84. §-a alapján nyilvánvaló számítási hibát észlelt az ajánlatokban, melyet javított.

A 2011. augusztus 22-én készült összegezés szerint az eredményes eljárásban a Konzorcium lett az 1. részajánlati körben az eljárás nyertese, míg a nyertest követő második legkedvezőbb ajánlattevőként kérelmező került kihirdetésre.

Kérelmező 2011. szeptember 2-án előterjesztett jogorvoslati kérelmére indult D.640/2011. számú eljárásban – melyben kérelmező többek között a Konzorcium referenciájának megfelelőségét vitatta - a Döntőbizottság megállapította, hogy ajánlatkérő megsértette a Kbt. 96. § (3) bekezdését, a Kbt. 81. § (1) bekezdésére tekintettel a Kbt. 83. § (1) bekezdését, ezért a Döntőbizottság megsemmisítette ajánlatkérő 1. részre vonatkozó eljárást lezáró döntését. A Döntőbizottság egyebekben a kérelmet elutasította.

Ajánlatkérő 2011. október 24-én megküldött „Hiánypótlás 3. Közbeszerzési Döntőbizottság D.640/2011. számú határozata alapján” című levelében közölte, hogy „a KDB a D.640/32/2011. számú határozatában a jogorvoslati kérelemnek részben helyt adott és megsemmisítette az ajánlatkérő eljárást lezáró döntését. Határozatában rögzíti, hogy „a nyertes ajánlattevő által becsatolt referencia nem az arra jogosult szerződést kötő féltől származik”. Rögzíti a határozat azt is, hogy az „Ajánlatkérő csak a hiánypótlást követően dönthet a nyertes ajánlattevő ajánlatának érvényességéről. A Döntőbizottság megállapította, hogy jelen esetben a hiánypótlás kibocsátása alkalmazható a Kbt. 83. § (2) bekezdés sérelme nélkül.” „A Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában foglaltaknak megfelelően az ajánlatkérő az alábbi hiánypótlást rendeli el:

Hiánypótlásra felhívott: Ferroép Zrt., Aktív Kft. közös ajánlattevők:

Hiánypótlás:

A Dokumentáció M/1. pontjában előírt formai és tartalmi követelményeknek megfelelően, a Kbt. 67. § (2) bekezdés a) és a 68. § (2) bekezdése szerint csatoljon a szerződést kötő másik fél által kiadott igazolást, amely igazolja, hogy rendelkezik nettó 2.000.000.000.-HUF értékű bármilyen magasépítési munkára vonatkozó referenciával.”

Ajánlatkérő ugyanezen dokumentumában felhívta az érvényes ajánlattevőket az ajánlat fenntartására vonatkozó nyilatkozat tételére.

Kérelmező kérelme alapján indult D.820/2011. számú jogorvoslati eljárásban, mely ajánlatkérő jogsértő tartalmú hiánypótlási felhívásának vizsgálatára irányult, a Döntőbizottság a kérelmet elutasította.

A Konzorcium a megadott határidőre benyújtotta a hiánypótlását és az ajánlat fenntartására vonatkozó nyilatkozatát.

A hiánypótlásban szereplő „referencia igazolás” tárgyú okiratot a referenciát kibocsátó Sky-Builder Építőipari Zrt. képviselőjében B.K. igazgatósági tag 2011. október 24-én állította ki. A III. pontban a teljes beruházás műszaki jellemzői kerültek ismertetésre akként, hogy bemutatásra került a kérelmezett által elvégzett tejesítés műszaki tartalma is, melynek értéke 2.495.650.000.- Ft+Áfa. A IV. pontban került megadásra, hogy a kérelmezett „kivitelezése 2009.06.25-én kezdődött, és 2010.02.28-án fejeződött be, a műszaki átadás-átvétel sikeresen megtörtént, a fürdőépület próbaüzeme 2010.03.16-án fejeződött be, a kültéri medencék próbaüzeme 2010.04.30-án fejeződött be, vállalkozás befejezése 2010.05.21”. A VI. pontban a referenciát adó (Sky-Builder Zrt.) részéről információt nyújtó személyként B.K. került megadásra, telefonszámként a 2011. július 27-i hiánypótlásra beadott telefonszámot adta meg.

Ajánlatkérő 2011. november 10-én megküldte ajánlattevőknek az ajánlatok elbírálásáról készített összegezését, mely szerint az 1. részben a Konzorcium lett az eljárás nyertese, és kérelmező lett a nyertest követő legkedvezőbb ajánlattevő.

Kérelmező 2011. november 11-én megtekintette a nyertes ajánlattevő hiánypótlását, majd 2011. november 15-én fax útján előzetes vitarendezés iránti kérelemmel fordult az ajánlatkérőhöz, melyben vitatta a nyertes ajánlattevő ajánlatának érvényességét. Ajánlatkérő 2011. november 15-i válaszában a vitarendezés iránti kérelmet elutasította.

Kérelmező 2011. november 21-én előterjesztett, majd pontosított jogorvoslati kérelmében kérte jogsértés megállapítását, ajánlatkérő 1. részben hozott eljárást lezáró döntésének megsemmisítését, ajánlatkérő eljárási költségekben történő marasztalását.

Kérelmező álláspontja szerint jogsértő a nyertes ajánlattevő ajánlatának érvényesként történő elfogadása és nyertesként történő kihirdetése, mellyel ajánlatkérő megsértette a Kbt. 81. §, 83. § rendelkezéseit, illetve a Kbt. 85. § alapján jogsértően mulasztotta el felvilágosítás kérését az új referencia alábbiak szerint vitatott (valótlan) tartalmának tisztázása érdekében. A Kbt. 81 § alapján jogsértően állapította meg a Konzorcium szerződés teljesítésére való alkalmasságát, illetve a referencia megfelelőségét az alkalmasság igazolására, a Kbt. 62. § alapján jogsértően nem zárta ki a hamis adatszolgáltatást elkövető

ajánlattevőt, illetőleg a Kbt. 88. (1) bekezdés d)-f) pontjai alapján jogsértően mellőzte a Konzorcium ajánlata érvénytelenségének megállapítását.

1./

Kérelmező szerint tekintettel arra, hogy a Konzorcium a hiánypótlás 2. felhívás alapján pótolta az elérhetőségi adatot, így a hiánypótlás 3. felhívás alapján a Konzorcium által benyújtandó új referencia a korábban megadott elérhetőségi adattól eltérő más telefonszám miatt a kétszeres hiánypótlás kógens jogszabályi tilalmába ütközik. Hiszen a Konzorcium az ismételten pótolni rendelt hiányt a hiánypótlás 3. felhívás alapján kizárólag akként tudja teljesíteni, hogy a hiánypótlás 2. felhívás alapján egyszer hiánypótlás alapján már pótlólagosan megadott elérhetőségi adatot ismételten (másodjára is) pótolja. A kétszeres hiánypótlás megállapítása kizárólag úgy lenne elkerülhető, ha és amennyiben a konzorcium „egyszerűen” elfelejti ezen elérhetőségi adat másodszori pótlását (így a teljesen új referenciában is a régi elérhetőségi adatot szerepelteti), vagy a referenciát adó társaság és az információt adó személy adatainak teljesen egyértelmű módosítása mellett „új adatként” a korábbival egyező elérhetőségét adja meg. Ezen két esetben jogsértésként a kétszeres hiánypótlás megállapítása elkerülhető, de a jogsértés más jogcímen kerül megállapításra. Kérelmező az előzetes vitarendezési kérelemre adott válaszból értesült arról, hogy a Konzorcium a korábban hiánypótlott telefonszámot adta meg, mellyel kérelmező szerint a jogsértés megállapíthatóságának ténye és annak valós indoka megkerülhetetlenné vált. Kérelmező szerint megállapítható, hogy az új referencia szándékosan tartalmazta a korábbi referenciát kiadó Liget Fürdő Kft. szegedi illetőségű műszaki igazgatójának elérhetőségi adatát (valótlan elérhetőségi adat), illetve az új referencia szándékosan nem tartalmazta az igazolást újonnan kiadó Sky-Builder Zrt. budapesti illetőségű vezérigazgatójának elérhetőségi adatát (valós elérhetőségi adat hiánya).

Az előbbi körülmény az új referencia valótlan adattartalmát eredményezi, az utóbbi körülmény pedig azt jelenti, hogy a Konzorcium gyakorlatilag két hiánypótlási lehetőség után sem tudta helyesen és jogszerűen megjelölni ezt az előírt adattartalmat. Mindkét körülmény azt eredményezi, hogy az új referencia nem felelt meg az ajánlatkérő előírásainak, így nem megfelelő a Konzorcium alkalmasságának igazolására. A hiányos, illetve valótlan adattartalmú referencia - és a kétszeres hiánypótlás jogkövetkezménye alkalmazásának ilyen szándékos kijátszására irányuló ajánlattevői eljárás - nem felelhet meg az ajánlatkérő előírásainak, nem vezethet az alkalmasság megfelelő módon történő igazolásához és nem vezethet a konzorciumi ajánlat érvényességének (nyertességének) megállapításához sem. Mindezekon túl ezen ajánlattevői

eljárás - és annak ajánlatkérői értékelése - nem tekinthető jogszerű, a jóhiszemű joggyakorlás elvének megfelelő, a Kbt. 1. § alapelveivel - különösen a verseny tisztaságával és az esélyegyenlőség biztosításával- összhangban lévő magatartásnak.

Kérelmezők kiemelte, hogy az ajánlatkérői előírásoknak megfelelően megjelölendő elérhetőségi adat a referencia igazolás, illetve az ajánlattevő alkalmassága igazolásának ugyanolyan szükségképpen tartalmi eleme mint sok más adat (pl.: a referenciát kiadó szerződő fél helyes megjelölése), közvetve pedig a (nyertes) ajánlat egy szükségképpen tartalmi eleme. Egyértelművé és világossá teszi a referencia elérhetőségi adata hiányának, illetve valótlanságának megkerülhetetlenségét az a tény, miszerint az ajánlatkérői előírásokra hivatkozással a korábbi bírálati szakaszban ajánlatkérő éppen ezen elérhetőségi adat vonatkozásában adott ki hiánypótlási felhívást a Konzorcium részére, nyilvánvalóan azért, mert az elérhetőségi adat pótlása hiányában nem tudja az ajánlattevői alkalmasságot megfelelően igazoltnak tekinteni.

Kérelmezők jogi megítélése szerint ajánlatkérőnek a Kbt. 85. § alapján felvilágosítást kellett volna kérnie az igazolás tartalmának tisztázása érdekében, majd a fentiek szerint egyébként ajánlatkérő által is feltárt és megismert szándékos, rosszhiszemű „manipuláció” okán, az új referencia igazolás valótlan adattartalma miatt a Kbt. 62. § alapján ki kellett volna zárnia a hamis adatszolgáltatást elkövető ajánlattevőt, illetőleg a Kbt. 88. (1) bekezdés d)-e) pontjai alapján az új referencia nem megfelelősége mellett a Konzorcium ajánlatának érvénytelenségét kellett volna megállapítania.

2./

Kérelmező véleménye szerint a Konzorcium által csatolt új referenciában az ajánlat részét képező referencia valamennyi tartalmi eleme „kicserélésre” került az elérhetőségi adat kivételével. Az eredeti referencia nyilatkozat nem megfelelősége hiánypótlás útján csak és kizárólag a nem megfelelőség okaként a Döntőbizottság által megjelölt konkrét hiba (a referenciát nem az arra jogosult szerződést kötő fél állította ki) kijavítása útján lehetett volna jogszerűen korrigálni, az ajánlat hiánypótlás útján csak kizárólag ugyanezen körben ugyanezen úton lehetett volna érvényessé tenni. Kifejtette azon álláspontját, hogy az ajánlatkérői jogsértés Döntőbizottság általi megállapítása mellett előírt hiánypótlás nem a hamis adatszolgáltatás megkerülhetőségét lett volna hivatott biztosítani, hanem éppen ellenkezőleg, a bírálati szakaszba történő visszahelyezés miatt éppen ugyanezen tartalmi elemek ajánlatkérő általi (kötelező) újraértékelését írta elő. Ehhez képest a hiánypótlási kötelezettség teljesítése nem tekinthető jogszerűnek akként, hogy az eredetileg a konzorciumi

ajánlat részét képező hamis (valótlan) adatokat a Konzorcium a reparációra hivatkozással egyszerűen „eltünteti” az ajánlatból anélkül, hogy ezt akár az ajánlatkérő, akár a Döntőbizottság értékelte, értékelhette volna.

3./

Előadta, hogy a hiánypótlás 3. felhívás alapján a Konzorcium által csatolt igazolás nem megfelelő a Konzorcium alkalmasságának igazolására az alábbi okok alapján:

3.1/ A felhívásban az ajánlattevőknek az alkalmasság feltételeként az elmúlt 60 hónapban sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezett közbeszerzés tárgya szerinti építési munka elvégzését kellett igazolni.

A „sikeres műszaki átadás-átvétellel” befejezett építési munka fogalmilag fővállalkozói- vagy generálkivitelezői befejezett építési munkát jelent, hiszen a sikeres műszaki átadás-átvétel fogalma és eljárása kizárólag a fővállalkozó-generálkivitelező és a megrendelő viszonylatában értelmezhető. Ezt támasztja alá az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 32. § szabályai, illetve a műszaki átadás-átvétel fogalom meghatározása. Szintén ezt támasztja alá, hogy eredetileg a Konzorcium is egy fővállalkozói munkát kívánt referenciaként bemutatni. Kérelmező kérelmének alátámasztására becsatolta a „Felelős műszaki vezetők kézikönyvé”-nek műszaki átadás-átvételre vonatkozó előírásait. A vitatott referenciában is két eltérő „befejezési” időpont került feltüntetésre, 2010. február 28-án fejezte be a kérelmezett az alvállalkozói teljesítését, és ettől elkülönülően, a referencia adatai szerint 2010. május 21-én történt a projekt sikeres (fővállalkozói) műszaki átadás-átvétele. Kiemelte, hogy a Konzorcium által csatolt új referenciában megjelölt jogviszony nem vitásan egy alvállalkozói viszony (teljesítés), így ezzel nem igazolható a sikeres műszaki átadás-átvétel befejezése, hiszen ezen utóbbi fogalom a fővállalkozói (generálkivitelezői) teljesítéshez kapcsolódó jogi aktus, csak ezen belül értelmezhető jogi (teljesítési) aktus. Tárgyalási nyilatkozatában előadta, hogy a műszaki átadás-átvétel szakmai nyelvhasználatban a komplett tevékenység befejezését jelenti, méghozzá az építtető részére. Ajánlatkérő előírásai alapján azt kell vizsgálni, hogy mi volt az ajánlatkérőnek a célja. Ajánlatkérő egy olyan munkának a bemutatását várta el, ahol a vállalkozó a megrendelővel áll közvetlenül jogviszonyban, melynek célja lehet pl. a felelősség. Ebből következően egy generál kivitelezésről szóló referenciaigazolást, vagy fővállalkozásról szóló referenciaigazolás tudta volna teljesíteni ezt az ajánlatkérői elvárást, így ez az ún. alvállalkozói teljesítés nem teljesíti az ajánlatkérő előírásának.

3.2/ A Konzorcium által csatolt új referenciában maga a referencia kiadója rögzíti, hogy a Ferroép Zrt. kérelmezett tárgybani részvétele a felek közötti „szerződéses megállapodások” alapján került igazolásra. Ez vagy a 3 konzorciumi tag között létrejött megállapodás, vagy a 3 konzorciumi tag között létrejött azon megállapodás képezi, mely a tagok közötti feladatmegosztásról szól. Kérelmező szerint ezen megállapodások egyike sem és együttesen sem képezhetik a referencia alapját. Az alkalmasság kizárólag vállalkozói típusú szerződés keretében elvégzett vállalkozói teljesítés alapján történhet. A két megállapodás egyike sem ilyen szerződés, így fogalmilag kizárt annak alkalmazhatósága, hiszen hiányoznak a vállalkozói típusú szerződések jogi attribútumai. Tárgyalási nyilatkozatában közölte, hogy álláspontja szerint nem született a referencia munka vonatkozásában olyan vállalkozási szerződés, amely alapján a referenciát ki lehetett volna állítani. Kérelmező kiemelte, hogy a jogorvoslati kérelmében részletesen bemutatta azt az ábrát, ami alapján álláspontja szerint elkészíthető a referenciaigazolás. Ebből következően három szintet jelölt meg egyrészt a fővállalkozói szerződést, másrészt konzorciumon belüli tagok közötti szerződést, valamint az alvállalkozói szerződést. Álláspontja szerint ezen három szerződéses jogviszonyból egyedül a fővállalkozó és az alvállalkozói szerződés képezheti a referencia munkának az alapját, tekintettel arra, hogy abban kerül megjelölésre teljesítési határidő és további olyan szerződési kellékek, amelyek megfelelnek a vállalkozási szerződés követelményének, ebből következően a konzorcionális szerződés nem lehet az alapja a referencia kiállításának.

3.3/ A Konzorcium által csatolt új referencia mögötti jogviszony egy olyan alvállalkozói jogviszony, amelynek megrendelői pozíciójában nem önállóan a Sky-Builder Zrt. áll, hanem a Szeged Fürdő 2. Konzorcium, illetőleg annak tagjai. A Közbeszerzési Értesítő nyilvános adatai (KÉ-16637/2009) alapján, mely szerint az Újszegedi Fürdőkomplexum fejlesztése III. ütem kivitelezés projekt fővállalkozója, a Szeged Fürdő 2. Konzorcium, annak tagjai a Sky-Builder Zrt., a Szeviép Zrt. és a Ferroép Zrt. Ehhez képest a Konzorcium által csatolt új referencia valótlán adattartalmú.

Közölte, hogy az új referencia nem tartalmaz adatot arra vonatkozóan, hogy a referenciaként bemutatott alvállalkozói munka megrendelője valójában a „Szeged Fürdő 2. Konzorcium” (vagy annak tagjai), az új referencia nem tartalmaz adatot arra vonatkozóan, hogy az új referencia aláírója a „Szeged Fürdő 2. Konzorcium” (vagy annak tagjai) által felhatalmazott képviselő, nem merült fel arra vonatkozóan igazoló adat, hogy B.K. jogosult lenne a „Szeged Fürdő 2. Konzorcium” (vagy annak tagjai, így különösen a Szeviép Zrt. „fa.”) önálló képviselőre.

Az előzményi jogorvoslati eljárás során a felek nyilatkozatai, a csatolt dokumentumok, illetve a mindenki számára nyilvános közbeszerzési adatok alapján a tárgyáni projekt szerződéses rendszere feltárásra került. A Liget Fürdő Kft. megrendelővel a „Szeged Fürdő 2. Konzorcium” fővállalkozó gesztoraként eljáró Sky-Builder Zrt. létesített Fővállalkozói szerződést. Mivel mindenki csak azt a szerződési pozíciót adhatja tovább, amivel maga is rendelkezik, így további alvállalkozói szerződést csak a fővállalkozói pozícióban lévő felek létesíthettek, így szintén a „Szeged Fürdő 2. Konzorcium” fővállalkozó gesztoraként eljáró Sky-Builder Zrt. létesített/létesíthetett alvállalkozói szerződést minden alvállalkozóval, így jelen esetben a Ferroép Zrt.-vel is (a Ferroép Zrt. mint önálló alvállalkozó szerződhetett további (sub)-alvállalkozókkal. Ennek megfelelően az alvállalkozói szerződést valóban a Sky-Builder Zrt. írhatta alá, nem önállóan és nem a saját nevében, hanem a „Szeged Fürdő 2. Konzorcium” fővállalkozó gesztoraként (képviselőjeként), hiszen csak így rendelkezett az átadható szerződési pozícióval (megfelelő szerződéskötési képességgel).

Kérelmező előadta, hogy a KÉ-16637/2009. hirdetmény szerint az Újszegedi Fürdőkomplexum fejlesztése III. ütem kivitelezés projekt fővállalkozója a Szeged Fürdő 2. Konzorcium, annak tagjai a Sky-Builder Zrt., a Szeviép Zrt., és a Ferroép Zrt. A Ferroép Zrt., mint alvállalkozó a gesztor útján közvetlenül a fővállalkozói Szeged Fürdő Konzorciummal állt alvállalkozói szerződésben (amelynek önmaga állítólag 70%-os arányban tagja is volt), úgy az új referencia mögötti jogviszony olyan alvállalkozói jogviszony, amelynek megrendelői oldalán konzorciumi társként (70%) a Ferroép Zrt. áll, míg alvállalkozói oldalán ugyanaz a Ferroép Zrt. áll, immár önállóan. Vagyis lényegében mindkét (szerződési) oldalon a Ferroép Zrt. áll, vagy másképpen a referencia adói oldalon és a referencia jogosulti oldalon is a Ferroép Zrt. áll. Ez nyilvánvalóan lehetetlen jogi helyzet, szerződési értelemben a Ferroép Zrt. megrendelőként nem adhat ki saját magának alvállalkozásba egy munkát, referencia igazolás tekintetében pedig a Ferroép Zrt. gyakorlatilag saját maga saját magának nem adhat ki referenciát. Ilyen sajátságosan „kettős” jogviszony, illetve ez alapján kiadott kvázi saját „belső” referencia nem szolgálhat egy ajánlattevő alkalmassága igazolására.

4./

Kérelmező ismertette, hogy a Konzorcium által csatolt új referencia valótlan nyilatkozatot tartalmaz, azaz a Sky-Builder Zrt. megrendelőként önállóan jogosult lenne a tárgyáni kivitelezési munka vonatkozásában a Ferroép Zrt. számára referencia igazolás kiadására, a referencia önálló aláírására. Megítélése szerint megvalósítja a hamis adatszolgáltatás Kbt. 62. § szerinti tényállását. Ha a

fenti jogsértések bármelyike fennáll a Konzorcium hiánypótlásában beadott referencia helyett a korábbi referencia veendő figyelembe, így ismételten „feléled” a korábbi referenciával összefüggésben a hamis adatszolgáltatásként megjelölt tényállás. Ehhez képest a fenti okokkal összefüggésben kérelmező fenntartja az előzményi jogorvoslati eljárásban a korábbi referenciával összefüggésben megfogalmazott hamis adatszolgáltatás vonatkozásában előadottakat.

Ajánlatkérő észrevételében kérte a megalapozatlan kérelem elutasítását.

1./Ajánlatkérő hangsúlyozta azon álláspontját, mely szerint sem a kiadott hiánypótlás nem esik a kétszeres hiánypótlás tilalmába, de főleg nem esik a nyertes ajánlattevő által benyújtott referencia, hiszen az egyetlen elem, amelyre a kérelmező alapítja az érvénytelenségi kifogását, a telefonszám, amely nem változott a referenciában. A telefonszám valós vagy valótlan tartalmát illetően ajánlatkérő közölte, hogy a telefonszám megfelelő, ha lehetővé teszi ajánlatkérő számára a benyújtott referencia ellenőrzését. A referenciában szereplő telefonszám e célnak megfelelt, ajánlatkérő a referencia tartalmát képes volt ellenőrizni a telefonszám igénybevételeivel. Ajánlatkérők a referencia körében azért írják elő telefonszám vagy bármilyen más elérhetőség megadását, hogy a Kbt. 81. § (2) bekezdése szerinti esetleges ellenőrzést egyszerűbben, célzottan tudják megtenni. Akkor megfelelő az elérhetőség (telefonszám), ha azon keresztül az ajánlatkérő a referenciában bemutatott munkáról információt tud szerezni, annak valóságtartalmát ellenőrizni tudja. Megjegyezte továbbá, hogy ez az ellenőrzés nem kötelező, illetve az ellenőrzésre egyéb hiteles utak is nyitva állnak (a projekt internetes oldala, a referenciát adó honlapja, a Közbeszerzési Értesítő). Ajánlatkérő ismertette, hogy a megadott telefonszámot felhívta és ezen a módon is meggyőződött a referencia valóságtartalmáról. Nem vitatta, hogy a megadott telefonszámon valóban a projekt műszaki vezető P.Gy. jelentkezett be és készséges felvilágosítást is adott a műszaki tartalom valóságosságáról, valamint megadta B.K. közvetlen, személyes mobilszámát, a műszaki kérdéseken felüli információ szolgáltatására. Ajánlatkérő Közbeszerzési Bíráló Bizottsága kihangsúlyozott telefonon keresztül felhívta B.K.-t, és ellenőrizte a referencia megfelelőségét, meggyőződött annak valóságtartalmáról. Az ellenőrzés sikeressége bizonyítja, hogy a telefonszám alkalmas volt arra, hogy a referencia valódiságát minden szempontból megfelelően igazolja.

A kapcsolatfelvétel azon módja, hogy a megadott elérhetőségen további információkat, esetlegesen további személyek elérhetőségét be lehet szerezni, nem jogszabálysértő, hiszen előfordul, hogy más személy tud információt adni a pénzügyi és más a műszaki adatok tekintetében, amely esetekben a felmerülő

kérdésekben illetékesekhez irányítják az érdeklődőt. Ajánlatkérő megjegyezte, hogy a kérelmező ajánlatában bemutatott referencia körében megadott mobilszámon a kapcsolattartó is megadta az üzemeltetési vezető mobilszámát, mert ugyan ő tudta a pontos műszaki adatokat és időpontokat megadni. Ugyanez volt a helyzet az ajánlata 490. oldalán megadott vonalas szám kapcsán is, ahol a kapcsolattartóként megjelölt személy titkárságán csörgött a telefon, és ott megadták a kapcsolattartó mobilszámát. Ugyanez a helyzet a kérelmező ajánlatának 507. és 509. oldalán csatolt referenciában megadott számok kapcsán is. A referenciában megadott telefonszámon az azt felvevő személynek a referenciával kapcsolatban minden adattal rendelkeznie kell-e, vagy a megadott telefonszám betölti-e a közbeszerzési szerepét azzal, hogy ennek segítségével az ajánlatkérő ellenőrizheti a referencia valóságtartalmát. Természetesen valótlán lehet egy telefonszám akkor, ha az teljesen fiktív, de sosem lehet valótlán, ha az „élő” telefonszám és az azon elérhető személy információval rendelkezik az adott kérdéskörben, szükség esetén akár továbbirányítással is. Az pedig teljesen irreleváns közbeszerzési szempontból, hogy kié a telefonszám. Azé a telefon, aki nevére szól az előfizetés, vagy azé, akinek a zsebében van? Ajánlatkérő álláspontja szerint a telefonszám addig érdekes és olyan körben, hogy annak segítségével az ellenőrzés megtehető legyen, a jelen referencia esetében ez igazoltan megtörtént. Felvilágosítást abban az esetben kell kémi a Kbt. 85. § alapján, ha valamilyen nem egyértelmű igazolási tartalmat tisztázni kell. Ebben az esetben nem volt mit tisztázni, a referencia megfelelésége vonatkozásában a bírálat során, éppen a megadott telefonszámot felhasználva ellenőrizhető volt a referencia.

Álláspontja szerint - tekintettel arra, hogy a Kbt. szerint nem kötelező tartalmi eleme a referenciának a telefonszám - egy megadott és működő, a referencia ellenőrzését lehetővé tevő telefonszám esetén - ajánlatkérő nem minősítheti az alkalmasság igazolására egyébként mindenben megfelelő referenciát tartalmazó ajánlatot érvénytelennek és az ajánlattevőt alkalmatlannak csupán azért, mert a telefonszámon közvetlenül nem a referenciában megjelölt személy személyesen jelentkezik.

2./Ajánlatkérő kiemelte, hogy a Kbt. nem használja a referencia kifejezést, hanem a korábbi legjelentősebb építési beruházásairól beszél, ennek bemutatását azonosíthatják a jogalkalmazók a „referencia” kifejezéssel. A nyertes ajánlattevő nem új építési beruházás bemutatásával tett eleget a hiánypótlásnak, hanem ugyanazt az építési beruházását mutatta be. Egyébiránt továbbra is fenntartja azon álláspontját, hogy a hiánypótlás akár egy új építési munka bemutatásával is teljesíthető lett volna. A kérelmező a „kicserélés” kifejezést használta a hiánypótlással kapcsolatban és ezt jogsértőnek tekinti, pedig a Kbt. 83. § (2) bekezdésében ugyanezen magatartást jogszerűnek írja elő, igaz, hogy azt a

megfogalmazást használja, hogy hiánypótlás során az ajánlat úgy módosítható, úgy egészíthető ki, hogy megfeleljen az ajánlati felhívás, a dokumentáció előírásainak. Ajánlatkérő álláspontja szerint a hiánypótlás során becsatolt referenciában nem jogsértő az a tartalom, illetve a tartalom módosulása vagy kiegészítése, ami az alap ajánlatban benyújtott formától, tartalomtól eltér. A hiánypótlásnak éppen az a célja, hogy a megadott körben javítani lehessen a hibát. A Döntőbizottság határozata alapján nem az arra jogosult adta ki a referenciát, de értelemszerűen nem a referencia egy tartalmi elemére korlátozódott a hiánypótlás, hanem a megrendelő által kiadott teljes referenciaigazolásra. Ha kérelmező logikája alapján kellett volna a hiánypótlást kiadni, akkor az alap ajánlatban beadott referencia másolatát az ajánlattevő elvitte volna a Sky-Builder Zrt-nek, ott a Ligetfürdő Kft. által megfogalmazott szöveget és megadott adatot szó szerint legépelték volna azzal az eltéréssel, hogy a fejlécben a 2 gazdasági társaság neve felcserélődött volna és az aláírásnál új név kerülne be. Jelen esetben nem az ajánlattevő nyilatkozik a referenciáról, a Kbt. 68. § (2) bekezdése alapján azt a másik fél által adott igazolással kell teljesíteni. Nem adhatja ki a Sky-Builder Zrt. a Ligetfürdő Kft. referenciaigazolását sajátjaként úgy, hogy azt saját fejléccel látja el és aláírja.

3./

A kérelmező „sikeres műszaki átadás-átvétel” fogalom magyarázata teljes képtelenség, hiszen ezen állítás azt eredményezné, hogy sosem állíthat ki a fővállalkozó az alvállalkozójának referenciát az elvégzett munkáról. A Ptk. szerint ha valaki vállalkozási szerződést köt és azt teljesíti, a szerződés szerint a kivitelezést elvégezte és azt a megrendelője átvette, úgy sikeres az átadás-átvétel. Teljesen mindegy, hogy ez fővállalkozó-megrendelő vagy fővállalkozó-alvállalkozó viszonylatában áll fenn. Sikeres lehet egy alvállalkozói teljesítés akkor is, ha az épület egyébként - nem az alvállalkozót érintő munkarészre vonatkozó kifogás miatt - nem kap pl. használatbavételi engedélyt. Teljesen mindegy, hogy a kérelmező a referenciában megadottak közül melyik időpontot vizsgálja, mindegyik az értékelési időszakon belüli. Ajánlatkérő előadta, hogy a hivatkozott kormányrendelet szerint kiadható teljesítésigazolás az alvállalkozónak akkor, ha a sikeres átadás-átvétel megtörtént.

Ajánlatkérő közölte, hogy a Döntőbizottság az előzményi jogorvoslati eljárásban különösen széleskörű bizonyítást folytatott le, okiratokat gyűjtött és nyilatkozatokat kért. Ennek eredményeként jogi álláspontját határozati formában közölte a felekkel, amellyel szemben egyik fél sem élt keresettel, így az jogerős. A határozat tartalmazta a Döntőbizottság azon jogi álláspontját, hogy a Sky-Builder Zrt. és a Ferroép Zrt. között lényegében egy alvállalkozói jogviszony

állt fenn, így a Kbt. 68. § (2) bekezdése szerinti igazolás kiadására a megrendelő Sky-Builder Zrt. jogosult. A referenciát a Sky-Builder Zrt. adta ki. Kérelmező semmilyen adattal vagy jogszabályi hivatkozással nem támasztotta alá azon állítását, hogy egy konzorciumi tag miért nem vehet igénybe alvállalkozót.

A határozat szerint a Sky-Builder Zrt. és a Ferroép Zrt. kvázi alvállalkozói jogviszonyban állnak egymással, a Ferroép Zrt. teljesítésének igazolására így a Sky-Builder Zrt. jogosult.

Ajánlatkérő véleménye szerint a „sikeres műszaki átadás-átvétel” kérelmezői értelmezése helytelen, hiszen ez az értelmezés azt jelentené, hogy a Kbt. 68. § (2) bekezdése szerinti „a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e” kifejezés minden építési referencia esetében csak a fővállalkozói-megrendelői viszonylatban tett teljesítéseket tekintené megfelelő referenciának, hiszen ezek a kifejezések a 191/2009. (IX. 15.) Kormányrendelet 32. § (1a) bekezdésében szerepelnek. A „sikeres műszaki átadás-átvétel” a „kvázi” alvállalkozó és fővállalkozó kapcsolatában is igazolható, ha a fővállalkozó a „kvázi” alvállalkozó által elvégzett munkarészeket megfelelőnek minősítette, a munkarészeket átvette (megvalósul ez az átvétel, ha nem a hivatkozott jogszabály szerinti átadás-átvételi eljárás keretében történik). A műszaki átadás-átvételt igazolja különösen az, ha az ellenszolgáltatást a „kvázi” alvállalkozónak kifizette a fővállalkozó. Ajánlatkérő közölte, hogy a referencia minden olyan elemet tartalmaz, amelyet a Kbt., illetve az ajánlatkérő az alkalmasság igazolására előírt és tartalmilag megfelel az előírásoknak. Az igazolás kiadása pedig a Döntőbizottság korábbi döntésének megfelelően történt.

Ajánlatkérő azt nem vitatta, hogy a konzorciumi tagok közötti megállapodások nem minősülnek vállalkozási szerződésnek. A referencia alapja ugyanakkor lehet a Ligetfürdő Kft. és a Sky-Builder Zrt. közötti vállalkozási szerződés. A konzorciumi tagok egymás közötti két megállapodása vezet ahhoz, hogy a vállalkozási szerződés mellett egy kvázi alvállalkozói jogviszony keletkezett. Ajánlatkérő szerint a konzorciumi szerződés, a konzorciumi tagok közötti feladatmegosztás és a Sky-Builder Zrt. - Ligetfürdő Kft. között létrejött vállalkozási szerződés együttesen hozott létre egy kvázi alvállalkozói kapcsolatot a Sky-Builder Zrt. és a Ferroép Zrt. között.

4./ Kérelmező a kérelmében eltérő minősítéssel jelöli a Ferroép Zrt.-t, egyszer „társfővállalkozónak”, majd alvállalkozónak. Ajánlatkérő álláspontja szerint ez a két minősítés együtt nem fér meg. Álláspontja szerint a kérelmező továbbra sem kívánja elfogadni azt a tényt, hogy a Döntőbizottság határozata egy iránymutatást adott arról, hogy a Ferroép Zrt. a kivitelezésben milyen jogi

minőségben vett részt. A Döntőbizottság helyt adott a kérelmező azon kérelmei elemének, hogy a Ferroép Zrt. ebben a jogviszonyban nem volt fővállalkozó, ő kvázi alvállalkozó volt. Ezen határozat elfogadásával ajánlatkérőnek a Sky-Builder Zrt. által a Ferroép Zrt.-nek kiadott igazolást kell jogszerűnek elfogadnia.

Közölte hogy ajánlatkérő a verseny tisztasága érdekében minden tőle telhetőt megtett az eljárás során. Az eljárásban nem érintett harmadik, referenciákat adó felek által kiállított igazolások, iratok ellenőrzése kapcsán minden dokumentumot egyazon protokoll szerint megvizsgált, a kor technikai színvonalának megfelelő eszközrendszerrel (nyilvános adatok, internetes megjelenés, közérdekű adatok áttekintése). Az eljárás során egy esetben sem merült fel hamis, vagy valótlan adatszolgáltatás a beadott iratok körében. Ajánlatkérő az esélyegyenlőség jegyében úgy állapította meg a finanszírozó NFÜ kifejezett kérésére a referencia szinteket, hogy minél többen indulhassanak a meghirdetett eljárásban, és a verseny ne korlátozódjon azon építőipari szereplőre vagy szereplőkre, akik már úgynevezett „magkórházat” kiviteleztek.

Kérelmezettként, a FERROÉP Zrt. észrevételében kérte a megalapozatlan kérelem elutasítását.

1./

Előadta, hogy a Döntőbizottság a D.640/32/2011. sz. határozatban egyértelműen megállapította, hogy az általa elvégzett munkákat kizárólag a Sky-Builder Zrt. igazolhatja jogszerűen, továbbá megállapította, hogy az ajánlatkérőnek erre vonatkozóan a megismételt eljárásban hiánypótlási felhívást kell kibocsátania. A megismételt eljárás során az ajánlatkérő nem tett mást, mint a Döntőbizottság határozatában foglaltaknak mindenben eleget téve hiánypótlási felhívást bocsátott ki, amelynek a határozatban előírtak szerint kérelmezett eleget tett, vagyis az a Sky-Builder Zrt. igazolta le a referenciát, akit a Döntőbizottság akként jelölt meg, hogy csak és kizárólag ő jogosult a referenciaigazolást kiállítani. A Döntőbizottság megállapította továbbá határozatban, hogy ezen hiánypótlási felhívás (és értelemszerűen az azt teljesítő hiánypótlás) nem ütközik a Kbt. 83.§ (2) bekezdésébe, ennek ellenére a kérelmező mind a D.820/2011., mind pedig a jelen eljárásban a hiánypótlási szabályok megsértésére, „kétszeres hiánypótlásra” hivatkozik. Álláspontja szerint a Döntőbizottságnak a „kétszeres hiánypótlásra” vonatkozó jogorvoslati elem tárgyában az eljárást érdemi vizsgálat nélkül el kell utasítania, figyelemmel arra, hogy a jogorvoslati kérelem ezen része már érdemben elbírálásra került.

Ismertette, hogy a telefonszámokat arra tekintettel szokták kérni az ajánlatérők, mivel jogosultak ellenőrizni a referenciaigazolásban foglaltakat, amely a Kbt.

81. § (2) alapján jogosultság és nem kötelezettség. A telefonszám egyébként nem kötelező eleme a referenciaigazolásnak, mivel az a Kbt. 68.§ (2) bekezdés szerinti felsorolásban nem szerepel. A telefonszám tehát nem az alkalmassághoz szükséges elem, hanem az alkalmasságot igazoló okirat valódiságának ellenőrzésére szolgáló adat, ebből kifolyólag a hamis nyilatkozattétel e körben fel sem merülhet, hiszen a referenciaigazolás abban az esetben is igazolhatja a műszaki alkalmasságot, amennyiben abban semmilyen telefonszám nem szerepel, mivel a telefonszám esetleges hiánya nem jelenti azt, hogy a referenciában lévő munka nem került elvégzésre.

A hamis nyilatkozat esetében az is szükséges, hogy ezáltal kerülje el az ajánlattevő azt, hogy ajánlata érvénytelen legyen, tehát önmagában még egy valótlan tartalmú nyilatkozat nem minősül a Kbt. szerint hamis nyilatkozatnak, így nem értelmezhető a kérelmező azon okfejtése, mely szerint egy telefonszám miatt tenné hamissá magát az igazolást. Ezek szerint, ha rossz a telefonszám, akkor nem a kérelmezett végezte el a munkát, ha pedig jó, akkor a kérelmezett végeztük el. A megadott telefonszám alkalmas volt a Kbt. 81. § (2) szerinti ellenőrzés lefolytatására, így a kérelmező jogorvoslati kérelme erre tekintettel is alaptalan. A kérelmező jogorvoslati kérelme abban az esetben lenne helytálló, ha - pl. nem létező telefonszám megadása által - az ajánlatkérő nem tudta volna ellenőrizni a referencia valóságtartalmát. Megjegyezte, hogy a D.640/2011. számú alapeljárásban minden lehetséges szereplő (Ligetfürdő Kft., Sky-Builder Zrt., Szeviép Zrt.) megerősítette azon referenciaigazolás tartalmát, amelyet a megismételt eljárásban hiánypótlásként beadott kérelmezett, következésképpen a referenciaigazolás tartalma többszörösen igazolt és alátámasztott. Hangsúlyozta, hogy a kérelmező a jogorvoslati kérelemben nem is vitatta azt, hogy a hivatkozott telefonszám alkalmas volt a Kbt. 81. § (2) bekezdés szerinti ellenőrzés lefolytatására, továbbá a referenciaigazolás tartalma (a kiállító személye kivételével) a D.640/2011. sz. eljárásban elbírálásra került, amely szerint az megfelelő volt.

Kérelmezett tárgyalási nyilatkozatában ismertette, hogy a kivitelezési munka műszaki irányítójának telefonszáma került megjelölésre mindkét referenciában. Ajánlatkérő a felhívásában akként írta elő a követelményét, hogy meg kell jelölni azt a céget, aki a referenciát kiállítja és a részéről azt a személyt, aki információt tud szolgáltatni, valamint annak telefonszámát. Ebben a kivitelezési munkában ez az adott személy ezzel a telefonszámmal tudott információt nyújtani a referencia valóságtartalmáról. Kérelmezett azt nem vitatta, hogy ez a személy korábban az ajánlatkérő (Ligetfürdő Kft.) alkalmazásában állt, de tudomása szerint jelenleg már nem áll a Ligetfürdő Kft. alkalmazásában. Előadta továbbá, hogy a Sky-Builder Zrt. cég jelenleg egy leépült cég, tevékenységet nem végez. Hangsúlyozta továbbá, hogy megfelelően került az adott

telefonszám megjelölésre, hiszen erre az adott referenciára ez az adott személy tudott megfelelő adatot szolgáltatni, mely adatot a referenciát kibocsátó személyt jelölte meg.

2./

Közölte, hogy a referencia nem lett kicserélve, hiszen ugyanazon munkáról lett kiállítva, tehát az, aminek az elvégzése igazolására szolgált, nem változott. Hangsúlyozta, hogy a Döntőbizottság a referencia tartalmát megfelelőnek ítélte a korábbi eljárásban, kivéve az aláíró személyét. Az aláíró személyének módosítása pedig nyilván nem úgy történik, hogy az eredeti (Ligetfürdő Kft. által aláírt) igazoláson a Sky-Builder Zrt. áthúzza a „Ligetfürdő Kft.” szót és fölé írja azt, hogy „Sky-Builder Zrt.”, majd aláírja.

3./

A kérelmező nem tud különbséget tenni műszaki átadás-átvétel és műszaki átadási-átvételi eljárás között, utóbbi azon eljárást jelenti, amikor a „végső megrendelő” átveszi használatra a létesítményt a hatóságok és közmű-szolgáltatók jelenlétében. Ezzel szemben, amikor pl. egy alvállalkozó végez a saját feladatával, azt átadja a fővállalkozónak (ez is egyfajta átadás-átvétele a munkának, de formális eljárás nélkül), a fővállalkozó pedig továbbadhatja a munkaterületet egy másik alvállalkozónak, aki a következő munkafázist elvégzi. Hivatkozott a Legfelsőbb Bíróság GKT. 3/1978 állásfoglalással módosított GKT. 92/1973 sz. állásfoglalására, amelyben a Legfelsőbb Bíróság azt is megállapította, hogy abban az esetben is megtörtént a műszaki átadás-átvétel, amennyiben formális eljárás nem volt, de a megrendelő birtokba vette az elkészült művet. (A Legfelsőbb Bíróság GKT. 92/1973. számú állásfoglalása kimondja, hogy az építési-szerelési munka teljesítésének egyes joghatásai - formális átadás-átvétel hiányában - a megrendelő által történt tényleges birtokbavétel, illetőleg használatbavétel alapján is megállapíthatóak.) Általánosságban elmondható, hogy mindegyik vállalkozási szerződés esetében formális átadás-átvételi eljárás szokott lenni, nem szokott minden alvállalkozó és a fővállalkozó illetve minden alvállalkozó és sub-alvállalkozó között külön formális eljárás zajlani. Amennyiben a kérelmező leszűkíti a sikeres műszaki átadás-átvételt a formális átadás-átvételi eljárásra, csak a fővállalkozók tudnának referenciát csatolni, innentől kezdve a Magyarországon főként alvállalkozói jogviszonyban induló kis- és mikrovállalkozások egy közbeszerzésen sem tudnának elindulni. Mivel a Döntőbizottság a Sky-Builder Zrt. és a kérelmezett közötti jogviszonyt kvázi alvállalkozói jogviszonynak minősítette, kénytelen volt kérelmezett különvenni a referenciaigazolásban a Ferroép Zrt. saját teljesítésének időpontját és a teljes létesítmény elkészültének és átadásának

időpontját. Mivel mindkét időpont a felhívás által meghatározott időintervallumon belül van, nem érthető, hogy a kérelmező mit kifogásol ezen, főként hogy a korábbi eljárásban nem kifogásolta a 2010. február 28-i időpontot.

Kérelmezett kiemelte, hogy a referenciaigazolás benyújtásakor a korábbi határozatban foglaltaknak tett mindenben eleget, amikor a referenciaigazolást a Sky-Builder Zrt. állította ki. Ezt tekinti a kérelmező hamis nyilatkozatnak. Kérelmező kérelmében azt állítja, hogy a kérelmezettnek, mint konzorciumi tagnak kellett volna saját magának, mint alvállalkozónak igazolni a teljesítést. E körben kérte a kérelmi elem érdemi vizsgálat nélküli elutasítását a Kbt. 325. § (3) bekezdés d) pontja alapján.

A **Döntőbizottság** kérelmező kérelmét elutasította az alábbi indokok alapján.

A Döntőbizottság elsődlegesen rögzíti, hogy ajánlatkérő eljárását a 2011. május 17-én hatályos Kbt. IV. fejezet szerinti nyílt eljárás alapján folytatta le, így a jogvita elbírálására is az ebben az időpontban hatályos Kbt. rendelkezése az irányadó.

A Döntőbizottság - figyelemmel törvényi kötelezettségére és kérelmezett eljárásjogi kifogására is - elsődlegesen azt vizsgálta, hogy kérelmező kérelme érdemben elbírálnak-e. Kérelmezett az 1. és a 3. kérelmi elem kapcsán hivatkozott arra, hogy ezen jogorvoslati kérelmeket a Döntőbizottság a D.640/2011. számú eljárásban már elbírálta.

A Kbt. 325. § (3) bekezdés d) pontja szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság a kérelmet - érdemi vizsgálat nélkül - öt napon belül végzéssel elutasítja, ha megállapítja, hogy az ügyet érdemben már elbírálta, és változatlan tényállás mellett, ugyanazon ügyben, ugyanazon jogszabálysértésre hivatkozva újabb kérelmet nyújtottak be.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a D.640/32/2011. számú határozatban ajánlatkérő 2011. augusztus 22-én hozott eljárást lezáró döntésének jogszerűségét vizsgálta. Ajánlatkérő a Döntőbizottság eljárást lezáró döntésének megsemmisítését követően a Kbt. 342. § (1) bekezdése alapján új eljárást lezáró döntést hozott, melyre jogszerű lehetősége volt. A Döntőbizottságnak jelen jogorvoslati eljárásban ajánlatkérő új eljárást lezáró döntését kell vizsgálnia, így bár ugyanazon közbeszerzési eljárásában, de más döntés jogszerűsége a jogvita tárgya, ezért a kérelmező 1. és 3. kérelmi elemének vizsgálata kapcsán a Kbt. 325. § (3) bekezdés d) pontjában foglalt eljárást megszüntető ok nem áll fenn.

A Döntőbizottság a fentiek alapján a kérelmet érdemben vizsgálta.

1./

A Döntőbizottság először a referenciában megadott telefonszám kapcsán előterjesztett kérelmi elemét vizsgálta. Kérelmező e kérelmi elemében ajánlatkérő felvilágosítás kérésének elmulasztását sérelmezte.

A Kbt. 67. § (2) bekezdése szerint az ajánlattevőnek és a közbeszerzés értékének tíz százalékat meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozójának a szerződés teljesítéséhez szükséges műszaki, illetőleg szakmai alkalmassága építési beruházás esetében igazolható

a) az előző legfeljebb öt év legjelentősebb építési beruházásainak ismertetésével.

A Kbt. 68. § (2) bekezdése szerint a 67. § (2) bekezdése a) pontjának esetét a szerződést kötő másik fél által adott igazolással kell igazolni. Az igazolásban meg kell adni legalább az ellenszolgáltatás összegét, a teljesítés idejét és helyét, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e.

A Kbt. 81. § (1) bekezdés rögzíti, hogy az ajánlatok elbírálása során az ajánlatkérőnek meg kell vizsgálnia, hogy az ajánlatok megfelelnek-e az ajánlati felhívásban és a dokumentációban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek.

A Kbt. 81. § (2) bekezdés szerint az ajánlati felhívásban előírtaknak megfelelően kell megítélni az ajánlattevő, valamint - ha ezt az ajánlatkérő előírta - a közbeszerzés értékének tíz százalékat meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó szerződés teljesítésére való alkalmasságát vagy alkalmatlanságát. Ennek során az igazolások eredetiségét, illetőleg a hiteles másolatok megfelelőségét is ellenőrizni lehet.

A Kbt. 85. §-a értelmében az ajánlatok elbírálása során az ajánlatkérő írásban és a többi ajánlattevő egyidejű értesítése mellett, határidő megadásával felvilágosítást kérhet az ajánlattevőtől a kizáró okokkal, az alkalmassággal, illetőleg az ajánlati felhívásban vagy a dokumentációban előírt egyéb iratokkal kapcsolatos nem egyértelmű kijelentések, nyilatkozatok, igazolások tartalmának tisztázása érdekében. A felvilágosítás megadása a (2) bekezdés szerinti eset kivételével nem eredményezheti az ajánlat módosítását.

A Döntőbizottság megállapította, hogy ajánlatkérő a felhívás III.2.3) műszaki, illetőleg szakmai alkalmasság körében azt írta elő, hogy alkalmatlan az ajánlattevő és a 10 % feletti alvállalkozó, ha együttesen nem rendelkezik az ajánlattételi határidőt megelőző 60 hónapban műszaki átadás-átvétellel befejezett legalább kettő db nettó 2.000.000.000.-HUF értékű bármilyen magasépítési munkára vonatkozó referenciával.

Ajánlatkérő a referenciamunkák ismertetését a Kbt. 67. § (2) bekezdés a) pontja alapján a főbb műszaki, mennyiségi mutatók, az ellenszolgáltatás összege, a teljesítés ideje és a szerződést kötő másik fél, valamint a részéről információt nyújtó személy nevének és telefonszámának megjelölésével, és a másik fél által adott igazolással a Kbt. 68. § (2) bekezdés szerinti tartalommal kérte.

A Döntőbizottság tényként állapította meg, hogy a kérelmezett ajánlatában bemutatott „Újszegedi fürdőkomplexum fejlesztése III. ütem kivitelezés”-ről kiadott referenciaigazolás nem tartalmazta a szerződést kötő másik fél Ligetfürdő Kft. részéről információt nyújtó személy telefonszámát, melyet kérelmezett hiánypótlás keretében pótolta. Az ajánlatkérő 2011. augusztus 22-i összegezésének megsemmisítését követően ajánlatkérő újabb hiánypótlási felhívást bocsátott ki, mely kapcsán kérelmezett alkalmasságát az „Újszegedi fürdőkomplexum fejlesztése III. ütem kivitelezése” tárgyú referenciaigazolással kívánta igazolni. A referenciaigazolás kiállítója a Sky-Builder Zrt. volt.

A Kbt. 62. § (1) bekezdés b) pontja értelmében az ajánlatkérőnek az eljárásból ki kell zárnia az olyan ajánlattevőt, aki, illetőleg akinek a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozója vagy a számára erőforrást nyújtó szervezet az eljárásban előírt adatszolgáltatási kötelezettségének [különösen 70. § (3) bekezdése, 71. §] teljesítése során olyan hamis adatot szolgáltatott, illetőleg hamis nyilatkozatot tett, melynek következtében elkerülhető lett volna, hogy az ajánlat vagy a részvételi jelentkezés a nyilatkozattal érintett körülmény miatt érvénytelennek minősüljön vagy elérhető lett volna, hogy kedvezőbb legyen az ajánlatának a 81. § (4) bekezdése szerinti elbírálása, illetve a részvételi jelentkezésének 123. § (4) bekezdése, 130. § (6) bekezdése, 136/A. § (2) bekezdése, 157. § (3) bekezdése vagy 204. § (5) bekezdése szerinti rangsorolása.

A Kbt. Értelmező rendelkezés 9. pontja meghatározza a hamis adat fogalmát, mely szerint hamis adat a valóságnak megfelelően ismert, de a valóságtól szándékosan eltérően közölt adat.

A 9/A. pont szerint a hamis nyilatkozat olyan nyilatkozat, amely hamis adatot tartalmaz.

A Kbt. hatályos rendelkezése értelmében csak abban az esetben kell ajánlatkérőnek a hamis adatszolgáltatás tényét megállapítania és ennek következményeként a hamisan adatot szolgáltatót az eljárásból kizárnia, ha a hamis adatszolgáltatás ténye hatással van az ajánlat érvényességére, valamint az ajánlat kedvezőbb elbírálására.

A felek által sem vitatott tény, hogy a két referenciaigazolásban megadott telefonszám azonos.

A Kbt. szabályai alapján az ajánlattevő műszaki, illetőleg szakmai alkalmasságát az ajánlatkérő által előírt követelménynek megfelelő legjelentősebb munkájának ismertetésével igazolhatja. Ennek célja, hogy az ajánlatkérő meg tudjon győződni arról, hogy az ajánlattevő képes a beszerzés tárgyához hasonló munka elvégzésére. Ajánlatkérő a minimumkövetelmények körében határozza meg azon főbb paramétereket, melyek fontosak számára az alkalmasság megítélésekor és ezen paraméterek alapján dönt az ajánlattevő alkalmasságáról vagy alkalmatlanságáról. A referencia lényegi eleme, hogy az ajánlatkérő minimumkövetelményei szerinti teljesítést igazolja. Jelen esetben ajánlatkérő is megjelölte azon főbb követelményeit, melyek teljesítése eredményezi a szerződésre való képességet, azaz az ajánlattételi határidőt megelőző 60 hónapban/ műszaki átadás-átvétellel befejezett/ legalább kettő db/ nettó 2.000.000.000.-HUF értékű/ bármilyen magasépítési munka. Ezen követelmények nem teljesítése eredményezi csak az ajánlattevő szerződés teljesítésére való alkalmatlanságát, azaz a Kbt. 88. § (1) bekezdés e) pontja szerinti érvénytelenséget. A Döntőbizottság jogi megítélése szerint ezek képezik a referencia főbb tartalmi elemeit, azaz ezen elemek együttesen teljesítik a referenciát. A referencia főbb tartalmi elemei vonatkozásában valósíthat meg ajánlattevő esetlegesen hamis adatszolgáltatást, vagy hamis nyilatkozattételt azáltal, hogy az ajánlatának érvényessége érdekében valótlan adatot szolgáltat.

Ezt erősíti meg a Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.069/2010/4. számú ítélete, mely kimondta, hogy „az alperesnek és a bíróságnak csak azt kellett vizsgálnia, hogy a referenciaigazolásban feltüntetett mennyiség meghaladta-e az előírtat, ez esetben az már nem bírt relevanciával és így nem is volt vizsgálat tárgya, hogy mennyivel”.

A Döntőbizottság fontosnak tartja annak kiemelését is, hogy az igazolási mód keretében rögzíti ajánlatkérő a referenciaigazolás formai követelményeit. Ezen formai követelmények kapcsán többek között ajánlatkérő előírhatja a referenciáról információt nyújtó személy nevét és elérhetőségét. A Döntőbizottság egyetértett ajánlatkérő azon álláspontjával, mely szerint ennek jelentősége abban áll, hogy ajánlatkérő a Kbt. 81. §-ában rögzített ellenőrzés keretében a referencia valóságtartamáról kétséget kizáró módon meggyőződhesen. Fontos annak rögzítése is, hogy a referenciáról információt nyújtó személy neve és elérhetősége a Kbt. minimálisan kötelező formai elemei körében megjelölésre nem került. Jelen közbeszerzési eljárásban ajánlatkérő ezt az adatot a referenciaigazolási formai elemeként írta elő.

A Döntőbizottság elfogadta ajánlatkérő azon hivatkozását, mely szerint a referenciaigazoláson megjelölt telefonszám célja, hogy ezen ajánlatkérő információt kaphat a referenciamunka valóságtartalmáról. Kérelmező azt nem vitatta, hogy jelen esetben a megadott telefonszám nem lenne alkalmas arra, hogy ajánlatkérő a kérelmezett referenciájának megfelelőségét ellenőrizze, csupán azt állította, hogy a megadott telefonszám nem a referenciát igazoló személyhez tartozik. A Döntőbizottság e körben elfogadta ajánlatkérő és kérelmezett azon álláspontját, mely szerint elegendő olyan telefonszám megadása, amelyen további személyekről és telefonszámokról kap információt az ajánlatkérő, hiszen a referencia több adatát akár több különböző személy is igazolhatja, így ajánlatkérőnek nem kell vizsgálnia, hogy a telefonszám a megjelölt személyhez tartozik-e.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmezett referenciaigazolásában megjelölt telefonszámot ajánlatkérő felhívta, ahol a referencia valóságtartalma igazolást nyert, így nem volt a hiánypótlásra becsatolt dokumentumban olyan eltérő adat, információ, mely a felvilágosítás kérés keretében tisztázásra szorult volna, ezért e kérelmi elemet a Döntőbizottság elutasította.

Kérelmező kérelmében hivatkozott az esélyegyenlőség és a verseny tisztaságának alapvető követelményei kapcsán jogsértésre.

A Kbt. 1. § (1) bekezdés szerint a közbeszerzési eljárásban - ideértve a szerződés megkötését is - az ajánlatkérő köteles biztosítani, az ajánlattevő pedig tiszteltetben tartani a verseny tisztaságát és nyilvánosságát.

A (3) bekezdés alapján az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania az ajánlattevők számára.

A Döntőbizottság álláspontja szerint jelen esetben nem merült fel olyan többlettényállási elem, mely az alapelvi jogsérelem fennállását megalapozná, így e kérelmi elemet a Döntőbizottság elutasította.

2./

A Döntőbizottság ezt követően a kétszeres hiánypótlás tilalma kapcsán előterjesztett kérelmi elemet vizsgálta.

A Kbt. 83. § (1) bekezdése alapján az ajánlatkérő köteles az összes ajánlattevő számára, azonos feltételekkel biztosítani a hiánypótlás lehetőségét.

A (2) bekezdés szerint a hiánypótlás során az ajánlat úgy módosítható, úgy egészíthető ki, hogy megfeleljen az ajánlati felhívás, a dokumentáció vagy a közbeszerzésre vonatkozó jogszabályok előírásainak, de a következő módosításokat, kiegészítéseket nem lehet a hiánypótlással végrehajtani:

- a) a hiánypótlás nem eredményezheti az ajánlat azon elemeinek módosítását, amelyek a 81. § (4) bekezdése szerint értékelésre kerülnek;
- b) ha egy elbírálási részszerzőpont a szakmai ajánlattal függ össze, akkor a szakmai ajánlatot sem lehet módosítani, kiegészíteni;
- c) a hiánypótlás során az ajánlattevő új közös ajánlattevő, vagy a közbeszerzés értékének tíz százalékat meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó vagy erőforrást nyújtó szervezet megjelölésével és az újonnan megjelöltekre vonatkozó iratokkal nem egészítheti ki az ajánlatát;
- d) a hiánypótlás során nem lehet az ajánlat olyan hibáját kijavítani, mely miatt az már benyújtásakor a 88. § (1) bekezdés a), illetőleg b) pontja szerint érvénytelen. Ennek során figyelembe kell venni, hogy az ajánlati biztosíték nem azonos a róla szóló irattal.

A (4) bekezdés alapján az ajánlattevő - a (2) bekezdésben meghatározott körben - a hiánypótlási felhívásban nem szereplő hiányokat is pótolhat az ajánlatkérő által megállapított hiánypótlási határidő lejártáig.

Az (5) bekezdés értelmében a hiánypótlási felhívás kiküldését követően az ajánlatkérő köteles újabb hiánypótlást elrendelni, ha a korábbi hiánypótlási felhívás(ok)ban nem szereplő hiányt észlelt. A korábban megjelölt hiányok a későbbi hiánypótlások során már nem pótolhatók, de önkéntes hiánypótlás az ezzel nem érintett körben, a (2) bekezdés keretei között ekkor is teljesíthető.

A (7) bekezdés rögzíti, hogy az ajánlatkérő köteles meggyőződni arról, hogy a hiánypótlás(oka)t követően az ajánlat nem módosult-e a (2) bekezdés a)-d)

pontjaiba ütközően. A (2) bekezdés *a)-d)* pontjaiba ütköző módosulás esetén, vagy ha a hiánypótlást nem, vagy nem megfelelően teljesítették, kizárólag az eredeti ajánlati példányt (példányokat) lehet figyelembe venni az elbírálás során. A hiánypótlás megfelelően teljesítettnek minősül akkor is, ha az csak valamely - a 70/A. § (1) bekezdésének *a)-d)* pontja szerinti, vagy 70/A. § (2) bekezdés *a), b)* pontja szerinti, vagy az ajánlatkérő által a hiánypótlási felhívásban ezekkel kapcsolatban a (6) bekezdés szerint előírt - követelménynek nem felel meg.

A jelen esetben ajánlatkérő a Konzorcium ajánlatát érvényesnek nyilvánította, mely kapcsán a Döntőbizottság a lefolytatott D.640/2011. számú jogorvoslati eljárásban a megállapított jogsértés miatt a közbeszerzési eljárás 1. részét lezáró döntést megsemmisítette, így ajánlatkérő a Kbt. 342. § (1) bekezdése alapján az eljárás folytatásáról döntött, azaz köteles volt az ajánlatot újból elbírálni.

A Kbt. 81. § (1)-(3) bekezdése alapján az elbírálás során teljes körűen kell megvizsgálni az ajánlatok érvényességét, e vizsgálat során az ajánlatkérőnek lehetősége van arra, hogy hiánypótlásra, felvilágosítás megadására hívja fel az ajánlattevőt, vagy egyes ajánlati elemek vonatkozásában indokolást, magyarázatot kérjen. Az érvényességi vizsgálat teljes körű, ezért ajánlatkérő nem csak a Döntőbizottság határozatában vizsgált és megállapított hiány tekintetében alkalmazhatja a hiánypótlás jogintézményét, és az ajánlattevő is teljesíthet olyan hiánypótlást, melyre felhívást nem kapott. Jelen esetben a Döntőbizottság a Konzorcium hiánypótlás során becsatolt referenciáját vizsgálta.

Ajánlatkérő által kiadott 3. számú hiánypótlási felhívásban azt került rögzítésre, hogy „a Dokumentáció M/1. pontjában előírt formai és tartalmi követelményeknek megfelelően, a Kbt. 67. § (2) bekezdés a) és a 68. § (2) bekezdése szerint csatoljon a szerződést kötő másik fél által kiadott igazolást, amely igazolja, hogy rendelkezik nettó 2.000.000.000.-HUF értékű bármilyen magasépítési munkára vonatkozó referenciával.”

A Döntőbizottságnak azt kell vizsgálni, hogy a Kbt. 83. §-ában meghatározott hiánypótlás jogintézményében a jogalkotó milyen körben, feltételekkel adott lehetőséget az ajánlat hiányainak, hibáinak a kiküszöbölésére.

Az elmúlt évek során alapvetően változott a Kbt-nek a hiánypótlásra vonatkozó szabályozása, méghozzá annak érdekében, hogy az ajánlat formai és tartalmi hibái és hiányosságai egyre szélesebb körben legyenek kiküszöbölhetőek és az ajánlat érvényes ajánlatként részt vehessen a bírálati szempont szerinti

értékelésben. Ennek érdekében a korábbi csak formai hiányosságok pótlásához és utólagos iratcsatoláshoz képest először a tartalmi hiányosságok pótlását tette lehetővé a jogalkotó, majd 2010. szeptember 15-től kezdődően a 2010. évi LXXXVIII. törvénnyel újra módosította a hiánypótlás szabályait.

A törvény módosító rendelkezéseinek és az ahhoz fűzött miniszteri indokolás azokat az elemeket, kérdéseket hangsúlyozta, részletezte, melyek indokolták a törvenymódosítást, valamint melyek az új szabályok szerint elrendelt hiánypótlás jogszerű alkalmazásának a törvényi feltételei. A Döntőbizottság megítélése szerint a hiánypótlás szabályozása alapján vizsgálható, hogy fennáll-e a jogszerű lehetőség a Konzorcium ajánlata hibáinak kiküszöbölésére.

A konkrét esetben egyértelműen az állapítható meg, hogy a Konzorcium által az ajánlatában benyújtott referencia nem az arra jogosulttól származott, így az nem igazolta az ajánlattevő alkalmasságát. Ajánlatkérő a korábbi hiánypótlási felhívásában az adott referenciaigazolás egyik tartalmi eleme kapcsán állapított meg hiányt, erre vonatkozóan hívta fel hiánypótlásra. A Döntőbizottság határozatát követően ajánlatkérő olyan hiánypótlási felhívást bocsátott ki, amelyben ajánlattevőt a felhívásban előírt formai és tartalmi elemeknek megfelelő referencia benyújtását kérte. A Döntőbizottság megítélése szerint a konkrét tényállás elemeire tekintettel a hiánypótlás a Kbt. 83. § (5) bekezdésében megfogalmazott kétszeres hiánypótlás tilalmába nem ütközik. A Kbt. 83. §-hoz fűzött miniszteri indokolás kifejezetten azt hangsúlyozza, hogy a tartalmi hiánypótlás megfelelő biztosítása, a korábbi szabályozás eredeti céljának megfelelő érvényesülése érdekében tartotta szükségesnek a módosítást, így nem állapítható meg, hogy ne állna fenn a jogi lehetősége annak, hogy az ajánlat akár egy másik referencia becsatolásával, azaz a referencia kicserélésével megváltoztatásra kerülhessen. Kérelmezett az ajánlatkérői hiánypótlást teljesítette annak formai és tartalmi követelményei szerint, így a Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmezett új referencia becsatolása nem sértette a Kbt. 83. § (5) bekezdésében foglaltakat, ezért e kérelmi elemet elutasította.

3./

A Döntőbizottság ezt követően a kérelmezett által becsatolt referenciaigazolás megfelelőségét vizsgálta.

Kérelmező elsődlegesen azt vitatta, hogy a referencia nem teljesíti a „sikeres műszaki átadás-átvétel” felhívásban rögzített feltételét.

Ajánlatkérő a felhívás III.2.3) műszaki, illetőleg szakmai alkalmasság körében olyan referencia bemutatását várta el, ami az ajánlattételi határidőt megelőző 60 hónapban műszaki átadás-átvétellel befejezett.

Elsődlegesen megállapítható, hogy ajánlatkérő sem a felhívásában, sem a dokumentációban nem rögzítette, mit tekint műszaki átadás-átvétellel befejezett munkának, és azt sem, hogy ez a követelmény csak és kizárólag a referencia alapját képező munkarészre vonatkozik. Ebből következően az egyenlő esélyű ajánlattétel kapcsán ezen feltételt sem lehet szűkítően értelmezni. Megállapítható továbbá, hogy ajánlatkérő előírása nem értelmezhető akként, hogy csak azon kivitelezési munkával igazolható a szerződés teljesítésére való alkalmasság, amely munkára az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 32. §-a értelmében sikeres műszaki átadással-átvétellel zárult, azaz kizárólag fővállalkozás keretében megvalósult kivitelezési munkával igazolható az alkalmasság.

A felek által sem volt vitatott annak ténye, hogy a 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 31. §-a teljesítésigazolásra vonatkozó, míg a 32. §-a a műszaki átadás-átvételi eljárásra vonatkozó szabályokat rögzíti.

A referenciaigazolás vizsgálata alapján megállapítható, hogy az igazolás tartalmazta a kérelmezett általi munka befejezésének időpontját, és a teljes kivitelezésre vonatkozó műszaki átadás-átvétel időpontját. Ebből következően a kérelmezett által végzett munkarészt is magában foglalja a sikeres műszaki átadás-átvétel, melyből következően a referenciamunka sikeres műszaki átadás-átvétellel befejezettnek minősül.

A Döntőbizottság megállapította továbbá, hogy ajánlatkérő időtartambeli előírásának is megfelelt a teljes kivitelezésre vonatkozó műszaki átadás-átvétel időpontja (2010.05.21), mivel az ajánlattételi határidő lejártát megelőző 60 hónapban van, ezért e körben ajánlatkérő jogszerűen fogadta el a kérelmezett referenciaigazolását.

A Döntőbizottság ezt követően a szerződéses jogviszonyra vonatkozó kérelmi elemet vizsgálta és azt elutasította az alábbi indokok alapján.

Kérelmező kérelmében azt állította, hogy nem született a referencia munka vonatkozásában olyan vállalkozási szerződés, amely alapján a referenciát ki lehetett volna állítani.

A Döntőbizottság a D.640/32/2011. számú határozatában megvizsgálta a referenciamunka kapcsán létrehozott szerződéseket és megállapodásokat. Rögzítésre került, hogy kérelmezett a referencia tárgyát képező „Újszegedi fürdőkomplexum fejlesztése III. ütem kivitelezése” projekt elvégzésére kiírt közbeszerzési eljárásban konzorcium tagjaként ajánlatot tett. Megállapítható, hogy a konzorcium tagjai a Sky-Builder Zrt., a Szeviép Zrt. és kérelmezett volt, Szeged-Fürdő 2. Konzorcium néven. A konzorciumi megállapodásban a felek akként rendelkeztek, hogy a konzorcium vezetője a Sky-Builder Zrt., akinek alszámláján történik a kivitelezés pénzügyi lebonyolítása. Rögzítésre került az is, hogy a konzorciumi tagok külön szerződésben szabályozzák az egyes résztvevők vállalkozásának tárgyát, ellenértékét, teljesítési határidejét, valamint az együttműködéssel kapcsolatos egyéb kérdéseket, mely a konzorciumi megállapodás részét képezi. Meghatározásra került a tagok feladatmegosztása is. Megállapítható, hogy bár az ajánlatot a konzorcium tette, ennek ellenére a 2009. június 25-én kelt vállalkozási szerződést a Ligetfürdő Kft. és a Sky-Builder Zrt. kötötte meg nettó 3.498.538.029.-Ft értékben. A Döntőbizottság jelen eljárásban nem a referencia alapját képező közbeszerzési eljárás és annak eredményeként létrejövő szerződést vizsgálta, így kizárólag a megkötött szerződés és a konzorciumi megállapodásban foglaltakkal kapcsolatban kellett állást foglalnia.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a teljes kivitelezési munka alapját a 2009. június 25-én kelt vállalkozási szerződés képezte. Ezen vállalkozási szerződés Sky-Builder Zrt. általi megkötésére a konzorciumi megállapodás alapján jogosult. Ezt támasztja alá a vállalkozási szerződés 2. bekezdése is, ahol utalás történt a konzorcium által benyújtott ajánlatra és a konzorciumi tagokra. A Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmezett által elvégzett munka teljesített, annak ellenértéke számlák alapján kifizetésre került, így nem vitatható ezen munka referenciaként történő felhasználhatósága. Kérelmező az eljárás során nem támasztotta alá jogszabályi hivatkozásokkal azon állítását, hogy csak és kizárólag vállalkozási vagy építési-szerelési szerződés alapján teljesített munka igazolhatja a kérelmezett alkalmasságát. A Kbt. és a fent hivatkozott kormányrendelet nem tiltja a konzorciumi szerződés és az azt kiegészítő megállapodás alapján végzett munka referenciaként ne lenne felhasználható, ezért e kérelmi elem nem alapos.

A Döntőbizottság ezt követően a Sky-Builder Zrt. referencia kiállítási jogosultságát vizsgálta.

A Döntőbizottság a fentiekben megállapította, hogy a 2009. június 25-én kelt vállalkozási szerződést a Ligetfürdő Kft-vel a Sky-Builder Zrt. kötötte meg, nem

a Szeged-fürdő 2. Konzorcium. A Konzorciumi megállapodás és annak módosítása is a Sky-Builder Zrt., a Ferroép Zrt. és a Szeviép Zrt. között jött létre. A Döntőbizottság a D.640/32/2011. számú határozatában megállapította, hogy „a Sky-Builder Zrt. és a kérelmezett közötti szerződéses megállapodások szerződésszerű teljesítését, az elvégzett munkarészeket és annak összegét kizárólag a Sky-Builder Zrt. igazolhatja jogszerűen, hiszen ő minősül jelen esetben a kérelmezett tekintetében szerződést kötő másik félnek.” Ebből következően a Sky-Builder Zrt. a referencia kiállítására jogosult volt, ezért a kérelmező e vonatkozásban előterjesztett kérelmét a Döntőbizottság elutasította.

4./

A Döntőbizottság ezt követően a hamis adatszolgáltatás kapcsán előterjesztett kérelmi elemet vizsgálta. A Döntőbizottság a fentiekben megállapította, hogy a Sky-Builder Zrt. a referencia kiállítására jogosult volt, ő igazolhatja a kérelmezett szerződésszerű teljesítését, a kérelmezett által elvégzett munka műszaki paraméterét és annak szerződéses értékét, így a hamis adatszolgáltatás a referenciaigazolásban nem állapítható meg.

A Döntőbizottság összegezve a fentiek megállapította, hogy ajánlatkérő jogszerű döntést hozott a kérelmezett ajánlatának érvényesként történő elfogadásáról, így a Döntőbizottság nem vizsgálta a kérelmező azon másodlagos kérelmét, hogy a nem megfelelő referenciaigazolás megállapítását követően feléled az alapajánlatban benyújtott korábbi referencia, és ennek megfelelése is vizsgálható.

A Döntőbizottság a Kbt. 318. § (1) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján kérelmező kérelmét a Kbt. 340. § (2) bekezdés a) pontja alapján elutasította.

A Döntőbizottság a Kbt. 340. § (2) bekezdés g) pontja alapján rendelkezett a költségek viseléséről.

A határozat bírósági felülvizsgálatát a Kbt. 346. § (1) bekezdése biztosítja.

A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat bírósági felülvizsgálatára - mivel az ajánlatkérő központi költségvetési szerv - a Pp. 326. § (12) bekezdés r) pontja szerint a Fővárosi Bíróság illetékes.

A Pp. 338. § (1) és (2) bekezdésében foglaltakra tekintettel hívta fel a Döntőbizottság a felek figyelmét arra, hogy amennyiben nem tárgyaláson kívül kívánják a határozat bírósági felülvizsgálatát, akkor a tárgyalás tartását a keresetlevélben kell kérni.

Budapest, 2011. december 29.

Dr. Szvetnik Ágnes sk
közbeszerzési biztos

Dóra Simon sk
közbeszerzési biztos

Dr. Szántó Veronika sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara

Kapják:

1. Dr. Dékány László ügyvéd (1025 Budapest, Felső Zöldmáli u. 60-62.)
2. Dr. Nagymihály Tamás ügyvéd (6722 Szeged, Gogol u. 6.)
3. Dr. Ollé György ügyvéd (6722 Szeged, Gutenberg u. 3. mfsz. 3.)
4. AKTÍV Kft. (6344 Hajós, Kossuth u. 21.)
5. Csongrádi Magasépítő Kft. (7624 Pécs, Barbakán tér 3.)
6. Grabarics Építőipari Kft. (1053 Budapest, Reáltanoda u. 5.)
7. KÉSZ Zrt. (6722 Szeged, Gutenberg u. 25-27.)
8. Ezentis Építő Kft. (1012 Budapest, Márvány u. 16.)
9. ESZA Nonprofit Kft. (1134 Budapest, Váci út 45. „C” épület)
10. Közbeszerzések Tanácsának Elnöke (1024 Budapest, Margit krt. 85.)
11. Irattár