



A Fővárosi Törvényszék a Bűrös és Gombocz Ügyvédi Iroda, ügyintéző ügyvéd: dr. Gombocz Judit (1092 Budapest, Kinizsi u. 21-25.) által képviselt **Országos Vérellátó Szolgálat** (1113 Budapest, Karolina út 19-21.) felperesnek a dr. Horváth Éva jogtanácsos által képviselt **Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság** (1024 Budapest, Margit krt. 85.) alperes ellen közbeszerzési ügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránti indított perében meghozta a következő

Í T É L E T E T

A bíróság az alperes D.308/10/2011. számú határozatát megváltoztatja, a jogsértések megállapítását és annak jogkövetkezményeit mellőzi.

A kereseti illetéket az állam viseli.

Kötelezi az alperest, hogy 15 napon belül fizessen meg a felperesnek 40 000 (negyvenezer) forint perköltséget.

Az ítélet ellen a kézbesítéstől számított 8 napon belül fellebbezésnek van helye, amelyet a Fővárosi Ítéltáblához címzetten, a Fővárosi Törvényszéknél kell írásban, 3 példányban benyújtani.

I N D O K O L Á S

A felperes ajánlatkérőként a Kbt. IV. fejezete szerint nyílt eljárást indított AB0 vércsoport, RhD, C, E, c, e és K vörösvérsejt antigének meghatározására szolgáló diagnosztikumok beszerzés 1. és 3. részek tárgyban. A felperes az ajánlati felhívását 2011. február 8. napján adta fel, amely 2011. február 10. napján jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2011/S 28-046071 számon. A felperes az ajánlati felhívásban a beszerzés tárgyát árubeszerzésben, a megkötendő szerződést szállítási szerződésben jelölte meg. A felhívás II.2.) pontjában meghatározta a szerződés szerinti teljes mennyiséget az 1. és 3. részre vonatkozóan. A felhívás VI.3.) 1) pontja szerint a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 83. § alapján hiánypótlás biztosított volt. A felhívás VI.3.) 9) pontja alapján az ajánlattevőnek az ajánlatában nyilatkoznia kell a Kbt. 70. § (2) és (4) bekezdésében, 71. § (1) bekezdés a) - d) pontjában foglaltakról, - az

ajánlattevő a közbeszerzés értékének 10 %-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó, az erőforrást nyújtó szervezet, valamint amennyiben az ajánlattevő a Kbt. 69. § (8) bekezdése alapján a szerződés teljesítésére való alkalmasságának igazolására igénybe veszi - a közbeszerzési értékének 10 %-át meg nem haladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó részéről a cégjegyzésre jogosult személy hiteles cégaláírási nyilatkozatának egyszerű másolatát, valamint a cégkivonat szerint - a jelen eljárás vonatkozásában - a cégjegyzésre jogosult akadályoztatása esetén a cégjegyzésre jogosult meghatalmazását és a meghatalmazott aláírás mintáját tartalmazó dokumentumot egyszerű másolatban. Az ajánlattevőnek, a közbeszerzés értékének 10 %-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozónak, az erőforrást nyújtó szervezetnek az ajánlati felhívás feladása napjától számított 60 napnál nem régebbi egyszerű másolati példány cégkivonatot kell csatolni a kizáró okok fenn nem állása igazolása körében. Amennyiben az ajánlattevő a Kbt. 69. § (8) bekezdése alapján a szerződés teljesítésére való alkalmasságának igazolására igénybe vesz a közbeszerzés értékének 10 %-át meg nem haladó értékben igénybe venni kívánt alvállalkozót, akkor ezen szervezetnek is csatolnia kell az ajánlati felhívás feladása napjától számított 60 napnál nem régebbi egyszerű másolati példányú cégkivonatot.

A dokumentáció 6. fejezet 61. oldalán található ajánlattevői nyilatkozatminta szerint a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) - d) pontja alapján, melyen a Kbt. vonatkozó rendelkezéseinek idézése mellett az ajánlatkérő megkövetelte a Kbt. 71. § (1) bekezdés a)-d) pontjára vonatkozó nyilatkozatok megadását.

A Frank Diagnosztika Kft. ajánlattevő (a továbbiakban : kérelmező) az ajánlatának 32., 33. oldalán csatolta a Kbt. 71. § (1) a) - d) pontjaira vonatkozó nyilatkozatát, amely szerint a Kbt. 71. § (1) a), b), c) pontjai tekintetében nemleges nyilatkozatot tett. A Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja alapján kijelentette, hogy a Kbt. 69. § (5) bekezdésén kívüli alkalmassági minimum követelményeknek való megfelelés céljából az alábbi közbeszerzés értékének 10 %-át nem meghaladó mértékben kíván alvállalkozót igénybe venni: CE-IMMUNDIAGNOSZTIKA GmbH NÉMETORSZÁG (a továbbiakban: gyártó). Az ajánlat 47. oldalán a gyártó kérelmező részére kiállított forgalmazói meghatalmazó levelének, az ajánlat 51. oldalán a gyártó EN ISO 13485:2003/AC:2007 tanúsítványának, az ajánlat 75. oldalán a gyártó termékeinek származási helyéről, az ajánlat 77. és 79. oldalán a gyártói termékek kockázatkezelésről, címkéről, veszélyességre utaló szimbólumokról, minőségi bizonylatairól, tanúsítványáról szóló dokumentumok szerepelnek magyar fordításban. Az ajánlat 129. oldalán található a gyártó termékeinek CE megfelelőségi nyilatkozata magyar fordításban.

A kérelmező az ajánlatának 6-11. oldalán ártáblázatokat rögzített, melyen feltüntette többek között a termékek előírt kiserelését, katalógus számát, gyártóját, az egy vizsgálatra jutó mennyiségét, nettó egységárát, nettó összárát.

A felperes 2011. április 7. napján hiánypótlási felhívást és felvilágosításkérést intézett az ajánlattevőkhöz. A kérelmezőtől hiánypótlás keretében többek között kérte a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti nyilatkozatban megjelölt szervezet tekintetében az ajánlati felhívás VI.3.9. pont 4. francia bekezdésében foglaltaknak megfelelő cégkivonat csatolását, továbbá a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti nyilatkozatban megjelölt szervezet képviselőjének a hiteles cégaláírási nyilatkozatának csatolását.

A felperes a kérelmezőtől felvilágosítást kért arra nézve, hogy a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) - d) pontjai szerinti nyilatkozatot nem részenként tette meg, abból nem állapítható meg egyértelműen, hogy a nyilatkozat valamennyi rész tekintetében irányadó információkat tartalmaz-e. Kérte, hogy a kérelmező az ajánlat 32-33. oldalain található nyilatkozat tartalmát tisztázza és egyértelműen nyilatkozzon minden egyes ajánlattal érintett rész tekintetében a Kbt. 71. § (1) a) - d) pontja szerint.

A kérelmező a 2011. április 13. napján kelt „hiánypótlás” elnevezésű dokumentumban a 26-27. oldalon csatolta a nyilatkozatát a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) - d) pontjai alapján, mellyel a Kbt. 71. § (1) bekezdés a), b), c) pontjai tekintetében továbbra is nemleges nyilatkozatot tett, a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja alapján kijelentette, hogy a Kbt. 69. § (5) bekezdésén kívüli alkalmassági minimum követelményeknek való megfelelés céljából az alábbi a közbeszerzés értékének 10 %-át nem meghaladó mértékben kívánt alvállalkozót igénybe venni. Az 1. részben az alvállalkozó: a gyártó, a 3. részben az alvállalkozó: a gyártó.

A felperes 2011. április 18-án felvilágosítást kért a kérelmezőtől a következők szerint: „a csatolt ártáblázatból megállapítható, hogy az 1. és 3. részben megajánlott termékek egy részének a 10 % alatti alvállalkozóként megjelölt szervezet a gyártója. Az 1. részben a megajánlott termékek felét gyártja a 10 % alatti alvállalkozó, és a 10 % alatti alvállalkozó által gyártott termékek ellenértéke az ajánlati ár több mint felét teszi ki. A 3. részben szintén a megajánlott termékek felét gyártja a 10 % alatti alvállalkozó, ezen termékek ellenértéke pedig az ajánlati ár több mint 50 %-a.

A Kbt. 70. § (7) bekezdésében foglalt rendelkezésre is figyelemmel magyarázza meg, hogy az 1. és 3. részben miért minősülhet a megjelölt - Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti - szervezet 10 % alatti mértékben igénybe vett alvállalkozónak, illetve miért nem jelölt meg a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontja szerinti nyilatkozatában 10 % feletti alvállalkozót.

A kérelmező 2011. április 19. napján benyújtotta „felvilágosítás, tájékoztatás” elnevezésű dokumentumát. A 3. oldalon nyilatkozott arról, hogy a Kbt. 4. § 2. pont c) alpontja értelmében a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártó olyan szervezet, aki nem minősül alvállalkozónak. Az azonban nem kizárt, hogy az ajánlattevő a gyártót - amennyiben szerződést teljesítésében közvetlenül részt vesz - alvállalkozóként a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerint bevonja.

A kérelmező a 6., 7. oldalon csatolta a nyilatkozatát a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) - d) pontjai alapján. A Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja tekintetében kijelentette, hogy a közbeszerzés következő részei vonatkozásában kíván a teljesítéshez a közbeszerzés értékének 10 %-át meg nem haladó mértékben alvállalkozót igénybe venni:

1. részben az alvállalkozó a következő:

a gyártó, a szerződés teljesítésében nyújtott tevékenysége: logisztikai szolgáltatás.

3. részben az alvállalkozó a következő:

a gyártó, a szerződés teljesítésében nyújtott tevékenysége: logisztikai szolgáltatás.

A kérelmező a Kbt. 71. § (1) bekezdés b), c) pontjai tekintetében továbbra is nemleges nyilatkozatot tett. A Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja alapján kijelentette, hogy a Kbt. 69. § (5) bekezdésén kívüli alkalmassági minimum követelményeknek való megfelelés céljából az alábbi, a közbeszerzés értékének 10 %-át nem meghaladó mértékben kíván alvállalkozót igénybe venni:

1. részben az alvállalkozó a következő:

a gyártó.

3. részben az alvállalkozó a következő:

a gyártó

Az eredményhirdetésre 2011. április 22. napján került sor, az írásbeli összegzés szerint 1., 3. és 5. részek tekintetében a felperes az eljárást a Kbt. 92. § b) pontja alapján eredménytelenné nyilvánította. A felperes a kérelmező 1. és 3. részre benyújtott ajánlatát a Kbt. 88. § (1) bekezdés f) pontja alapján érvénytelenné nyilvánította, amelynek az írásbeli összegzésben rögzített indokolása szerint „az ajánlat 6-7. oldalán csatolt ártáblázatból megállapítható, hogy az 1. és a 3. részben megajánlott termékek egy részének a 10 % alatti alvállalkozóként megjelölt szervezet a gyártója. Az 1. részben a megajánlott termékek felét gyártja a 10 % alatti alvállalkozó, és a 10 % alatti alvállalkozó által gyártott termékek ellenértéke az ajánlati ár több mint felét teszi ki. A 3. részben szintén a megajánlott termékek fele mennyiségét gyártja a 10 % alatti alvállalkozó, az ezen termékek ellenértéke pedig az ajánlati ár több mint 50 %-a. A Kbt. 70. § (7) bekezdése alapján egy szervezetnek a szerződés teljesítésében való részvétel arányát az határozza meg, hogy milyen arányban részesül a beszerzés tárgyának áfa nélkül számított ellenértékéből. Erre figyelemmel kért a felperes magyarázatot arra, hogy az 1. és 3. részben megjelölt szervezet miért minősülhet 10 % alatti mértékben igénybe vett alvállalkozónak, illetve miért nem 10 % feletti alvállalkozó.

Az ajánlattevő a felvilágosítást határidőben megadta és fenntartotta azon nyilatkozatát, hogy a megjelölt szervezet 10 % alatti alvállalkozó, mivel jogi álláspontja szerint kizárólag a szállítási tevékenység tekintetében kell részvételi arányát figyelembe venni.

Az ajánlattevő jogi érvelése nem helytálló, az alvállalkozó fogalmát a Kbt. 4. § 2. pontja tartalmazza, mely szerint az a szervezet minősül alvállalkozónak, amely a szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül részt vesz. A jogalkotó azonban úgy rendelkezett, hogy nem minősül alvállalkozónak a gyártó és a forgalmazó sem. Ha a gyártó közreműködése nem lenne közvetlen részvétel, abban az esetben a gyártót nem kellene kivételi körbe tartozó szervezetek közé sorolni. A jogalkotó nem azért sorolta kivételi körbe a gyártót, mert ő közvetve vesz részt a szerződés teljesítésében, hanem azért, hogy megkönnyítse az ajánlatok elkészítését. Ha elfogadnánk az ajánlattevői érvelést, akkor abban az esetben, ha a gyártó a gyártáson kívül más közvetlen részvételt jelentő tevékenységet is végez, akkor nem a Kbt. 69. § (4) bekezdése alapján lehetne alvállalkozónak minősíteni, hanem a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) vagy b) pontja alapján kellene annak minősíteni. Az ajánlattevő nem így járt el az ajánlat elkészítése során ez is bizonyítja, hogy a gyakorlatban a vonatkozó rendelkezéseket az ajánlatkérővel egyezően értelmezve alkalmazta. A Kbt. 69. § (4) bekezdése szerint az ajánlattevő jogosult a gyártót a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) vagy b) pont szerinti alvállalkozónak minősíteni és így megjelölni ajánlatában, azonban ebben az esetben a gyártóra az alvállalkozóra vonatkozó összes szabályt alkalmazni kell, mind a közbeszerzési eljárás, mind a szerződés teljesítése során. Ezen szabály garanciális jellegű és a Kbt. kogenciájára figyelemmel szigorúan értelmezendő, amennyiben a gyártót az ajánlattevő alvállalkozónak minősíti abban az esetben minden szabályt alkalmazni kell rá, így a Kbt. 70. § (7) bekezdését és arra figyelemmel kell meghatározni a részvételi arányt. Az ajánlattevő által szolgáltatott adatokból az látszik, hogy a gyártó 10 % felett közel 50 %-os mértékben működik közre a szerződés teljesítésében, így őt a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontja szerinti - 10 % feletti - alvállalkozónak kellett volna minősíteni. Az ajánlattevő tehát megsértette a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontját és (7) bekezdését akkor amikor a kb. 50 %-os részvételi arányú gyártót nem minősítette 10 % feletti alvállalkozónak és tekintetében nem csatolta a vonatkozó iratokat. Rögzítjük, hogy ez a hiba hiánypótlás körében sem lett volna orvosolható, ugyanis a Kbt. 83. § (2) bekezdés c) pontja alapján hiánypótlás keretében új 10 % feletti alvállalkozó nem jelölhető meg. Az ajánlattevő ugyanakkor megsértette a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontját is ugyanis bár 10 % alatti alvállalkozót nevesített, de nem jelölte meg azokat a munkákat, amelyekben az alvállalkozó részt vett. Az önkéntes hiánypótlás nem vehető figyelembe, hiszen az nem hiánypótlási határidőben érkezett.”

A kérelmező előzetes vitarendezés iránti kérelmet nyújtott az ajánlatkérőhöz 2011. április 28. napján, melyben a jogorvoslati kérelemmel egyezően az ajánlatának érvénytelenné nyilvánítását kifogásolta. A felperes a kérelmező előzetes vitarendezés iránti kérelmét elutasította.

A kérelmező 2011. május 11. napján benyújtott jogorvoslati kérelme folytán eljár alperes a 2011. június 14. napján kelt D.308/10/2011. számú határozatával a kérelmező jogorvoslati kérelmének helyt adott és megállapította, hogy a felperes megsértette a Kbt. 88. § (1) bekezdés f) pontjára tekintettel a Kbt. 81. § (1) és (3) bekezdését, valamint a 83. § (1) bekezdését. Az alperes megsemmisítette a felperes 1. és 3. részekre vonatkozó eljárást lezáró döntését. Az alperes kötelezte a felperest, hogy a kérelmező részére a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül 720 000 forint igazgatási szolgáltatási díjat fizessen meg. Az alperesi határozat szerint a közbeszerzési eljárásokban fontos jelentősége van a közbeszerzés tárgyának, tárgyi esetben a közbeszerzés tárgya árubeszerzés. A konkrét közbeszerzési eljárásban benyújtott ajánlat alapján ítélt meg az ajánlatban megjelenő gazdasági szereplők minősítésének helyessége, hogy az adott gazdasági szereplők ajánlattevőnek, alvállalkozónak, erőforrást nyújtó szervezetnek, vagy egyéb gazdasági szereplőnek minősülnek-e. A gazdasági szereplők ugyanis maguk döntenek el, hogy a konkrét közbeszerzési eljárásban ajánlattevőként indulnak-e, vagy a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan alvállalkozóként vesznek-e részt, vagy alvállalkozónak nem minősülő gazdasági szereplőként az ajánlattevő alkalmasságának igazolásában vesznek-e részt, illetőleg egyéb gazdasági szereplőként lépnek-e fel. A konkrét esetben fennállt annak a lehetősége, hogy az adott termék forgalmazására jogosult cégek nyújtsanak be ajánlatot és vállalják más gazdasági szereplő által gyártott termék leszállítását az ajánlatkérő részére, de a forgalmazásra jogosult gyártó a közbeszerzési eljárásban ajánlattevőként maga is indulhatott volna. Az alperes azt állapította meg, hogy a felperes által kiírt közbeszerzési eljárásban a kérelmező az ajánlatot benyújtó gazdasági szereplő, az ajánlattevő. A gyártó a kérelmező által megajánlott termékek gyártója, aki egyúttal a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) és d) pontja szerinti közbeszerzési értékének 10 %-át meg nem haladó mértékű alvállalkozónak minősül. A kérelmező ajánlata szerint a gyártó az 1. és 3. részajánlati körökben az AB0 vércsoport meghatározott vörösvérsejt antigének meghatározására szolgáló diagnosztikumok gyártója, aki gyártóként az ajánlati felhívás VI.3.) 9) pontjában a gyártóra előírt dokumentumokat az ajánlattevő számára az ajánlattételhez biztosította. A határozat szerint a gyártói minőségben nem változtat az a tény, hogy a Kbt. 69. § (4) bekezdésének megengedő szabálya alapján a Kbt. 4. § 2. pont c) alpontja szerinti személyt a kérelmező, mint ajánlattevő a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti alvállalkozónak minősítette és így jelölte meg ajánlatában. A Kbt. 2010. szeptember 15. napjától hatályos 4. § 2. pont c) alpontja alapján nem minősül alvállalkozónak a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártó, forgalmazó alkatrész- vagy alapanyag szállító. Ezen gazdasági szereplők ugyanis gyártói minőségükben tevételesen nem vesznek részt a közbeszerzési szerződés teljesítésében, a törvény erejénél fogva gyártói minőségükben nem minősülnek alvállalkozónak. A Kbt. 69. § (4) bekezdésének megengedő szabálya alapján az ajánlattevő jogosult arra, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítésébe általa bevonni kívánt - a Kbt. 4. § 2. pontjának b) - d) alpontjai szerint kivételi körbe tartozó személyt (szervezetet) a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) vagy b) pontja szerinti alvállalkozónak minősítsen és így jelöljön meg az ajánlatában. Ebben az esetben a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja alapján a Kbt. 69. § (8) bekezdésének alkalmazása esetén az ajánlattevőnek közölnie kell az érintett - közbeszerzési értékének 10 %-át meg nem haladó mértékben igénybe venni kívánt - alvállalkozó nevét, címét, továbbá a Kbt. 69. § (8) bekezdése alapján az ajánlatnak tartalmaznia kell ezen - a közbeszerzés értékének 10 %-át meg nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó által nyújtott - az ajánlattevő alkalmasságának igazolásához szükséges - 66. §

(1) bekezdés c) - e) pontjai, illetőleg a 67. § (1) - (3) bekezdése szerinti igazolásokat és nyilatkozatokat is. Miután a Kbt. 4. § 2. pont c) alpontja a gyártót az alvállalkozók alóli kivételi körbe sorolja, a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja alapján a gyártó által végzett tevékenységet e minőségében nem kell a közbeszerzés azon részeként megjelölni, amelynek teljesítéséhez az ajánlattevő a közbeszerzés értékének 10 %-át meg nem haladó mértékben alvállalkozót vesz igénybe. A Kbt. 4. § 2. pont c) alpontjának kivételi szabálya alapján a kérelmezőnek a gyártót gyártói minőségében alvállalkozóként nem kell az ajánlatában minősítenie és így megjelölnie. A gyártó gyártói minőségében a Kbt. 4. § 2. pont c) alpont szerinti minőségében nem minősül a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében közvetlenül résztvevő alvállalkozónak. Mindezek alapján gyártói minőségben a gyártóra a Kbt. 70. § (7) bekezdése nem vonatkoztatható. A gyártó szerződés teljesítésében való részvételi arányát a gyártói minősége nem alapozza meg. A kérelmező a gyártót az eredeti ajánlatában a Kbt. 71. § d) pontja szerint a Kbt. 69. § (8) bekezdésének alkalmazásával megjelölte az alkalmassági minimum követelményeknek való megfeleléséhez igénybe venni kívánt 10 % alatti alvállalkozóként, melynek alapján az ajánlatban a gyártó referenciáját becsatolta, melyet a felperes a bírálathoz az alkalmasság igazolására elfogadott. A határozat szerint az ajánlattevő ajánlata hiányos a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja tekintetében. A határozat hivatkozott e körben a Kbt. 83. § (1) a Kbt. 83. § (2) bekezdés a)-d) pontjaiban foglaltakra a Kbt. 83. § (4) és az (5) bekezdésben foglaltakra. A határozat szerint a Kbt. szabályozása alapján a hiánypótlás jogintézményének célja, hogy az ajánlatban található hiány, hiba orvoslásával minél több érvényes ajánlat vegyen részt a versenyben. A hiánypótlás keretében minden olyan ajánlati hiba orvosolható, amely nem ütközik a Kbt. 83. § (2) bekezdésében meghatározott korlátokba. A Kbt. 83. § (5) bekezdése alapján pedig az ajánlatkérőnek fennáll a lehetősége a többszöri hiánypótlás elrendelésére. A határozat szerint a felperes 2011. április 18. napján a kérelmező részére felvilágosításkérést küldött a Kbt. 85. § alapján. Az alperes megállapítása szerint a Kbt. 71. § szerinti nyilatkozat tekintetében az ajánlat egyes pontjai között eltérés nem állt fenn, így a felperes helyesen hivatkozott arra, hogy a Kbt. 85. § (2) bekezdés b) pontja szerinti hiánypótlásnak a 2011. április 18. napján küldött felvilágosításkérés alapján nem volt helye. A kérelmező az ajánlatában a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti nyilatkozatában megjelölte a gyártót. A felperes számára a kérelmező ajánlata alapján nem volt kétséges, hogy a kérelmező által a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti nyilatkozatában megnevezett gazdasági társaság a kérelmező által megajánlott termék gyártója, így főszabály szerint a Kbt. 4. § 2. pont c) alpontja alapján alvállalkozónak nem minősül. A Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja, a Kbt. 69. § (8) bekezdése alkalmazása esetére kötelezővé teszi az érintett alvállalkozó megjelölését. A Kbt. 69. § (8) bekezdése a közbeszerzés értékének 10 %-át meg nem haladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó esetén teszi lehetővé az együttes megfelelést. A gyártó, mint a Kbt. 69. § (8) bekezdése alapján bevont alvállalkozó a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti, a közbeszerzés értékének 10 %-át nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó az ajánlatban feltüntetésre nem került. A Kbt. 69. § (4) bekezdése alapján a kérelmező jogosult arra, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítésébe bevonni kívánt gyártót, mint a 4. § 2. pont c) alpontja szerinti szervezetet a Kbt. 71. § (1) bekezdésének a) vagy b) pontja szerinti alvállalkozónak minősítse és ekként az ajánlatában megjelölje.

A kérelmező az ajánlatában a gyártót a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti, azaz a közbeszerzés értékének 10 %-át meg nem haladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozóként nem jelölte meg, kizárólag a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti alvállalkozóként tüntette fel. A gyártó a Kbt. 69. § (4) bekezdése értelmében abban az esetben minősül alvállalkozónak - és abban az esetben alkalmazható rá, mint alvállalkozóra a Kbt. 69. § (8) bekezdése, amennyiben az ajánlattevő annak minősítette és a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) vagy b) pontja szerinti nyilatkozatában megfelelően megjelölte. Az alperes megállapította, hogy a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti

nyilatkozat tekintetében a kérelmező ajánlata hiányos volt. A felperes megsértette a Kbt. 83. § (1) bekezdését, mivel a kérelmezőt a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja tekintetében hiánypótlásra kellett volna felhívnia.

A határozat rámutatott arra, hogy az ajánlattevő az alvállalkozónak minősített, a szerződés teljesítésébe bevonni kívánt a Kbt. 4. § (2) bekezdés b) - d) pontjai szerinti szervezetet, a Kbt. 69. § (4) bekezdése alapján jelöli meg az ajánlatában, nem zárja ki azt, hogy az érintett szervezet a Kbt. 69. § (8) bekezdése alapján a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerinti alvállalkozóként is megjelölésre kerüljön. Az alperes megállapította, hogy a felperes megsértette a Kbt. 88. § (1) bekezdés f) pontjára tekintettel a Kbt. 81. § (1) (3) bekezdését, valamint a 83. § (1) bekezdését, jogsértően nyilvánította érvénytelenné a kérelmező 1. és 3. részekre benyújtott ajánlatát.

A felperes az alperes határozatával szemben keresetet terjesztett elő, amelyben elsődlegesen kérte, hogy a bíróság az alperes határozatát az 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 339. § (2) bekezdés q) pontja alapján akként változtassa meg, hogy a Kbt. 340. § (2) bekezdés b) pontja alapján a kérelemnek a keresetlevélben érintett elemei tekintetében állapítsa meg a jogsértés hiányát, mellőzze a költségekben való marasztalást, egyúttal kérte az alperes ügyvédi munkadíjra is kiterjedő perköltségben marasztalását. Másodlagosan kérte, hogy a bíróság a Kbt. 348/A. § (4) bekezdése és a Pp. 339. § (1) bekezdése alapján az alperes határozatát helyezze hatályon kívül és kötelezze új eljárásra az alperest lényeges és az ügy érdemére kiható eljárási szabálysértések miatt.

A kereset első pontjában az alperesi vizsgálat terjedelme kapcsán kifejtette, hogy a kérelmező megjelölte, hogy mire hivatkozott a jogorvoslati kérelemben ezen kívül mást nem terjesztett elő. Az alperes a Kbt. 334. § (1) bekezdése alapján nem tájékoztatta a felperest arról, hogy a jogorvoslati eljárásban a vizsgálatot hivatalból kiterjeszti, így a felperesnek nem volt tudomása arról, hogy az alperes a Kbt. 83. §-a alkalmazásának jogszerűségét is vizsgálja, ebben a körben érdemi nyilatkozatot sem terjeszthetett elő. Álláspontja szerint az alperes jogsértően állapította meg a Kbt. 83. §-nak megsértését, hiszen erre vonatkozó kérelmet nem terjesztett elő a kérelmező és az alperes hivatalból sem állapíthatta volna meg ezen jogszabályhely megsértést, mert erre vonatkozóan nem terjesztette ki hivatalból a vizsgálatát. Továbbá erről az eljárás résztvevőit nem tájékoztatta, nem biztosította az alapvető ügyféli jogokat e körben, így különösen a felperes nyilatkozattételi joga korlátozott volt. Álláspontja szerint a döntés nem megfelelő, hiszen az alperes a kérelmező második kérelmi elemét tulajdonképpen elutasította, hiszen nem állapította meg a Kbt. 85. § (2) bekezdésének megsértését. A határozat nem tartalmaz arra utalást sem a rendelkező részben, sem az indokolásban, hogy az alperes álláspontja szerint a felperes jogsértően járt el akkor amikor az önkéntes hiánypótlást nem fogadta el, így álláspontja szerint a kérelmező második kérelmi eleme tekintetében a kérelem érdemi elutasítását kellett volna megállapítani. Kifejtette, hogy a felperes kérte annak megállapítását, hogy a kérelmező megsértette a Kbt. 323. § (9) bekezdését, ugyanis a kérelmező nem tájékoztatta a felperest a jogorvoslati kérelemben a feltételezett jogsértés megjelölésével, ezen felperesi kérelemről az alperes nem hozott döntést.

Második pontban a megállapított tényállás cím alatt kifejtette, hogy a határozati tényállás hiányosan és nem megfelelően került rögzítésre, nem felel meg a döntés a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) 72. §-ban foglaltaknak. A felperes az eljárás során bizonyítékként csatolta a Közbeszerzések Tanácsa Elnöke által kiállított jogi állásfoglalást, amely a bizonyítékok és nyilatkozatok köréből kimaradt ezen felperesi bizonyíték és annak értékelésére nem került sor, illetve a határozatból nem állapítható, hogy azt az alperes miért nem vette figyelembe figyelemmel arra, hogy jelen ügyben nagy súlyt kellett volna kapnia bizonyítékok körében ezen jogi állásfoglalásnak, hiszen ezt egy olyan szervezet adta ki, amelynek feladata jogszerű közbeszerzési magatartások kialakításával és elterjesztésében való közreműködés. Hivatkozott e körben a felperes a Kbt. 379. § (1) bekezdésében foglaltakra.

Harmadik pontban a határozat jogi indokolásának hiánya körében kifejtette, hogy a Ket. és annak 72. §-hoz fűzött indokolás azt rögzíti, hogy az a határozat indokolásának rendeltetése a döntés ténybeli és jogi megalapozása és elfogadtatása. Álláspontja szerint az alperesi határozat indokolása nem kellően részletes, nem tér ki arra, hogy mire alapítja a jogértelmezését, a Kbt. mely rendelkezéseiből és miként vezeti jogi álláspontját, illetve esetlegesen milyen egyéb uniós jogi anyagra alapítja döntését. Az alperesi kijelentés tényként rögzíti a gyártói minőségében nem minősül a gyártó alvállalkozónak. Az alperesnek részletesen meg kellett volna indokolnia, hogy miből jutott erre a következtetésre, hiszen ezt a megállapítást sem a Kbt., sem annak indokolása, sem az irányadó bírói joggyakorlat nem tartalmazza.

A felperes részletes jogi indokolást terjesztett elő a Kbt. vonatkozó szabályainak egybevetésével, illetve a szabályozás több aspektusának értelmezésével együtt és ebben a körben bizonyítékként egy szakmai állásfoglalást is csatolt, azonban az alperes nem mutatott rá, hogy a felperesi álláspont hol és miben téves, mely jogszabályoknak és miért nem felel meg, így a határozat jogi indokolása formailag és tartalmilag sem megfelelő, nem kellően részletes és megalapozott. Ezen túlmenően érdemben sem helyes. Negyedik pont alatt a döntés megalapozatlansága kapcsán hivatkozott a Kbt. 4. § 2. pont a)-d) pontjában foglaltakra és kifejtette, hogy a fent idézett Kbt. rendelkezés szerint a teljesítésben résztvevő gyártó nem minősül alvállalkozónak, nem kell a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) és, vagy b) pontja szerinti szervezetként megjelölni, illetve az ajánlatban a gyártói részvételre utalni. A Kbt. a kivételi kör megállapítása során nem tesz különbséget a gyártó szervezetek között aszerint, hogy csak gyártási tevékenységet végeznek-e, vagy hogy a gyártáson kívül más tevékenységben is részt vesznek-e. A teljesítésben való részvétel módjától, mértékétől, arányától, illetve a végzett tevékenységek körétől függetlenül a gyártó nem minősül alvállalkozónak. A Kbt. 69. § (4) bekezdése értelmében az ajánlattevő jogosult arra, hogy a teljesítésébe általa bevonni kívánt a 4. § 2. pontjában b)-d) alpontjai szerinti személyt - a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) vagy b) pontja szerinti alvállalkozónak minősítsen és így jelöljön meg az ajánlatában. Ebben az esetben a 4. § 2. pontjában b)-d) alpontjai szerinti személyre az alvállalkozókra vonatkozó összes szabályt alkalmazni kell, mind a közbeszerzési eljárás, mind a közbeszerzési szerződés teljesítése során. A gyártó, tehát az alkalmasság igazolása érdekében alvállalkozónak minősíthető és így megjelölhető az ajánlatban, azonban ebben az esetben a gyártó minden tekintetben alvállalkozói pozícióban került és alkalmazni kell rá az alvállalkozóra vonatkozó minden rendelkezést. A részvételi arány meghatározása során - eltérő rendelkezés hiányában - a Kbt. 70. § (7) bekezdése alkalmazandó, mely szerint a részvétel arányát az határozza meg, hogy a résztvevő szervezet milyen mértékben részesedik az áfa nélkül számított ellenszolgáltatásból. A részvételi arány meghatározása során a Kbt. nem tesz különbséget aszerint, hogy a Kbt. 4. § 2. pontban meghatározott szervezetről, hogy bármilyen más minőségben résztvevő alvállalkozóról van-e szó.

A Kbt. 4. § 2. pontban az alvállalkozói minőség alóli kivétel körében a jogszabály nem egyes tevékenységeket, illetve egyes tevékenységeket végző szervezeteket von kivételi körbe, hanem meghatározott minőséggel rendelkező szervezeteket minősít kivételi körbe tartozónak. A Kbt. tehát nem a gyártási tevékenységet minősíti kivételi körbe tartozónak, hanem a gyártó szervezetet emeli ki az alvállalkozói körből, ennek jogpolitikai indoka pedig az ajánlattevői adminisztratív terhek csökkentése az ajánlattétel megkönnyítése. Hangsúlyozta, hogy a gyártói részvételi arány meghatározása során nincs olyan Kbt.- belüli rendelkezés, ami lehetőséget adna a gyártási és egyéb tevékenységek elkülönítésre, nincs olyan rendelkezés, amely szerint a gyártási tevékenységet az alvállalkozói közrehatás mértékének meghatározásakor a számításból ki kell venni és pusztán a szerződés teljesítésében való közvetlen - és gyártáson kívüli - közreműködést kell alapul venni. Az alperes nem jelölte meg, hogy mely jogszabályi rendelkezésből jut erre a következtetésre. Megjegyezte, hogy nem volt vitás a gyártási tevékenységet is figyelembe véve a gyártói részvétel 10

% feletti. Kiemelte, hogy az alperes arra hivatkozott, hogy a Kbt. 4. § 2. pont c) alpontjában említett szervezetek gyártói minőségükben tevőlegesen nem vesznek részt a szerződés teljesítésében. Álláspontja szerint nem a tevőleges részvétel, hanem a közvetlen részvétel alapján kell megítélni az alvállalkozói minőséget, mivel az alvállalkozói minőség a közvetlen részvétel miatt áll fenn. Kifejtette, hogy ha a gyártási tevékenység közvetett tevékenység lenne abban az esetben miért sorolja a jogszabály kivételi körbe a gyártót, miért nem fogalmaz úgy a jogalkotó, hogy nem minősül a szerződés teljesítésében való közvetlen részvételnek, különösen a gyártási tevékenység. Ennek megfelelően álláspontja szerint a kivétel megadása éppen a gyártói közvetlen részvétel elismerését jelenti. Kifejtette, hogyha a gyártási tevékenység elválasztható a gyártó többi tevékenységétől akkor az is kérdésként merülhet fel, hogy mi a gyártási tevékenység fogalma, illetve tartalma, mely tevékenységek vonhatóak be a gyártás körébe és melyek nem, ezt nyilvánvalóan definiálnia kellene ahhoz, hogy egy ilyen értelmezés alkalmazható legyen a gyakorlatban. Megjegyezte kérdésként merül fel, hogy elválasztható-e egyáltalán a gyártási tevékenységre és az ahhoz kapcsolódó ám annak nem minősülő más egyéb tevékenységekre kifizetett ellenérték. Sok esetben például egy termék ára tartalmazza a helyszínre szállítás költségét és nincs külön díja a szállításnak és gyártásnak, a két ellenérték nem választható el. Ha a szállítási tevékenység alapján kívánnánk meghatározni a részvételi arányt, akkor az nulla lenne, hiszen ezen a jogcímen kifizetett ellenértékről nem beszélhetünk. Rögzítette, hogy a felperesi értelmezés mentén a jogalkotói szándék, illetve cél is érvényesül, amely az adminisztrációs terhek csökkentéséről a kis-és középvállalkozások eljárási részvételének megkönnyítéséről szól. A felperesi értelmezés szerint nem a jogalkotói cél ellenében hat, hanem éppen ezt erősíti, az esélyegyenlőség, egyenlő bánásmód alapelveinek megfelelő értelmezést jelent. Az esélyegyenlőség és az egyenlő bánásmód sérelmét jelentené, ha ebben az esetben figyelembe kellene venni a gyártási tevékenységet, míg egyéb részvétel esetén ezt a tevékenységet figyelmen kívül kellene hagyni. Ezen ellentmondásokra figyelemmel is valószínűsíthető, hogy a kérelmező a hiánypótlás körében sem orvosolható érvénytelenségre vezető hibáját kívánta az előadott érveléssel helyrehozni, hiszen az ajánlat benyújtását követően 10 % feletti alvállalkozót az ajánlatban nem lehet megjelölni. A felperes álláspontja szerint az ajánlat hibája hiánypótlással nem volt orvosolható, hiszen az ajánlatból, illetve a csatolt kiegészítő tájékoztatásból egyértelműen megállapítható volt, hogy az ajánlatban új 10 % feletti alvállalkozót kellett volna megjelölni, amely a Kbt. 83. § (2) bekezdésében ütközik, ezért szükségtelen volt a felperesnek hiánypótlást küldeni, hiszen a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontja szerinti nyilatkozat hiánypótlás keretében nem volt módosítható, új 10 % feletti alvállalkozót a kérelmező nem volt jogosult megjelölni. Ennek megfelelően az alperes ténylegesen rögzítette, hogy az ajánlatban a Kbt. 71. § (1) bekezdés a) pontja szerinti nyilatkozat hiányos volt, ugyanis nem az a) pont, hanem a b) pont szerinti nyilatkozat volt hiányos, amely hiányosság hiánypótlás keretében nem orvosolható.

A felperes a peres eljárás során kifejtette, hogy a kérelmező 2011. március 21-i keltezésű ajánlatának 6-11. oldalain csatolta a kitöltött ártáblázatot és az ajánlat 32-33. oldalain csatolt Kbt. 71. § szerinti nyilatkozatot, azonban a kérelmező nem pontosan részenként csatolta, így felvilágosításkérés keretében a felperes a nyilatkozat tartalmának tisztázását kérte. Az 1. és 3. részre benyújtott ajánlat kirívóan alacsony árat tartalmazott, ezért ezt követően a felperest indokolást kért a kirívóan alacsony ár tekintetében és újabb felvilágosítást kért a benyújtott ártáblázat és a tisztázott nyilatkozat tartalma alapján. Hangsúlyozta, hogy a kérelmező sem a közbeszerzési eljárásban, sem pedig a jogorvoslati eljárásban nem vitatta, hogy a 10 % alatti alvállalkozónak minősített gyártó gyártási tevékenységgel együtt számított részvétel aránya a teljesítésből 10 % feletti, ezt a jogorvoslati eljárásban kifejtette, el is ismerte. A felperes megjelölte a kérelmező ajánlatát hiánypótlásnak is illetőleg a felvilágosításnak a releváns részeit, amelyből megállapítható volt számára az, hogy a gyártó 10 % feletti alvállalkozónak minősül.

Az alperes a keresetlevél idézés kibocsátása nélküli elutasítását, másodlagosan a kereset érdemben történő elutasítását, és a felperes perköltségben történő marasztalását kérte. Elsődleges kérelme vonatkozásában kifejtette, hogy a felperes keresetlevele elkésett, mivel a felülvizsgálni kért határozatbíróági felülvizsgálatát - mely határozatot 2011. június 17-én átvett - a 2011. július 4. napján benyújtott keresetlevélben kérte. Hivatkozott a 4/2003. Polgári Jogegységi Határozatban, illetőleg a Kbt. 347. § (1) bekezdésében foglaltakra, nevezetesen, hogy a keresetindítási határidő anyagi jogi határidő, ezért a keresetlevélnek legkésőbb 2011. június 30. napjáig a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz meg kellett volna érkeznie. Másodlagos kérelme kapcsán kifejtette, hogy a határozat jogszerű, megfelel a jogszabályoknak. Az alperes kiemelte, hogy a kérelmező alvállalkozója (gyártó) a közbeszerzés értékének 10 %-át nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozónak minősül, mivel az alvállalkozó által végzett logisztikai tevékenység 2 - 3 %-ot képvisel a szerződés közvetlen teljesítésében .

A bíróság a perben megállapította az alperes névváltozását, és a 10. sorszámú végzésével elutasította az alperes per megszüntetése iránti kérelmét.

A felperes keresete az alábbiak szerint alapos.

A bíróság az alperes határozatát a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény [a továbbiakban: Pp.] 324. §-ának (2) bekezdés a) pontjában foglaltak, valamint a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól 2004. évi CXL. törvény [a továbbiakban: Két.] 109. §-ának (1) bekezdése alapján vizsgálta felül. A tényállást a felek nyilatkozatai és a csatolt közigazgatási iratok alapján állapította meg a bíróság.

A Legfelsőbb Bíróság Közigazgatási Kollégiumának 1/2011. (V.9.) KK véleménye szerint a fél a közigazgatási szerv határozatának felülvizsgálatát jogszabálysértésre hivatkozva kérheti; keresetében anyagi és eljárási jogszabálysértésre hivatkozhat, és arra is, hogy a határozat meghozatalakor az alkalmazott jogszabályt tévesen értelmezték. Ezekben a perekben a bíróság elsősorban azt vizsgálja: a határozat megfelel-e az anyagi jogszabályoknak. Önmagában eljárási jogszabálysértés miatt csak akkor van helye hatályon kívül helyezésnek, ha az eljárási jogszabálysértés a döntés érdemére is kihatott. Ugyanakkor a közigazgatási ügy tárgyával közvetlen összefüggésben nem lévő eljárási szabálysértés is kihathat az ügy érdemére.

A bíróságnak állást kellett foglalnia abban, hogy a felperes határidőben nyújtotta-e be a keresetlevelet, továbbá, hogy törvényesen történt-e az ajánlatkérő terhére jogsértések megállapítása.

A Kbt. 347. § (1) bekezdése szerint a keresetlevelet a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül, kizárólag a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz lehet benyújtani. Nem volt vitatott, hogy a felperes a keresettel támadott határozatot 2011. június 17. napján átvette át, a keresetlevelet pedig 2011. július 4. napján közvetlenül benyújtotta az alpereshez.

A bírósági eljárásra a Kbt. 346. § (2) bekezdése szerint a Pp. XX. fejezetének szabályait kell alkalmazni. A Pp. 324. § (1) bekezdése szerint az I-XIV. fejezet rendelkezéseit a közigazgatási határozat felülvizsgálata iránti perekben e fejezetben foglalt eltérésekkel kell alkalmazni.

A Pp. 103. § (4) bekezdése értelmében, ha a határidő utolsó napja munkaszüneti napra esik, a határidő csak az azt követő legközelebbi munkanapon jár le. E szabály alkalmazása szempontjából, mind a szombatot, mind a vasárnapot munkaszüneti napnak kell tekinteni. Mivel a perbeli esetben a határidő utolsó napja 2011. július 2. napja szombat volt, a keresetindítási határidő 2011. július 4. napján járt le, ezért a felperes keresetlevele nem késett el. Mindezek alapján nem volt eljárásjogi akadálya, hogy a bíróság a keresetet érdemben vizsgálja.

A perben eldöntendő kérdés az volt, hogy a perbeli ügyben a szerződés teljesítésében való alvállalkozói részvétel mértékét hogyan kell meghatározni, illetőleg a számításnál figyelembe kell-e venni a gyártási tevékenységet.

A bíróság elsőként az alvállalkozó fogalmát vizsgálta.

A Kbt. 4. § 2. pontja szerint a közbeszerzésben alvállalkozónak minősül az a szervezet vagy személy, amely vagy aki a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve

- a) az ajánlattevővel munkaviszonyban vagy egyéb foglalkoztatási jogviszonyban álló személyeket,
- b) azon személyt vagy szervezetet, aki vagy amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,
- c) a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártót, forgalmazót, alkatrész- vagy alapanyag szállítót,
- d) építési beruházás esetén az építőanyag-szállítót;

Az említett jogszabály egyértelmű rendelkezése szerint mindazok a szervezetek, személyek, akik tevőlegesen nem vesznek részt a közbeszerzési szerződés teljesítésében nem minősülnek alvállalkozónak.

A bíróság a perbeli jogkérdés eldöntése során értelmezte a vonatkozó Kbt. szabályokat és az azokhoz fűzött miniszteri indokolást is, figyelemmel arra, hogy az utóbbi a jogalkotói szándékot egyértelműbbé tette a jogalkalmazók számára.

Az új szabályozáshoz fűzött miniszteri indokolás szerint attól, hogy a Kbt. 4. § (2) bekezdése valamely szervezetet kifejezetten nem minősít alvállalkozónak, de az ajánlatkérő az alkalmasságát ilyen szervezetekkel együtt kívánja igazolni (mert önmagában nem alkalmas a szerződés teljesítésére), akkor a Kbt. 69. §-ának új (4) bekezdése szerint az ilyen szervezetet is (a munkaviszonyban vagy egyéb foglalkoztatási jogviszonyban állókon kívül) jogosult alvállalkozónak minősíteni, ekkor az ilyen szervezetekre mind a közbeszerzési eljárásban, mind a szerződés teljesítése során az alvállalkozókra vonatkozó szabályokat alkalmazni kell.

A Kbt. 69. § (4) bekezdése értelmében az ajánlattevő jogosult arra, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítésébe általa bevonni kívánt - a 4. § 2. pontjának b) - d) alpontjai szerinti személyt (szervezetet) - a 71. § (1) bekezdés a) vagy b) pontja szerinti alvállalkozónak minősítsen és így jelöljön meg az ajánlatban. Ebben az esetben a 4. § 2. pontjának b) - d) alpontjai szerinti személyre (szervezetre) az alvállalkozóra vonatkozó összes szabályt alkalmazni kell mind a közbeszerzési eljárás, mind a közbeszerzési szerződés teljesítése során.

A Kbt. 69. § (8) bekezdése szerint, az (5) bekezdésen kívüli alkalmassági minimum követelményeknek az ajánlattevő a közbeszerzés értékének tíz százalékát nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozóval együtt is megfelelhet. Ebben az esetben az ajánlatnak tartalmaznia kell ezen - a közbeszerzés értékének tíz százalékát nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt - alvállalkozó nevét, címét, továbbá az ajánlattevő alkalmasságának igazolásához szükséges - a 66. § (1) bekezdés c)-e) pontjai, illetőleg a 67. § (1)-(3) bekezdése szerinti - igazolásokat, nyilatkozatokat is.

A Kbt. 69. §-ának (4) bekezdése lehetővé teszi, hogy az ajánlattevő olyan személyt (szervezetet) is - a teljesítésben való részesedésétől függően 10% feletti vagy alatti - alvállalkozónak jelöljön meg az ajánlatban, aki a Kbt. 4. § 2. pontja szerint a kivételek között van megemlítve [Kbt. 4. § 2. pont b)-d) alpont], ugyanakkor az ajánlattevő be kívánja vonni a közbeszerzési szerződés teljesítésébe. Ennélfogva az ajánlattevő jogosult az általa megajánlott áru gyártóját alvállalkozónak minősíteni, és a referenciáira vagy más - az alkalmassággal összefüggő - ismerveire hivatkozni. A törvény úgy rendelkezik, hogy ebben az esetben a gyártó minden tekintetben alvállalkozói pozícióba kerül mind a közbeszerzési eljárásban, mind a szerződés teljesítése során, tehát - ha a gyártó részesedése a teljesítésben a 10%-ot meghaladja - rá is vonatkoznak a 10% feletti alvállalkozó tekintetében előírt többi alkalmassági feltételek is, valamint a kizáró okok, melyekre vonatkozó igazolásokat csatolnia kell. Ezt a jogértelmezést a jogszabályhoz fűzött miniszteri indoklás is megerősítette.

A Kbt. 70. § (7) bekezdése szerint egy személynek (szervezetnek) a szerződés teljesítésében való részvétele arányát az határozza meg, hogy milyen arányban részesül a beszerzés tárgyának ÁFA nélkül számított ellenértékéből. Következésképp különböző szervezetek teljesítésben való részvételének arányát az határozza meg, hogy a szervezet teljesítménye milyen arányban részesül a beszerzés tárgyának áfa nélkül számított ellenértékéből. E szabályt kell tehát a Kbt. mindazon szabályainak értelmezésénél figyelembe venni, melyek a teljesítésben való részvétel mértékéhez valamilyen jogkövetkezményt fűznek, így annak eldöntésénél is, hogy egy alvállalkozó 10% feletti vagy alattinak minősül-e.

A kérelmező a gyártót az ajánlatában a Kbt. 71. § d) pontja szerint a Kbt. 69. § (8) bekezdésének alkalmazásával megjelölte az alkalmassági minimum követelményeknek való megfeleléséhez igénybe venni kívánt 10 % alatti alvállalkozóként.

A bíróság álláspontja szerint a kérelmező által az ajánlatban a Kbt. 71. § (1) bekezdés d) pontja szerint megjelölt alvállalkozóra alkalmazni kell a Kbt. 70. § (7) bekezdésében foglaltakat. Ezen kogens Kbt. szabályra figyelemmel, amennyiben a gyártót az ajánlattevő alvállalkozónak minősíti, abban az esetben minden szabályt alkalmazni kell rá, így a Kbt. 70. § (7) bekezdését is és arra figyelemmel kell meghatározni a részvételi arányt, a jogalkotói szándéknak is ez a jogértelmezés felel meg.

A felek által nem volt vitatott és az iratokból kitűnik, hogy a szóban forgó gyártó logisztikai tevékenysége 2-3 %-ot képvisel a szerződés közvetlen teljesítésében, míg a gyártási tevékenysége 50 % feletti arányt tesz ki mindkét részajánlat vonatkozásában. Figyelemmel arra, hogy a gyártó 10 % felett működik közre a szerződés teljesítésében, őt a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontja szerinti - 10 % feletti - alvállalkozónak kellett volna minősíteni.

A Kbt. 71. § (1) bekezdése értelmében az ajánlatban meg kell jelölni

a) a közbeszerzésnek azt a részét (részeit), amelynek teljesítéséhez az ajánlattevő a közbeszerzés értékének tíz százalékát meg nem haladó mértékben alvállalkozót vesz igénybe,

b) az ajánlattevő által a szerződés teljesítéséhez a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozókat, valamint a közbeszerzésnek azt a részét (részeit) és százalékos arányát, amelynek teljesítésében a megjelölt alvállalkozók közre fognak működni,

c) az ajánlattevő részére erőforrást nyújtó szervezetet, és az ajánlati felhívás vonatkozó pontjának megjelölésével azon alkalmassági minimum követelményt (követelményeket), melynek igazolása érdekében az ajánlattevő ezen szervezet erőforrására (is) támaszkodik, továbbá

d) a 69. § (8) bekezdésének alkalmazása esetén az érintett - a közbeszerzés értékének tíz százalékát nem meghaladó mértékben igénybe venni kívánt - alvállalkozó nevét, címét.

Az ismertetett jogszabályok alapján a felperes helytállóan állította, hogy az ajánlattevő megsértette a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontját, és 70. § (7) bekezdését, amikor a beszerzés tárgyának áfa nélkül számított ellenértékéből 10% felett részesülő gyártót nem minősítette 10% feletti alvállalkozónak, és az ő tekintetében nem csatolta az ajánlatkérő által kért iratokat.

A Kbt. 83. § (2) bekezdés c) pontja 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 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.

Törvényesen állapította meg a felperes az összegzésben, hogy a szóban forgó hiba hiánypótlás körében nem lett volna orvosolható, ugyanis a Kbt. 83. § (2) bekezdés c) pontja alapján hiánypótlás keretében új 10 % feletti alvállalkozó nem jelölhető meg. A kérelmező ajánlata tehát a Kbt. 71. § b) szerint volt hiányos. Ez a hiány pedig nem volt pótolható, így a kérelmező ajánlatát a felperes jogszerűen nyilvánította érvénytelenné.

Míndezek alapján az alperes tévesen állapított meg a felperes terhére jogsértéseket, ezért a bíróság a Kbt. 348/A. §-ának (3) bekezdése alapján az alperes határozatát úgy változtatta meg, hogy a felperes terhére rótt jogszabálysértéseket, és jogkövetkezményeket mellőzte.

Figyelemmel arra, hogy a felperes elsődleges kereseti kérelme alapos volt, a bíróságnak nem kellett vizsgálnia a másodlagos kereseti kérelem megalapozottságát.

A tárgyi illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt kereseti illetéket az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 5. § (1) bekezdés c) pontja alapján az alperest megillető illetékmentességre is a költségmentességről szóló 6/1986. (VI. 26.) IM rendelet 14. §-ára figyelemmel az állam viseli.

Az alperes a Pp. 78. § (1), (2) és 79. § (2) bekezdése értelmében köteles a felperes perköltségének megfizetésére.

Az ítélet elleni fellebbezés lehetősége a Kbt. 349. § (1) bekezdésén alapul.

Budapest, 2012. január 25. napján

dr. Rák-Fekete Edina s.k.
bíró

A kiadmány hitelemül:

