

Nyíregyháza Megyei Jogú Város Önkormányzata

4400 Nyíregyháza, Kossuth tér 1.sz.

képviselőjében eljár a

Bagaméry - Szalay Ügyvédi Iroda

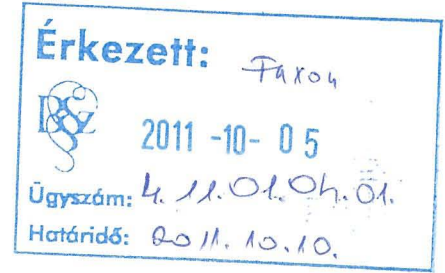
dr. Bagaméry-Szalay Róbert

Ügyvéd Úr részére

4400 Nyíregyháza, Deák F. u. 5.

Fax: +36 (42)78 99 58

+36 (42)78 57 67



Iktatószám:

K-62/2011.

**Tárgy:** Előzetes vitarendezési kérelem a "Vállalkozási szerződés a Nyíregyháza és Térsége Szennyvízelvezetési és Szennyvíztisztítási Programja - csatornahálózati fejlesztések vonatkozásában" tárgyú közbeszerzési eljárásban. (TED 2011/S 155-257832, és 2011/S 167-275071)

**Tisztelt Ajánlatkérő!**

Alulírott EuroAszfalt Kft., képviseli: Körösi Józsefné vállalkozásvezető, és Tóth György vállalkozásvezető, (Továbbiakban: **Kérelmező**) nevében a Nyíregyháza Megyei Jogú Város Önkormányzata „Vállalkozási szerződés a Nyíregyháza és Térsége Szennyvízelvezetési és Szennyvíztisztítási Programja - csatornahálózati fejlesztések vonatkozásában" tárgyú közbeszerzési eljárásában a Kbt. 96/A.§ alapján ezennel az alábbi

**előzetes vitarendezési kérelmet**

terjesztjük elő törvényes a Kbt. 96/A § (1) bekezdés b) pontja szerinti határidőn belül.

Kérjük T. Ajánlatkérőt, hogy a tárgyi, 2011. augusztus 13-án megjelent és 2011. szeptember 1-jén módosított Ajánlati Felhívását az alábbi kérelmi elemek alapján ismételtelen módosítsák:

1. sz. Kérelmi elem: Kérjük, hogy a III.2.2) Gazdasági és pénzügyi alkalmasság **P.2.b pontban előírt mutatókat (1.sz, 2. sz, és 3. sz. mutatók)** - a 2011. szeptemberi 1-jén kelt kiegészítéssel összhangban (Kiegészítés az Európai Unió Hivatalos Lapjához, 13.8.2011, 2011/S 155-257832) töröljék.
2. sz. Kérelmi elem: Kérjük az Ajánlati Felhívás III. 2. pontját, a Szerződéses Megállapodás 3.2 pontját, a Teljesítési Biztosíték tervezetét, valamint az Ajánlati Felhívás és az Ajánlati Dokumentáció esetlegesen kapcsolódó további részeit módosítani abban a tekintetben, hogy a teljesítési biztosíték szolgáltatására vonatkozó előírások a Kbt. 53/A § (3), (5) és (6) bekezdéseivel, illetve az Ajánlati Dokumentáció I. kötet 15. számú Minősítési Formanyomtatvány („Nyilatkozat a Kbt. 53/A (5) bek. szerint”) tartalmával és egymással **összhangba kerüljenek:**

Az Ajánlati Felhívás:

**„III. SZAKASZ: JOGI, GAZDASÁGI, PÉNZÜGYI ÉS TECHNIKAI INFORMÁCIÓK  
A SZERZŐDÉSRE VONATKOZÓ FELTÉTELEK**

**A szerződést biztosító mellékkötelezettségek**

Valamennyi rész vonatkozásában az alábbiak szerint:

1. Előleg-visszafizetési biztosíték

Az "egyösszegű ajánlati ár" 10 %-a.

2. Teljesítési biztosíték (amely a jótállási időszak alatt jóteljesítési biztosítékkul szolgál)"

illette

A Szerződéses Megállapodás:

„3.6 A Vállalkozó a jelen Szerződéses Megállapodás aláírásával egyidejűleg köteles a 3.2 pont szerinti Szerződéses Ár 5 %-ának megfelelő összegű teljesítési biztosítéket nyújtani a Megrendelőnek. **A teljesítési biztosítéknak, amely a jótállási időszak alatt jóteljesítési biztosítékkul szolgál, a jótállási idő előre becsült lejártát követő 70. nappig hatályban kell maradnia.**”

A Teljesítési Biztosíték tervezete:

„Bármely kifizetésre vonatkozó igénynek tartalmaznia kell az Önök [igazgatójának/igazgatóinak] aláírásait, amelyeket bankjuk, vagy közjegyző által hitelesíttetni kell. **A hitelesített felszólításnak irodánkba legkésőbb (a Létesítményre vonatkozó jótállási időszak előrebecsült lejártát lejárataát követő 40. nap) \_\_\_\_\_-ig (a „lejárati napja”) kell beérkeznie, amikor ezen bankgarancia érvényesíthetőségének hatálya lejár és a bankgarancia részünkre visszaküldendő.**”

## Indoklás

### 1. sz. Kérelmi elem:

Kérelmező álláspontja szerint az Ajánlati Felhívás 2011. augusztus 13-án megjelent és a 2011. szeptember 1-jén közzétett módosítással nem érintett III.2.2) Gazdasági és pénzügyi alkalmasság P.2.b pontban előírt mutatók túlzóak és indokolatlanul támasztanak követelményeket melyek nem szükségesek az Ajánlattevő és a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontja szerinti alvállalkozó alkalmasságának megítéléséhez:

„III.2.2) Gazdasági és pénzügyi alkalmasság

**Az alkalmasság megítéléséhez szükséges adatok és a megkövetelt igazolási mód: Ajánlattevő és a Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontja szerinti alvállalkozó csatolni köteles:**

P.2.

A Kbt. 66. § (1) bekezdés b) pontja szerint a megelőző 3 teljes (lezárt) üzleti év (saját vagy jogelődje) számviteli jogszabályok szerinti beszámolóját, valamint könyvvizsgálói záradékát (amennyiben az kötelező);

P.2.b.

Bármely részre történő ajánlattétel esetén (saját vagy jogelődje vonatkozásában) az alábbiakban felsorolt mutatószámai a megelőző 3 - illetőleg attól függően, hogy az ajánlattevő mikor jött létre értelemszerűen kevesebb - lezárt üzleti évre vonatkozóan legalább 2 évben nem éri el legalább az alábbi értéket:

1. mutató: Likviditási mutató II.: 0,9 (Forgóeszközök-készletek)/rövid lejáratú kötelezettségek)

2. mutató: Tőkeerősség: 0,1 (Saját tőke/mérlegfőösszeg)

3. mutató: jegyzett tőke aránya: 1,2 (saját tőke/jegyzett tőke);

(önálló megfelelések).

Megítélésünk szerint előírásuk a Kbt. 68 § (3) bekezdésébe ütközik, mivel a 2008-2010-es pénzügyi mutatónak nincs köze a 2013. május 27-én befejezendő közbeszerzés tárgyához. Nem igazolható, hogy ezek a mutatók garantálnák a konkrét teljesítésre vonatkozó alkalmasságot, hiszen azok a teljesítés megkezdése előtt keletkeztek, és már lezárt pénzügyi évekre vonatkoznak.

A közbeszerzési eljárásnak a Kbt. preambulumban megfogalmazott célja az, hogy a széleskörű verseny biztosításával a közpénzek ésszerűen, átlátható és ellenőrizhető módon legyenek felhasználva.

Ezzel összhangban a Kbt. 1. § (1) bekezdésében alapelveként rögzíti, hogy az ajánlatkérő köteles biztosítani, az ajánlattevő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát és nyilvánosságát, valamint deklarálja azt is az 1. § (2) bekezdésében, hogy az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania az ajánlattevők számára.

A Kbt. 69 § (3) bekezdése értelmében az ajánlatkérőnek a Kbt. 66. és a 67. §-ban meghatározott adatok és tények kérését - figyelemmel az ajánlattevő (alvállalkozó) üzleti titokhoz fűződő érdekére is - a közbeszerzés tárgyára kell korlátoznia, a (2) bekezdés szerinti követelményeket pedig - a közbeszerzés becsült értékére is tekintettel - legfeljebb a szerződés teljesítéséhez ténylegesen szükséges feltételek mértékéig lehet előírni.

A Kbt. fent idézett rendelkezései alapján megállapítható, hogy az Ajánlatkérő kifogásolt előírása a Kbt. 69. § (3) bekezdésében foglaltakkal ellentétben a pénzügyi mutatókkal összefüggésben határozott meg olyan elvárást, melynél az ajánlattevő (és a Kbt. 71. §. (1) bek. b) pontja szerinti alvállalkozója helyzete) nem lehet kedvezőtlenebb.

További szükségtelen szigorítás, hogy az Ajánlati Felhívás ebben a tekintetben „önálló megfelelés” formában kéri az alkalmasság igazolását. Ez a gyakorlatban azt jelenti, hogy ha több közösen ajánlatot tevő cég, illetve több 10% feletti bevonnai kívánt alvállalkozó elmúlt 3 évi pénzügyi mutatói közül egynél több nem éri el az előírt értéket ajánlatuk érvénytelennek minősül. Az Ajánlati Felhívás megítélésünk szerint ezáltal sérti a Kbt. 69 § (3) bekezdését továbbá sérülnek a 69 § (5) és (6) bekezdések is.

Tovább növeli ennek kockázatát az a körülmény, hogy az Ajánlati Felhívásban előírt tárgyi alkalmassági követelmény esetében nem egyértelmű, hogy az adott számviteli adatok (jellemzően törtek) tekintetében hány tizedesjegy pontossággal értelmezik az eredményt. (Az Ajánlati Felhívásban megadott 1 tizedesjegyre kerekített módon [0,9; 0,1; 1,2], vagy másképpen?)

A Közbeszerzési Döntőbizottság következetes gyakorlata szerint (lásd pl. a D.24/9/2011 számú, vagy a D.746/17/2010. számú határozatokat) a Kbt. az alapelvekkel összhangban azt a korlátot állítja az ajánlatkérők elé, hogy a kért adatokat és tényeket legfeljebb a szerződés teljesítéséhez szükséges feltételek mértékéig írhatják elő, amelynek során a becsült értékre valamint az adott szerződés finanszírozási feltételeire (estünkben előleg, havi számlázás lehetősége, stb.) is figyelemmel kell lenniük. Alkalmatlanság oka tehát csak olyan körülmény megléte vagy hiánya lehet, amely elengedhetetlenül, valóban szükséges a szerződés teljesítéséhez, és csak olyan mértékben, amely a beszerzés becsült értékével arányban áll.

A Közbeszerzési Döntőbizottság szerint tehát biztosítani kell az alapelvek érvényesülését, az ajánlattevők esélyegyenlőségét és a közpénzek felhasználásának hatékonyságát is. Ebből következőleg meg kell adni mindazok számára - akár ajánlattevő, közös ajánlattevő vagy Kbt. 71 § (1) bekezdés b) pontja szerinti alvállalkozó - a közbeszerzési eljárásban való 'részvétel lehetőségét, akik ténylegesen képesek a szerződéses kötelezettségek teljesítésére, így a szerződés teljesítéséhez ténylegesen nem szükséges, túlzott előírásokat az ajánlatkérő nem tehet.

A kérdéssel foglalkozó szakirodalom a fenti pénzügyi mutatók tekintetében célszerűtlennek, így szükségtelennek tartja az évekre visszamenőleges likviditási adatok alkalmassághoz való kapcsolását:

*„Az (3) eladósodottsági mutatók a cég tőkeáttételét és annak gazdasági hatásait vizsgálják. A finanszírozáson belül a magasabb idegen forrás arány nagyobb kockázatot is jelent tulajdonosi szinten. Mivel az adósságszolgálat az üzletmenettől független, fix költség, annak üzemi eredményhez (működési pénzáramláshoz) viszonyított nagysága a csőd kockázatát is befolyásolja: arányaiban nagyobb teherrel nagyobb a valószínűsége a likviditási gondoknak. E rátákat különösen a bankok figyelik, de amennyiben hosszú távú együttműködésre kötnénk szerződést, e mutatók használata a közbeszerzésben is célszerű lehet. Viszont mivel csak múltbeli adatokat vizsgálunk, valójában a jó mutatóértékek sem jelentenek garanciát arra, hogy a jövőben a cég nem vállal fel magasabb eladósodottságot.” ...*

*„A likviditási rátákat a közbeszerzésben elvileg arra lehet használni, hogy a csőd közeli cégeket kiszűrjük. Ha azonban e szűrést a több hónappal vagy esetenként akár másfél évvel korábbi kimutatások alapján végezzük, az inkább a rossz vicc kategóriája. Ha ugyanis a cég még ma is létezik, az önmagában bizonyítja, hogy nem ment csődbe (vagy már talpra állt) Helyesen ezt a rátát tehát csak néhány hónapos adatoknál érdemes figyelembe venni ilyen felhasználásnál.”*

(Forrás: Dr. Juhász Péter: Kihasználatlan lehetőségek - A hazai közbeszerzési gyakorlat a pénzügyi alkalmassági kritériumok tükrében, Közbeszerzési Szemle, 2011. április, 1 évfolyam, 3. szám)

Álláspontunk szerint ezt a szakmai véleményt tovább erősíti a Felhívás III.1.2) pontjában szereplő, Ajánlatkérő által vállalt előlegfizetés, valamint a nyertes ajánlattevő havi részszámla benyújtási lehetősége.

Sérti továbbá az Ajánlati Felhívás a Kbt. 69. § (5) bekezdését, amikor a P.2.b pont szerinti mutatókat a **Kbt. 71. § (1) bekezdés b) pontja szerinti, vagyis a közbeszerzés értékének 10%-át meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozók tekintetében is önálló megfelelés formájában előírta.** Külön kiemeljük, hogy **szereződéses viszonyban az Ajánlatkérővel a nyertes ajánlattevő, vagy ajánlattevők fognak állni,** akik teljes körű felelősséget vállalnak a szerződés teljesítéséért. A Kbt. 71 § (1) bekezdés b) pontja szerinti alvállalkozók közvetlen kötelezettséget vállaló szerződő partnerként nem jelennek meg, személyük a teljesítés során indokolt, a Kbt. által meghatározott esetben még változhat is. Vagyis a bevont alvállalkozók likviditása a teljesítésre semmilyen érdemi hatást nem gyakorol.

A Kbt. fent idézett rendelkezéseiből, a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatkozott joggyakorlatából, a szakirodalom álláspontjából, valamint a Felhívás egyéb rendelkezéseiből kifolyólag megítélésünk szerint Ajánlatkérőnek adott eljárásban nem volt módja arra, hogy a fent hivatkozott pénzügyi mutatókat a 2008-2010 évek tekintetében az alkalmasság feltételéül rendelje, ezért kérjük az Ajánlati Felhívás III.2.2 P.2.b pontjának teljes törlését.

## **2. sz. Kérelmi elem:**

Az Ajánlati Felhívás III.1.1 utolsó bekezdése értelmében:

**„A biztosítékok nyújtása vonatkozásában a Kbt. 53/A. § (6) bekezdése az irányadó.”**

Kbt. 53/A § (6) bekezdése:

*„(6) Teljesítési, jólteljesítési vagy egyéb biztosíték kikötése esetén az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban*

*a) előírja, hogy e biztosítékok a (3) bekezdés szerinti határidőig az ajánlattevőként szerződő fél választása szerint teljesíthetők az előírt pénzügyi összegnek az ajánlatkérőként szerződő fél fizetési számlájára történő befizetéssel vagy bankgarancia biztosításával vagy biztosítási szerződés alapján kiállított – készfizető kezességvállalást tartalmazó – kötelezvényvel, vagy „*

Kbt. 53/A § (3) bekezdése:

*„(3) A teljesítési biztosítékot a szerződéskötéskor, a jólteljesítési biztosítékot a jótállási kötelezettség kezdetének időpontjában kell rendelkezésre bocsátani. Az egyéb biztosítékot abban az időpontban kell rendelkezésre bocsátani, amelytől kezdve a biztosítékkal biztosított esemény bekövetkezhet, ezt az időpontot az 54. § (1) bekezdése szerinti szerződéstervezetben kell meghatározni, az nem lehet korábbi, mint a szerződéskötés időpontja.”*

Az Ajánlati Felhívásban is hivatkozott törvényi előírás tehát egyértelműen előírja a jólteljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátásának idejét, az nem eshet a teljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátásával egy időbe, hanem ellenkezőleg a teljesítési időszak végén, - a jótállási időszak kezdetén - kötelessége Ajánlattevőnek Ajánlatkérő felé benyújtani azt.

Tekintve, hogy Ajánlatkérő az Ajánlati Felhívás III.2. pontjában:

**„2. Teljesítési biztosíték (amely a jótállási időszak alatt jólteljesítési biztosítékkul szolgál)”**

A Szerződéses Megállapodás 3.6. pontjában:

**„A teljesítési biztosítéknak, amely a jótállási időszak alatt jólteljesítési biztosítékkul szolgál, a jótállási idő előre becsült lejártát követő 70. napig hatályban kell maradnia.”**

illetve a Teljesítési Biztosíték tervezetében:

**„A hitelesített felszólításnak irodánkba legkésőbb (a Létesítményre vonatkozó jótállási időszak előrebecsült lejártát lejártaát követő 40. nap) \_\_\_\_\_-ig (a „lejárta napja”) kell beérkeznie, amikor ezen bankgarancia érvényesíthetőségének hatálya lejár és a bankgarancia részünkre visszaküldendő.”**

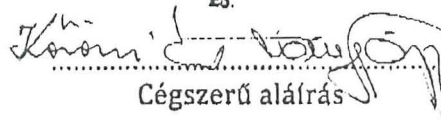
a törvénnyel – illetve a határidő vonatkozásában egymással is – ellentétes feltételeket írt elő, megsértette a Kbt. 53/A § (3) és (6) bekezdését, illetve - figyelmen kívül hagyva az Ajánlati Dokumentáció I. kötet 15. sz. Minősítési formanyomtatványát - megsértette a Kbt. 53/A § (5) bekezdését is.

Mindezekre hivatkozással kérjük az Ajánlati Felhívás, az Ajánlati Dokumentáció és annak mellékletei módosítását abban a tekintetben, hogy a teljesítési biztosíték lejártaát a teljesítési véghatáridő +30 nap időtartamban, a jólteljesítési biztosíték szolgáltatásának időpontját jótállási kötelezettség kezdetének időpontjában állapítsa meg.

Budapest, 2011. október 05.

Kérelmünk elfogadását kérve, tisztelettel:

EuroAszfalt Kft.  
2225 Ólló, Zsaráka hegy 063/30 hrsz.  
Adószám: 18188811-2-44  
23.

  
Cégszerű aláírás

Kapja: 1. Nyíregyháza Megyei Jogú Város Önkormányzata  
2. Bagaméry - Szalay Ügyvédi Iroda