

Közbeszerzés az Európai Unióban



Gonda Marietta, Varga Ágnes,
Várhomoki-Molnár Márta



A kiadvány a KÖFOP-2.1.1-VEKOP-15-2016-00001
„A közszolgáltatás komplex kompetencia, életpálya-
program és oktatás technológiai fejlesztése” című
projekt keretében készült el és jelent meg.

Szerzők:

dr. Gonda Marietta
dr. Varga Ágnes
dr. Várhomoki-Molnár Márta

Szakmai lektor:

dr. Kovács Dóra

2020-ban hatályosította:

dr. Gonda Marietta és dr. Várhomoki-Molnár Márta

A hatályosítás szakmai lektora:

dr. Kovács Dóra

A hatályosított kézirat lezárásának dátuma:

2020. február 15.

Kiadja:

© Nemzeti Közszerológati Egyetem;
Közigazgatási Továbbképzési Intézet, 2020

Felelős kiadó:

Prof. Dr. Kis Norbert
rektorhelyettes

A mű szerzői jogilag védett. Minden jog, így különösen a sokszorosítás, terjesztés és fordítás joga fenntartva. A mű a kiadó írásbeli hozzájárulása nélkül részeiben sem reprodukálható, elektronikus rendszerek felhasználásával nem dolgozható fel, azokban nem tárolható, azokkal nem sokszorosítható és nem terjeszthető.

TARTALOM

1. Az uniós jog szerepe a hazai közbeszerzési jogalkalmazás számára	4
1.1. Az uniós és a hazai jog viszonyának alapvetései	4
1.2. Az Európai Unió Bíróságának szerepe	7
2. Az Európai Unió közbeszerzési politikája	9
2.1. Az EU közbeszerzési politikájának céljai	9
2.2. Az uniós közbeszerzési jog forrásai, a szabályozás fejlődése	10
2.3. A hatályos közbeszerzési irányelvek és a koncessziós irányelv	14
2.3.1. 2014/24/EU irányelv	14
2.3.2. 2014/25/EU irányelv	16
2.3.3. 2014/23/EU irányelv	17
2.4. Uniós jogi követelmények az irányelvek által nem szabályozott beszerzéseknél	18
2.4.1. Az Európai Unió Bíróságának joggyakorlata	18
2.4.2. A kérdés jelentősége a hazai jogalkalmazók számára	20
3. Harmadik országok hozzáférése az EU közbeszerzési piacához	21
3.1. A közbeszerzések terén kötött nemzetközi szerződések	21
3.2. Harmadik országok hozzáférése az uniós és hazai közbeszerzésekhez nemzetközi szerződés hiányában	22
4. Az Európai Unió Bírósága esetjogának alakító szerepe, elemzése egyes közbeszerzési esetsorozatokban	25
4.1. A közigazgatáson belüli együttműködés formái	25
4.1.1. Az <i>in-house</i> beszerzés	25
4.1.2. Az ajánlatkérők közötti horizontális együttműködés közös közfeladat ellátására	27
4.2. A nyilvános meghirdetés alóli kivételek megszorító értelmezése	28
4.3. Összeférhetetlenség és a tisztességes verseny biztosítása	31
4.4. Értékelési szempontok	33
4.5. Kapacitásnyújtás, alvállalkozás	35
4.6. Szerződésmódosítás	35
4.7. A koncesszió fogalma	37
5. Az uniós fejlesztéspolitika és a közbeszerzés	39
5.1. A szabálytalanság és a pénzügyi korrekció fogalma, kiszabása	39
5.2. A Bizottság Iránymutatása a közbeszerzési szabálytalanságok esetén alkalmazandó pénzügyi korrekciókról	45
5.3. Az uniós auditok tapasztalatai az uniós finanszírozású közbeszerzésekben	53
5.3.1. A bizottsági audit	53
5.3.2. Egyedi, azaz közbeszerzési eljárásokhoz kapcsolódó lehetséges megállapítások	54
6. Jogszabálytár	66
7. Irodalomjegyzék	67

1. AZ UNIÓS JOG SZEREPE A HAZAI KÖZBESZERZÉSI JOGALKALMAZÁS SZÁMÁRA

Hazánk Európai Unióhoz való csatlakozása a hazai közbeszerzési jogalkotás és jogalkalmazás szempontjából egyaránt meghatározó jelentőségű volt. Az Európai Unió mint gazdasági közösség és mint jogközösség olyan egységet alkot, mely az annak előnyeit élvező tagállamokra jelentős kötelezettségeket is ró, így a tagállamok mozgásterét az uniós szabályok és elvek által meghatározott. Figyelemmel arra, hogy a közbeszerzési piac annak volumenére tekintettel az EU belső piacának egy igen jelentős szegmensét képezi, annak uniós szintű, egyre részletesebb szabályozása figyelhető meg. Az uniós tagságból következően hazai közbeszerzési jogalkotásra az uniós közbeszerzési szabályokkal összhangban kerülhet csak sor, továbbá a jogalkalmazóknak is kötelességük a közbeszerzési szabályokat az uniós közbeszerzési szabályoknak megfelelően értelmezniük.

1.1. Az uniós és a hazai jog viszonyának alapvetései

Az 1958. január 1-jén hatályba lépett Római Szerződéssel (más néven: EGK-Szerződés) létrejött Európai Gazdasági Közösség célja egy olyan **gazdasági közösség**, a közös piac kialakítása volt, mely a tagállamok gazdaságpolitikájának fokozatos egymáshoz közelítésével hozzájárul az egész Közösség harmonikus fejlődéséhez, stabilitásának fokozásához (EGK-Szerződés 2. cikke). A „négy szabadság”: az áruk, a szolgáltatások, a munkaerő és tőke szabad mozgásának megvalósítása és ezek közös piacának létrehozása volt az EGK integrációjának legfontosabb célja.

A Római Szerződés bár elsődlegesen egy nemzetközi gazdasági, kereskedelmi természetű szerződés, annak hatása azonban mégis szélesebb körű, mint a hagyományos szabadkereskedelmi egyezményeké. Az EGK-Szerződés kitűzött céljait csupán mint széles körű általános elveket fogalmazza meg, és a Közösség intézményeire, főként a Bizottságra és a Tanácsra bízta, hogy azok – gyakran a parlamenttel való konzultáció után – a joghézagokat másodlagos jogalkotással, azaz rendeletekkel és irányelvekkel szüntessék meg. A Római Szerződés rögzítette, hogy a tagállamok az EGK-Szerződés céljainak eléréséhez szükséges mértékben összehangolják gazdaságpolitikájukat, a Közösség szerveivel közös együttműködésben.¹

Az 1987. július 1-jén hatályba lépett Egységes Európai Okmány a belső piac, azaz egy „olyan, belső határok nélküli térség létrehozását tűzte ki célul, amelyben biztosított az áruk, a személyek, a szolgáltatások és a tőke szabad mozgása”. A Maastrichti Szerződés aláírásával (1992) mára a belső piacot gazdasági és monetáris unió egészíti ki.

Az Európai Unió olyan **jogközösséget**, olyan új jogrendet hozott létre, amely különbözik mind a nemzetközi jogtól, mind pedig az államok belső jogrendjétől. Bár az uniós jog eredetileg a nemzetközi joghoz hasonlóan, államok közötti szerződések eredményeként született, a nemzetközi jogtól számos tekintetben eltér.

Míg a nemzetközi jog államközi viszonyokat szabályoz, jogalanyai az államok, addig az uniós jog tagállamokra, magán, valamint jogi személyekre egyaránt vonatkozik. A nemzetközi jog jellemzően nemzetközi szerződésekre épül, ezzel szemben az uniós jog az alapító szerződéseken túl saját intézményei által, saját jogalkotási eljárásai nyomán kiadott jogforrásokból tevődik össze. Lényeges különbség az is, hogy az uniós jog a tagállamok jogrendjének integráns részét képezi, azt a tagállamok bíróságainak is alkalmazniuk kell.

A Római Szerződés 5. cikke az úgynevezett „*közösségi hűség*” elvében rögzíti a tagállamok Közösséggel szembeni kötelezettségeinek alapvonalát. Eszerint a *tagállamok minden alkalmas – általános vagy különleges – intézkedést megtesznek, hogy biztosítsák az EGK-Szerződésből vagy a*

¹ EUMSZ 5. cikk, EGK-Szerződés 6. cikk.

Közösség szerveinek működéséből reájuk háruló kötelezettségek teljesítését. Megkönnyítik a Közösség számára, hogy betölthesse feladatát. A tagállamok tartózkodnak minden olyan intézkedéstől, amely alkalmas lehet az EGK-Szerződés céljai megvalósulásának veszélyeztetésére.

A Bíróság (a tárgybeli ítéletek meghozatalakor: az Európai Gazdasági Közösség Bírósága, napjainkban: az Európai Unió Bírósága, összefoglalóan a továbbiakban: a Bíróság) már korai ítélkezési gyakorlatában (a Van Gend & Loos ügyben 1963-ban, valamint a Costa kontra E.N.E.L. ügyben 1964-ben hozott ítéletében) megfogalmazta azokat az alapvető jogelveket, amelyek megerősítik az uniós jog sajátos jogrendi jellegét, és döntő jelentőségűek a tagállami jogalkotás és jogalkalmazás szempontjából.

A Bíróság a **Van Gend & Loos ügyben**² hozott ítéletében kifejtette, hogy „Az EGK-Szerződés célkitűzése, hogy olyan közös piacot hozzon létre, amelynek a működése közvetlenül érinti a Közösség jogalanyait, egyúttal azt is jelenti, hogy ez a Szerződés több, mint olyan megállapodás, amely csak a szerződő államok közötti kölcsönös kötelezettségeket hoz létre. Ezt a koncepciót megerősíti egyrészt a Szerződés preambuluma, mely a kormányok mellett a népeket is említi, másrészt még egyértelműbben az olyan szuverén jogokkal felruházott intézmények létrehozása, mely jogok gyakorlása a tagállamokat, valamint azok állampolgárait egyaránt érinti. [...] Ebből azt a következtetést kell levonni, hogy a Közösség a nemzetközi jog új jogrendjét képezi, melynek javára az államok, bár szűk területeken, de korlátozták szuverén jogaikat, és amelynek alanyai nemcsak a tagállamok, hanem azok állampolgárai is.” A Bíróság ítéletében kimondta a közösségi jog **közvetlen hatályának elvét** a tagállamokban, amelynek értelmében az európai polgárok nemzeti bíróságai előtt közvetlenül is hivatkozhatnak az uniós jogi szabályokra.

A **Costa kontra E.N.E.L. ügyben**³ hozott ítéletben a Bíróság kimondta a közösségi jog belső jogszabályokkal szembeni **elsőbbségét**. „Az tehát, hogy az államok a Szerződés rendelkezéseiben meghatározott jogaikat és kötelezettségeiket a nemzeti jogrendszerükről a közösségi jogrendszerre átruházták, szuverén jogaik végleges korlátozását eredményezi, amellyel szemben a Közösség fogalmával összeegyeztethetetlen utólagos, egyoldalú jogi aktusok nem élvezhetnek elsőbbséget.”

A Bíróság e két, elvi jelentőségű ítélete alapján az Európai Unió mint jogközösség legfontosabb sajátosságai a következők szerint határozhatók meg:

- **Önálló intézményi felépítés**, amely biztosítja, hogy az EU-n belüli döntéshozatalt az európai közös érdek, azaz a célokban lefektetett uniós érdekek is formálják és befolyásolják;
- **A hatáskörök átruházása** az unió intézményeire, amely túllép a más nemzetközi szervezetek esetében szokásos mértéken, és széles körben kiterjed olyan területekre is, melyeket az államok általában maguknak tartanak fenn;
- **A saját jogrend** kialakítása, amely független a tagállamok jogrendjeitől;
- **Az uniós jog közvetlen alkalmazhatósága**, miszerint az uniós jog rendelkezései egységesen, minden tagállamban kifejtik teljes hatásukat, és mind a tagállamoknak, mind azok polgárainak jogokat biztosítanak, és egyben kötelezettségeket is rónak rájuk;
- **Az uniós jog elsőbbsége**, amely biztosítja, hogy az uniós jogot a nemzeti jog nem írhatja felül és nem módosíthatja, ha a kettő esetleg ütközne, az uniós jog élvez előnyt a nemzeti joggal szemben.⁴

1991-ben a Bíróság a Francovich és társai⁵ ügyben hozott ítéletében kimondta a **tagállam egyén-nel szembeni felelősségének** elvét, amely azokkal a károkkal kapcsolatos, amelyeket valamely tagállam a közösségi jog megsértésével okoz magánszemélyeknek. Így az európai polgárok kártérítés iránti keresetet nyújthatnak be a valamely közösségi jog rendelkezést megsértő tagállam ellen.

² C-26/62. sz. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration [1963] EBHT 0003.

³ C-6/64. sz. Flaminio Costa v E.N.E.L. [1964] EBHT 1141.

⁴ Klaus-Dieter Borchard, 2011, 33. p.

⁵ C-6/90 és C-9/90. sz. Andrea Francovich és Danila Bonifaci és mások v Olaszország [1991] EBHT I-5357.

Az alapszerződésekből⁶ és az uniós jog fenti sajátosságaiból következik a tagállamok **jogharmonizációs kötelezettsége**. Jogharmonizáción azt a jogalkotási folyamatot értjük, amely lehetővé teszi, hogy két jogrendszer szabályai egymással összeegyeztethetővé váljanak. Az uniós jogharmonizáció azt a célt szolgálja, hogy az adott tagállam jogrendszere az Európai Unió jogával összeegyeztethető legyen.

Az uniós jog az elsődleges jogforrásokat (alapító szerződések⁷ és azok módosításai), valamint a másodlagos jogforrásokat (rendelet, irányelv, határozat, vélemény, ajánlás) foglalja magában.

A jogharmonizáció elsősorban az irányelvek átültetését jelenti. Az Európai Unió működéséről szóló szerződés (EUMSZ) 288. cikke értelmében:

Az irányelv az elérendő célokat illetően minden címzett tagállamra kötelező, azonban a forma és az eszközök megválasztását a nemzeti hatóságokra hagyja. Alapelv ugyanakkor, hogy az átültetéssel olyan jogállapotot kell létrehozni, amely alapján az irányelv előírásaiból keletkező jogok és kötelezettségek kellő világossággal és határozottan felismerhetőek, és így lehetőséget biztosítanak az uniós polgároknak azok nemzeti bíróságok előtti érvényesítésére. Ehhez rendszerint kötelező érvényű nemzeti jogi aktusokat kell kibocsátani, vagy hatályos jogi és közigazgatási előírásokat kell megszüntetni vagy módosítani. Pusztán a közigazgatási gyakorlat megváltoztatása még nem elegendő.

A közbeszerzési jogban tehát elsősorban a közbeszerzési irányelvek átültetésének kötelezettsége hárul a nemzeti jogalkotókra.

Jogharmonizációs feladat ugyanakkor elvileg bármely más uniós jogi rendelkezésből is fakadhat. A rendeleteket például nem kell, sőt tilos átültetni a nemzeti jogba, ugyanakkor az azokkal ellentétes nemzeti rendelkezéseket meg kell szüntetni, és a rendeletek megfelelő tagállami végrehajtása érdekében is szükség lehet nemzeti részletszabályokra.

A tagállami jogharmonizációs kötelezettség elmulasztása esetén az Európai Bizottság végezetül az Európai Bírósághoz fordulhat. Az úgynevezett **kötelezettségzegési eljárás** (EUMSZ. 258., valamint 260. cikk) legvégén a Bíróság megállapíthatja a jogsértést, kötelezheti az adott tagállamot kötelezettségei teljesítésére, végső soron pedig bírságot is kiszabhat. A jogsértő tagállam emellett a hátrányt szenvedett **állampolgárok kárát köteles megtéríteni**.

Az uniós jog kellő érvényesüléséhez elengedhetetlenül szükséges az is, hogy a tagállami jogalkalmazók megfelelően alkalmazzák az uniós jogszabályokat, az igazságszolgáltatási szervek pedig megfelelően érvényt szerezzenek azoknak. Az elsőbbség elvéből és a közösségi hűség elvéből a Bíróság levezette, hogy **a nemzeti bíróságoknak a nemzeti jogszabályokat az uniós jog alkalmazására alkalmas módon kell értelmezniük**. A Bíróság gyakorlatából következően a nemzeti bíróságoknak a magánszemélyeknek a közvetlenül hatályosuló rendelkezésekből származó jogvédelmét is biztosítaniuk kell. A nemzeti bíróságokat terheli a Simmenthal II. ügy⁸ nyomán az úgynevezett **félretételi kötelezettség** is. A nemzeti bíróság ugyanis nem várhat arra, hogy a nemzeti jogalkotó vagy az Alkotmánybíróság a belső, közösségi jogot sértő szabályt érvénytelenítse, így az uniós joggal ellentétes tagállami jogszabály nem alkalmazható, azaz azt félre kell tenni. A Bíróság érvelése szerint: *„Minden – hatáskörében eljáró – bíróságnak kötelessége a közösségi jog teljes egészében történő alkalmazása és azon jogok védelme, amelyet az a magánszemélyek számára biztosít, adott esetben eltekintve a nemzeti jog mindazon – akár a közösségi szabályt megelőző, akár azt követő – rendelkezéseinek alkalmazásától, amelyek esetlegesen ellentétesek azzal. Ennélfogva a közösségi jog természetében rejlő követelményekkel összeegyeztethetetlen lenne valamely nemzeti jogrendszer minden*

⁶ Az alapszerződések és hatálybalépésük éve: A párizsi szerződés, mely létrehozta az Európai Szén- és Acélközösséget (ESZAK – 1952); az Európai Atomenergia Közösséget (Euratom) létrehozó szerződés (1958); az [Európai Gazdasági Közösséget](#) (EGK) létrehozó szerződés (Római Szerződés – 1958) és a [Maastrichti Szerződés](#) (1993).

⁷ Jelenleg három alapító szerződés hatályos: az Európai Unióról szóló szerződés, amely a Maastrichti Szerződéssel jött létre; az Európai Unió működéséről szóló szerződés, amely az Európai Gazdasági Közösséget létrehozó szerződés és az azt követő módosító szerződések egységes szerkezetbe foglalt változata; valamint az Európai Atomenergia-Közösséget (Euratom) létrehozó szerződés.

⁸ C- 106/77. sz. Simmenthal SpA v Ministère des finances italien [1976] EBHT 1871.

olyan rendelkezése, illetve minden olyan jogalkotási, közigazgatási vagy bírósági gyakorlata, amely csökkentené a közösségi jog hatékonyságát azáltal, hogy megfosztja a közösségi jog alkalmazására hatáskörrel rendelkező bíróságot azon jogtól, hogy már az alkalmazás időpontjában minden szükséges lépést megteheszen annak érdekében, hogy a közösségi normák teljes hatékonyságának esetleges akadályát képező nemzeti jogszabályi rendelkezéseket félretegye.”⁹

Az uniós jognak megfelelő értelmezés egy különleges formája az **irányelvkonform-értelmezés**. Eszerint a tagállamok kötelesek az irányelveket átültetni, a jogalkalmazóknak és a bíróságoknak pedig az irányelvkonform-értelmezésen keresztül kell hozzájárulniuk ahhoz, hogy az illetékes tagállam teljes mértékben eleget tegyen átültetési kötelezettségének. Így biztosítható csak valamennyi tagállamban a nemzeti végrehajtó jogszabályok egységes értelmezése és alkalmazása. Amennyiben ugyanakkor a nemzeti jog szóhasználata oly mértékben egyértelmű, hogy az nem tesz lehetővé értelmezést, a nemzeti jogot tilos „contra legem” értelmezni, ez esetben az uniós jog és a nemzeti jog közötti összeütközés csak a **kötelezettségszegési eljárásban** oldható fel.¹⁰ A korábban már említett Francovich-ügy¹¹ nyomán a **tagállamok kötelesek ugyanakkor azon károk megtérítésére, amelyek az irányelvek hiányzó, vagy nem megfelelő átültetése miatt következnek be.**

1.2. Az Európai Unió Bíróságának szerepe

A Bíróság mint az európai joghatóság legfelsőbb bírósága hivatott egységes jogértelmezést kiadni az uniós jogszabályokról annak érdekében, hogy azokat az összes uniós országban azonos módon alkalmazzák, ezen túlmenően pedig rendezzi a tagállami kormányok és az uniós intézmények közötti jogvitákat.

Az uniós jog egységes értelmezését és alkalmazását sajátos mechanizmus, az **előzetes döntéshozatali eljárás** biztosítja. Ennek az eljárásnak a keretében a tagállami bíróságok – és az előzetes döntés szempontjából azokkal egy tekintet alá eső bírói testületek – jogértelmezési kérdéseikkel a Bírósághoz fordulhatnak, és a kapott értelmezés fényében kötelesek az előttük folyó ügy eldöntésére. A Bíróság elé érkező és ott tárgyalt ügyek döntő részét képezi az előzetes döntésre irányuló kérelmek elbírálása.

A közbeszerzési jogviták kapcsán is van lehetőség arra, hogy a Bíróság döntését kérjék a jogorvoslati szervek. Így A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 157. §-a szerint, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság az Európai Bíróság előzetes döntéshozatali eljárását kezdeményezi az EUMSZ-ben foglalt szabályok szerint, erről külön végzéssel dönt, és ezzel egyidejűleg az eljárást felfüggeszti. A Közbeszerzési Döntőbizottság végzésében meghatározza azt a kérdést, amely kapcsán az Európai Bíróság előzetes döntését igényli, valamint – a feltett kérdés megválaszolásához szükséges mértékben – ismerteti a tényállást és a magyar jog érintett szabályait. A Közbeszerzési Döntőbizottság a végzést az Európai Bíróság számára való kézbesítéssel egyidejűleg, tájékoztatásul megküldi az igazságügyért felelős miniszter és a közbeszerzésekért felelős miniszter részére is. Természetesen a Közbeszerzési Döntőbizottság határozata ellen indított közigazgatási perben eljáró bíróságoknak is van lehetőségük a Bíróság előzetes döntéshozatali eljárásának kezdeményezésére. A közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény 34. §-a értelmében a perben eljáró bíróság hivatalból, vagy kérelemre, a polgári perrendtartás szabályai szerint kezdeményezheti a Bíróság előzetes döntéshozatali eljárását.

⁹ Blutman, 2014.

¹⁰ EUMSZ 258. és 259. cikk.

¹¹ C-6/90 és C-9/90. sz. Andrea Francovich és Danila Bonifaci és mások v Olaszország [1991] EBHT I-5357.

Magyar bíróság kezdeményezésére mindeztidáig 4 közbeszerzési vonatkozású ügyben született ítélet, a szakanyag lezárásának időpontjában ugyanakkor több folyamatban lévő ügy is van¹². Az idáig magyar bírói kezdeményezésre született ítéletek az alábbiak:

- C-138/08. sz. Hochtief I. ügy (C-138/08. sz. Hochtief és Linde-Kca-Dresden ügy – EBHT 2009, I-09889. o.)
- C-218/11. sz. Hochtief II. ügy (C-218/11. sz. – Édukövízig és Hochtief Construction ügy – elektronikus EBHT-ben közzétett)
- C-470/13. sz. Generali Providencia ügy C-470/13. sz. (Generali Providencia Biztosító Zrt. kontra Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság – elektronikus EBHT-ben közzétett)
- C-300/17. sz. Hochtief III. ügy (C-300/17. sz. Hochtief AG kontra Budapest Főváros Önkormányzata – elektronikus EBHT-ben közzétett).

Az uniós jog egységes alkalmazása szempontjából kiemelt jelentőségűek a **kötelezettségszegési eljárások** is. Kötelezettségszegési eljárást az Európai Bizottság, illetve az uniós tagállamok kezdeményezhetnek a Bíróság előtt, azon tagállam ellen, amely nem teljesíti az uniós jogból eredő kötelezettségét. Elmarasztaló ítélet esetén a kérdéses tagállamnak késelem nélkül fel kell hagynia a kérdéses gyakorlattal, ellenkező esetben ugyanis újabb eljárás indulhat ellene, melynek során pénzbírságot is kiróhatnak rá. Közbeszerzésekkel kapcsolatban is számos kötelezettségszegési eljárás indul, ezek egy része a közbeszerzési irányelvek átültetésének elmulasztásához, illetve a nem megfelelő átültetéshez kapcsolódik, másik része pedig az uniós joggal ellentétes tagállami közbeszerzési gyakorlathoz köthető.

¹² Lásd a C-496/18, C-491/19, C-263/19 és C-497/18. számú ügyeket.

2. AZ EURÓPAI UNIÓ KÖZBESZERZÉSI POLITIKÁJA

2.1. Az EU közbeszerzési politikájának céljai

Az Európai Unió közbeszerzési politikája az uniós belső piaci politika részét képezi. A belső piac az uniós integráció egyik legfontosabb eleme, amely az európai gazdaság növekedését és versenyképességét szolgálja. A belső piac, ahogy korábban is említettük, egy olyan, belső határok nélküli térség, amelyben megvalósul az áruk, a személyek, a szolgáltatások és a tőke szabad mozgása. A belső piac kiépítéséhez számos olyan akadályt kellett felszámolni, amely korlátozta a tagállamok közötti szabad kereskedelmet (ilyenek voltak például: a vámok, a mennyiségi korlátozások, a technikai előírásokból eredő korlátozások, a diszkriminatív adók stb.). A belső piaci szabadságok gyakorlásának akadályát jelentették azok a diszkriminatív közbeszerzési gyakorlatok is, amelyekkel az egyes tagállamok saját vállalkozásaikat igyekeztek előnyben részesíteni a közbeszerzések esetében. Az ilyen diszkriminatív közbeszerzési gyakorlatok ugyanis – más kereskedelmi korlátozásokhoz hasonlóan – megakadályozzák a tagállami vállalkozások hozzáférését más uniós országok piacaihoz. Mivel a közszféra beszerzései az EU GDP-jének több, mint 14%-át teszik ki,¹³ egyértelmű, hogy a közbeszerzések esetében a gazdaságnak olyan jelentős szegmenséről van szó, amelynek szabályozása nélkül a belső piac csak nagyon korlátozottan valósulhatna meg.

Az Európai Unió belső piaci politikájába illeszkedő uniós közbeszerzési politika *elsődleges célja* a *diszkriminatív, azaz nem a gazdasági logikán alapuló közbeszerzési gyakorlatokból származó piaci akadályok felszámolása*. Az uniós jogalkotó számára nyilvánvaló volt, hogy e gyakorlatok felszámolásához nem elég pusztán a belső piaci szabadságokat sértő magatartások egyedi szankcionálása, hanem pozitív előírásokra van szükség, csak a tiszta versenyt biztosító eljárási szabályok megalkotása hozhat eredményt.

Jacobs főtanácsnok egyik indítványában a következőképpen foglalja össze az uniós közbeszerzési politika célját: „A közbeszerzések szabályozásának fő célja általánosságban, hogy biztosítsa a közpénzek tisztességes és hatékony, komoly értékelésen alapuló, elfogultság és pénzügyi, vagy politikai quid pro quo nélküli elköltését. **A közösségi harmonizáció célja, hogy ezen kívül biztosítsa a kereskedelmi akadályok eltörlését és az egyenlő versenyfeltételeket, többek között a transzparenciát és objektivitást előíró követelményekkel.**”¹⁴

Az Európai Unió Működéséről szóló Szerződésben¹⁵ (EUMSZ) nem szerepel kifejezetten a közbeszerzési politika, a közbeszerzési irányelvek megalkotásuk jogalapjaként az EUMSZ azon rendelkezéseire hivatkoznak, amelyek a belső piac megteremtéséhez szükséges jogalkotásra adnak felhatalmazást. Azokon a területeken, amelyeken nem érvényesülnek az uniós közbeszerzési irányelvek (pl. az értékhatár alatti szerződések), az Európai Unió Bírósága szintén a belső piaci szabadságok, elsősorban a letelepedés szabadsága és a szolgáltatásnyújtás szabadsága alapján vezeti le, hogy a szerződések megkötése előtt átlátható versenyeztetést kell tartani. Az uniós közbeszerzési szabályok belső piaci háttere, szoros kapcsolata a belső piaci szabadságokkal tetten érhető abban is, hogy a közbeszerzési irányelvek szabályai milyen személyi kör mely beszerzéseire (személyi és tárgyi hatály) terjednek ki.

Az uniós közbeszerzési szabályozás mögött az az elképzelés húzódik meg, hogy míg a piacon működő vállalkozások a verseny nyomása alatt hozzák meg döntéseiket (ezért azokat a hatékonyság vezérli), a közszféra szervezetei – ezt kikényszerítő szabályok hiányában – nem gazdasági megfontolások alapján hoznak meg beszerzési döntéseiket, hanem különböző politikai célok, különösen a

¹³ Az Európai Bizottság adatai szerint. Forrás: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_hu (Utolsó letöltés dátuma: 2018. november 15.)

¹⁴ Jacobs főtanácsnok indítványa a C-19/00. sz. ügyben, kiemelés a tananyag szerzőjétől.

¹⁵ Az Európai Unió működéséről szóló szerződés az Európai Gazdasági Közösséget létrehozó szerződés és az azt követő módosító szerződések egységes szerkezetbe foglalt változata.

hazai vállalkozások előnybe hozása mentén. A közbeszerzési szabályozás ezért *személyi hatályát* tekintve arra az alanyi körre terjed ki, amelyről az uniós jogalkotó azt feltételezi, hogy nem piaci alapon hozná meg beszerzési döntéseit, ezáltal torzítva a szabad versenyt az EU belső piacán. Az irányelvek ezt szem előtt tartva határozzák meg az *ajánlatkérők* fogalmát.

Az uniós közbeszerzési jog *tárgyi hatálya* csak azon *szervezetekre* terjed ki, amelyek a belső piac szempontjából relevánsak, azaz igényt tarthatnak az *adott tagállamon kívüli, más tagállami vállalkozások érdeklődésére* is. Az irányelvek esetében ezt fejezik ki az uniós *közbeszerzési értékhatárok*, amelyek révén az irányelvi szabályozás csak meghatározott nagyságrendű szerződésekre vonatkozik. Fontos azonban, hogy az Európai Unió Bírósága gyakorlatával az irányelvek tárgyi hatályán kívül is kiterjesztette a nyilvános versenyeztetés követelményét. A Bíróság gyakorlata szerint a szerződések akkor is relevánsak lehetnek a belső piac szempontjából, ha az irányelvi szabályozás nem terjed ki rájuk. Ebben az esetben pedig az EUMSZ belső piacra vonatkozó szabályaiból következik az, hogy e szerződéseket nyilvánosan meg kell hirdetni és a nyertes személyéről szóló döntésnek objektív, előre meghatározott kritériumokon kell alapulnia.

Az irányelvi szabályozás csak részlegesen terjed ki a 2014/24/EU irányelv XIV. mellékletében (a 2014/25/EU irányelv XVII. mellékletében, illetve a 2014/23/EU irányelv IV. mellékletében) felsorolt szociális, egészségügyi, kulturális és más szolgáltatásokra. E szolgáltatásokra nem vonatkoznak a részletes eljárási szabályok, előírják azonban az irányelvek a nyilvános meghirdetés követelményét és azt, hogy a tagállamok kötelesek olyan nemzeti szabályozást bevezetni, amely biztosítja az átláthatóság és az egyenlő bánásmód elveinek érvényesülését.

Az irányelv preambuluma e szolgáltatások esetében az irányelvi szabályozás részlegességét azzal indokolja, hogy e szolgáltatások természetüknél fogva korlátozott határokon átnyúló dimenzióval jellemezhetők, „*a szóban forgó szolgáltatásokat meghatározott körülmények között nyújtják, amelyek a különböző kulturális hagyományoknak köszönhetően tagállamonként jelentősen eltérők. Ezért az említett szolgáltatásokra irányuló közbeszerzési szerződések esetében külön szabályozást kell kialakítani egy, a többi szolgáltatásra alkalmazandónál magasabb értékhatárral. Az ezen értékhatár alatti, személyeknek nyújtott szolgáltatás általában nem tartozik más tagállamok szolgáltatásainak érdekkörébe, kivéve, ha konkrét jelek utalnak ennek az ellenkezőjére, mint például a határokon átnyúló projektek uniós finanszírozása.*”¹⁶ Az említett egészségügyi, szociális és oktatási szolgáltatások esetében olyan területről van szó, amelyet a tagállamok nem kívántak teljes mértékben alávetni az irányelvi szabályozásnak, amelyet az irányelv hatálya is kifejez. Ugyanakkor e szolgáltatások esetében is igaz az, hogy amennyiben megállapítható, hogy egy szerződés határon átnyúló jelentőséggel rendelkezik, az irányelvi értékhatárok alatt is alkalmazni kell az EUMSZ-ből levezethető, nyilvános és átlátható versenyt előíró követelményeket.

2.2. Az uniós közbeszerzési jog forrásai, a szabályozás fejlődése

Az **alapító szerződések** nem tartalmazzak kifejezetten közbeszerzési szabályokat, ugyanakkor egyes alapvető szerződéses rendelkezések meghatározó jelentőségűek a közbeszerzési piac szempontjából is.

Ilyenek az **alapszabadságok: az áruk szabad mozgása, a letelepedés szabadsága, a szolgáltatásnyújtás szabadsága, valamint a nemzetiségi alapon történő diszkrimináció tilalma**, ezek közbeszerzési szempontból is alapvető fontosságúak, hiszen mint az egységes belső piac működését biztosítani hivatott elvek, azok az annak részét képező belső közbeszerzési piacon is megfelelően érvényesítendőek. Az EUMSZ így a kereskedelmi akadályok lebontása érdekében megteremtette a jogalapot a másodlagos jogforrások megalkotására. Az alapszabadságok, az azokból levezethető

¹⁶ A 2014/24/EU irányelv (114) preambulum bekezdése.

további elvek és a közbeszerzések irányelvi szintű szabályainak viszonyát maga a 2014/24/EU irányelv preambuluma (1) bekezdése is meghatározza a következők szerint:

„A közbeszerzési szerződések tagállami hatóságok által, vagy nevében történő odaítélésének meg kell felelnie az Európai Unió működéséről szóló szerződés (EUMS)z) alapelveinek, különösen az áruk szabad mozgásának, a letelepedés szabadságának és a szolgáltatásnyújtás szabadságának, valamint az ezekből származó elveknek, mint például: az egyenlő bánásmód, a megkülönböztetés tilalma, a kölcsönös elismerés, az arányosság és az átláthatóság elvének. Ugyanakkor a bizonyos értéket meghaladó közbeszerzési szerződések tekintetében a nemzeti közbeszerzési eljárásokat koordináló rendelkezéseket kell megállapítani annak érdekében, hogy az említett elvek a gyakorlatban is érvényesüljenek, és a közbeszerzés területén biztosítva legyen a verseny.”

A tagállamok közbeszerzési szabályainak jelentős különbségei miatt már a '70-es években nyilvánvalóvá vált, hogy indokolt az **irányelvi szintű szabályozás** az egységes belső közbeszerzési piac megteremtése érdekében. Az első közbeszerzési irányelv az építési beruházásokra irányuló közbeszerzéseket szabályozta, majd ezt hamarosan követte az árubeszerzések szabályozása.¹⁷

A Bizottság 1985-ben fogadta el a Fehér Könyvet,¹⁸ amely előirányozta az egységes belső piac létrehozása érdekében a 4 alapszabadság, így az áru, a szolgáltatás, a tőke és a munkaerő teljes mértékben szabad áramlásának megvalósítását.

E célkitűzések elérése érdekében a tagállamoknak le kellett bontaniuk a még meglévő akadályokat, amely magában foglalta a közbeszerzések piacának megnyitását és a szolgáltatások piacának liberalizációját. A Fehér Könyv nyomán megkezdett jogalkotási folyamat eredményeként születtek meg többek között a korábbiakat módosító közbeszerzési irányelvek (89/440/EGK irányelv a 71/305/EGK irányelv módosításáról, 88/295/EGK irányelv a 77/62/EGK módosításáról), illetőleg sor került a szolgáltatás-megrendelések szabályozására is, a 92/50/EGK irányelv¹⁹ elfogadásával.

Az úgynevezett klasszikus ajánlatkérői szektort illetően az 1990-es években fogadták el az építési beruházásokra vonatkozó 93/37/EGK²⁰ és az árubeszerzésekre irányadó 93/36/EGK irányelveket,²¹ amelyek a 89/440/EGK és a 88/295/EGK irányelvek által bevezetett módosításokat foglalták egységes szerkezetbe.

A Fehér Könyv nyomán megszületett közbeszerzési irányelvek különösen jelentősek abból a szempontból, hogy az így megalkotott szabályok a mai napig is ezen jogterület alapvető uniós normáit jelentik. Így rögzültek a közbeszerzési eljárásokat irányelvi szabályozás hatálya szempontjából meghatározó *alapfogalmak* (például: közbeszerzési szerződés, közbeszerzési tárgyak, ajánlatkérők, eljárásfajták definíciója), a beszerzési igények közösségi szintű meghirdetését, illetve az átláthatóságot és esélyegyenlőséget biztosító egyéb szabályok, a közbeszerzés tárgyának műszaki leírására vonatkozó követelmények, az eljárásfajtákra, valamint a gazdasági szereplők kiválasztására és az ajánlatok elbírálására irányadó rendelkezések.²²

A '90-es években került sor az úgynevezett közszolgáltatói szektor, azaz a víz, az energia, a tömegközlekedés és a telekommunikáció ágazataiban tevékenykedő ajánlatkérők közbeszerzéseinek irányelvi szintű szabályozására is. Az első közszolgáltatói irányelv az építési beruházások és

¹⁷ A Tanács 71/305/EGK irányelve (1971. július 26.) az építési beruházásra irányuló közbeszerzési eljárások összehangolásáról; a Tanács 77/62/EGK irányelve (1976. december 21.) az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési eljárások összehangolásáról.

¹⁸ A Bizottság Fehér Könyve a Belső Piac megvalósításáról (Completing the Internal Market). Brüsszel, 1985. június 14. COM(85) 310 végleges

¹⁹ A Tanács 92/50/EGK irányelve (1992. június 18.) a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról.

²⁰ A Tanács 93/37/EGK irányelve (1993. június 14.) az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról.

²¹ A Tanács 93/36/EGK irányelve (1993. június 14.) az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról.

²² Németh, 2018, 95. p.

az árubeszerzések tekintetében került elfogadásra (90/531/EGK irányelv)²³. A közszolgáltatók szolgáltatásmegrendeléseinek szabályozására, valamint a korábbi közszolgáltatói közbeszerzések szabályainak módosítására és egységes szerkezetbe foglalására a 93/38/EGK irányelv²⁴ elfogadásával került sor.

A közbeszerzési piac kiemelkedő jelentőségét támasztja alá továbbá az is, hogy a közbeszerzési szabályok hatékonyságának növelése érdekében az uniós jogalkotó a közbeszerzési jogorvoslatok egyes kérdéseit is hamarosan az irányelvi szabályozás hatálya alá vonta. Így az 1980-as évek végén elfogadásra került a 89/665/EGK irányelv²⁵ (az építési beruházásra és az árubeszerzésre irányuló szerződések odaítélésre vonatkozó jogorvoslat tárgyában), valamint a 92/13/EGK irányelv²⁶ elfogadásával a klasszikus ajánlatkérők közbeszerzései mellett a közszolgáltatók közbeszerzésével kapcsolatos jogorvoslati eljárások is bekerültek az uniós szabályozás hatálya alá. A jogorvoslati irányelvek előirányozzák a tagállamok számára a gyors és hatékony jogorvoslati intézményrendszer működtetését és jogsértés esetében a hatékony, arányos és visszatartó erejű szankciók kiszabását. Az irányelvek tág mozgásteret biztosítanak a rendelkezések átültetése tekintetében, az alkalmas közbeszerzési jogorvoslati rendszer megfelelő kialakítása és a megfelelő részletszabályok megalkotása a tagállami hatáskörben marad.

1995-ben az új Kormányzati Beszerzési Megállapodás (Agreement on Government Procurement – GPA) elfogadása szükségessé tette az irányelvek ismételt módosítását (így születtek meg a 97/52/EK és a 98/04/EK módosító irányelvek).

A szabályanyag egységesítése, észszerűsítése és modernizációja érdekében a 2000-ben elindított reformfolyamat eredményeként, 2004-ben született meg a 2004/18/EK irányelv²⁷ a klasszikus ajánlatkérők közbeszerzései vonatkozásában, valamint a 2004/17/EK²⁸ irányelv a közszolgáltató szektor közbeszerzéseinek szabályozására vonatkozóan. Az új szabályokkal lényegében a szétfűzött joganyag átláthatóságát próbálták javítani és azt egyszerűsíteni. Újdonságot a klasszikus ajánlatkérők számára a nagyobb mozgásteret biztosító egyes eljárásfajták beiktatása és az elektronikus eszközök, technikák, eljárások használatának előmozdítása, valamint egyes, úgynevezett horizontális (környezetvédelmi és szociális) szempontok érvényesíthetőségének megerősítése jelentett.²⁹

Ezt követően került sor a jogorvoslati irányelvek reformjára, így elfogadták a 2007/66/EK³⁰ irányelvet a jogorvoslati irányelvek módosításáról (mely a közbeszerzési jogorvoslati rendszerek hatékonyságának további fokozását, egyes szisztematikus hibák kiküszöbölését célozta meg), így a tagállamoknak biztosítaniuk kell a szerződéskötést megelőzően a hatékony jogorvoslat lehetőségét, ezt célozta a szerződéskötési moratórium és a kötelező szerződésérvénytelenségi esetkörök irányelvi szintű szabályozása.

²³ A Tanács 90/531/EGK irányelve (1990. szeptember 17.) a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásairól.

²⁴ A Tanács 93/38/EGK irányelve (1993. június 14.) a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról.

²⁵ A Tanács 89/665/EGK irányelve (1989. december 21.) az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról.

²⁶ Tanács 92/13/EGK irányelve (1992. február 25.) a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatok beszerzési eljárásairól.

²⁷ Az Európai Parlament és a Tanács 2004/18/EK irányelve (2004. március 31.) az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról.

²⁸ Az Európai Parlament és a Tanács 2004/17/EK irányelve (2004. március 31.) a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatokban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról.

²⁹ Németh, 2018., 95. p.

³⁰ Az Európai Parlament és a Tanács 2007/66/EK irányelve (2007. december 11.) a 89/665/EGK és a 92/13/EGK tanácsi irányelvek a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó jogorvoslati eljárások hatékonyságának javítása tekintetében történő módosításáról.

Az irányelvi szabályozás további tárgykörre történő kiterjesztését valósították meg a 2009/81/EK irányelv³¹ elfogadásával, amely a védelmi szektor közbeszerzéseinek uniós szintű szabályozását valósította meg.

A 2008-2009-es gazdasági világválságot követően került elfogadásra az *Európa 2020 Stratégia*, az intelligens, fenntartható és inkluzív növekedés jegyében. Az EU 5 nagyszabású célt tűzött ki maga elé, így a foglalkoztatás, az innováció, az oktatás, a társadalmi befogadás és az éghajlat/energiapolitika területén célzott meg változtatásokat, amelyeket 2020-ig kíván megvalósítani. A stratégia megvalósítását konkrét uniós és tagállami intézkedések segítik, amelyek egyike az uniós közbeszerzési szabályozás felülvizsgálata volt. Az Európai Bizottság 2011 áprilisában közzétette a stratégia megvalósítására irányuló *Egységes piaci intézkedéscsomagot*, amely kulcsintézkedésként előirányozta a közbeszerzésre vonatkozó jogi keret felülvizsgálatát és korszerűsítését:

„Olyan kiegyensúlyozott közbeszerzési politika megteremtése érdekében, amely a környezet-kímélő, társadalomtudatos és innovatív termékek, szolgáltatások és építési beruházások iránti keresletet támogatja. A felülvizsgálatnak az ajánlatkérők számára egyszerűbb és rugalmasabb eljárásokat is kell kínálnia, továbbá könnyebbé kell tennie a közbeszerzéseken való részvételt a vállalkozások, és különösen a kkv-k számára.”

E célkitűzések megvalósítása érdekében került sor a hatályos közbeszerzési irányelvek 2014-es elfogadására, melyek a következők:

- az Európai Parlament és a Tanács 2014/24/EU irányelve (2014. február 26.) a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről (a továbbiakban: 2014/24/EU irányelv)
- az Európai Parlament és a Tanács 2014/25/EU irányelve (2014. február 26.) a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatási ágazatban működő ajánlatkérők beszerzéseiről és a 2004/17/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről (a továbbiakban: 2014/25/EU irányelv)
- az Európai Parlament és a Tanács 2014/23/EU irányelve (2014. február 26.) a koncessziós szerződésekről (a továbbiakban: 2014/23/EU irányelv).

Természetesen az irányelvi szabályozást számos uniós rendelet is kiegészíti, a következő tárgykörökben:

- Hirdetményminták: 1986/2015/EU rendelet³²
- Egységes európai közbeszerzési dokumentum (ESPD): 7/2016/EU rendelet³³
- Közbeszerzési Szójegyzék (CPV): 213/2008/EK rendelet a CPV módosításáról³⁴
- Értékhatárokat rögzítő, az irányelveket módosító rendeletek³⁵

Összességében elmondható, hogy az uniós közbeszerzési irányelvek hatálya egyre bővült: a kezdeti, úgynevezett klasszikus ajánlatkérőkre vonatkozó személyi hatályt kiterjesztették az egyes ágazatokban nem valódi versenyfeltételek szerint működő közszolgáltatókra, míg a tipikus beszerzési

³¹ Az Európai Parlament és a Tanács 2009/81/EK Irányelve (2009. július 13.) a honvédelem és biztonság területén egyes építési beruházásra, árubeszerzésre és szolgáltatásnyújtásra irányuló, ajánlatkérő szervek vagy ajánlatkérők által odaítélt szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról, valamint a 2004/17/EK és 2004/18/EK irányelv módosításáról.

³² A Bizottság 1986/2015/EU rendelete a közbeszerzési hirdetmények közzétételére használandó hirdetményminták létrehozásáról és a 842/2011/EK végrehajtási rendelet hatályon kívül helyezéséről.

³³ A Bizottság 7/2016/EU rendelete az egységes európai közbeszerzési dokumentum formanyomtatványának meghatározásáról.

³⁴ A Bizottság 213/2008/EK rendelete (2007. november 28.) a közös közbeszerzési szószerződetről (CPV) szóló 2195/2002/EK európai parlamenti és tanácsi rendelet módosításáról és a közbeszerzési eljárásokról szóló 2004/17/EK és 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvek a CPV felülvizsgálata tekintetében történő módosításáról.

³⁵ Például a BIZOTTSÁG (EU) 2019/1828 FELHATALMAZÁSON ALAPULÓ RENDELETE (2019. október 30.) a 2014/24/EU európai parlamenti és tanácsi irányelvnek az árubeszerzésre, a szolgáltatásnyújtásra és az építési beruházásokra, valamint a tervpályázatokra irányadó értékhatárok tekintetében történő módosításáról

tárgyakra (így az áru, az építési beruházás és bizonyos szolgáltatások beszerzésére) vonatkozó tárgyi hatály bővült a szolgáltatások bővebb körével és az építési, valamint a szolgáltatási koncessziók külön irányelvi szabályozásával.³⁶

Kiemelendő, hogy a Bíróság közbeszerzési ügyekben hozott döntései is irányadóak a hazai jogalkalmazók számára. További fontos közbeszerzési jogforrásokat találunk az úgynevezett *soft law* dokumentumokban is (ilyenek a közlemények,³⁷ az útmutatók,³⁸ az értelmező jegyzetek, a kézikönyvek³⁹).

2.3. A hatályos közbeszerzési irányelvek és a koncessziós irányelv

A 2014-es közbeszerzési irányelvek átültetési határideje 2016. április 18-án járt le. Az uniós jogalkotó ez alól csak az elektronikus átállás terén adott kivételre lehetőséget. A hazai átültetés azonban jóval a határidőt megelőzően, 2015. november 1-én megvalósult a Kbt. hatálybalépésével, míg az elektronikus kommunikációra történő kötelező átállás követelményét valamennyi ajánlatkérő vonatkozásában 2018. április 15-i hatállyal ültették át a hazai közbeszerzési jogba.

Bár a 2014-es irányelvek minden korábbi irányelvnél részletesebben szabályozzák a közbeszerzéseket, továbbra is megőrizték koordinatív jellegüket, azaz a tagállami közbeszerzési szabályok összehangolását célozzák, teljes közbeszerzési szabályrendszert maradéktalanul azonban nem hoznak létre. A tagállamok továbbra is rendelkeznek bizonyos fokú mozgástérrel saját közbeszerzési szabályaik megalkotása során, feltéve, hogy az uniós jogot (és ezen belül a közbeszerzési irányelvek szabályain túlmenően az uniós jog alapszabadságait és alapelveit)⁴⁰ is tiszteletben tartják. Hangsúlyozandó, hogy a hatályos közbeszerzési irányelvek is csak az uniós közbeszerzési értékhatárokat meghaladó értékű közbeszerzésekre irányadóak,⁴¹ ezen értékhatárok alatti nemzeti szabályok megalkotása során is tekintettel kell azonban lenni az uniós alapszabadságokra és alapelvekre.

2.3.1. 2014/24/EU irányelv

A 2014/24/EU irányelv a klasszikus ajánlatkérők uniós értékhatárokat elérő értékű közbeszerzéseit szabályozza. Az irányelv a **klasszikus ajánlatkérők** (az irányelv szóhasználatában: *ajánlatkérő szervezetek*) körébe azokat a szereplőket sorolja, melyek jellemzően nem a piaci viszonyoknak megfelelően tevékenykednek, és hoznak döntéseket, hanem az állami szférához szorosan kötődve, többletjogositványokkal rendelkeznek. A klasszikus ajánlatkérők körébe (és így a 2014/24/EU irányelv alanyi hatálya alá) tartoznak a következők:

- állam,
- területi vagy a települési önkormányzat,

³⁶ Németh, 2018, 100. p.

³⁷ Például a Bizottság értelmező közleménye (2006/C 179/02) a közbeszerzési szerződésekről szóló irányelvek által nem, vagy csak részben szabályozott közbeszerzési eljárásokra alkalmazandó közösségi jogról.

³⁸ Például az Útmutató közbeszerzési szakemberek számára az európai strukturális és beruházási alapok által finanszírozott projektek közbeszerzési eljárásai során elkövetett leggyakoribb hibák elkerüléséhez; valamint az Útmutató a szociális szempontok figyelembevételéhez a közbeszerzések során.

³⁹ Például a Zöld közbeszerzés! A környezetvédelmi szemléletű közbeszerzés kézikönyve

⁴⁰ EUMSZ (EK Szerződés) elvei: áruk szabad mozgása (EUMSZ 28. cikk / ex EK 23. cikk), letelepedés szabadsága (EUMSZ 49. cikk / ex EK 43. cikk), szolgáltatásnyújtás szabadsága (EUMSZ 56. cikk / ex EK 49. cikk), megkülönböztetés-mentesség, egyenlő bánásmód (EUMSZ 18. cikk / ex EK 12. cikk) és az ezekből levezethető további elvek, mint az átláthatóság, arányosság, kölcsönös elismerés.

⁴¹ Ld. a Közbeszerzési Hatóság elnökének tájékoztatóját a közbeszerzési értékhatárokról: <https://kozbeszerzes.hu/cikk/megjelentek-a-2020-tol-alkalmazando-uj-kozbeszerzesi-ertekhatarok> (Utolsó letöltés dátuma: 2020. január 17.) A mindenkor uniós értékhatárokat időszakonként az Európai Bizottság állapítja meg és teszi közzé az *Európai Unió Hivatalos Lapjában*.

- közjogi intézmény,
- egy vagy több ilyen szerv, illetve közjogi intézmény által létrehozott társulás.

Hangsúlyozandó, hogy a fenti alanyi kör fogalmát az uniós jog határozza meg, az irányelvi fogalom meghatározásokon túlmenően a Bíróság esetjogában dolgozta ki e fogalmak közösségi jogi jellegét és azok funkcionális értelmezését.⁴²

A 2014/24/EU irányelv **tárgyi hatálya** alá az árubeszerzések, a szolgáltatásmegrendelések, és az építési beruházások tartoznak. Bár a teljes irányelvi szabályozás hatálya alá tartozó szolgáltatások köre kibővült, egyes szociális és egyéb, az irányelv által felsorolt szolgáltatásokra az irányelv enyhébb, úgynevezett *különös közbeszerzési szabályait* kell alkalmazni (ld. az irányelv III. címének szabályait). A különös közbeszerzési szabályok irányadóak a tervpályázati eljárásokra is.

A 2014/24/EU irányelv taxatív felsorolja a *Kizárások* címszó alatt az irányelv hatálya alá tartozás alóli kivételi lehetőségeket is, melyeket a Bíróság esetjogában következetesen szűken rendel értelmezni.

A 2014/24/EU irányelv **szabályai** a következőképp épülnek fel:

- I. *Hatály, fogalom meghatározások és általános elvek*
- II. *A közbeszerzési szerződésekre vonatkozó szabályok*
 - Eljárások
 - Az elektronikus és összetett beszerzés technikai és eszközei
 - Az eljárás menete
 - A szerződés teljesítése
- III. *Különös közbeszerzési szabályok*
 - Szociális és egyéb meghatározott szolgáltatások
 - Tervpályázatokra vonatkozó szabályok
- IV. *Irányítás*
- V. *Felhatalmazás, végrehajtási hatáskörök és záró rendelkezések*

A 2014/24/EU irányelv II. címe szabályozza, hogy a klasszikus ajánlatkérők milyen eljárások közül választhatnak. Eszerint az **eljárásfajták** a következők:

- nyílt eljárás,
- meghívásos eljárás,
- tárgyalásos eljárás,
- versenypárbeszéd,
- innovációs partnerség,
- hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás.

A felsoroltak közül az innovációs partnerség egy új eljárásfajta, azt a 2014-es reform vezette be a közbeszerzési jogba, kifejezetten az innovatív beszerzési igények könnyebb megvalósíthatósága érdekében, az Európai Unió – innováció előmozdítására irányuló – erőfeszítéseivel összhangban. A 2014/24/EU irányelv a tárgyalásos eljárás, a versenypárbeszéd, illetve a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás választását feltételekhez köti, és rögzíti az egyes eljárásfajták menetének alapvető szabályait.

A 2014/24/EU irányelv részletesen szabályozza az uniós közbeszerzési piac megvalósítása szempontjából különösen fontos kérdéseket, így a verseny megnyitását szolgáló műszaki leírás összeállítását, a hirdetmények uniós szintű közzétételének szabályait, a résztvevők kiválasztásának és a

⁴² Például: C-360/96. sz. BFI Holding (Gemeente Arnhem) ügy [ECLI:EU:C:1998:525] 62. pont; C-237/99. sz. Bizottság kontra Franciaország ügy [ECLI:EU:C:2001:70] 41–43. pont; C-214/00. sz. Bizottság kontra Spanyolország ügy [ECLI:EU:C:2003:276] 53. pont; C-373/00. sz. Adolf Truley ügy [ECLI:EU:C:2003:110] 43. és 45. pont; C-84/03. sz. Bizottság kontra Spanyolország ügy [ECLI:EU:C:2005:14] 27. pont.

szervezetek odaítélésének kérdéseit (bírálat és értékelés, kizáró okok és alkalmassági feltételek, értékelési szempontok), továbbá az elektronikus beszerzési technikákat és eszközöket. Újdonság, hogy az irányelv immár részletesebb szabályokat rögzít a közbeszerzési szerződések teljesítése (különösen alvállalkozás és szerződésmódosítás lehetőségei) vonatkozásában is.

2.3.2. 2014/25/EU irányelv

A 2014/25/EU irányelv az úgynevezett **közszolgáltatók uniós értékhatárokat elérő értékű közbeszerzéseit** szabályozza. A 2014/25/EU irányelv **alanyi hatálya** alá **közszolgáltató ajánlatkérőként** az alábbi jogalanyok tartoznak:

- klasszikus ajánlatkérők (azaz ajánlatkérő szervek vagy közvállalkozások), amennyiben az irányelvben felsorolt valamely releváns tevékenység (8–14. cikkben megjelölt tevékenységek) valamelyikét folytatják;
- amennyiben nem ajánlatkérő szervek vagy közvállalkozások, egy vagy több releváns tevékenységet is folytatnak (8–14. cikkben megjelölt tevékenységek), és valamely tagállam illetékes hatósága által adott különleges vagy kizárólagos jogok alapján működnek.

A 2014/25/EU irányelv vonatkozásában releváns tevékenységek a következő szektorokhoz kapcsolódnak (az irányelv 8–14. cikke szektoronként, tételesen felsorolja az irányelv hatálya alá tartozás szempontjából releváns tevékenységeket):

- Gáz és hőenergia;
- Villamosenergia;
- Víz;
- Közlekedési szolgáltatások;
- Kikötők és repülőterek;
- Postai szolgáltatások;
- Kőolaj és földgáz kitermelése, valamint szén, vagy más szilárd tüzelőanyag feltárása vagy kitermelése.

A 2014/25/EU irányelv **tárgyi hatálya** alá – a 2014/24/EU irányelvvel összhangban – az árubeszerzések, a szolgáltatásmegrendelések, és az építési beruházások tartoznak.

A 2014/25/EU irányelv felépítése követi a 2014/24/EU irányelv szerkezetét, így felépítése az alábbi:

- I. *Hatály, fogalom meghatározások és általános elvek*
- II. *A szerződésekre vonatkozó szabályok*
 - Eljárások
 - Az elektronikus és összetett beszerzés technikai és eszközei
 - Az eljárás menete
 - A szerződés teljesítése
- III. *Különös közbeszerzési rendszerek*
 - Szociális és egyéb meghatározott szolgáltatások
 - Tervpályázatokra vonatkozó szabályok
- IV. *Irányítás*
- V. *Felhatalmazás, végrehajtási hatáskörök és záró rendelkezések*

A klasszikus ajánlatkérőkre irányadó szabályokhoz képest a közszolgáltató szektorra vonatkozó szabályozás könnyítéseket tartalmaz (a **rugalmasság** jegyében).

Így például a közszolgáltatókra vonatkozó értékhatárok magasabbak, a 2014/25/EU irányelv 34–35. cikkei lehetőséget adnak a közbeszerzési szabályok alkalmazása alóli mentesítésre, feltéve, ha az érintett közszolgáltató ajánlatkérő bizonyítani tudja, hogy adott tevékenységét versenyfeltételek mellett végzi olyan piacokon, ahová a belépés nem korlátozott, és a Bizottság határozatában megadja a mentesítést. További rugalmasságot jelent a közszolgáltatók esetében az előminősítési hirdetmény, az időszakos előzetes tájékoztató közzétételének lehetősége, valamint az alkalmazható alkalmassági feltételek tágabb köre.

2.3.3. 2014/23/EU irányelv

A 2014/23/EU irányelv szabályozza a **klasszikus ajánlatkérők** és a **közszolgáltató ajánlatkérők** uniós közbeszerzési értékhatárokat elérő értékű **koncessziós eljárásait**.

A 2014/23/EU irányelv meghatározza a koncesszió fogalmát. Eszerint koncesszió lehet építési vagy szolgáltatási koncesszió.

Építési koncesszió az az írásbeli visszterhes szerződés, amelynek keretében egy vagy több ajánlatkérő szerv, vagy közszolgáltató ajánlatkérő egy vagy több gazdasági szereplőt megbíz valamely építési beruházás kivitelezésével, amelynek esetében a megbízásért járó ellenszolgáltatás vagy kizárólag a szerződés tárgyát képező építmény hasznosítási joga, vagy ez a jog pénzbeli ellenszolgáltatással kiegészülve.

Szolgáltatási koncesszió az az írásbeli visszterhes szerződés, amelynek keretében egy vagy több ajánlatkérő szerv, vagy közszolgáltató ajánlatkérő egy vagy több gazdasági szereplőt megbíz bizonyos, építési beruházás kivitelezésétől eltérő szolgáltatások nyújtásával és kezelésével, amelynek esetében a megbízásért járó ellenszolgáltatás vagy kizárólag a szerződés tárgyát képező szolgáltatás hasznosítási joga, vagy ez a jog pénzbeli ellenszolgáltatással kiegészülve.

A 2014/23/EU irányelv a koncesszió további fogalmi elemeként kiemeli, hogy az építési vagy szolgáltatási koncesszió odaítélésével a koncessziós jogosultra hárul a szóban forgó építmények vagy szolgáltatások **hasznosításával járó működési kockázat (beleértve a keresleti vagy kínálati kockázatot, vagy mindkettőt)**. Akkor tekinthető úgy, hogy a koncessziós jogosult viseli a működési kockázatot, ha – rendes működési feltételek mellett – nem garantált, hogy megtérülnek a koncesszió tárgyát képező építmény vagy szolgáltatás üzemeltetése során eszközölt beruházások, illetve felmerült költségek. A koncessziós jogosultra átháruló kockázatnak részét kell, hogy képezze a piac kiszámíthatatlanságának való tényleges kitettség is, amelyből kifolyólag a koncessziós jogosult potenciális becsült vesztesége nem tekinthető csupán névlegesnek vagy elhanyagolhatónak.

A koncessziós irányelv **szabályai jóval rugalmasabbak** a 2014/24/EU, valamint a 2014/25/EU irányelv szabályainál. Az ajánlatkérők szabadon szervezik meg a koncesszió odaítélésére irányuló eljárást, ugyanakkor az odaítélés általános elveit és eljárási garanciát rögzíti a 2014/23/EU irányelv, különösen a következőket szabályozva:

- koncessziós hirdetmény közzététele,
- koncesszió odaítéléséről szóló tájékoztató közzététele,
- műszaki és funkcionális követelmények,
- megkülönböztetésmentes, arányos kiválasztás és minőségi értékelés,
- eljárási garanciák,
- alkalmassági szempontok, kizáró okok,
- odaítélési szempontok.

2.4. Uniós jogi követelmények az irányelvek által nem szabályozott beszerzéseknél

2.4.1. Az Európai Unió Bíróságának joggyakorlata

A 2.1. pontban már említést tettünk róla, hogy az Európai Unió Bírósága gyakorlatában az átlátható, nyilvános versenyeztetés követelményét kiterjesztette azon szerződések odaítélésére is, amelyek ugyan nem tartoznak az irányelvek hatálya alá, de a belső piac szempontjából relevánsak, azaz felkelthetik más tagállami gazdasági szereplők érdeklődését is. A Bíróság ezen gyakorlata jelentős részben a szolgáltatási koncessziókhöz kapcsolódóan alakult ki, mivel e szerződések egészen a 2014/23/EU irányelv elfogadásáig nem képezték irányelvi szabályozás tárgyát. A Bíróság által kimondott elvek alkalmazandók az uniós értékhatár alatti szerződésekre és az irányelvekben csak részben szabályozott, az irányelv külön mellékletében felsorolt szociális, kulturális, egészségügyi szolgáltatásokra is. Az Európai Bizottság egy értelmező közleményben foglalta össze az irányelvek által nem szabályozott szerződésekkel kapcsolatos uniós jogi követelményeket.⁴³

Az Európai Unió Bíróságának a **C-324/98. számú, Teleaustria ügyben** hozott ítélete fektette le elsőként azt az elvet, hogy az irányelvek által nem szabályozott szerződések esetében is be kell tartani az átláthatóság elvéből származó követelményeket, az ítélet ezért fontos mérföldkő a közbeszerzésekre vonatkozó uniós jogban.

Az alapul fekvő ügyben a Telekom Austria AG nyomtatott és elektronikus használatra alkalmas telefonkönyvek elkészítésére kötött szerződést egy magánvállalkozással. A szerződés alapján a vállalkozás szolgáltatásaiért cserébe nem részesül közvetlen javadalmazásban, de azokat kereskedelmi úton kiaknázhajta.

Az ügyben a Bíróság elsőként tisztázta, hogy a szolgáltatási koncesszióknak minősülő szerződések nem tartoztak az akkor hatályos 93/38 irányelv hatálya alá. A bíróság ugyanakkor kimondta azt is, hogy annak ellenére, hogy az ilyen szerződések a közösségi jog akkori állása szerint nem tartoztak a 93/38 irányelv hatálya alá, az azokat megkötő ajánlatkérők kötelesek tiszteletben tartani az EK-Szerződés alapszabályait általánosságban, különösképpen a nemzetiség tekintetében a diszkriminációmentesség elvét, amely többek között egy átláthatósági kötelezettséget foglal magában, amely lehetővé teszi az ajánlatkérő számára az említett elv tiszteletben tartásának biztosítását.

Az ajánlatkérő ezen átláthatóságra irányuló kötelezettsége megfelelő nyilvánossági szint biztosítását jelenti valamennyi potenciális ajánlattevő számára, amely lehetővé teszi a szolgáltatási piacok verseny felé történő megnyitását, valamint az odaítélési eljárások pártatlanságának ellenőrzését.

A szerződések odaítélésének nyilvános meghirdetésén túl az átláthatóság elvéből további elvárások is következnek, amelyek a tisztességes és pártatlan eljárást garantálják. A tisztességes versenyfeltételek betartása érdekében a fent hivatkozott bizottsági értelmező közlemény a következőkre hívja fel a figyelmet:

- A szerződés tárgyának megkülönböztetésmentes leírása;
- Azonos hozzáférés valamennyi tagállam gazdasági szereplői számára;
- A diplomák, a tanúsítványok, valamint képzéseket igazoló iratoknak a kölcsönös elismerése;
- Megfelelő részvételi és ajánlattételi határidők;
- Átlátható és objektív megközelítés:

„Minden résztvevő számára lehetővé kell tenni az alkalmazandó szabályok előzetes ismeretét, és biztosnak kell lenniük abban, hogy e szabályok mindenkire azonos módon vonatkoznak.”⁴⁴

⁴³ A Bizottság értelmező közleménye a közbeszerzési szerződésekről szóló irányelvek által nem, vagy csak részben szabályozott közbeszerzési eljárásokra alkalmazandó közösségi jogról (2006/C 179/02).

⁴⁴ A Bizottság értelmező közleménye a közbeszerzési szerződésekről szóló irányelvek által nem, vagy csak részben szabályozott közbeszerzési eljárásokra alkalmazandó közösségi jogról (2006/C 179/02).

A **C-507/03. számú, An Post ügyben** a Bíróság az irányelv által csak részlegesen szabályozott szolgáltatás közvetlen odaítélésével összefüggő kötelezettségsszegési ügyben hozott ítéletet.

A tényállás szerint az ír szociális miniszter közbeszerzési eljárás kiírása és hirdetmény előzetes közzététele nélkül kötött az ír postai szolgáltatóval – az An Posttal – szerződést, amelynek értelmében a szociális juttatások jogosultjai a postahivatalokban felvehették a nekik járó összeget. A szerződést később több alkalommal meghosszabbították.

A szerződés az akkor hatályos 92/50 irányelv I.B. mellékletének hatálya alá tartozott, amely szolgáltatásokra az említett irányelv kifejezetten csak a műszaki leírás és a szerződés odaítélésére vonatkozó tájékoztató utólagos közzététele kapcsán tartalmazott szabályokat. A Bíróság megállapította, hogy ez a szabályozás nem értelmezhető úgy, hogy az EK43. és EK49.cikkből (a letelepedés és a szolgáltatásnyújtás szabadságából) következő elvek alkalmazásának akadályát képeznék abban az esetben, ha az ilyen szerződések mégis egyértelmű határokon átnyúló érdeket képviselnének. Amennyiben az I.B. melléklet hatálya alá tartozó szolgáltatásokkal kapcsolatos szerződés ilyen érdeket képvisel, e szerződésnek az ajánlatkérő tagállamában székhellyel rendelkező vállalkozásnak való, minden átláthatóság nélküli odaítélése a másik tagállamban székhellyel rendelkező, esetlegesen érdekelt vállalkozások számára hátrányos eltérő bánásmódnak minősül. Az ítélet szerint ugyanakkor a Bizottság feladata lett volna az eljárásban annak bizonyítása, hogy a szolgáltatással kapcsolatos adott szerződés az érintett ajánlatkérő tagállamtól eltérő tagállamban bejegyzett vállalkozás számára egyértelmű érdeket képviselt, és ez utóbbinak – mivel nem fért hozzá a szerződés odaítélését megelőzően a megfelelő információkhoz – nem állt módjában az esetleges ehhez fűződő érdekét kinyilvánítani. Mivel az adott ügyben a Bizottság ilyen bizonyítékot nem terjesztett elő, a Bíróság a keresetet elutasította.

A jogalkalmazás számára sok bizonytalanságot hordoz a Bíróság gyakorlatának azon eleme, amely szerint az átláthatóság elve és az abból eredő követelmények hatálya a belső piac szempontjából releváns, vagy másként szólva határon átnyúló érdeket képviselő szerződésekre terjed ki. **A határon átnyúló érdekek fennállását mindig az adott szerződéshez kapcsolódó összes körülmény vizsgálatával lehet megítélni.**

A Bíróság a **C-147/06. és C-148/06. számú, SECAP egyesített ügyekben** hozott ítéletében az uniós értékhatárt el nem érő építési beruházások kapcsán kimondta, hogy főszabályként az érintett ajánlatkérő feladata az, hogy a beszerzés előkészítése során értékelje az olyan közbeszerzéshez kapcsolódó esetleges határon átnyúló érdeket, amelynek a becsült értéke nem éri el a közösségi szabályokban előírt értékhatárt, azzal, hogy erre az értékelésre kiterjedhet a bírósági felülvizsgálat.

Helyénvaló lehet ugyanakkor az, hogy a szabályozás országos vagy helyi szinten olyan objektív szempontokat állapítson meg, amelyek alapján eldönthető az egyértelmű határon átnyúló érdekek fennállása. Ilyen szempont lehet többek között a szóban forgó közbeszerzés bizonyos nagyságrendű összege, tekintettel az építkezés helyére is. Lehetséges lenne az ilyen érdekek fennállásának kizárása is például abban az esetben, ha a szóban forgó közbeszerzés gazdasági tétje rendkívül csekély. Ugyanakkor azt a tényt is figyelembe kell venni, hogy az országhatárok bizonyos esetekben olyan agglomerációkon haladnak keresztül, amelyek különböző tagállamok területeire is kiterjednek, ilyen körülmények között pedig még a csekély értékű közbeszerzések is egyértelmű határon átnyúló érdeket képviselhetnek. A Bíróság tehát a szerződés uniós értékhatárhoz közel eső, avagy csekély értéke mellett a teljesítés helyének földrajzi és társadalmi jellemzőit is releváns tényezőnek tartja a határon átnyúló érdekek megítéléséhez.

2.4.2. A kérdés jelentősége a hazai jogalkalmazók számára

A hazai jogalkotó a Kbt. nemzeti eljárásrendjének szabályozása során figyelemmel volt az uniós jogi követelményekre, így a nyilvános meghirdetéssel járó (akár hirdetménnyel induló, akár összefoglaló tájékoztatással meghirdetett) nemzeti közbeszerzési eljárások megfelelnek azoknak az elvárásoknak, amelyeket az uniós jog az irányelvek által nem szabályozott szerződésekkel szemben támaszt.

Fel kell azonban hívni a figyelmet arra, hogy egyes, a Kbt. Harmadik részében kivételi körbe sorolt beszerzések, vagy a Kbt. 115. §-a szerinti, nyilvános meghirdetés nélküli eljárás esetén, nem biztosított az uniós jogból eredő elvárások érvényesülése, ezért, ha az ajánlatkérő adott beszerzése kapcsán kifejezetten látható a határon átnyúló érdeklődés, – különösen uniós forrás felhasználása esetén – érdemes inkább hirdetménnyel induló eljárást lefolytatni. A Kbt. a határon átnyúló érdekre tekintettel, az uniós jogi kockázatok mérséklése érdekében mondja ki azt, hogy a Kbt. 115. §-a szerinti eljárás nem alkalmazható, ha a beszerzés európai uniós alapokból finanszírozott és Magyarország országhatárán átnyúló projekttel kapcsolatos.

A jogalkotó ezen eset nevesítésével, illetve a jóval az uniós értékhatár alá eső alkalmazási küszöb meghatározásával a 115. § szerinti eljárás szabályozásakor figyelemmel volt az uniós jogra. A Bíróság fenti gyakorlatából látható ugyanakkor, hogy nem zárható ki, hogy az adott beszerzés jellemzőitől függően más beszerzések esetében is előfordulhat annak megállapítása, hogy az adott beszerzés a belső piac szempontjából releváns, ezért meg kell felelni a Bíróság gyakorlatában kidolgozott elveknek, amelyek legfontosabb következménye a nyilvános meghirdetés szükségessége. Az ajánlatkérőknek tehát, amikor uniós értékhatár alatt olyan módon kívánják beszerzésüket megvalósítani, hogy nem kerül sor az eljárás nyilvános meghirdetésére, mérlegelniük kell, hogy az adott beszerzés kapcsán vannak-e olyan tényezők, amelyek az érintett szerződéshez kapcsolódóan határon átnyúló érdek fennállását támasztják alá.

Uniós forrásból megvalósuló beszerzések esetében lényeges, hogy a Bizottság által kiadott, az egyes szabálytalanság-típusokhoz kapcsolódó irányadó pénzügyi korrekciós mértékeket rögzítő iránymutatás⁴⁵ kiemeli, hogy az irányelvek hatálya alá nem tartozó szerződésekkel kapcsolatban is vizsgálni kell az uniós jogi elvek betartását, melyeket a fent említett 2006/C 179/02 bizottsági értelmező közlemény foglal össze. Ha az irányelvek rendelkezései által nem szabályozott, azaz pl. uniós értékhatár alatti szerződésekben az átláthatóság és a megkülönböztetés tilalmának alapelve nyilvánvaló megsértésének feltárására kerül sor, meg kell állapítani, hogy vannak-e határon átnyúló érdeket alátámasztó elemek. Amennyiben a határon átnyúló érdek megállapítható, a nyilvános meghirdetés hiánya 100% pénzügyi korrekciót, azaz az uniós támogatás teljes megvonását eredményezi. (Határon átnyúló érdek alátámasztása nélkül csak a vonatkozó nemzeti jogszabályok megsértése miatti szabálytalanság megállapítására kerülhet sor.)

⁴⁵ Az Európai Bizottság 2019. május 14-i C(2019) 3452 határozata az Unió által finanszírozott kiadásokra vonatkozóan a közbeszerzési szabályok megsértése esetén végrehajtandó pénzügyi korrekciók megállapításáról szóló iránymutatások meghatározásáról.

3. HARMADIK ORSZÁGOK HOZZÁFÉRÉSE AZ EU KÖZBESZERZÉSI PIACÁHOZ

3.1. A közbeszerzések terén kötött nemzetközi szerződések

Míg az Európai Unióban az uniós vállalkozások és az uniós származású áruk és szolgáltatások között az esélyegyenlőség és az egyenlő bánásmód érvényesülését a közbeszerzésekben a közbeszerzési irányelvek és az EUMSZ garantálja, **az Európai Unió kívüli országokból származó áruk, szolgáltatások és vállalkozások helyzetét az európai közbeszerzésekben nemzetközi szerződések határozzák meg.**

A nemzetközi szerződések nemcsak arra az esetre vonatkoznak, amikor egy uniós közbeszerzési eljárásban EU-n kívüli ország vállalkozása nyújt be ajánlatot, hanem azokra az esetekre is, amikor egy uniós vállalkozás ajánlatában jelennek meg harmadik országból származó áruk (például egy magyarországi közbeszerzésben egy magyar ajánlattevő kínai származású áruk szállítására tesz ajánlatot).

Annak megválaszolásához, hogy harmadik országból származó vállalkozások és áruk az uniós vállalkozásokkal egyenlő esélyekkel vehetnek-e részt valamely uniós tagállam közbeszerzésein, első lépésként azt kell megvizsgálni, hogy van-e olyan, az Európai Unió által kötött nemzetközi szerződés, amely biztosítja számukra a nemzeti elbánást a közbeszerzések során.

A közbeszerzések terén legjelentősebb nemzetközi egyezménynek a Kereskedelmi Világszervezetet (a továbbiakban: WTO) létrehozó egyezmény 4. melléklete – a *Megállapodás a kormányzati beszerzésről (Government Procurement Agreement, a továbbiakban: GPA)* tekinthető. Egyenlő elbánást biztosít az uniós közbeszerzésekben az Európai Gazdasági Térségről szóló megállapodás, amely Liechtenstein, Izland és Norvégia tekintetében alkalmazandó.

Az előbbieken túl több szabadkereskedelmi megállapodás (például: Mexikó; Chile; Dél-Korea; és EU-Kanada szabadkereskedelmi egyezmény = CETA), valamint az Európai Unió által kötött társulási megállapodások (Macedónia, Szerbia, Montenegró, Bosznia-Hercegovina, Albánia, Ukrajna) is tartalmazzák a közbeszerzésekre vonatkozó rendelkezéseket.⁴⁶ A fennálló nemzetközi szerződések áttekintéséhez segítséget nyújt *A Közbeszerzési Hatóság útmutatója Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi szerződéseiről.*

A GPA tagjai: az Európai Unió tagállamai, az Egyesült Államok, Kanada, Hong-Kong (Kína), Izland, Izrael, Japán, Korea, Liechtenstein, Norvégia, Szingapúr, Svájc, Aruba (NED), Tajvan és Örményország.

Az Egyesült Királyság a szakanyag lezárásának időpontjában az Európai Unió tagjaként részese a GPA-nek, az Egyesült Királyság EU-ból történő kilépését követően azonban önálló tagja kíván lenni az egyezménynek. (Ez nem zárja ki, hogy az EU és az Egyesült Királyság még további olyan megállapodást is kössenek, amely a GPA-nél nagyobb mértékű piacnyitást valósít meg egymás irányában.)

Látható, hogy többnyire fejlett gazdasággal rendelkező, aktív külkereskedelmet folytató országok számára volt fontos, hogy olyan nemzetközi megállapodáshoz csatlakozzanak, amely a közbeszerzések terén nemzetközi szintű piacnyitást valósít meg, azaz lehetővé teszi az aláíró országok vállalkozásainak, hogy egymás közbeszerzési eljárásaiban indulhassanak. A GPA célja a közbeszerzési piacok nemzetközi megnyitása, a kereskedelmi akadályok megszüntetése a nemzeti elbánás és a legnagyobb

⁴⁶ Részletekért ld.: A Közbeszerzések Tanácsának útmutatója Magyarországnak és az Európai Uniónak a közbeszerzések terén fennálló nemzetközi szerződéseiről.

<http://www.kozbeszerzes.hu/kozbeszerzes-z/magyar-jogi-hatter/kozbeszerzesi-hatosag-utmutatoi/kozbeszerzesek-tanacsanak-utmutatoja-magyarorszag-nak-es-az-europai-unionak-kozbeszerzesek-teren-fennallo-nemzetkozi-szerzodeseiről> (Utolsó letöltés dátuma: 2020. január 15.)

kedvezmény elve, valamint transzparens szerződéskötési szabályok rögzítése révén. A *nemzeti elbánás elve* értelmében bármely, a GPA hatálya alá tartozó beszerzés tekintetében mindegyik aláíró fél, – beleértve a beszerzést végző szerveket is – bármely másik fél áruit és szolgáltatásait, valamint bármely másik fél bármely fél áruit és szolgáltatásait kínáló ajánlattevőit köteles legalább olyan kedvezményes elbánásban részesíteni, mint amilyenben a hazai árukat, szolgáltatásokat és ajánlattevőket részesíti.

A legnagyobb kedvezmény elve azt jelenti, hogy – a GPA hatálya alá tartozó beszerzések tekintetében – ez egyben a legkedvezőbb elbánást is biztosítja, azaz nincsen olyan harmadik ország, amelynek áruit, szolgáltatásait és ajánlattevőit az aláíró országoknál kedvezőbb elbánásban részesítenék a közbeszerzések során. A GPA hatálya ugyanakkor meglehetősen összetett, tehát nem arról van szó, hogy az aláíró országok a nemzeti elbánás, és a legnagyobb kedvezmény elvét általában, minden közbeszerzésben garantálnák egymás számára. Az egyezmény I. függeléké határozza meg azt a személyi és tárgyi hatályt, amelyre vonatkozóan az egyes aláíró felek vállalták közbeszerzési piacuk megnyitását. Az Európai Unió vállalásai egy egységes mellékletben kaptak helyet. Érdeemes tudni, hogy az uniós közbeszerzési értékhatárok a GPA-hez igazodnak, azaz ahhoz az értékhatárhoz, amely felett az Európai Unió vállalta közbeszerzéseinek megnyitását más aláíró felek irányába is (innen ered a *központi és nem központi ajánlatkérők* tekintetében alkalmazandó értékhatárok eltérése is).

Az uniós eljárásrendbe tartozó közbeszerzési eljárások ajánlati/részvételi felhívásának hirdetmény-mintája tartalmaz egy arra vonatkozó kérdést, hogy az adott beszerzés a GPA hatálya alá tartozik-e. Ennek feltüntetésével az adott hirdetményt olvasó, valamely GPA aláíró ország vállalkozásai információt kaphatnak arról, hogy egyenlő eséllyel indulhatnak-e az adott szerződés elnyeréséért.

Egy magyarországi közbeszerzés esetében az a kérdés, hogy az adott beszerzés a GPA hatálya alá tartozik-e, annak alapján dönthető el, hogy a GPA említett I. függelékében az Európai Unió vállalásai a személyi (ajánlatkérői), és tárgyi hatály tekintetében kiterjednek-e az ilyen beszerzésekre. *Összességében elmondható, hogy az uniós irányelvek hatálya alá tartozó beszerzések nagy többsége egyúttal a GPA hatálya alá is tartozik, de szűkebb körben vannak olyan beszerzések, amelyekre az uniós közbeszerzési jog hatálya kiterjed, a GPA azonban nem.* Így például nem tartoznak a GPA hatálya alá az olyan közszolgáltatói ajánlatkérők beszerzései, amelyek csak kizárólagos jogaik miatt minősülnek ajánlatkérőnek, valamint a szociális és egészségügyi szolgáltatások sem.

Amennyiben az ajánlatkérő bizonytalan lenne azzal kapcsolatban, hogy valamely beszerzése a GPA hatálya alá tartozik-e, a következő angol nyelvű honlap segíti az egyezmény hatályának áttekintését: <https://e-gpa.wto.org/>⁴⁷

A GPA közbeszerzési eljárási szabályokat is tartalmaz, amelyek a transzparens és tisztességes versenyt biztosítják. A hazai jogalkalmazóknak azonban nem szükséges ezeket ismerniük, mert az uniós jogalkotó az uniós közbeszerzési irányelveket már úgy alkotta meg, hogy azok szabályai megfeleljenek a GPA-nak is, az irányelvek átültetésével és betartásával így Magyarország a GPA-ből eredő nemzetközi kötelezettségeinek is megfelel. A hazai ajánlatkérőknek azzal kell tisztában lenniük, hogy mely beszerzések, és mely országok vonatkozásában kell a közbeszerzési eljárásokban nemzeti elbánást biztosítani.

3.2. Harmadik országok hozzáférése az uniós és hazai közbeszerzésekhez nemzetközi szerződés hiányában

Felmerülhet a kérdés, hogy hogyan járhat el az ajánlatkérő olyan esetben, amikor valamely, az Európai Unión kívüli ország vonatkozásában nincs hatályban nemzetközi egyezmény, amely az adott ország ajánlattevői és áruinak vonatkozásában nemzeti elbánást biztosítana.

⁴⁷ Utolsó letöltés dátuma: 2018. november 15.

Ezt a helyzetet az uniós közbeszerzési irányelvek csak részlegesen szabályozzák: míg a 2014/24/EU irányelvben, a klasszikus ajánlatkérőkre egyáltalán nincs vonatkozó irányelvi szabály, addig a 2014/25/EU irányelv 85–86. cikkei a közszolgáltató ajánlatkérők esetében egységesítik az eljárási lehetőségeket. Ebből az uniós szintű asszimmetrikus szabályozásból adódik, hogy a hazai jogszabályok szintjén, a Kbt. és a közszolgáltatói beszerzések sajátos szabályait tartalmazó 307/2015. (X. 27.) Korm. rendelet szabályai szintén jelentősen eltérnek ebben a kérdésben. A szabályozás elsősorban a kizárás lehetőségével foglalkozik, természetesen ugyanakkor számos esetben az ajánlatkérő nem kívánja kizárni az érintett ajánlattevőt, hiszen adott esetben olcsóbb, vagy összességében jobb beszerzési eredményhez juthat.

Közszolgáltatók esetében az ajánlatkérő kizárólag árubeszerzésnél és akkor zárhatja ki az eljárásból azt az ajánlattevőt, aki ajánlatában olyan származású árut ajánl, amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani, ha az ilyen áruk összértéke az ajánlatban az 50%-ot meghaladja. Ebben az esetben dönthet tehát az ajánlatkérő az ajánlattevő kizárása mellett. Amennyiben az érintett ajánlattevőt nem kívánja kizárni, köteles bizonyos mértékben előnyben részesíteni a nemzeti elbánásra jogosult árukat tartalmazó ajánlatokat. Ha az értékelési szempont szerinti értékelés során több ajánlat azonos, az ajánlatkérő köteles előnyben részesíteni azt az ajánlatot, amely – az áruk összértéke tekintetében – 50%-ot elérően, vagy azt meghaladóan olyan származású árut ajánl, amely számára nemzeti elbánást kell nyújtani. Azonosnak minősül az előnyben részesítendő ajánlat akkor is, ha az árkülönbség a másik ajánlat árához képest nem haladja meg a 3%-ot (a nemzeti elbánásban részesülő áruk tehát 3%-os árelőnyben részesülnek az értékelés során). Nem kell ezeket az előnyben részesítési szabályokat alkalmazni, ha az ajánlat előnyben részesítése azzal a következménnyel járna, hogy ezáltal műszaki-technikai szempontból eltérő és nem illeszkedő dolgokat tudna csak beszerezni, vagy az ilyen beszerzés aránytalan műszaki-technikai nehézséget eredményezne a működtetésben és a fenntartásban, vagy aránytalan költségtöbblettel járna.

A közszolgáltatókra vonatkozó irányelv a szolgáltatások esetében tartalmaz egy olyan mechanizmust (86. cikk), amely lehetőséget ad arra, hogy a Tanács határozatot fogadjon el, amellyel felfüggeszti vagy korlátozza egy harmadik ország ajánlattevőinek az uniós szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződésekhez való hozzáférést. Ezzel az eszközzel akkor élhetne a Tanács, ha az érintett harmadik ország nem biztosítja az uniós vállalkozásoknak a saját közbeszerzési szolgáltatási piacához való hozzáférést, és a Bizottság által kezdeményezett nemzetközi tárgyalások sem vezetnek a probléma megoldásához. *Meg kell jegyezni, hogy ilyen jellegű korlátozó intézkedés elfogadására eddig még nem került sor.*

Klasszikus ajánlatkérők vonatkozásában irányelvi szabályozás hiányában, a Kbt. is csak jóval általánosabb rendelkezéseket tartalmaz. A Kbt. 74. § (2) bekezdése szerint az ajánlatkérő kizárhatja az eljárásból:

- a) azt az ajánlattevőt vagy részvételre jelentkezőt, aki számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani [2. § (5) bekezdés],
- b) azt az ajánlattevőt, aki ajánlatában olyan származású árut ajánl, amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani [2. § (5) bekezdés].

A nemzeti elbánás szempontjából a 952/2013/EU rendelet (Vámkódex) II. Cím 2. fejezete („Az áruk származása”) az irányadó valamely áru származásának megítéléséhez. Itt is utalunk rá, hogy az ajánlattevő az ajánlatában foglalt áru származása alapján – ha a fenti szabályok azt lehetővé teszik -, akkor is kizárható, ha maga az ajánlattevő egyébként egy, az Európai Unióban letelepedett vállalkozás. *Látható, hogy a Kbt. klasszikus ajánlatkérőknél nem rögzít sem beszerzési tárgy tekintetében kifejezett korlátozást, sem a nemzeti elbánásra nem jogosult áruk arányát illető feltételt.*

A szabályozás itt talán túlzottan is egyszerű, szükségesnek látjuk megjegyezni, hogy az arányosság elvéből álláspontunk szerint következik, hogy az ilyen áruk minimális aránya az ajánlaton belül ne vezessen az ajánlattevő kizárásához. Szintén következik az alapelvekből, hogy az ajánlatkérő, amennyiben élni kíván a kizáró ok alkalmazásával, azt minden ajánlattevő tekintetében egyenlő módon teheti.

Megjegyezzük, hogy az Európai Unióban már 2012 óta folyamatban van egy olyan rendelet tervezetének a tárgyalása (International Procurement Instrument= *IPI*), amely egységesítené az európai ajánlatkérők eljárását olyan esetekben, amikor az eljárásban olyan ajánlattevő vagy áru jelenik meg, amely számára nem kell nemzeti elbánást nyújtani. A tervezet célja az, hogy összehangoltan, a Bizottság koordinációja mellett, az uniós kereskedelempolitikai érdekek figyelembevételével kezeljék az ilyen eseteket. A tagállamok közötti jelentős nézeteltérések miatt azonban a tervezet tárgyalása már hosszú ideje húzódik.

4. AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA ESETJOGÁNAK ALAKÍTÓ SZEREPE, ELEMZÉSE EGYES KÖZBESZERZÉSI ESETCSOPORTOKBAN

Az alábbiakban az Európai Unió Bíróságának esetjogából mutatunk be olyan ítéleteket, amelyek az uniós és hazai közbeszerzési jog szempontjából kiemelt jelentőségűek, így meghatározó módon befolyásolták a közbeszerzési jog fejlődését. Jelen tananyag keretei között nem vállalkozhatunk az ítélkezési gyakorlat teljességének bemutatására, ezért az alábbiakban csak egyes témaköröket, és azokon belül is csak egyes ítéleteket emelünk ki. A közbeszerzési tárgyú ügyek többnyire a Bíróság ítéleteiben jelennek meg (ezt jelzi az ügyszám elején a nagy C betű), előzetes döntéshozatali vagy kötelezettségszegési ügyekben. A Törvényszék ítéletei között is találhatunk ugyanakkor a közbeszerzési irányelvek értelmezésére vonatkozóakat, például azokban az esetekben, amikor az uniós forrásfelhasználás keretében a Bizottság által közbeszerzési szabálytalanság miatt pénzügyi korrekciót kiadó határozat jogszerűségét vitatja egy tagállam. Ilyen ügyekben a Törvényszék jár el (melyet az ügyszámban a nagy T betű is jelez).⁴⁸

Az Európai Unió Bírósága számos témakörben végzett olyan jogfejlesztő tevékenységet, amelynek eredményeit később a jogalkotás is beépítette. Jellemzően előfordul az is, hogy a jogalkotó épít a Bíróság gyakorlatára, de a jogalkotás során részben el is tér attól, illetve kiegészíti azt (például az in-house szerződés, vagy a szerződésmódosítás feltételei kapcsán).

4.1. A közigazgatáson belüli együttműködés formái

Az Európai Unió Bíróságának jogfejlesztő tevékenysége különösen jelentős volt abban a kérdésben, hogy milyen esetben nem szükséges a közbeszerzési szabályokat alkalmazni akkor, ha a közszférához tartozó szervezetek kötnek egymással szerződést, megállapodást valamely feladat ellátására. A közszférán belüli együttműködés – mint a közbeszerzési kötelezettség alóli kivétel formái és azok feltételei – egészen a 2014-ben elfogadott közbeszerzési irányelvekig nem nyertek uniós szinten jogszabályi rendezést, azokat egészében a Bíróság gyakorlata alakította ki.

A 2014-ben elfogadott új közbeszerzési és koncessziós irányelvek – a Bíróság gyakorlatát beépítve, kisebb részben azonban attól a tagállamok nyomására megengedőbb irányban el is térve – már kodifikálták a házon belüli (in-house) beszerzés és a közigazgatási szervek közötti horizontális együttműködés, mint a közbeszerzés alóli kivétel feltételeit. Az ítélkezési gyakorlat az irányelv (és a Kbt.) vonatkozó szabályainak értelmezése kapcsán továbbra is fontos szerepet játszik.

4.1.1. Az in-house beszerzés

A Bíróság elsőként a Teckal-ügy kapcsán fogalmazta meg azokat a feltételeket („Teckal-kritériumok”), amelyek fennállása esetén egy adott szervezet beszerzése házon belüli beszerzésnek minősülhet, és ezáltal mentesülhet a közbeszerzési szabályok alkalmazása alól.

A C-107/98. számú Teckal ítélet alapjául szolgáló esetben Viano település képviselőtestülete határozatával megbízta az AGAC-ot egyes középületek fűtési berendezéseinek üzemeltetésével, anélkül, hogy a feladatra nyilvános felhívást tett volna közzé, illetve közbeszerzési eljárást folytatott volna le.

⁴⁸ Megjegyezzük, hogy a Törvényszék eljár olyan ügyekben is, amikor valamely érdekelt gazdasági szereplő az uniós szervek konkrét közbeszerzési eljárásban hozott döntését kifogásolja. Mivel azonban maguk az uniós szervek nem a közbeszerzési irányelvek alapján végzik beszerzéseiket, az erre vonatkozó gyakorlat a tagállami jogalkalmazás számára kevésbé bír relevanciával.

Az AGAC egy olyan, az olasz jog szerint alapított társaság volt, amelyet több település, köztük maga Viano település alapított energia- és környezeti szolgáltatások nyújtására. Az AGAC feladata lett az érintett épületek fűtési berendezéseinek működtetése és a tüzelőanyag szállítása. A határozat ellen a Teckal (amely egy fűtési szolgáltatások nyújtásával foglalkozó magánjogi társaság volt) keresetet nyújtott be. A Bíróság, miután megállapította, hogy az ügylet árubeszerzésnek minősülhet, az akkor hatályos, árubeszerzésekre vonatkozó 93/36/EGK irányelv alkalmazhatóságának feltételeit vette sorra, köztük a visszterhes szerződés fennállását. Ennek keretében a nemzeti bíróság számára a következő iránymutatást adta:

„Annak a kérdésnek a megítéléséhez, hogy fennáll-e egy szerződés, a nemzeti bíróságnak meg kell vizsgálnia, hogy két, egymástól elkülönülő személy között létrejött-e megállapodás. A 93/36/EGK irányelv 1. cikkének a) pontja értelmében, e tekintetben elvileg elegendő az, hogy a szerződés egyrésztől egy területi vagy települési önkormányzat, másrésztől pedig egy tőle jogilag megkülönböztethető személy között jött létre. Nem erről lenne azonban szó abban az esetben, ha a területi vagy települési önkormányzat a kérdéses személy felett olyan ellenőrzést gyakorol, mint amelyet a saját szervei felett, és ha ez a személy a tevékenységét lényegében az őt fenntartó önkormányzattal vagy önkormányzatokkal együtt végzi.»

Az említett jogesetben a Bíróság megállapította, hogy nem beszélhetünk a közbeszerzési irányelvek értelmében vett, két fél között létrejött szerződésről, ha az ajánlatkérő olyan jogi személlyel köt szerződést, amely ugyan jogilag tőle elválik, ám:

- (1) az ajánlatkérő a kérdéses személy felett olyan ellenőrzést gyakorol, mint amelyet a saját szervei felett („strukturális függés”) és
- (2) ez a személy a tevékenységét lényegében az őt fenntartó ajánlatkérő szerv javára végzi („gazdasági függés”).

A házon belüli beszerzés megvalósulásához szükséges szervezeti (strukturális) függésértelmezésével, lehetséges konkrét megvalósulási módjaival több későbbi ítélet is foglalkozik.

A C-26/03. számú Stadt Halle ügyben a Bíróság egy olyan ügyet vizsgált, ahol az ajánlatkérő önkormányzat egy vegyes köz- és magántulajdonban álló társaságnak ítélte oda egy hulladékkezelésre, hulladék hasznosítására és ártalmatlanítására vonatkozó szerződést. Az érintett társaságban nagyobb részben Halle város rendelkezett közvetett részesedéssel (75,1%), kisebb részben pedig egy magánvállalkozás (24,9%).

A Bíróság megállapította, hogy az in-house feltételek szigorúan értelmezendők, és kimondta, hogy amennyiben az adott szervezetben egy vagy több magánvállalkozás részesedéssel bír, még ha ez a részesedés kisebbségi tulajdon is, kizárja annak lehetőségét, hogy az ajánlatkérő szerv olyan terjedelemben gyakorolja ellenőrzési jogait, mint azt a saját, belső szervezeti egységei tekintetében teszi.

A Bíróság szerint, míg egy ajánlatkérő és a saját szervei közötti kapcsolatot a közérdek szolgálatain alapuló megfontolások és követelmények határozzák meg, addig a vállalkozásokban végrehajtott minden magántőke-befektetés magánérdekből fakadó megfontolásokon alapul, és eltérő jellegű célokat követ. Másodsorban a Bíróság szerint az in-house kapcsolat elismerése magánvállalkozás részvétele esetén azért sem lehet megengedett, mert az ilyen eljárás az e vállalkozás tőkéjében részesedéssel rendelkező magánvállalkozást előnyben részesítené versenytársaival szemben.

Meg kell jegyezni, hogy a 2014/24/EU irányelv szűk körben eltért a Bíróság fenti döntésében kimondottaktól, és mára lehetővé teszi az in-house szervezetben a magántőke részvételét akkor, ha azt kötelező jogszabályi rendelkezés írja elő, a magántőke-részesedés nem kontrolláló és nem blokkoló jellegű, és nem jár befolyással a kontrollált jogi személy felett.

Az ilyen közszolgáltatás-szervezési mód Magyarországon nem jellemző, az irányelv szövegét azonban mindig a szemmel kell olvasni, hogy az az összes uniós tagállam kompromisszumos megegyezését tükrözi, így helyenként megjelennek benne olyan megoldások is, amelyek a hazai gazdasági-társadalmi környezetben nem jellemzőek. A Kbt. az előbbiekre tekintettel nem szól a kötelező magántőke részesedés esetéről.

A C–573/07 számú, **SeaSrl kontra Comune di PonteNossa** ügyben hozott ítéletében a Bíróság az ellenőrzés együttes gyakorlása esetén az egyébként az ellenőrzött társaságban kis tulajdoni hányaddal rendelkező ajánlatkérő tag tekintetében is elfogadhatónak tartotta az in-house feltételek fennállását.

A Bíróság megállapította, hogy *„abban az esetben, amikor több közjogi hatóság tulajdonában áll az a társaság, amelyre az előbbiek valamely közfeladat ellátását bízák, akkor e társaságok közjogi hatóságok általi ellenőrzése gyakorolható e hatóságok által együttesen.(...) Ha valamely közjogi hatóság kisebbségi tagja lesz egy teljes egészében köztőkével rendelkező részvénytársaságnak abból a célból, hogy e társaság számára ítélje oda egy közszolgáltatás végzését, az e társaságon belül társult hatóságok által a társaság felett gyakorolt ellenőrzés azon ellenőrzéshez hasonlóként minősíthető, mint amelyet a saját szerveik felett gyakorolnak, amennyiben e hatóságok együttesen gyakorolják azt.”*

A Bíróság részletesen vizsgálta azokat a döntéshozatali mechanizmusokat, amelyek révén az érintett részvénytársaság részvényes települései a társaság feletti irányítást gyakorolták. Ennek során megerősítette, hogy *„annak megítélésekor, hogy az ajánlatkérő a saját szervei feletti ellenőrzéshez hasonló ellenőrzést gyakorol-e a nyertes ajánlattevő társaság felett, figyelemmel kell lenni a jogszabályi rendelkezések és a releváns körülmények összességére. E vizsgálat eredményének annak kell lennie, hogy a nyertes ajánlattevő társaság olyan ellenőrzés alatt áll, amely lehetővé teszi az ajánlatkérő szerv számára a fenti társaság döntéseinek befolyásolását. Olyan befolyásnak kell fennállnia, amely kiterjed mind a társaság stratégiai céljaira, mind pedig annak fontos döntéseire.”*

4.1.2. Az ajánlatkérők közötti horizontális együttműködés közös közfeladat ellátására

A Bíróság körülbelül tíz évvel az in-house beszerzésre vonatkozó kivétel kialakítása után az ajánlatkérők közötti együttműködésnek egy olyan formáját is a közbeszerzési szabályok hatályán kívül esőnek ítélte, ahol az érintett szerződő felek egymással mellérendelt viszonyban voltak és nem állt fenn közöttük irányítási és ellenőrzési viszony.

Az ajánlatkérők közötti, közös közfeladat ellátására irányuló horizontális együttműködés kivételét elsőként a **C-480/06. számú, Stadtreinigung Hamburg** ügyben mondta ki a Bíróság.

Az ügyben Alsó-Szászország 4 közigazgatási egysége (Landkreis) szerződést kötött Hamburg város köztisztasági szolgálatával, a hulladékuknak az új, 320.000 tonna kapacitású Rugenberger Damm termikus hasznosító létesítményben való ártalmatlanítása érdekében, amelynek építését 1999. április 15-ig kellett befejezni. E szerződés szerint Hamburg város köztisztasági szolgálat a szóban forgó 4 Landkreis számára 120.000 tonna kapacitást tart fenn minden egyes érintett fél tekintetében, ugyanazon módszer alapján kiszámított áron. Ezen ár a létesítmény üzemeltetőjének fizetendő a köztisztasági szolgálat közvetítésével. A szerződés időtartamát 20 évben állapították meg.

A Bíróság előtti eljárás az Európai Bizottság keresetére indult, amely kötelezettségszegési eljárást indított Németország ellen, a közbeszerzési eljárás lefolytatásának elmaradása miatt. A Bíróság az ügylet vizsgálata során kiemelte, hogy a szerződés helyi önkormányzatok közötti olyan együttműködést hoz létre, amelynek célja ezen önkormányzatok közös közszolgáltatási feladata – azaz a hulladékártalmatlanítás – végrehajtásának biztosítása, maga az erőmű létesítésére vonatkozó döntés is az együttműködésre tekintettel született meg.

A szerződő önkormányzatokat kölcsönös kötelezettségek terhelték, a Landkreisok vállalták, hogy Hamburg város lerakókapacitáshiányának orvoslása érdekében Hamburg város köztisztasági szolgálatának rendelkezésére bocsátják az általuk ki nem használt lerakókapacitásokat. Kötelezettséget vállaltak továbbá arra is, hogy az általuk beszállított hulladék mennyiségével arányosan a hulladéklerakóik átveszik az égetés során visszamaradt, nem hasznosítható salakmennyiséget. A Bíróság szintén fontosnak tartotta, hogy az említett szerződést magánfél részvétele nélkül, kizárólag közigazgatási szervek kötötték. A fenti körülmények vizsgálata után a Bíróság emlékeztetett arra, hogy az uniós jog

nem kötelezi a közigazgatási szerveket arra, hogy közfeladataik ellátására külső személlyel kössenek szerződést, hanem elismeri arra vonatkozó lehetőségüket, hogy feladataikat saját erőforrásokkal lássák el, ezt pedig más közigazgatási szervekkel együttműködve is megtehetik. A Bíróság azt is figyelembe vette, hogy ha a közszolgáltatás ellátására az önkormányzatok egy közös társaságot hoztak volna létre, a közszolgáltatás ilyen módon való megszervezése az in-house kivétel alá eshetett volna. Az uniós jog azonban szintén nem kötelezi a közigazgatási szerveket arra, hogy közszolgáltatási feladataik közös ellátása érdekében különleges jogi formához folyamodjanak. Az ítélet azt is kiemelte, hogy az együttműködés nem kérdőjelezi meg a közbeszerzésre vonatkozó közösségi szabályok elsődleges célját, azaz a szolgáltatások szabad mozgását és a torzulásmentes verseny megnyitását valamennyi tagállamban, mivel ezen együttműködés végrehajtását kizárólag a közérdek szolgálatán alapuló megfontolások és követelmények határozzák meg, és egyetlen magánvállalkozás sem kerül versenytársaival szemben előnyösebb helyzetbe.

A fentiekre tekintettel a Bíróság a Bizottság keresetét elutasította.

A Stadtreinigung Hamburg ügyben hozott ítélet tanulságait a Bíróság a **C-159/11. számú, Lecce** ügyben is alkalmazta. Az ügyben a Leccei Egészségügyi Ügynökség (a továbbiakban: ASL) és a Salentói Egyetem tanácsadási szerződést kötött Lecce megye kórházi építményei szeizmikus sérülékenysége felmérésének és értékelésének elvégzése érdekében.

Több mérnöki szakmai szervezet és vállalkozás kifogásolta, hogy nem került sor közbeszerzési eljárás lefolytatására. Az olasz bíróságnak azt kellett az ügyben megítélnie, hogy mérnöki szolgáltatás nyújtására irányuló közbeszerzési szerződésről, avagy a közjogi szervek között közérdekű tevékenységek céljára létrejött együttműködési megállapodásról van szó, amelyre nem kell alkalmazni a közbeszerzési szabályokat.

Az előzetes döntéshozatali ügyben a Bíróság rögzítette, hogy a közjogi jogalanyok által kötött közbeszerzési szerződések két típusa nem tartozik az uniós közbeszerzési jog hatálya alá: egyrészt az in-house szerződések, másrészt, ha olyan szerződésekről van szó, amelyek a közjogi jogalanyok között olyan együttműködést hoznak létre, amelynek célja az utóbbiak közös közszolgáltatási feladatának végrehajtásának biztosítása. Ilyen esetben az uniós közbeszerzési jogszabályok csak akkor nem alkalmazhatók, amennyiben a fentiekben túlmenően az ilyen szerződések kizárólag közjogi jogalanyok között, magánjogi jogi személy közreműködése nélkül jönnek létre, amennyiben egyetlen magánszolgáltató sem kerül versenytársaival szemben előnyösebb helyzetbe, és amennyiben az általuk létrehozott együttműködést kizárólag a közérdek szolgálatán alapuló megfontolások és követelmények határozzák meg. A Bíróság szerint a szerződés csak akkor kerülhet ki az uniós közbeszerzési jog hatálya alól, ha e kritériumok mindegyikének megfelel.

Bár a feltételek fennállását az adott ügy vizsgálatával a nemzeti bíróságnak kell majd megítélnie, a Bíróság úgy foglalt állást, hogy „*az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban szereplő adatokból elsőként az következik, hogy e szerződés olyan lényegi elemeket foglal magában, amelyek jelentős, sőt túlnyomó része a mérnökök vagy építészek által általában kifejtett tevékenységeknek felel meg, és amelyek – jóllehet tudományos alapokon nyugszanak – nincsenek közeli kapcsolatban a tudományos kutatással. Következésképpen, ellentétben azzal, amit a Bíróság a fent hivatkozott Bizottság kontra Németország ügyben hozott ítélet 37. pontjában megállapított, a közjogi jogalanyok között az említett szerződéssel létrehozott együttműködés tárgyát képező közszolgáltatási feladat nem tűnik úgy, mint amely az ASL és az egyetem közös közszolgáltatási feladatának végrehajtását biztosítja.*”

4.2. A nyilvános meghirdetés alóli kivételek megszorító értelmezése

Az Európai Unió Bírósága számos ítéletében hangsúlyozta, hogy **minden olyan szabályt, amely valamilyen kivételt tesz lehetővé az uniós jog által biztosított jogok, a belső piaci szabadságok hatékony érvényesülése alól, megszorítóan kell értelmezni.** A Bíróság által következetesen

alkalmazott ezen elv különösen minden olyan esetben irányadó, amikor a közbeszerzési szabályok alóli kivétel vagy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazásának feltételeit kell értelmezni. Az ajánlatkérőknek ilyen esetben mindig a szigorú, megszorító értelmezést kell választania.

A C–20/01. és C–28/01. számú, Bizottság kontra Németország ügyben két német település közszolgáltatás ellátására irányuló egy-egy szerződésének nyilvános meghirdetés nélküli odaítélése miatt volt folyamatban kötelezettségszegési eljárás Németországgal szemben. Az egyik, hulladék elhelyezésére és kezelésére vonatkozó szerződés tekintetében a Bíróság érdemben is vizsgálta, hogy az ajánlatkérő Braunschweig város jogszerűen alkalmazott-e hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást a szerződés megkötésére. Németország azzal érvelt, hogy a szerződést mindenképpen csak az érintett társasággal lehetett megkötni, mert egyedül ez a társaság tudta teljesíteni azt a környezetvédelmi szempontból jogszerű követelményt, hogy a hulladékfeldolgozó létesítmény a releváns régióhoz közel helyezkedjen el.

A Bíróság rögzítette, hogy egyrészt szigorúan kell értelmezni a 92/50 irányelv 11. cikkének (3) bekezdését, amely az ilyen eljárásról mint az EK-Szerződés által a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések terén elismert jogok érvényesülésének biztosítását szolgáló szabályok alóli kivételről rendelkezik, másrészt a kivétel alkalmazását megalapozó különleges körülmények fennállásának bizonyítása azt terheli, aki azokra hivatkozik.

Ezt követően vizsgálta, hogy az adott esetben alátámasztható-e, hogy műszaki okból kizárólag az adott vállalkozás tudta a szerződést teljesíteni. Ezzel kapcsolatban megállapította, hogy a Németország által hivatkozott szempont nem elegendő ennek igazolására. Az ítélet lényegesebb megállapítása egyébként annak kimondása volt, hogy az uniós jog szempontjából mindaddig fennáll egy kötelezettségszegés, amíg az említett jogsértéssel kötött szerződések hatályban vannak, és Németország nem hivatkozhat a forgalom biztonságának vagy a pacta sunt servanda elvének megtartására a jogsértés megszüntetésével szemben.

A C-328/92. számú, Bizottság kontra Spanyolország ügyben a Bíróság a megszorító értelmezés követelményét arra az esetre mondta ki, amikor az ajánlatkérő a nyilvános meghirdetés mellőzésének alátámasztására kizárólagos jogokra hivatkozik. Az adott ügyben a spanyol társadalombiztosítási szerv kötött az irányelvnek megfelelő közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül szerződést egy vállalkozással, gyógyszerek beszerzésére.

A Bíróság kimondta, hogy az irányelvek azon rendelkezéseit, amelyek eltérést engednek az áruk beszerzésére irányuló közbeszerzési szerződések területén a szerződés által elismert jogok biztosítását célzó szabályoktól, szorosan kell értelmezni. Továbbá, az eltérést indokoló különleges körülmények tényleges fennállásának bizonyítása azt terheli, aki ezekre a körülményekre hivatkozik. Annak érdekében, hogy az akkor alkalmazandó 77/62/EGK 6. cikk (1) bekezdés b.) pontjában foglalt rendelkezést alkalmazni lehessen, nem elegendő, hogy a gyógyszerkészítményeket és gyógyszerkülönlegességeket kizárólagos jogok védjék, az is szükséges, hogy e termékeket csak egy meghatározott szállító gyárthassa vagy szállíthassa. Ez a feltétel csak azon termékek és különlegességek vonatkozásában teljesül, amelyek tekintetében nincs verseny a piacon.

A Bíróság esetjoga arra is rámutatott, hogy nem lehet egy, az EU közbeszerzési irányelveiben foglalt kivételre hivatkozni, ha rendelkezésre állnak kevésbé korlátozó jellegű eszközök a kérdéses cél elérésére, és ha a tagállam nem bizonyítja, hogy célkitűzését lehetetlen elérni versenyen alapuló közbeszerzési eljárás keretében. A Bíróság több esetben találta jogszerűtlennek a tagállamok arra vonatkozó hivatkozását, hogy a közbiztonság, a nemzetbiztonság garantálása érdekében nem alkalmazták az irányelvek szerinti szabályokat.

A C-157/06 számú, Bizottság kontra Olaszország ügyben, a Bíróság nem tartotta jogszerűnek azt az olasz jogszabályt, amely elsősorban polgári (rendőrségi és tűzoltósági) célra szánt, de szükség esetén esetlegesen katonai célra is használható helikopterek beszerzése kapcsán lehetővé tette a köz-

beszerzési irányelvek szerinti beszerzéstől történő eltérést. Olaszország elsősorban arra hivatkozott, hogy az árubeszerzéseket igen bizalmasan kell kezelni, tekintettel a helikopterek fegyverrendszerként való alkalmazhatóságára és egyéb katonai eszközökkel való interoperabilitásukra.

A Bíróság azonban nem találta megalapozottnak a közbiztonságra vonatkozó kivétel alkalmazását. Az ítélet szerint „*E tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy a titoktartási kötelezettség előírásának szükségessége egyáltalán nem zárja ki valamely versenyeztetési eljárás alkalmazását a szerződés odaitélése vonatkozásában. Ennélfogva, a szóban forgó helikopterek tárgyalásos eljárás útján történő megvásárlását lehetővé tévő nemzeti szabályozás igazolására a 93/36 irányelv 2. cikke (1) bekezdésének b) pontjára történő hivatkozás aránytalannak tűnik az ezek előállításához kapcsolódó bizalmas információk kiszivárgásának megakadályozására irányuló célhoz képest. Az Olasz Köztársaság ugyanis nem bizonyította, hogy e cél nem lett volna elérhető az ugyanezen irányelv által előírt versenyeztetési eljárás keretében.*”

A Bíróság egy nemrégiben hozott, **C-187/16. számú, Európai Bizottság kontra Osztrák Köztársaság** ügyben hozott ítéletében valóban nagyon szűken értelmezte a nemzetbiztonsági okból történő kivétel alkalmazhatóságát, és szigorúan vizsgálta, hogy az osztrák kormány által hivatkozott biztonsági célok egy, az irányelvek szerinti közbeszerzési eljárás keretein belül is érvényesíthetőek lettek volna. Ausztriában a vonatkozó jogszabályok alapján a chippel ellátott útlevelek, sürgősségi útlevelek, tartózkodási engedélyek, személyi igazolványok, kártyaformátumú vezetői engedélyek, valamint a kártyaformátumú forgalmi engedélyek előállításának feladatát, ajánlati felhívás közzététele nélkül, közvetlenül az Österreichische Staatsdruckerei GmbH-nak (az Osztrák Állami Nyomdának) ítélték oda.

A Bíróság az Európai Bizottság tagállami kötelezettségszegés miatt előterjesztett keresete alapján járt el. Az osztrák kormány úgy érvelt, hogy jogosult arra, hogy az Ausztriában hatályban lévő jogszabályi és közigazgatási rendelkezések alapján megvédje az alapvető biztonsági érdekeit, és a szóban forgó szerződések teljesítése tekintetében különleges biztonsági intézkedéseket hozzon. A közbiztonság területén arra hivatkozott, hogy először is biztosítani kell a személyazonosság igazolására szolgáló dokumentumok valódiságát és hitelességét, mivel a személyazonosító okmányok a közrendhez és az állam intézményi működéséhez szorosan kapcsolódó dokumentumok. Biztosítani kell továbbá a személyekre vonatkozó érzékeny adatok védelmét. Végül mindez az ellátás biztonságának biztosítását is magában foglalja. Azzal érvelt, hogy a terrorfenyegetések és terrorista tevékenységek által jellemzett környezetben egyetlen, az állam tényleges felügyelete alatt álló nyomdát kell feljogosítani a személyazonosító okmányok előállítására. A Bíróság ugyan elismerte, hogy Ausztria meghatározta azon alapvető biztonsági érdekeit, amelyek védelemben részesítését szükségesnek ítéli, a vonatkozó kivétel szigorú értelmezésének elve alapján azonban azt helyezte a vizsgálat középpontjába, hogy a tagállam bizonyította-e, hogy az általa elérni kívánt célok nem lehetett volna az irányelvek által előírt versenyeztetési eljárás keretében biztosítani. Az ítélet ezt követően minden biztonsági megfontolás (úgy, mint a hivatalos dokumentumok központosított előállítása, az információk bizalmas kezelése, hatósági ellenőrzéseknek való alávétel, az ellátás biztonsága, a nyertes ajánlattevő megbízhatósága) kapcsán úgy foglalt állást, hogy e célok az irányelveknek megfelelően meghirdetett közbeszerzési eljárás keretei között, a szükséges biztonsági intézkedésekre vonatkozó eljárási és szerződéses kikötések szerepeltetése mellett is elérhetőek lehetnek. A Bíróság szerint semmi nem akadályozza az ajánlatkérő szervezet abban, hogy különösen magas elvárásokat támasszon az ajánlattevő megbízhatóságával szemben, hogy ennek megfelelően alakítsa ki az ajánlati felhívásokra vonatkozó feltételeket, a szolgáltatásnyújtási szerződéseket, és hogy megkövetelje a pályázóktól a szükséges igazolásokat. Az előbbiekre tekintettel megállapította a hivatalos dokumentumok előállítása kapcsán, hogy az irányelvek szabályainak mellőzése jogsértő volt Ausztria részéről.

4.3. Összeférhetlenség és a tisztességes verseny biztosítása

A tisztességes verseny sérelmét eredményező helyzetek kapcsán a Bíróság olyan gyakorlatot alakított ki, amely egyrészt **az ajánlatkérő vizsgálati kötelezettségét írja elő**, másrészt, az ajánlattevők kizárása kapcsán – a szélesebb körű verseny biztosítása érdekében – hangsúlyozza: az mindig csak a konkrét eset körülményeinek figyelembevételével akkor történhet, ha az ajánlatkérő valóban megbizonyosodott a verseny tisztaságának sérelméről és a vizsgálat **körében az érintett ajánlattevő lehetőséget kapott annak bizonyítására, hogy esetében nem áll fenn a kizárásra okot adó helyzet.**

A C–538/13. számú, eVigilo ügyben a Bíróság az összeférhetlenségi helyzetek kezeléséhez adott iránymutatást. Az alapul fekvő ügyben a litván belügyminisztériumhoz tartozó tűzoltó és mentőszolgálat indított nyílt közbeszerzési eljárást a lakosság figyelmeztetésére és tájékoztatására szolgáló, a nyilvános mobiltelefonszolgáltatók hálózati infrastruktúráját használó rendszer beszerzésére. Az ajánlatok értékelési szempontjai között szakmai mérlegelés alapján megítélhető szempontok is szerepeltek. A versenyben alulmaradt társaság, az eVigilo egyik kereseti kérelmében az értékelést végzők elfogultságára hivatkozott, tekintettel arra, hogy a közbeszerzési eljárás nyerteseinek ajánlatában említett szakemberek az ajánlati dokumentációt kidolgozó és az ajánlatokat értékelő ajánlatkérő szerv hat szakértője közül háromnak munkatársai voltak a kaunasi műszaki egyetemen.

A Bíróság kimondta, hogy az egyenlő és hátrányos megkülönböztetéstől mentes bánásmód, és az átláthatóság elveinek biztosítása az ajánlatkérőkre aktív szerepet ró. Az ajánlatkérő szerv minden esetben köteles ellenőrizni az esetleges összeférhetlenségek fennállását, és meghozni a megfelelő intézkedéseket annak érdekében, hogy meg lehessen előzni és fel lehessen tárnai az összeférhetlenségeket, valamint, hogy orvosolni lehessen azokat. Márpedig ezen aktív szereppel nem összeegyeztethető az, hogy a jogorvoslati eljárásban a felperesre (a versenytárs ajánlattevőre) hárítják az ajánlatkérő szerv által kinevezett szakértők konkrét elfogultságának bizonyításának terhet.

Az ilyen megoldás ellentétes a tényleges érvényesülés elvével, valamint a hatékony jogorvoslat követelményével is, különösen arra való tekintettel, hogy az ajánlattevő általában nincs abban a helyzetben, hogy hozzáférjen az elfogultság bizonyítását számára lehetővé tévő információkhoz és bizonyítékokhoz. Amennyiben az olyan tényezők, mint az alapügyben szereplő, az ajánlatkérő szerv által kinevezett szakértők és a szerződést elnyerő vállalkozások szakemberei közötti kapcsolatra vonatkozó állítások (különösen az a körülmény, hogy e személyek együtt dolgoznak, ugyanazon az egyetemen, ugyanazon kutatási csoporthoz tartoznak, valamint ugyanezen az egyetemen alá-főle rendeltségi viszonyban állnak) valósnak bizonyulnak, ezek olyan objektív tényezőknek minősülnek, amelyek alapján meg kell indulnia az ajánlatkérő szerv (vagy adott esetben a közigazgatási vagy igazságügyi felügyeleti hatóságok) beható vizsgálatának.

A C–21/03. és C–34/03. számú, Fabricom egyesített ügyekben az Európai Unió Bírósága azzal a kérdéssel foglalkozott, hogy az ajánlatkérő részéről az eljárással összefüggő előkészítő munkákba bevont gazdasági szereplő ajánlattevőként történő részvétele mikor összeférhetetlen a közbeszerzési eljárásban.

Az előzetes döntéshozatali eljárás alapügyében a Fabricom, egy közbeszerzési eljárásokban rendszeresen induló építési vállalkozás, annak a belga jogszabálynak a megsemmisítését kérte a belga Államtanáctól, amely szerint az építési beruházásra, árubeszerzésre, vagy szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési eljárásban nem nyújthat be részvételi jelentkezést, illetve nem tehet ajánlatot olyan személy, akit az adott építési beruházással, árubeszerzéssel vagy szolgáltatásnyújtással kapcsolatos kutatással, kísérlet végzésével, tanulmány elkészítésével vagy fejlesztéssel bíztak meg korábban.

Az Európai Bíróság a szabály vizsgálata kapcsán felidézte, hogy az egyenlő bánásmód elve azt követeli meg, hogy hasonló helyzeteket ne kezeljenek eltérő módon, és hogy az eltérő helyzeteket ne kezeljék egyenlő módon, kivéve, ha az ilyen bánásmód objektíven igazolható. Márpedig a valamely

közbeszerzési szerződéssel összefüggő építési beruházással, árubeszerzéssel vagy szolgáltatásnyújtással kapcsolatos kutatással, kísérlet végzésével, tanulmány elkészítésével vagy fejlesztéssel megbízott személy (így bizonyos előkészítő munkákat végző személy) az e közbeszerzési eljárásban való részvétele szempontjából más helyzetben van, mint az olyan személy, aki ilyen munkákat nem végzett.

Egyrészt ugyanis a bizonyos előkészítő munkákban részt vett személy előnyösebb helyzetbe kerülhet ajánlatának megtétele szempontjából azon információk alapján, amelyeket az említett előkészítő munkák elvégzésekor szerezhettek a szóban forgó közbeszerzésre vonatkozólag. Márpedig minden ajánlattevőnek azonos lehetőségekkel kell rendelkeznie ajánlati feltételeinek kidolgozására. Másrészt az említett személy érdekkéntébe torkolló helyzetbe kerülhet amiatt, hogy amennyiben ő is ajánlattevő a szóban forgó közbeszerzésben, akár önkéntelenül is a számára kedvező irányba befolyásolhatja annak feltételeit. Az ilyen helyzet az ajánlattevők közötti verseny torzulásával járna.

A Bíróság tehát megállapította, hogy az előkészítő munkákban részt vevő személyeket, illetve gazdasági szereplőket nem lehet más ajánlattevőkkel azonos módon kezelni. Lényegesnek tartotta azonban, hogy az alapeljárásban vitatott szabály nem adott semmilyen lehetőséget az előkészítő munkákat végző személyeknek annak bizonyítására, hogy az ő sajátos esetében az előbb említett problémák nem merülnek fel. Az ilyen szabály a Bíróság szerint meghaladja azt, ami az összes ajánlattevő vonatkozásában megvalósítandó egyenlő bánásmóddhoz szükséges, alkalmazása ugyanis azzal a következménnyel járhat, hogy a bizonyos előkészítő munkákat végző személyeket kizárják az odaítélési eljárásból anélkül, hogy részvételük az ajánlattevők közötti versenyre nézve bármilyen kockázattal járna. A Bíróság ítélete alapján az előkészítő munkákba bevont gazdasági szereplők feltétlen kizárása az ajánlattevők közül (anélkül, hogy lehetővé tennék számára annak bizonyítását, hogy az általa megszerzett tapasztalatnak az adott eset körülményei között nincs versenytorzító hatása), jogszerűtlen.

A C-531/16. számú, Specializuotas transportas ügyben hasonló elveket alkalmazott a Bíróság arra az esetre, amikor az ajánlatkérő olyan kérdéssel szembesül, hogy egyes vállalkozások közötti tulajdoni összefonódás eredményezheti-e e vállalkozások kizárását a közbeszerzésből. A Bíróság az ajánlattevők közötti, a verseny tisztaságának sérelmét felvető összejátszás kapcsán is az ajánlatkérő aktív szerepét hangsúlyozza. Az ítélet szerint:

„Valamely ajánlatkérő, amely az ajánlat önállóságát és függetlenségét kétségbe vonó objektív tényezőkről szerez tudomást, köteles megvizsgálni minden olyan releváns körülményt, amely az érintett ajánlat benyújtásához vezetett, a célból, hogy meg lehessen előzni és fel lehessen tárnai azokat a tényezőket, amelyek a közbeszerzési eljárást jogellenessé tehetik, és orvosolni lehessen azokat, adott esetben azt is beleértve, hogy a feleket bizonyos információk és bizonyítékok szolgáltatására hívja fel”.

A Bíróság rögzítette, hogy *„amennyiben bebizonyosodik, hogy ezen ajánlatok nem önállóak és függetlenek, a 2004/18 irányelv 2. cikkével ellentétes a közbeszerzési szerződésnek az ilyen ajánlatot benyújtó ajánlattevők részére történő odaítélése.”*

Azzal kapcsolatban, hogy az ajánlatkérő milyen bizonyítékok alapján dönthet a versenyt sértő ajánlattevői magatartásáról, a Bíróság úgy foglalt állást, hogy *„a tényleges érvényesülés elve megköveteli, hogy a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó uniós szabályok megsértésének bizonyítása ne csak közvetlen bizonyítékok, hanem valószínűsítő körülmények útján is történhessen, feltéve, hogy azok objektívek és egybehangzóak, és a kapcsolt ajánlattevők számára fennáll az ellenkező bizonyításának lehetősége.”*⁴⁹

Az ítéletnek ugyanakkor lényegi megállapítása, hogy az érintett vállalkozások közötti, a tagsági jogok vagy a rendes közgyűlésen gyakorolható szavazati jogok alapján fennálló ellenőrzési viszony megállapítása önmagában nem elegendő ahhoz, hogy az ajánlatkérő automatikusan elutasítsa ezen ajánlatokat a közbeszerzési eljárásban anélkül, hogy megvizsgálná, hogy az ilyen viszonyoknak volt-e konkrét hatása az említett ajánlatok függetlenségére.

⁴⁹ Az ítélet 37. bekezdése.

4.4. Értékelési szempontok

A Bíróság gyakorlata az értékelési szempontokkal kapcsolatos követelmények kialakításában és értelmezésében is jelentős szerepet játszott.

A **C-31/87. számú, Beentjes** ügyben hozott ítélet mondta ki azt az elvárást, hogy **az értékelési szempontok nem biztosíthatnak önkényes döntési lehetőséget az ajánlatkérőnek, azoknak objektívnak, szakmai szempontok alapján kiszámíthatónak kell lenniük.** Az itt kialakított elveket a Bíróság későbbi ítélkezési gyakorlatában is alapul vette.

Az ítélet szerint az a holland közbeszerzési felhívások általános feltételeiben foglalt rendelkezés, amely szerint a szerződést az ajánlatkérő számára leginkább elfogadható ajánlatot benyújtott ajánlattevőnek kell odaítélni, nem felel meg az akkor hatályos irányelvnek, ha korlátlan döntési szabadságot biztosítana a szerződés odaítélésében. Ez a rendelkezés a Bíróság döntése szerint akkor lehet az irányelvnek megfelelő, ha úgy kell értelmezni, hogy megadja a lehetőséget az ajánlatkérőknek objektív szempontok meghatározására (mint például az irányelvben felsoroltak, amelyek alapján a legkedvezőbb ajánlatot elfogadják).

A **C-513/99. számú, Concordia Bus** ügyben hozott ítéletében tette egyértelművé a Bíróság, hogy az értékelési szempontok között alkalmazhatóak környezetvédelmi szempontok is.

Tisztázta, hogy nem kell az ajánlatkérő által a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat kiválasztásához alkalmazott szempontok mindegyikének szükségszerűen kizárólag gazdasági jellegűnek lennie. Nem zárható ki ugyanis, hogy nem kizárólag gazdasági jellegű tényezők befolyásolják az említett ajánlatkérő szempontjából valamely ajánlat értékét. A Bíróság megállapította, hogy az ügyben alkalmazandó, akkor hatályos irányelv nem zárja ki annak lehetőségét, hogy az ajánlatkérő a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat értékelése során a környezet megóvására vonatkozó szempontokat is figyelembe vegyen, amennyiben e szempontok a közbeszerzési szerződés tárgyához kapcsolódnak, nem biztosítanak az ajánlattevőknek korlátlan választási szabadságot, a dokumentációban vagy a hirdetményben kifejezetten említésre kerültek, és megfelelnek a közösségi jog összes alapelveinek, köztük a hátrányos megkülönböztetés tilalmának is.

A Bíróság elé került **C-448/01. számú, Wienstrom ügyben** az értékelési szempontoknak a szerződés tárgyával való kapcsolatával, a környezetvédelmi szempontok alkalmazhatóságával, valamint az értékelési szempontok ellenőrizhetőségével kapcsolatos kérdésekben adott iránymutatást a Bíróság.

Az ügyben az ajánlatkérő keretmegállapodás megkötésére indított közbeszerzési eljárást, villamosenergia beszerzése tárgyában, az osztrák szövetségi közigazgatás területi szerveinek ellátására, Karintia tartományban.

Az ajánlatkérő olyan szállítóval kívánt szerződni, amely képes az érintett közigazgatási szervek várható éves fogyasztásának megfelelő energiát megújuló energiaforrásból biztosítani, amelynek igazolását az érvényesség feltételül szabta. Az alkalmazott értékelési szempontok az ár (55%-os súllyal) és a megújuló forrásból származó energia voltak (45%-os súllyal), utóbbi tekintetében azonban kizárólag a tervezett éves energiafogyasztáson felüli szállítási képességet értékelte az ajánlatkérő. Az ítélet elsőként megerősítette, hogy az értékelési szempontok keretében az ajánlatkérő nem tisztán gazdasági jellegű szempontokat is figyelembe vehet, így alkalmazhat környezetvédelmi kritériumokat az értékelésben, például a megújuló forrásból származó energia mennyisége.

A 45%-os súlyozás jogszerűsége kapcsán az ítélet így foglalt állást: „*Az ajánlatkérőknek nemcsak az értékelési szempontok, hanem azok súlyozásának meghatározásában is szabadsága van, feltéve, hogy ez a súlyozás lehetővé teszi, hogy az értékelési szempontrendszer alapján összességében a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat kerüljön kiválasztásra.(...) Figyelembe véve az alapügyben alkalmazott, itt tárgyalt szempont által képviselt cél fontosságát, a 45%-os súllyal történő figyelembevétele nem tűnik úgy, hogy akadályozná, hogy a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat kerüljön kiválasztásra.*”

A Bíróság ugyanakkor megállapította, hogy az adott esetben alkalmazott értékelési szempont nem kapcsolódik a szerződés tárgyához, ugyanis nem arra a szolgáltatásra vonatkozik, amely a szerződés tárgyát képezi (azaz az ajánlatkérő számára bizonyos mennyiségű villamosenergia szolgáltatására az ajánlatkérő várható éves fogyasztásának megfelelően, amelyet az ajánlati felhívás meghatároz), hanem arra az energiamennyiségre, amelyet az ajánlattevők más fogyasztóknak szállítottak, vagy fognak szállítani. Az az értékelési szempont, amely kizárólag a tervezett éves fogyasztást meghaladó mennyiségű villamosenergia tekintetében értékeli azt, hogy az megújuló forrásból származik, nem tekinthető úgy, hogy a szerződés tárgyához kapcsolódik.

Az ítélet arra is kitért, hogy a szerződés tárgyához nem kapcsolódó szempont egyúttal adott esetben azt is eredményezi, hogy a nagyobb termelési vagy szállítási kapacitással rendelkező vállalkozások előnyben részesülnek, és indokolatlanul különböztetik meg hátrányosan azokat a vállalkozásokat, amelyek egyébként teljes mértékben meg tudnak felelni a szerződés tárgyához kapcsolódó szempontoknak. Az ítéletben vizsgált további probléma volt, hogy az ajánlatkérő úgy értékelte az egyes ajánlattevők megújuló forrásból származó energiaszállítási kapacitását, hogy az ajánlatban feltüntetett értékek alátámasztására nem kért be megfelelő dokumentumokat. A Bíróság erre vonatkozóan megfogalmazta, hogy *„Amennyiben egy ajánlatkérő olyan módon fektet le egy értékelési szempontot, hogy abból kitűnik, hogy nem szándékozik és nem is képes az ajánlattevők által szolgáltatott adatok ellenőrzésére, megsérti az egyenlő bánásmód elvét, mert az ilyen értékelési szempont nem biztosítja az eljárás transzparenciáját és objektivitását.”*

A Bíróság értékelési szempontokkal kapcsolatos gyakorlatában megjelenik az az elv, hogy *„az ajánlattevők alkalmasságának vizsgálata és a szerződés odaítélése két elkülönülő része a közbeszerzési eljárásnak, amelyekre eltérő szabályok vonatkoznak”* (C-31/87), ezért az alkalmasság körébe tartozó tényezők – az újabb ítélkezési gyakorlatban, főszabály szerint – nem szerepelhetnek értékelési szempontként.

A C-601/13. számú, Ambisig ügyben hozott ítéletében a Bíróság elismerte, hogy bizonyos típusú szolgáltatásoknál az adott szerződés teljesítéséért felelős személyek szakmai kvalitásai nagyban befolyásolják a teljesítés minőségét, ezért ilyen esetben az azokhoz kapcsolt értékelési szempontok is megfelelnek az irányelv által szabott azon követelményeknek, hogy a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat kiválasztását szolgálják, és kapcsolódnak a szerződés tárgyához.

Az ügy tényállása szerint az ajánlatkérő továbbképzési és tanácsadási szolgáltatások beszerzésére indított közbeszerzési eljárást, amelynek során a szerződés teljesítésére ajánlott szakmai csoport összetételére, tapasztalatára vonatkozó értékelési szempontot alkalmazott.

Ennek jogszerűsége kapcsán a Bíróság kimondta, hogy a közbeszerzési szerződés teljesítésének a minősége meghatározó módon függhet a teljesítéséért felelős személyek szakmai értékétől, amelyet szakmai tapasztalatuk és képzettségük határoz meg. Ez különösen így van akkor, amikor a szerződés tárgyát képező szolgáltatás szellemi jellegű, az adott esetben például továbbképzési és tanácsadási szolgáltatásokra vonatkozik. Amikor az ilyen szerződést egy csoportnak kell teljesítenie, e csoport szakmai minőségének az értékelése során a tagjainak az ismeretei és tapasztalata a meghatározó szempont. E minőség az ajánlat lényegi jellemzője lehet, és a szerződés tárgyától függhet.

A döntés szerint a továbbképzési és tanácsadási szolgáltatások nyújtására irányuló szerződések odaítélésekor az ajánlatkérő meghatározhat olyan szempontot, amely lehetővé teszi az ajánlattevők által kifejezetten az adott szerződés teljesítésére ajánlott konkrét csoportok minőségének értékelését, figyelembe véve a csoport összetételét, tagjainak tapasztalatát és szakmai életrajzát.

4.5. Kapacitásnyújtás, alvállalkozás

Az uniós bírósági gyakorlatban az alvállalkozás korlátozásával kapcsolatos esetek megítélése a kapacitást nyújtó szervezetek igénybevételének lehetőségével kapcsolódik össze.

A **C–176/98. számú, Holst Italia ügyben** hozott ítélet volt az a később is számos ítéletben hivatkozott, alapvető jelentőségű ítélet, amelyben az Európai Unió Bírósága kimondta azt az elvet, hogy az ajánlattevő a köztük fennálló kapcsolat jogi jellegétől függetlenül felhasználhatja az alkalmasság igazolása érdekében más szervezet adatait, feltéve, hogy igazolni tudja, hogy a hivatkozott erőforrások ténylegesen rendelkezésére fognak állni.

A Bíróság tehát ezen ítéletében tisztázta, hogy az ajánlattevő *a köztük levő jogi kapcsolat jellegétől függetlenül igénybe veheti más szervezetek kapacitásait a gazdasági-pénzügyi, illetve műszaki-szakmai alkalmassági kritériumoknak való megfelelés céljából*, feltéve, hogy bizonyítja, hogy a hivatkozott kapacitások ténylegesen rendelkezésére fognak állni a szerződés teljesítése során. Nem szükséges tehát az, hogy az ajánlattevő és a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet kapcsolt vállalkozások legyenek. A Bíróság azt is kimondta, hogy amennyiben valamely társaság a gazdasági és pénzügyi helyzetének, illetőleg a műszaki és szakmai alkalmasságának a bizonyítása érdekében más szervezetek kapacitásaira hivatkozik, e társaság feladata annak bizonyítása, hogy e kapacitások ténylegesen a rendelkezésére fognak állni annak időtartama alatt, ennek vizsgálata körében pedig nem lehet egyes bizonyítási módokat eleve kizárni.

A **C-324/14. számú, Partner Apelski Dariusz ügyben** felvetődő fő kérdés az volt, hogy egy ajánlattevő a korábbi szolgáltatásokra vonatkozó referenciakövetelményt előíró alkalmassági követelménynek való megfelelés érdekében hivatkozhat-e egy külső szervezet kapacitásaira akkor, ha ez a szervezet ténylegesen nem vesz részt a szerződés teljesítésében.

A tényállás szerint a varsói köztisztasági hivatal Varsó úthálózatának takarítására vonatkozóan írt ki közbeszerzést. Az egyik ajánlattevő az előírt referenciakövetelményeknek részben egy másik vállalkozás kapacitásaira hivatkozva felelt meg, mely utóbbi vállalkozásnak a szerződés teljesítésében való részvétele azonban egyszerű konzultációs és oktatási tevékenységekre korlátozódott volna.

A Bíróság úgy ítélte meg, hogy amennyiben a harmadik szervezet rendelkezésére álló kapacitást nem lehet átadni az ajánlattevőnek – figyelembe véve az adott szerződés természetét és célját – ezen körülmények között az ajánlattevő csak akkor hivatkozhat az említett kapacitásra az alkalmassága igazolásához, ha a harmadik szervezet közvetlenül és személyesen vesz részt a kérdéses szerződés teljesítésében.

A **C–406/14. számú, Wroclaw ügyben** hozott ítéletében a Bíróság kimondta, hogy az a feltétel, amely a szerződés egy elvontan meghatározott százalékos arányban kifejezett része tekintetében korlátozza az alvállalkozói részvételt a szerződés teljesítésében, ellentétes az uniós joggal.

Az említett ítélet még a 2004/18/EK irányelv alapján született és az ott vizsgált ügyben alkalmazott korlátozás kihatott az alkalmasság igazolásának külső szereplő bevonásával történő teljesítésére is az eljárás során.

4.6. Szerződés módosítás

A 2014-ben elfogadott irányelveket megelőzően a közbeszerzési szerződések módosításának nem volt irányelvi szintű szabályozása.

Irányelvi szabályok hiányában az alkalmazandó elveket a Bíróság gyakorlata alakította ki, amelyben meghatározónak tekinthető döntés a **C-454/06. számú, Pressetext ügyben** hozott ítélet volt.

A Pressetext ítéletben a Bíróság a korábban hatályos, a szolgáltatások beszerzésére vonatkozó közbeszerzési irányelv „szerződés-odaítélés” fogalmát értelmezve vázolta fel a módosítás korlátait.

A Bíróság a közbeszerzésre vonatkozó közösségi szabályok elsődleges célját, a szolgáltatások szabad mozgásának biztosítását, a tisztességes verseny megvalósítását, valamint az ezek érvényesülését biztosító közösségi jogi alapelveket, az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalmának elvét, az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elvét, és az ebből következő átláthatóság követelményét tekintette irányadónak az értelmezésnél.

Az ítélet alapjául szolgáló esetben az osztrák kormány 1994-ben határozatlan idejű szerződést kötött hírügynökségi szolgáltatások ellátására egy sajtóügynökséggel (a továbbiakban: APA). A szerződést a teljesítés évei alatt többször is módosították. Egyes feladatok ellátását az APA az osztrák kormány hozzájárulásával átruházta az egyedüli tulajdonában álló leányvállalatára, amellyel egyetemleges felelősséget vállalt a teljesítésért, az árakat ez euró bevezetésekor schillingről euróra váltották, kerekítést is alkalmaztak, a felmondást korlátozó szerződéses feltétel hatályát az eredeti szerződésben foglalt határidőn túl további időszakra terjesztették ki, valamint az APA on-line szolgáltatására vonatkozó árkedvezmény mértékét 15%-ról 25%-ra emelték.

A Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (a továbbiakban: Pressetext) az APA versenytársaként sérelmezte a határozatlan idejű szerződés fenntartását és annak megállapítására indított jogorvoslatot, hogy a fenti változások valójában új szerződéskötésként értékelhetőek, amelyet megelőzően közbeszerzési eljárást kellett volna lefolytatni. A Bíróság az ügyben hozott ítéletében a szerződésmódosításokkal kapcsolatban elvi élel mondta ki:

„Az eljárások átláthatósága és az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód biztosítása érdekében valamely közbeszerzési szerződés hatályosságának ideje alatt az annak rendelkezéseire vonatkozóan elfogadott módosításokat a 92/50 irányelv értelmében új szerződésodaítélésnek kell tekinteni, amennyiben az eredeti szerződés feltételeitől lényegesen eltérőeket határoznak meg, és következésképpen a feleknek e szerződés alapvető feltételeinek újratárgyalására vonatkozó szándékát igazolják.”

A Bíróság tehát a szerződésmódosítás feltételeivel kapcsolatban a kérdés olyan megközelítését választotta, amely szerint a közbeszerzési szerződés lényeges módosítása már új szerződés-odaítélésnek minősül, és ebben az esetben nem fogadható el, hogy a felek a közbeszerzési szerződést egyszerűen módosítsák. A Bíróság fentiekkel kapcsolatos további iránymutatása szerint valamely közbeszerzési szerződés módosítását akkor lehet lényegesnek tekinteni, ha:

- olyan feltételeket határoz meg, amelyek, ha szerepeltek volna az eredeti odaítélési eljárásban, az eredetileg részt vett ajánlattevőkön kívüli más ajánlattevők részvételét is lehetővé tették volna, vagy az eredetileg kiválasztott ajánlaton kívüli másik ajánlat kiválasztását is lehetővé tették volna;
- jelentős mértékben kiterjeszti a szerződést olyan szolgáltatásokra, amelyekre az eredetileg nem terjedt ki;
- a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára módosítja úgy, hogy ezt az eredeti szerződésben nem kötötték ki.

A konkrét esetben történt módosítás egyes elemeit sorban vizsgálva, a Bíróság úgy ítélte meg, hogy nem került sor a szerződés alapvető feltételei olyan jellegű módosítására, amely új szerződés-odaítélésnek lett volna tekinthető.

A C-549/14. számú, Finn Frogne ügyben hozott ítélet azzal a kérdéssel foglalkozott, hogy egy szerződéses jogviszony lezárása érdekében egy szerződés tárgyának szűkítése olyan szerződésmódosításnak minősült-e, amely új közbeszerzési eljárás lefolytatását indokolja. A tényállás szerint a dán állam egy közbeszerzési eljárás eredményeként szerződést kötött a készenléti szolgálatok átfogó kommunikációs rendszerrel való ellátása és e rendszer több évig történő karbantartása érdekében. A szerződés teljesítése során azonban akadályok merültek fel, és a szerződés teljesítésének mindkettejük számára elfogadható lezárása érdekében a felek vitarendezési megállapodást kötöttek, amely alapján a nyertes ajánlattevő által nyújtandó szolgáltatás tartalma és értéke jelentősen leszűkült.

Ítéletében a Bíróság korábbi gyakorlatából felidézte, hogy az egyenlő bánásmód elvével és az abból fakadó átláthatóság kötelezettségével ellentétes az, hogy a közbeszerzési szerződés odaítélését követően az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő olyan módosításokat eszközöl a szerződés rendelkezéseiben, amelyek miatt lényeges eltérések adódnak az eredeti szerződés rendelkezéseihez képest.

Szintén idézte korábbi ítélezési gyakorlatának azon megállapítását, amely szerint lényegesnek minősül a módosítás abban az esetben, amikor megállapítható, hogy ha a módosított rendelkezések szerepeltek volna az eredeti odaítélési eljárásban, más ajánlattevők részvételét/kiválasztását is lehetővé tették volna. Az adott esetben a szerződés tárgyának lényeges szűkítésében megnyilvánuló módosítás azzal a következménnyel járhat, hogy több gazdasági szereplő számára teszi elérhetővé a szerződést. Ugyanis amennyiben a szerződés eredeti nagyságrendje szerint kizárólag bizonyos vállalkozások voltak abban a helyzetben, hogy ajánlattevőként jelentkezzenek vagy ajánlatot nyújtsanak be, a szerződés tárgyának szűkítése érdekessé teheti azt a kisebb méretű gazdasági szereplők számára is.

Mindezek alapján a Bíróság úgy ítélte meg, hogy valamely közbeszerzési szerződés odaítélését követően e szerződés akkor sem módosítható lényegesen új közbeszerzési eljárás megindítása nélkül, ha e módosítás objektíven a két fél részéről kölcsönös lemondásokkal járó vitarendezést jelent, valamely bizonytalan kimenetelű, e szerződés teljesítése során felmerült nehézségekből eredő jogvita lezárása érdekében.

4.7. A koncesszió fogalma

A Bíróság gyakorlata fontos szerepet játszott az építési és szolgáltatási koncesszió fogalmának pontosításában is, itt is elmondható, hogy az ítélezési gyakorlat eredményeit a 2014/23/EU irányelv beépítette a koncesszió jogszabályi fogalmi elemeinek meghatározásakor.

Az Európai Unió Bírósága a **C-458/03. számú, Parking Brixen** ügyben hozott ítéletében mondta ki először, hogy a szolgáltatási koncessziós szerződések jellemzője a koncessziós jogosult részéről a működtetési kockázat vállalása. A tényállás szerint Brixen község önkormányzata versenyeztetés nélkül ítélte oda a Stadtwerke Brixen AG-nak több parkoló üzemeltetésének jogát. Az ügyben vizsgált parkoló üzemeltetésének ellenszolgáltatásaként a Stadtwerke Brixen AG a parkolót használóktól parkolási díjat szedett, Brixen önkormányzata részére pedig éves díjat fizetett. Ezenkívül a szerződés alapján a Stadtwerke Brixen AG elfogadta, hogy a heti piacot továbbra is a kérdéses területen tartásák, működtette az ingyenes kerékpárkölcsönző szolgálatot, és biztosította a terület karbantartását.

A Bíróság a szerződés minősítése kapcsán megállapította, hogy a szolgáltató nem közvetlenül az ajánlatkérőtől kap díjat, hanem harmadik személyektől szedi azt az érintett parkoló használatáért. *E díjazási módhoz hozzátartozik, hogy a kérdéses szolgáltatás működtetési kockázatát a szolgáltató vállalja, ez pedig a közszolgáltatási koncesszió jellemzője.* Így az alapügybelihez hasonló helyzetben nem szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzésről, hanem közszolgáltatási koncesszióról van szó. Az ítélet azt is kimondta, hogy az egyenlő bánásmód elve és az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalma többek között átláthatósági kötelezettséget foglal magában, amely lehetővé teszi, hogy a koncesszióba adó hatóság biztosítsa ezen elvek tiszteletben tartását. Ezen, e hatóságot terhelő átláthatósági kötelezettség azt jelenti, hogy minden potenciális ajánlattevő számára megfelelő mértékű nyilvánosságot kell biztosítani, amely a szolgáltatási koncesszió versenyre történő megnyitását, és az odaítélési eljárás pártatlanságának ellenőrzését lehetővé teszi.

Az ítélet szerint a versenyeztetés alapügybelihez hasonló teljes hiánya nem egyeztethető össze az EK43. és az EK49.cikk követelményeivel és az egyenlő bánásmód elvével, a hátrányos megkülönböztetés tilalmával, illetve az átláthatóság elvével sem.

A koncessziókkal összefüggő ítélezési gyakorlat egy része foglalkozik a koncesszió fogalmának értelmezésével. Ezen ítélezési gyakorlat másik nagyon fontos eleme, hogy a Bíróság először a szolgáltatási koncessziókkal kapcsolatban alakította ki azt az elvet, hogy az irányelvek tárgyi hatályán

kívül is alkalmazandóak a belső piaci szabadságokból, illetve az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalmából levezethető, az átláthatóságot biztosító követelmények. (Ld. erről részletesebben a 2.4. fejezetben foglaltakat)

A Bíróság a **C-206/08. számú, Eurawasser ügyben** úgy foglalt állást, hogy az ajánlatkérő által viselt működési kockázat ajánlattevő általi teljes (vagy legalább jelentős) részben történő átvállalása esetén akkor is lehetséges koncesszióról beszélni, ha az adott szerződés tárgyát képező szolgáltatás közjogi szabályozottsága (például: szabályozott díjtételek, kizárólagos jogok) miatt eleve korlátozott a szerződő fél által viselt kockázat és nem hasonlítható össze a tisztán piaci alapon nyújtott szolgáltatásokhoz kapcsolódó magasabb piaci kockázattal.

Az adott ügyben a Bíróság egy ivóvízellátásra és szennyvízelvezetésre vonatkozó szerződést vizsgált. Az ítélet szerint gyakori, hogy egyes tevékenységi ágazatokra, különösen a közhasznú tevékenységekhez – így a vízellátáshoz és a szennyvízelvezetéshez – kapcsolódó ágazatokra olyan szabályozás vonatkozik, amely a felmerülő gazdasági kockázatok korlátozottságát eredményezheti. Az ajánlatkérő szervek számára továbbra is lehetővé kell tenni, hogy a szolgáltatásnyújtásról koncesszió útján gondoskodjanak, ha úgy ítélik meg, hogy az az érintett közszolgáltatásról való gondoskodás legjobb módja, és ezt akkor is megtehessek, ha a hasznosítással járó kockázat jelentősen korlátozott.

Szigorúbban vizsgálta a megfelelő kockázatvállalás kritériumát a Bíróság a **C-300/07. számú, Hans & Christophorus Oymanns ügyben** hozott ítéletében.

A vizsgált szerződések a német jog szerinti „integrált ellátási rendszert létrehozó szerződések” voltak, a törvényes egészségbiztosítási pénztárak és ortopéd cipészek közötti megállapodások, ahol a szolgáltatás a betegek egyéni szükségleteihez igazított ortopéd cipőknek a szakosodott cipészek általi, a törvényes egészségbiztosítási pénztárakkal kötött megállapodás alapján történő elkészítését, valamint ezzel összefüggésben a betegek számára nyújtott részletes tanácsadást foglalt magában.

A Bíróság úgy ítélte meg, hogy a kérdéses tevékenységek hasznosításához kapcsolódó jelentős kockázatokat, amelyek a szolgáltatási koncesszió keretében a koncesszió jogosultjának a helyzetét jellemzik, a gazdasági szereplő nem viseli, ezért e szerződések nem minősíthetők szolgáltatási koncesszióknak. Ennek megítélésakor a Bíróság figyelembe vette, hogy a szolgáltató díjazását az egészségbiztosítási pénztártól kapja, nagyjából előre látható, kiszámítható a kereslet mértéke, és az adott szolgáltatás nem igényel nagy összegű előzetes befektetést.

5. AZ UNIÓS FEJLESZTÉSPOLITIKA ÉS A KÖZBESZERZÉS

5.1. A szabálytalanság és a pénzügyi korrekció fogalma, kiszabása

Az uniós fejlesztéspolitika és a közbeszerzés szoros kapcsolatban áll, hiszen az uniós fejlesztési források jelentős részét költik el a tagállamokban közbeszerzési eljárások útján. Az uniós fejlesztéspolitika kialakította azokat a fogalmakat és eljárási mechanizmusokat, amelyek az uniós források szabályszerű felhasználását szolgálják.

Az uniós forrásfelhasználás közbeszerzési szabályoknak való megfelelésével összefüggésben az alapvető fogalmak között szükséges szólnunk a szabálytalanság és a pénzügyi korrekció lényegéről.

Az Európai Regionális Fejlesztési Alapra, az Európai Szociális Alapra és a Kohéziós Alapra vonatkozó általános rendelkezések megállapításáról és az 1260/1999/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló **1083/2006/EK** rendelet 2. cikk. 7. pont értelmében **szabálytalanság**:

- (1.) a közösségi jog valamely rendelkezésének egy gazdasági megvalósító cselekedetéből vagy mulasztásából adódó bármiféle megsértése,
- (2.) amely az Európai Unió általános költségvetését az általános költségvetésre rótt indokolatlan költség formájában sérti vagy sértheti.

A fentiek szerinti fogalom az érintett, 2006-os tanácsi rendelet 2013-ban történt hatályon kívül helyezését követően sem változott érdemben, az uniós jog alkalmazásához kapcsolódó nemzeti jogra (az irányelvek tagállami átültetésére vonatkozó szabályokból is kifolyólag) vonatkozó hivatkozással kiegészítésre, illetőleg az ESB alapokra történő hivatkozással pontosításra került az alábbiak szerint:

Az Európai Regionális Fejlesztési Alapra, az Európai Szociális Alapra, a Kohéziós Alapra, az Európai Mezőgazdasági Vidékfejlesztési Alapra és az Európai Tengerügyi és Halászati Alapra vonatkozó közös rendelkezések megállapításáról, az Európai Regionális Fejlesztési Alapra, az Európai Szociális Alapra és a Kohéziós Alapra és az Európai Tengerügyi és Halászati Alapra vonatkozó általános rendelkezések megállapításáról és az 1083/2006/EK tanácsi rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló **1303/2013/EU** rendelet 2. cikk. 36. pont alapján **szabálytalanság**:

- (1.) az uniós jog vagy az annak alkalmazásához kapcsolódó nemzeti jog valamely rendelkezésének egy, az ESB-alapok megvalósításában részt vevő gazdasági szereplő cselekedetéből vagy mulasztásából adódó bármilyen megsértése,
- (2.) ami az Unió költségvetését a költségvetésre rótt indokolatlan költség formájában sérti vagy sértheti.

A fentiekből kifolyólag az 1303/2013/EU rendelet alapján az uniós szabálytalanság fogalom két eleme:

1. **jogsértés:** a gazdasági szereplő *cselekedetéből* vagy *mulasztásából* adódóan az uniós jog vagy az annak alkalmazásához kapcsolódó nemzeti jog valamely rendelkezésének megsértése,
2. **pénzügyi (költségvetési) érdeksérelem:** (az adott jogsértés) az Európai Unió költségvetését a költségvetésre rótt indokolatlan költség formájában sérti vagy sértheti.

A jogsértés, mint a szabálytalanság (egyik) fogalmi eleme kapcsán azzal összefüggésben, hogy a közbeszerzési szabályok megsértése az uniós jog (vagy annak alkalmazásához kapcsolódó nemzeti jog) tekintetében relevánsak-e (azaz a közbeszerzési szabály(ok) megsértése jogsértésként értékelhető(ek)-e) a Bíróság a **T-384/10.** sz. ügyben hozott ítéletének 140. pontjában rögzítettek irányadóak, miszerint: „*E körülmények között a Bizottság – miután a közbeszerzési szerződések odaítélésére irányadó uniós rendelkezések megsértését tárta fel – köteles volt azon helyzet helyreállításához szükséges pénzügyi korrekciókat előírni, amelyben a Kohéziós Alappal való társfinanszírozás iránti kérelem tárgyát képező költségek összessége megfelel a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó uniós szabályozásnak, mégpedig az arányosság elvét figyelembe véve.*”

A pénzügyi érdeksérelem, mint a szabálytalanság (másik) fogalmi eleme kapcsán a Bíróság a **C-406/14. számú, Wrocław** ügyben hozott ítéletében kimondta, hogy a jogsértést szabálytalanságnak kell tekinteni, ha az költségvetési kihatással járhat. Ezzel szemben nem szükséges pontos pénzügyi kihatás meglétét bizonyítani. *A közbeszerzési szabályok megsértése így szabálytalanságnak tekinthető, amennyiben nem zárható ki az a lehetőség, hogy e jogsértés hatással lehetett az érintett alap költségvetésére.*

Az 1303/2013/EU rendeletben foglaltakkal összhangban, hazánkban a 2014–2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 3. § (1) bekezdésének 47. pontjában az alábbi került rögzítésre:⁵⁰

47. szabálytalanság:

- (1.) „az 1303/2013/EU európai parlamenti és tanácsi rendelet 2. cikk 36. pontjában foglaltak, az EMVA forrás esetén a KAP rendelet 2. cikk (1) bekezdés g) pontjában foglaltak, továbbá (2a.) nemzeti jogszabály, a támogatási szerződés, az 1303/2013/EU európai parlamenti és tanácsi rendelet 38. cikk (7) bekezdésében meghatározott finanszírozási megállapodás vagy a végső kedvezményezett és a pénzügyi közvetítő között kötött szerződés, illetve a végső kedvezményezett javára kiadott kezességvállalási nyilatkozat alapján a végső kedvezményezettet terhelő kötelezettségek megsértése; (2b.) amelyek eredményeképpen Magyarország pénzügyi érdekei sérülnek, illetve sérülhetnek.”

Látható, hogy a hazai jogszabály a szabálytalanság fogalmát az uniós rendeletben meghatározottakon felül kiterjeszti minden olyan jogi köteletség (pl.: támogatási szerződésben foglaltak) megszegésére is a kedvezményezett részéről, amelyekkel kapcsolatban a hazai költségvetési érdeksérelem, illetve annak lehetősége áll fenn.

Az 1303/2013/EU rendeletben a **rendszerszintű szabálytalanság** fogalma is definiálásra került, a 2. cikk. 38. pontja alatt, amely alapján rendszerszintűnek tekinthető:

„*Bármely szabálytalanság, amely esetében fennáll az ismétlődés lehetősége, amely nagy valószínűséggel hasonló művelettípusok esetében következik be, és amelyet valamely irányítási és kontrollrendszer hatékony működésének súlyos hiányossága okoz, beleértve azt is, hogy nem történt meg az e rendelet és az alapspecifikus szabályok szerinti megfelelő eljárások kialakítása.*”

Rendszerszintű szabálytalanság megállapítása tipikusan több, az ellenőrzést végző szerv által vizsgált közbeszerzési eljáráshoz kapcsolódóan, az érintett eljárásokban beazonosított „azonos” hibából kifolyólag kerülhet feltárára. (Erre gyakorlati példa: aszfaltkeverőteleppel való rendelkezés alkalmasság minimumkövetelményként történő előírása több vizsgált közbeszerzési eljárásban).

Amennyiben például a Miniszterelnökség Közbeszerzési Felügyeletért Felelős Helyettes Államtitkárságának Közbeszerzési Felügyeleti Főosztálya (a továbbiakban: KFF), mint az uniós értékhatárokat elérő vagy meghaladó értékű, valamint az építési beruházás, építési koncesszió esetén

⁵⁰ Albekezdésekre való tagolás a tananyag szerzőjétől.

a 300.000.000 Ft-ot elérő vagy meghaladó értékű közbeszerzési eljárásokra vonatkozó irányítási ellenőrzéseket végző horizontális szerv (pl.: Bizottság általi) ellenőrzése során több ellenőrzött közbeszerzési eljárás érintett a (Bizottság általi ellenőrzés során) azonosított hibával, úgy a KFF részéről valamennyi (ellenőrzése tárgyát képező) operatív program kapcsán azonosítani és elemezni szükséges az összes olyan közbeszerzési eljárást, amely(et adott esetben a KFF ellenőrzött és) a KFF ellenőrzését végző szerv (pl.: Bizottság) által feltárt hibával érintett. Az uniós forrásból megvalósuló közbeszerzések hazai hatályos ellenőrzési rendszerére tekintettel így megállapítható, hogy egy, a KFF ellenőrzési tevékenysége vonatkozásában feltárt rendszerszintű szabálytalanság esetén annak (akár pénzügyi) hatása is jelentős(ebb) lehet.

Valamennyi tagállam alapvető feladata (az uniós források felhasználásának bármely szakaszában, így a támogatásból megvalósuló közbeszerzési eljárások előkészítése, lefolytatása, ellenőrzése során is):

1. a szabálytalanságok
 - megelőzése,
 - feltárása és
 - korrigálása, valamint
2. a jogosulatlanul kifizetett összegek visszafizettetése (**pénzügyi korrekció**).

A pénzügyi korrekció (mely a szabálytalanság ellen alkalmazott legáltalánosabb „szankciónak”/következménynek is tekinthető) alapvető rendeltetése, hogy uniós forrásból ne kerüljön finanszírozásra olyan kiadás, amely az alkalmazandó jogot sérti.

Az 1303/2013/EU rendelet 85. cikkének (1) bekezdése alapján:

„A Bizottság pénzügyi korrekciókat hajt végre valamely programnak nyújtott hozzájárulás egészben vagy részben történő visszavonásával és a támogatás összegének a tagállam általi visszafizetésével annak érdekében, hogy kizárja az uniós finanszírozásból az alkalmazandó jogot sértő kiadásokat.”

A szabálytalanságok feltárása és a pénzügyi korrekció alkalmazása (tehát) elsősorban a tagállamok által létrehozott és működtetett ellenőrző szervek kötelessége, amennyiben azonban erre nem kerül sor, úgy az Európai Bizottság „közvetlenül” is jogosult pénzügyi korrekció alkalmazására, amint azt a 1303/2013/EU rendelet (72) preambulum bekezdése deklarálja:

„Az uniós költségvetés védelme érdekében lehetséges, hogy a Bizottságnak pénzügyi korrekciókat kell végrehajtania. A tagállamok számára jobbiztonságot kell biztosítani, ehhez pedig fontos meghatározni, hogy mely körülmények fennállása esetén vezethet az alkalmazandó uniós jog vagy nemzeti jog annak alkalmazásával kapcsolatos megsértése ahhoz, hogy a Bizottság pénzügyi korrekciót hajtson végre. Annak biztosítása érdekében, hogy a Bizottság által a tagállamokra kirótt pénzügyi korrekciók az Unió pénzügyi érdekeinek védelméhez kapcsolódjanak, az ilyen korrekcióknak olyan esetekre kell korlátozódniuk, ahol az alkalmazandó uniós jog vagy a nemzeti jog a vonatkozó uniós jog alkalmazásával kapcsolatos megsértése a műveletek, illetve az azokhoz kapcsolódó, a Bizottságnak bejelentett kiadások elszámolhatóságát, szabályosságát, irányítását vagy kontrollját érinti. Az arányosság biztosítása érdekében fontos, hogy a Bizottság a pénzügyi korrekcióról való döntéskor figyelembe vegye a jogsértés jellegét és súlyosságát, valamint az uniós költségvetésre gyakorolt kapcsolódó pénzügyi hatásokat.”

Az uniós forrásból vagy annak felhasználásával megvalósuló közbeszerzések (első szintű) ellenőrzésének rendjét hazánkban a 2014–2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet szabályozza (továbbiakban Korm. rendelet)⁵¹.

⁵¹ 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet XIV. fejezet (Az Európai Unió támogatásból finanszírozott közbeszerzési eljárások ellenőrzése)

Az adott Korm. rendeletben foglaltaknak megfelelően a hazai első szintű ellenőrzés vonatkozásában a beszerzési tárgyra és annak értékhatárára tekintettel a KFF által végzett folyamatba épített, adott esetben utólagos ellenőrzést⁵² és az egyes operatív programok vonatkozásában kijelölt irányító hatóságok általi utóellenőrzést, adott esetben utólagos ellenőrzést⁵³ különíthetünk el.

A fentiek szerinti első szintű közbeszerzési ellenőrzések során feltárássra kerülő szabálytalansági gyanúk kivizsgálása (adott esetben a szabálytalansági eljárás megindítása, a gyanúbejelentőben rögzítettekkel összefüggésben szükség szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárásának kezdeményezése) a Korm. rendeletben rögzítettekre tekintettel minden esetben az adott operatív program tekintetében kijelölt irányító hatóság feladata⁵⁴. Az első szintű ellenőrzés során feltárt gyanúval összefüggésben szabálytalanság megállapítására és arra tekintettel korrekció alkalmazására a szabálytalansági eljárások eredményeként kerülhet sor.

Amennyiben a KFF általi ellenőrzés tárgyát képező közbeszerzési eljárás eredményére (nyertes – ha az összegezésben megjelölésre kerül második helyezett ajánlattevő – és/vagy a legalacsonyabb ajánlati árat és/vagy az összességében legelőnyösebb ajánlat/részvételi jelentkezés érvényességére/érvénytelenségére) kiható hiba kerül a KFF részéről az ellenőrzés során feltárássra (ami jogszerűen nem reparálható), úgy az minden esetben nem támogató (záró) tanúsítvány kiállítását eredményezi. A nem támogató tartalmú (záró) tanúsítvány alapján a Korm. rendelet rendelkezései szerint támogatás nem folyósítható⁵⁵.

A fentiekre figyelemmel, illetőleg arra a tényre, hogy a jogszabály a nem támogató tartalmú tanúsítványhoz szigorúbb következményt rendel (támogatás folyósításának elmaradása) nem támogató tartalmú tanúsítvány esetén szabálytalansági eljárás kezdeményezésére (gyanúbejelentésre) a KFF részéről nem kerül sor.

A fentiekkel, illetőleg a szabálytalanságkezeléssel összefüggésben relevánsak a Bíróság C-465/10. számú ügyben (*Chambre de Commerce* eset) hozott ítéletének 35. pontjában foglaltak, amely értelmében: „a 4253/88 rendelet 23. cikkének (1) bekezdése **a visszaélésből vagy gondatlanságból származó veszteségek visszakövetelésére kötelezi a tagállamokat, anélkül hogy ehhez nemzeti jogi felhatalmazásra szükség lenne** (lásd a fent hivatkozott Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening és társai ügyben hozott ítélet 40. pontját).” Az érintett ítéletben a Bíróság azt is kifejtette, hogy „*az uniós költségvetésből finanszírozott projekteket a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó irányelvekkel teljes összhangban kell megvalósítani*”⁵⁶, amiből következik, hogy a közbeszerzési szabályok megsértése (is) szabálytalansághoz vezet (amint arra a **T-384/10.** sz. ügyben hozott ítélet kapcsán már utaltunk).

A pénzügyi korrekció mértékét, valamint az alkalmazhatóságának eseteit az Európai Bizottság 2019. május 14-i C(2019) 3452 határozata („COCOF útmutató”) *az Unió által finanszírozott kiadásokra vonatkozóan a közbeszerzési szabályok megsértése esetén végrehajtandó pénzügyi korrekciók megállapításáról szóló iránymutatások meghatározásáról* (a továbbiakban: Iránymutatás) szabályozza.

A Bíróság a már hivatkozott C-406/14. számú, Wrocław ügyben hozott ítéletéhez hasonlóan a C-199/03. számú, Írország kontra az Európai Közösségek Bizottsága, továbbá a T-358/08. számú Spanyol Királyság kontra Európai Bizottság ügyekben is kimondta, hogy a konkrét pénzügyi hatással nem járó szabálytalanságok is súlyosan sérthetik az Unió pénzügyi érdekeit és az uniós (közösségi) jognak való megfelelést, és ebből kifolyólag (ezen esetekben is) indokolható a pénzügyi korrekciók alkalmazása.

⁵² 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 101–109.§

⁵³ 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 98–100/A §

⁵⁴ 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 156–174. §

⁵⁵ 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 107. §

⁵⁶ C-465/10 sz. eset 31. pont

A 2019. május 14-i iránymutatás legfőbb célja egyrészt a *jogbiztonság növelése* (azaz azon esetkörök rögzítése, melyek megvalósulása esetén pénzügyi korrekció alkalmazására sor kerülhet, pontosítva a Bizottság korábbi – azonos tárgyban kiadott/alkalmazott – 2013. december 19-i C(2013) 9527 számú határozatában foglaltakat), másrészt az *arányosság biztosítása* (a szabálytalanság megállapítása, kapcsolódó korrekció mértékének meghatározása során).

Amennyiben a szabálytalanság pénzügyi hatása pontosan számszerűsíthető, úgy értelem szerűen ezen egyedi esetekben a támogatás mértékéből visszafizetendő összeg (korrekció összegének) kiszámítására sor kerül (gyakorlati példa: amennyiben (kizárólag) irreális ár miatt a legkedvezőbb ellenszolgáltatást tartalmazó ajánlat érvénytelenítésére (az ellenőrzést végző szerv álláspontja alapján jogszerűtlenül) sor kerül(t) és ezen okból kifolyólag a szerződés a második legkedvezőbb ajánlatot adó ajánlattevővel kerül(t) megkötésre, úgy a pénzügyi hatás (így a korrekció összege) itt a két érintett ajánlatban megjelenő ajánlati ár közötti különbözet).

A fentiekkel összefüggésben ugyanakkor hangsúlyozandó, hogy a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos szabálytalanságok jellegéből adódóan túlnyomórészt nem lehetséges a pénzügyi hatás (pontos) számszerűsítése, mely esetekben – a szabálytalanság jellegére és súlyosságára, valamint az alapot ért pénzügyi veszteségre is tekintettel – általánosan kerül alkalmazásra (pl.: (az ellenőrzést végző szerv álláspontja alapján) versenykorlátozó alkalmassági követelmény kerül(t) előírásra, mely esetben az ellenőrzést végző szerv részéről nem kerül igazolásra, hogy az adott követelmény valóban/ténylegesen visszatartott-e potenciális ajánlattevő(ke)t az érintett eljárásban történő részvételtől, amennyiben valamely gazdasági szereplő az adott követelményre tekintettel nem tett ajánlatot, úgy részéről kedvezőbb ajánlati árat, adott esetben ajánlatot tartalmazó ajánlat került volna benyújtásra).

A Bíróság a T-384/10. sz. ügyel összefüggésben (Spanyolország kontra Bizottság) az alábbiakat állapította meg:

141. pont:

„Ami a pénzügyi korrekciók számítási módját illeti, a megtámadott határozat (137) preambulumbekzdéséből következik, hogy a Bizottság az adott ügy körülményeire tekintettel először is úgy ítélte meg, hogy a feltárt szabálytalanságok súlyához képest aránytalan lenne a szóban forgó projektek összes költségének törléséből álló korrekció alkalmazása. *Ezenkívül megállapította, hogy mivel nem volt lehetséges, illetve nem volt megvalósítható a szabálytalan kiadások összegének pontos meghatározása, általán alapon szükséges a korrekciókat alkalmazni.*”

145. pont:

„A jelen ügyben meg kell állapítani, hogy a pénzügyi korrekciók Bizottság által alkalmazott összegei (lásd a fenti 54–56. pontot) megfelelnek a 2007. évi iránymutatásokban meghatározott összegeknek, és ennél fogva – a Spanyol Királyság állításával szemben – *az átláthatóság semmilyen hiánya nem róható fel a Bizottságnak, mivel tiszteletben tartotta azokat a rátákat, amelyek rá nézve is kötelezők.*”

Az Iránymutatás 2. szakasza részletezi azon eseteket, amelyek korrekcióval érintettek (lehetnek), azaz a szabálytalanságok típusait, a szabálytalanságok típusainak leírását, adott esetben példával szemléltetve, továbbá rögzíti az alkalmazandó/alkalmazható korrekció %-os mértékét, amelyek az irányelvek hatálya alá nem tartozó szerződésekre (azaz a nem uniós eljárásrendben lefolytatott közbeszerzési eljárások, adott esetben pl.: részekre bontás tilalmának megszegése esetében (közbeszerzés mellőzése = 100%-os korrekció) beszerzések tekintetében) is alkalmazhatók/alkalmazandók uniós forrás felhasználásával megvalósuló (köz)beszerzések tekintetében.

Az Iránymutatás az irányelvek hatálya alá nem tartozó szerződések vonatkozásában történő alkalmazásával összefüggésben a Bíróság C–260/14. és C–261/14. sz. **Județul Neamț és Județul Bacău** egyesített ügyekben hozott ítéletének 34–36. pontjaiban foglaltak adnak iránymutatást:

„34. Ugyanakkor, mivel a 2988/95 és az 1083/2006 rendelet az uniós források megfelelő kezelését és az Unió pénzügyi érdekeinek védelmét biztosító ugyanazon rendelkezéscsoport körébe tartozik, a „szabálytalanságnak” a 2988/95 rendelet 1. cikke (2) bekezdése, illetve az 1083/2006 rendelet 2. cikke 7. pontja értelmében vett fogalma egységes értelmezést kíván.

35. Ennek tisztázását követően emlékeztetni kell arra, hogy a Bíróság állandó ítélkezési gyakorlata szerint valamely uniós jogi rendelkezés értelmezéséhez nemcsak annak kifejezéseit, hanem szövegkörnyezetét, és annak a szabályozásnak a célkitűzéseit is figyelembe kell venni, amelynek az részt képezi (lásd ebben az értelemben: 2015. szeptember 3-i *Sodiaal International* ítélet, C-383/14, EU:C:2015:541, 20. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

36. **Így, jöllehet a 2988/95 rendelet 1. cikke (2) bekezdésének, valamint az 1083/2006 rendelet 2. cikke 7. pontjának a megfogalmazása alapján az uniós jog megsértése minősül szabálytalanságnak, ez ugyanakkor nem zárja ki azt, hogy a nemzeti jog megsértése is ilyen szabálytalanságot eredményezhet.**

Az érintett ítélet 50–51. pontjai meghatározóak a korrekció, mint a szabálytalanság „szankciója”, következménye „minősítése” vonatkozásában:

„50. Végül, amint arra a főtanácsnok az indítványának 105. pontjában rámutatott, **a Bíróság korábban már többször kimondta, hogy a szabálytalanság révén jogalap nélkül szerzett előny visszafizetésének kötelezettsége nem szankció, hanem csupán annak a megállapításnak az egyszerű következménye, hogy az uniós szabályozásból származó előny megszerzéséhez szükséges feltételeket nem teljesítették, ami jogalap nélkülivé teszi a szerzett előnyt** (lásd ebben az értelemben: 2009. június 4-i *Pometon*-ítélet, C-158/08, EU:C:2009:349, 28. pont; 2014. szeptember 17-i *Cruz & Companhia* ítélet, C-341/13, EU:C:2014:2230, 45. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat; 2014. december 18-i *Somvao*-ítélet, C-599/13, EU:C:2014:2462, 36. pont). E következtetést nem kérdőjelezi meg az előzetes döntéshozatalra utaló határozatokban említett azon tény, amely szerint a ténylegesen visszafizetendő összeg adott esetben nem egyezik meg teljesen a strukturális alapokat ténylegesen ért veszteséggel.

51. A fentiekből következően a C-260/14. sz. ügyben feltett második és a C-261/14. sz. ügyben feltett első kérdésre azt a választ kell adni, hogy az 1083/2006 rendelet 98. cikke (2) bekezdése első albekezdésének második mondatát úgy kell értelmezni, hogy **a tagállamok pénzügyi korrekciói** – abban az esetben, ha azokat a strukturális alapokból társfinanszírozott kiadások tekintetében a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó jogszabályok megsértése miatt alkalmazták – **a 2988/95 rendelet 4. cikke értelmében vett közigazgatási intézkedésnek minősülnek.**”

Hangsúlyozandó, hogy az Iránymutatásban kifejezetten nem nevesített szabálytalansági esetekben is kerülhet korrekció meghatározásra/kiszabásra, a 2. szakaszban rögzített leggyakoribb szabálytalanságtípusok analógiájára.

A fentiek mellett ugyanakkor az Iránymutatásban kifejezetten rögzítésre került, hogy azon esetekben, ahol a közbeszerzési szabályok megsértésére ugyan sor kerül, azonban ezen jogsértés(ek)nek tényleges vagy potenciális pénzügyi hatása nincs vagy nem lehet (azaz a szabálytalanság fogalmi elemei közül a pénzügyi érdeksérelem hiányzik) korrekció alkalmazására nem kerülhet sor (pl.: az eljárás eredményéről szóló tájékoztató közzétételére nem a jogszabályban rögzített határidőn belül kerül sor).

Az Iránymutatásban rögzítetteknek megfelelően:

„A pénzügyi korrekció összegének kiszámítása a Bizottság számára bejelentett és a szabálytalansággal érintett szerződéshez (vagy annak egy részéhez) kapcsolódó kiadási összeg alapján történik, a 2. szakasszal összhangban az 1.4. szakaszban említett kritériumok figyelembevételével mellett a megfelelő átalánykorrekció használatával.

Ugyanazt a korrekciós mértéket kell alkalmazni az ugyanazon szerződéssel (vagy annak egy részével) kapcsolatos szabálytalansággal érintett bármilyen jövőbeli kiadás esetén, mielőtt a kiadást a Bizottság felé igazolják.

A fentiekre tekintettel amennyiben egy közbeszerzési eljáráshoz kapcsolódó, korrekcióval érintett szerződés alapján több számla is benyújtásra kerül a Bizottság felé, úgy valamennyi számla összegéből értelemszerűen szükséges az adott korrekciós mérték levonása.

Az Iránymutatásban kifejezetten rögzítettekre is tekintettel a tagállamok számára ajánlott/(cél-szerű) az Iránymutatás alkalmazása, mind az egyes szabálytalanság típusok, mind a vonatkozásukban alkalmazandó korrekciós mérték tekintetében a saját illetékes ellenőrző szerveik által végzett vizsgálatok során.

Az adott Iránymutatás egyaránt vonatkozik a klasszikus és a közszolgálati ajánlatkérők által lefolytatott eljárásokra.

Amennyiben egy eljárás több szabálytalansággal is érintett (gyakorlati példa: versenykorlátozó alkalmassági követelmény (indokolatlan nemzeti, regionális vagy helyi preferenciák alapján diszkriminatív előírás), kilátásba helyezhető korrekció mértéke: 25%, és az ajánlattételi határidő nem megfelelő meghatározása (irányelv szerinti határidő 50%-kal vagy nagyobb mértékben történő csökkentése, de 85% alatti csökkentés) kilátásba helyezhető korrekció mértéke: 25%), úgy a korrekciós mértékek összeadására („kumulálására”) nem kerül sor, ebben az esetben a korrekció mértéke azonos a legmagasabb korrekciós értékkel (így a példában 25% a kiszabható korrekció).

A gyakorlatban előállhat olyan eset is, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság jogsértést nem állapít meg egy vizsgált közbeszerzési eljárás tekintetében, amely tényről függetlenül akár az Európai Bizottság, akár az EUTAF pénzügyi korrekciót állapíthat meg az érintett szerződés vonatkozásában, a Közbeszerzési Döntőbizottság által is vizsgált és szabályosnak tekintett „esetkörrel” összefüggésben.

A fentiek mellett rögzíthető, hogy a hatályos hazai szabályozási környezetben „kizárólag” a polgári jogi igény érvényesítésének feltétele a Közbeszerzési Döntőbizottság „elmarasztaló”, jogsértést megállapító határozata, ugyanakkor ha a kedvezményezett számára a „jogosulatlanul” kifizetett, azaz a szabálytalansággal érintett összeget/részösszeget nem lehet a kedvezményezettel visszafizettetni, úgy a tagállam felelős az „érintett” összegeknek/részösszegnek az Európai Unió általános költségvetésébe történő visszafizetéséért, amennyiben megállapítást nyer, hogy a felmerült veszteséget (a tagállam által, azaz a közbeszerzési eljárások tekintetében az ajánlatkérő/kedvezményezett által elkövetett) szabálytalanság okozta.

5.2. A Bizottság Iránymutatása a közbeszerzési szabálytalanságok esetén alkalmazandó pénzügyi korrekciókról

Az 1303/2013/EU rendelet 85. cikkében foglaltak alapján a Bizottság a pénzügyi korrekció összegét az arányosság elvét figyelembe véve határozza meg, úgy, hogy tekintettel van az alkalmazandó jog megsértésének jellegére és súlyosságára, valamint annak az uniós költségvetést érintő pénzügyi következményeire.

A fentebb már említett Iránymutatás 2. szakasza „*A szabálytalanságok típusai és a megfelelő pénzügyi korrekciós mértékek*” címszó alatt 23 pontban részletezi a szabálytalanságok főbb eseteit a szabálytalanságok leírásával, valamint jelöli az alkalmazható/alkalmazandó korrekciós mértéket, jelölve azt is, ha az adott mérték valamilyen „enyhítő” körülményre figyelemmel az alapesettől eltérő korrekcióval sújtandó, rögzítve az így kiszabható korrekció mértékének %-os nagyságát (is).

Az Iránymutatás 2. szakasza további részekre tagolódik az alábbiak szerint:

- **2.1.** *Az eljárást megindító hirdetmény és ajánlattételi dokumentáció* 1–13. alpontok (gyakorlatban: az ajánlattételi szakasz, az ajánlatok bontásig előforduló főbb szabálytalanságtípusok)
- **2.2.** *Az ajánlattevők kiválasztása és az ajánlatok értékelése* 14–22. alpontok (gyakorlatban: a bírálati szakaszban, értékelés során előforduló főbb szabálytalanságtípusok)
- **2.3.** *A szerződés teljesítése* 23. alpont (gyakorlatban: a szerződésmódosítása során előforduló főbb szabálytalanságtípusok)

Az adott közbeszerzési eljárás/szerződés vonatkozásában a legsúlyosabb, azaz 100%-os korrekció megállapításának fennálltakor az adott közbeszerzési eljárás eredményeként megkötésre került szerződés terhére (értelemszerűen) európai uniós forrás nem számolható el. Az alábbiakban a gyakorlatban (esetlegesen) felmerülő problémákkal is illusztráljuk az iránymutatás egyes pontjaiban foglalt ezen főbb szabálytalanságtípusokat.

A 100%-os korrekcióval érintett főbb esetek:

2.1. pont 1. alpont:

„Nem tettek közzé eljárást megindító hirdetményt vagy indokolatlan közvetlen odaítélés (azaz jogellenes hirdetmény előzetes közzététele nélküli, tárgyalásos eljárás)”

Gyakorlati példa (hirdetmény közzétételenek „elmaradása” tekintetében):

Amennyiben az adott közbeszerzés vonatkozásában az ellenőrzést végző szerv álláspontja szerint (nemzeti eljárásrend helyett) uniós eljárásrendben lett volna szükséges az érintett eljárást TED⁵⁷-en történő közzététellel lefolytatni (pl.: részekre bontás tilalmára vonatkozó szabályok nem megfelelő alkalmazásából adódóan).

A fentiek szerinti esetben amennyiben a hirdetmény oly módon került közzétételre *amely biztosítja egy másik tagállamban bejegyzett vállalkozás hozzáférését a megfelelő információkhoz a szerződés odaítélését megelőzően*, úgy a korrekció mértéke 25% (azaz pl.: amennyiben a Közbeszerzési Értesítőben az adott eljárásfajtának megfelelő közzétételre sor került, úgy a korrekció mértéke 25%).

Gyakorlati példa (hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás tekintetében):

1.) A Kbt. 98. § alapján indított hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban az irányadó/kapcsolódó alapeljárásban a kifogásolt hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárással érintett beszerzésre kizárólag általános módon van/volt utalás, azaz a kifogásolt hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárással érintett eljárás tárgya és azok beszerzésének feltételei nincsenek az alapeljárásban (ténylegesen) rögzítve.

2.) A Kbt. 98. § (3) bekezdése többek között kimondja, hogy *„az ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást alkalmazhat továbbá építési beruházás vagy szolgáltatás megrendelése esetében, ha olyan új építési beruházásra vagy szolgáltatás megrendelésére kerül sor, amelyet a korábbi nyertes ajánlattevővel köt meg ugyanazon ajánlatkérő azonos vagy hasonló építési beruházás vagy szolgáltatás teljesítésére.”*

⁵⁷ TED (Tenders Electronic Daily) „Kiegészítés az Európai Unió Hivatalos Lapjához” c. kiadvány online változata. (<https://ted.europa.eu/TED/misc/siteMap.do>)

A fentiekre tekintettel a jogalap fennállta (többek között) abban az esetben állapítható meg, ha az alapeljárás és a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás tárgya *azonos vagy hasonló*.

Amennyiben az alapeljárás hűtőberendezések cseréjére és/vagy kazán felújításra irányult, úgy ugyanezen beruházás vonatkozásában naperómű telepítése nem lesz hasonló építési feladat, tekintettel arra, hogy az érintett feladatok (hűtőberendezések cseréjére és/vagy kazán felújítás, illetőleg naperómű telepítése) műszaki specifikációja között tényleges/lényeges azonosság/hasonlóság nincs.

2.1. pont 2. alpont:

„Építési beruházásra/szolgáltatásnyújtásra/árubeszerzésére irányuló szerződések mesterséges felosztása.”

- A Kbt. 19. § (2) bekezdése alapján tilos a közbeszerzést oly módon részekre bontani, amely a Kbt. vagy a Kbt. szerinti uniós értékhatárt elérő vagy meghaladó becsült értékű beszerzésekre vonatkozó szabályai alkalmazásának megkerülésére vezet.

Legáltalánosabb hiba a gyakorlatban az építési beruházások vonatkozásában azonosítható.

A Kbt. 19. § (3) bekezdése alapján, ha egy építési beruházás részekre bontva, több szerződés útján valósul meg, a közbeszerzés becsült értékének meghatározásához az összes rész értékét figyelembe kell venni.

A Kbt. 19. § (2)-(3) bekezdése szerinti részekre bontás tilalmával kapcsolatosan a Közbeszerzési Hatóság – Miniszterelnökség – EUTAF – Megyei Jogú Városok Szövetsége által kiadott, a KH honlapján elérhető közös példatár szerint az egy támogatáspolitikai értelemben vett projekt keretében megvalósuló építési beruházások nem bonthatók részekre, ha eltérő földrajzi helyen találhatóak, fizikailag nem kapcsolódnak össze, de a beruházások tartalma műszakilag hasonló.

Gyakorlati példa: két különböző, önállóan funkcionáló iskola épületének teljes körű felújítása egy projekten belül (ezen belül például: nyílászárócseré, tetőszigetelés, burkolás mindkét épületen).

A Bíróság több ítéletében (C-16/98., C-574/10.) kimondta, hogy az egy építési beruházás fennállásának megítélésakor a gazdasági és műszaki funkció egysége a döntő szempont, valamint azt is, hogy a beszerzés egységének megítéléséhez az építési beruházások kapcsán alkalmazott műszaki-gazdasági funkcionális egység irányadó szempontja más beszerzési tárgyak esetében is mérvadó (C-574/10. 41. pont).

2.1. pont 4. alpont:

„Az ajánlatok beérkezésére vonatkozó határidő vagy a részvételi jelentkezések beérkezésére vonatkozó határidő be nem tartása vagy az ajánlatok beérkezésére vonatkozó határidő meghosszabbításának hiánya a közbeszerzési dokumentumokon végzett jelentős módosítások esetén”

Amennyiben az ajánlattételi (részvételi határidő) úgy kerül meghatározásra, hogy az előírt határidő 85%-kal vagy annál többel csökken, vagy 5 nap vagy annál kevesebb, úgy a korrekció mértéke 100%.

Gyakorlati példa:

- Az adott szabálytalanság nem feltétlenül „csak” a helytelenül meghatározott/kiszámított ajánlattételi határidőhöz kapcsolódik. Legáltalánosabb esete, ha az előzetes tájékoztatóval

(Kbt.-nek megfelelően, azaz jogszerűen) rövidített ajánlattételi határidő az ellenőrzést végző szerv álláspontja alapján nem elegendő a megfelelő ajánlat összeállításához. Amennyiben szakmai ajánlat benyújtása is elvárás az adott ajánlat részeként, úgy függetlenül attól a tényről, hogy az ajánlattételi határidő a korábbi előzetes tájékoztatóra vonatkozó szabályok szerint rövidíthető, az ajánlattételi határidőt úgy szükséges meghatározni (a Kbt. általános rendelkezésével összhangban), hogy az a szakmai ajánlat összetettségére, annak elkészítésének időigényére valóban elegendő legyen a potenciális ajánlattevők számára. A fentieket „súlyosbíthatja” az az eset, ha tipikusan árubeszerzésre irányuló eljárások vonatkozásában az ajánlatkérő indikatív árajánlatkérés keretében a későbbi közbeszerzési eljárás műszaki leírását az indikatív árajánlatkérés keretében továbbítja az indikatív árajánlatadásra felkért gazdasági szereplőknek, akik így előzetes ismerettel rendelkeznek a későbbi kiírás teljes műszaki tartalma tekintetében, azaz számukra a szakmai ajánlat összeállításához jóval kevesebb idő is elegendő lehet.

- Amennyiben az ajánlattételi (részvételi határidő) úgy kerül meghatározásra, hogy az előírt határidő 50%-kal vagy annál többel csökken (azonban 85% alatt van), úgy a korrekció mértéke 25%.
- Amennyiben az ajánlattételi (részvételi határidő) úgy kerül meghatározásra, hogy az előírt határidő 30%-kal vagy annál többel csökken (azonban 50% alatt van), vagy nem kerül sor a határidő meghosszabbítására a közbeszerzési dokumentumokon végzett jelentős módosítás esetén, úgy a korrekció mértéke 10%.
- Amennyiben az ajánlattételi (részvételi határidő) úgy kerül meghatározásra, hogy az előírt határidő kevesebb, mint 30%-kal csökken, úgy a korrekció mértéke 5%.

Egy ellenőrzés során a fentiek szerinti megállapítással összefüggésben a kilátásba helyezett korrekciótól történő eltekintést kérheti a kedvezményezett abban az esetben, ha az (eredeti) rövidített ajánlattételi határidő az eljárás során korigendummal hosszabbításra kerül(t) és ennek a hosszabbításnak a következtében az ajánlattételi határidő megfelel az irányelvben rögzített vonatkozó határidőknek (az, hogy ezen „érvelés” elfogadására sor kerül(het)-e – az ellenőrzést végző szerv részéről – befolyásolják az ajánlattételi/részvételi határidő hosszabbítást indokoló tényezők, azok eljárásra, ajánlatadásra/részvételi jelentkezés összeállítására gyakorolt hatásai, az, hogy az módosított feltételekre is figyelemmel ténylegesen mennyi idő áll(t) az ajánlat/részvételi jelentkezés összeállítására).

A 2011. évi Kbt. (a 2003. évi Kbt.-hez hasonlóan) lehetőséget biztosított arra, hogy amennyiben az ajánlatkérő a kiegészítő tájékoztatásra irányuló megkeresésekre a választ (kiegészítő tájékoztatást) a 2011. évi Kbt.-ben (korábban 2003. évi Kbt.-ben) rögzített időben nem tudta megadni, úgy az ajánlattételi határidőt úgy hosszabbítsa meg, hogy a határidő meghosszabbításáról haladéktalanul és egyidejűleg értesíti valamennyi gazdasági szereplőt, amely az eljárás iránt érdeklődését az ajánlatkérőnél jelezte (a több szakaszból álló eljárások ajánlattételi szakaszában, valamint a nem hirdetményrel induló közbeszerzési eljárás esetében pedig valamennyi ajánlattételre vagy részvételre közvetlenül felhívott gazdasági szereplőt).

A hirdetményben közzétett határidő meghosszabbítására nem kellett alkalmazni a 2011. évi Kbt. 41. § (2)-(3) bekezdését (hirdetmény útján történő határidő hosszabbítás), ha az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban előírta, hogy a dokumentáció (ismertető) vagy a részvételi jelentkezés elkészítéséhez rendelkezésre bocsátott kiegészítő iratok átvétele az eljárásban való részvétel feltétele. Azokat a gazdasági szereplőket, akik a határidő meghosszabbításakor még nem vettek

át dokumentációt (kiegészítő iratokat), a dokumentáció (kiegészítő iratok) átadásával egyidejűleg kellett írásban tájékoztatni.

A 2015. évi (jelenleg hatályos) Kbt. a kiegészítő tájékoztatás vonatkozásában a fenti rendelkezést nem tartalmazza, így abban az esetben, ha az ajánlatkérő a kiegészítő tájékoztatást nem tudja a 2015. évi Kbt-ben rögzített határidőben megadni, úgy az ajánlattételi határidő módosítására a Kbt. 52. § (4) és (5) bekezdésében és 55. §-ában foglaltak szerint kerül(het) sor.

A 2015. évi Kbt-ben rögzítettek helytállóságát igazolja az Iránymutatás 2.1. pont 6. alpontjában rögzített esetkör is, miszerint:

„Az ajánlatok beérkezésére vonatkozó meghosszabbított határidő közzétételének hiánya”
(Korrekcio mértéke 10 vagy 5% az érintett tényállástól függően.)

2.2. pont 21. alpont:

„A közbeszerzési eljárás eredményét befolyásoló összeférhetlenség”

A szabálytalanság leírása:

„Ha a 2014/24/EU irányelv 24. cikke (vagy a 2014/23/EU irányelv 35. cikke vagy a 2014/25/EU irányelv 42. cikke) szerint nem közzétett vagy nem megfelelően orvosolt összeférhetlenséget tárnak fel, és az érintett ajánlattevő sikeresen nyerte el az adott szerződés(eke)t.”

Amennyiben az összeférhetlenség megállapítást nyer, úgy uniós forrás elszámolására nincs lehetőség.

Az összeférhetlenség vonatkozásában az Európai Bíróság legismertebb döntése a korábban már általunk említett, C-21/03 és C-34/03 számú, Fabricom egyesített ügyben hozott ítélet, amely alapján minden esetben vizsgálendő, hogy a közbeszerzési eljáráshoz kapcsolódó, bizonyos előkészítő munkákat végző személynek ténylegesen származott-e versenyelőnye, valamint sérült-e az eljárásban részt vevő többi ajánlattevő („szereplő”) esélyegyenlősége abból adódóan, hogy a közbeszerzési eljárás tárgyát képező dokumentáció előkészítésében ezen (későbbi) ajánlattevő is közreműködött.

Az ítélet egyértelműen leszögezi, hogy önmagában a közbeszerzési eljárás előkészítésében való közreműködés – a verseny tényleges sérelmének vizsgálata és megállapíthatósága nélkül – nem alapozza meg a közbeszerzési eljárásban való részvételben történő automatikus kizárást, azaz a Fabricom-ügyben hozott ítélet 30. és 33. pontja nem teszi lehetővé (az ajánlattevők) összeférhetlenség miatti automatikus, kontradiktórius eljárás nélküli kizárását.

Az összeférhetlenség kapcsán másik meghatározó uniós bírósági döntés a szintén korábban már tárgyalt C-538/13. sz. eVigilo-ügyben hozott ítélet.

A Fabricom és e-Vigilio ügyek részletes ismertetését ld. a 4.3. pontban.

A Bíróság fentiek szerinti ítéleteiben foglaltakkal is összhangban került a 2015. évi Kbt. 25. § (8) bekezdésében az alábbi rögzítésre:

„Az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező az eljárásból e § alapján csak akkor zárható ki, ha közbeszerzési eljárásban részt vevő gazdasági szereplők esélyegyenlősége más módon nem biztosítható. A kizárást megelőzően az ajánlatkérő – hiánypótlás vagy felvilágosításkérés útján – köteles biztosítani annak lehetőségét, hogy az érintett gazdasági szereplő bizonyítsa, hogy a közbeszerzési eljárás előkészítésében való részvétele az esélyegyenlőséget és a verseny tisztaságát nem sérti, vagy az összeférhetlenségi helyzetet más

módon elhárítsa. Az összeférhetlenségi helyzet elhárítása érdekében a gazdasági szereplő által tett intézkedéseket az ajánlatkérő köteles az ajánlatok (részvételi jelentkezések) elbírálásáról szóló összegezésben ismertetni.”

2.2. pont 22. alpont:

”Ajánlattétel összejátszással (versenyhivatal / kartelevelenes hivatal, bíróság vagy egyéb illetékes szerv által megállapított)”

A szabálytalanság leírása:

2. eset: „Az ajánlatkérő szerv irányítási és ellenőrzési rendszerén belüli személy részt vett az összejátszásban azzal, hogy támogatta az összejátszó ajánlattevőket, és az egyik összejátszó vállalat nyerte el az adott szerződés(eke)t.

Ebben az esetben az összejátszó vállalatokat segítő, az ajánlatkérő szerv irányítási és ellenőrzési rendszerén belüli személy részéről csalás/összeférhetlenség merül fel.”

A fentiekkel összefüggésben a Kbt. összeférhetlenségre vonatkozó szabályai mellett (25. §) a Kbt. 62. § (1) bekezdés j), és m) pontjában foglalt kizáró okokra is célszerű figyelemmel lenni, ugyanakkor hangsúlyozandó, hogy minden esetben 100%-os pénzügyi korrekció alkalmazására kerül sor olyan esetekben, amelyek csaláshoz kapcsolódnak.

A csalás, mint „tényállás” megállapítására a Bizottság ellenőrei – értelemszerűen – nem jogosultak, amennyiben az ellenőrzés során csalásra vonatkozó gyanú merül fel, úgy a 2017/1371 irányelv 15. cikkének (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelően az OLAF és egyéb illetékes szerv tudomására hozza a Bizottság az ellenőrzése során feltárt vonatkozó „tényeket”. Az OLAF az adott vizsgálat lezárására vonatkozó jelentését – amennyiben abban az érintett gyanút igazoltnak/helytállónak ítéli/véli – az érintett tagállam illetékes szerve részére – a további szükséges intézkedések, adott esetben nyomozás elrendelése érdekében – továbbítja.

1.a. eset: „Az összejátszó ajánlattevők az ajánlatkérő szerv irányítási és ellenőrzési rendszerén belüli személy segítségével tevékenykedtek, és egyik összejátszó ajánlattevő nyertes el az adott szerződés(eke)t.” Korrekció mértéke 10%.

1.b. eset: „Ha csak az összejátszó vállalatok vettek részt a közbeszerzési eljárásban, a verseny súlyosan akadályozott.” Korrekció mértéke 25%.

A fentiekkel összefüggésben a Kbt. 36. §-a mellett a Kbt. 62. § (1) bekezdés o) pontjában foglalt kizáró okra is célszerű figyelemmel lenni.

Az érintett szabálytalansági esetkör jelentőségére utal az is, hogy a Miniszterelnökség Közbeszerzési Felügyeletéért Felelős Helyettes Államtitkársága 2019-ben közleményt tett közzé „A közbeszerzések során a verseny tisztaságának sérelmét eredményező egyes helyzetek elkerülésével kapcsolatos ellenőrzési gyakorlatról” tárgyban. A közleményben foglaltak figyelembevételre (a kedvezményezettek/ajánlatkérők részéről), annak betartása a(z) uniós forrásból megvalósuló közbeszerzési eljárások során elvárt (az ellenőrzést végző szervek részéről).

Leggyakrabban előforduló, nem 100%-os korrekcióval érintett szabálytalanságtípusok:

Iránymutatás 2.1. pont 10. és 11. alpont:

10. „Olyan kizárási, kiválasztási, odaítélési kritériumok vagy szerződésteljesítési feltételek vagy műszaki leírás alkalmazása, amelyek indokolatlan nemzeti, regionális vagy helyi preferenciák alapján diszkriminatív jellegűek.”

11. „Olyan kizárási, kiválasztási, odaítélési kritériumok vagy szerződésteljesítési feltételek vagy műszaki leírás alkalmazása, amelyek az előző szabálytalanságtípus értelmében nem diszkriminatív jellegűek, de még így is korlátozzák a gazdasági szereplők hozzáférését.”

A korrekció mértéke: 25%, 10% vagy 5%. Gyakorlati példákat ld. az 5.3. pontban (*Az uniós auditok tapasztalatai az uniós finanszírozású közbeszerzésekben*) foglaltak szerint.

A 2.1. pont 11. alpontban rögzített lentiek szerinti szabálytalanságtípus vonatkozásában az alábbiakra célszerű figyelemmel lenni:

A szabálytalanság leírása:

„Olyan esetek, amelyekben adott védjegyek/márkák/szabványok vannak előírva, kivéve, ha ezek a követelmények a szerződés járulékos részére vonatkoznak, és az uniós költségvetésre gyakorolt lehetséges hatás csak formális.”

A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 46. § (3) bekezdése szerint „a szerződés tárgya által indokolt vagy jogszabályban meghatározott esetek kivételével a műszaki leírás nem hivatkozhat meghatározott gyártmányú vagy eredetű dologra, illetve konkrét eljárásra, amely egy adott gazdasági szereplő termékeit vagy az általa nyújtott szolgáltatásokat jellemzi, vagy védjegyre, szabadalomra, tevékenységre, személyre, típusra vagy adott származásra vagy gyártási folyamatra, ha az egyes gazdasági szereplők vagy termékek előnyben részesítéséhez vagy kizorításához vezetne.

Az ilyen hivatkozás csak kivételes esetekben engedhető meg, ha nem lehetséges a szerződés tárgyának (2) bekezdés szerinti, kellően pontos és érthető leírása. Az ilyen megnevezés mellett a „vagy azzal egyenértékű” kifejezést kell szerepeltetni.”

A műszaki leírás vonatkozásában leggyakrabban előforduló hiba, hogy az ajánlatkérő egy konkrét gyártó adott termékének gyári adatai alapjának elemeit emeli be a műszaki leírásba, illetőleg úgy határoz meg bizonyos paramétereket, amelyeknek együttesen kizárólag egy adott termék felelhet meg.

A fentiekén túl felmerülő probléma, ha az ajánlatkérő olyan beszerzési tárgyat, amely meghatározható teljesítmény-, illetve funkcionális követelmények megadásával, illetve európai szabványok rögzítésével, konkrét típussal rögzíti a beszerzés tárgyában, illetőleg mennyiségében, jelölve, hogy az ajánlatkérő „vagy azzal egyenértékű” termék megajánlását is elfogadja.

A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 46. § (3) bekezdése egyértelműen rögzíti, hogy meghatározott gyártmányú vagy eredetű dologra való hivatkozásra csak kivételesen van lehetőség, akkor, ha a szerződés tárgya annyira specifikált, hogy egyéb módszerekkel annak kellően pontos és érthető leírása nem lenne lehetséges.

A fentiek szerinti módszer továbbá abba az irányba hat(hat), hogy az ajánlattevők ténylegesen kizárólag az adott márkájú/típusú termékkel pályáznak.

A fenti esetekben az ajánlatkérő indokolatlanul és szükségtelenül meghatározott gyártmányú és típusú dologra hivatkozik (a közbeszerzés mennyiségének meghatározásakor, illetve

a műszaki leírásban), amellyel indokolatlanul korlátozhatja a versenyt, valamint a hatékony és eredményes pénzgazdálkodás elvét.

Az adott szabálytalanság általánosságban (a gyakorlatban) a beszerzés tárgyának jellegére figyelemmel, árubeszerzés esetében fordul elő.

2.1. pont 13. alpont:

„Az alvállalkozók igénybevételeinek indokolatlan korlátozása”

A szabálytalanság leírása:

„Az ajánlattételi dokumentáció (pl. a műszaki leírás) a szerződés egy elvontan meghatározott, százalékos arányban kifejezett része tekintetében korlátozza az alvállalkozók igénybevételeit, függetlenül az esetleges alvállalkozók alkalmassága vizsgálatának lehetőségétől, és nem említve az érintett feladatok lényeges jellemzőit.”

A 2014/24/EU irányelv 71. cikkének (2) bekezdése szerint *„A közbeszerzési dokumentumokban az ajánlatkérő szerv kérheti az ajánlattevőtől, illetve a tagállam kötelezheti az ajánlatkérő szervet arra, hogy kérje az ajánlattevőtől, hogy ajánlatában jelölje meg, ha van a szerződésnek olyan része, amelyre vonatkozóan harmadik személlyel alvállalkozói szerződést kíván kötni, és jelölje meg a javasolt alvállalkozókat.”*

Az adott előírás kifejezetten „a szerződésnek olyan része” kifejezést alkalmazza, azaz az irányelv egyértelműen nem korlátozza a szerződés teljesítésében az alvállalkozó(k) bevonásának mértékét, lehetőséget adva arra, hogy az ajánlattevő az igényei szerinti mennyiségben adja alvállalkozásba a szerződés szerinti feladatokat/vonjon be a teljesítésbe alvállalkozókat.

A Bíróság a C-406/14. sz. ügyben hozott ítéletének 34. és 35. pontjában foglaltak megerősíti a fenti értelmezést: *„mivel a szerződésre irányadó dokumentáció előírja az ajánlattevők számára, hogy ajánlatukban tüntessék fel a szerződés azon részét, amelyet adott esetben alvállalkozásba kívánnak adni, továbbá a javasolt alvállalkozókat a 2004/18 irányelv 25. cikke első bekezdésének megfelelően, az ajánlatkérőnek jogában áll megtiltani olyan alvállalkozók igénybevételeit a szerződés lényeges részeinek teljesítéséhez, amelyek alkalmasságáról az ajánlatok megvizsgálása és a nyertes ajánlattevő kiválasztása során nem tudott meggyőződni. Nem ez a helyzet mindazonáltal az alapeljárásban szóban forgóhoz hasonló kikötés hatálya esetében, amely az alvállalkozók igénybevételeit a szerződés egy elvontan meghatározott százalékos arányban kifejezett része tekintetében korlátozza, függetlenül az esetleges alvállalkozók alkalmassága vizsgálatának lehetőségétől, és nem említve az érintett feladatok lényeges voltát. Mindezek tekintetében egy ilyen kikötés a 2004/18 irányelvvel összeegyeztethetetlennek bizonyul, amely releváns az alapeljárás szempontjából.”*

2.2. pont 14–15. alpont:

14. *„A kiválasztási kritériumokat (vagy a műszaki leírást) módosították az ajánlatok felbontását követően vagy ezeket nem megfelelően alkalmazták”*

15. *„Az ajánlatok értékelése olyan odaítélési kritériumok alapján történt, amelyek eltérnek az eljárást meghirdető hirdetményben vagy a kiírási feltételekben szereplőktől vagy az értékelés olyan további odaítélési kritériumok alapján történt, amelyeket nem tettek közzé”*

A fentiek szerinti két eset gyakorlati megvalósulása tekintetében természetesen nem az történik, hogy a bontást követően a kötöttséggel terhelt felhívás és/vagy egyéb közbeszerzési dokumentumban történik az ajánlatkérő részéről módosítás.

Az adott két esetben az ajánlatok értékelése és/vagy bírálata nem felel meg a kiírásban foglaltaknak, azaz az érvényes ajánlat ténylegesen érvénytelen vagy az érvénytelen ajánlat ténylegesen érvényes az ellenőrzést végző szerv vizsgálata/álláspontja alapján.

Gyakorlati példa:

A legkedvezőbb ajánlati árat adó ajánlattevő ajánlatát az ajánlatkérő érvénytelenné nyilvánítja a szakmai ajánlat nem megfelelése, vagy az adott ajánlat műszaki leírásnak történő meg nem felelése, vagy az ajánlattevő alkalmassági követelménynek történő meg nem felelése okán (vagy egyéb okból kifolyólag), és az ellenőrzés az érintett eljárásban nyertesként megjelölt ajánlattevő ajánlatában az érvénytelen ajánlattevő vonatkozásában jelölt érvénytelenség indokát (indokait) azonosítja.

2.2. pont 16. alpont:

„A szerződés odaítélésének ellenőrzési nyomvonalra nem megfelelő” (Egyes esetekben a korrekció mértéke a 100%-ot is elérheti.)

Amennyiben szakmai ajánlat/mintafeladat stb. az ajánlat részét képezi, úgy attól függetlenül, hogy az ajánlat ezen részének értékelésére/bírálatára az ajánlatkérő „zsúrit” (egyéb „szervet”) alkalmaz-e az eljárás dokumentumai között, rögzíteni szükséges, hogy az adott szakmai ajánlat/mintafeladat stb. bírálatát végző személyek közül mely értékelési (rész) szempontot ki és hogyan értékelte, mely (rész)szempontra mennyi, és milyen okokra visszavezethető pontszámot adott, azaz nem elegendő kizárólag az érintett pontszám rögzítése, illetőleg az, ha a bírálóbizottsági jegyzőkönyvben utalás történik arra, hogy a szakmai ajánlat/mintafeladat stb. bírálatának mi lett az eredménye.

5.3. Az uniós auditok tapasztalatai az uniós finanszírozású közbeszerzésekben

5.3.1. A bizottsági audit

A tagállamokban az uniós források felhasználásával kapcsolatosan történő bizottsági ellenőrzések jogalapja az 1083/2006/EK tanácsi rendelet 72. cikkének (2) bekezdése, illetőleg az 1303/2013/EU rendelet 75. cikk (2) bekezdése.

Az 1303/2013/EU rendelet 75. cikk (2) bekezdése:

„(2) A Bizottság tisztségviselői vagy meghatalmazott képviselői helyszíni auditokat vagy ellenőrzéseket végezhetnek – a sürgős esetek kivételével – az illetékes nemzeti hatóság legalább 12 munkanapos előzetes értesítését követően. A Bizottság tiszteletben tartja az arányosság elvét: figyelembe veszi, hogy el kell kerülni a tagállamok által végzett auditok vagy ellenőrzések indokolatlan megkettőződését, továbbá szem előtt tartja az uniós költségvetésre jelentett kockázat mértékét és azt, hogy az alapspecifikus szabályoknak megfelelően minimalizálni kell a kedvezményezetteknek nehezedő adminisztratív terheket. Az ilyen auditok vagy ellenőrzések kiterjedhetnek különösen az irányítási és kontrollrendszerek eredményes működésének vizsgálatára a programban vagy annak egy részében,

a műveletek ellenőrzésére, valamint a műveletek vagy programok hatékony és eredményes pénzgazdálkodásának értékelésére. A tagállamok tisztségviselői vagy meghatalmazott képviselői részt vehetnek ezekben az auditokban vagy vizsgálatokban.

A Bizottság helyszíni auditok vagy ellenőrzések végzésére felhatalmazott tisztviselői vagy képviselői hozzáférnek az ESB- alapokból támogatott műveletekkel, illetve az irányítási és kontrollrendszerekkel kapcsolatos minden szükséges nyilvántartáshoz, dokumentumhoz és metaadathoz, tekintet nélkül arra, hogy azokat milyen hordozón tárolják. A tagállamok a Bizottság kérésére másolatot adnak ezekről a nyilvántartásokról, dokumentumokról és metaadatokról.

Az e cikkben leírt hatáskörök nem érintik azon nemzeti rendelkezések alkalmazását, amelyek egyes intézkedéseket a nemzeti jogszabályokban külön meghatározott személyek számára tartanak fenn. A Bizottság tisztviselői és meghatalmazott képviselői nem vehetnek részt többek között olyan házkutatásokban vagy személyek hivatalos kihallgatásában, amelyek az érintett tagállam nemzeti jogszabályainak keretében zajlanak. Ugyanakkor ezek a tisztviselők és meghatalmazott képviselők – a tagállami bíróságok hatáskörének sérelme nélkül és az érintett jogalany alapvető jogainak maradéktalan tiszteletben tartása mellett – hozzáférhetnek az így szerzett információkhoz.”

A fentiekre is tekintettel az ellenőrzések általános célkitűzése, hogy a Bizottság „bizonyosságot” szerezzen arról, hogy az adott tagállam által létrehozott és működtetett, (témánk szempontjából a közbeszerzéssel kapcsolatos) irányítási és kontrollrendszerek:

1. megfelelnek a közösségi rendeletek/szabályok előírásainak,
2. hatékonyan működnek, azaz megakadályozzák és feltárják a hibákat és a szabálytalanságokat, valamint, hogy biztosítják (az adott tagállam által) a Bizottságnak bejelentett kiadások jogszerűségét és szabályszerűségét.

Az ellenőrzések (általában) két részre oszthatók:

1. rendszeraudit,
2. ellenőrző vizsgálat.

A rendszeraudit részben az érintett ellenőrzött szerv (hazai hatályos szabályozás alapján közbeszerzés ellenőrzés vonatkozásában: Irányító Hatóság, és/vagy Közbeszerzési Felügyeleti Főosztály) munkáját vizsgálja felül a Bizottság, ideértve az ellenőrzési eljárásokat, nyomvonalakat, a határidőket, valamint az irányításban és ellenőrzésekben a korábbi ellenőrzések ajánlásai nyomán eszközölt módosításokat.

Az ellenőrző vizsgálati részben több, az érintett/ellenőrzés alá vont szerv által már elvégzett ellenőrzés Bizottság általi ismételt lefolytatása zajlik, véletlenszerű és kockázatalapú kiválasztással.

A közbeszerzési ellenőrzésekhez kapcsolódó irányítási és kontrollrendszer bizottsági ellenőrzésének célja tehát a (megfelelő) működés ellenőrzése, az észrevételek/megállapítások „legfőbb célja” a rendszer javítása, annak érdekében is, hogy a közbeszerzési eljárások vonatkozásában biztosított legyen a nyílt és tisztességes verseny és az ár-érték arány.

5.3.2. Egyedi, azaz közbeszerzési eljárásokhoz kapcsolódó lehetséges megállapítások

Az alábbiakban néhány példát mutatunk be a gyakorlatban felmerülő problémák köréből.

Természetesen szükséges kiemelni, hogy minden esetben az adott ügy egyedi sajátosságait figyelembe véve lehet eldönteni, hogy valamely, az ajánlatkérő által alkalmazott megoldás jogszerű-e. Az alábbi példák arra szolgálnak, hogy megismertessék a hallgatókkal az ellenőrzések során esetlegesen felmerülő tipikus kifogásokat és azok logikáját.

5.3.2.1. A részekre bontás tilalma és az eljárás jogalapja

1.

Egy ajánlatkérő által egy időben, vagy nem jelentős időbeli eltéréssel különböző helyszíneken egy energetikai felújításra vonatkozó projektből megvalósított azonos és/vagy hasonló tárgyú építési beruházások becsült értékének egybe nem számítása.

Eltérő helyszíneken hasonló épületenergetikai fejlesztések, minden helyszínen a közbeszerzési eljárás eredményeként megvalósításra kerül: homlokzati hőszigetelés, nyílászárók cseréje.

Fizikailag teljesen különálló épületeken/ingatlanokon, eltérő helyrajzi számokon, földrajzilag egymástól számottevő távolságban kerül sor az érintett építési beruházások megvalósítására (ugyanazon ajánlatkérő részéről), azaz az érintett ingatlanok „önmagukban” műszakilag teljesen elkülönülnek, műszaki funkciójukat egymástól függetlenül, önállóan képesek ellátni, az épületek későbbi működésében sem áll fenn közöttük műszaki egymásrataltság.

A fenti esetben az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzés részekre bontásának tilalmára vonatkozó rendelkezéseket.

Összességében megállapítható, hogy a fentiek szerint jelölt beszerzési igények

- egy időben merültek fel,
- ugyanazon projekthez kapcsolódóan,
- megközelítőleg ugyanazon építési munkákra vonatkozóan,
- egy ajánlatkérőhöz tartozó épületeken.

Következésképpen az ajánlatkérő működési körébe tartozó különböző ingatlanokon, a fenti körülmények között megvalósuló energetikai célú építési beruházások műszaki és gazdasági szempontból funkcionális egységet képeznek, így egybeszámításuk nem kerülhető meg.

2.

Egy ajánlatkérő 3 különböző helyszínre vonatkozóan a Kbt. 115. § (1) bekezdés szerinti (hirdetmény nélküli) eljárás keretében választja ki a nyertes ajánlattevőt, az ajánlattételre felkért potenciális ajánlattevői kör között átfedés a közbeszerzés vonatkozásában egyetlen esetben sincs, az érintett nyertes ajánlattevők eltértek egymástól. Az eljárások tervezett indításának időpontja, valamint a szerződéskötés tervezett dátuma minden esetben azonos. Az érintett ajánlatkérő közbeszerzési terve alapján a fent jelölt 3 helyszínen túl 3 további helyszínen került sor ugyanazon pályázati konstrukcióból finanszírozottan két másik projekt terhére épületenergetikai fejlesztésre, amely beszerzések tárgya hasonló a vizsgált 3 közbeszerzési eljárásával.

A fentieket összegezve megállapítható, hogy az ajánlatkérő azonos időben felmerült igényei és lefolytatott közbeszerzései egy célt szolgálnak, az érintett ajánlatkérőnél jelentkező épületenergetikai korszerűsítésre, energiamegtakarításra irányulnak.

A Kbt. vonatkozó rendelkezései alapján tilos a közbeszerzést oly módon részekre bontani, amely a Kbt. vagy a Kbt. szerinti uniós értékhatárt elérő vagy meghaladó becsült értékű beszerzésre vonatkozó szabályok megkerülésére vezet. A Kbt. 19. § (3) bekezdés szerint, ha egy építési beruházás részekre bontva, több szerződés útján valósul meg a közbeszerzés becsült értékének meghatározásakor az összes rész értékét figyelembe kell venni.

A fenti esetben az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzés részekre bontásának tilalmára vonatkozó rendelkezéseket, így jogtalanul került sor a Kbt. 115. § szerinti eljárás alkalmazására, tekintettel

arra a tényre, hogy a 6 különböző helyszínen található 6 különböző ingatlan felújításának egybe-számított becsült értéke meghaladja azt az értéket, amely esetben a Kbt. 115. § szerinti eljárás alkalmazható.

A Kbt. 19. § (2)-(3) bekezdése szerinti részekre bontás tilalmával kapcsolatban a Közbeszerzési Hatóság – Miniszterelnökség – EUTAF – Megyei Jogú Városok Szövetsége által kiadott, a Közbeszerzési Hatóság honlapján közzétett/elérhető közös példatár alapján két különböző támogatáspolitikai értelemben vett projekt keretében megvalósuló, földrajzilag elkülönült, önállóan funkcionáló épületeken végzett hasonló beruházások értéke abban az esetben bontható részekre, ha a beruházások időben elkülönülnek egymástól, vagy az intézmények gazdálkodása elkülönült.

A verseny korlátozásának, illetve szűkítésének gyanúját veti fel továbbá az, ha az ajánlatkérő a Kbt. 115. § szerinti eljárásban olyan potenciális ajánlattevőket hív fel ajánlattételre, akiknek székhelye adott esetben több száz kilométerre található a beruházási helyszínektől, így – különösen kisebb vállalkozások esetében – nem várható érdemi részvételük az eljárásban figyelemmel a lentiekre:

Irracionális a hirdetmény nélküli tárgyalásos közbeszerzési eljárások alkalmazása olyan esetekben, amelyekben az ajánlatkérő a beruházási helyszíntől több, mint száz kilométeres távolságban lévő székhelyű potenciális ajánlattevőket hív fel ajánlattételre. Az építési beruházások helyszíneire földrajzi szempontok szerint közelebbi gazdasági szereplők fajlagosan olcsóbban tudnak finanszírozni bizonyos munkanemeket, mint a nagy távolságban székelő cégek – hiszen, építési beruházások esetében többek között kardinális (gazdasági) szempont a munkaerő utaztatása, a munkaanyagok és munkagépek helyszínre történő szállítása és őrzése.

3.

Ajánlatkérő 5 értékhatár alatti beszerzést folytat le az alábbi beszerzési tárgyak vonatkozásában:

1. Vállalkozási keretszerződés grafikai tervezés, nyomdai és gyártási feladatokra,
2. Vállalkozási szerződés PR és kommunikációs feladatokra,
3. Vállalkozási keretszerződés promóciós ajándéktárgyak szállítására,
4. Vállalkozási szerződés rendezvényszervezési feladatok ellátására,
5. Vállalkozási szerződés médiavásárlási feladatok ellátására.

A fentiek szerinti 1-2, 4-5. pontok esetében a beszerzés egysége megállapítható, mivel valamennyi szolgáltatás PR és kommunikációs jellegű feladatot foglal magában, és a projekt fő üzenetét hordozó, kommunikációs kampány megvalósítását szolgálja.

A fentiekre figyelemmel az azonos célra irányultság a kommunikációs kampány megvalósításában kimerített, függetlenül attól a tényről, hogy az érintett szerződések közvetlen célja eltérő lehet, azaz adott esetben más-más célközönséget érinthetnek, eltérő korábbi tapasztalatot/tudást, szakemberek bevonását igényelhetik.

4.

Az érintett kérdéskörrel összefüggésben érdemes a Közbeszerzési Döntőbizottság D.142/7/2017. számú határozatában foglaltakra figyelemmel lenni:

„A jogelőd beszerző álláspontja szerint, mivel három különböző pályázati forrásból fizette ki a bruttó 20.832.700.-Ft összegű ellenszolgáltatást, ezért nem egybeszámítandóak a három pályázati forrás terhére lefolytatott beszerzések értékei. Azonban Döntőbizottság nem fogadta el a jogelőd beszerzőnek a több, különböző pénzügyi forrásra vonatkozó érvelését. Önmagában annak a körülménynek nincs jelentősége a beszerzések értékeinek egybeszámítása, a beszerzési igények egy időben történő felmerülése szempontjából, hogy a jogelőd beszerző az azonos beszerzési igényének egyes részeit milyen forrásokból elégítette ki. Az egybeszámítás tekintetében

maga a beszerzési igény egységessége és nem annak pénzügyi forrása vizsgálendő. A jogelőd beszerző önálló jogkörébe tartozó gazdálkodásának függvénye az, hogy a beszerzési igényéhez milyen forrásokat rendel, és e körülmény önmagában a beszerzési igény keletkezése szempontjából nem bír relevanciával.

*A jogelőd beszerző elismerte, hogy azon szolgáltatást, amelyért a 2012. évben a Kft.-nek kifizetett bruttó-Ft összeget, kizárólag a 2012. január 2-án kötött megbízási szerződés alapján végezte a Kft. A jogelőd beszerzőnek egyéb érve a bruttó-Ft beszerzési érték jogszerű részekre bontása mellett nem volt. **A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményezésben kifogásolt beszerzés egy szolgáltatásnak minősül, amelyeknek a három pályázati forrásból fizetett részei azonosak, és rájuk vonatkozóan a beszerzési igény egy időben, a 2012. évben merült fel. Ebből következően a Kbt. 18. § (2) bekezdése alapján a három pályázati forrásból kifizetett beszerzési értékeket egybe kellett volna számítani.***

5.

Abban az esetben, ha az ajánlatkérő a Kbt. 115. § szerinti eljárást alkalmazza, úgy célszerű, ha az ajánlattételre felkért potenciális ajánlattevők tevékenységi köre az érintett beszerzés tárgyára vonatkozik, adott esetben azzal azonos.

A fentiekén túl ezen eljárásfajta alkalmazása esetén célszerű, ha az ajánlattételre felkért potenciális ajánlattevők tulajdonosai, illetőleg vezető tisztségviselői között átfedés nincs, biztosítva ezáltal is a tényleges valós verseny megvalósulásának lehetőségét. Amennyiben az érintett eljárásban egymástól nem független gazdasági szereplők részére kerül az ajánlattételi felhívás megküldésre, úgy az ajánlattételre felkért gazdasági szereplők számától függően akár az érintett eljárás jogalapja is megkérdőjelezhetővé válik.

6.

A 2015. évi (hatályos) Kbt. 98. § (3) bekezdése szerint:

„Az ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást alkalmazhat továbbá építési beruházás vagy szolgáltatás megrendelése esetében, ha olyan új építési beruházásra vagy szolgáltatás megrendelésére kerül sor, amelyet a korábbi nyertes ajánlattevővel köt meg ugyanazon ajánlatkérő azonos vagy hasonló építési beruházás vagy szolgáltatás teljesítésére.

Ennek feltétele, hogy az új építési beruházás vagy szolgáltatás összhangban van azzal az alapprojekttel, amelyre a korábbi szerződést nyílt vagy meghívásos eljárásban megkötötték, és a korábbi eljárást megindító vagy meghirdető hirdetményben az ajánlatkérő jelezte, hogy tárgyalásos eljárást alkalmazhat, megjelölte a lehetséges további építési beruházások és szolgáltatások tárgyát és azok beszerzésének feltételeit, valamint a korábbi eljárásban az építési beruházás vagy a szolgáltatás becsült értékének meghatározásakor figyelembe vette az újabb építési beruházás vagy szolgáltatás becsült értékét is (az uniós értékhatár elérésének meghatározása szempontjából). Ilyen tárgyalásos eljárást azonban csak a korábbi első szerződés megkötésétől számított három éven belül lehet indítani.”

A fentiek szerint kiemelt rész a korábbi, 2011. évi, illetőleg 2003. évi Kbt.-ben az érintett hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazásának feltételeként nem szerepelt.

A 2014/24/EK Irányelv 32. cikke az adott eljárásfajta vonatkozásában az alábbi rendelkezéseket tartalmazza:

*„(5) Hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazható olyan új építési beruházások vagy szolgáltatások esetében, amelyek attól a gazdasági szereplőtől megrendelt **hasonló munkák vagy szolgáltatások ismételt nyújtásából állnak**, akinek, illetve amelynek ugyanaz az ajánlatkérő*

szerv már korábban odaítélt egy eredeti szerződést, feltéve, hogy az ilyen építési beruházások vagy szolgáltatások megfelelnek egy olyan alaprojektnek, amely tekintetében az eredeti szerződést a 26. cikk (1) bekezdése szerinti eljárás szerint odaítélték. Az alaprojektben meg kell jelölni a lehetséges további építési beruházások vagy szolgáltatások terjedelmét, és azok odaítélésének feltételeit.

Az első projekt tekintetében ajánlati felhívás közzétételkor közzé kell tenni, hogy sor kerülhet ezen eljárás alkalmazására, és az ajánlatkérő szervnek a 4. cikk alkalmazásakor figyelembe kell vennie a későbbi építési beruházások vagy szolgáltatások becsült összköltségét.

Ezt az eljárást kizárólag az eredeti szerződés megkötését követő három éven belül lehet alkalmazni.”

A 2014/24/EK irányelv, és az azt átültető 2015. évi (jelenleg hatályos) Kbt. vonatkozó rendelkezése tehát kifejezetten meghatározza, hogy a hirdetménnyel indult alap, azaz nyílt vagy meghívásos eljárásban meg kell jelölni a lehetséges további építési beruházások vagy szolgáltatások terjedelmét, és azok odaítélésének feltételeit. Amennyiben az eredeti ajánlati felhívásban nem szerepelnek ezek az információk, úgy jogszerűen nem kerülhet sor a 2015. évi (jelenleg hatályos) Kbt. 98. § (3) bekezdése alapján hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás lefolytatására.

A fentiekre tekintettel az adott jogalap fennálltának vizsgálatával összefüggésben az „új” építési munkák vagy szolgáltatások megrendelése kifejezés nem egy előre nem látható, előzetesen nem ismert új építési munkákat vagy szolgáltatásokat, hanem az *eredeti szerződés időpontjában már ismert munkákat takarnak*, továbbá a *munkák ismétlődő, hasonló munkákból* állhatnak, és nem az alapeljárásban szerepeltetettől eltérő különböző munkákat jelentenek.

Az Irányelv adott rendelkezésének egyik eleme a hasonló munkák (meg)ismétlődése, ami azt jelenti, hogy az elvégzendő munkáknak hasonlóknak kell lenniük a már elvégzett munkákkal, továbbá nem előre nem látható körülmények miatt váltak szükségessé, hanem már ismertnek kellett lenniük (az alapeljárás indításakor is).

5.3.2.2. Alkalmassági követelményekre vonatkozó előírások

1. Területi korlátozás

Az ajánlati felhívásban alkalmassági minimumkövetelményként előírásra kerül, hogy az ajánlattevőknek szükséges rendelkezniük magyarországi szervizbázissal.

Az érintett követelmény ugyan közvetlenül nem különbözteti meg hátrányosan a más tagállamban működő gazdasági szereplőket, azonban valószínűbb, hogy a magyar ajánlattevők vagy a magyar piacon már tevékeny, adott esetben a Magyarországon letelepedett gazdasági szereplők/potenciális ajánlattevők már rendelkeznek Magyarországon működő szervizbázissal. A fentiekben túl azon gazdasági szereplőknek, akik nem rendelkeznek magyarországi szervizbázissal, már a közbeszerzési eljárásban történő részvétel érdekében is jelentős erőforrásokat kellene befektetniük, így az adott követelmény (tekintettel a fentiekben kifejtettekre) korlátozza a szabad mozgás elvét.

A fentiekben túl az adott előírás általában véve is diszkriminatív, mivel más ajánlattevőkkel szemben azokat az ajánlattevőket részesíti előnyben, akik már rendelkeznek Magyarországon szervizbázissal, ami sérti az egyenlő és megkülönböztetésmentes bánásmód elvét.

Az ajánlatkérőnek jogos igénye, hogy biztosítva legyen az eszközök számára adott időn, pl.: a 36 órán belüli hibaelhárítás, azonban ezt kevésbé korlátozó módon is el lehet érni, például úgy, hogy lehetővé teszik a messzebről jövő szervizkocsik igénybevételét.

Az érintett területi korlátozásra vonatkozó előírás abban az esetben is diszkriminatívnak minősül, amennyiben a felhívás teljes mennyiséget meghatározó szakaszában vagy az egyéb feltételek között, illetőleg a dokumentáció műszaki leírásában kerül szerepeltetésre oly módon, hogy az ajánlattevőknek az ajánlatuk benyújtásának idején, azaz az ajánlatok bontására rendelkezniük kell magyarországi szervizbázissal.

Természetesen nem kizárólag a magyarországi, hanem az egyéb területi korlátozásra vonatkozó előírás is versenyszűkítő hatású, így nem megengedett.

Gyakorlati példa:

- megyehatáron belül;
- adott város közigazgatási területén belül;
- adott ponttól bizonyos földrajzi távolságon belül (például: 5 km-en belül).

Területi korlátozás mellett elfogadhatatlan a helyi preferenciák alapján történő diszkriminatív előírás is, pl.:

- székhely vagy képviselet az adott országban, vagy az országon belül bizonyos területre korlátozva (régióban, városban, megyében stb.);
- tapasztalat és/vagy végzettség előírása az adott országban vagy bizonyos területén belül (pl. Felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadói /FAKSZ/ regisztrációhoz szükséges feltételek megléte alkalmassági követelményként, mivel a FAKSZ rendelet szerinti feltételeket csak Magyarországon lehet teljesíteni (pl.: KBA-ban szereplő közbeszerzésben szerzett tapasztalat, adott esetben FAKSZ továbbképzések).

2. Hátrányosan megkülönböztető/aránytalan kiválasztási feltételek alkalmazása

Csak Magyarországon elvégzett munkákra vonatkozó referenciakiírás

Alkalmassági követelmény többek között:

„legalább 1 db, közműhálózat(ok)hoz kapcsolódó geodéziai feladatok ellátására vonatkozó referencia, mely esetében az alábbi feltétel teljesül:

- *a geodéziai feladatok során elkészült térképek EOVS (Egységes Országos Vetület) vetületi rendszerben készültek.”*

Az EOVS egy polgári használatra létrehozott magyar vetületi rendszer, melyet 1972-ben vezettek be. A térképen Magyarország földfelszínének bármely pontját az EOVS síkkordinátái jelenítik meg. Magyarországon vetületi rendszerként az EOVS mellett a WGS'84-et is használják. (A geodéziai világrendszer (WGS) a kartográfia, a geodézia és a navigáció terén használatos szabvány.)

Az adott követelmény közvetlenül nem különbözteti meg hátrányosan a másik tagállamban működő gazdasági szereplőket, azonban *az adott követelmény vonatkozásában csak Magyarországon elvégzett szolgáltatással lehet megfelelni, mivel az EOVS-t egyedül Magyarországon használják.* A fentiekre figyelemmel a követelmény korlátozza a szabad mozgás elvét.

A fentiekén túl az érintett alkalmassági követelmény általában véve diszkriminatív, mivel más ajánlattevőkkel szemben azokat az ajánlattevőket részesíti előnyben, akik már végeztek Magyarországon térképészeti szolgáltatásokat. Ez sérti az egyenlő és megkülönböztetésmentes bánásmód elvét.

Kevésbé korlátozó módon is teljesíthető lett volna az ajánlati felhívásban meghatározott az a jogos igény, hogy az ajánlattevők térképkészítési szolgáltatásokra vonatkozó referenciával rendelkezzenek, nevezetesen a vetületi rendszerek egyenértékűségének vagy más vetületi rendszerek elfogadása révén.

A fentiekhez hasonlóan elfogadhatatlan, ha az alkalmassági (minimum)követelmény egyéb módon úgy kerül meghatározásra, hogy kizárólag hazánkban történő teljesítés meglétét feltételezi, pl.: egy hazai operatív programból származó korábbi referencia meglétének előírása.

3. Hátrányosan megkülönböztető/aránytalan kiválasztási feltételek alkalmazása

A referenciák konkrét célkitűzéshez való társítása

Az ajánlati felhívásban meghatározott alkalmassági minimumkövetelmény szerint az ajánlattevőknek a felhívás feladását megelőző 60 hónapban az alábbi (befejezett, sikeres műszaki átadás-átvétellel lezárt, a vonatkozó előírásoknak megfelelően, szerződészerűen teljesített) referenciákkal kell rendelkezniük:

- a) *legalább 1 db minimum 6.000 m közvilágítási hálózat építése, amely **iparterületen** valósult meg;*
- b) *legalább 1 db minimum 3 km aszfaltburkolatú út, amely **iparterületen** valósult meg.*

Az iparterületen elvégzett referenciák előírása nem arányos a szerződés tárgyával.

A hasonló munkák (például: közvilágítás, útépités) elvégzésének helyszíne ugyanis irreleváns abból a szempontból, hogy ez alapján korlátozzák az ajánlattevők alkalmasságát a kért munkák elvégzésére. A szerződés szerinti munkaelemek nem különböznek jelentősen a bármely más helyszínen elvégzett hasonló munkáktól, mely tényre tekintettel az adott korlátozásokat tartalmazó referencia megkövetelése nem indokolt. Az ajánlatkérőnek el kell fogadni a nem iparterületekhez, de hasonló jellemzőkkel (például: teherbíró képesség) rendelkező területekhez kapcsolódó referenciákat is.

Egy másik példa szerint az ajánlati felhívásban meghatározott alkalmassági minimumkövetelmény:

„A felhívás feladását megelőző 60 hónapban teljesített, legalább összesen 2 db, egyenként legalább nettó 400 millió forint értékű ipari vagy laboratóriumi épületreferencia.”

A tárgyi közbeszerzési eljárás becsült értéke 500.000.000 Ft, mely értékre is figyelemmel a 2 db, egyenként 400.000.000 Ft előírása túlzott mértékű (és versenykorlátozó).

A referencia tárgyának meghatározása szintén kifogásolható, mivel a bemutatható referenciák tárgyát az *ajánlatkérő indokolatlanul leszűkíti* ipari vagy laboratóriumi épületre, továbbá *nem került meghatározásra*, hogy mit ért ajánlatkérő „*ipari vagy laboratóriumi*” referencia alatt.

A fentiekhez hasonló gyakorlati példák:

Referencia követelményként

- állattartótelep bontásának előírása;
- oktatási intézmény felújításának előírása;
- államigazgatási szerv részére teljesített korábbi referencia előírása;
- informatikai fejlesztés során közigazgatás számára fejlesztett rendszer előírása;
- pr/kommunikációs tevékenység államigazgatási szerv részére történt korábbi teljesítésének előírása.

A műszaki leírás/feladat meghatározás vonatkozásában nincs különbség attól függően, hogy milyen az ajánlatkérő jogállása.

4. Hátrányosan megkülönböztető/aránytalan kiválasztási feltételek alkalmazása

Túl specifikus referenciakövetelmények, halmozott, illetve együttes referenciakövetelmények (külön-külön vizsgálva talán nem versenykorlátozó a referencia, ám együttes hatásuk mégis versenykorlátozó)

Referencia vonatkozásában alkalmassági (minimum)követelmény:

1. *egy vagy több, irodabútor szállítása, amelyek összesen legalább nettó 800.000.000 Ft értékűek;*
2. *legalább 1 db olyan szerződés, amely az 1997. évi LXXVIII törvényben (Étv.) meghatározott közhasználatú építmény vagy építmények irodabútorainak szállítására vonatkozik, és amely önmagában legalább nettó 400.000.000 Ft értékű;*
3. *legalább 1 db, irodabútor szállítása tárgyú szerződés, amely önmagában legalább 50 db ügyfélszolgáltató munkahely bútorainak szállítására vonatkozó meghatározott közhasználatú építményen belül;*
4. *egy vagy több db, irodabútor szállítása tárgyú szerződés, amely(ek) együttesen megfelel(nek) az alábbi konjunktív feltételeknek:*
 - *a szerződés vagy szerződések alapján összesen legalább 20 db különböző közhasználatú építményben történő, összesen legalább 100 db ügyfélszolgáltató munkahely bútorainak szállítása olyan módon, hogy*
 - *legalább egy naptári napon egyidejűleg legalább három különböző közhasználatú építményben folyamatban volt a helyszíni munkavégzés, és*
 - *a szerződés(ek) teljesítési ideje ugyanabba a legfeljebb 365 naptári nap hosszúságú időintervallumba esik.*

Ugyanaz a szerződés a fenti referenciák közül többnek a vonatkozásában is bemutatható.

Az érintett kiírásban kért referenciák egyes elemei kapcsolódnak ugyan a szerződés tárgyához, azonban a referenciákban szereplő követelmények megfogalmazása aránytalan.

Az ügyfélszolgáltató munkahely nem különbözik más, egyéb „átlagos” munkahelytől, az a tény, hogy a beszerzendő irodabútorokat sok ügyfél használja, nincs semmilyen hatással az ajánlattevők kiválasztására.

A bútorok és az anyagok szilárdságát a műszaki leírásban szükséges meghatározni, ezért az ügyfélszolgáltató munkahelyekre történő irodabútor-szállításokra vonatkozó referenciák korlátozóak és aránytalanok, és nem kapcsolódnak a szerződés tárgyához.

A fentiekén túl a 4. referencia konjunktív feltételei különösen aránytalanok, ugyanis így 8 különböző feltételt kellett teljesíteni:

- 1) irodabútorok;
- 2) 100 ügyfélszolgáltató munkahely számára;
- 3) ügyfélszolgálati tevékenységhez,
- 4) 20 db;
- 5) közhasználatú építményben;
- 6) folyamatban levő helyszíni munkavégzés mellett;
- 7) 3 db építményben;
- 8) 1 éven belül.

Kevésbé korlátozó módon is teljesíthető lett volna az a jogos igény, hogy az ajánlattevők irodabútor szállításra vonatkozó referenciákkal rendelkezzenek, mégpedig olyan módon, hogy bármilyen irodabútor szállítására vonatkozó referencia elfogadásra kerül, céltól, körtől és más korlátozásoktól függetlenül.

További példaként említhetőek olyan esetek, ahol a referencia és a műszaki eszköz állományának megkövetelése túlzott mértékű részletezettséggel került előírásra.

A referenciakiírás vonatkozásában nem arra kell törekedni, hogy az az adott közbeszerzés részletesen specifikált tárgyával mindenben megegyező legyen, hanem annál jellemzően kevésbé specifikusan, a teljesítési képesség szempontjából egyenértékű teljesítményeket szem előtt tartva kerüljön meghatározásra.

5. Hátrányosan megkülönböztető/aránytalan kiválasztási feltételek alkalmazása

Túlzó referenciakövetelmények

A)

Az ajánlati felhívás vonatkozó előírása szerint alkalmas az ajánlattevő, ha (a felhívás feladásáról visszafelé számított 96 hónapban az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően teljesített, befejezett (sikeres műszaki átadás-átvétellel lezárt)) alábbi referenciával rendelkezik:

- *legalább 1 db referencia, amely legalább 6 km egybefüggő közút építésre vonatkozik.*

Az adott előírás versenyszűkítő, mivel az elvárt km-hossz a kiírás alapján kizárólag egybefüggően megvalósított építési munkára vonatkozik. Az elvégzendő feladat nem indokolja a fentiek szerinti szűkítést, ugyanis azon gazdasági szereplők is alkalmasak lehetnek a szerződés teljesítésére, akik az előírt 6 km hosszúságú szakaszt több, egyenként 6 km-t el nem érő referenciával képesek igazolni, tekintettel arra a tényre, hogy tartalmilag ugyanannak a munkának az elvégzése szükséges egy kisebb útszakaszon, mint a 6 km-re vonatkozó szakaszon.

B)

Referencia vonatkozásában alkalmassági (minimum)követelmény:

- *Min. 200 m² alapterületű zárt korrózióvédelmi csarnok, mely rendelkezik érvényes szervizbázis engedéllyel.*
- *Min. 400 m² alapterületű acélgyártó csarnok, mely rendelkezik érvényes szervizbázis engedéllyel.*

Az adott előírások diszkriminatívak, mivel másokkal szemben előnyben részesíti azokat az ajánlattevőket, akik már rendelkeznek az előírt létesítményekkel és érvényes szervizbázis engedélyekkel.

C)

Alkalmassági minimumkövetelmény:

- *Alkalmas az ajánlattevő, amennyiben a saját tőke nagysága 2007. és 2008. évben nem volt kisebb, mint 300.000.000 Ft.*

A pénzügyi alkalmassági követelmény előírása tekintetében is olyan alkalmassági minimumkövetelmény előírása jogszerű, amely szükséges a szerződés teljesítéséhez, összefüggésben van az adott beszerzés tárgyával, továbbá megalapozott következtetést lehet levonni belőle az alkalmasságra vonatkozóan.

Az alkalmassági követelményként előírt mutatóknak a teljesítéshez szükséges képességet kell kifejeznie. A saját tőke nagysága statikus képet mutat a gazdasági szereplőről, a teljesítéshez szükséges képességet nem tükrözi, ezért alkalmassági követelményként való előírása nem lehet indokolt.

D)

Alkalmassági minimumkövetelmény:

- **6 fő**, külön-külön legalább 36-36 hónap alkalmazásfejlesztői szakmai tapasztalattal, valamint államilag elismert felsőfokú (egyetemi vagy főiskolai) informatikus (vagy ezekkel egyenértékű) végzettséggel rendelkező **szakértő**

Az adott előírás nem felel meg a Miniszterelnökség 2014. november 28. napján kiadott Közleményében foglaltaknak, miszerint az Európai Bizottság a közbeszerzési auditok során jellemzően aggályosnak, a versenyt aránytalanul szűkítőnek találta, ha az ajánlatkérő négynél több, a teljesítésbe bevonni kívánt szakember bemutatását követelte meg az ajánlattétel feltételeként, ez a négy fős létszám ugyanis főszabály szerint elegendő ahhoz, hogy az ajánlatkérő a teljesítéshez valóban szükséges legfontosabb, „kulcspozícióban” tevékenykedő szakemberek rendelkezésre állásáról meggyőződjön.

5.3.2.3. Vitatott/kifogásolt értékelési szempontok

1.

Az ajánlati ár %-os mértékben történő meghatározásának értékelése

(Vétítési alap: a lefolytatandó közbeszerzési eljárások tárgyára elszámolható költségek összértéke vagy a lefolytatandó közbeszerzési eljárás becsült értéke stb.)

A gyakorlatban elsősorban felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó igénybevételére vonatkozó szerződés megkötése érdekében fordul elő, de bármilyen szolgáltatás vagy egyéb beszerzési tárgy vonatkozásában releváns lehet. Az érintett értékelési szemponttal szemben felmerülő kifogás, hogy a lefolytatandó közbeszerzési eljárások becsült értéke egy bizonyos érték felett irreleváns az elvégzendő feladatok tekintetében, az adott értékelési szempont így felveti a túlárazás lehetőségét, ami a hatékony és eredményes pénzgazdálkodás elvének a megsértéséhez vezethet.

2.

Környezetvédelmi/fenntarthatósági/szociális értékelési szempontok egyértelműsége és betartásának ellenőrzése

Minden egyes értékelési (rész)szempontnak, illetőleg az arra/azokra tett megajánlásoknak kifejezetten az érintett eljárásra/szerződésre vonatkozó kötelezettségvállalást kell tartalmaznia/tartalmazniuk, amire vonatkozó figyelemfelhívást a kiírásokban célszerű, illetőleg szükséges rögzíteni, függetlenül a közbeszerzés általános elveitől.

Valamennyi értékelési (rész)szempont esetében elvárás, hogy rögzítésre kerüljön, hogy az érintett értékelési (rész)szempontra tett vállalás betartásának történő megfelelést, azaz az érintett szempontra tett megajánlás teljesülését a szerződés teljesítése során az ajánlatkérő miként, milyen módszerrel, milyen időközönként fogja ellenőrizni, az ellenőrzés eredményét milyen dokumentumokkal, okirati bizonyítékokkal fogja igazolni/alátámasztani.

A nem egyértelmű értékelési (rész)szempontok, ellenőrzési módok meghatározása nem elfogadható.

Gyakorlati példa:

- Érintett településrészen az esetleges szállítási szennyeződések (felhordott sár, por) folyamatos eltávolításának vállalása (igen/nem);
- Vállalja-e az ajánlattevő a megközelítési útvonalak rendszeres nedvesítését száraz időben (igen/nem);
- Folyamatosan biztosítja-e a zajszennyezés csökkentését (igen/nem).

A fentiek szerinti értékelési (rész)szempontok nem egyértelműek, minden potenciális ajánlattevő számára eltérő tartalommal bírhatnak, a kiírásokban pontosan szükséges meghatározni, hogy folyamatos, rendszeres stb. alatt pontosan mit, milyen időközönkénti tevékenységet ért ajánlatkérő.

A fentiek mellett annak rögzítése is szükséges, hogy az érintett vállalások teljesülését a szerződés teljesítése alatt miként ellenőrzi az ajánlatkérő, azzal összefüggésben milyen dokumentumok (okirati bizonyítékok) keletkeznek.

Az érintett vállalás teljesülésének dokumentálására vonatkozó részletes, mindenre kiterjedő előírás már a kiírásban különösen fontos.

Gyakorlati példa:

- A szállítójárművek kizárólag kapacitásuk, teherbírásuk legalább %-át elérő kihasználtság mellett mozgathatóak a fuvarszámok csökkentése érdekében;
- Zajszintre vonatkozó vállalás bizonyos értéket nem érhet el;
- Vállalja, hogy éjszaka nem végez kivitelezési munkát 22:00-06:00 óra között;
- Vállalja, hogy az éves kötelező gépkarbantartáson túl, minden projekt megkezdésekor a munkaterületre szállítás előtt a gépek átnézése, karbantartása, szükséges javítása megtörténik – az esetleges olajfolyások megakadályozás érdekében;
- Vállalja, hogy az irodai munkák során felhasznált papírok .. %-ában újrahasznosított papír kerül alkalmazásra.

A fentiekén túl az érintett (rész)szempontnak történő meg nem felelés (jog)következményét a kiírásnak tartalmaznia szükséges.

3.

Az értékelési szemponttal szemben támasztott általános elvárás, hogy a kívánt teljesítéshez viszonyítva pozitív módon kerüljön meghatározásra (azaz nem negatív módon, a nem szerződészerű teljesítéshez kapcsolódóan)

Gyakorlati példa:

Késedelmi kötbér értékelése esetében a nem szerződészerű teljesítéshez kapcsolódóan kerül értékelési (rész)szempont meghatározásra, ami szerződészerű, azaz megfelelő teljesítés esetén nem releváns, ezen okból kifolyólag is az alkalmazása kerülendő.

A Közbeszerzési Hatóság nyertes ajánlattevő kiválasztására szolgáló értékelési szempontrendszer alkalmazására vonatkozó útmutatójában foglaltak szerint:

„A teljesítési határidő, illetve az előteljesítés mértéke mint minőségi szempont előírása az értékelési szempontok között lehetőség ugyan az ajánlatkérő számára, ugyanakkor több szempontból is aggályos lehet.

Elsősorban azért, mert az ajánlattevők adott esetben tehetnek olyan vállalásokat, amelyekkel ugyan nyertesként kerülnek kihirdetésre, de a szerződés teljesítése során kiderülhet, hogy a nyertes ajánlatban szereplő megajánlás irreálisnak bizonyult, és a szerződés módosítása válhat szükségessé a vállalt teljesítési határidő meghosszabbítása tekintetében.”

Általánosságban rögzíthető, hogy azon értékelési (rész)szempontok, amelyek nem a teljesítés minőségét javítják (adott esetben nem azt mutatják meg, hogy melyik ajánlattevő teljesít jobban), hanem egy olyan feltételes helyzetre vonatkoznak, amely szerződésszerű/megfelelő teljesítés esetén nem is szükségszerűek/nem következnek be, nem tekinthetők kifejezetten minőségi szempontnak.

Az értékelési szempont(ok) előírásával kapcsolatban követendő közbeszerzési gyakorlatról a Miniszterelnökség Közbeszerzési Felügyeletéért Felelős Helyettes Államtitkársága 2019-ben közleményt tett közzé, amelyben foglaltak figyelembevételre a közbeszerzési eljárások előkészítése/kiírások során megkerülhetetlen.

A közleményben foglaltak alapján, tekintettel a Kbt. vonatkozó rendelkezéseire „(különösen 76. § (6) bekezdés b) pontban, valamint 76. § (13) bekezdés) **az ajánlatkérőknek a közbeszerzési dokumentumokban ki kell alakítaniuk az értékelési szempontok hatékony ellenőrzést lehetővé tevő feltételrendszert/intézkedéseket (mind az eljárás bírálati (adott esetben értékelési) szakaszára, mind az eljárás eredményeként megkötésre kerülő szerződés teljesítési szakaszára vonatkozóan).** Ha ezek az (ellenőrzést biztosító) intézkedések hiányoznak, vagy nem egyértelműek és túl általánosak, az kockáztatja a közbeszerzési eljárás átláthatóságát és tárgyilagosságát.

Az értékelési szempontok ellenőrzésével összefüggésben kiemelendő a Bíróság C-448/01. sz. ügyben hozott ítélete, mely értelmében: „amennyiben egy ajánlatkérő szerv olyan odaitélési szempontot határoz meg, amely tekintetében nem szándékozik, továbbá nem is képes ellenőrizni az ajánlattevők által szolgáltatott információk pontosságát, sérti az egyenlő bánásmód elvét, mivel az ilyen jellegű szempontok nem biztosítják a pályázati eljárás átláthatóságát és tárgyilagosságát. Ezért az ajánlattevők által szolgáltatott információk hatékony ellenőrzését lehetővé nem tevő követelményeket támaztó odaitélési szempontok ellentétesek a közösségi közbeszerzési jog elveivel.”

6. JOGSZABÁLYTÁR

- Az Európai Unió Működéséről szóló szerződés
- 2004/18/EK irányelv
- 2014/24/EU irányelv
- 2014/25/EU irányelv
- 2014/23/EU irányelv
- 2988/95/EK EURATOM rendelet
- 1083/2006/EK rendelet
- 1303/2013/EU rendelet
- 1828/2006/EK rendelet
- 4/2011 (I. 28.) Korm. rendelet
- 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet
- Az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény
- 2011. évi CVIII. törvény
- 2015. évi CXLIII. törvény
- 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet

7. IRODALOMJEGYZÉK

1. Dr. Klaus-Dieter Borchardt (2011): *Az Európai Unió jogi ábécéje*. Európai Unió, Luxemburg
2. Blutman László (2014): *Az Európai Unió joga a gyakorlatban*. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest
3. Dezső Attila (szerk.) (2015): *Magyarázat az Európai Unió közbeszerzési jogához*. Wolters Kluwer Hungary Kft., Budapest
4. Németh Anita (2018): *Közbeszerzési politika akkor és most – Fordulatok a közbeszerzési jogharmonizációban*. Iustum Aequum Salutare XIV. 2018. 2. • 93–104. p.

A Nemzeti Közszolgálati Egyetem kiadványa.



Nemzeti Közszolgálati Egyetem;
Közigazgatási Továbbképzési Intézet
www.uni-nke.hu

Felelős Kiadó:

Prof. Dr. Kis Norbert
rektorhelyettes

Címe:

1083 Budapest, Üllői út 82.

Kiadói szerkesztő:

Strángli Szandra Leticia

Tördelőszerkesztő:

Vöröss Ferenc

ISBN 978-963-498-261-6 (PDF)