



**KÖZBESZERZÉSEK TANÁCSA
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1024. Budapest, Margit krt. 85.

1525 Postafiók 166.

Tel: 336-7776 Fax: 336-7778

E-mail cím: dontobizottsag@kozbeszerzesek-tanacs.hu

Ikt.sz.: D.658/11/2010.

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

H A T Á R O Z A T – o t.

A Döntőbizottság a *Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság Elnöke* (1024 Budapest, Margit krt. 85., a továbbiakban: Döntőbizottság Elnöke) által a *Szépművészeti Múzeum* (1146, Budapest, Dózsa György u.41. a továbbiakban: ajánlatkérő) „A Szépművészeti Múzeumban 2010. szeptember 30.- 2011. január 2. között rendezett” *Fernando Botero*” c. Kiállításon szereplő 58 db műtárgy kiállításra történő szállítása és visszaszállítása” tárgyú közbeszerzési eljárása ellen hivatalból kezdeményezett jogorvoslati eljárásban a kezdeményezés körében a jogsértés hiányát állapítja meg és **a jogorvoslati eljárást megszünteti.**

Az eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek, újrafelvételi eljárásnak helye nincs. A határozat felülvizsgálatát, annak kézbesítésétől számított 15 napon belül keresettel a Fővárosi Bíróságtól lehet kérni. A keresetlevelet a Fővárosi Bírósághoz címezve, de a Döntőbizottsághoz kell benyújtani.

I N D O K O L Á S

A Döntőbizottság a jelen közbeszerzési eljárás iratai, valamint ajánlatkérő írásbeli és szóbeli nyilatkozatai alapján az alábbi tényállást állapította meg.

Ajánlatkérő 2010. augusztus 4-én tájékoztatta a Döntőbizottság Elnökét az ajánlattételi felhívás, dokumentáció, valamint Fernando Botero nyilatkozata és a művész és az ajánlatkérő között létrejött haszonkölcsön szerződés

megküldésével, hogy a 2003. évi CXXIX.tv. (a továbbiakban: Kbt.) 252.§ (1) e. pontja alapján hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárást kíván lefolytatni a rendelkező részben meghatározott beszerzés tárgyában.

A Fernando Botero kölcsönadó és az ajánlatkérő, mint kölcsönvevő között 2010. május 21-én létrejött haszonkölcsön szerződés 3. pontja szerint „a kölcsönkérő magára vállalja a műtárgyak szállítmányozásával kapcsolatos valamennyi költséget és ügyintézését. Kölcsönvevő a Hungart Logistic Kft. elnevezésű vállalatot köti ki”. A haszonkölcsön szerződés 4.-5. pontjaiban a felek meghatározták a kiállítótérre vonatkozó és a műtárgyak tárolásával kapcsolatos előírásokat.

A Döntőbizottság elnökének megküldött ajánlattételi felhívás 2. pontja szerint a hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás jogcíme a 252. § (1) bekezdés e) pontja alapján az, hogy kizárólagos jogok védelme miatt kizárólag egy meghatározott szervezet képes teljesíteni a szállítmányozási feladatot. Az ajánlatkérő a közbeszerzés becsült értékét 15 MFt - ban jelölte meg.

A felhívás 4. pontja meghatározta a közbeszerzés tárgyát, illetve mennyiségét a rendelkező részben meghatározottak szerint a dokumentáció III. fejezet szerinti műszaki leírására utalással.

A felhívás 6. pontja szerint a megkötendő szerződés meghatározása: szállítmányozási szerződés.

A felhívás 7. pontja szerint a teljesítés határideje 2011. január 15.

Az ajánlatkérő a felhívás 10-11. pontjában a rész-és többváltozatú ajánlattétel lehetőségét kizárta.

A felhívás 12.pontja szerint az ajánlatok bírálati szempontja a legalacsonyabb összegű ajánlat.

Az ajánlatkérő a felhívás 13. pontjában meghatározta a kizáró okokat és azok igazolási módját.

A felhívás 14. pontja tartalmazta a pénzügyi és gazdasági, valamint műszaki és szakmai alkalmasság igazolási módjait és a megkövetelt alkalmassági minimum feltételeket.

A felhívás 21. pontja tartalmazta a tárgyalás lefolytatásának menetét és alapvető szabályait, mely szerint ajánlatkérő egy tárgyalást tart, amely során a műszaki jellegű kérdések és a szerződési feltételek kerülnek pontosítására.

A felhívás 22-24. pontjai szerint az első tárgyalás időpontja 2010 augusztus 19-e, az eredményhirdetés időpontja a tárgyalás lezárását és a végső ajánlat megtételét követő 5. nap, míg a szerződéskötés az írásbeli összegezés átadását vagy megküldését követő 20. nap.

A dokumentáció tartalmazta az útmutatót, a műszaki leírást (műtárgylista), a szállítmányozási szerződés tervezetét és a kitöltendő mellékleteket.

A szállítványozási szerződés tervezet 3. pontja tartalmazta a Vállalkozó feladatait és a teljesítési határidőt, annak rögzítésével, hogy a fuvarozási eszközre, feltételekre (csomagolóanyag) vonatkozó előírások a kölcsönadóval egyeztetett módon, az ajánlatkérő és a kölcsönadó közötti haszonkölcsön szerződés feltételei szerint történnek.

A művész, Fernando Botero 2010. július 2-i nyilatkozata szerint a haszonkölcsön szerződésben foglaltaknak megfelelően a szállítványozást és a költségek fizetését a kölcsönvevő Szépművészeti Múzeumnak kell biztosítania. Előírta, hogy a műtárgyak szállítványozását kizárólag a HUNGART Logistic Kft. végezheti.

Az ajánlatkérő az eljárás indokaként előadta, hogy a Szépművészeti Múzeumban 2010. szeptember. 30-tól 2011. november. 2-ig megrendezésre kerülő „Fernando Botero ” c. kiállításon szereplő műtárgyak a művész kizárólagos tulajdonát képezik. Az ajánlatkérő és a művész között 2010. május 21-én haszonkölcsön szerződés jött létre, mely szerint a műtárgyak szállítványozását a Múzeumnak kell végezni, azonban a haszonkölcsönbe adó művész kikötötte a műtárgyak jelentőségére és biztosítási értékére tekintettel, hogy a műtárgyak kölcsönadásának feltétele, hogy a szállítványozást a művész által kijelölt szállítványozó cég végezheti. A művész 2010. július 2-i nyilatkozata szerint a műtárgyak szállítványozását kizárólag a HUNGART Logistic Kft. végezheti. Ajánlatkérő mindezekre tekintettel hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást kíván lefolytatni a kizárólagos jogok védelme miatt, mivel a szerződést kizárólag egy meghatározott szervezet képes teljesíteni.

A Döntőbizottság Elnöke hiánypótlási felhívására ajánlatkérő 2010. augusztus 13-án becsatolta a haszonkölcsön szerződést. Ajánlatkérő 2010. augusztus 16-án tájékoztatta a Döntőbizottságot, hogy 2010. augusztus 13-án nem a hatályos haszonkölcsön szerződést csatolta, ezért megküldte a 2010. április 22-én a művész, illetve 2010. május 21-én az ajánlatkérő által aláírt végleges haszonkölcsön szerződést. Ennek 3. pont 1.-2. mondata szerint „A kölcsönkérő magára vállalja a műtárgyak szállítványozásával kapcsolatos valamennyi költséget és ügyintézését és kölcsönvevő a Hungart Logistic Kft. elnevezésű vállalatot köti ki”. Az egyidejűleg ismételt megküldött és a művész 2010. július 2-i nyilatkozata szerint a műtárgyak szállítványozását kizárólag a HUNGART Logistic Kft. végezheti.

A Döntőbizottság Elnöke 2010. augusztus 18-án DT.1310/5/2010.számú kezdeményező iratában hivatalból kezdeményezett jogorvoslati eljárást a Kbt. 329.§ (1) bekezdése alapján ajánlatkérő közbeszerzési eljárása ellen. A jogsértésről történő tudomásszerzés időpontja: 2010. augusztus 3.-a

közbeszerzési eljárás megindításáról szóló tájékoztató a Döntőbizottság Elnöke részére történő megküldésének napja.

A Döntőbizottság Elnöke indítványozta, hogy az eljáró tanács vizsgálja meg a közbeszerzési eljárás jogalapját és az ajánlattételi felhívás jogszerűségét.

A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást 2010. augusztus 18-án megindította.

Ajánlatkérő ajánlattételre a HUNGART Logistic Kft.-t hívta fel, majd a benyújtott ajánlat alapján a 2010. augusztus 19-i tárgyalást követően a 2010. augusztus 27-i eredményhirdetésen az összegezés szerint nyertes ajánlatként a cég ajánlatát hirdette ki, mely bruttó 10.530.007-Ft szállítmányozási díjat továbbá az eseti megrendelés alapján végzett beillette kirakodás és be- illetve kicsomagolás díját (712.800,-Ft+áfa) tartalmazott.

Az ajánlatkérő érdemi észrevételében kérte a jogsértés hiányának a megállapítását és a jogorvoslati eljárás megszüntetését az alábbi indokok alapján.

Előadta, hogy a művész a kiállítás szervezése folyamán – végig fenntartva azon kikötését, hogy a műtárgyak szállítmányozását csak az általa kijelölt szállítmányozó végezheti – többször is módosította álláspontját a szállítmányozó céget illetően. Először a svájci Cosmotrans és az olasz Savino del Bene nevű cég került a szerződésbe, majd a közbeszerzési elindítása előtt pár héttel a művész úgy döntött, hogy indokoltabb lenne, ha csak egy szállítmányozóra lenne bízva a teljes szállítás. Választása ekkor a Hungart Logistic Kft. nevű szállítványozó cégre esett. Ajánlatkérő álláspontja szerint az eljárás jogalapját megalapozza az, hogy a művész más szállítványozót, mint az általa megjelöltet nem fogad el, mert a művész más számára nem adja át a tulajdonában lévő alkotásokat, erre tekintettel a megjelölt jogalap feltételei fennállnak, mivel kizárólag egy meghatározott szervezet képes teljesíteni a feladatot.

A kiállítások rendezésével kapcsolatos szokásos gyakorlat az, hogy a kölcsönadó részéről elengedhetetlen feltételként szerepel a szállítványozó személyére vonatkozó, azaz az adott vállalkozó bevonásával kapcsolatos kikötése. Amennyiben a kölcsönző múzeum nem fogadja el ezt a kikötést, akkor a kölcsönadó nem járul hozzá a műtárgyak átadásához. A nemzetközi műtárgy szállítványozási gyakorlat szerint a kölcsönadó vagy a saját vagy a kölcsönkérő székhelye szerinti székhelyű szállítványozó bevonását köti ki. Amennyiben a kölcsönadó székhelyén lévő szállítványozó fővállalkozóként történő kijelölésére kerül sor, akkor ez a fővállalkozó vonja be a kölcsönkérő székhelyén lévő alvállalkozót. Fordított esetben a kölcsönkérő székhelyén lévő szállítványozó lesz a fővállalkozó.

A haszonkölcsön szerződés alapján valamennyi költséget a kölcsönkérő viseli. A jelen esetben a művész végső soron úgy döntött, hogy a bizalmát élvező Hungart

Logistic Kft. lesz a fővállalkozó, aki alvállalkozóként fog bevonni külföldi székhelyű cégeket.

Az ajánlatkérő hivatkozott több olyan, egyetlen kölcsönadótól érkező műtárgyak szállítmányozására vonatkozó hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárásra, melyet a Kbt. 252. § (1) bekezdés e) pontja, illetve a Kbt. 125. § (2) bekezdés b) pontja alapján folytatott le. Az ajánlatkérő gyakorlata szerint amennyiben több kölcsönadó műtárgyaiból kerül rendezésre kiállítás, akkor mindig nyílt eljárást indít és a közbeszerzés nyertese, mint fővállalkozó szállítmányozó bevonja alvállalkozóként ezen esetekben is a kölcsönadók által kikötött szállítmányozói alvállalkozókat az ajánlati dokumentációban (műszaki leírás) szereplő előírás alapján.

A jelen esetben a szállítmányozó kizárólagos jogosultsága a kizárólagos jogot keletkeztető megállapodáson alapul, nevezetesen a haszonkölcsön szerződés az alapja e jogosultságnak. E feltétel nélkül a kölcsönadó nem kötötte volna meg a haszonkölcsön szerződést az ajánlatkérővel. Az ajánlatkérő álláspontja szerint művészeti alkotások szállítmányozásával foglalkozó több vállalkozás is alkalmas lehet a beszerzés tárgyát képező szolgáltatás nyújtására, tekintettel azonban arra, hogy a haszonkölcsön szerződésben egyetlen szállítmányozó került megjelölésre, így a több alkalmas cég közül csak a művész által kijelölt szervezet lesz képes a szállítmányozási szerződés teljesítésére.

Az ajánlatkérő kérte a Kbt. 332.§ (4) bekezdése alapján a szerződés megkötésének engedélyezését, mely kérelmet a Döntőbizottság a D.658/7/2010 számú végzésével elutasított.

A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását a Kbt. VI. fejezetének a hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás szabályai szerint folytatta le a Kbt. 252.§ (1) bekezdés e) pontja alapján.

A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő közbeszerzési eljárása ellen hivatalból történt kezdeményezés körében jogsértés az alábbi indokokra tekintettel nem volt megállapítható.

A Kbt. 3.§ szerint e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.

A Kbt. 41. § (1) bekezdése kimondja, hogy közbeszerzési eljárás nyílt, meghívásos, tárgyalásos eljárás, vagy versenypárbeszéd lehet.

A Kbt. kivételes eljárásnak tekinti a tárgyalásos eljárást, melyet ajánlatkérő csak abban az esetben alkalmazhat, ha annak valamennyi törvényi feltétele fennáll.

A Kbt. 252. § (1) bekezdés e) pontja alapján a 250. § (1) bekezdésétől eltérően az ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást alkalmazhat, ha a 125. § (2) bekezdésének b) pontja, vagy (3) –(5) bekezdése szerinti eset áll fenn.

A Kbt.125.§ (2) bekezdés b) pontja szerint az ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást alkalmazhat, ha a szerződést műszaki-technikai sajátosságok, művészeti szempontok **vagy kizárólagos jogok védelme miatt kizárólag egy meghatározott szervezet, személy képes teljesíteni.**

A Kbt.4.§.13. *kizárólagos jog*: jogszabály, illetőleg közigazgatási határozat alapján egy vagy csak korlátozott számú szervezet (személy) jogosultsága meghatározott tevékenység folytatására, illetőleg cselekményre, összhangban az Európai Közösséget létrehozó szerződéssel; kivéve a 125. § (2) bekezdésének b) pontja és a 225. § (1) bekezdésének b) pontja alkalmazásában, továbbá ha e törvény másként rendelkezik (166. §).

Az ajánlatkérő hirdetmény közzététele nélküli közbeszerzési eljárást kívánt lefolytatni, mellyel kapcsolatosan az ajánlatkérőt terheli annak a bizonyítása, hogy a verseny nyilvánosságát korlátozó, kivételes eljárásfajta feltételei fennállnak.

A Kbt. 125.§ (2) bekezdés b) pontja szerint az ajánlatkérő hivatkozása alapján azt a feltételt kell vizsgálni, hogy a beszerzés tárgyára vonatkozóan fennáll - e a felkért ajánlattevőnek a Kbt.4.§ 13. pontja szerinti kizárólagos joga, melynek alapján kizárólag ő képes a beszerzés tárgyának megfelelő feladatok elvégzésére.

Az ajánlatkérő hivatkozása szerint a kizárólagos jog alapja a Fernando Botero művésszel megkötött haszonkölcsön szerződésben a haszonkölcsönbe adó által meghatározott és a kölcsönbe adás feltétele, mely szerint műveinek szállítására a Hungart Logistic Kft.-t jelöli ki. A Kbt. kizárólagos jogra vonatkozó szabályozása és az e körben érvényesülő joggyakorlat szerint polgári jogi szerződés lehet a kizárólagos jog forrása a főszabályként érvényesülő jogszabályon és közigazgatási határozaton kívül. Az ajánlatkérő és az alkotó között megkötött szerzői mű felhasználására vonatkozó szerződés is a forrása lehet a felkért ajánlattevő kizárólagos jogosultságának pl. építési tervre vagy szoftver programra vonatkozóan.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a jelen esetben fennállnak a kizárólagos jogosultság feltételei a következő indokok alapján.

A Ptk. 583.§ (1) bekezdése szerint a haszonkölcsön szerződés alapján a kölcsönadó köteles a dolgot a szerződésben meghatározott időre ingyenesen a

kölcsönvevő használatba adni, a kölcsönvevő pedig köteles azt a szerződés megszűntekor visszaadni.

A Ptk. 514.§ (1) bekezdése szerint szállítmányozási szerződés alapján a szállítmányozó köteles valamely küldemény továbbításához szükséges fuvarozási és egyéb szerződéseket a saját nevében és megbízója számlájára megkötni, valamint a küldemény továbbításával kapcsolatos egyéb teendőket elvégezni, a megbízó pedig köteles az ezért járó díjat megfizetni.

A jelen esetben a közbeszerzési szerződés tárgyát a szolgáltatási piacon más szolgáltatóktól is beszerezhető szolgáltatás képezi, mely vonatkozásában különös gonddal vizsgálandó, hogy a felkért ajánlattevőnek a kizárólagos joga fennáll-e.

A Kbt. 125.§ (2) bekezdés b) pontja több jogalapot jelöl meg, melyre tekintettel az adott szerződést kizárólag egy meghatározott szervezet, személy tudja teljesíteni, ezek egyike a kizárólagos jog fennállta. A Kbt. szövege nem ad kimerítő tartalmi meghatározást a kizárólagos jog fogalmára. A kizárólagos jog tartalmi körét különös gonddal kell vizsgálni az eljárásfajta választás kivételes voltára tekintettel. A Döntőbizottságnak e körben figyelembe kellett venni a beszerzés egyedi, specifikus tárgyát, a beszerzési tárgyra figyelemmel annak felhasználási lehetőségeit és a felhasználással kapcsolatos jogviszonyokat.

A szerzői jogról szóló 1999.évi LXXVI.tv. (a továbbiakban: Szjtv.) 4.§ (1) bekezdése szerint a szerzői jog azt illeti, aki a művet megalkotta (szerző).

Az Szjtv.10.§ (1) bekezdése szerint a szerző határoz arról, hogy műve nyilvánosságra hozható – e.

Az Szjtv.16.§ (1) bekezdésének első fordulata szerint a szerzői jogi védelem alapján a szerzőnek kizárólagos joga van a mű egészének vagy valamely azonosítható részének anyagi formában és nem anyagi formában történő bármilyen felhasználásához és minden egyes felhasználás engedélyezésére.

Az Szjtv. fenti rendelkezései értelmében a szerzőknek abszolút jogosultsága van arra, hogy a védelmük alatt álló szerzői művel bármiféle felhasználási, rendelkezési lehetőséget adjanak, a tekintetben is, hogy milyen feltételekkel biztosítják a felhasználási jogosultságot. Az Szjtv. rendelkezései esetleges megsértésének, megkerülésének kérdése pedig bírósági hatáskörbe tartozik.

A konkrét esetben a Döntőbizottság rendelkezésére álló okirati bizonyítékok alapján az állapítható meg, hogy a nevezett képzőművész a saját tulajdonát, a szerzői jog által védett műalkotásai tekintetében feltételekhez kötötte és korlátozásokkal biztosította, hogy az ajánlatkérő a műalkotásokkal milyen

mértékben rendelkezhet. A művész rendelkezési joga arra is kiterjed, hogy ezen műalkotások miként kerüljenek az ajánlatkérőhöz, mint a kiállítás rendezőjéhez, meghatározta a haszonkölcsön szerződésben azt is, hogy a szállítmányozás során hogyan történjék a fuvarozás, csomagolás és visszacsomagolás (haszonkölcsön szerződés 3. pont), valamint a kiállítás helyszínén milyen feltételeket kell biztosítani (haszonkölcsön szerződés 4-5. pont).

A Döntőbizottság arra tekintettel, hogy a szerzői jog jogosultja a művei felhasználásának feltételeként határozta meg a szállítmányozásra vonatkozó kizárólagos jogosultat, ezért jogsértést nem állapított meg.

A Döntőbizottság az ajánlattételi felhívás tekintetében sem állapított meg jogsértést.

A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy a hirdetmény közzététele nélküli közbeszerzési eljárás vonatkozásában fennáll a Kbt. 252.§ (1) bekezdés e) pontja szerinti az a feltétel, hogy a közbeszerzés tárgyát képező szerződést csak a felkért ajánlattevő tudja teljesíteni.

A Döntőbizottság a Kbt. 318. § (1) bekezdésében biztosított hatáskörében eljárva, a fenti indokok alapján a Kbt. 340. § (2) bekezdés b) pontja alapján megállapította a jogsértés hiányát.

A Döntőbizottság a költségek viseléséről a Kbt. 340. § (2) bekezdés f) pontja és a Kbt. 341. § (4) bekezdése alapján rendelkezett.

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

B u d a p e s t, 2010. szeptember 15.

Dr. Csanádi Péter sk.
közbeszerzési biztos

Székelyné Bihari Mária sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Cseh Tamás Attila sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül: Parádi Józsefné

Kapja:

- 1.) Szépművészeti Múzeum (1146 Budapest, Dózsa György u. 41.)
- 2.) OKFON Közbeszerzési és Szolgáltatási Zrt. (1139 Budapest, Gömb u. 33. I. em.)
- 3.) Hungart Logistic Kft. (2030 Érd, Szajkó u. 5.)
- 4.) Közbeszerzések Tanácsa Elnöke (1024 Budapest, Margit krt. 85.)
- 5.) Irrattár