



**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.820/11/2011.

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 képviseletében: Dr. Dékány László ügyvéd 1025 Budapest, Felső Zöldmáli u. 60-62.,) által *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 kérelmét *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, illetve a jogorvoslati eljárásban keletkezett iratok, a jogorvoslati kérelem, ajánlatkérő érdemi észrevétele, az ügyben tartott tárgyaláson tett nyilatkozatok alapján az alábbi tényállást állapította meg.

Ajánlatkérő a rendelkező részben meghatározott tárgyban a 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, a hirdetmény 2011. május 17-én került feladásra.

Ajánlatkérő 2 részajánlati körben biztosította az ajánlattételt.

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.”

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 generál-kivitelezésben 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 fenn álltának 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 részszempontokat, a súlyszámokat, a bírálat módszerét és az értékelési ponttartományt.

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

Ajánlatkérő a felhívás VI.3) További információk 1) alpontjában a Kbt. 83. §-a alapján biztosítja a hiánypótlás lehetőségét. A 8) alpont szerint „Az ajánlatban benyújtandó az ajánlattevő/10 %-ot meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozója/erőforrást nyújtó szervezete, valamint a Kbt. 69. § (8) bekezdésének alkalmazása esetén a 10 %-ot nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó ajánlattételi határidő lejártát megelőző 90 napnál nem régebbi cégkivonata (adott esetben el nem bírált változás bejegyzési kérelem cégbírósági érkeztető bélyegzővel ellátott példánya), valamint az ajánlatban aláíró (cégjegyzésre jogosult) cégképviselők aláírási címpéldánya vagy aláírás-mintája. A 12) alpontban került előírásra, hogy a „Közös ajánlattétel esetén a részletes konzorciális megállapodást az ajánlathoz csatolni kell, a vezető (képviselő) cég megjelölésével, a feladatmegosztás és az ellenszolgáltatás megosztásának feltüntetésével, nyilatkozattal, hogy a tagok egyetemleges felelősséget vállalnak jelen közbeszerzés tárgyának megvalósításáért.”

Az ajánlatkérő ajánlattételi dokumentációt is összeállított, mely tartalmazta az általános útmutatót, a műszaki leírást, terveket, a szerződéstervezetet, a

mellékleteket, nyilatkozatmintákat és formanyomtatványokat.

Ajánlatkérő a referencianyilatkozatra/igazolásra formanyomtatványt nem bocsátott ki, a dokumentáció 7.6 pontja szerint az ajánlat kötelező tartalmi eleme körébe sorolta 16. sorszám alatt a referenciaigazolást.

A módosított ajánlattételi határidőre ajánlatot nyújtott be az 1. részajánlati kör kapcsán 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 Ferroép Zrt. és az Aktív Kft. által alkotott FERROÉP-AKTÍV SZTE TIOP-2.2.7-07/2F/2-2009-0008 Konzorcium (a továbbiakban: 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 Konzorcium ajánlatának 131. oldalán került csatolásra az „Újszegedi fürdőkomplexum fejlesztése III. ütem kivitelezése,, munkáról szóló referenciaigazolás, melyben tárgyként „vállalkozó munkájának értékelése Közbeszerzési Pályázathoz” 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 Konzorcium tekintetében többek között az alábbiakat tartalmazta:

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

A Konzorcium 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 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.

A határozatban „A Döntőbizottság megállapította, hogy jelen kivitelezés speciális jogi konstrukcióban került megkötésre, hiszen az ajánlatkérő/megrendelő és a konzorcium vezetője a szerződést kötő fél, a konzorciumvezető számláján keresztül történik az elszámolás, pénzügyi lebonyolítás, míg a konzorcium tagjai közötti feladatmegosztás és az ahhoz kapcsolódó elszámolás a konzorciumi megállapodás, és a felek között létrejött 2009. július 6-i üzleti titoknak minősített megállapodás alapján történt. A Döntőbizottság álláspontja szerint ez a szerződéses konstrukció kvázi alvállalkozói szerződésnek minősül abban az értelemben, hogy a vállalkozási szerződést kötő megrendelő csak a Sky-Builder Zrt. vonatkozásában minősül szerződést kötő másik félnek, és a szerződésszerű teljesítést csak a Sky-Builder Zrt. részére jogosult igazolni, hiszen a megrendelő arról rendelkezik információval, hogy a Sky-Builder Zrt. a szerződésnek megfelelően teljesített, részére milyen ellenszolgáltatási összeg került kifizetésre. Ebből következően 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 nyertes ajánlattevő által becsatolt referencia nem az arra jogosult szerződést kötő féltől származik, így nem felel meg az alkalmasság igazolására. A Döntőbizottság megállapította, hogy ajánlatkérő 81. §-ában rögzített kötelezettsége körébe tartozik, hogy köteles meggyőződni a referencia megfelelőségéről. Jelen esetben a nyertes ajánlattevő olyan referenciát csatolt, mely közbeszerzési eljárás eredményeként keletkezett. Ajánlatkérő nyilatkozatában maga sem vitatta, hogy a referenciamunka tárgyát a Közbeszerzési Értesítőben ellenőrizte, melyből meggyőződött arról, hogy a szerződést kötő félként konzorcium került megjelölésre. Ajánlatkérő ezen adatok, tények birtokában köteles megvizsgálni a referencia megfelelőségét, ennek keretében esetlegesen a szerződést kötő felet megkeresni, hiszen ezt a célt szolgálja a referencia kötelező elemeként előírt szerződést kötő fél elérhetőségének megadása is.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a nyertes ajánlattevő által becsatolt referencia nem felelt meg az ajánlatkérő előírásának, mivel azt nem az arra jogosult szerződést kötő fél állította ki, így ajánlatkérő e körben megsértette a Kbt. 81. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó 83. § (1) bekezdését. 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.”

Ajánlatkérő 2011. október 24-én megküldött „Hiánypótlás 3. Közbeszerzési Döntőbizottság D.640/2011. számú határozata alapján” című levelében közölte, hogy „a KDB a 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.

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

Ajánlatkérő 2011. október 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. október 28. napján előterjesztett jogorvoslati kérelmében kérte jogsértés megállapítását, ajánlatkérő vitatott hiánypótlási felhívásának megsemmisítését, ajánlatkérő felhívását e törvénynek megfelelő eljárásra, valamint indítványozta a közbeszerzési eljárás felfüggesztését.

Kérelmező kérelmében előadta, hogy ajánlatkérő 2011. október 24-i konkrét hiánypótlási rendelkezés előírása jogszabálysértő, mivel ajánlatkérő - a Döntőbizottság D.640/32/2011. számú határozatára történő hivatkozás mellett - ezen eljárási cselekménye során jogsértően figyelmen kívül hagyta a hiánypótlás intézményének korlátait, jelen esetben

- a hiánypótlás intézményének a hivatkozott döntőbizottsági döntésből származó korlátait, illetve

- a hiánypótlás intézményének Kbt. szabályaiból származó törvényi korlátait.

Hangsúlyozta, hogy a jogorvoslati kérelem tárgya nem a hiánypótlás lehetőségének, illetve alkalmazásának biztosítása, hanem csak és kizárólag a konkrét hiánypótlási rendelkezés jogszabálysértő megszövegezése. Álláspontja szerint ajánlatkérő kizárólag a jogalkotó által meghatározott törvényi korlátok (keretek) között járhat el és csak olyan jogosultságokat gyakorolhat, amelyekre magában a közbeszerzési törvényben felhatalmazást kapott. Ezen jogalkalmazási alapelv a döntőbizottsági megállapításokra és előírásokra is érvényes, erre tekintettel egy döntőbizottsági ajánlatkérői jogsértés megállapítása és a jogsértés lehetséges reparálása vonatkozásában az ajánlatkérő kizárólag a döntőbizottság által meghatározott keretek (korlátok) között járhat el és csak olyan jogosultságokat gyakorolhat, amelyekre a Döntőbizottság előírásaiban felhatalmazást kapott.

Ismertette, hogy a Döntőbizottság előzményi határozatában az alábbiakat rögzítette:

- egyrészt a becsatolt referencia annyiban nem felelt meg az ajánlatkérő előírásainak, hogy azt nem az arra jogosult szerződést kötő fél állította ki (a Döntőbizottság egyéb megállapítást a referencia tartalmával összefüggésben nem tett),

- másrészt e körben az ajánlatkérő megsértette a Kbt. szabályait (mármint abban a körben, hogy a referencia fenti okból előálló nem megfelelésségét a kötelezettsége ellenére nem állapította meg és a fenti okkal összefüggésben nem rendelt el hiánypótlást). Tényszerűen rögzítendő, hogy a Döntőbizottság az előzményi határozatában az alábbi előírást rendelte el:

- Ajánlatkérő csak a hiánypótlást követően dönthet a nyertes ajánlattevő ajánlatának érvényességéről.

Közölte, hogy ajánlatkérő a hiánypótlási felhívása előzményeként még pontosan hivatkozott a Döntőbizottság megállapításaira és az ezzel összefüggő előírására, de a hiánypótlásra felhívott Ferroép Zrt., Aktív Kft. közös ajánlattevők részére kiadott konkrét (hiánypótlási) rendelkezésében már nem ezt írta elő kötelezettségként.

Kérelmező véleménye szerint a Döntőbizottság döntéséből az következik - és ez egyben az alkalmazandó hiánypótlás korlátját képezi -, hogy az ajánlatkérő a hiánypótlási kötelezettség részeként kizárólag a már benyújtott referencia igazolás Döntőbizottság által megállapított hiányainak, hibáinak pótlását írhatja elő, de semmiképpen sem adhat eljárási lehetőséget az ajánlattevők számára egy teljesen új referencia benyújtására. („referencia cserére”).

Megítélése szerint ajánlatkérő a hiánypótlásra felhívott Ferroép Zrt., Aktív Kft. közös ajánlattevők részére kiadott konkrét (hiánypótlási) rendelkezésében - akár „csak” a megfogalmazás kétértelműsége vagy egyértelműségének hiánya okán is - eljárási lehetőséget biztosít közös ajánlattevők számára új referenciaigazolás benyújtására, noha jogszerűen kizárólag a már benyújtott igazolás Döntőbizottság által megjelölt hiányának pótlását biztosíthatná, illetőleg írhatná elő.

Jelen eljárásban a korábbiakban már kibocsátásra került hiánypótlási felhívás a Ferroép Zrt., Aktív Kft. közös ajánlattevők által benyújtott referencia igazolás hiánya tekintetében is, melyben a referenciát nyújtó személy telefonszámát kérte ajánlatkérő pótolni. Ajánlatkérő az eljárás korábbi szakaszában ugyanezen referencia igazolás hiánypótlása tárgyában kiadott korábbi hiánypótlási felhívásában a benyújtott referencia igazolás valamely konkrét hiánya esetén konkrétan megjelölte a már benyújtott irat tekintetében hiánypótolandó részt és nem „általánosságban” hivatkozott a dokumentáció tartalmi és formai követelményeinek megfelelő okirat becsatolásának kötelezettségére.

A Döntőbizottság döntése szerint az ajánlatkérői jogsértés abban állt, hogy az ajánlatkérő a Kbt. 81 § (1) bekezdés ellenére elmulasztotta a benyújtott referencia nem megfelelőségének megállapítását a referencia kiállítójának helytelen személye miatt és a Kbt. 83. § (1) bekezdése ellenére a benyújtott referencia fenti (és kizárólag a fenti) hiánya okán hiánypótlást sem írt elő.

A Döntőbizottság döntése szerint ajánlatkérő úgy járt volna el jogszerűen és helyesen, ha és amennyiben a benyújtott referencia hiányaként a referenciát nyújtó személy telefonszáma mellett hiányként jelöli meg a referencia kiállítójának (tényleges szerződést kötő fél) tartalmi elemét is, és a megjelölt hiányokat együttesen kéri pótolni. Mindebből kérelmező számára nyilvánvaló,

hogy a Döntőbizottság döntése alapján az ajánlatkérő akként jogosult és köteles az ajánlatkérői jogsértés reparálására, hogy az alapeljárásban elmulasztott hiánypótlási felhívását ismételt hiánypótlásként előírja, a korábbi hiánypótlási felhívásával azonos feltételekkel. Ezzel összefüggésben kérelmező az ajánlatkérői konkrét jogsértést abban jelölte meg, hogy a tárgybani referencia ismételt hiánypótlása során az ajánlatkérő nem azonos feltételekkel biztosítja a hiánypótlás lehetőségét, amellet, hogy az ismételt hiánypótlás korábbiaktól eltérő módon történő biztosítására Ajánlatkérőnek nincs sem indoka, sem joga, sem kötelezettsége. E tekintetben kógens törvényi korlátot jelent a Kbt. 83. § (1) bekezdése.

Kérelmező kiemelte, hogy ugyanezen referenciaigazolás korábbi hiánya tárgyában az ajánlatkérő által már kiadásra került egy hiánypótlási felhívás, amelyet a Ferroép Zrt., Aktív Kft. közös ajánlattevők a már benyújtott referencia hiányának pótlása útján teljesítettek is. A Kbt. 83. § (5) bekezdés alapján a korábbi hiánypótlást követően az újabb hiánypótlás alkalmazható, de ezen törvényi korlát a kétszeres hiánypótlás lehetőségét egyértelműen kizárja.

Ehhez képest ajánlatkérő ismételt hiánypótlási előírásának megfogalmazása során azért sem elégséges (jogszerű) „általánosságban” a dokumentáció irányadó tartalmi és formai követelményeire hivatkozni, mert a hiánypótlási lehetőség törvényi korlátja - és egyben előírható teljesítési korlátja - a korábbi hiánypótlási felhívás tárgyaként megjelölt és közös ajánlattevők által korábbiakban már pótolta hiányok. Vagyis ajánlatkérő a referencia hiányával összefüggésben ismételt hiánypótlási lehetőséget nem biztosíthat a korábbiakban hiánypótolni rendelt referencia kapcsolattartó és telefonszáma kötelező referencia tartalmi elemek vonatkozásában, hiszen ezen előírásával a kétszeres hiánypótlás törvényi korlátjába ütközne.

Kérelmező kifejtette azon álláspontját, mely szerint az ismételt hiánypótlása során az ajánlatkérő nem határozta meg és nem írta elő a kétszeres hiánypótlás törvényi korlátja okán a hiánypótlási kötelezettség (lehetőség) részét nem képezhető tartalmi elemeket, sőt az ismételt hiánypótlás jelenlegi előírásából akár az is következhetne, hogy a hiánypótlási lehetőséggel összefüggésben nem kerülne figyelembe vételre a kétszeres hiánypótlás törvényi korlátja.

Kérelmezők álláspontja szerint az ajánlatkérő jogszabályszerűen eljárhatott volna, ha a korábbi hiánypótlásával azonos feltételekkel, ismételt hiánypótlási felhívásának rendelkezéseként a közös ajánlattevők számára előírja

- a már korábbiakban benyújtott referencia döntőbizottsági megállapítással érintett konkrétan megjelölt hiányának pótlását (vagyis hogy a már benyújtott referenciát az arra jogosult szerződést kötő fél állítsa ki),
- kizárva új referencia benyújtásának lehetőségét,

- kizárva a hiánypótlás lehetőségének köréből a korábbiakban már hiánypótlással érintett (teljesített) referenciatartalmi elemeket.

Kérelmezők kérelmében hivatkozott a Döntőbizottság D.303/13/2011. és D.596/12/2011. számú határozataiban megállapítottakra.

Kérelmezők szerint ajánlatkérő megsértette a Kbt. 83. § (1) és 83. § (5) bekezdését, a Kbt. 1. § (1), (3) bekezdését.

Ajánlatkérő észrevételében kérte a megalapozatlan kérelem elutasítását.

Ajánlatkérő előadta, hogy a Kbt. nem tartalmaz korlátot a hiánypótlás körében a Döntőbizottság határozata alapján és ugyan a 83. § (2) bekezdés a-d) pontja, valamint (4) bekezdése tartalmaz korlátot a hiánypótlás körében, de magával a hiánypótlás kiadásával, annak szövegezésével egyik korlát sem sérül.

Ajánlatkérő a kiadott hiánypótlási felhívásban nemcsak hogy hivatkozik előzményként a határozatra, de még azt is kiemeli, hogy a referencia milyen hibában szenved a határozat alapján. Kifejtette azon álláspontját, mely szerint az ajánlattevő becsatolhatott volna egy másik munkáról szóló referenciaigazolást, amennyiben az megfelel minden egyéb előírásnak. Ezzel kapcsolatban sem a Döntőbizottság határozata, sem a Kbt. akadályt nem támaszt.

A Döntőbizottság határozatának kérelmező általi értelmezése az lenne, hogy ajánlatkérő csak olyan hiánypótlási felhívást adjon ki, amelyre a beadott referencia csak érvénytelenséget eredményezhet. Ez nem a reparálhatóságot eredményezi, hanem a hiánypótlás intézményének kiüresítését, annak a jogszabály céljával és a Döntőbizottság iránymutatásával ellentétes értelmezését jelenti.

Ajánlatkérő hivatkozott a Kbt. 2010. szeptember 15-től hatályos rendelkezésihez fűzött miniszteri indoklásra, melyben az alábbiak kerültek rögzítésre: „Annak érdekében, hogy minél több ajánlat legyen érvényes, a szabályok egyértelműsítése során azokat úgy kell módosítani, hogy a Kbt. a hiánypótlást minél kisebb, csak a legszükségesebb körben tiltsa és az ajánlatnak a hiánypótlás során való módosítását minden egyéb esetben egyértelműen tegye lehetővé. Semmi nem indokolja ugyanis, hogy ha az ajánlattételi határidőben valami az ajánlatban nem megfelelően van, azt ne lehessen néhány nap múlva korrigálni vagy beadni vagy kiegészíteni. A Kbt. céljai szempontjából mindegy, hogy az ajánlattételi határidőben tökéletes az ajánlat, vagy csak néhány nappal később, ha az ajánlatban az elbírálási részszempontokkal összefüggő elemek nem változnak. ... Az új (2) bekezdés bevezető szövegrésze szerint a hiánypótlás során az ajánlat úgy módosítható, úgy egészíthető ki, hogy megfeleljen az ajánlati felhívás, a dokumentáció vagy a közbeszerzésre vonatkozó jogszabályok

előírásainak. Tehát a Kbt. egyértelművé teszi, hogy az ajánlaton minden olyan változtatás eszközölhető, mely elősegíti, hogy érvényes legyen (megfeleljen a rá vonatkozó követelményeknek).”

Ajánlatkérő ismertette, hogy a Döntőbizottság ajánlatkérő eljárást lezáró döntésének megsemmisítésével az eljárás visszakerült a bírálati szakaszba, amelynek a szabályait a Kbt. rendezi. Ajánlatkérő észrevételében hivatkozott a Döntőbizottság D.513/2011. számú eljárásra, amelyet kérelmező indított. Ebben az eljárásban Döntőbizottság határozata alapján az ajánlatkérő új hiánypótlást rendelt el többek között kérelmező vonatkozásában is, mely hiánypótlásnak kérelmező akként tett eleget, hogy az alapajánlatban becsatolt referencia helyett újabb referenciaigazolást csatolt.

Ajánlatkérő tárgyalási nyilatkozatában kiemelte, hogy a Kbt. rendelkezéseiben a jogalkotó nem alkalmazta a referencia kifejezést. Ebből következően a referenciát akként kell értelmezni, hogy az összes tartalmi és formai követelményt magába foglaló dokumentum jelenti a referenciát.

Egyéb érdekelt, a Ferroép Zrt. észrevételében ajánlatkérő álláspontjával értett egyet a hiánypótlás jogszerű elrendelése és annak jogszerű tartalma vonatkozásában. Azonos álláspontot képvisel ajánlatkérővel a kapcsán is, hogy mi tekinthető referenciának, milyen tartalmi elemek képezik a referenciát, mi adja a tartalmát magának a referenciának. Közölte, hogy egy később beadott referencia olyan tartalmi elemében is módosítható, kiegészíthető, amelyet a hiánypótlási felhívás konkrét hiányként nem tüntetett fel. Álláspontja szerint az ajánlattevő az ajánlatkérői hiánypótlásnak megfelelően igazolta a referenciával az alkalmasságát.

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 előljáróban rögzíti, hogy a Kbt. 342. § (1) bekezdése értelmében, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság megsemmisíti az ajánlatkérőnek az eljárást lezáró döntését, az ajánlatkérő jogosult a határozat végrehajthatóságának időpontjától számított harminc napon belül új döntést hozni. Döntése meghozatala előtt be kell szereznie valamennyi érvényes ajánlatot tevő nyilatkozatát arról, hogy ajánlatát fenntartja-e.

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.

Tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő a Kbt. 342. § (1) bekezdése alapján az eljárás folytatásáról döntött, az nyílt közbeszerzési eljárásban a Kbt. kógens szabályai alapján köteles volt azon ajánlatot újból elbírálni, amely érvényességéről vagy érvénytelenségéről hozott döntését a Döntőbizottság megsemmisítette.

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. Figyelemmel arra, hogy az érvényességi vizsgálat teljes körű, nem foghat helyt azon kérelmezői érvelés, mely szerint ajánlatkérő csak a Döntőbizottság határozatában vizsgált és megállapított hiány tekintetében alkalmazhatja a hiánypótlás jogintézményét. Jelen esetben a Döntőbizottság a Konzorcium referenciáját vizsgálta és akörben állapította meg, hogy a referencia nem igazolja a Konzorciumi ajánlattevő alkalmasságát. A Döntőbizottság fontosnak tartja annak kiemelését, hogy a „referencia” kifejezést a Kbt. szabályrendszere nem alkalmazza, az alkalmasság igazolásának módjaként építési beruházás esetében a „legjelentősebb építési beruházások ismertetését” használja.

Ajánlatkérő a felhívásában megadta a referencia kötelező tartalmi elemeit, mely elemek hiányának vitatása kapcsán végezte a Döntőbizottság a D. 640/2011. számú eljárásban a vizsgálatot. Ennek során a Döntőbizottság megállapította, hogy a referencia nem a szerződést kötő másik féltől származik, így a referencia további tartalmi elemeinek vizsgálata nélkül került rögzítésre az, hogy a referencia hiánypótlás során pótolható. 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 Döntőbizottság D.640/32/2011. számú határozata kizárólag azt állapította meg, hogy a vizsgált referencia nem megfelelő, melyre hiánypótlás kibocsátása alkalmazható. A Döntőbizottság határozata a fentiekben rögzített teljes vizsgálat

lefolytatási kötelezettségből kifolyólag korlátokat nem tartalmaz, a felhívás a határozatban foglaltaknak megfelelő, így ajánlatkérő hiánypótlási felhívása rendelkezésinek jogszerűsége a Kbt. hiánypótlási szabályai alapján vizsgálható.

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

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 részszempont 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 százalékát 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 (3) bekezdés értelmében a hiánypótlásról az ajánlatkérő egyidejűleg, közvetlenül, írásban köteles tájékoztatni az összes ajánlattevőt, megjelölve a határidőt, továbbá ajánlatonként a hiányokat.

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.

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 törvénymódosítást, 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 igazolta az ajánlattevő alkalmasságát, és ajánlatkérő a korábbi hiánypótlási felhívásában az adott referencia 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 hiánypótlási felhívás a Kbt. 83. § (5) bekezdésében megfogalmazott tiltott tartalmi elemet nem tartalmaz, így ajánlatkérő Kbt. 83. § (7) bekezdése alapján a hiánypótlás teljesítését követően köteles meggyőződni arról, hogy a hiánypótlás követően az ajánlat nem módosult-e a (2) bekezdés *a)*-*d)* pontjaiba ütközően.

A Döntőbizottság megítélése szerint a Kbt. 83. §-hoz fűzött miniszteri indokolásból sem vonható le olyan következtetés, mely a kérelmezői értelmezését alátámasztaná és kizárná annak lehetőségét, hogy ajánlatkérő a fentiekben meghatározott hiánypótlási felhívást bocsáthasson ki. Épp ellenkezőleg miután a hiánypótláshoz fűzött miniszteri indokolás kifejezetten azt hangsúlyozza, hogy a tartalmi hiánypótlás megfelelő biztosítása, a korábbi szabályozás eredeti céljának megfelelő érvényesülése érdekében tartotta szükségesnek a módosítást, nem állapítható meg, hogy ne állna fenn a jogi lehetősége annak, hogy az ajánlat akár egy másik referencia becsatolásával, azaz

a referencia kicserélésével megváltoztatására kerülhessen. E kérdés megítélése során nem hagyható figyelmen kívül az a jogalkotói cél, hogy az elbírálásra kerülő tartalmi elemek változatlanul hagyása mellett az alkalmasság igazolása biztosítható.

A fenti indokokra tekintettel ajánlatkérő hiánypótlási felhívása nem sérti a Kbt. rendelkezéseit, ezért e kérelmi elemet a Döntőbizottság elutasította.

A kérelmező jogorvoslati kérelmében hivatkozott arra, hogy ajánlatkérő megsértette a Kbt. 1. § (1) és (3) bekezdésében meghatározott egyenlő bánásmód alapelvét is.

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

A Kbt. 1. § (3) bekezdése előírja, hogy az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítani az ajánlattevők számára.

A Döntőbizottság megállapította, hogy jelen esetben nem merült fel olyan többlettényállási elem, mely akár a verseny tisztaságát, akár a nyilvánosság kizárását alapozná meg, hiszen ajánlatkérő hiánypótlási felhívását valamennyi ajánlattevő számára megküldte, így a hiánypótlásra szóló felhívással az önkéntes hiánypótlás lehetősége ajánlattevők előtt is nyitva állt. Az egyenlő bánásmód követelménye azt jelenti, hogy ajánlatkérőnek az azonos ténybeli helyzeteket azonosan kell megítélni, nem alkalmazhat megkülönböztetést, eltérő bánásmódot.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a konkrét esetben arra tekintettel nem állapítható meg az egyenlő bánásmód alapelvének a sérelme, mert ajánlatkérő a Döntőbizottság határozatában rögzített hiánypótlási mulasztásának eleget tett, kiemelve azt, hogy a Döntőbizottság kizárólag a Konzorcium vonatkozásában állapította meg a jogsértést.

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 7.

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. Csongrádi Magasépítő Kft. (7624 Pécs, Barbakán tér 3.)
5. AKTÍV Kft. (6344 Hajós, Kossuth u. 21.)
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