

KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: +36 1 882 8640

Alkotmánybíróság

Budapest

Donáti utca 35-45.

1015

Dr. Kovács László

Közbiztosítási Hatóság

(1026 Budapest, Riadó u. 5.)

mint törvényes képviselő

által képviselt

Közbiztosítási Hatóság

(1026 Budapest, Riadó u. 5.)

mint a bírói indítványi kérelemmel érintett hatóság

véleménye

A közbiztosításokról szóló 2015. évi CXLI. törvény 62. § (1) bekezdés n) pontja szövegrésze alaptörvényellenessége és megsemmisítése iránt a Fővárosi Törvényszék Közigazgatási Kollégiuma által kezdeményezett,

az Alkotmánybíróság előtt III/00838/2021. ügyszámon folyamatban lévő eljárásban.

Tisztelt Alkotmánybíróság!

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 62. § (1) bekezdés n) pontja szövegrésze alaptörvény-ellenessége és megsemmisítése iránt a Fővárosi Törvényszék Közigazgatási Kollégiuma által kezdeményezett, az Alkotmánybíróság előtt III/00838/2021. ügyszámon folyamatban lévő eljárásban, az Alkotmánybíróságról szóló 2011. évi CLI. törvény (a továbbiakban: Abtv.) 57. § (2) bekezdése értelmében, mint a bírói indítványi kérelemmel érintett hatóság az alábbi

v é l e m é n y t

terjesztem elő.

Kérem, hogy a Tisztelt Alkotmánybíróság az Abtv. 57. § (2) bekezdése alapján a véleményemet ítélje a Kp. 34. § b) pontja szerinti bírói indítvány elbírálásához szükségesnek, és a bírói kezdeményezést utasítsa el, a következő indokok alapján.

A Közbeszerzési Hatóság és a Közbeszerzési Döntőbizottság gyakorlata

A Fővárosi Törvényszék 2021. március 30-án kelt végzésével a 104K.706.074/2020. számon folyamatban lévő perben a per felfüggesztése mellett egyedi normakontroll eljárást kezdeményezett. Az eljáró bírói tanács indítványában kérte a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pont „a Tptv. 11. §-a, vagy az EUMSZ 101. cikke szerinti - három évnél nem régebben meghozott - véglegessé vált és végrehajtható versenyfelügyeleti határozatban vagy a versenyfelügyeleti határozat megtámadására irányuló közigazgatási per esetén a bíróság véglegessé vált és végrehajtható határozatában megállapított és bírsággal sújtott jogszabálysértést követett el” szövegrésze alaptörvény-ellenességének megállapítását és megsemmisítését, továbbá általános és az egyedi ügyben történő alkalmazásának kizárását. A bíróság álláspontja szerint - versenyfelügyeleti határozat megtámadására irányuló közigazgatási per esetén - a sérelmezett rendelkezés első és második fordulatainak egymásra tekintettel történő értelmezésével sem lehet a kizáró ok fennállását vagy annak hiányát egyértelműen megállapítani. A norma hiányossága okán homályos, az önmagával és az alkalmazandó egyéb jogszabályi rendelkezésekkel nem áll koherens összefüggésben, fordulatai az ajánlatkérők számára értelmezhetetlenek és alkalmazhatatlanok. A nyelvtani értelmezésből eredő végrehajthatatlansága és a rendszertani értelmezésből eredő kiszámíthatatlansága, továbbá a világosság és egyértelműség hiánya, ezáltal értelmezhetlensége a jogbiztonság részét képező normavilágosság követelménye sérelmét okozza.

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja nem okoz jogértelmezési problémát. A Közbeszerzési Hatóság és a Közbeszerzési Döntőbizottság kialakított egy következetes joggyakorlatot, mind a vitatott kizáró ok, mind a hasonlóan megfogalmazott egyéb kizáró okok kapcsán. A kizárás hároméves időtartamát a Kbt. 63. § (3)

bekezdésének megfelelően kell számolni. Két esetet határoz meg a jogalkotó. Az első esetben a jogsértést a Gazdasági Versenyhivatal végleges határozata állapítja meg, ilyenkor a hároméves kizáró ok - az Ákr. 82. § (1) bekezdése alapján - a döntés közlésével (véglegessé válásával) áll be. A második esetben a jogsértést közigazgatási per keretében a bíróság állapítja meg. Ez olyankor fordulhat például elő, amikor a Gazdasági Versenyhivatal határozatát - mely egyébként nem állapít meg jogsértést - megváltoztatja a bíróság. Ebből következően az az eset, amikor közigazgatási per keretében a bíróság helybenhagyja a Gazdasági Versenyhivatal döntését, a kizáró ok beálltát nem befolyásolja, az továbbra is a határozat véglegessé válásától számítandó, vagyis önmagában a közigazgatási per kezdeményezése nem jár halasztó hatállyal a kizáró ok fennállására vonatkozóan.

Ezt az értelmezést támasztja alá a Közbeszerzési Döntőbizottság gyakorlata is. Ugyan nem az „n) pontos”, hanem a Kbt. 62. § (1) bekezdés q) pontja szerinti kizáró ok kapcsán merült fel először az akkor még új Ákr. értelmezésének kérdése, azonban mivel a két kizáró ok időtartamának meghatározása szinte azonosan van megfogalmazva a Kbt.-ben, a Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint figyelembe kell venni a Közbeszerzési Döntőbizottság gyakorlatát. A Kbt. 62. § (1) bekezdés q) pontja - a 2021. február 1-jével történő hatályon kívül helyezését megelőzően hatályos szövege - szerint az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, és nem vehet részt alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, *„aki súlyosan megsértette a közbeszerzési eljárás vagy koncessziós szerzési eljárás eredményeként kötött szerződés teljesítésére e törvényben előírt rendelkezéseket, és ezt a Közbeszerzési Döntőbizottság véglegessé vált, - vagy a Döntőbizottság határozatának megtámadására irányuló közigazgatási per esetén a bíróság jogerős - 90 napnál nem régebben meghozott határozata megállapította”*.

Ezen döntések alapján a Közbeszerzési Döntőbizottság értelmezése szerint a határozatok véglegessé válását követően azonnal beállt a Kbt. 62. § (1) bekezdésének q) pontja szerinti kizáró ok hatálya az érintett gazdasági szereplőkkel szemben, azzal, hogy a kizáró ok időtartama a végleges határozattól számított. A Közbeszerzési Döntőbizottság gyakorlata töretlen maradt egészen az érintett kizáró ok hatályon kívül helyezéséig.

Későbbiekben a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja kapcsán is ezt a következetes gyakorlatot követte a Közbeszerzési Döntőbizottság a jogorvoslati eljárásai során (így a D.169/13/2020. sz. határozat alapjául szolgáló ügyben is ez volt az irányadó jogértelmezés).

Az öntisztázás jogintézménye

A kizáró okok alkalmazásának célja annak megakadályozása, hogy megbízhatatlannak minősített vállalkozások részt vehessenek közbeszerzési eljárásokban, amelyek célja éppen az átláthatóság, megbízhatóság és hatékonyság biztosítása.

Kétségtelen, előfordulhat, hogy akként kerül egy vállalkozás kizárt helyzetbe, hogy valójában megbízható és működése nem jelent veszély a gazdaságra, éppen ezért az érintett vállalkozást – az egyenlő bánásmód követelményéből fakadóan – ilyen esetben megilleti a lehetőség, hogy bizonyítsa megbízhatóságát, vagyis éljen az öntisztázás lehetőségével.

A Kbt. 64. § (1) bekezdése az öntisztázás jogintézményét, mint a kizáró okok alóli mentesülés módját definiálja, amelynek tárgyi hatálya a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontjában foglalt kizáró okra is kiterjed. A hivatkozott rendelkezés értelmében tehát a kizáró ok fennállása ellenére az ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó vagy alkalmasság igazolásában részt vevő gazdasági szereplő nem zárható ki a közbeszerzési eljárásból, amennyiben a Közbeszerzési Hatóság a 188. § (4) bekezdése szerinti véglegessé vált határozata, vagy annak megtámadására irányuló közigazgatási per esetén a bíróság 188. § (5) bekezdése szerinti jogerős határozata kimondta, hogy az érintett gazdasági szereplő az ajánlat vagy részvételi jelentkezés benyújtását megelőzően olyan intézkedéseket hozott, amelyek a kizáró ok fennállásának ellenére kellőképpen igazolják a megbízhatóságát.

Az öntisztázás jogintézményének deklarált – és a törvény miniszteri indokolásában is rögzített – célja az, hogy azon gazdasági szereplő, amely valamely oknál fogva megbízhatatlannak minősül, ne vehessen részt közbeszerzési eljárásban mindaddig, amíg megbízhatóságát a Közbeszerzési Hatóság előtt nem bizonyítja. Azt, hogy egy megbízhatatlannak látszó vállalkozás kizárásra kerüljön a közbeszerzési eljárásokból, nem pusztán a közbeszerzések átláthatóságának és tisztaságának követelménye, hanem a közpénzek hatékony felhasználásához fűződő közérdek, valamint a gazdaság megbízható működéséhez fűződő közérdek védelme is indokolja.

Hangsúlyos a kérdésben, hogy a kizáró ok alkalmazásának alapját képező, az Európai Parlament és a Tanács 2014. február 26-i 2014/24/EU irányelve (a továbbiakban: 2014/24/EU irányelv) a kizáró okokat akként határozza meg, hogy megkülönböztet kötelező és fakultatív kizáró okokat. A 2014/24/EU irányelv rendelkezése szerint a versenyjogi jogsértéssel összefüggő kizáró ok fakultatív kizárási ok. A 2014/24/EU irányelv valamennyi fakultatív kizáró ok esetében biztosította a tagállamok számára annak lehetőségét, hogy a kizáró ok alkalmazását kötelezővé tegyék, amely lehetőséggel – a kizáró ok alapját képező „veszélyt” értékelve – a magyar jogalkotó élt is. Ennek megfelelően a hatályos magyar szabályozás értelmében mind a Tpv. 11. §-ának vagy az EUMSZ 101. cikkének megsértése, mind annak bizonyítottága, hogy a vállalkozás a verseny torzítására alkalmas megállapodást kötött, kötelező kizárási okot jelent, amelynek jogpolitikai indoka abban rejlik, hogy a verseny tisztaságának sérelme olyan fokozott veszélyeket rejt magában, amelyek elsőbbségének megítélése nem múlhat mérlegelésen.

A jogalkotó tehát a 2014/24/EU irányelv javaslatával ellentétben a gazdaságvédelmi célt nem látta biztosítottak azáltal, ha a kizárást egy

gazdasági szereplő – az ajánlatkérő – szubjektív, szakértelem nélküli megítélésére bízta, ezért a kizáró ok kötelező alkalmazásáról rendelkezett azzal, hogy az esetleges mentesülést hatósági hatáskörbe helyezi az öntisztázás jogintézménye révén.

Az öntisztázás lehetősége tehát éppen a gazdaság tisztaságához, a közpénzek felhasználásának átláthatóságához, és a többi gazdasági szereplő védelméhez fűződő érdekeknek az adott gazdasági szereplő magánérdekével való szembenállásának feloldására szolgál a közbeszerzési jogban, amely pontosan azt biztosítja, hogy ha a vállalkozás úgy kerül kizáró ok hatálya alá, hogy működése valójában nem jelent veszélyt az említett közérdekekre, akkor a hátrányos következmény alól mentesülhessen. Ennek megítélése a jogalkotó határozott szándéka szerint és a Kbt. 188. § (1) bekezdése alapján a Közbeszerzési Hatóság hatáskörébe tartozik. A vonatkozó uniós szabályozás szerint ugyan elégséges lenne, ha a kizárásról történő döntés ajánlatkérői hatáskörbe tartozna, ugyanakkor a jogalkotói szándék a kérdésben egyértelmű.

Amennyiben a Gazdasági Versenyhivatal véglegessé vált határozatának megtámadása halasztó hatállyal bírna a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja kizáró ok alkalmazása kapcsán, a sokszor évekig (akár 10 évig is) elhúzódó eljárások megakadályoznák a jogalkotói szándék érvényesülését. A jogsértést elkövető gazdasági szereplőknek lenne idejük felkészülni a kizáró ok következményeinek elhárítására, (pl. jogutódlásra vonatkozó szabályok kihasználásával) illetve indokolatlanul sok időhöz és lehetőséghez jutnának az öntisztázásra való felkészüléshez, mely így azt is eredményezheti, hogy egyáltalán nem kerülnek az ilyen gazdasági szereplők kizárásra. Valamint a megbízhatóság Közbeszerzési Hatóság általi vizsgálatát is nehezítené, mivel rendkívül nehéz olyan gazdasági szereplők intézkedéseit értékelni, ahol évek alatt jelentős változások mennek végbe az érintett gazdasági szereplők vonatkozásában. Az Európai Unió Bírósága által deklarált cél, hogy a bírósági eljárások elhúzódása ne hátráltathassa a gazdasági szereplők megbízhatóságának értékelését (C-41/18., Meca kontra Comune di Napoli).

Az együttműködésre ösztönzés gyengítése

Kiemelendő továbbá, hogy amennyiben a Tpv. 11-ának, illetve az EUMSZ 101. cikkének feltételezett megsértése miatt indult versenyfelügyeleti eljárás alá vont vállalkozásnak lehetősége van arra, hogy a kizáró ok érvényesülését évekre elhalassza, vagy az alól mentesüljön, az nem kizárólag az elrettentő erőt gyengíti, hanem az együttműködés esélyére is negatív hatással van.

Hangsúlyos, hogy a Kbt. 62. § (1) bekezdésének n) pontjában szabályozott kizáró ok alkalmazására csakis akkor kerülhet sor, ha a versenyjogi jogsértést deklaráló határozatban a versenyhatóság versenyfelügyeleti bírságot szabott ki a marasztalt vállalkozással szemben. Amennyiben tehát versenyfelügyeleti bírság kiszabására nem kerül sor, úgy önmagában a jogsértés megállapítása még nem ad alapot a kizárásra.

Ennek jogpolitikai indoka, hogy a versenyjogi engedékenységi politikát a jogalkotó a Kbt. révén is támogatni kívánja, amit a törvény indokolása kifejezetten deklarál: *„A versenyjogi engedékenységi politikát a törvény ez esetben is érvényesíteni kívánja azzal a szabállyal, amely mentesíti a kizárás alól azokat a vállalkozásokat, amelyek az ajánlatuk (vagy adott esetben a végleges ajánlatuk) benyújtását megelőzően bejelentik a jogsértést a Gazdasági Versenyhivatalnak és a bírság mellőzésére vonatkozó feltételek fennállnak. A jogszabály ezzel kívánja ösztönözni az esetleges jogellenes megállapodások felfedését a közbeszerzési eljárások során.”* A gyakorlatban ugyanis, ha egy jogsértő vállalkozás a jogsértést nem pusztán elismeri, hanem feltárja, és a bírság mellőzésére irányuló engedékenységi kérelme elfogadható, akkor megbízhatósága igazoltnak tekinthető, így eleve kizárása sem indokolt.

Emellett a Kbt. 188. § (2) bekezdés b) pontja szerint az öntisztázás során a megbízhatóság Közbeszerzési Hatóság általi megállapításának feltétele, hogy a kizáró ok alatt álló gazdasági szereplő igazolja, hogy az illetékes hatóságokkal (jelen esetben a Gazdasági Versenyhivatallal) aktívan együttműködve átfogóan tisztázta az ügy tényállását és körülményeit. Ebből kifolyólag a versenyfelügyeleti eljárás során már együttműködésre ösztönözheti a gazdasági szereplőket, ha tisztában vannak vele, hogy ezzel mentesülhetnek a kizárás alól, egy esetleges öntisztázás során.

A fentiek alapján kérem, hogy a Tisztelt Alkotmánybíróság a véleményemet fogadja el a bírói indítvány elbírálásához szükségesnek, és a Kbt. 62. § (1) bekezdés n) pontja szerinti kizáró ok alaptörvényellenességének megállapítására és megsemmisítésére irányuló bírói kezdeményezést utasítsa el.

Kelt: az elektronikus aláírás tanúsítványában rögzített időpontban.

Tisztelettel:

dr. Kovács László
elnök