

# KÖZBESZERZÉSI IRÁNYTÚ

## A hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás törvényességi ellenőrzésének tapasztalatai 1. Experience in reviewing the legality of a negotiated procedure without prior publication

Dr. Szeiffert Gabriella, osztályvezető, Közbeszerzési Hatóság

DOI: 10.37371/KEP.2021.2.1

Címszavak: közbeszerzés, hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás, törvényességi ellenőrzés, versenyfeltételek, taxatív és konjunktív feltételek

### Absztrakt

A jelen írás célja az, hogy az egyes jogalapok feltételrendszerének áttekintése során a gyakorlatban legtöbbször előforduló hibákra, hiányosságokra hívja fel a figyelmet bemutatva a jogalapok jogszerűségi vizsgálatának főbb szempontjait, ezzel segítve az ajánlatkérőket a jogalkalmazásban.

### Abstract

The purpose of this article is to draw attention to the most common errors and shortcomings in practice when reviewing the conditions of each legal basis, presenting the main aspects of the examination of the legality of legal bases, thus assisting contracting authorities in the application of the law.

A jelenleg hatályos Kbt. – 2015. november 1. napján történő hatálybalépésével – a Közbeszerzési Hatósághoz telepítette a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások törvényességi ellenőrzésének feladatát. Jelen írással – mely egy cikksorozat első állomása – az elmúlt közel öt év vizsgálói munkáját, az ellenőrzés módszertanát és a vizsgálat során tapasztalt jelenségeket kívánom bemutatni esettanulmányok segítségével.

A hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások természetének általános leírására néhány gondolatot szánnék csupán, hangsúlyozva ezen eljárásfajta negatív tulajdonságait. Az esettanulmányokat áttekintve arra kérem az Olvasót, hogy mindig tartsa szem előtt, hogy egy *versenykorlátozó* – a 2014/24/EU irányelv preambuluma (50) bekezdése általános jelleggel rögzíti, hogy a versenyre gyakorolt káros hatások miatt a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásokat csak nagyon kivételes körülmények között szabad alkalmazni -, és magas korrupciós kockázattal járó eljárásfajtaról olvas, mely *kizárólag a Kbt.-ben rögzített taxatív és konjunktív jogalapi feltételek teljesülése esetén alkalmazható*. Az eljárás

kivételes jellege, magas korrupciós kockázata miatt annak alkalmazását szigorú kontroll alatt szükséges tartani annak érdekében, hogy az ajánlatkérők indokolatlanul és visszaélészerűen ne alapíthassanak rá jogot. A szigorú kontroll a Közbeszerzési Hatóság részéről nem csupán az eljárás megindításakor, a jogalapi feltételrendszer vizsgálatát jelenti, hanem kiterjed az érintett közbeszerzési eljárás dokumentumainak átfogó vizsgálatára, valamint az „utánkövetés”<sup>1</sup> módszerét alkalmazva a bontási jegyzőkönyvek, összegezés, eljárás eredményéről szóló tájékoztató hirdetmény és adott esetben az eljárás eredményeként megkötött szerződés ellenőrzésére is.

Az *Elektronikus Közbeszerzési Rendszer* (a továbbiakban: EKR) *használata* a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások esetén is – a Kbt. 40. § (1) bekezdése alapján – *kötelező* (néhány kivételtől eltekintve: Kbt. 98. § (4) bekezdés c)-d) pontja szerinti jogalapon lefolytatandó hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás esetén, valamint a rendkívüli sürgősségre alapított hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás esetén – amennyiben az tárgyalási

<sup>1</sup> A Közbeszerzési Hatóság törvényességi ellenőrzése nem ér véget az eljárás megindításakor – különösen a jogalapra kiterjedő – vizsgálatlaltal, az eljáró vizsgáló figyelemmel kíséri az eljárás dokumentumait egészen a szerződéskötésig. Egy esetleges jogsértés gyanúja esetén tájékoztatáskérés keretében Ajánlatkérőhöz fordul a Közbeszerzési Hatóság, feltárja a teljes tényállást és szükség esetén hivatalból jogorvoslati eljárás kezdeményezésére tesz javaslatot.

meghívó megküldésével vagy a tárgyalások megkezdésével indul<sup>2</sup>, - illetve az EKR több napon keresztül fennálló - jogszabályban meghatározott - üzemzavara miatt a 98. § (2) bekezdés e) pontja szerinti hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás a rendkívüli helyzet által megkívánt idő alatt nem lenne megvalósítható<sup>3</sup>).

Ajánlatkérő a Kbt. 103. § (1) bekezdés szerinti *tájékoztatási kötelezettségét* - a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás megkezdését követően, legkésőbb az eljárás megkezdése napján - az EKR-en keresztül teljesíti, az EKR felületén keresztül küldi meg törvényességi ellenőrzésre a Közbeszerzési Hatóság részére az ajánlattételi felhívást, az ajánlattételre felhívott gazdasági szereplők nevééről, címéről (székhelyéről, lakóhelyéről), a beszerzés becsült értékéről, a tárgyalásos eljárás alkalmazását megalapozó körülményekről szóló tájékoztatást, valamint a törvényességi ellenőrzésért fizetendő igazgatási szolgáltatási díj megfizetéséről szóló igazolást.

A *tájékoztatási kötelezettség elmulasztása* a kógens jogszabályi előírásokra figyelemmel később *nem reparálható*, minden, az eljárást megindító felhívás gazdasági szereplők részére történő megküldésének időpontját követő teljesítés késedelmes.<sup>4</sup> A Kbt. 103. § (1) bekezdés szerinti tájékoztatónak a Kbt.-ben rögzítetthez képest későbbi időpontban történő megküldése okán előállt jogsértést nem lehet semmissé tenni az ajánlattételi felhívás visszavonásával sem.<sup>5</sup>

Ezen eljárásfajta kapcsán még nagyobb hangsúlyt kap a *nyilvánosság biztosítása* - az átláthatóság biztosításának garanciális szabályaként -, valamint annak ellenőrzése. A Kbt. 103. § (6) bekezdése körében nem tartalmaz eltérést engedő rendelkezést, ezért ajánlatkérőnek a törvényben előírt dokumentumokat minden esetben *korlátlanul, teljeskörűen közzé kell tennie*. Több ízben deklarálta a Közbeszerzési Döntőbizottság, hogy *amennyiben ajánlatkérő nem gondoskodik a nyilvánosság és átláthatóság biztosításáról* a Kbt. 103. § (6) bekezdésében foglaltaknak megfelelően, *jogsértést követ el*.<sup>6</sup>

A következő néhány oldalon a Kbt. 98. § (2) bekezdésének a) és b) jogalapjaihoz kapcsolódó naprakész törvényességi ellenőrzési joggyakorlatot kívánom bemutatni, ezáltal kívánok hasznos támpontokat nyújtani a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) és b) pont szerinti hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás jogszerű alkalmazásához.

### **A megelőző eljárás eredménytelensége esetén alkalmazható hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás**

A Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontjában foglalt esetkör alkalmazásának alapfeltétele *az előző nyílt vagy meghívásos eljárás eredménytelensége*, mégpedig azon az alapon, hogy [Kbt. 85. § (2) e)] *valamennyi ajánlat érvénytelen volt, vagy minden ajánlat magasabb volt az eredetileg rendelkezésre álló anyagi fedezet összegénél* és az ajánlatkérő a tárgyalásra meghívja a megelőző eredménytelen eljárás mindazon és csak azon ajánlattevőit, amelyek ajánlata nem volt érvénytelen kizáró okok fennállása vagy alkalmazatlanság miatt és megfeleltek az előírt formai követelményeknek.

A Kbt. 98. § (2) bekezdés b) pontjára alapítottan akkor indíthat ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást, ha a megelőző nyílt vagy meghívásos eljárásban *egyáltalán nem nyújtottak be ajánlatot vagy részvételi jelentkezést vagy csak alapvetően nem megfelelő ajánlatot vagy részvételi jelentkezést nyújtottak be*.

A Kbt. 98. § (2) bekezdés b) pontja szerinti eljárásfajta sajátossága az is, hogy az ajánlatkérő diszkrecionális joga az, hogy kinek küld ajánlati felhívást. E tekintetben jogszerűen korlátozódik a verseny, ugyanakkor az ajánlatkérőnek figyelemmel kell lennie a Kbt. előírásra, hogy ezen eljárási fajta esetén legalább három ajánlattevőt fel kell hívnia ajánlattételre.<sup>7</sup>

A vonatkozó jogalapi feltételrendszerek egyes elemeinek megítélése egyszerűbb és kevésbé okoz gondot ajánlatkérőknek, ekként *a korábban lefolytatott eljárás nyílt vagy meghívásos eljárás feltétel teljesülése, illetve az egyáltalán nem nyújtottak be ajánlatot* kitétel fennállása könnyen igazolható, ellenőrizhető, míg más feltételek -

<sup>2</sup> Kbt. 41. § (3) bekezdés.

<sup>3</sup> Kbt. 41/C. § (1) bekezdés.

<sup>4</sup> D.68/12/2020.

<sup>5</sup> D.18/10/2019.

<sup>6</sup> D.68/12/2020., D.199/12/2020., D.142/7/2018., D.574/8/2017.

<sup>7</sup> Kbt. 99. § (3) bekezdés a) pontjában foglalt rendelkezés.

az eredménytelenség kizárólag a törvény által meghatározott okon alapulhat, illetve az eljárásban kizárólag a törvény által meghatározott ajánlattevői kör vehet részt – ajánlatkérő általi megítélése és igazolása több alkalommal nehézségekbe ütközött.

A Kbt. 98. § (2) bekezdésének a) és b) pontja alkalmazhatóságát megalapozó feltételek közül a legkritikusabb annak igazolása, hogy az eljárás feltételei időközben lényegesen nem változtak meg. Hiánypótlási felhívás kibocsátására is legtöbbször amiatt kerül sor, hogy az ajánlatkérők a korábban lefolytatott eljárás feltételeihez képest változtatnak az ajánlattételi felhívás és közbeszerzési dokumentumok feltételein. Az egységes és töretlen törvényességi ellenőrzési gyakorlat szerint lényeges változásnak tekinthető az, ha a beszerzés tárgya és egyéb feltételek olyan mértékben módosulnak, amelyek ismerete alapvetően befolyásolhatta volna az érdekelt gazdasági szereplők arra vonatkozó döntését, hogy a közbeszerzési eljárásban tudnak-e indulni, vagyis a változás a potenciális ajánlattevői kör módosulásához vezethet.

### Meghatározott ajánlattevői kör részvétele

Kizárólag a törvény által meghatározott ajánlattevői kör részvételének igényét jól példázza a HNT-00065/2018. számú eljárás, melyben Ajánlatkérő - tájékoztatása szerint - a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja alapján hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárást indít „Személygépjárművek beszerzése és minőségi cseréje (II., III., IV. csomag)” tárgyában. Ajánlatkérő előadása értelmében a korábbi nyílt eljárás azért lett eredménytelen, mert a II. részben/csomagban nem állt rendelkezésre a szükséges fedezet, a III., IV. rész/csomag esetében kizárólag érvénytelen ajánlatot nyújtottak be. Állításai alátámasztása érdekében Ajánlatkérő csatolta a korábbi nyílt eljárás felhívását, a korábbi nyílt eljárás összegezését, valamint a „közbeszerzés feltételei nem változtak meg” körülmény alátámasztása érdekében csatolta a korábbi eljárás hirdetményét és a jelenlegi eljárás ajánlattételi felhívását.

A törvényességi vizsgálat átfogó lefolytatása érdekében hiánypótlási felhívás kibocsátására került sor több ponton. A szükséges fedezet rendelkezésre állása bizonyítása érdekében a Hatóság elnöke kérte benyújtani azt a dokumentumot, amelyből megállapítható az alapeljárás során rendelkezésre állt fedezet összege a 2. rész tekintetében, illetve kérte Ajánlatkérő nyilatkozatát arról, hogy az eljárás során nem történt fedezetelvonás. A rendelkezésre álló anyagi fedezet és annak esetleges változásának vizsgálata az eljárás során kiemelten fontos, hiszen amennyiben az eljárás során eszközölt fedezetelvonás (pl. a bíráló bizottság a pénzügyi fedezet részben történő megvonására tekintettel az eljárás eredménytelenné nyilvánítására tesz előterjesztést – tévesen – a Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pontja alapján és a döntéshozó elfogadja az előterjesztést, vagy ha az összegezésben az eredménytelenség indokaként a beszerzés pénzügyi fedezetének megvonása került megjelölésre) következtében lesz eredménytelen az eljárás, Ajánlatkérő nem választhatja jogszerűen ezt a jogalapot.<sup>8</sup>

Az ellenőrzés során megállapítást nyert az is, hogy az eljárást megindító felhívást megküldő levél címzettjei között több olyan címzett is szerepel, akik a mellékletként benyújtott összegezés értelmében az érintett részek vonatkozásában nem voltak ajánlattevők, ugyanakkor a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja alapján az ajánlatkérő az eljárás mindazon és csak azon ajánlattevőit hívhatja meg a tárgyalásra, amelyek ajánlata nem a 73. § (1) bekezdés b) vagy d) pontja alapján volt érvénytelen. A Hatóság elnöke a hiánypótlási felhívásban kérte annak tisztázását, hogy a felhívás miért nem csupán a megelőző eljárás adott részének ajánlattevői részére került megküldésre.

A megelőző eljárás összegezésének [12. oldal V.1.4.) pontja] értelmében az egyik ajánlattevő ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés d) pontja alapján lett érvénytelen, ám az Ajánlatkérő ezen ajánlattevőt is felhívta ajánlattételre a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban. A hiánypótlási felhívásban a Hatóság elnöke kérte a Kbt. 73. § (1) bekezdés d) pontja szerinti érvénytelenségi okkal terhelt ajánlattevő felhívását tisztázni, különös

<sup>8</sup> A fedezet későbbi megvonása következtében Ajánlatkérőnek a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontja alapján kell megállapítani az eljárás eredménytelenségét, mivel az eredetileg rendelkezésre álló anyagi fedezet egészben vagy részben történő elvonása következtében a szerződés megkötésére vagy teljesítésére képtelenné válik, ekként a Kbt. 85. § (2) bekezdésének e) pontjába foglalt előfeltétel nem áll fenn.

tekintettel a jogalap vonatkozó fordulatára (az ajánlatkérő a tárgyalásra meghívja a nyílt vagy a meghívásos eljárás mindazon és csak azon ajánlattevőit, amelyek ajánlata nem a 73. § (1) bekezdés b) vagy d) pontja alapján érvénytelen).

A hiánypótlási felhívás kibocsátását követően Ajánlatkérő visszavonta az ajánlattételi felhívását.

A következő jogeset rámutat arra is, hogy a *jogalap alátámasztása során az egyes feltételek nem vegyíthetők egymással*. A jogalap feltétele, hogy minden ajánlat érvénytelen vagy minden ajánlat meghaladja a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét. Abban az esetben, ha az egyik ajánlat érvénytelen, a másik érvényes, csak a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegére tekintettel nem tud Ajánlatkérő szerződést kötni, nem alkalmazható a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja szerinti jogalap.

A HNT-00221/2019. számú ügyben az Ajánlatkérő arról tájékoztatta a Közbeszerzési Hatóságot, hogy EKR000062402019 azonosító számon uniós nyílt közbeszerzési eljárást folytatott le (megelőző eljárás) a tárgybeli szolgáltatás megrendelésére két részben, azonban az eljárás mindkét rész vonatkozásában eredménytelenül zárult. Erre tekintettel Ajánlatkérő a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja szerinti hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást kívánt lefolytatni az előzmény eljárással azonos feltételek mellett. Ajánlatkérő a tájékoztatásával egyidőben rendelkezésre bocsátotta az ajánlattételi felhívást és a közbeszerzési dokumentumokat.

Az eljáró vizsgáló a benyújtott iratok mellett az EKR publikus felületén áttekintette a megelőző eljárás rendelkezésre álló iratait: az eljárást megindító felhívást, közbeszerzési dokumentumokat, összegezését, az eljárás eredményéről szóló tájékoztató hirdetményt. Az összegezés V.1.1. pontja értelmében az eljárás 1. része vonatkozásában: „A” ajánlattevő ajánlata érvénytelen, tekintettel arra, hogy az igazolásokat határidőn túl adta be, ezért ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen. Mindezekre tekintettel Ajánlatkérő megállapította, hogy az 1. rész vonatkozásában a legjobb ár-érték arányt tartalmazó ajánlatot „B” ajánlattevő nyújtotta be. „B” ajánlattevő által megadott ajánlati ár azonban jelentősen meghaladja (kb. 2,3-szorosa) az Ajánlatkérő rendelkezésére álló fedezet összegét, melyre tekintettel a Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pontja alapján az eljárás 1. részét Ajánlatkérő eredménytelenné

nyilvánította, tekintettel arra, hogy az Ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet összege nem elegendő a szerződés megkötéséhez az értékelés alapján legkedvezőbb ajánlatot tett ajánlattevővel.

Az eljárás 2. része vonatkozásában: az „A” ajánlattevő ajánlata érvénytelen, tekintettel arra, hogy az igazolásokat határidőn túl adta be, ezért ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen. Az eljárás 2. része vonatkozásában kizárólag érvénytelen ajánlatot nyújtottak be, az eljárás 2. részét a Kbt. 75. § (1) bekezdés b) pontja alapján Ajánlatkérő eredménytelenné nyilvánította.

A Közbeszerzési Hatóság elnöke hiánypótlási felhívásban kérte annak igazolását, hogy a megelőzőleg lefolytatott nyílt eljárás mindkét része tekintetében azért lett eredménytelen az eljárás, mert *kizárólag érvénytelen ajánlatokat nyújtottak be, vagy úgy lett eredménytelen, hogy az eljárásban benyújtott minden ajánlat meghaladta az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet összegét*, és ezen feltételek fennállására tekintettel kíván ajánlatkérő a Kbt. 98. § (2) a) pontja alapján hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást lefolytatni mind az 1. rész, mind pedig a 2. rész tekintetében.

Az eljárás 1. része vonatkozásában az Ajánlatkérő nem mutatta be az érvénytelen ajánlat vonatkozásában, hogy az is meghaladta a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét, ekként nem tudta igazolni azon jogalapi feltételt, hogy minden ajánlat magasabb volt az eredetileg rendelkezésre álló anyagi fedezet összegénél. Ajánlatkérő a hiánypótlási felhívást követően az ajánlattételi felhívását visszavonta, ennek okán nem került sor hivatalbóli jogorvoslati eljárás kezdeményezésére.

A HNT-00244/2020. számú eljárás során az Ajánlatkérő arról tájékoztatta a Közbeszerzési Hatóságot, hogy előzőleg nemzeti nyílt közbeszerzési eljárást folytatott le. A megelőző eljárásban az ajánlattételi határidőig az eljárás mindegyik része (4) tekintetében érkezett ajánlat, ám a 2., 3. és a 4. részben benyújtott ajánlat a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelennek minősült. Tekintettel arra, hogy az eljárásra a 2., 3. és a 4. részek esetében kizárólag érvénytelen ajánlatok érkeztek, az eljárás – érintett részei tekintetében – a Kbt. 75. § (1) bekezdés b) pontja alapján eredménytelenül zárult. Ajánlatkérő a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban ajánlattételre a 2., 3. és a 4. részben ajánlatot tevő gazdasági szereplőket kérte fel.



A megelőző eljárás összegezése alapján megállapítható volt, hogy a 2., 3. és a 4. részben ajánlatot tevő gazdasági szereplők vonatkozásában hiánypótlási felhívás kibocsátására került sor, többek között azért, mert

- a benyújtott ajánlatokban az eredeti ajánlat nem tartalmazta az alkalmassági feltételeket teljesítő szakemberek esetében a szakember által aláírt szakmai önéletrajzot,
- az ajánlat nem tartalmazta a végzettséget igazoló okirat másolatokat, nem tartalmazta az alkalmassági feltételeket teljesítő szakemberek esetében az egyes szakemberek nyilatkozatát arról, hogy az ajánlattevő nyertessége esetén a szerződés teljesítésében személyesen részt vesznek,
- az ajánlatba csatolt referenciabemutatóból nem volt megállapítható egyértelműen az alkalmassági feltételnek való megfelelés,
- ajánlathoz csatolt, szakember tapasztalatát összefoglaló táblázat hiányos volta miatt (mivel az nem tartalmazza az ajánlati felhívás III.1.3./M.2.A) pontjában megjelölt szakember esetében a

szakmai tapasztalat bemutatását, annak kezdő és befejező dátumát év/hó bontásban, valamint ezt átszámolva hónapban, illetve a felhívás III.1.3./M2/A) pont szerinti alkalmassági feltételen (36 hó) felüli tapasztalatot hónapban).

Az összegezés tartalma szerint a hiánypótlásra felhívott ajánlattevők az előírt határidőig nem nyújtották be a hiánypótlásukat, ennél fogva - az ajánlatkérői döntés értelmében - az ajánlatok a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelenek.

A Közbeszerzési Hatóság elnöke a hiánypótlási felhívásában annak részletes bemutatását kérte, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás jogalapjaként hivatkozott megelőző eljárás érvénytelen ajánlatai mely okból lettek érvénytelenek a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján, illetve miért nem annak d) vagy b) pontja alapján kerültek érvénytelenítésre. A Közbeszerzési Hatóság elnöke a hiánypótlási felhívásában kiemelte, hogy a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontjának alkalmazására csak abban az esetben van lehetőség, amennyiben Ajánlatkérő a tárgyalásra a nyílt vagy a meghívásos eljárás mindazon és csak azon ajánlattevőit hívja meg, akik ajánlata nem az ajánlattevő eljárásból

való kizárása, vagy annak okán lett érvénytelen, hogy ajánlattevő nem felelt meg a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelményeknek, vagy nem igazolta megfelelően a követelményeknek való megfelelést.

Ajánlatkérő a hiánypótlási felhívást követően az ajánlatvételi felhívását visszavonta, ennek okán nem került sor hivatalbóli jogorvoslati eljárás kezdeményezésére.

A fentiekben részletezett jogeset alapján látható, hogy a törvényességi ellenőrzés - a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) és b) pontja szerinti jogalapok tekintetében - kiterjed a megelőző eljárás iratainak teljeskörű vizsgálatára, ekként az érvénytelenségi okok feltárására is. Ajánlatkérőnek az összegezésben valamennyi releváns érvénytelenségi okot fel kell tüntetnie, mely objektív kötelezettség elmaradása a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás jogalapjának megalapozatlanságához vezethet.

#### A tájékoztatási kötelezettség megsértése

A **D.68/12/2020.** számú jogorvoslati eljárás előzményeként kiemelem, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások ellenőrzését végző vizsgálok ellenőrzési gyakorlata az EKR felületén elérhető eljárások alkalmankénti ellenőrzésére is kiterjed. Ekként szerzett tudomást a Hatóság elnöke arról, hogy Ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást indított képzési szolgáltatások tárgyban, melyről elmulasztotta értesíteni a Közbeszerzési Hatóság elnökét.

Minthogy a Kbt. 103. § (1) bekezdés szerinti tájékoztatás nem érkezett be az EKR-en keresztül a Hatóság szakrendszerébe, a hivatalbóli kezdeményező nem tudta megvizsgálni a jogalapi követelmények fennállását, ugyanakkor az EKR adatai alapján feltételezhető volt, hogy nem áll fenn a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja szerinti jogalap. Ajánlatkérő a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontjára figyelemmel a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja alapján kezdeményezett hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást arra hivatkozással, hogy az általa korábban lefolytatott Kbt. 113. § szerinti nyílt eljárás (a továbbiakban: megelőző eljárás) 1. része azért lett eredménytelen, mert a megelőző eljárásban benyújtott egyetlen érvényes ajánlat meghaladta a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét. A megelőző eljárás EKR-ben elérhető összegezése szerint az eljárás 1. részére három ajánlat érkezett, amelyekből két ajánlatot érvénytelenné nyilvánított az Ajánlatkérő, a harmadik

ajánlat pedig érvényes volt, de az meghaladta a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét.

Az EKR felületén rendelkezésre álló iratokból megállapítható volt tehát, hogy nem áll fenn az az eset, hogy kizárólag érvénytelen ajánlatot nyújtottak be, illetve az sem volt megállapítható egyértelműen, hogy a megelőző eljárásban benyújtott minden ajánlat meghaladta a rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét.

További jogsértést valósított meg Ajánlatkérő a tájékoztatási kötelezettség elmulasztásával. Ajánlatkérő a Kbt. 103. § (1) bekezdése szerinti tájékoztatási kötelezettségének az eljárás megindítása napján nem tett eleget, valamint nem tett eleget a Kbt. 103. § (6) bekezdésében meghatározott kötelezettségének sem. Ajánlatkérő azaz, hogy nem gondoskodott a nyilvánosság és átláthatóság biztosításáról, megsértette a Kbt. 103. § (6) bekezdésében foglaltakat.

A Közbeszerzési Hatóság elnöke hivatalbóli jogorvoslati eljárást kezdeményezett a fentiekben részletezett jogsértések miatt, mely jogorvoslati eljárás eredményeként a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontjára tekintettel a Kbt. 103. § (1) és (6) bekezdését, valamint a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontját.

A 98. § (2) a) pontja szerinti jogalap tekintetében a Döntőbizottság hangsúlyozta, hogy ezen rendelkezés *több konjunktív feltétel együttes teljesítéséhez* köti az eljárásfajta alkalmazását, melyek:

- a megelőző eljárás eredménytelensége;
- mely eredménytelenség kizárólag a törvény által meghatározott okon alapulhat;
- a törvény által megkívtant meghatározott fajtájú megelőző eljárás lefolytatása;
- mely eljárás feltételei időközben lényegesen nem változtak meg;
- az eljárásban kizárólag a törvény által meghatározott ajánlattevői kör részvételének igénye.

*Megállapítást nyert: nem elegendő, hogy kizárólag a legkedvezőbb ajánlat haladja meg az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet mértékét, ezen feltételnek valamennyi ajánlat tekintetében fenn kell állnia, így az érvénytelenné nyilvánított ajánlatok tekintetében is. Egyetlen egy ajánlat pénzügyi teljesíthetősége már önmagában kizárja a tárgyalásos eljárás alkalmazhatóságát.*

A jogorvoslati eljárásban az eljáró tanács valamennyi jogalapi feltétel fennállását megvizsgálta, melynek eredményeként megállapította, hogy jogsértően járt el ajánlatkérő, amikor a tárgyi eljárásában egyetlen gazdasági szereplőt hívott fel ajánlattételre, mégpedig a megelőző eljárás egyetlen érvényes ajánlattevőjét. Az ajánlatkérőnek lehetővé kell tenni mindazon gazdasági szereplők részére a részvételt, akik a megelőző eljárásban ajánlatot nyújtottak be, mely kötelezettségétől az ajánlatkérő kizárólag abban az esetben mentesül, amennyiben az ajánlattevő ajánlata a Kbt. 73. § (1) bekezdés b) vagy d) pontja szerint lett érvénytelen és ajánlata – adott esetben a hiánypótlást követően – nem felelt meg az előírt formai követelményeknek. A Döntőbizottság megvizsgálta az eljárás iratait és megállapította, hogy a megelőző eljárásban az ajánlatok érvénytelenségét nem az eljárásból való kizárás és nem a nem megfelelően igazolt, vagy nem igazolt alkalmassági követelményeknek való megfelelés okozta. Ennek ellenére azonban ajánlatkérő kizárólag az érvényes ajánlatot benyújtó ajánlattevőt hívta fel ajánlattételre.

Mindezek együttes értékeléseként megállapítható volt, hogy a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontjának utolsó fordulatában foglaltak sem teljesültek.

### **Az eljárás feltételei időközben lényegesen nem változhatnak meg**

A Kbt. 98. § (2) bekezdésének a) és b) pontja alkalmazhatóságát megalapozó feltételek közül a legkritikusabb annak igazolása, hogy *az eljárás feltételei időközben lényegesen nem változtak meg*. Hiánypótlási felhívás kibocsátására legtöbbször amiatt kerül sor, hogy az Ajánlatkérők a korábban lefolytatott eljárás feltételeihez képest változtatnak az ajánlattételi felhívás és közbeszerzési dokumentumok feltételein.

A Közbeszerzési Hatóság törvényességi ellenőrzése során a megelőző eljárás csaknem teljes iratanyagát is ellenőrzés alá vonja annak megállapítása érdekében, hogy *a közbeszerzési eljárás feltételei időközben lényegesen nem változtak meg*. Az „*eljárás feltételei*” kapcsán a Kbt. nem állapít meg szűkítő megszorítást, így bármely feltétel – amennyiben lényegesen változik – alapul szolgálhat arra, hogy kizárja a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazását. A Kbt. sem a feltétel, sem a lényeges feltétel fogalmát, sem pedig a feltételek lényeges megváltozásának körét nem határozza meg,

ezt az összes körülmény figyelembe vételével kell megállapítani.

A hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás azon követelményével, hogy a közbeszerzés feltételei időközben lényegesen nem változhatnak meg, szoros összefüggésben van azon előírás, hogy a tárgyalás során a közbeszerzés tárgya és feltételei nem változhatnak meg úgy, hogy

- a változás már eleve nem tette volna lehetővé a jogalap alkalmazását,
- valamelyik ajánlattevő ne tudjon ajánlatot tenni,
- az értékelés szempontjai vagy módszere változna.<sup>9</sup>

A joggyakorlat szerint lényeges változásnak tekinthető az, ha a beszerzés tárgya és egyéb feltételek, ezek között pl. az alkalmasság feltételei olyan mértékben módosulnak, amelyeknek ismerete alapvetően befolyásolhatta volna az érdekelt gazdasági szereplők arra vonatkozó döntését, hogy a közbeszerzési eljárásban tudnak-e indulni.<sup>10</sup>

A Közbeszerzési Hatóság szerint lényeges változást eszközölt a közbeszerzés feltételeiben az Ajánlatkérő a **HNT-00009/2018.** számú eljárásban. Ajánlatkérő arról tájékoztatta a Hatóság elnökét, hogy 2017. december 11. napján nyílt eljárást indított. A megelőző eljárásban egy ajánlattevő nyújtott be ajánlatot, melynek ajánlata az összegezés értelmében a Kbt. 73. § (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen lett, az eljárás a Kbt. 75. § (1) bekezdés b) pontja alapján eredménytelenül zárult. Ajánlatkérő álláspontja szerint a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontjában foglalt feltételek maradéktalanul teljesülnek, ekként hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást indított, melyre a megelőző eljárás egyetlen ajánlattevőjét hívta meg.

A megelőző eljárás és a vizsgálat tárgyát képező eljárás iratanyagát összevetve az eljáró vizsgáló megállapította, hogy az ajánlatkérő a korábbi eljárásban a *részvétel jogát fenntartotta* a Kbt. 114. § (11) bekezdése alapján, mely előírás a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás felhívásában már nem szerepelt. Ezen túlmenően

a felhívás több ponton pontosításra szorult (ezek nem érintették alapvetően a jogalapot), így a Közbeszerzési Hatóság elnöke hiánypótlási felhívást bocsátott ki. A hiánypótlási felhívásban – többek között – arra hívta fel az ajánlatkérő figyelmét, hogy „...az érintett közbeszerzési eljárás becsült értékére tekintettel a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban a Kbt. 114. § (11) bekezdése alkalmazható lenne, azonban erre vonatkozó rendelkezést az ajánlattételi felhívás nem tartalmaz. Kérem, hogy szíveskedjen dokumentumokkal alátámasztani, hogy az a tény, hogy az ajánlatkérő a korábbi eljárásban rögzítette a Kbt. 114. § (11) bekezdésének alkalmazását, majd a hiánypótlási felhívással érintett közbeszerzési eljárásból mellőzte azt, miért nem tekinthető a közbeszerzés feltételei lényeges megváltozásának, vagy szíveskedjen kiegészíteni az ajánlattételi felhívást a Kbt. 114. § (11) bekezdésének alkalmazására vonatkozó rendelkezéssel.”

Ajánlatkérő nem teljesítette a hiánypótlási felhívást, egyúttal az ajánlattételi felhívását visszavonta.

A **HNT-00148/2018.** számú ellenőrzés során Ajánlatkérő előadta, hogy korábban (2018. 04. 14. napján) a Kbt. 117. §-a alapján a Kbt. Második Részben foglalt szabályok által nem kötött, önálló eljárási szabályok kialakításával nyílt eljárást indított. Az ajánlattételi határidő 2018. május 07. nap 10 óra 00 percben került meghatározásra, mely ajánlattételi határidő lejártáig Ajánlatkérőhöz nem érkezett be ajánlat. Mindezekre tekintettel Ajánlatkérő a bírálóbizottság javaslata alapján az eljárás eredménytelenségéről, valamint új eljárás lefolytatásáról döntött.

A megelőző eljárás és a tárgybani eljárás dokumentumait áttekintve a Hatóság elnöke hiánypótlási felhívásban annak indokait kérte Ajánlatkérőtől, hogy az ajánlattételi felhívás II.2.5) pontjában miért kerültek módosításra az értékelési szempontokhoz tartozó *súlyszámok*<sup>11</sup> az alapeljárást megindító felhívásban foglaltakhoz képest, valamint a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás ajánlattételi felhívásában miért tekintett el Ajánlatkérő az *ajánlati biztosíték* nyújtásától. Továbbá a hiánypótlási felhívás részletesen indoklást kért atekintetben, hogy a *Kbt. 117. §-a alapján, önálló eljárási*

<sup>9</sup> D.1012/8/2016.

<sup>10</sup> D.376/5/2015.

<sup>11</sup> A Kbt. a lényeges változás tekintetében nem ad tételes meghatározást, ezért annak eldöntése mindig az adott közbeszerzési eljárás összes körülményeinek mérlegelésétől függ. A Közbeszerzési Döntőbizottság következetes – D.553/10/2010. számú határozatában is megnyilvánuló – gyakorlata szerint mindig lényeges változásnak tekintendő a súlyszám változása.

szabályok kialakításával lefolytatott, tárgyalásokat is magában foglaló eljárásfajta miként felel meg a Kbt. kógens előírásai szerinti nyílt eljárásfajtanak.

Ajánlatkérő az eljárás ajánlattételi felhívását az EKR-ben visszavonta.

A **HNT-00204/2018.** számú törvényességi ellenőrzés alkalmával Ajánlatkérő bemutatta, hogy 2018. március 31. napján „élelmiszer alapanyag beszerzés adásvételi szerződés keretében” tárgyú nyílt eljárást indított. Az eljárás 6. és 7. része eredménytelenül zárult tekintettel arra, hogy a 6. rész vonatkozásában kizárólag érvénytelen ajánlatot nyújtottak be és fennálltak a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontjában foglalt feltételek, valamint az eljárás 7. része vonatkozásában nem nyújtottak be ajánlatot, és teljesültek a Kbt. 98. § (2) bekezdés b) pontjában foglalt feltételek. Ajánlatkérő álláspontja szerint a közbeszerzés feltételei lényegesen nem változtak meg. A Közbeszerzési Hatóság elnöke hiánypótlásra hívta fel az ajánlatkérőt, melyben tájékoztatást kért arra vonatkozóan, hogy az alapeljáráshoz tartozó felhívás III. pontjában előírásra kerültek *alkalmassági szempontok*, míg a vizsgálat tárgyát képező eljárás 14. pontja szerint nem kerültek előírásra *alkalmassági szempontok*. Ezen túlmenően a *kizáró okok* tekintetében sem egyeztek az alapeljárás, illetve a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás felhívásában rögzített előírások. Ajánlatkérő nem teljesítette a hiánypótlást, nem tisztázta az ellentmondást, és az ajánlattételi felhívás visszavonása mellett döntött.

A **HNT-00208/2018.** számú ellenőrzés során az Ajánlatkérő arról tájékoztatta a Közbeszerzési Hatóság elnökét, hogy a korábbi eljárás részeként kiírt Egységes betegazonosító rendszer beszerzése eredménytelen lett, melyre tekintettel e tárgy vonatkozásában új eljárást kíván lefolytatni hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás keretében, az alábbi indokokra tekintettel. Ajánlatkérő a Kbt. 81. § szerinti uniós értékhatárt elérő, nyílt közbeszerzési eljárást folytatott le öt részben, melynek 4. és 5. része eredménytelen lett. A két korábbi eljárási részt (amelyek a nyílt eljárás során eredménytelenek lettek) a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás felhívásában egyesítette Ajánlatkérő. Az említett részeknél – a korábbi eljárásban – a közbeszerzés mennyisége, az értékelési szempontrendszer, valamint az alkalmassági

feltételek önállóan kerültek meghatározásra, ezért a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban ezen feltételek eltértek a korábbi nyílt eljárás felhívásában, valamint a nyílt eljárás korrigendumában foglaltaktól. A hiánypótlási felhívásban ezen ellentmondások tisztázását kérte a Hatóság elnöke a következők szerint:

*„Az előzményeljárás során közzétett korrigendum hirdetményhez képest, az előírt 4. rész (Egységes betegazonosítási rendszer beszerzése) és 5. rész (Egységes betegazonosítási rendszer – HIS integráció) helyett, jelen eljárásban miért nem 1. és 2. rész szerinti bontásban került meghatározásra a beszerzés tárgya. Ennek kapcsán tájékoztatom, hogy lényeges változásnak tekintendő a részekre történő ajánlattétel lehetőségének megváltoztatása. Kérem részletesen mutassa be, hogy jelen eljárásban miért határozott meg eltérő értékelési szempontrendszert az előzményeljáráshoz.”*

Ajánlatkérő - hiánypótlás során előadott - álláspontja szerint az előzményi eljárás 4. és 5. részei csak egymással összefüggésben kezelhetők, ugyanis önállóan egyik rész sem működőképes. Ajánlatkérő a hiánypótlásában megerősítette, hogy az előzményeljárás 4. és 5. része vonatkozásában folytatja le a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást, továbbá úgy nyilatkozott, hogy az előzmény eljárás 4. része a Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pontja alapján került eredménytelenné nyilvánításra, mivel az összes ajánlat meghaladta a rendelkezésre álló pénzügyi fedezet összegét. Az előzményi közbeszerzési eljárás összegezése szerint az 5. rész a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjára hivatkozással került eredménytelenné nyilvánításra, mivel a szerződés megkötésére, teljesítésére az ajánlatkérő képtelenné vált. Ajánlatkérő előadta továbbá, hogy annak érdekében, hogy a műszaki tartalom is megfelelő súllyal szerepeljen az értékelési szempontrendszerben, szükséges volt módosítania azt.

A Közbeszerzési Hatóság elnöke a Kbt. 153. § (1) bekezdés d) pontja alapján benyújtott és a jogorvoslati eljárás<sup>12</sup> során pontosított kezdeményezésében annak megállapítását kérte, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontját. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a jogalap alkalmazhatóságának egyik feltétele, hogy a korábbi eredménytelen közbeszerzési eljárásban közölt feltételeket az ajánlatkérő lényegesen ne változtassa meg, ezzel szemben az

<sup>12</sup> D.317/11/2018. számú határozat.



ajánlatkérő jelen hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban megváltoztatta az értékelési szempontrendszer az előzményeljáráshoz képest. A döntőbizottsági gyakorlat azma értékelési súlyszám változását lényegesnek tekinti. Kifejtette továbbá, hogy az „eljárás feltételei” kapcsán a Kbt. nem állapít meg szűkítő megszorítást, így bármely feltétel – amennyiben lényegesen változik – alapul szolgálhat arra, hogy kizárja a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alkalmazását. Az ajánlatkérő az előzményeljárásban biztosította a részajánlattétel lehetőségét, mely részek a közbeszerzési eljárás keretében önálló egységnek minősülnek, ennek megfelelően minden egyes rész tekintetében önálló műszaki tartalom jelenik meg. Az a tény, hogy a tárgyi hirdetmény nélküli eljárásban az előzmény-eljárás 4. és 5. részei egyesítésre kerültek, a műszaki tartalom lényeges megváltoztatását is eredményezték. A kezdeményező indítványozta továbbá az előzményeljárás két érintett részében, valamint a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban közölt műszaki feltételek összehasonlítását és annak megállapítását is, hogy a műszaki tartalom lényeges változáson ment keresztül.

A hivatalbóli kezdeményező szerint az ajánlatkérő az előzmény-eljárás 5. része tekintetében nem alkalmazhatta volna a Kbt. 98. § (2) bekezdésének a) pontját, mivel nem a Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pontjára hivatkozva nyilvánította eredménytelené az eljárást, hanem a szerződés megkötésére, teljesítésére képtelenné válása miatt, a Kbt. 75. § (2) bekezdés a) pontjára hivatkozott. Tekintettel arra, hogy az ajánlattételi felhívásban foglaltak alapján, valamint ajánlatkérő nyilatkozata szerint az előzményeljárás 5. része is jelen eljárás részét képezi, ezért a Kbt. 85. § (2) bekezdés e) pontjában támasztott előfeltételek nem állnak fenn. A hivatkozott jogsértés továbbá azért is fennáll, mert az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás feltételeit lényegesen megváltoztatta a részajánlattétel kizárásával, valamint a súlyszámok és a műszaki tartalom megváltoztatásával.

A Döntőbizottság álláspontja szerint tehát amennyiben az ajánlatkérő nyílt eljárásban a felhívás lényeges elemeként, tartalmaként lehetővé teszi a *részekre történő ajánlattételt*, illetve egy bizonyos *értékelési szempontrendszer* – szempontokat, súlyszámokat – meghatároz, ezek a közbeszerzés lényeges feltételeivé válnak. Önmagában ezért az is a nyílt közbeszerzés eljárás lényeges feltételei megváltozását eredményezi, ha az ajánlatkérő a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja szerinti hirdetmény nélküli

tárgyalásos eljárásban nem biztosítja a részekre történő ajánlattételt, holott ez a lehetőség a nyílt eljárásban fennállt, illetve, ha az értékelési szempontrendszer – szempontokat, súlyszámokat – megváltoztatja. Ez akkor is így van – mint a jelen esetben, – ha a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás az előzményeljárás mindkét eredménytelennek minősülő részében nem megvalósított beszerzésre irányul. Lényeges, az ajánlattevők döntését, ezzel a piaci verseny korlátozását eredményező változás, hogy az előzményeljárásban volt lehetőség részenként ajánlatot benyújtani, míg a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban nem. Az értékelési szempontrendszer továbbá azért is lényeges eleme a közbeszerzési eljárásnak, mert az ajánlatkérő által végzett értékelési folyamat végső soron az egész közbeszerzési eljárás eredményére kihat, befolyásolja az ajánlattevők ajánlatkészítési stratégiáját: azzal, hogy az ajánlatkérő a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban az előzményeljárásban foglaltakhoz képest az egyik értékelési részszerzőpontot – ajánlati árat – kiemelte, számára nagyobb jelentőséget tulajdonított, a közbeszerzés feltételeinek jelentős módosítását valósította meg.

A Döntőbizottság álláspontja szerint továbbá a közbeszerzés feltételei lényeges megváltozásának tekinthető az ajánlatkérő által a jogorvoslati eljárás során jelzett két *műszaki tartalomra*, illetve annak *megfelelőségi igazolására vonatkozó feltétel elhagyása is*. Lényeges változásnak minősül, hogy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban már olyan eszköz is megajánlható volt, amely a nyílt eljárásban előírt feltételnek nem felel meg. Ugyanez elmondható a műszaki megfelelelőségi igazolásra is: az ajánlattevők annak ismeretében tehetek ajánlatot a nyílt eljárásban, hogy a termék megfelelelőségét igazolniuk kell, amely követelmény egyértelmű könnyítés a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban ajánlattételre felhívott ajánlattevők részére.

A Döntőbizottság a rendelkezésére álló tényállás alapján megállította, hogy a Kbt. 98. § (2) bekezdés a) pontja szerinti hirdetmény nélküli tárgyalásos közbeszerzési eljárás egyik konjunktív feltétele – az előzmény-közbeszerzési eljárás feltételei időközben lényegesen nem változhatnak meg – nem állt fenn.

### Záró gondolatok

A megelőző eljárásra alapított hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások éves szinten a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások közel 10 %-át teszik ki, így nem

számottevő az előfordulásuk (messze elmarad a Kbt. 98. § (2) bekezdés c) pontjára hivatkozással indított eljárásoktól). Kedvező természetüknél fogva - indításukat nyílt verseny előzte meg, objektív tények határozzák meg a feltételrendszerét - kevesebb kockázatot hordoznak és a megítélésük összességében kevesebb

problémát vet fel a törvényességi ellenőrzést végző vizsgáló számára. Hangsúlyozni szükséges ugyanakkor, hogy a törvényi feltételek maradéktalan és együttes fennállása esetén lehet sikeres ezen jogalapra alapított hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások lefolytatása.