

Alvállalkozók szabályozási környezetének bemutatása a leggyakoribb jogalkalmazási kérdéseken keresztül – I. rész

Presentation of the regulatory environment of subcontractors through the most common law enforcement issues – 1st part

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

DOI: 10.37371/KEP.2020.11.2

Címszavak: közbeszerzés, szerződés, szerződésteljesítés, alvállalkozó, kivétel

Absztrakt

Az alvállalkozókkal kapcsolatos cikksorozat következő két részének célja, hogy bemutassa az alvállalkozók szabályozási környezetét, rávilágítson a leggyakoribb jogsértésekre, valamint megpróbálja feltárni azokat a pontokat, ahol gyakoriak a jogsértéseket eredményező téves értelmezések. Az első rész az alvállalkozókra vonatkozó szabályozási környezet legfontosabb elemét tárgyalja: az alvállalkozónak minősítés megállapításának feltételeit.

Abstract

The next two parts of the series of articles on subcontracting aims to present the regulatory environment for subcontractors, to highlight the most common infringements, and to identify points where incorrect interpretations that lead to infringements are common. The first part discusses the most important element of the regulatory environment for subcontracting: the conditions for determining the status of subcontractor.

Bevezető gondolatok

A cikksorozat Közbeszerzési Értesítő Plusz 2020. szeptemberi számában megjelent első részének a célja az volt, hogy a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. tv. (továbbiakban: Kbt.) 138. § (3) bekezdés első mondatrészében foglalt rendelkezés helyes értelmezéséhez összegyűjtse és megvizsgálja azokat a jogi előírásokat, tényezőket, körülményeket, gyakorlati helyzeteket, amelyek befolyásolják, előírják vagy akár korlátozzák az alvállalkozók bevonására, a bevonás mellőzésére vagy új alvállalkozó bevonására vonatkozó döntés szabadságát. Az első részben körbejártuk, hogy az alvállalkozói szerepkör a gazdasági élet egyik alapvető intézményeként a közbeszerzésben is központi kérdés; röviden áttekintettük, melyek azok a tényezők, amelyek az ajánlatkérői, ajánlattevői és alvállalkozói oldal magatartását motiválják. A jogtörténeti összefoglalót követően végül átvettük azokat az esetköröket, amelyek az alvállalkozók bevonására vonatkozó döntési szabadságot determinálják.

A cikksorozat második blokkjának célja az alvállalkozókra vonatkozó szabályozás lényegi elemeinek ismertetése, hangsúlyozottan azokra a pontokra koncentrálni, amelyek a leggyakoribb jogértelmezési

problémákat, jogsértéseket okozzák, végül pedig rövid gyűjteményt adunk a Közbeszerzési Döntőbizottságnak a tárgykörben hozott határozatairól. A blokk első részében az alvállalkozókra vonatkozó szabályozási környezet legfontosabb elemét tárgyaljuk: az alvállalkozónak minősítés megállapításának feltételeit.

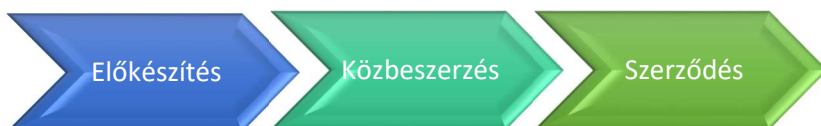
Az alvállalkozókra vonatkozó rendelkezések rendszerét legjobban a szabályozási célon keresztül lehet megérteni. Ha megértjük a szabályozási célt, akkor átláthatóbbá és követhetőbbé válik, hogy az „alvállalkozás” mint jogintézménnyel kapcsolatban mit, miért, mikor és pont akkor kell megtenni.

Az alvállalkozókra vonatkozó szabályozás egyik céljaként nevezhető meg, hogy az ajánlattevői szinten túl a szerződés teljesítésében való részvételt megelőzően megismerhetővé és átláthatóvá váljon a közpénzből megvalósuló szerződés teljesítésében résztvevők méretében (és szerződéses értékében is) jelentős következő szintje is, a közpénzből való részesedésért cserébe pedig ez a szint is feleljen meg bizonyos követelményeknek. Ez a cél legjobban az alvállalkozó bejelentésében, a bejelentés időbeliségében, valamint a kizáró ok fenn nem állására vonatkozó követelményekben, a bevonási kötelezettséget és korlátokat tartalmazó rendelkezésekben

ismerhető fel. A szabályozás másik céljaként az alvállalkozói szinten leggyakrabban megjelenő mikro-, kis- és középvállalkozások támogatása és védelme jelölhető, amelynek legjobb példája az építési beruházásra meghatározott kifizetési szabályok. A szabályozás harmadik céljának a szerződés teljesítésének biztosítását és a közpénz hatékony felhasználásának erősítését vehetjük, amely az ellenőrzési, dokumentálási, szankcionálási szabályokat öleli fel.

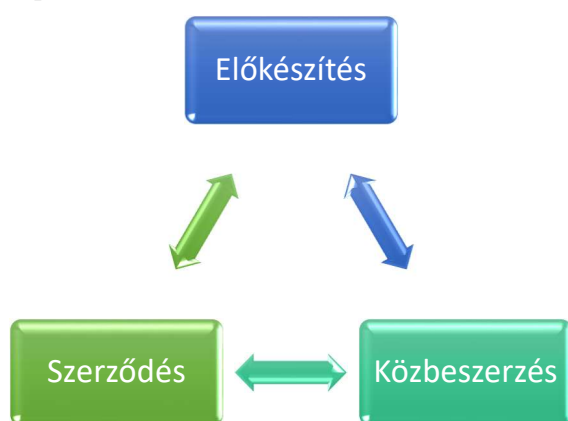
A jogsértések gyakori oka, hogy a jogsértést elkövető személyek/szervezetek a közbeszerzést még mindig egy egyszerű lineáris beszerzési folyamatként képzelik el, ahol az eljárási szabályokat is a beszerzés létszakaszaiként elkülönítetten kell(ene) értelmezni.

Klasszikus szemlélet:



A közbeszerzésre ma már egy komplexebb rendszerként kell tekintenünk, ahol az egyszerű beszerzési folyamatra célok és elvek összetett rendszere épül, ahol valamennyi létszakasz egymásra kihatással van, ahol az egyes létszakaszok történései, döntései, cselekményei, keletkezett dokumentumai meghatározzák a többi létszakasz sorsát, ezért egy komplexebb projekt-szemlélet-jellegű megközelítés szükséges.

Komplex személet:



Az alvállalkozókra vonatkozó szabályozás is ennek megfelelően rendkívül összetett, fokozott figyelmet igényel valamennyi közbeszerzési szereplő részéről a jogszerű eljárás érdekében. Ennek egyik példája, hogy az egymást követő közbeszerzési törvények (ideértve a jelenleg hatályos Kbt-t is) és azok módosításai nagyon

gyakran érintették az alvállalkozókkal összefüggő szabályozást, gondoljunk csak a bevonási mérték többszöri változására majd eltörlésére, az alvállalkozói kifizetési szabályok többszöri változására. Mindezt tovább színezi, hogy ezeket a változásokat adott esetben visszamenőleges hatállyal, adott esetben a szerződő felek számára szerződésmódosítási lehetőséget biztosítva, adott esetben pedig jövőbeli alkalmazást elrendelve kell alkalmazni, amely azzal a követ-kezménnyel jár, hogy „végtelen számú” kombinációs lehetőség van a jogszerű eljárásra attól függően, hogy az adott közbeszerzés és az adott szerződés melyik jogszabály és/vagy jogszabálymódosítás hatálya alá tartozott. Terjedelmi és célszerűségi okokból a „ma hatályos” szabályokat ismer-tetjük, de ahol a jogalkalmazás segítsége érdekében célszerű, kitérünk a „korábbi” szabályokra is.

Alvállalkozói minőség megállapítása

Az alvállalkozók szabályozásával összefüggő jogsértések egyik nagy csoportja az alvállalkozónak minősítés problematikájából ered, sőt, számos más alvállalkozóval kapcsolatos rendelkezés megsértése (pl. be nem jelentett alvállalkozók, bevonási korlát) mögött az áll, hogy az ajánlattevő helytelenül ítéli meg, hogy a szerződés teljesítési szakaszában megjelenő személy/szervezet a közbeszerzési szabályozási környezetben alvállalkozónak minősül-e.

Ahogy a legtöbb jogág saját fogalomrendszer mentén működik, ez fokozottan igaz a közbeszerzési szabályozásra is. A Kbt. saját fogalom-meghatározást tartalmaz arra vonatkozóan, hogy a szerződés teljesítésében résztvevők közül kik minősülnek alvállalkozónak.

A Kbt. 3. § 2 pontja alapján „alvállalkozó: az a gazdasági szereplő, aki (amely) a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve

- azon gazdasági szereplőt, amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,
- a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártót, forgalmazót, alkatrész vagy alapanyag eladóját,
- építési beruházás esetén az építőanyag-eladót”.

A félreértésekből eredő jogsértéseket sok esetben az okozza, hogy adott kifejezést „hétköznapi” vagy más jogághoz tartozó tartalommal értelmezik a

közbeszerzési szereplők. A fogalmi különbözőségekre a legjobb példa az építőipari kivitelezések alvállalkozói fogalmának összevetése a közbeszerzés alvállalkozói fogalommal.

Az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX.15.) Korm. rendelet (továbbiakban: Építőipari kivitelezési rendelet) 2. § m) pontja alapján: „*alvállalkozó kivitelező: a megrendelő vállalkozó kivitelezővel kivitelezési szerződést kötő vállalkozó kivitelező*”. A vállalkozó kivitelező pedig „*az az építőipari kivitelezési tevékenységet üzletszerű gazdasági tevékenységként végző vállalkozó, …*”.

Láthatjuk, hogy az építőipari fogalom középpontjában egyrészt a láncolatban való elhelyezkedés, másrészt a gazdasági tevékenység üzletszerűsége áll, amely szerint „mindenki”, aki a láncolatban felette lévő kivitelezővel (megrendelő vállalkozó kivitelező) szerződést köt, és egyúttal üzletszerű gazdasági tevékenységet végez, alvállalkozónak minősül.

A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (továbbiakban: Ptk.) pedig egyáltalán nem tartalmazza az „alvállalkozó” kifejezést, hanem „közreműködő”-nek nevezi azokat a személyeket, amelyeket az ajánlattevőként szerződő fél a kötelezettségének teljesítéséhez vagy jogának gyakorlásához igénybe vehet (Ptk. 6:129. § (1) bekezdés).

A pénzügyi jogszabályok a szolgáltatás közvetett jellegét tekintik elhatároló tényezőnek.

A Kbt. kógenciája miatt attól eltérni csak akkor lehet, ha maga a jogszabály kifejezetten megengedi, azaz a közbeszerzési szabályok alkalmazása során a Kbt. „alvállalkozó” fogalmát kell figyelembe venni.

Az „alvállalkozó” fogalmi elemei konjunktívák, azaz a fogalmi elemek egyidejű teljesülése szükséges ahhoz, hogy az adott személy/szervezet alvállalkozónak minősüljön, és a közbeszerzési szabályozás alvállalkozókra vonatkozó rendelkezéseit kötelező legyen alkalmazni vagy lehetőség legyen az alkalmazásukra. Az alvállalkozói minőség helyes megítélése azért is lényeges, mert vannak olyan követelmények, amelyek teljesülése, vagy kötelezettségek, amelyek teljesítése az alvállalkozói minősítéshez kötött, ezért azok elmulasztása közbeszerzési jogsértésnek minősül (pl. előbbi esetre példa a kizáró ok fennállása, utóbbira a bejelentési kötelezettség), de vannak olyan jogosítványok is, amelyek szintén

„csak” az alvállalkozói minősítéshez kapcsolhatóak (pl. építési beruházás kifizetési szabályai).

Az alvállalkozó fogalom elemei

1. adott személy/szervezet gazdasági szereplőnek minősül

A Kbt. 3. § 10. pont alapján gazdasági szereplő: bármely természetes személy, jogi személy, egyéni cég vagy személyes joga szerint jogképes szervezet, vagy ilyen személyek vagy szervezetek csoportja, aki, illetve amely a piacon építési beruházások kivitelezését, áruk szállítását vagy szolgáltatások nyújtását kínálja”.

A gazdasági szereplő fogalma alapján rögtön eloszlatható az a félreértés, hogy „alvállalkozó” csak valamilyen „szervezetszintű”, „cégszerű”, „vállalkozószerű” entitás lehet. Közbeszerzési szempontból „bárki” lehet alvállalkozó: lehet akár természetes személy (aki lehet „csak” személy, de lehet pl. egyéni vállalkozó is), egyesület, gazdasági társaság, szövetkezet, egyesülés, alapítvány (ún. jogi személyek), egyéni cég, továbbá minden olyan szervezet, amely a rá vonatkozó személyes jog szerint jogképes. Lehetnek „egyedül”, de lehetnek „többen”. A fogalom lényeges eleme, hogy gazdasági szereplőnek az a személy/szervezet minősülhet, aki illetve amely a piacon építési beruházások kivitelezését, áruk szállítását vagy szolgáltatások nyújtását kínálja.

A leggyakoribb értelmezési nehézség a „munkaviszony” (vagy az ezzel azonos megítélésű jogviszonyok), „munkavállaló” személyek megítéléséből ered. A munkavállalói jogviszony megítélése sokszor azért okozhat problémát a gyakorlatban, mert a korábbi közbeszerzési szabályozás az alvállalkozói fogalom esetében egy ideig kivételi körként kifejezetten nevesítette a munkaviszonyt, illetve egyéb foglalkoztatási jogviszonyt, azonban a ma hatályos Kbt.-ben már nem szerepel az alvállalkozói fogalom alóli kivételi körök között, amelyet többen úgy értelmeztek, hogy akkor a speciális „kivételi kör” jellege megszűnt.

Az Mt. 34. § (1) bekezdés alapján a „*munkavállaló az a természetes személy, aki munkaszerződés alapján munkát végez*”. A munkavállaló a piacon nem kínál kivitelezési, áruszállítási vagy szolgáltatásnyújtási tevékenységet, azaz nincs kint a beszerzési igény által körülhatárolt piacon, mivel ő az ajánlattevőn „belül” helyezkedik el, számára végzi a tevékenységét (munkavégzés), és az ajánlattevő kínálja a piacon a kivitelezési, áruszállítási

vagy szolgáltatásnyújtási tevékenységet. A munkaviszony (vagy az ezzel azonos megítélésű jogviszonyok) speciális jellegét tükrözi a Kbt. 9. § (8) bekezdés g) pontja, amely a Kbt. hatálya alóli kivételként határozza meg az ott felsorolt jogviszonyok megkötésére irányuló szerződéseket. Így logikailag, ha az ajánlatkérő-ajánlattevő között létrejött felsorolt jogviszonyok nem tartoznak a Kbt. hatálya alá, akkor az ajánlattevő és munkavállalója között létrejött felsorolt jogviszony miatt tartozna.

Gyakori félreértést okoz a „megbízási jogviszony” megítélése, amelyet hétköznapi szóhasználatban gyakran a munkaviszonnyal azonosítanak, különösen akkor, ha természetes személy a megbízott fél. A megbízási jogviszony azonban a Ptk-ban nevesített megbízási szerződés eredménye, amely kötelezettséget keletkeztet a szolgáltatás teljesítésére a megbízott részéről, így megbízási jogviszony esetén már vizsgálni kell az alvállalkozóra vonatkozó további fogalmi elemek teljesülését. Ennek megfelelően ha az adott személy nem az ajánlattevő „saját szervezetén belül” helyezkedik el valamilyen foglalkoztatási jogviszonyban, akkor vizsgálni kell a jogállását és részvételét a szerződés teljesítésében.

A „szakember” bevonása (akár alkalmassági követelmény, akár értékelési szempont, akár szerződéskötési feltétel) esetén óvatossá kell lenni, hiszen a Kbt-ben a munkajogviszony vagy egyéb foglalkoztatási jogviszony nincs említve az alvállalkozói fogalomnál, így egy szakember szerződés teljesítésében történő közvetlen részvétele esetén nem evidencia az alvállalkozói minőség vizsgálatának eredménye.

Előfordulhat például, hogy a közbeszerzési eljárás során még alvállalkozónak nem minősülő szervezet/személy (pl. munkavállaló) a szerződés teljesítési szakaszában már egyéni vállalkozóként szerződik ajánlattevővel, azaz a munkavállaló átlép a „gazdasági szereplő” fogalomkörébe, és az alvállalkozói fogalom többi elemére tekintettel az alvállalkozói minősítés már fennállhat, és alkalmazni kell az alvállalkozókra vonatkozó rendelkezéseket. A másik jellemző eset, hogy bár az ajánlattevő jövőbeli munkaviszonyt tervez adott természetes személlyel a közbeszerzés elnyerése esetén, de a közbeszerzési szerződés megkötéséig nem akar munkaviszonyt létesíteni. Ebben az esetben a közbeszerzési eljárásban vizsgálni kell az ajánlattevőn kívüli szerepkör fennállását (pl. alvállalkozó, kapacitást

biztosító szervezet). Az alvállalkozói minősítés is folyamatosan változhat, ezért az ajánlatkérőnek és az ajánlattevőnek folyamatosan vizsgálniuk kell az alvállalkozói fogalom fennállását.

2. a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében részvétel

A feltétel egyértelműsíti, hogy kizárólag a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében való részvétel esetén minősülhet egy gazdasági szereplő alvállalkozónak. Így, amennyiben az ajánlattevő nem a tárgyi közbeszerzési szerződés teljesítésében való részvétel érdekében veszi igénybe a gazdasági szereplő közreműködését, akkor e szerződés vonatkozásában a gazdasági szereplő nem fog alvállalkozónak minősülni.

Gyakori megoldás, hogy az ajánlattevő keretjellegű szerződéseket köt személyekkel/szervezetekkel, akiket/amelyeket akkor vesz igénybe, ha szükséges, azaz a tárgyi közbeszerzési eljárás megindítását vagy a tárgyi közbeszerzési szerződés megkötését megelőzően már szerződéses jogviszony áll fenn az ajánlattevő és a gazdasági szereplő között. A fenti feltétel egyértelműsíti, hogy amennyiben ezek a „rendelkezésre álló” személyek/szervezetek a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött adott szerződés teljesítésében nem vesznek részt, akkor nem minősülnek alvállalkozónak, de amennyiben a tárgyi közbeszerzési szerződés teljesítésére „lehívásra” („bevonásra”) kerülnek, akkor már megvalósul a feltétel.

3. részvétel Ajánlattevő által bevontan

Látszólag értelemszerű, hogy csak az a gazdasági szereplő nevezhető alvállalkozónak, akit illetve amelyet a nyertes ajánlattevő von be a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésébe. Ugyanakkor a feltétel kifejezett szerepeltetése egyértelművé teszi, hogy mindazon szereplők, amelyeket nem az ajánlattevő von be, nem tartoznak az alvállalkozó közbeszerzési fogalomrendszerébe. Ilyen gazdasági szereplők pl. az alvállalkozói szint alatt megjelenő következő szintek, a gyakorlatban félreértelmezhetően „subalvállalkozók”-nak nevezett szintek, vagy az alvállalkozónak nem minősülő gazdasági szereplők által bevont személyek, szervezetek (pl. szakhatóság által bevont személy, szervezet). A fogalmi különbözőségekből láthattuk, hogy az építőipari ágazat fogalmi

rendszerében mindenki alvállalkozó, aki „felett” másik kivitelezői szint helyezkedik el, a közbeszerzés fogalomrendszere viszont megáll az ajánlattevőt követő első szinten. Ugyanígy nem minősülnek alvállalkozónak az ajánlatkérő oldalán megjelenő személyek, szervezetek.

Közös ajánlattevők esetében az ajánlattevői bevonás értelmezhető úgy is, hogy csak a közös ajánlattevők egyike, vagy többen vagy mindannyian bevonják az adott személyt/szervezetet a szerződés teljesítésébe.

4. közvetlen részvétel a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében

Az alvállalkozói fogalom következő eleme: a „részvétel” és a részvétel „közvetlensége”.

A „részvétel” és a „közvetlenség” mint fogalmi feltételek számtalanszor okoznak értelmezési nehézséget, hiszen sok esetben nem egyértelmű, hogy a szerződés kapcsán való „megjelenés” mikor válik „részvétellé”, illetve a részvétel mikor válik közvetettből közvetlenné. Gyakori kérdés, hogy a „közvetlen részvétel” azt jelenti-e, hogy a gazdasági szereplő kifejezetten „odamegy és csinál is valamit”, vagy közvetlen részvételnek minősül a „kiszegítő, tanácsadó, távoli jellegű” feladatvégzés is.

A „közvetlen részvétel”-t mindig az adott beszerzés vonatkozásában lehet megítélni: az adott beszerzési igény teljesítéséhez milyen tevékenységek szükségesek, vagy másik oldalról megközelítve: melyek azok a tevékenységek, amelyek elvégzése hiányában a szerződés nem lenne teljesíthető. A „közvetlen részvétel” megállapításának kulcskérdése: a gazdasági szereplő az ajánlattevő „helyett” végez-e tevékenységet, azaz az ajánlattevőt terhelő szerződéses kötelezettséget teljesít-e; a gazdasági szereplő által ellátott tevékenység elvégzése következik-e jogszabályból, a közbeszerzési dokumentumokból (különösen műszaki leírás), az ajánlatból (különösen szakmai ajánlat, árazott költségvetés), a szerződésből, azaz az adott feladat teljesítése az ajánlattevő részére teljesítési kötelezettségként megállapítható-e. A „közvetlen részvétel” megállapíthatósága nincs azzal összefüggésben, hogy a beszerzési igény teljesítésének melyik fázisához kapcsolódik. A „közvetlen részvétel” az előkészítő és utótevékenység végzésével is megvalósulhat, az alvállalkozói minőség megállapítása szempontjából irreleváns, hogy a szerződés teljesítése érdekében az előkészítés (pl.

csatornaépítés esetén az előkészítő földmunka), a releváns tartalom elvégzése (pl. csatornaépítés) vagy az utómunkálatok (pl. tereprendezés, üzembehelyezés) végzésében vett részt a gazdasági szereplő, ha az ajánlattevő szerződéses kötelezettségei ezekre a szakaszokra is vonatkoznak. Nem feltétel az sem, hogy a fenti dokumentumokban a tevékenység kifejezetten jelölve legyen mint feladat, de amennyiben a tevékenység feladatként kifejezetten szerepel, akkor a „közvetlen részvétel” megvalósul.

A szerződés teljesítésében való közvetlen részvétel megállapításánál kiszegítő elv lehet, hogy az adott gazdasági szereplő tevékenysége a szerződésszerű teljesítés folyamatába tartozik-e; a szerződés tárgyát képező „eredmény” rendeltetésszerű létrejöttéhez, a használatbavételhez és üzemszerű működéshez szükséges-e; a szerződésszerű tevékenység körülményeit (pl. biztonsági szolgálat-őrzés/védelem, balesetvédelem, egészségvédelem, munkavédelem, tűzvédelem) biztosítja-e, azaz összességében olyan tevékenység-e, amely nélkül a szerződésben foglaltakat szerződés szerint teljesíteni nem lehetséges.

A „közvetlen részvétel” jelleg megítélése a kapacitást biztosító személyek/szervezetek esetében szokott kérdést felvetni. Önmagában az a tény, hogy az ajánlattevő kapacitást biztosító személyt/szervezetet vont be a közbeszerzési eljárásban az alkalmassági követelménynek való megfelelés érdekében, nem jelenti azt, hogy az alvállalkozónak minősül, ezért vizsgálni kell az alvállalkozó fogalmának fennállását.

A kapacitást biztosító szervezet (a régebbi közbeszerzési szabályozásban erőforrást biztosító szervezet) szabályozásának korai éveiben (2003. évi Kbt.) a Közbeszerzési Döntőbizottság rendező elvnek tekintette, hogy az ajánlattevő és az erőforrás-szervezet közötti szerződés kifejezetten az adott közbeszerzés miatt, az adott közbeszerzési szerződés megkötése céljából jött-e létre, vagy egy „általánosan létező”, keretjellegű szerződésről volt szó. Ez a megközelítés ma már azért nem alkalmazható, mert a 2003-as Kbt.-ben az alvállalkozó fogalma más tartalommal bírt: az a szervezet/személy minősült alvállalkozónak, „amellyel (akivel) az ajánlattevő a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése céljából, e szerződésre tekintettel fog szerződést kötni vagy módosítani, kivéve, ha a szervezet (személy) tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi” (4. § 2. pont). Ahogy látjuk, az alvállalkozói fogalom

központi eleme az időbeliség volt, miszerint az ajánlattevő mikor köti meg/módosítja a szerződést a szervezettel/személlyel. A ma hatályos Kbt. nem az időbeliség oldaláról közelít, hanem a tevékenységvégzés oldaláról, miszerint a szervezet/személy közvetlenül részt vesz-e a szerződés teljesítésében.

A kapacitást biztosító személyek/szervezetek esetében az alvállalkozónak minősülés alóli mentesülés egyik gyakori oka a „részvétel” és „közvetlen részvétel” feltétel hiánya a szerződés teljesítésében.

A Kbt. 65. § (7) bekezdése alapján a kapacitást biztosító személynek/szervezetnek és az ajánlattevőnek az ajánlatban be kell mutatnia, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak majd a szerződés teljesítésének időtartama alatt.

A gazdasági és pénzügyi alkalmassági követelmény esetében a Kbt. 65. § (8) bekezdésben foglalt kezességi szabályok alapján kijelenthető, hogy a „részvétel” és a „közvetlen” részvétel követelménye hiányzik, hiszen a kapacitást biztosító személy/szervezet kezességet az ajánlatkérőt az ajánlattevő teljesítésének elmaradásával vagy hibás teljesítésével összefüggésben ért kár megtérítéséért felel, azaz nem követelmény, hogy részt vegyen a szerződés teljesítésében.

A Kbt. 65. § (9) bekezdés alapján „referencia”, illetve „szakember” erőforrás esetén az adott személynek/szervezetnek olyan mértékben kell részt vennie a szerződés (vagy a szerződés azon részének) teljesítésében, amelyhez az erőforrásokra szükség van, és ez a mérték - az ajánlattevő saját kapacitásával együtt - biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szak tudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését a teljesítésben.

Számos esetben a kapacitást biztosító személy/szervezet „tanácsadóként”, „szakmai segítségnyújtóként”, „szakmai ismeretadóként” áll rendelkezésre a szerződés időtartama során. A referencia, illetve valamilyen minőségbiztosítási intézkedés (pl. ISO9001) alkalmassági követelmény esetén az „erőforrás rendelkezésre állása”, a „szakmai tapasztalat érvényesülése” követelmény nehezebben értelmezhető, az ajánlattevő és a kapacitást biztosító szervezet/személy leggyakrabban egyfajta mögöttes tanácsadói szerepet képzel el rendelkezésre állással („ha van kérdés, majd tanácsot adok, hogyan kell csinálni”) a tényleges feladatvégzés helyett. Felmerül a kérdés, hogy a „rendelkezésre álló

tanácsadó” szerepkör vajon mennyire minősül „közvetlen” részvételnek a szerződés teljesítésében. A válasz ebben az esetben is az, hogy attól függ. Amennyiben a beszerzésnek, az ajánlattevő szerződéses kötelezettségének nem tárgya a „tanácsadás”, akkor a kapacitást biztosító szervezet nem vesz részt közvetlenül a szerződés teljesítésében, csak közvetett módon. Hasonló megközelítést lehet alkalmazni a valamilyen minőségbiztosítási tanúsítványnak való megfelelést biztosító kapacitás esetében: amennyiben a szerződéses kötelezettség nem tartalmaz minőségbiztosítási feladatot, minőségbiztosítási tanácsadást, minőségbiztosítási rendszer működtetését, akkor a kapacitást biztosító szervezet nem vesz részt közvetlenül a szerződés teljesítésében. Ugyanakkor, ha a „tanácsadás” megtestesül egy irányítási, utasítási, ellenőrzési, szervezési tevékenységben a szerződés teljesítése során, azaz a „passzív részvétel” helyett „aktív részvétel” jelenik meg, akkor már a „közvetlen részvétel” mint feltétel megállapítható lehet.

Az alkalmassági feltételek közül még a szakember, az engedéllyel, jogosítvánnyal vagy szervezeti, kamarai tagsággal való rendelkezés esetében gyakori a kapacitást biztosító személy/szervezet bevonása. Jellegükből adódóan, illetve a Kbt. 65. § (9) bekezdés és a Kbt. 138. § (2) bekezdés alapján, a „közvetlen részvétel” ezen erőforrások esetében a leginkább jellemző, de természetesen előfordulhat itt is a mögöttes tanácsadói jelleg.

A műszaki-technikai felszereltség mint erőforrás biztosítása pedig egy újabb elterjedt esetkör vizsgálatát igényli.

„Kölcsönzők” problematikája

A mai üzleti világban logisztikai, erőforrásgazdálkodási, költségtakarékossági, szervezetracionalizálási, illetve egyéb szempontok alapján a nyertes ajánlattevő sok esetben nem rendelkezik saját személyi, tárgyi és pénzügyi erőforrással, ezért a szerződés teljesítéséhez más személytől/szervezettől „kölcsönveszi”, „kibérli” ezeket az erőforrásokat.

A munkaerő-kölcsönzés, az eszköz/gép/berendezés-bérlés avagy a helyiség-bérlés esetében is nehezebb az alvállalkozói minőség megítélése. Cikkünk szempontjából azt nem elemezzük, hogy a „kölcsönzők” kapacitást biztosító személynek/szervezetnek minősülnek-e, mivel a kifejezetten az alvállalkozókra vonatkozó

rendelkezések alkalmazásának kötelezettségét vizsgáljuk.

A kölcsönzők, bérbeadók megítélése régóta vitapont a közbeszerzésben, a kapacitást biztosító szervezet mint jogintézmény megjelenésével, az alvállalkozó fogalom kialakulásával mindig felmerül, hogy a szerződés teljesítéséhez személyi és/vagy tárgyi erőforrást „kölcsön/bérlés” formájában rendelkezésre bocsátó szervezet alvállalkozónak minősül-e.

Munkaerő-kölcsönzés

A Munka Törvénykönyvéről szóló 2012. évi I. törvény (továbbiakban: Mt.) 214. § (1) bekezdés alapján:

- a) *munkaerő-kölcsönzés: az a tevékenység, amelynek keretében a kölcsönbeadó a vele kölcsönzés céljából munkaviszonyban álló munkavállalót ellenérték fejében munkavégzésre a kölcsönvevőnek ideiglenesen átengedi (kölcsönzés)”.*
- b) *kölcsönbeadó: az a munkáltató, aki a vele kölcsönzés céljából munkaviszonyban álló munkavállalót a kölcsönvevő irányítása alatt munkavégzésre, kölcsönzés keretében a kölcsönvevőnek ideiglenesen átengedi,*
- c) *kölcsönvevő: az a munkáltató, amelynek irányítása alatt a munkavállaló ideiglenesen munkát végez,*
- d) *kölcsönzött munkavállaló: a kölcsönbeadóval kölcsönzés céljából munkaviszonyban álló munkavállaló, akivel szemben a kikölcsönzés alatt a munkáltatói jogokat a kölcsönbeadó és a kölcsönvevő megosztva gyakorolja (munkavállaló),*
- e) *kikölcsönzés: a munkavállaló által a kölcsönvevő részére történő munkavégzés.”*

Munkaerő-kölcsönzés esetén a számunkra lényeges elem, hogy a munkavállaló a kölcsönbeadóval áll munkaviszonyban, vele köt munkaszerződést, a munkavállalóval szemben a munkáltatói jogokat a kölcsönbeadó és a kölcsönvevő megosztva gyakorolja.

A munkaerő-kölcsönzésnek tehát három szereplője van: a nyertes ajánlattevő (kölcsönvevő), egy másik munkáltató (kölcsönbeadó) és annak munkavállalója (kölcsönzött munkavállaló). Közbeszerzési szempontból a kölcsönbeadót és a kölcsönzött munkavállalót is szükséges vizsgálni az alvállalkozói minőség megállapítása érdekében.

Jogi oldalról a munkaerő-kölcsönző, azaz a kölcsönbeadó egy szolgáltatást nyújt, nevezetesen „munkaerőt ad kölcsön”, a saját munkavállalóját bocsátja más munkáltató (jelen esetünkben az ajánlattevő) rendelkezésére.

Az ajánlattevő és a munkaerő-kölcsönző között létrejött megállapodás tartalmazza a kölcsönzés lényeges feltételeit, a munkáltatói jogkör gyakorlásának a megosztását (Mt. 217. § (1) bekezdés). Ez a megállapodás annak a szolgáltatásnyújtásnak a jogalapja, hogy a munkaerő-kölcsönző a saját munkavállalóját átengedi (munkaerőt szolgáltat) az ajánlattevő részére, hogy annak munkát végezzen. Ezért a munkaerő-kölcsönző gazdasági szereplőnek minősül, így vizsgálni kell az alvállalkozóra vonatkozó további fogalmi elemek teljesülését. A közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésébe az ajánlattevő által történő bevonás megállapítható feltétel a munkaerő-kölcsönző esetében, hiszen az ajánlattevő pont azért köt vele szerződést, mert a munkavállalójára szükség van a közbeszerzési szerződés teljesítése érdekében. Az alvállalkozói fogalom alóli kivételi körökbe tartozás esélye gyakorlatilag zéró, hiszen a kölcsönbeadó szerepköre: „munkaerő-kölcsönző”. Az alvállalkozói fogalom elemei közül a „közvetlen részvétel” maradt hátra: a munkaerő-kölcsönző a munkaerő átadására szerződik, az ajánlattevővel kötött szerződés tárgya a munkaerő „odaadása” az ajánlattevő részére, amely felett a munkáltatói jogokat megosztottan gyakorolják. Véleményem szerint a munkaerő-kölcsönző részéről nem valósul meg a „közvetlen részvétel” a közbeszerzési szerződés teljesítésében, mivel nem az ajánlattevő szerződéses kötelezettségének részét képező tevékenységet végzi.

A kölcsönzött munkavállaló a kölcsönbeadóval van munkaviszonyban, a kölcsönző ajánlattevővel nincs semmilyen szerződéses jogviszonyban. Az Mt. 34. § (1) bekezdés alapján „munkavállaló az a természetes személy, aki munkaszerződés alapján munkát végez”. Az Mt. 219. § (1) bekezdés alapján: „A kikölcsönzés tartama alatt a munkavállaló számára biztosítani kell a kölcsönvevővel munkaviszonyban álló munkavállalókra irányadó alapvető munka- és foglalkoztatási feltételeket”. Az egyenlő bánásmódnak ezen követelménye alapján is a kölcsönzött munkavállaló státusza a saját munkavállalóhoz közelít. A kölcsönzött munkavállaló nem kínál piacon szolgáltatást, ezért a munkavállaló nem minősül gazdasági szereplőnek. A kölcsönzött munkavállaló közvetlenül részt vesz a szerződés teljesítésében, a kivételi kör vonatkozásában a kizárólagos jog feltétel fennállhat.

Célszerű említést tennünk a „közvetítőkről” is.

A munka-közvetítés annyiban hasonlít a munkaerő-kölcsönzésre, hogy a munkaerő-közvetítő is piaci szolgáltatást nyújt az ajánlattevő számára, a szolgáltatás az adott munkára alkalmas jelöltek felkutatására irányul: összehozza a munkaerőpiaci keresleti és kínálati oldalt. A munka-közvetítő is gazdasági szereplőnek minősül, azonban a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében nem vesz részt, így alvállalkozói minősége nem áll fenn. A munka-közvetítő által „megtalált” munkavállaló pedig a korábban kifejtettek alapján nem minősül alvállalkozónak.

Természetesen, amennyiben a beszerzési igény tárgya munkaerő-kölcsönzés, illetve a munkaerő-közvetítés, akkor az alvállalkozói minőség vizsgálata más eredménnyel járhat.

Eszközbérlés (ideértve: gép, berendezés is) esetében a bérleti szerződés alapján a „*bérbeadó meghatározott dolog időleges használatának átengedésére, a bérlő a dolog átvételére és bérleti díj fizetésére köteles*” (Ptk. 6:331. § (1) bekezdés). A bérlő a dolgot rendeltetésének és a szerződésnek megfelelően használhatja. (Ptk. 6:333. § (1) bekezdés).

A bérleti szerződés tehát arra irányul, hogy az ajánlattevő használati jogot szerez olyan eszközökön, amelyeket különböző megfontolásból nem akar saját maga tulajdonolni, a bérbeadó pedig lemond a használati jogáról. A teljesítésben a bérbeadott eszközök „vesznek részt”, de maga a bérbeadó személy/szervezet nem, sok esetben nem is tudja, hogy konkrétan milyen szerződés teljesítéséhez használják az eszközeit. Végülis a bérbeadót mi különbözteti meg az alkatrész-eladótól, alapanyag-eladótól, építőanyag-eladótól? Csak egy elem: a bérbeadó előbb-utóbb visszakapja a bérelt eszközt, de ez az alvállalkozói fogalom szempontjából irreleváns.

Más a mérlegelési szempont, ha az eszközzel együtt a kezelő személyzetet is biztosítja a bérbeadó. Példával illusztrálva a gondolatmenetet. Egy építési beruházásnál az építőanyagokat mozgatni kell. Ehhez szükség van rakodógépre. Ha a gazdasági szereplő a rakodógép mellé a személyzetet is odaadja, akkor már nem használati jog átadására irányul a kötelelem, hanem eredménykötelemmé válik (eredmény: építőanyagok „A” pontból „B” pontba kerüljenek), ezért a rakodógép tulajdonosa/birtokosa/használója (immáron nem nevezhetjük tovább bérbeadónak) részt vesz a szerződés teljesítésében (a rakodás munkafolyamatában), így a „közvetlen

részvétel” mint fogalmi elem fennáll. Ha a bérbeadó csak az eszközt adja oda az ajánlattevő részére, de semmilyen munkafolyamatban, tevékenységben, szerződéses kötelezettségben nem vesz részt, akkor nem áll fenn a fogalmi elem. Természetesen ismét meg kell jegyezni, hogy amennyiben a beszerzési igény tárgya „eszközbérlés” (pl. fénymásoló-bérlés), akkor az alvállalkozói minőség vizsgálata más eredménnyel járhat.

A szerződés teljesítéséhez számos esetben szükséges valamilyen helyszín is. Építési beruházások esetén gyakori, de akár árubeszerzés esetében is előfordulhat, hogy az ajánlattevő személy-, anyag- vagy eszköztárolási céllal telephelyet bérel, vagy a szolgáltatás teljesítése érdekében helyszínre van szükség. Amennyiben a helység-bérlés célja a szerződés teljesítéséhez szükséges emberek elszállásolása, az anyagok és eszközök tárolása, a szerződés tartalmát képező szolgáltatás elvégzése (pl. képzési szolgáltatás esetén a tanterem) akkor a bérbeadó a szerződés teljesítésében nem vesz részt közvetlenül. Ugyanakkor amennyiben a helység-bérlés a szerződés tárgyát képezi (pl. egy iskolai ünnepséghez helyszín biztosítása) vagy a bérbeadó további szolgáltatást is végez (pl. telephely esetén az őrzés-védelem, terembérlés esetén a technikai eszközök működtetése vagy catering), akkor itt is igazak az előbb elmondottak: már nem használati jog biztosítására irányul a kötelelem, hanem jellegüktől függően gondossági vagy eredménykötelemmé válnak. A telephely/helyiség tulajdonosa (immáron már őt sem nevezhetjük bérbeadónak) részt vesz a szerződés teljesítésében, így a „közvetlen részével” mint fogalmi elem fennáll.

Összességében a „kölcsönzők” esetében is igaz az az alaptétel, hogy a beszerzési igény tartalma, az ajánlattevő szerződéses kötelezettségei, az ajánlatkérő és az ajánlattevő között létrejött jogviszony teljesítéséhez szükséges tevékenységek köre határozza meg, hogy a „kölcsönzők” az adott konkrét közbeszerzési szerződésben alvállalkozónak minősülnek-e. Az alvállalkozói minőség vizsgálata során az adott szerződés tárgyából, a beszerzés műszaki tartalmából kell kiindulni, azaz a nyertes ajánlattevőnek mi a szerződésben vállalt feladata.

5. Kivételi körbe tartozás hiánya

A Kbt. kiemel néhány szervezeti, személyi kört, amelyeket nem tekint alvállalkozónak akkor sem, ha az

alvállalkozói fogalom többi eleme teljesül. A kivételi körként meghatározott szervezetek/személyek is a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez szükséges tevékenységet végeznek, de jellegük alapján vagy nem lehet mást bevonni (kizárólagos jog) vagy a „tevéleges részvétel” (gyártó, forgalmazó, eladó) hiányzik.

Kivételi körbe tartozik:

- a) *azon gazdasági szereplő, amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,*
- b) *a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártó, forgalmazó, alkatrész vagy alapanyag eladó,*
- c) *építési beruházás esetén az építőanyag-eladó.*

A kivételként meghatározott esetköröket – mint minden kivételt – szűken kell értelmezni.

A kivételi kört két szemszögből szükséges megközelíteni:

- a személy/szervezet oldaláról (ki?), azaz milyen szerepkört tölt be az adott személy/szervezet a tárgyi közbeszerzési szerződés teljesítése során,
- a tevékenység oldaláról (mit?), azaz az adott személy/szervezet milyen tevékenységet lát el a tárgyi közbeszerzési szerződés teljesítése során.

A kivételi körre csak akkor lehet jogszerűen hivatkozni, ha a kivételi körbe tartozó „személyi” és „tevékenységi” feltétel az adott közbeszerzési szerződés teljesítése vonatkozásában, nem pedig „általános” jelleggel teljesül. A kivételi körökbe tartozó személyek/szervezetek esetében fokozott figyelemmel kell eljárni, ha az adott személy/szervezet „kilép” a kivételi körbe tartozó szerepköréből vagy a szerepkörhöz nem tartozó, más tevékenységet is végez a szerződés teljesítése során, ez esetben a kivételi kör már nem áll fenn. Ekkor már vizsgálni kell az alvállalkozói fogalom fennállását, és így előfordulhat, hogy egy személy/szervezet részben alvállalkozónak fog minősülni és ezért alkalmazni kell rá az alvállalkozókra vonatkozó rendelkezéseket, míg részben nem minősül alvállalkozónak. A szerepkörből való kilépésre lehet példa, ha az egyébként általános jelleggel eladóként tevékenységet végző szervezet az adott közbeszerzési szerződésben nem eladóként jelenik meg, vagy egy gyártó más gyártó termékének beépítését végzi. A tevékenységi körnél pedig ilyen eset lehet például, ha az építőanyag-eladó részt vesz az építőanyag beépítésében, alapanyag-eladó az alapanyagok összeállításában, a gyártó az eszköz üzemeltetésében vagy a forgalmazó a szervizelésben.

A kivételi körbe tartozó és nem tartozó tevékenység arányának akkor van jelentősége, ha a közbeszerzési szerződés még a korábban hatályos Kbt. 138. § (1) és (5) bekezdés hatálya alá tartozik, amelyek alapján az alvállalkozók arányát még szükséges vizsgálni a felső korlátra való tekintettel. A bevonási korlát számításánál azt kell figyelembe venni, hogy az egyes szerepkörök (ajánlattevő, alvállalkozó, egyéb közreműködő) ténylegesen milyen tevékenységet láttak el, és az általuk ellátott tevékenységeknek mekkora az értéke az ajánlattevővel kötött közbeszerzési szerződés alapján. A Közbeszerzési Döntőbizottság határozataiból kiolvasható, hogy szoros összefüggés esetén a kivételi körbe nem tartozó tevékenység (pl. építőanyag-beépítés) és a kivételi körbe tartozó tevékenység (pl. építőanyag-eladás) értékét egyszerre kell figyelembe venni.

a) Kizárólagos jog

A kivételi körök közül a kizárólagos jog számos izgalmas kérdést vet fel. A kizárólagos jog mint fogalom a közbeszerzési jogtörténetben, illetve a ma hatályos közbeszerzési szabályozásban sokféle jelentéssel bír: mindig kérdésként merült fel, hogy csak jogszabályon, valamilyen hatósági aktuson alapulhat vagy egy „egyszerű” polgárjogi szerződésre is alapozható-e. Az alvállalkozói fogalom alóli kivételi kör esetében szintén nem találunk utalást vagy korlátozást a fogalom tartalmára vonatkozóan, így a jogszabály, hatósági aktus mellett a szerződésen alapuló kizárólagos jog is megalapozhatja a kivételi kört. Ez utóbbi esetben azonban ügyelni kell – már csak az alapelvekre való tekintettel is –, hogy kik között és mikor jött létre a kizárólagos jogot megalapozó szerződés.

A kizárólagos jog megítélésénél arra a kérdésre kell választ keresnünk, hogy „más” személy/szervezet jogszerűen elvégezheti-e az adott tevékenységet (megfordítva: jogilag csak az adott személy/szervezet képes-e a munka elvégzésére?), és nem arra a kérdésre ad választ, hogy az adott gazdasági szereplő tudná a legjobban, legegyszerűbben, leggyorsabban, legolcsóbban, legmegbízhatóbban stb. elvégezni, vagy az az érv sem állja meg a helyét, hogy az adott gazdasági szereplő végzett egy korábbi azonos szolgáltatást, vagy vélelmezhetően „mindent jobban ismer”. Nem alapozza meg a kizárólagos jogot, ha a szerződő felek valamelyike véleménye szerint az adott személy/szervezet által végzett tevékenység, által biztosított eszköz, személy

„elengedhetetlenül” szükséges, „nélkülözhetetlen” a szerződés teljesítéséhez. Ugyancsak az alapelvekre tekintettel teljes bizonyossággal kijelenthető, hogy nem fog megfelelni a kivételi körnek, ha a nyertes ajánlattevő „gyorsan” köt egy szerződést a gazdasági szereplővel, amelyben kizárólagos jogot állapítanak meg.

A kizárólagos jog fennállását megalapozó körülményeket tudni kell igazolni. A kizárólagos jognak kifejezettnek kell lennie, ha csak közvetve állapítható meg, akkor az nem elegendő a kivételi kör megállapításához. Kizárólagos jogot alapító dokumentumból (pl. jogszabály, hatósági határozat, hatósági engedély, szerződés) egyrészt pontosan ki kell derülnie a kizárólagos joggal rendelkező személynek/szervezetnek, valamint annak, hogy a kizárólagos jog milyen tevékenységre, milyen körben, őt illeti. Ennek a kizárólagos jogot alapító dokumentum tartalmához pedig illeszkednie kell az adott közbeszerzési szerződés során bevonni kívánt személynek/szervezetnek, valamint a szerződés teljesítése során ellátott tevékenységnek, ellenkező esetben a kizárólagos jog nem megalapozott.

Kizárólagos jog szerinti kivételi körök lehetnek a gyakorlatban: pl. (szak)hatósági feladat, szerzői joggal védett tevékenység, kizárólagos jog alapján működő közszolgáltató részvétele.

Többször előforduló hivatkozási alap a kizárólagos jognál, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban kijelöl egy személyt/szervezetet, akit, illetve amelyet a nyertes ajánlattevő köteles bevonni a szerződés teljesítésébe. Ez a tény önmagában nem alapoz meg kizárólagos jogot az adott személy/szervezet vonatkozásában az alvállalkozói minősítést illetően, mindamellett, hogy a Kbt. 138. § (3) bekezdése alapján akár jogsértő is lehet. Abban az esetben, ha az ajánlatkérő oldaláról merül fel, hogy a szerződés teljesítésébe egy kizárólagos joggal rendelkező szereplőt kell bevonni, akkor elvárt, hogy a közbeszerzési dokumentumok tartalmazzák ezt az információt és annak jogalapját.

Gyakori, hogy egy névjegyzéken való szereplés kötelezettségéhez kötött tevékenység elvégzésére igénybe venni kívánt személy/szervezet esetén

hivatkozási alapként jelenik meg, mondván „kizárólag a névjegyzéken szereplő személy/szervezet” teljesíthet. Ez a hivatkozás önmagában kevés, főleg, ha a névjegyzéken több személy/szervezet is szerepel és nincs jogi akadálya, hogy részt vehessenek a teljesítésben. Ebben az esetben szükséges még valami „többlet” a kizárólagos jog fennállásához (pl. hatósági kirendelés, területi korlátozás).

Árubeszerzéseknél gyakran előfordul, hogy valamely személy/szervezet kizárólagos jogra hivatkozik (pl. kizárólagos forgalmazási jogosultság). Ez is megalapozhatja az alvállalkozói fogalom alóli kivételi kört, ha a kizárólagos jogot megalapozó dokumentum igazolja, hogy „nincs égen és földön más”, aki az adott tevékenységet elvégezheti.

b)-c) Gyártó, forgalmazó, alkatrész-eladó, alapanyag-eladó, építőanyag-eladó

A felsorolt kivételi köröknél lényeges szempont a „szerepkör”, és annak tartalma, amely azonban különösen a „gyártó” és a „forgalmazó” tekintetében nem egységesen meghatározható. A Ptk. tartalmaz gyártóra vonatkozó fogalmat egyes jogintézményeknél (pl. 6:553. §¹), de rendszeresen megtalálható az „e fejezet alkalmazásában” korlátozó rendelkezés is, vagy más esetben a Ptk. pl. a forgalmazót beemeli a gyártó fogalmába². Maga a Kbt. sem határozza meg az egyes fogalmakat, így az adott beszerzési igény ágazat-szakmai szabályaira lehet alapozni.

Így nemcsak a szerepkör valós fogalma nem egyértelmű, hanem az általuk végzett tevékenység megítélése is a gyakorlatban sokszor nehézségekbe ütközik.

A döntőbizottsági határozatokból kiolvasható, hogy az építőanyag-eladó esetében nem releváns, hogy üzletszerű és rendszeres vagy egyszeri tevékenységről van-e szó, az építőanyag-eladói tevékenység végzéshez kapcsolódik-e személyi és tárgyi infrastruktúra vagy sem. Az alapanyag-eladó, illetve analógiával az alkatrész- és építőanyag-eladó vonatkozásában is alkalmazható ez a megközelítés, hogy a kivételi kör teljesüléséhez magát a tevékenységet szükséges vizsgálni, és nem pedig azt, hogy a tevékenységet rendszeresen vagy

¹ A Polgári Törvénykönyvről (PTK) szóló 2013. évi V. törvény 6:553. § (1) bekezdése értelmében: „... gyártó a végtermék, a résztermék, az alapanyag előállítója, valamint aki a terméken elhelyezett nevével, védjeggyel vagy egyéb megkülönböztető jelzés alkalmazásával önmagát a termék gyártójaként tünteti fel.”

² Ptk. 6:168. § (2) bekezdés: „Ezen alcím alkalmazásában gyártónak minősül a termék előállítója és forgalmazója.”

alkalmanként, állandó vagy alkalmi infrastruktúrával végzi az eladó.

A szállítási tevékenység megítélése is különböző, egyes nézőpontok szerint a szállítás már „más” tevékenység, mint a gyártás, forgalmazás és az eladás, más nézőpontok szerint járulékos tevékenység. Abban nem lehet vita, hogy ha az adott beszerzési igény maga a szállítás (pl. gyárköltöztetés) vagy a gyártó/forgalmazó/alkatrész-eladó/alapanyag-eladó/építőanyag-eladó az adott szerződés teljesítésében nem ebben a szerepkörében vesz részt (pl. gyártó részt vesz más gyártó termékének szállításában), akkor a kivételi kör nem áll meg.

Építőanyag-eladó esetében a Közbeszerzési Döntőbizottság vizsgálta az építőanyag-szállítást mint kiegészítő tevékenységet, miszerint az építőanyag szállítási tevékenységet hogyan kell megítélni egy kivételi körbe tartozó gazdasági szereplő esetében. A Közbeszerzési Döntőbizottság arra az álláspontra jutott, hogy az építőanyag-eladási tevékenységhez az építőanyag kiszállítása szorosan kapcsolódik, általában az építőanyag-eladó szállítja az építés helyszínére az építőanyagokat, a szállítási tevékenység értéke elenyésző az építőanyag-eladási tevékenység értékéhez képest. Ezért elfogadta az alvállalkozói fogalom alóli kivételi körként, ha az építőanyag-eladó a kiszállítást is végezte. Ez a megközelítés hasonló az árubeszerzés-üzembelyezési tevékenység kapcsolathoz. Ez utóbbi hiába egy szolgáltatási tevékenység, annyira szorosan kapcsolódik az árubeszerzéshez, hogy osztja a sorsát és az árubeszerzés fogalom körébe tartozik. A döntés kapcsán szükséges megjegyezni, hogy kulcskérdés volt a két tevékenység értékének aránya. Vélelmezhetően pont az ellenkező megítélés alá esne, ha a szállítási tevékenység értéke jelentősen közelít vagy meghaladja az építőanyag-eladás értékét, hiszen ez esetben a jogviszony tartalma valójában szállításra irányul.

Az építőanyag-eladás és az építőanyag-szállítás fenti összefüggéseit ugyanakkor ki lehet vetíteni a többi kivételi körre, hiszen a gyártó, forgalmazó, alkatrész- vagy alapanyag-eladó is gyakran maga teljesíti az eszközök kiszállítását. Gyakorlatban találkozhatunk azzal az esettel, amikor az értékes áru kiszállításához a gyártó ragaszkodik, vagy egy nagyobb mennyiségű eszköz szállítását a forgalmazó/eladó vállalja. Ennek sok esetben praktikus okai vannak, az idő-, költség-takarékosságtól, az üzleti megfontolásokon át, a

többszöri be- és kirakodásból eredő kockázatok csökkentéséig.

Véleményem szerint nincs különbség az építőanyag-eladó mint kivételi kör, illetve a gyártó/forgalmazó/alkatrész-eladó/alapanyag-eladó mint kivételi kör tevékenysége között abban az értelemben, hogy mindannyian a beszerzés teljesítéséhez szükséges „termékeket” keletkeztetnek és/vagy adnak át az ajánlattevő részére anélkül, hogy a teljesítésben egyéb módon részt vennének. Így az eladáshoz kapcsolódó szállítás mint járulékos és alacsonyabb értékű tevékenység megközelítése esetükben is alkalmazható. Amennyiben azonban az ajánlattevő és a gazdasági szereplő között a megrendelés, szerződés kifejezetten szállítási tevékenységre vonatkozik, akkor hiába építőanyag-eladó/gyártó/forgalmazó/alkatrész-eladó/alapanyag-eladó a gazdasági szereplő egyébként, a szállítás nem a kivételi körbe tartozó szerepkör része.

Bonyolódik a helyzet akkor is, ha a gyártó/forgalmazó/alkatrész-eladó/alapanyag-eladó/építőanyag-eladó elad, kiszállít és még beépít (beszerel/üzembelyez/telepít/betanít) is. Ebben az esetben már a szerepkörüktől eltérő, tágabb tevékenységet végeznek, ezzel már nem tartoznak a kivételi körbe.

A gyártó esetében viszont további kérdések merülnek fel. Ilyen eset például, ha a gyártó a szoros értelemben vett gyártás mellett más szolgáltatást is végez az ajánlattevő számára. Sok esetben a gyártó a gyártói jótállás feltételeként határozza meg, hogy a telepítést/üzembelyezést ő maga, saját szakembereivel végezze. Gyakori szolgáltatás (beszerzési igény) a gyártó saját termékének „gyártói támogatása” vagy „verziókövetés” mintegy jótállási szolgáltatásként. Ezekben az esetekben az ajánlattevő nem dönthet, hogy maga végzi a tevékenységet vagy „más”, a gyártó fogja a tevékenységet elvégezni. Nézőpontom szerint az ilyen jellegű szolgáltatások a „gyártói léthez” kapcsolódnak, a szolgáltatások elvégzése csak a gyártó által lehetséges, és ezekben az esetekben nem az ajánlattevői kötelezettség „szétosztása” a cél. A helyzet megítélése változik akkor, ha a gyártó tőle független, „más” személy/szervezet igénybevételének kötelezettségét jelöli meg (pl. jegyzéken lévő személy/szervezet közül lehet választani - beüzemelés, karbantartás, szervizelés), mert ez a „más” személy/szervezet már nem a gyártó.

6. Visszterhesség

Bár a fogalmi elemek nem tartalmazzák, de a közbeszerzés fogalomrendszere miatt a „visszterhesség” is az alvállalkozói minősítés lényeges eleme arra való hivatkozással, hogy maga a közbeszerzési szerződés visszterhes jellegű, azaz az alvállalkozó által végzett tevékenység ellenértékét az ajánlatkérő megfizeti az ajánlattevőnek.

Záró gondolat

Az alvállalkozói minőség megállapítása a szerződés teljesítésében résztvevők tekintetében komplex vizsgálatot igényel a szerződő felek részéről. Az alvállalkozói fogalom konjunktív fogalmi elemeit mindig az adott személy/szervezet vonatkozásában, az adott beszerzési igény és az adott közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek figyelembevételével egyedileg kell vizsgálni.

Releváns jogesetek - Alvállalkozói minőség megállapítása

D.73/10/2020.	D.386/10/2018.
D.558/12/2019.	D.300/10/2018.
D.455/9/2019.	D.287/37/2018.
D.415/23/2019.	D.285/16/2018.
D.56/7/2019.	D.284/16/2018.
D.49/14/2019.	D.283/16/2018.
D.11/26/2019.	D.282/15/2018.
18.K.700.310/2018/16.	D.281/16/2018.
21.K.700.334/2018/8.	D.162/36/2018.
D.408/11/2018.	D.189/19/2017.
D.399/16/2018.	D.169/32/2017.
D.398/15/2018.	D.28/24/2017.