

KÖZBESZERZÉSI IRÁNYTÚ

Gondolatok a Tanács (EU) 2022/576 rendeletéről (2022. április 8.)
Reflections on Council Regulation (EU) 2022/576 of 8 April 2022

Dr. Fazekas Szilvia LL.M, felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó, közbeszerzési menedzser

DOI: 10.37371/KEP.2022.8.3

Címszavak: közbeszerzés, jogalkalmazás, uniós joggyakorlat, háború, szankció

Absztrakt

A cikk célja néhány olyan témakör tárgyalása, a teljesség igénye nélkül, amely témakörök kérdéseket vehetnek fel a jogalkalmazókban a Tanács (EU) 2022/576 rendeletének alkalmazásával összefüggésben.

Abstract

The aim of this article is to discuss, without claiming to be exhaustive, a number of issues that may raise questions for practitioners in the context of the application of Council Regulation (EU) 2022/576.

Bevezető gondolatok

A Tanács (EU) 2022/576 rendelete (2022. április 8.) az ukrajnai helyzetet destabilizáló orosz intézkedések miatt hozott korlátozó intézkedésekről szóló 833/2014/EU rendelet módosításáról (továbbiakban: Rendelet) jelentősen érinti a közbeszerzés (és egyes kivételi körök) útján megvalósuló beszerzéseket.

A Rendelet azonnali hatálybalépése, a közvetlen alkalmazásból eredő átültetés hiánya, a rövid és tömör megfogalmazás, a részletszabályok hiánya, a magyar közbeszerzési terminológiától eltérő szóhasználat miatt számos kérdés felmerülhet a jogalkalmazókban a Rendelet helyes alkalmazását illetően.

A cikk néhány témakör felvetésével közös gondolkodásra hív, megpróbál válaszokat találni a jogalkalmazókban nagy valószínűséggel felmerülő kérdésekre, számba veszi azokat a lehetőségeket, amelyeket a közbeszerzési jogszabályok biztosítanak és azokat a kötelezettségeket, amelynek betartását elvárják, végül megoldások felvázolásával megpróbálja lemodellezni az egyes helyzeteket, a teljesség igénye nélkül és annak tudatában, hogy a leírtak túrik a vitát. A cikk első része a Rendelet személyi, tárgyi és időbeli hatályával, a tiltott cselekmények és a tilalom értelmezésével foglalkozik, a

cikk második része pedig az eljárási cselekmények áttekintésével közelíti meg a témakört.

A cikk támaszkodik a Miniszterelnökség 2022. május 9-i közleményében foglaltakra az orosz-ukrán háború miatt a közbeszerzéseket érintő uniós szankciókról.¹

A Rendelet 5k. cikk (1)-(2) bekezdése alapján

„(1) Tilos a közbeszerzési irányelvek, valamint a 2014/23/EU irányelv 10. cikke (1) és (3) bekezdésének, (6) bekezdése a)–e) pontjának, (8), (9) és (10) bekezdésének, 11., 12., 13. és 14. cikkének, a 2014/24/EU irányelv 7. és 8. cikkének, 10. cikke b)–f) és h)–j) pontjának, a 2014/25/EU irányelv 18. cikkének, 21. cikke b)–e) és g)–i) pontjának, 29. és 30. cikkének, valamint a 2009/81/EK irányelv 13. cikke a)–d), f)–h) és j) pontjának hatálya alá tartozó bármely közbeszerzési szerződés vagy koncessziós szerződés odaítélése a következők részére vagy az ilyen szerződések teljesítésének folytatása a következőkkel:

- orosz állampolgár, vagy oroszországi székhelyű természetes vagy jogi személy, szervezet vagy szerv;
- olyan jogi személy, szervezet vagy szerv, amely tulajdonosi jogainak több mint 50 %-ával közvetlenül vagy közvetve az e bekezdés a) pontjában említett valamely szervezet rendelkezik; vagy

¹ <https://www.kozbeszerzes.hu/hirek/a-miniszterelnokseg-kozlemenye-az-orosz-ukran-haboru-miatt-a-kozbeszerzeseket-erinto-unios-szankciokrrol/>

- c) olyan természetes vagy jogi személy, szervezet vagy szerv, amely az e bekezdés a) vagy b) pontjában említett valamely szervezet nevében vagy irányítása szerint jár el;

ideértve a szerződés értékének több mint 10 %-át kitevő alvállalkozókat, szállítókat vagy szervezeteket, amelyeknek a kapacitásait a közbeszerzési irányelvek értelmében igénybe veszik.

(2) Az (1) bekezdéstől eltérve, a hatáskörrel rendelkező hatóságok lehetővé tehetik olyan szerződések odaítélését és teljesítésének folytatását, amelyek célja:

- a) az atomenergia polgári célú felhasználása tekintetében meglévő képességek működtetése, karbantartása, leszerelése és radioaktív hulladék-gazdálkodása, fűtőanyag-ellátása és fűtőanyag-utókezelése, valamint biztonsága, továbbá a polgári célú nukleáris létesítmények befejezéséhez szükséges tervezés, építés és megbízások folytatása, valamint prekursor anyagok szállítása orvosi radioizotópok előállításához és hasonló gyógyászati alkalmazásokhoz, környezeti sugárzási helyzet ellenőrzését szolgáló kritikus technológia, továbbá a polgári célú nukleáris együttműködés, különösen a kutatás és fejlesztés területén;
- b) az űrprogramok keretében való kormányközi együttműködés;
- c) olyan, feltétlenül szükséges termékek vagy szolgáltatások nyújtása, amelyek csak az (1) bekezdésben említett személyek által, illetve amelyek elegendő mennyiségben csak e személyek által nyújthatók;
- d) az Unió és a tagállamok Oroszországban található diplomáciai és konzuli képviseleteinek működése, ideértve a küldöttségeket, nagykövetségeket és missziókat, vagy a nemzetközi joggal összhangban mentességet élvező, Oroszországban található nemzetközi szervezetek működése;

- e) földgáz és kőolaj – többek között finomított kőolajtermékek –, valamint titán, alumínium, réz, nikkel, palládium és vasérc megvásárlása, behozatala vagy szállítása Oroszországból vagy Oroszországon keresztül az Unióba; vagy

- f) a XXII. mellékletben felsorolt szén és egyéb szilárd fosszilis tüzelőanyagok megvásárlása, behozatala vagy szállítása az Unióba 2022. augusztus 10-ig.

(3) Az érintett tagállam az e cikk alapján megadott bármely engedélyről az engedély megadását követő két héten belül tájékoztatja a többi tagállamot és a Bizottságot.

(4) Az (1) bekezdésben foglalt tilalmak nem alkalmazandók a 2022. április 9. előtt kötött szerződéseknek a 2022. október 10-ig történő teljesítésére.”

Rendelet alkalmazásával összefüggő kérdések

Az adott szerződéskötési folyamat Rendelet hatálya alá tartozásának megállapítása érdekében több feltétel együttes vizsgálata szükséges: egyrészt a szerződés megkötésére milyen eljárás keretében került sor (tárgyi hatály), a Rendeletben foglalt szankciók mely személyi körre érvényesítendőek (személyi hatály) és az adott beszerzési folyamat időtényezői hogyan alakulnak (időbeli hatály).

Tárgyi hatály

A Rendelet a tárgyi hatályt illetően azt mondja ki, hogy a közbeszerzési irányelvek, valamint a 2014/23/EU irányelv 10. cikke (1) és (3) bekezdésének, (6) bekezdése a)–e) pontjának, (8), (9) és (10) bekezdésének, 11., 12., 13. és 14. cikkének, a 2014/24/EU irányelv 7. és 8. cikkének, 10. cikke b)–f) és h)–j) pontjának, a 2014/25/EU irányelv 18. cikkének, 21. cikke b)–e) és g)–i) pontjának, 29. és 30. cikkének, valamint a 2009/81/EK irányelv 13. cikke a)–d), f–h) és j) pontjának hatálya alá tartozó bármely köz-

beszerzési szerződés vagy koncessziós szerződés odaítélése tilos a tilalommal érintett személyek szervezetek részére és tilos az ilyen szerződések teljesítésének folytatása. A Rendelet 1. cikk 1. pontja nevesíti a közbeszerzési irányelveket, idetartozik a 2014/23/EU², a 2014/24/EU³, a 2014/25/EU⁴ és a 2009/81/EK⁵ európai parlamenti és tanácsi irányelv (továbbiakban együttesen: közbeszerzési irányelvek). A magyar jogalkalmazás esetében ez a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvényt (továbbiakban: Kbt.), illetve a védelmi és biztonsági célú beszerzésekről szóló 2016. évi XXX. törvényt és azok végrehajtási rendeleteit érinti. A Rendelet ugyanakkor nem rendelkezik azoknak a szerződéseknek a tárgyi hatály alá kerüléséről, amelyek a korábbi irányelvek hatálya alá tartoznak és a szerződés teljesítése még folyamatban van, ami egy koncessziós beszerzés vagy egy többéves keretmegállapodás esetében akár valós kérdés is lehet.

Külön figyelemfelhívással kell élni a tekintetben, hogy a Rendelet a közbeszerzési irányelvekben nevesített egyes kivételi körök alkalmazásával megvalósított beszerzésekre is alkalmazandó, azaz nem kizárólag közbeszerzés útján megkötött szerződésekre. A Rendelet azonban nem az összes, közbeszerzési irányelvek alóli kivételi kör tekintetében kell alkalmazni, továbbá a közbeszerzési, a koncessziós és a védelmi beszerzések esetében nem feltétlenül azonos kivételi körökre történik hivatkozás. A Rendelet a tárgyi hatály tekintetében a „közbeszerzési szerződés” és „koncessziós szerződés” elnevezést használja, amely a kivételi körök útján kötött szerződések esetében nem alkalmazandó, de értelemszerűen a kivételi körök eredményeként megkötött szerződést is ide kell érteni. A „koncessziós szerződés” kifejezés a magyar közbeszerzési terminológiában a koncessziós beszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződésre vonatkozik. A cikk a továbbiakban együttesen a „szerződés” kifejezést alkalmazza.

A Rendelet a tárgyi hatály kérdéskörét nem a becsült érték oldaláról közelíti meg, miszerint a beszerzés értéke – a részekre bontás tilalmát figyelembevéve – eléri-e az uniós értékhatárt, hanem abból a szempontból, hogy az adott szerződés megkötése ezen közbeszerzési irányelvek hatálya alá, a nevesített kivételi körök közé tartozott-e, tartozik-e. E megfogalmazás eredményeként a becsült érték nagyságának vizsgálata mellett szükséges elvégezni az irányelv hatálya alá tartozás szempontjából lényeges többi körülmény vizsgálatát is, nevezetesen az alanyi hatály (ajánlatkérőnek minősülés), a tárgyi hatály (beszerzési tárgynak minősülés), a közbeszerzési szerződés fogalmi elemeinek teljesülése. De akár az is előfordulhat, hogy uniós értékhatárt elérő értékű beszerzések esetében nem a közbeszerzési irányelveket, nevesített kivételi köröket kellett alkalmazni. Ezért javasolt a Rendelet tárgyi hatályát ebből a szempontból is megvizsgálni, és nem automatikusan a becsült érték alapján dönteni.

A keretmegállapodást és a dinamikus beszerzési rendszert illetően még egy gondolat merülhet fel: amennyiben a keretmegállapodás megkötésére, a dinamikus beszerzési rendszer felállítására a közbeszerzési irányelvek alkalmazásával került sor, akkor az egyes egyedi beszerzések mindegyike esetében – értéktől függetlenül – alkalmazni kell-e a Rendeletet. Kérdésként merül fel az is, hogy a Rendelet hatálya alá tartozás megítélése érdekében a szerződés becsült értékére vonatkozó vizsgálati kötelezettség melyik szerződésre vonatkozik: keretmegállapodás beszerzési technika esetén vajon a keretmegállapodás értékét vagy az egyedi szerződések, megrendelések értékét, dinamikus beszerzési rendszer esetén a szerződések összességének értékét vagy az egyes szerződések értékét kell figyelembe venni. Véleményem szerint nem választhatóak szét a sajátos beszerzési technikák egyes szakaszai. Ha a keretmegállapodás megkötésére és a dinamikus beszerzési rendszer felállítására alkalmazni kellett a közbe-

² Az Európai Parlament és a Tanács 2014/23/EU irányelve (2014. február 26.) a koncessziós szerződésekről.

³ Az Európai Parlament és a Tanács 2014/24/EU irányelve (2014. február 26.) a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről.

⁴ 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.

⁵ 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.

szerzési irányelveket, azaz a beszerzésre irányadóak a közbeszerzési irányelvek, akkor az egyedi szerzési igény kielégítésének a megvalósítási módja (akár írásbeli konzultáció, akár versenyújranyítás, akár megrendelés, akár ajánlattételre felkérés) is a hatálya alá tartozik. Egyrészt a Kbt. nem teszi lehetővé az eljárási típus menet közbeni megváltoztatását (dinamikus beszerzési rendszer a meghívásos eljárás alapul), másrészt az egyes egyedi beszerzések csak a szerzési igény kielégítésének megvalósítási módjai, de nem önálló közbeszerzési eljárások.

Személyi hatály

A Rendelet alapján a szerződés nem ítéhető oda, a szerződés teljesítése nem folytatható a következőkkel:

- a) orosz állampolgár, vagy oroszországi székhelyű természetes vagy jogi személy, szervezet vagy szerv, vagy
- b) olyan jogi személy, szervezet vagy szerv, amely tulajdonosi jogainak több mint 50 %-ával közvetlenül vagy közvetve az e bekezdés a) pontjában említett valamely szervezet rendelkezik; vagy
- c) olyan természetes vagy jogi személy, szervezet vagy szerv, amely az a) vagy b) pontban említett valamely szervezet nevében vagy irányítása szerint jár el.

A tilalom tartalma tehát az „orosz érintettség”, az állampolgárság, a székhely, a tulajdonosi jogok és a képviselői/irányítási szempontok vizsgálatára irányul.

Az első kérdés, ami felmerülhet, a székhely kifejezés; miszerint a természetes személyek esetében jobban értelmezhető „lakhely”, illetve a székhely mellett előforduló „telephely, fióktelep”, ide értendő-e. Példálózó jelleggel, az angol, német, francia és még pár más tagállam szövegéből⁶ az Oroszországban „letelepedett” kifejezés jobban kiolvasható, amely jogi értelemben mást jelent, és jóval többet jelent, mint egy székhellyel rendelkezés, és amely így jóval alkalmasabb a szankcionálási cél érvényesítésére. De ugyanígy értelmezésre

vár a „tulajdonosi jog” tartalma, aminek a több mint 50%-ával rendelkezést kell figyelembe venni: vajon ez nem egyszerűen a tulajdoni hányadot (tulajdonjog) jelenti?

A Rendelet személyi hatályának meghatározásában okoz leginkább nehézséget, hogy a magyar közbeszerzési terminológia eltér az uniós irányelvek meghatározásától, vagy éppen több fogalmat tartalmaz, illetve maga a Rendelet sem alkalmazza következetesen a közbeszerzési irányelvek fogalmait.

A Rendelet személyi hatályának tekintetében szükséges kiemelni, hogy a tilalom hatálya kiterjed az ajánlattevői szintre és az ajánlattevői szint mellett a tilalom kiterjed mindazon természetes vagy jogi személyre, szervezetre vagy szervre, amely a szerződés értékének több mint 10 %-át kitevő alvállalkozó, szállító vagy a közbeszerzési értelemben vett kapacitást biztosító szervezet. A Rendelet tehát, hasonlóan a kizáró okokhoz, nem áll meg az ajánlattevői szint vizsgálatánál, ugyanakkor kérdésként merül fel, hogy a tilalmat kizárólag az ajánlattevőt követő „következő szintre” vonatkozóan kell értelmezni vagy a teljes alvállalkozói, illetve szállítói láncolatra. A Kbt. alvállalkozói fogalomhasználat (közvetlen bevonás mint fogalmi elem) miatt a magyar szabályozás az ajánlattevőt követő „következő szinten” megáll, amelyet erősít, hogy az azóta már hatályon kívül helyezett Kbt. 138. § (5) bekezdése is további közreműködőként definiálta az alvállalkozói láncolat további tagjait. Az uniós irányelvek viszont nem határozzák meg az alvállalkozó fogalmát, de többször utalnak az alvállalkozói láncolatra, amelyből arra lehet következtetni, hogy a közbeszerzési irányelvek nem kizárólag az ajánlattevőt követő egyetlen szintet helyezik a középpontba, és a Rendelet alkalmazása szempontjából most az irányelvi szabályozás az elsődleges. Az Európai Bizottság által a Rendelet vonatkozásában kiadott Q&A⁷ szerint a teljes ellátási láncra értelmezni kell a tilalom fennállását.

A Rendelet alkalmazását nehezítő további körülmény, hogy megjelenik a „szállító” fogalma, amely a magyar közbeszerzési terminológiában nem használatos.

⁶ angol: „a natural or legal person, entity or body established in Russia”

német: „in Russland niedergelassene natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen”

francia: „ou une personne physique ou morale, une entité ou un organisme établi en Russie”.

⁷ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/faqs-sanctions-russia-public-procurement_en.pdf 17. válasz.

Ezért ismét a Rendelet angol nyelvű szövegére támaszkodhatunk, amely a „suppliers” kifejezést használja. A közbeszerzési irányelvek a „suppliers” kifejezést kétféle értelemben tartalmazzák, az egyik értelemben az ajánlatkérővel szerződő félre, azaz magára az ajánlattevőre, a másik értelemmel az alvállalkozókra vonatkozó szabályoknál találkozunk, nevezetesen az alvállalkozói szabályok nem vonatkoznak a „suppliers” csoportra, amely a magyar fordításban a „beszállító” elnevezést kapta.⁸ A közbeszerzési irányelvek és a Kbt. a „beszállító” definícióját szintén nem tartalmazzák.

Mindezek egybevetésével arra juthatunk, hogy a közbeszerzési irányelv szempontjából az „alvállalkozó” és a „szállító” fogalmába tartozik minden olyan gazdasági szereplő is, amely a magyar szabályozás szerint nem minősül alvállalkozónak, de a szerződés teljesítéséhez árut elad, szolgáltatást végez, kivitelez, és ezáltal gyakorlatilag a magyar szabályozás szerinti alvállalkozó fogalma alóli kivételi kör (forgalmazó, alkatrész vagy alapanyag eladó, építőanyag-eladó stb.) is ide tartozik. Végül a szállítók fogalma kapcsán is még egyszer célszerű hivatkozni az Európai Bizottság által a Rendelet vonatkozásában kiadott Q&A⁹ 17. válaszára, amely szerint a teljes ellátási láncra értelmezni kell a tilalom fennállását. A 17. válasz értelmében a teljes ellátási láncolat így nemcsak az ajánlattevő alatti alvállalkozói láncolatra lesz értelmezendő, hanem az ajánlattevő feletti forgalmazói láncolatra is, ugyanakkor a gyártók szállítóként való értelmezése már megkérdőjelezhető.

A nem definiált alvállalkozói és szállítói kör megjelenése, a 17. válaszban foglalt teljes ellátási lánc vizsgálatára vonatkozó kötelezettség rendkívül megnehezíti a Rendelet alkalmazását, mind az ajánlatkérők, mind az ajánlattevők számára. Egy olyan személyi kört, szervezeti kört kell vizsgálni, amelynek összes tagja nem ismert még az ajánlattevő számára sem, továbbá ez a szervezeti kör nem szokott hozzá a közbeszerzés világában szokványos tilalmakhoz, vizsgáladásokhoz,

nyilatkozattételekhez, és nem biztos, hogy az ajánlattevői körben avagy az ellátási láncolat tagjaiban tudatosul, hogy az alvállalkozók első szintje és a kapacitást biztosító szervezetek mellett kiket érint a Rendelet. Ezért javasolt az ajánlatkérőknek figyelemfelhívással élni a közbeszerzési dokumentumok részeként. Javasolt lenne az ágazat-szakmai szervezetek, kamarák közreműködését is igénybevenni, hogy felhívják tagjaik figyelmét a Rendeletre.

A Rendelet alapján kizárólag a szerződés értékének több, mint 10%-át kitevő alvállalkozóra, szállítóra és kapacitást biztosító szervezetre vonatkozik a tilalom. A Rendelet magyar szövege alapján a 10%-os bevonási korlát vizsgálatával kapcsolatos kérdés lehet, hogy a 10%-os jelző melyik csoportra vonatkozik: az alvállalkozói csoportra kizárólag, vagy az alvállalkozóra, a szállítóra és a kapacitást biztosító szervezetre együttesen. A magyar közbeszerzési jogtörténetben volt időszak az alvállalkozók 10%-os elhatárolására, azonban a jelenleg hatályos Kbt. már nem tesz különbséget az alvállalkozók között a bevonásuk mértékét illetően. A 10%-os korlát értelmezésében ismét segít a többi tagállam szövege. Példálózó jelleggel az angol, a német és a francia szövegezésből¹⁰ az tűnik ki, hogy a 10%-os jelző nem az alvállalkozói csoporthoz kapcsolódik, hanem mindhárom csoporthoz. Az azonban továbbra is kérdés, hogy a három csoportot együttesen kell vizsgálni a 10%-os határt illetően, azaz a szerződéses értéküket összesítve kell elérni a 10%-ot, vagy a három csoportra egyenként, és azon belül is személyenként, szervezetenként kell vizsgálni a 10%-os mérték elérését a Rendelet alkalmazásához. Az utóbbi tűnik a helyesebb értelmezésnek.

A 10%-os elhatárolás ismét előrevetíti, hogy a szerződő feleknek figyelemmel kell lennie arra, hogy a szerződés teljesítése során a bevonás mértéke dinamikusan változhat. A tartalékkeret felhasználása, az egyes szerződés-módosítási esetkörök alkalmazása, új közreműködő

⁸ pl. előbbire példa: 2014/24/EU irányelv (108) preambulumban, utóbbira 71. cikk (5) bekezdés.

⁹ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/faqs-sanctions-russia-public-procurement_en.pdf 17. válasz.

¹⁰ angol: „including, where they account for more than 10 % of the contract value, subcontractors, suppliers or entities whose capacities are being relied on.”

német: „auch solche, auf die mehr als 10 % des Auftragswerts entfällt, Unterauftragnehmer, Lieferanten oder Unternehmen, deren Kapazitäten im Sinne der Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe in Anspruch genommen werden.”

francia: „y compris, lorsqu'ils représentent plus de 10 % de la valeur du marché, les sous-traitants, fournisseurs ou entités aux capacités desquels il est recouru au sens des directives sur les marchés publics”.

bevonása, valamely közreműködő bevonásának elmaradása, csak néhány példát említsünk, mind érinti a bevonás arányát. Ennek következtében pedig előfordulhat, hogy a szerződés teljesítése során a korábban vizsgálati kötelezettség alá nem eső személyeket, szervezeteket később mégis vizsgálni kell.

Időbeli hatály

A Rendeletet illetően fontos kiemelni, hogy a Rendelet hatálybaléptetése nem a közbeszerzésben általában megszokott „hatálybalépést követően megkezdett” fordulatot alkalmazza, hanem gyakorlatilag valamennyi folyamatban lévő beszerzést, szerződést érinti.

A Rendelet három dátumot jelöl meg: 2022. április 9. a hatálybalépés napja, 2022. október 10. egyfajta türelmi időszak vége, illetve a Rendelet alóli kivételi körök közül az egyik esetében szerepel a 2022. augusztus 10., mint a kivételi kör alkalmazásának végső időpontja.

A Rendelet hatálybalépésekor, azaz 2022. április 9-én az adott szerződéskötési folyamat az alábbi státuszban lehetett:

- a (köz)beszerzési eljárás még nem indult el, azaz előkészítési szakaszban állt,
- a (köz)beszerzési eljárás már elindult, de a szerződés odaítélésére még nem került sor,
- a szerződés odaítélésére már sor került, de a szerződést a felek még nem kötötték meg,
- a szerződéskötés már megtörtént.

A Rendelet alapján a tilalmak nem alkalmazandók a 2022. április 9. előtt kötött szerződéseknek a 2022. október 10-ig történő teljesítésére. Ez a rendelkezés viszont azt is jelenti, hogy a Rendeletet, és így a tilalmakat alkalmazni kell valamennyi, 2022. április 9-ét követően megkötött szerződésre, függetlenül a (köz)beszerzési eljárás kezdetétől, a szerződés teljesítési határidejétől, továbbá a 2022. április 9. előtt kötött szerződéseknek a 2022. október 10-ét követő teljesítésére.

A türelmi időszak célja vélelmezhetően az volt, hogy az ajánlatkérők időben megtehessék azokat az intézkedéseket, amelyek a tilalom hatálya alá eső szerződések megszüntetéséhez és új szerződés megkötéséhez szükségesek. Az ajánlatkérőknek igencsak sietniük kell egy új közbeszerzési eljárás lefolytatásával, mivel 6 hónap áll rendelkezésre az új szerződés megkötésére. És ennek kapcsán vetődik fel a gondolat: vélelmezhetően lesznek ajánlatkérők, amelyek a hirdetmény nélküli tárgyalásos

eljárás rendkívüli sürgősségre alapított alakzatát próbálják elindítani, amelynek jogszerűségét a 6 hónap türelmi idő tükrében nehéz lesz megalapozni. Javasolt a gyorsított eljárások alkalmazását megvizsgálni.

Tiltott cselekmények

A Rendelet két tiltott eljárási cselekményt határoz meg az ajánlatkérők számára: *tilos a szerződés odaítélése, illetve a szerződés teljesítésének folytatása a személyi hatály alá eső személyekkel, szervezetekkel.*

A szerződés odaítélése mint eljárási cselekmény, a közbeszerzési irányelvekben az értékelési szempontok alkalmazása eredményeként a nyertes ajánlattevő megjelölésének folyamatához kapcsolódik, azaz az ajánlatkérő döntésében nem jelölhet meg nyertes ajánlattevőként olyan személyt, szervezetet, amellyel szemben, akár az ő személyét érintően, akár az általa bevonní kívánt alvállalkozók, szállítók, kapacitást biztosító személyeket illetően fennáll a tilalom bármelyike. Az összegezés megküldése egy későbbi cselekmény, amelyben az ajánlatkérő az odaítélésre vonatkozó döntéséről tájékoztatja az ajánlattevőket. A szerződés odaítélése cselekmény az ajánlatvételi szakaszhoz, a nyertes ajánlattevő meghatározásához kapcsolódik, ezért a részvételi szakaszt illetően az ajánlatkérőknek külön megoldással kell élniük.

A másik tiltott cselekmény a szerződés teljesítésének folytatása, amely részben azokra az esetekre vonatkozatható, ahol a Rendelet hatálybalépésekor a szerződéskötésre már sor került, részben azokra a helyzetekre, amikor a Rendelet hatálybalépését követően megkötött szerződés teljesítése során merül fel a tilalom beállása.

Kivételi körök

A Rendelet 5k. cikk (2) bekezdése meghatározza azokat a beszerzési igényeket, amelyek esetében a Rendelet alkalmazásától el lehet tekinteni. Fontos megjegyezni, hogy a kivételi kör fennállásának megállapítása nem az ajánlatkérő vagy az ajánlattevő jogosítványa, hanem az arra hatáskörrel rendelkező hatóságok tehetik lehetővé a szerződés odaítélését, illetve a szerződés teljesítésének a folytatását a tilalom fennállása ellenére.

A kivételi körök közül a Rendelet 5k. cikk (2) bekezdés c) pont szerinti kivételi körről érdemes pár gondolatot felvetni. A Rendelet szerint a szerződés odaítélése és a

szerződés teljesítésének folytatása engedélyezhető, ha a szerződés célja olyan, feltétlenül szükséges termékek vagy szolgáltatások nyújtása, amelyek csak a tilalom hatálya alá eső személyek által, illetve amelyek elegendő mennyiségben csak e személyek által nyújthatók.

A kivételi kör fennállásának megállapításához szükséges tehát annak bizonyítása, hogy

- a termék és a szolgáltatás feltétlenül szükséges, azaz a beszerzés igény kielégítése nem várhat és
- első eset: a termék és a szolgáltatás csak a tilalom alatt álló személlyel nyújtható, vagy
- második eset: a termék és a szolgáltatás csak a tilalom alatt álló személlyel nyújtható elegendő mennyiségben.

A két eset közül az első még viszonylag könnyen beazonosítható és dokumentálható, hiszen a közbeszerzésben is ismert a „kizárólag az adott személy által teljesíthető” feltétel, a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás egyes jogalapjaiból (pl. Kbt. 98. § (2) bekezdés c)-d) pont), (4) bekezdés b) pont), vagy a szerződés-módosítási esetkörökből is (Kbt. 141. § (4) bekezdés b) pont).

A második eset fennállásának bizonyítása viszont ütközhet nehézségekbe, hiszen nehezen bizonyítható az, hogy a teljesítés időtartama alatt nincs és nem is lesz „más személy”, amelynek elegendő mennyiség áll rendelkezésére. Vélelmezhetően a joggyakorlat abba az irányba lesz kénytelen elmozdulni, mint néhány szerződésmódosítás igazolása esetében, ahol ajánlatokkal kell alátámasztani a módosítási igényt: csak itt az igazolás célja a „nincs és nem is lesz elegendő mennyiség”.

A Rendelet alapján a szerződés odaítélése és a szerződés teljesítésének folytatása engedélyezhető, amely szövegszerkezetből az tűnik ki, hogy ajánlatkérőcentrikus a kivételi kör alkalmazása. Ez viszont azt jelenti, hogy nem tisztázott, mit kell és lehet tenni abban az esetben, ha az ajánlatkérő és az ajánlattevői viszony tekintetében nem teljesül valamelyik kivételi kör, azonban az ajánlattevő és az alvállalkozója, szállítója vagy kapacitás biztosító szervezet közötti viszonyban viszont igen. Előfordulhat ugyanis az az eset, hogy egy szerződés teljesítésének van olyan speciális részleme, ahol az ajánlatkérő beszerzése nem, az ajánlattevő beszerzése viszont besorolható a kivételi körök közé, gondoljunk csak a kizárólagos joggal való rendelkezésre. Jogosult-e

az ajánlattevő kérni a hatóság engedélyét, hogy a szerződés odaítélése a részére megtörténhessen, illetve a szerződés teljesítése vele folytatódhasson, avagy az ajánlatkérőt kell meggyőznie, hogy helyette kezdeményezze az engedélyezést. És ez vajon hogyan illeszthető be a közbeszerzési eljárás egyes szakaszaiba a szerződés odaítéléseig. A gazdasági szereplők csak az adott közbeszerzési dokumentumok ismeretében tudják meghatározni, hogy milyen közreműködőkre lehet szükségük, így nem tudnak előre felkészülni egy általános engedély bekérésével, már ha egyáltalán van jogosultságuk az engedélykérésre.

Tilalom fennállásának ellenőrzése

A Rendelet nem tartalmaz igazolási módot, ellenőrzési kötelezettséget, szemben a kizáró okok és az alkalmasság-vizsgálat rendszerével. A Rendelet végrehajtása vonatkozásában várhatóan ismét előtérbe kerül az a kérdés, hogy a Kbt. 46. § és a Kbt. 142. § szerinti szabályokból kiindulva, az ajánlatkérőt ellenőrzési és dokumentálási kötelezettség terheli. Javasolt a kizáró okokhoz hasonlóan legalább adatbázis ellenőrzést végezni, azaz a nyilvánosan elérhető, közhiteles adatbázisokat áttekinteni, valamint jelen esetben is felmerül az építési napló szerepe, mint ellenőrzési lehetőség a szerződés teljesítésében közreműködők körére.

A tilalom fennállásának vizsgálata kapcsán felmerül a kérdés, melyik a helyes út: „csak” egy nyilatkozatot kérni a tilalom fenn nem állásáról és a tilalom alá nem tartozás állapotának fenntartásáról, avagy célszerű részletes adatokat (állampolgárság, lakhely, tulajdonosi jog,...) és alátámasztó dokumentumokat is kérni. A tilalom fennállásának megállapításához az adatok egy része áll rendelkezésre bárki számára elérhető nyilvánvalóságból: a székhely/telephely/fióktelep jellemzően megállapítható a cégnyilvántartásból, esetlegesen az e-certis segítségével, azonban az állampolgárság, a lakóhely, a tulajdonosi és irányítási viszonyok már nem feltétlenül. Adatvédelmi kérdés, hogy ezek az adatok, dokumentumok bekérhetőek-e és nyilvántarthatóak-e. A Kbt. 69. § (14) bekezdése alapján az ajánlatkérő a kizáró okok fenn nem állása, az alkalmasság megítélése és az értékelési szempontok alapján a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat kiválasztása céljából jogosult adatokat kezelni, azonban a Rendelet által felállított tilalom, bár jellegét tekintve a kizáró okhoz hasonlít, de nem lett kizáró okká minősítve.

És mit tehetnek a gazdasági szereplők? A részvételi, illetve ajánlattételi szakaszban, már a teljesítésre való felkészülés keretében a lehető legpontosabban határolják be a teljesítésben közreműködők körét annak érdekében, hogy az „orosz érintettség” vizsgálatára már a részvételi jelentkezés, illetve az ajánlat beadása előtt sor kerülhessen a teljesítésbe bevonni kíván személyek, szervezetek esetében. A Kbt. hiánypótlásra, a szerződés teljesítésében közreműködők megváltoztatására, a szerződés módosításra vonatkozó korlátozásai teremthetnek olyan helyzetet, amikor a tilalom alatt álló, illetve a tilalom alá utóbb kerülő személyeket, szervezeteket a későbbiekben nem lehet megváltoztatni, amely az ajánlat (részvételi jelentkezés) érvénytelenségéhez, a szerződéskötés elmaradásához, illetve a szerződés megszüntetéséhez fog vezetni. Javasolt ezekkel a közreműködőkkel olyan tartalmú szerződést kötni, amely magában foglalja a tilalomban foglalt esetkörök fenn nem állásának és be nem következésének a vállalását, tilalom hatálya alá kerülés esetén a haladéktalan értesítési kötelezettséget, és a kötelezettség megszegésének szankcionálását.

Javasolt a bevonni kívánt alvállalkozóktól, szállítóktól, kapacitást biztosító személyektől nyilatkozatok, dokumentumok bekérése is a tilalom fenn nem állására vonatkozóan. Mivel a legtöbb ajánlatkérő az ajánlattevőktől, részvételre jelentkezőktől nyilatkozatot fog kérni, célszerű fokozott óvatossággal eljárni a valóságnak nem megfelelő adatot tartalmazó nyilatkozatra vonatkozó szabályokra tekintettel. Ugyanakkor szükséges említést tenni az ajánlattevői oldal azon várható nehézségéről, ha az ellátási láncolat tagjai – bármilyen okból – elzárkóznak az együttműködéstől a nyilatkozattételt illetően. Ezért is lenne rendkívül fontos egy részletes központi útmutatás.

Közös részvételre jelentkezés, közös ajánlattétel esetén az együttműködési megállapodásban célszerű rendezni a tilalom fenn nem állására, a tilalom betartására, a tilalom elhárítására, a haladéktalan tájékoztatásra vonatkozó kötelezettségeket.

Központosított közbeszerzés és sajátos beszerzési technikák

Központosított közbeszerzés, illetve a központosított közbeszerzésben leginkább jellemző sajátos beszerzési technikák esetén felmerül a kérdés, hogy a központi beszerző szervezetet vagy a központosított beszerzés hatálya alá tartozó kötelezett és önként csatlakozó

szervezeteket (továbbiakban: érintett szervezetek) terheli-e a Rendelet betartásának vagy betartatásának kötelezettsége.

A Rendelet alapján a szerződés odaítélése, azaz nyertes ajánlattevőként való megjelölés, valamint a szerződés teljesítésének folytatása a tiltott eljárási cselekmények, így elsődlegesen a központi beszerző szervnek kell felelnie azért, hogy a keretmegállapodásnak, dinamikus beszerzési rendszernek ne legyen részese tilalomban érintett ajánlattevő, amelyet az az eljárási cselekménysorozat is alátámaszt, hogy a Kbt. 139. §, a Kbt. 138. § (2)-(4) bekezdés szerinti cselekményeket is nála kell kezdeményezni. Így elvileg az érintett szervezetek abban a tudatban vesznek részt a központosított közbeszerzésben, hogy az ajánlattevői kör megvizsgálásra került és folyamatos figyelem alatt áll.

A központi beszerző szerv feladatát kell képezze, hogy a keretmegállapodás megkötésére, illetve a dinamikus beszerzési rendszer felállítására irányuló közbeszerzési eljárásban a közbeszerzési dokumentumok, és előbbi esetben különösen a szerződéstervezet a megfelelő tartalommal készüljön, és a központi beszerző szerv végzi elsődlegesen a részvételre jelentkezők, az ajánlattevők vizsgálatát, a keretmegállapodás beszerzési technika esetében maga a keretmegállapodás képezi a jogi keretet.

Ugyanakkor a keretmegállapodás alapján történő egyedi beszerzéseknél is sor kerül odaítélési cselekményre: a Kbt. 105. § (1)-(2) bekezdésben foglalt esetkörök (írásbeli konzultáció, közvetlen megrendelés, versenyújranyitás) esetében is „döntés” születik a nyertes ajánlattevő személyéről, az ajánlattevő ajánlatának az elfogadásáról, avagy a szerződéses viszony létrehozásáról és folytatásáról. Ebből levezethető az is, hogy a központi beszerző szervezet elsődleges felelőssége mellett azért az érintett szervezetek is felelősek azért, hogy az adott beszerzésük során, legyen az akár egy közvetlen megrendelés vagy versenyújranyitás, a Rendelet betartását biztosítsák. Írásbeli konzultáció és versenyújranyitás esetén a helyzet könnyebben kezelhető a megfelelő közbeszerzési dokumentumok elkészítésével, ugyanakkor a közvetlen megrendelés esetén – külön közbeszerzési dokumentumok, és különösen külön egyedi szerződés hiányában, illetve az ajánlattevői oldalt érintő kötelező megrendelés-elfogadás miatt – nehézkes a Rendelet betartásának dokumentálása, így a központi

beszerző szervezetre hárul a feladat, hogy a keretmegállapodásban ezt kezelje.

Dinamikus beszerzési rendszer esetén egyértelműbb a felelősség kérdésköre: amelyik szervezet végzi az ajánlattételi szakasszal kapcsolatos feladatokat, az a szervezet van abban a helyzetben, hogy a szerződés odaítélését, illetve a szerződés teljesítését a Rendeletnek megfelelően végezze, ugyanakkor a részvételi szakasszal összefüggő eljárási cselekményeket végző szervezettől elvárt a részvételre jelentkezők szűrése.

Eljárási cselekmények

A Rendelet alkalmazását megnehezíti, hogy részlet-szabályok hiányában az ajánlatkérőre hárul a feladat és a felelősség, hogy lemodellezze és szabályozza az eljárási cselekményeket, az igazolási módokat, az ellenőrzési mechanizmusokat és a jogkövetkezményeket, amelyek lefedik nemcsak a (köz)beszerzési eljárást, hanem a szerződéskötési és szerződés teljesítési szakaszokat is.

Az első lényeges gondolat, hogy ezt a Rendeletet is a meglévő közbeszerzési-jogi környezetben kell alkalmazni. A Kbt. kógens jellege nem teszi lehetővé, hogy a közbeszerzés szereplői a szabályainak figyelmen kívül hagyásával járjanak el, kivéve, ha azt a Kbt. engedi.

Előkészítési szakasz szerepe

Elsődleges feladat, hogy az előkészítési szakaszban az ajánlatkérő megállapítsa, hogy egyáltalán a Rendelet hatálya alá tartozik-e a beszerzés, adott esetben kezdeményezze az engedélyezést.

Amennyiben a Rendelet hatálya alá tartozik a beszerzés, akkor a megfelelő alaposágú előkészítés részeként célszerű már a piacfelmérés, az előzetes piaci konzultációra felhívás, az indikatív ajánlatkérések, előzetes tájékoztatók részeként utalni a tilalmi szabályokra, mint sajátos részvételi feltételre. A tilalmi szabályok fennállása a közbeszerzési eljárásban való részvétel eldöntésében, a szerződés teljesítésében közreműködők kiválasztásában, és így az ajánlat összeállítása kapcsán lényeges körülménynek minősíthető. A részvételre jelentkezők, az ajánlattevők, a kiválasztott alvállalkozók, szállítók és kapacitást biztosító szervezetek köre jelentős befolyással bír az ajánlat tartalmára, különösen a szakmai ajánlat tartalmára, az ajánlati árra (és ezáltal a becsült értékre), illetve az alkalmassági követelmények igazolására.

Szintén az előbbi okok miatt a közbeszerzési dokumentumok készítése során már az eljárást megindító felhívásban (több szakaszból álló közbeszerzési eljárásokban az ajánlattételi felhívásban is) a további információk között célszerű ugyancsak utalni a tilalmi szabályokra, és egyúttal jelezni a tilalom fenn nem állására és az állapot fenntartásának a szerződés teljesítéséig történő vállalására vonatkozó kötelezettséget, a részvételi jelentkezés, illetve az ajánlattétel részeként nyilatkozattételi kötelezettség előírásával együtt.

Dinamikus beszerzési rendszer, valamint a több szakaszból álló közbeszerzési eljárások esetében, a részvételi szakaszban a szerződés odaítélése és a szerződés teljesítésének folytatása cselekmények nem értelmezhetőek. Az ajánlatkérő viszont jogosult arra, hogy a részvételre jelentkezők vonatkozásában „egyéb követelményt”, „egyéb érvénytelenségi okot” határozzon meg az eljárást megindító felhívásban, amely által lehetővé válik, hogy már a részvételi szakaszon ne jusson túl egy olyan gazdasági szereplő, amely vagy saját maga vagy a bevonni kívánt alvállalkozó, szállító, kapacitást biztosító személy, szervezet a tilalom hatálya alá esik. Az ajánlattételi szakaszban pedig a közbeszerzési dokumentumok már tartalmazhatják a vonatkozó rendelkezéseket, eljárási cselekményeket. Dinamikus beszerzési rendszer esetében felmerülhet az a megoldás is, hogy a rendszerbe már felvett, de tilalom alatt álló gazdasági szereplő részére az ajánlatkérő nem küld ajánlattételi felhívást; ugyanakkor nézeteim szerint ez a megoldás megkérdőjelezhető, mintha az ajánlattételi felhívásban szerepel „egyéb követelményként” az előírás. A Rendeletben nincsenek eljárási szabályok, amelyek eltérést engednének, azonban a Kbt. 107. § (7) bekezdése – az irányelvvel összhangban – kötelezővé teszi valamennyi rendszerbe felvett gazdasági szereplő részére ajánlattételi felhívás megküldését, amely viszont létező és kógens eljárási szabály.

A nyilatkozattételi kötelezettség előírása mellett javasolt utalni a Kbt. 131. § (4) bekezdés szerinti szerződéstől való visszalépésnek minősítésre is, amennyiben a szerződéskötésig merül fel a tilalom megsértése, de akár szerződéskötési feltételként feltüntetni a tilalom fenn nem állását, továbbá célszerű utalni a szerződés teljesítési szakaszára kiterjedő kötelezettségre is, mint sajátos szerződésteljesítési feltételre.

A tilalmi szabályokra minél korábban és minél nyilvánosabb dokumentumban történő figyelemfel-

hívással sokkal inkább megelőzhetővé válik, hogy a bírálati szakaszban vagy a szerződéskötési, illetve a szerződés teljesítési szakaszában derüljön ki, hogy valamely személy, szervezet már eleve tilalommal érintett.

A közbeszerzési dokumentumok közé tartozó szerződéstervezetben szintén javasolt rendelkezni a tilalom betartásának vállalására vonatkozó kötelezettségről, mind az ajánlattevő, mind az általa bevont alvállalkozók, szállítók, kapacitást biztosító szervezetek, személyek vonatkozásában. Új alvállalkozó, szállító, kapacitást biztosító szervezet bevonása esetére javasolt nyilatkozattételt, továbbá haladéktalan értesítési kötelezettséget előírni az ajánlatkérő irányába. Szintén érdemes előírni az alvállalkozók, szállítók, kapacitást biztosító szervezetek cseréjére vonatkozó kötelezettséget a Kbt. keretei között, amennyiben valamely személy, szervezet tilalom hatálya alá kerül. Ezen túlmenően a szerződés megszűnésére, illetve megszüntetésére, avagy szüneteltetésére vonatkozó rendelkezéseket, valamint szankcionálási szabályokat is javasolt belefoglalni a szerződésbe.

Részvételi, ajánlattételi és bírálati szakasz

Felmerül a kérdés, hogy azoknak a közbeszerzési eljárásoknak az esetében, ahol a Rendelet 2022. április 9-i hatálybalépésére tekintettel már nem volt lehetőség a közbeszerzési dokumentumok megfelelő tartalmú előkészítésére, szükséges-e a közbeszerzési dokumentumokat a Kbt. keretei között módosítani, hogy a Rendelet alkalmazása érdekében a nyilatkozattételi kötelezettség, avagy a szerződéses rendelkezések bekezdülhessenek a közbeszerzési dokumentumokba. Véleményem szerint szükségtelen külön emiatt a közbeszerzési dokumentumok módosítása. Tárgyalás, párbeszéd tartása esetén viszont a szükséges rendelkezések beemelhetők a végleges szerződésbe.

A bírálati szakaszt illetően, csak utalunk a korábbiakra, hogy a Rendelet nem tartalmaz arra vonatkozó szabályokat, az ajánlatkérőnek van-e és milyen ellenőrzési kötelezettsége van, azonban a Kbt. 46. § és 142. § szerinti ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségből kiindulva, javasolt a releváns adatbázisok, hatósági nyilvánosságok (pl. cégnyilvántartás, egyéni vállalkozói nyilvántartás, beszámoló) ellenőrzése a nyilatkozat bekérése mellett.

A bírálati szakaszban az ajánlatkérő köteles megvizsgálni, hogy a részvételi jelentkezés, illetve az ajánlat megfelelnek-e a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban foglalt feltételeknek. Amennyiben az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását 2022. április 9-ét megelőzően indította és a közbeszerzési dokumentumok még nem a Rendelettel összefüggő tartalommal készültek, az ajánlatkérő a Kbt. 71. § szerinti felvilágosításkéréssel élhet a Rendeletben foglalt tilalom fennállásának megállapítása érdekében. Amennyiben az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását 2022. április 9-ét követően indította és a közbeszerzési dokumentumok már a Rendelettel összefüggő tartalommal készültek, úgy a hiánypótlási és felvilágosításkérési eljárási cselekményeket a szokott módon szükséges lefolytatni, majd mindkét esetben az általános szabályok szerint eljárni (hiányzó vagy hibás nyilatkozat, ellentmondást tartalmazó nyilatkozat pótlása, tisztázása, kettős hiánypótlás tilalma, hiánypótlás nem vagy nem megfelelő teljesítése jogkövetkezményeinek alkalmazása).

Ha az ajánlatkérő azt állapítja meg, hogy a tilalom bármelyike fennáll, akkor attól függően, hogy a tilalom a részvételre jelentkezők, az ajánlattevők szintjét, vagy az ismert alvállalkozó, szállító, kapacitást biztosító szervezet szintjét érinti, a Kbt. eltérő lehetőségeket és korlátokat tartalmaz annak megoldására a hiánypótlási cselekmények keretében.

A közbeszerzési eljárásban a tilalommal érintett részvételre jelentkezők, az ajánlattevők lecserélésére kevés lehetőség nyílik, a közös részvétel rendelkezései között találunk egy megoldási lehetőséget.

Közös részvételi jelentkezés, közös ajánlattétel esetén a közös részvételre jelentkezőknek, közös ajánlattevőknek szükséges szem előtt tartaniuk az egyetemleges felelősségre vonatkozó, illetve a közös részvételre jelentkezők, közös ajánlattevők összetételének megváltoztatásának korlátozására vonatkozó rendelkezéseket. A Kbt. 35. § (7) bekezdés alapján a közbeszerzési eljárásban az ajánlattételi határidő, több szakaszból álló eljárásban a részvételi határidő lejártá után lehetőség nyílik valamely gazdasági szereplő kiválására, feltéve ha a fennmaradó gazdasági szereplők továbbra is megfelelnek az eljárásban előírt valamennyi alkalmassági feltételnek és a változás egyébként nem jár a verseny tisztaságának a sérelmével. A Kbt. 35. § (7) bekezdés egy

olyan lehetőség, amellyel a közös részvételi jelentkezés, a közös ajánlat érvénytelenné nyilvánítása elkerülhető.

Amennyiben a részvételre jelentkező, illetve az ajánlattevő áll a tilalom hatálya alatt, akkor a részvételre jelentkezés, az ajánlat érvénytelenné nyilvánítása válik szükségessé, mivel a Kbt. a fenti kiválási szabály kivételével, nem teszi lehetővé a megváltoztatásukat.

Az ismert alvállalkozók, szállítók, kapacitást biztosító szervezetek lecserélése vonatkozásában is több korlátozó rendelkezést találhatunk.

A közbeszerzési eljárásban a szakmai ajánlat tartalma, az értékelési szempontra tett vállalás részeként megnevezett személyek, szervezetek lecserélése esetén figyelemmel kell lenni a Kbt. 71. § (8) bekezdés szerinti hiánypótlási korlátokra, a (9) bekezdésben foglalt értékelési szempontra megnevezett szakember megváltoztatására vonatkozó szabályokra. Továbbá arra, hogy az alkalmassági követelményeknek való megfelelés érdekében bevont kapacitást biztosító szervezet esetében nem alkalmazható a Kbt. 71. § (4) bekezdés, mivel a tilalmakat, bár jellegükben hasonlóak, de nem sorolták a kizáró okok közé, amelyre tekintettel az öntisztázás sem alkalmazható. Ennek következtében előfordulhat az a helyzet, hogy a tilalommal érintett alvállalkozó, szállító, kapacitást biztosító személy, szervezet nem cserélhető le a közbeszerzési szabályokra való tekintettel, és ezért az ajánlat érvénytelenné nyilvánítása válik szükségessé.

Szerződéskötési szakasz

Az összegezés megküldését követően, a szerződéskötést megelőzően az ajánlati kötöttség szabályai nem teszik lehetővé, hogy a részvételi jelentkezésben, ajánlatban megjelölt személyek, szervezetek megváltozzanak. Amennyiben ebben a szakaszban derül fény a tilalom közbeszerzési eljárásban történő fennállására, akkor lehetséges az összegezés módosítása az ajánlat érvénytelenítésére, a tilalom hatálya alá kerülés esetén pedig a Kbt. 131. § (4) bekezdés szerinti szerződéstől való visszalépésnek minősítés, végső megoldásként a Kbt. 131. § (9) bekezdés szerinti mentesülési szabályok alkalmazása szükséges. Ajánlatkérő nem köthet meg egy olyan szerződést, ahol a szerződéskötő másik fél tilalom hatálya alatt áll, mivel az a szerződés jogszabályba ütközik. Ha az ajánlattevő a szerződéskötéskor új alvállalkozót nevez meg, akkor javasolt egy új

nyilatkozat bekérése a tilalom fenn nem állására vonatkozóan.

Szerződés teljesítési szakasz

A Rendelet a másik tiltott cselekményt a szerződés teljesítési szakaszához köti, nevezetesen tilos a szerződés teljesítésének folytatása, amennyiben a személyi hatály alá tartozó személyek, szervezetek tekintetében tilalom áll fenn.

Felmerül a kérdés, hogy azoknak a szerződéseknek az esetében, ahol a Rendelet 2022. április 9-i hatálybalépésére tekintettel már nem volt lehetőség a szerződés megfelelő szövegezésére, szükséges-e a szerződést módosítani, hogy a Rendelet alkalmazása érdekében a nyilatkozattételi, tájékoztatási kötelezettségek, avagy a szerződéses jogviszony megszüntetésének szabályai bekerülhessenek. A szerződésmódosítási esetkörök közül a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti előre nem láthatóság nagy valószínűséggel fennáll, amennyiben a szerződéskötésre 2022. április 9-e előtti időszakban került sor, a Kbt. 141. § (6) bekezdés alkalmazása viszont problematikus lehet. Ugyanakkor nem szabad elfeledni, hogy a Kbt. mögöttes szabálya a Ptk., amely rendelkezik tilos szerződésről, ellehetetlenülésről, a felek együttműködési kötelezettségéről, tartalmaz szerződés megszűnési és megszüntetési szabályokat, a szerződő felek elszámolási kötelezettségére vonatkozó szabályokat is, így a konkrét szerződéses rendelkezések hiánya nem feltétlenül problematikus. Mindenesetre ezen szerződések esetében is az ajánlatkérőknek javasolt nyilatkozat bekérése az ajánlattevőtől a tilalom fenn nem állására, a tilalom betartásának vállalására, a nyilatkozat tartalmától függően pedig további intézkedések megtétele (lecserélés kérése, tilalom megszüntetésének kérése, tájékoztatás jogkövetkezményekről), figyelemfelhívás a Rendreletre és a jogkövetkezményekre.

A szerződéskötést követően szintén különbséget kell tenni, hogy az ajánlattevőt vagy az alvállalkozókat, szállítókat, kapacitást biztosító szervezeteket, személyeket érinti a tilalom fennállása.

Amennyiben az ajánlattevőt érinti a tilalom fennállása, javasolt lehetőséget biztosítani a tilalom megszüntetésére (bár ennek időbeli igénye változó), de a Kbt. 139. § szerinti jogutódlási szabályok alkalmazása is lehetséges megoldásként felmerülhet.

A tilalommal érintett alvállalkozók, szállítók, kapacitást biztosító szervezetek, személyek esetén a lecserélésük, illetve szerződés teljesítésében való mellőzésük a lehetséges megoldás, azonban a lecserélés vagy elhagyás esetén figyelembe kell venni a Kbt. 65. § (9) bekezdésben (kötelező részvétel a teljesítésben), a Kbt. 138. § (2) bekezdésben (alkalmassági követelmény fenntartása) és (4) bekezdésben (jogutódlás, legalább egyenértékű szakember) foglalt korlátozó rendelkezéseket. A szerződésmódosítási korlátokat (pl. lényeges módosítás) ugyancsak szükséges megvizsgálni, mivel e személyek, szervezetek cseréje (elhagyása) is ütközhet a Kbt. 141. § rendelkezéseibe,¹¹ de akár a Kbt. 142. § (2)-(3) bekezdésekbe is, amennyiben az ajánlat érdemi tartalmát érintené a változás.

Új alvállalkozó bejelentése esetén pedig szintén javasolt nyilatkozat bekérése a tilalom fenn nem állásáról, vagy már eleve a szerződéses rendelkezésekben elhelyezni a Rendelet betartásának kötelezettségét az összes további újonnan bevont közreműködőre.

A Kbt. szerződés megszüntetésére vonatkozó sajátos rendelkezései közül a Kbt. 143. § (1) bekezdés alkalmazása merülhet fel, ugyanakkor a (2)-(3) bekezdések nem relevánsak, mivel az előbbi a kizáró okokra vonatkozik, az utóbbi pedig a tényleges tulajdonos megnevezésének képességére.

A szerződés teljesítési szakasz gördülékeny lefolytatása érdekében célszerű, hogy az ajánlatkérő a szerződés-tervezet készítése során rendelkezzen a tilalom fenn nem állásának kötelezettségéről, az állapot fenntartásáról, mint szerződéses kötelezettségről, a szerződés megszüntetésére, a szerződő felek elszámolására vonatkozó szabályokról, a szerződés jellegétől függően a felfüggesztés, szüneteltetés lehetőségéről.

A 2022. április 9-e előtt megkötött szerződések esetén szerződő felek a szerződés jellegétől és tárgyától függően a szerződés felfüggesztését (szüneteltetését) is mérlegelhetik, például egy többéves szolgáltatási szerződés esetén, viszont ez esetben a Kbt. 141. § szerinti szerződésmódosítási szabályok esetleges alkalmazásának kötelezettségét is vizsgálni kell, mivel a szerződés mennyisége és ellenértéke vélelmezhetően érintett lesz. A szerződés felfüggesztése mint megoldási

lehetőség a tilalom szövegezéséből vezethető le, amely betű szerint a szerződés teljesítésének folytatását tiltja, azaz a Rendelet nem a szerződés kötelező megszüntetését írja elő. A 2022. április 9-e után megkötött szerződések esetében véleményem szerint a felfüggesztés jogszerű alkalmazása nem áll fenn, mivel ezek a szerződések létre sem jöhettek volna.

Amennyiben a tilalom bekövetkezett és nem feloldható, akkor a szerződő feleknek, de legfőképp az ajánlatkérőnek meg kell tennie a szükséges intézkedéseket, hogy a szerződés teljesítése ne folytatódjon, azaz a szerződés típusára vonatkozó szabályok szerint a szerződéses jogviszonyt meg kell szüntetni (közös megegyezés, felmondás, elállás).

Szükséges leszögezni, hogy a szerződő feleknek valójában nincs mérlegelési lehetősége, hogy tilalom fennállása esetén mit tegyenek. Mivel a Rendelet kijelenti, hogy tilos a szerződés odaítélése, illetve a szerződés teljesítésének folytatása, az ajánlatkérő hiába jelöli meg a tilalom fennállása ellenére nyertes ajánlattevőként az adott gazdasági szereplőt, hiába kötik meg szerződő felek a szerződést, hiába zárkózik el a szerződő felek egyike a szerződéses jogviszony lezárásától, a jogszabályba ütköző szerződés semmissége, illetve a szerződés teljesítésének lehetetlenné válása is levezethető, és mindkettő a szerződéses jogviszony megszűnéséhez vezet. A Kbt. 137. § (3) bekezdés semmisség alóli mentesítő szabály pedig jelen esetben nem alkalmazható, mivel az kizárólag az (1) bekezdés esetköreire vonatkozik.

A közbeszerzési irányelvek hatálya alá tartozó szerződések esetében polgárjogi jogkövetkezmények és polgári bírósági út mellett a közbeszerzési jogorvoslati lehetőségek is biztosítottak azon ajánlatkérői döntések ellen, ahol az ajánlatkérő 2022. április 9-e után döntött a nyertes ajánlattevő személyéről vagy 2022. április 9-e után kötötte meg a szerződést. Amennyiben az ajánlatkérő a tilalomba ütköző gazdasági szereplőt jelöl meg nyertes ajánlattevőként, vagy megkötötte vele a szerződést, akkor az általános jogorvoslati szabályok ugyanúgy érvényesek, mint bármely más közbeszerzési jogsértés, pl. érvénytelenségi ok fennállása esetén. Ugyanakkor a tilalom alatt álló gazdasági szereplővel 2022. április 9-e

¹¹ Lásd a C-91/08. számú EUB ítéletet, (ún. Wall AG ügy), amelyben a Bíróság kimondta, hogy egy alvállalkozó módosítása is minősülhet lényeges szerződésmódosításnak.

előtt megkötött szerződés megszüntetésétől való eltekintés esetén már kérdéses, hogy a közbeszerzési jogorvoslati út rendelkezésre áll-e: egyrészt a a tilalom alatt álló gazdasági szereplő nyertes ajánlattevőként való megjelölése akkor még jogszerű volt, másrészt a Közbeszerzési Döntőbizottság hatásköre a szerződés érvénytelenségével, semmisségével összefüggésben korlátozott. A közbeszerzési jogorvoslati út rendelkezésre állása mellett szólna az az érv, hogy az ajánlatkérő egy közbeszerzési szerződés vonatkozásában előírt kvázi kötelező szerződésmegszüntetési okként értelmezhető rendelkezést nem alkalmaz.

A 833/2014/EU rendelet 8. cikke alapján pedig a tagállamok megállapítják a Rendelet rendelkezéseinek

megsértése esetén alkalmazandó szankciókra vonatkozó szabályokat, így a Rendelet megsértése esetén a jogkövetkezmények elvileg szabályozottak.

Záró gondolatok

A fenti gondolatokból megállapítható, hogy számos kérdés nyitott a Rendelet alkalmazását illetően, így mindenképpen szükség lenne egy folyamatszemléletű, részletes útmutatóra a jogalkalmazók megsegítése érdekében, hogy a jogalkalmazás során mind a Rendelet és a közbeszerzési szabályok betartása biztosított legyen.