

Közbeszerzési Döntőbizottság részére

Tárgy: Jogorvoslati észrevétel

Ügyszám: D.397/2020.

Tisztelt Döntőbizottság!

A Budapesti Közlekedési Zártkörűen Működő Részvénytársaság Ajánlatkérő által meghirdetett, TED 2020/S 083 – 197463 számon megjelent „*Használt alacsonypadlós, csuklós autóbusz bérlése*” tárgyú közbeszerzési eljárással összefüggésben megindult D. 397/2020. sz. jogorvoslati eljárásban Ajánlatkérő részéről az alábbi

észrevételeket

terjesztjük elő a Kérelmező 2020. szeptember 11. napján benyújtott jogorvoslati kérelmére, és a 2020. szeptember 18-án pontosított jogorvoslati kérelmében foglaltakra figyelemmel.

1. KÉRELMI ELEM

A kérelmezői álláspont szerint a CR-FACILITIES Zrt. által bevont kapacitást nyújtó szervezet (VOLVO Group Austria) hamis adatot tartalmazó nyilatkozatot tett a bemutatott referencia vonatkozásában a bérlet, mint jogviszony tekintetében.

Kérelmező a Kbt. 62. § (1) bek. i) pontjának, és ennek következtében a bt. 73. § (1) bek. c) pontjának sérelmére hivatkozott.

Ajánlatkérő határozott álláspontja szerint a Kbt. 62. § (1) bek. i) pont szerinti kizáró ok feltételei jelen esetben nem állnak fenn, ekként az arra alapított érvénytelenné nyilvánítás is jogsértő lett volna.

A hamis adatszolgáltatás megállapítására irányuló kérelmezői előadás tekintetében megállapítható, hogy az utólagos igazolás körében benyújtott referencianyilatkozat bérbeadást tartalmaz, a jogorvoslati kérelem 3. sz. melléklet szerinti levelezés adásvételt, míg az előzetes vitarendezés során a Nyertes Ajánlattevő részéről csatolt nyilatkozat a bérleti szerződés jegyeit mutató nyílt végű lízinget rögzít a 13 busz rendelkezésére bocsátásának jogcímeként.



Álláspontunk szerint a bérlet, nyíltvégű pénzügyi lízing, és az adásvétel jogintézményei mind a magyar, mind a svájci, mind az osztrák jogrend szerint mást – mást jelenthetnek, más-más helyet foglalhatnak el a nemzeti szabályozás rendszerében. Ajánlatkérő nincs abban a helyzetben, hogy az említett három nemzeti jog releváns szabályozásáról meggyőződjön, annak utánajárjon. Ajánlatkérő továbbá nem rendelkezik nyomozati hatáskörrel, melynek keretében feltárja a buszok rendelkezésre állásának tényleges jogviszonyát.

A 13 busz rendelkezésére bocsátásának jogcímeik ellentmondásossága okán nem állítható meg egyértelműen, hogy az ajánlatban (az utólagos igazolás során) szolgáltatott adat a valóságnak nem felel meg, ezért hamis.

A rendelkezésre álló dokumentumok alapján nem volt megállapítható, hogy melyik okirat tartalmazza a valós adatot, a tényleges jogcímet, ezért ezek alapján nem lehetett egyértelmű következtetést levonni valós jogcímre vonatkozóan.

Hangsúlyozni kívánjuk, hogy csak a Döntőbizottság következetes joggyakorlata alapján csak egyértelmű adatok alapján állapítható meg a hamis adatszolgáltatás. Jelen esetben az információk ellentmondásosak a tényleges jogcím vonatkozásában, mely előállhatott akár a magyar, az osztrák, és svájci jog által alkalmazott különböző fogalmak, terminus technikusok okán is. E körben arra is utalni kívánunk, hogy a nyílt végű lízing a bérlettel, és adásvétellel is egyes elemeket tartalmaz a magyar nemzeti jogban is.

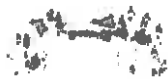
Kiemelendő továbbá, hogy arra utaló körülmény, hogy ezen adatok szolgáltatását a kapacitást nyújtó szervezet szándékosan, az ajánlatkérőt félrevezető módon vagy az adott helyzetben általában elvárható gondosság elmulasztásával idézte elő, nem volt megállapítható.

A jogalkotó a szándékosságot, illetve az adott helyzetben elvárható gondosság melletti felismerés megállapíthatóságát is a hamis adatszolgáltatás, illetve hamis nyilatkozattétel törvényi feltételül szabja.

A Kbt. nem ad külön iránymutatást arra, miként kell értelmezni, alkalmazni a szándékosságot, az adott helyzetben elvárhatóságot.

A következetes joggyakorlat szerint a hamis adat megállapításához annak egyértelmű igazolására lett volna szükség, hogy a kapacitást nyújtó szervezet milyen adatok birtokában volt, és hogy az általa ismerttől eltérően közölte azokat. A bizonyítás szükségességét illetően a közbeszerzési eljárás sajátosságait kell szem előtt tartani. Az ajánlatkérőt dokumentálási kötelezettség terheli, valamennyi eljárás során hozott döntése számonkérhető, tudnia kell igazolni, hogy a Kbt. valamennyi rendelkezését az adott közbeszerzési eljárás során betartotta.

Az eljárásban résztvevő (ajánlattevő vagy kapacitást nyújtó szervezet) kizárása olyan ajánlatkérői döntés, amelynek jogszerűsége szintén hatósági kontroll alá tartozik, így az e döntés ellen kezdeményezett jogorvoslati eljárás során az ajánlatkérő kötelezettsége a döntése jogszerűségének bizonyítása. A bizonyítási teher e tekintetben Ajánlatkérőn van.





A Nyertes Ajánlattevőnek a kiírási feltételek szerint nyilatkozattal kellett igazolnia a műszaki-szakmai alkalmassági minimumkövetelményeknek való megfelelést. Ezt a nyilatkozatot megtette, a szükséges dokumentumokat csatolta. Az pedig, hogy milyen iratok kerültek egyebekben beszerzésre (pl. jogorvoslati kérelem 3. sz. melléklet szerinti levelezés), irreleváns a hamis adatszolgáltatás megállapíthatóságának szempontjából, mert arra nézve nem nyújt információt, hogy a kapacitást nyújtó szervezet a nyilatkozatának megtételekor milyen adatismeret birtokában volt.

Önmagában tehát a kérelmezői hivatkozás nem eredményezheti a hamis adatszolgáltatás megvalósulását, mert ahhoz bizonyítani kellett volna, hogy a kapacitást nyújtó szervezet kifejezetten tudott a szolgáltatott adatok valótlanságáról. Ennek hiányában az érintett kizáró ok Kbt. 62. § (1) bek. ib) pontja szerinti konjunktív feltétele nem áll fenn.

Hangsúlyozni kívánjuk továbbá, hogy az előzetes vitarendezés során a kapacitást nyújtó szervezet részéről további referenciamunkák kerültek bemutatásra, ekként az alkalmasság megállapítható volt a jelen kérelemi elem által érintett referencia figyelembe vétel nélkül is. Ez azt jelenti, hogy az érintett kizáró ok Kbt. 62. § (1) bek. ia) pontja szerinti konjunktív feltétele nem áll fenn, mivel hamis adattal vagy nyilatkozattal „vádolt” referencia érdemben nem befolyásolja az ajánlatkérőnek alkalmasság fennállására vonatkozó döntését, ugyanis a kapacitást nyújtó szervezet ezen referencia figyelmen kívül hagyásával is tudja az alkalmasságot igazolni.

Mindezekre figyelemmel kérjük az 1. sz. kérelmi elem, mint alaptalan elutasítását.

2. KÉRELMI ELEM

A kérelmezői álláspont szerint Ajánlatkérő megsértette a Kbt. 73. § (1) bek. d) pontját, amikor elfogadta az utólagos igazolás körében becsatolt referencianyilatkozatot, és az arra vonatkozóan az előzetes vitarendezés során megadott felvilágosítás kérését.

Ajánlatkérő határozott álláspontja szerint a Kbt. 73. § (1) bek. d) pontja alapján történő érvénytelenné nyilvánítás jogsértő lett volna, tekintettel arra, hogy az előzetes vitarendezés során a kapacitást nyújtó szervezet részéről további referenciamunkák kerültek bemutatásra, ekként az alkalmasság megállapítható volt a jelen kérelemi elem által érintett referencia figyelembe vétele nélkül is.

A következőket joggyakorlat szerint 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. 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 jogalkotó széles körben biztosította a hiánypótlás és a felvilágosítás-kérés lehetőségét annak érdekében, hogy minél több ajánlat érvényesként vehessen részt az ajánlattevők szerződés elnyerésére irányuló versenyében, és hogy az ajánlatkérő kétséget kizáróan meggyőződhesse az ajánlatok érvényességéről, illetve érvénytelenségéről.

A törvény a hiánypótlás és a felvilágosítás-kérés jogintézményét – figyelemmel az érvényes ajánlattétel elősegítésére, illetve az érvényesség/érvénytelenség tekintetében hozandó megalapozott döntésre irányuló cél azonosságára – egységesen kezeli. E cél elérése érdekében a törvény mindkét intézmény alkalmazását kötelezővé teszi, ha az ajánlatkérő az ajánlat vagy részvételi jelentkezés elbírálása során a vizsgált dokumentumban valamilyen hiányt, hiányosságot vagy hibát, illetve nem egyértelmű kijelentést észlel. Ezen vizsgálati elvek érvényesülnek a bírálat Kbt. 80. § (4) bekezdése szerinti újra nyitása során is.

Az előzetes vitarendezés során a kapacitást nyújtó szervezet részéről további referenciamunkák kerültek bemutatásra a kapacitást nyújtó szervezet részéről, melyeket a Nyertes Ajánlattevő kifejezetten kért figyelembe venni. Ennek alapján az Ajánlatkérő az alkalmasság felől kétségtelenül meggyőződhetett a jelen kérelemi elem által érintett referencia figyelembe vétele nélkül is.

Kérelmező jogorvoslati kérelmében nem kifogásolta azt a körülményt, miszerint a Nyertes Ajánlattevő új referenciákat mutatott az előzetes vitarendezés keretei között alkalmasságának egyértelmű alátámasztása érdekében. Tehát Kérelmező egyet ért azzal, hogy fennáll a jogi lehetősége annak, hogy az alkalmasság alátámasztásra új referencia bemutatásra kerülhessen a Kbt. 80. § (4) bek. körében.

Hangsúlyozandó, hogy Kérelmező a Kbt. 73. § (1) bek. d) pontjának sérelmét kizárólag az utólagos igazolás körében becsatolt referencianyilatkozat, és az arra vonatkozóan az előzetes vitarendezés során megadott felvilágosítás kérésre alapította. Kérelmező jogorvoslati kérelmében nem kifogásolta azt, hogy a Nyertes Ajánlattevő új referenciákat mutatott az előzetes vitarendezés keretei között alkalmasságának egyértelmű alátámasztása érdekében, továbbá azt sem kérte megállapítani jelen kérelmi elem esetében, hogy az újonnan csatolt referenciák alapján az alkalmasság nem megállapítható.

Ajánlatkérő a Nyertes Ajánlattevő kérésének megfelelően az újonnan csatolt referenciákat vette alapul az alkalmasság megítélése során, melyet Kérelmező nem kifogásolt. Ezen referenciák alapján az alkalmasság egyértelműen megállapítható, így a Kbt. 73. § (1) bek. d) pontja alapján történő érvénytelenné nyilvánításnak nem volt helye Ajánlatkérő megítélése szerint.

Mindezekre figyelemmel kérjük a 2. sz. kérelmi elem, mint alaptalan elutasítását.



3. KÉRELMI ELEM

A kérelmezői álláspont szerint Ajánlatkérő megsértette a Kbt. 71. § (1) bek.-ét, amikor a jelen jogvitával érintett referencia szerződés szerű teljesítésére vonatkozó kitétele körében nem kért felvilágosítást Ajánlatkérő.

Rögzíteni kívánjuk, hogy a Kbt. 69. § (13) bek. körében eljárva Ajánlatkérő a BBA Bus Betriebe Aarau Svájc gazdasági szereplőt megkereste a referencia nyilatkozatban szereplő adatok és szerződés szerű teljesítés igazolásának alátámasztására.

Tekintettel arra, hogy azt a választ kapta Ajánlatkérő, hogy a buszokat megvásárolta BBA Bus Betriebe Aarau Svájc, irrelevánssá vált a bérlet szerződés szerű teljesítésének a kérdése.

Erre figyelemmel Ajánlatkérő az előzetes vitarendezés során alkalmazott felvilágosítás kérés során arra kérdezett rá, hogy bérlet vagy a BBA Bus Betriebe Aarau Svájc által közölt vásárlás valósult meg a 13 busz tekintetében, hiszen kizárólag e tekintetben állt fenn az ellentmondás a referencianyilatkozat és BBA Bus Betriebe Aarau Svájc válasza között.

Határozott álláspontunk szerint Ajánlatkérő mindenben a Kbt. kógens szabályainak megfelelően járt el a Kbt. 80. § (4) bek. körében. A következőket döntőbizottsági gyakorlatnak megfelelően élt a Kbt. 69. § (13) bek.-ben foglalt jogosultságával, e körben a BBA Bus Betriebe Aarau Svájc gazdasági szereplőt megkereste a referencia nyilatkozatban szereplő adatok és szerződés szerű teljesítés igazolásának alátámasztására. A Kbt. 71. § szerinti eljárása körében olyan ellentmondás felhívására hívta fel a Nyertes Ajánlattevőt, melyet a Kbt. 69. § (13) bek. szerinti válasz indokolt.

Ajánlatkérő az eljárási cselekményeit, és azok tartalmát maga határozza meg, ebben nem köti az előzetes vitarendezési kérelem. A Kbt. nem tartalmaz ilyen szabályt.

A Kbt. 71. § (1) bek. sérelme kizárólag abban az esetben állapítható meg, ha olyan referencia kerül Ajánlatkérő részéről elfogadásra hiánypótlás/felvilágosítás kérés mellőzésével, mely hiányos, nem egyértelmű, ellentmondásos. Jelen esetben ez nem állapítható meg.

Rögzíthető ugyanis, hogy az előzetes vitarendezés során a kapacitást nyújtó szervezet részéről további referenciamunkák kerültek bemutatásra, melyeket a Nyertes Ajánlattevő kifejezetten kért figyelembe venni. Ennek alapján az Ajánlatkérő az alkalmasság felől kétségtelenül meggyőződhetett a jelen kérelmi elem által érintett referencia figyelembe vétele nélkül is.

Mindezek alapján a Kbt. 71. § (1) bek. jelen eljárásban nem sérült. Kérjük a 3. sz. kérelmi elem, mint teljességgel alaptalan elutasítását.



4. KÉRELMI ELEM

A kérelmezői álláspont szerint Ajánlatkérő megsértette a Kbt. 80. § (3) bek.-ét, amikor a jelen jogvitával érintett referencia szerződésszerű teljesítésére vonatkozó kitétele körében nem adott választ az előzetes vitarendezés körében.

Rögzíteni kívánjuk, hogy a Kbt. 69. § (13) bek. körében eljárva Ajánlatkérő a BBA Bus Betriebe Aarau Svájc gazdasági szereplőt megkereste a referencia nyilatkozatban szereplő adatok és szerződésszerű teljesítés igazolásának alátámasztására. Ez az előzetes vitarendezés körében adott, 2020. szeptember 1-jén kelt válaszból is egyértelműen kiderült.

Tekintettel arra, hogy azt a választ kapta Ajánlatkérő, hogy a buszokat megvásárolta BBA Bus Betriebe Aarau Svájc, irrelevánssá vált a bérlet szerződésszerű teljesítésének a kérdése. A BBA Bus Betriebe Aarau Svájc legfeljebb a válaszában írt adásvétel szerződésszerű teljesítéséről tudott volna értelemszerűen nyilatkozni.

Határozott álláspontunk szerint Ajánlatkérő mindenben a Kbt. kógens szabályainak megfelelően járt el a Kbt. 80. § (4) bek. körében. A következetes döntőbizottsági gyakorlatnak megfelelően élt a Kbt. 69. § (13) bek.-ben foglalt jogosultságával, e körben a BBA Bus Betriebe Aarau Svájc gazdasági szereplőt megkereste a referencia nyilatkozatban szereplő adatok és szerződésszerű teljesítés igazolásának alátámasztására. A Kérelmező a Kbt. 80. § (3) bek. szerinti válaszból erről egyértelműen tájékoztatást kapott.

Rögzíthető továbbá, hogy a 2020. szeptember 1-jén kelt válaszból az is egyértelműen kiderült, hogy előzetes vitarendezés során a kapacitást nyújtó szervezet részéről további referenciamunkák kerültek bemutatásra, melyeket a Nyertes Ajánlattevő kifejezetten kért figyelembe venni. Ennek alapján az Ajánlatkérő az alkalmasság felől kétségtelenül meggyőződhetett a jelen kérelmi elem által érintett referencia figyelembe vétele nélkül is.

Mindezek alapján visszautasítjuk azt, hogy a jelen jogvitával érintett referencia szerződésszerű teljesítésére vonatkozó kitétele körében nem adott Ajánlatkérő választ az előzetes vitarendezés körében. Kérjük a 4. sz. kérelmi elem, mint teljeséggel alaptalan elutasítását.

5. KÉRELMI ELEM

A kérelmezői álláspont szerint a CR-FACILITIES Zrt. által bevont kapacitást nyújtó szervezet (VOLVO Group Austria) hamis adatot tartalmazó referencianyilatkozatot tett a bemutatott referencia szerződésszerű teljesítése tekintetében.

Kérelmező a Kbt. 62. § (1) bek. i) pontjának, és ennek következtében a bt. 73. § (1) bek. b) pontjának sérelmére hivatkozott.



Ajánlatkérő határozott álláspontja szerint a Kbt. 62. § (1) bek. i) pont szerinti kizáró ok feltételei jelen esetben nem állnak fenn, ekként az arra alapított érvénytelenné nyilvánítás is jogsértő lett volna a Nyertes Ajánlattevő tekintetében is.

Rögzíteni kívánjuk, hogy a Kbt. 69. § (13) bek. körében eljárva Ajánlatkérő a BBA Bus Betriebe Aarau Svájc gazdasági szereplőt megkereste a referencia nyilatkozatban szereplő adatok és szerződés szerű teljesítés igazolásának alátámasztására.

Ajánlatkérő ezen felül nem rendelkezik nyomozati hatáskörrel, melynek keretében feltárja a buszok rendelkezésre bocsátásának szerződés szerű mivoltát. Hangsúlyozni kívánjuk, hogy a Döntőbizottság következetes joggyakorlata alapján csak egyértelmű adatok alapján állapítható meg a hamis adatszolgáltatás. Jelen esetben az információk ellentmondásosak a szerződés szerű teljesítés vonatkozásában.

Kiemelendő továbbá, hogy arra utaló körülmény, hogy ezen adatok szolgáltatását a Nyertes Ajánlattevő szándékosan, az ajánlatkérőt félrevezető módon vagy az adott helyzetben általában elvárható gondosság elmulasztásával idézte elő, nem volt megállapítható.

A jogalkotó a szándékosságot, illetve az adott helyzetben elvárható gondosság melletti felismerés megállapíthatóságát is a hamis adatszolgáltatás, illetve hamis nyilatkozattétel törvényi feltételéül szabja.

A Kbt. nem ad külön iránymutatást arra, miként kell értelmezni, alkalmazni a szándékosságot, az adott helyzetben elvárhatóságot.

A Kommentár szerint „Különösen árnyalja a problémát a kapacitást nyújtó szervezetekkel, alvállalkozókkal kapcsolatos adatok szolgáltatása. Kérdéses, hogy az adott helyzetben elvárhatóság e személyeken túl értelmezhető-e, alkalmazható-e akként, hogy azért a részvételre jelentkező/ajánlattevő is feleljen.”

Utalni kívánunk az ítélkezési gyakorlatra, mely következetesnek tekinthető a tekintetben, hogy az Ajánlattevő esetében nem tartja megállapíthatónak a hamis adatot, mivel az esetek többségében nem merül fel arra nézve körülmény, hogy a kapacitást nyújtó szervezet által megadott adaton túli, vagy azzal ellentétes adat birtokában lett volna Ajánlattevő.

A következetes joggyakorlat szerint a hamis adat megállapításához annak egyértelmű igazolására lett volna szükség, hogy a Nyertes Ajánlattevő milyen adatok birtokában volt, és hogy az általa ismerttől eltérően közölte azokat. A bizonyítás szükségességét illetően a közbeszerzési eljárás sajátosságait kell szem előtt tartani. Az ajánlatkérőt dokumentálási kötelezettség terheli, valamennyi eljárás során hozott döntése számonkérhető, tudnia kell igazolni, hogy a Kbt. valamennyi rendelkezését az adott közbeszerzési eljárás során betartotta.

Az eljárásban résztvevő (ajánlattevő vagy kapacitást nyújtó szervezet) kizárása olyan ajánlatkérői döntés, amelynek jogszerűsége szintén hatósági kontroll alá tartozik, így az e döntés ellen kezdeményezett jogorvoslati eljárás során az ajánlatkérő kötelezettsége a döntése jogszerűségének bizonyítása. A bizonyítási teher e tekintetben Ajánlatkérőn van.



A Nyertes Ajánlattevőnek a kiírási feltételek szerint nyilatkozattal kellett igazolnia a műszaki-szakmai alkalmassági minimumkövetelményeknek való megfelelést. Ezt a nyilatkozatot megtette, a szükséges dokumentumokat csatolta. Az előzetes vitarendezés körében adott hiánypótlásra adott nyilatkozat adattartalmára nézve sem vált ismertté azoktól eltérően ismert adat. Az pedig, hogy milyen iratok kerültek egyebekben a Kérelmező által beszerzésre, irreleváns a hamis adatszolgáltatás megállapíthatóságának szempontjából, mert arra nézve nem nyújt információt, hogy a kapacitást nyújtó szervezet a nyilatkozatának megtételekor milyen adatismeret birtokában volt.

Önmagában tehát a kérelmezői hivatkozás nem eredményezheti a hamis adatszolgáltatás megvalósulását, mert ahhoz bizonyítani kellett volna, hogy a Nyertes Ajánlattevő kifejezetten tudott a szolgáltatott adatok valótlanágáról. Ennek hiányában az érintett kizáró ok Kbt. 62. § (1) bek. ib) pontja szerinti konjunktív feltétele nem áll fenn.

Hangsúlyozni kívánjuk továbbá, hogy az előzetes vitarendezés során a kapacitást nyújtó szervezet részéről további referenciamunkák kerültek bemutatásra, a Nyertes Ajánlattevő ezeket kifejezetten kérte figyelembe venni, ekként az alkalmasság megállapítható volt a jelen kérelemi elem által érintett referencia figyelembe vétel nélkül is. Ez azt jelenti, hogy az érintett kizáró ok Kbt. 62. § (1) bek. ia) pontja szerinti konjunktív feltétele nem áll fenn, mivel hamis adattal vagy nyilatkozattal „vádolt” referencia érdemben nem befolyásolja az ajánlatkérőnek alkalmasság fennállására vonatkozó döntését, ugyanis a kapacitást nyújtó szervezet ezen referencia figyelmen kívül hagyásával is tudja az alkalmasságot igazolni.*

Mindezekre figyelemmel kérjük a 5. sz. kérelemi elem, mint alaptalan elutasítását.

6-7. KÉRELMI ELEM

A kérelmezői álláspont szerint a CR-FACILITIES Zrt. által bevont kapacitást nyújtó szervezet (VOLVO Group Austria) hamis adatot tartalmazó referencianyilatkozatot tett az előzetes vitarendezés körében újonnan bemutatott referenciák tekintetében.

Kérelmező a Kbt. 62. § (1) bek. i) pontjának, és ennek következtében a bt. 73. § (1) bek. c) pontjának sérelmére hivatkozott.

Ajánlatkérő határozott álláspontja szerint a Kbt. 62. § (1) bek. i) pont szerinti kizáró ok feltételei jelen esetben nem állnak fenn, ekként az arra alapított érvénytelenné nyilváníttatás is jogsértő lett volna a Nyertes Ajánlattevő tekintetében is.

Rögzíteni kívánjuk, hogy az eljárás során nem merült fel kétség az előzetes vitarendezés körében becsatolt új referenciák vonatkozásában.

Ajánlatkérő nem rendelkezik nyomozati hatáskörrel, melynek keretében feltárja az adott referenciamunkák tényyszerűségét. Hangsúlyozni kívánjuk, hogy a Döntőbizottság következetes



joggyakorlata alapján csak egyértelmű adatok alapján állapítható meg a hamis adatszolgáltatás. Ilyen egyértelmű adat az eljárás során nem merült fel.

Kiemelendő továbbá, hogy arra utaló körülmény, hogy ezen adatok szolgáltatását a Nyertes Ajánlattevő vagy a kapacitást nyújtó szervezet szándékosan, az ajánlatkérőt félrevezető módon vagy az adott helyzetben általában elvárható gondosság elmulasztásával idézte elő, nem volt megállapítható.

A jogalkotó a szándékosságot, illetve az adott helyzetben elvárható gondosság melletti felismerés megállapíthatóságát is a hamis adatszolgáltatás, illetve hamis nyilatkozattétel törvényi feltételül szabja.

A Kbt. nem ad külön iránymutatást arra, miként kell értelmezni, alkalmazni a szándékosságot, az adott helyzetben elvárhatóságot.

A következőket joggyakorlat szerint a hamis adat megállapításához annak egyértelmű igazolására lett volna szükség, hogy a Nyertes Ajánlattevő/kapacitást nyújtó szerv milyen adatok birtokában volt, és hogy az általa ismerttől eltérően közölte azokat. A bizonyítás szükségességét illetően a közbeszerzési eljárás sajátosságait kell szem előtt tartani. Az ajánlatkérőt dokumentálási kötelezettség terheli, valamennyi eljárás során hozott döntése számonkérhető, tudnia kell igazolni, hogy a Kbt. valamennyi rendelkezését az adott közbeszerzési eljárás során betartotta.

Az eljárásban résztvevő (ajánlattevő vagy kapacitást nyújtó szervezet) kizárása olyan ajánlatkérői döntés, amelynek jogszerűsége szintén hatósági kontroll alá tartozik, így az e döntés ellen kezdeményezett jogorvoslati eljárás során az ajánlatkérő kötelezettsége a döntése jogszerűségének bizonyítása. A bizonyítási teher e tekintetben Ajánlatkérőn van.

A Nyertes Ajánlattevőnek a kifrési feltételek szerint nyilatkozattal kellett igazolnia a műszaki-szakmai alkalmassági minimumkövetelményeknek való megfelelést. Ezt a nyilatkozatot megtette, a szükséges dokumentumokat csatolta. Az pedig, hogy milyen iratok kerültek egyebekben a Kérelmező által beszerzésre, irreleváns a hamis adatszolgáltatás megállapíthatóságának szempontjából, mert arra nézve nem nyújt információt, hogy a kapacitást nyújtó szervezet a nyilatkozatának megtételekor milyen adatismeret birtokában volt.

Önmagában tehát a kérelmezői hivatkozás nem eredményezheti a hamis adatszolgáltatás megvalósulását, mert ahhoz bizonyítani kellett volna, hogy a kapacitást nyújtó szervezet kifejezetten tudott a szolgáltatott adatok valótlanságáról. Ennek hiányában az érintett kizáró ok Kbt. 62. § (1) bek. ib) pontja szerinti konjunktív feltétele nem áll fenn.

Mindezekre figyelemmel kérjük a 6-7. sz. kérelmi elem, mint alaptalan elutasítását.



8. KÉRELMI ELEM

Kérelmezői álláspont szerint Ajánlatkérő megsértette a Kbt. 69. § (1)-(2) bek.-ét és ennek következtében a Kbt. 73. § (1) bek. e) pontját, mivel nem nyilvánította érvénytelennek a Nyertes Ajánlattevő ajánlatát a meghatalmazás fogyatékosága okán.

Előre kívánjuk bocsátani, hogy a Kbt. 80.§ (4) bek. alkalmazása során a hiánypótlási felhívás alapja az volt, hogy a referencia és az árbevételi nyilatkozatokat aláíró meghatalmazása egyáltalán nem került csatolására.

Jelen kérelmi elem pedig a becsatolt meghatalmazás nem megfelelésére irányul.

Rögzíteni kívánjuk, hogy a Nyertes Ajánlattevő már az ajánlatban – illetve ezt megerősítendő, az előzetes vitarendezés során biztosított hiánypótlása során újra – egy olyan általános jellegű meghatalmazást csatolt, amely a teljes busz üzletágra kiterjedt. Egyúttal igazolta a meghatalmazók cégképviseleti jogosultságát.

Az általános meghatalmazás jellegéből fakadóan kiterjedt a meghatalmazó teljes képviseletére, így a meghatalmazó nevében és helyette minden nyilatkozatot megtehet.

Ajánlatkérő sem a hiánypótlási felhívásban, sem a dokumentációban nem határozott meg olyan kikötést, hogy a meghatalmazásból tételesen derüljön ki, konkrétan mely nyilatkozatok megtételére jogosít fel.

Az elvárás az volt, hogy igazolja, hogy a referencia és az árbevételi nyilatkozat aláírására jogosult a meghatalmazott.

Álláspontunk szerint tekintettel arra, hogy minden nyilatkozat megtételére feljogosításra került , ez az elvárás megvalósult a Kbt. 80.§ (4) bek. alkalmazása során benyújtott meghatalmazással.

A csatolt meghatalmazás megfelel a Közbeszerzési Dokumentáció releváns előírásainak megítélésünk szerint.

Mindezekre figyelemmel kérjük a 8. sz. kérelmi elem, mint alaptalan elutasítását.

9. KÉRELMI ELEM

Kérelmezői álláspont szerint Ajánlatkérő megsértette a Kbt. 69. § (1)-(2) bek.-ét és ennek következtében a Kbt. 73. § (1) bek. e) pontját, mivel nem nyilvánította érvénytelennek a Nyertes Ajánlattevő ajánlatát annak okán, hogy az ajánlatban nem került konkrét termék nevesítésre.



Határozottan vitatjuk azt a kérelmezői megállapítást, miszerint „az ajánlattevő nem nevesíti, hogy milyen (milyen gyártmányú, típusú) buszokat ajánl meg”.

Ajánlatkérő álláspontja szerint a Nyertes Ajánlattevő ajánlatából – valamennyi hiánypótlást és felvilágosításadást is figyelembe véve – a megajánlott buszok gyártmánya és típusa, valamint a műszaki leírásban előírt eltételeknek való megfelelése megállapítható volt.

A Nyertes Ajánlattevő már az ajánlattételi határidőre benyújtott ajánlat műszaki leírásában megjelölte a megajánlott autóbuszok gyártmányát és típusát: MAN A23 Lions CityG buszok. Ennél pontosabb megjelölést Ajánlatkérő nem várt el. Nem is várható, mivel a közbeszerzési dokumentumokban erre vonatkozóan konkrétabb előírást nem tett.

Valamennyi dokumentumot áttekintve Ajánlatkérő megállapította, hogy a Nyertes Ajánlattevő a megajánlott járművek megfelelőségéről olyan formában nyilatkozott, illetve járműveket olyan formában mutatta be, amely az eljárásban az előírt és elvárt mértékben bizonyítja a járművek az Ajánlatkérő által meghatározott műszaki-szakmai paramétereknek való megfelelőségét.

A Nyertes Ajánlattevő – a járművek gyártmányának és típusának megjelölésén túl – megadta az autóbuszok alvázszámát is.

Az alvázszámok ellenőrzésére Ajánlatkérőnek az ajánlattételi szakaszban nincs lehetősége. A közbeszerzési dokumentumok alapján nem lehet olyan következtetésre jutni, miszerint Ajánlatkérő az alvázszámok alapján bármiféle vizsgálódást kívánt volna végrehajtani a bírálat során akár a műszaki megfelelőség körében, akár a megajánlás megléte ellenőrzése körében. Ezzel összefüggésben utalni kívánunk arra, hogy a buszok leszállítására a szerződéskötéstől számított 30 napja lesz a Nyertes Ajánlattevőnek.

A műszaki tartalom tényleges ellenőrzésére a szerződés megkötése esetén, az átadás-átvételkor kerülhet sor, amely a szerződésben foglaltaknak megfelelően történik majd. Amennyiben az átadás-átvételre felajánlott járművek nem felelnek meg a szakmai ajánlatban meghatározott feltételeknek, Ajánlatkérő a szerződésben rögzített szankciókat érvényesíteni fogja (ld.: szerződéstervezet 5.5. pontja).

Ajánlatkérő a fentiek alapján nem tartotta indokoltnak az előzetes vitarendezési kérelemben megjelölt körülmények vizsgálatát, nem sértette meg a hivatkozott törvényi rendelkezéseket. A Nyertes Ajánlattevő szakmai ajánlatát a közbeszerzési dokumentumokban foglaltaknak megfelelően nyújtotta be, ajánlatából, hiánypótlásaiból és a felvilágosítás kérésekre adott válaszaiból Ajánlatkérő meggyőződött arról, hogy Nyertes Ajánlattevő konkrét (azaz meghatározott gyártmányú, típusú) járműveket ajánlott meg.

A Kérelmező nem jelölt meg ezen kérelmi elem tekintetében olyan - a felhívás, vagy a közbeszerzési dokumentumokban található – rendelkezést miszerint, Ajánlatkérőnek bármiféle ellenőrzési kötelezettsége lett volna az alvázszámok kapcsán.



Mindezekre figyelemmel kérjük a 9. sz. kérelmi elem, mint alaptalan elutasítását.

10. KÉRELMI ELEM

Kérelmezői álláspont szerint Ajánlatkérő megsértette a Kbt. 69. § (1)-(2) bek.-ét, nem értékelte megfelelően a Nyertes Ajánlattevő a Kbt. 2. § (1) és (3) bekezdését sértő magatartását és ennek következtében a Kbt. 73. § (1) bek. e) pontját, mivel nem nyilvánította érvénytelennek az ajánlatot annak okán, hogy a Nyertes Ajánlattevő a szakmai bemutatás céljából a Kérelmező autóbuszát használta fel.

Ajánlatkérő fenntartja az előzetes vitarendezési eljárásban ismertetett álláspontját. A Nyertes Ajánlattevő szakmai ajánlatában sehol nem jelenti ki, hogy a becsatolt fényképek a megajánlott autóbuszokról készültek volna. A CR-Facilities Zrt. fényképeket annak dokumentálására csatolta be, hogy a fényezéssel, a szellőzőberendezéssel, a nyílászárókkal, a burkolatokkal, a vezetőtérrel, illetve az utastájékoztató rendszerekkel kapcsolatos előírásoknak való megfelelést bemutassa. Megjegyezzük, hogy Ajánlatkérő sem írta elő, hogy megajánlott járművekről kellene képeket, fotókat benyújtani, éppen azért, mert feltételezhető, hogy – amennyiben a megajánlott flotta egyébként már az ajánlattételkor az ajánlattevő tulajdonában van is – az ún. honosítási feladatok ellátására, a BKK arculat kialakítására csak a szerződés aláírását követően kerül sor.

Tekintettel arra, hogy Ajánlatkérő nem kérte a megajánlott járművekről fotók csatolását, az, hogy mely autóbusról készültek a képek, irreleváns. Az ajánlatkérői elvárásoknak való megfelelés alátámasztására a Nyertes Ajánlattevő megadta a közbeszerzési dokumentumokban előírt nyilatkozatokat, megjelölte a megajánlott járművek gyártóját, típusát, az alvázszámokat

A fotók szerepe ajánlatkérői megítélés szerint az volt, hogy a Nyertes Ajánlattevő bemutassa, miként fogja – az eljárás eredményessége és szerződéskötés esetén – a megajánlott autóbuszokat leszállítani. Abban az esetben, ha Nyertes Ajánlattevő azt nyilatkozta volna, hogy a fotók az általa megajánlott járművekről készültek, megvalósult volna az Ajánlatkérő félrevezetése, de ez nem így történt. Ennél fogva nem valósulhatott meg a Kbt. 62. § (1) bekezdés j) pontja szerinti sérelem sem.

Ajánlatkérő azt nem vitatja, hogy Kérelmező szempontjából felmerülhet valamilyen igény a tekintetben, hogy a fotókat a hozzájárulása nélkül használta fel a Nyertes Ajánlattevő, ugyanakkor Ajánlatkérő álláspontja, hogy az ilyen jellegű jog-, illetve érdeksérelem a közbeszerzési eljárás keretében nem vizsgálható, ennek eldöntésére egyéb fórumokon van lehetőség.



Ajánlatkérő nem vitatja, hogy – főként piaci ismeretei alapján – a Nyertes Ajánlattevő tudatában lehetett annak, hogy a busz, amelyről a fotók készültek, Kérelmező tulajdonában van. Ez azonban Ajánlatkérő álláspontja szerint egyértelműen nem megállapítható, pusztán feltételezés. Egyben vitatjuk Kérelmező azon állítását, hogy „ilyen buszokkal csak mi rendelkezünk, így a CR-Facilities Zrt. pontosan tudta, hogy kinek a buszait mutatja be”. A BKV Zrt. honlapján szerepel az MAN Lion s City GL típusú autóbusz, 2018. decemberében 5 db állományi darabszámmal. Látható, hogy a honlapon szereplő fotó alapján nem lehet semmiféle következtetést levonni a buszok tulajdonosára nézve, csak és kizárólag az üzemeltetőre nézve.

Mindezek alapján kiemeljük, hogy a Kérelmező jelen kérelmi elem tekintetében nem jelölt meg olyan - az ajánlati felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott - feltételt, amellyel a Nyertes Ajánlattevő ajánlata ellentétes lenne. Az alapvető jogszértés megállapításához Kérelmező többlettényállási elemet nem mutatott ki megítélésünk szerint.

Amennyiben az alapvető sérelem – a fentiekben kifejtettek ellenére - megállapítható is lenne, akkor sem lehetne annak alapján alkalmazni a Kbt. 73. § (1) bek. e) pont szerinti érvénytelenné nyilvánítást jogszzerűen, mert annak megállapításához konkrét, a felhívásban, dokumentációban, Kbt.-ben szereplő vagy egyéb - előzetesen megjelölt tételes jogi - rendelkezés megsértése lenne szükséges.

Mindezekre figyelemmel kérjük a 10. sz. kérelmi elem, mint alaptalan elutasítását.

11. KÉRELMI ELEM

Kérelmezői álláspont szerint Ajánlatkérő megsértette a Kbt. 69. § (1)-(2) bek.-ét, Kbt. 71. § (1) bek.-ét és ennek következtében a Kbt. 73. § (1) bek. b) pontját, mivel nem zárta ki, és nyilvánította érvénytelenné a Nyertes Ajánlattevő ajánlatát.

A Kérelemben foglaltak szerint a nyilvánosan elérhető cégkivonatban szereplő adatok alapján Nyertes Ajánlattevő kizárólag csak székhellyel rendelkezik, Budapest olyan részén, ahol autóbuszok tárolására, javítására nincs lehetőség. Az ajánlati felhívás II.2.4) pontjában foglaltak szerint az Ajánlattevő feladata: „fődarab (motor, sebességváltó, futómű, kormánymű) meghibásodása esetén vállalja annak javíttatását, felújíttatását saját költségén,” mely feladatokat a Nyertes Ajánlattevő feltételezhetően nem fog tudni teljesíteni.

Ajánlatkérő álláspontja az, hogy az eljárás jelen szakaszában még nem szükséges vizsgálni, hogy a Nyertes Ajánlattevő rendelkezik-e telephellyel. A CR-Facilities Zrt. ajánlatában nyilatkozott arról, hogy a fődarabok meghibásodása esetén vállalja annak javíttatását, felújíttatását saját költségén. A közbeszerzési dokumentumok ezzel kapcsolatban egyéb előírásokat nem tartalmaztak, nem kellett bemutatni a teljesítéssel kapcsolatos eszközöket, stb. A járművek rendelkezésre bocsátásáig az ezzel kapcsolatos feltételek megteremthetők.



Továbbá az sem kizárt, hogy a Nyertes Ajánlattevő az alvállalkozók által végzett, az ajánlatban megadott tevékenységeket, utóbb a teljesítés során bővítse, és a teljesítésbe bevont alvállalkozót a Kbt. 138. § szabályainak megfelelően Ajánlatkérő felé bejelentse. Az alvállalkozói bevonás jelen esetben nem korlátozott a Kbt. 65. § (10) bek. által (ilyen megkötést Ajánlatkérő nem írt elő a felhívásban.)

Mindezek alapján az ajánlat nem tartalmazott ellenmondást, így nem sérül a Kbt. 71. § (1) bek.-e.

Kérelmező a 11. kérelmi elem körében nem jelölte meg, hogy miben látja a Kbt. 73. § (1) bek. b) pontjának sérelmét.

Mindezekre figyelemmel kérjük a 11. sz. kérelmi elem, mint alaptalan elutasítását.

A fentiekben kifejtett okfejtésünk alapján kérjük a Jogorvoslati kérelem, mint teljességgel alaptalan elutasítását (valamennyi kérelmi elem tekintetében).

Budapest, 2020. szeptember 28.

Melléklet:

- meghatalmazás

Tisztelettel:

Bsz.é

Budapesti Közlekedési Zrt.
Ajánlatkérő képviselőjeként

Ügyvéd

**Felelős akkreditált közbeszerzési
szaktanácsadó**