

Alkotmánybíróság

1015 Budapest

Donáti u. 35-45.

ALKOTMÁNYBÍRÓSÁG	
Ügyszám:	IV/8740/2016
Erkezett:	2016 MÁJ 04.
Peldány:	1
Melléklet:	3 db
Kiszámlázott:	5

Budapest, 2016. április 29.

Tisztelt Alkotmánybíróság!

Alulírott

– az Alaptörvény 24. cikk (2) bekezdés c) pontja és az Alkotmánybíróságról szóló 2011. évi CL.I. törvény („Abtv.”) 26.§ (2) bekezdése alapján az alábbi

alkotmányjogi panaszt

terjesztjük elő.

Kérjük a tisztelt Alkotmánybíróságot, hogy állapítsa meg a közbeszerzésekről szóló 2015. évi/CXLIII. törvény („Kbt.”) 63.§ (1) bekezdés a) és c) pontja, 65.§ (11) bekezdése, 67.§ (4) bekezdése, valamint 138.§ (3) bekezdése, továbbá a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X.30.) Korm. rendelet („Kormányrendelet”) 15.§ (2) bekezdése alaptörvény-ellenességét, és semmisítse meg azokat, mivel sértik az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdését, XII. cikk (1) bekezdését, XV. cikk (1) bekezdését, XXVIII. cikk (1) és (7) bekezdését, valamint hatályosulásuk folytán közvetlenül, bírói döntés nélkül következett be az Alaptörvényben biztosított következő jogaink sérelme: vállalkozáshoz való jog [XII. cikk (1) bekezdés], törvény előtti egyenlőség [XV. cikk (1) bekezdés], tisztességes bírósági eljáráshoz való jog [XXVIII. cikk (1) bekezdés] és jogorvoslati jog [XXVIII. cikk (7) bekezdés].

Kérelmünk indokolásaként az alábbiakat adjuk elő:

1. A MEGSEMISÍTENI KÉRT JOGSZABÁLYI RENDELKEZÉSEK ÉS A HATÁRIDŐ-SZÁMÍTÁSHOZ SZÜKSÉGES ADATOK

Alaptörvény-ellenesség miatt a következő jogszabályhelyek megsemmisítését kérjük:

Kbt. 63.§ (1) bekezdés a) pont;

Kbt. 63.§ (1) bekezdés c) pont;

Kbt. 65.§ (11) bekezdés;

Kbt. 67.§ (4) bekezdés;

Kbt. 138.§ (3) bekezdés;

Kormányrendelet 15.§ (2) bekezdés.

Az Abtv. 30.§ (1) bekezdése szerint az alkotmányjogi panaszt az Abtv. 26. § (2) bekezdésében meghatározott esetben az alaptörvény-ellenes jogszabály hatálybalépésétől számított száznolcvan napon belül lehet írásban benyújtani.

A Kbt. 196.§ (1) bekezdése alapján a Kbt. megsemmisíteni kért jogszabályi rendelkezései 2015. november 1-jén léptek hatályba. A Kormányrendelet, annak 49.§-a szerint, szintén 2015. november 1-jén lépett hatályba. Az *Alkotmánybíróság 1001/2013. (II. 27.) AB Tü. határozata az Alkotmánybíróság ügyrendjéről* („Ügyrend”) 28.§ (2) bekezdése alapján az Abtv. 30. § (1) bekezdése szerint meghatározott határidő a jogszabály hatályba lépését követő napon kezdődik. Ezért a hatálybalépés kezdőnapját nem számítva, a határidő 180. napja 2016. április 29. napjára esik, vagyis **az Abtv. 30.§ (1) bekezdésében meghatározott határidő 2016. április 29. napján jár le.**

2. AZ ALAPTÖRVÉNYBEN BIZTOSÍTOTT JOG MEGNEVEZÉSE

Vállalkozáshoz való jog [XII. cikk (1) bekezdés];

Törvény előtti egyenlőség [XV. cikk (1) bekezdés];

Tisztességes bírósági eljáráshoz való jog [XXVIII. cikk (1) bekezdés];

Jogorvoslati jog [XXVIII. cikk (7) bekezdés].

3. A KÖZVETLEN ÉRINTETTSÉG KIFEJTÉSE (AZ ELJÁRÁS MEGINDÍTÁSÁNAK INDOKAI, AZ ALAPTÖRVÉNYBEN BIZTOSÍTOTT JOG SÉRELMÉNEK LÉNYEGE)

Társaságunk potenciális közbeszerzési ajánlattevőként vagy alvállalkozóként a lenti 4-7. pontokban kifejtettek szerint, a megsemmisíteni kért jogszabályhelyek alkalmazásával olyan helyzetbe kerülhet, ami objektíve lehetetlenné tenné a közbeszerzési piacon történő munkát. Az 1. pontban hivatkozott jogszabályhelyek sértik a vállalkozáshoz való alapvető jogot, mert tényleges hatásukat tekintve objektíve vonják el a közbeszerzési piacra lépés lehetőségét. Külön utalunk arra, hogy a Kbt. 3.§ 5. pontja értelmében az egységes európai közbeszerzési dokumentum hivatott a kizáró okok fenn nem állása igazolására. Az ajánlattevőnek már ebben a dokumentumban nyilatkoznia kell arról, hogy vele szemben fennállnak-e a kizáró okok. Továbbá a Kbt. 62.§ (1) bekezdés i) pontja kötelező kizáró okként nevesíti a hamis nyilatkozat adását. A lent kifejtetteknek megfelelően adott esetben csak a hamis nyilatkozat adásának kockázatásával tudna egy potenciális ajánlattevő a közbeszerzési piacra lépni. Ezen felül a 4. és 5. pont szerinti esetben a tisztességes bírósági eljárást és a jogorvoslat lehetőségét sem biztosítják olyan időben és kiszámíthatósággal, hogy orvosolni tudja a piacra lépés elmaradását, valamint a 6. pontban a törvény előtti egyenlőséget is sértik, amikor az öntisztázás lehetőségét elzárják olyan jogutódok elől, aki maguk nem állnak kizáró ok hatálya alatt, de jogelődjük igen.

4. A KBT. 63.§ (1) BEKEZDÉS A) PONTJA ALAPTÖRVÉNY-ELLENESÉGE

A Kbt. 63.§ (1) bekezdés a) pontja kimondja, hogy az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban előírhatja, hogy az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, illetve nem vehet

részt alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, aki megszegte a 73. § (4) bekezdésében említett környezetvédelmi, szociális és munkajogi követelményeket és ezt három évnél nem régebben meghozott, jogerős bírósági, közigazgatási vagy annak felülvizsgálata esetén bírósági határozat megállapította.

A Kbt. 63.§ (2) bekezdése kimondja továbbá, hogy az ajánlatkérő köteles az eljárást megindító felhívásban megjelölni az alkalmazott, (1) bekezdés szerinti kizáró okokat.

A Kbt. 73.§ (1) bekezdés e) pontja szerint az ajánlat vagy a részvételi jelentkezés érvénytelen, ha egyéb módon nem felel meg az ajánlati, ajánlattételi vagy részvételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban, valamint a jogszabályokban meghatározott feltételeknek, ide nem értve a részvételi jelentkezés és az ajánlat ajánlatkérő által előírt formai követelményeit. A Kbt. 73.§ (4) bekezdése pedig kimondja, hogy az (1) bekezdés e) pontja alapján érvénytelen az ajánlat különösen, ha nem felel meg azoknak a környezetvédelmi, szociális és munkajogi követelményeknek, amelyeket a jogszabályok vagy kötelezően alkalmazandó kollektív szerződés, illetve a 4. mellékletben felsorolt környezetvédelmi, szociális és munkajogi rendelkezések írnak elő. A Közbeszerzési Hatóság – a foglalkoztatáspolitikáért felelős miniszter által minden évben rendelkezésére bocsátott adatszolgáltatás alapján – tájékoztatást tesz közzé honlapján a Magyarországon egyes ágazatokban alkalmazandó kötelező legkisebb munkabérről.

A Kbt. 63.§ (3) bekezdése pedig úgy rendelkezik, hogy az (1) bekezdésben, valamint a 62. § (1) bekezdés a), b), e), h), j), l), n) és p) pontjában meghatározott időtartamot mindig a kizáró ok fenn nem állásának ellenőrzése időpontjától kell számítani. Az ajánlatkérő köteles kizárni az eljárásból azt a gazdasági szereplőt, amelyre vonatkozóan valamelyik, az eljárásban alkalmazandó kizáró ok fennáll. A kizáró okok fenn nem állásának ellenőrzését az ajánlatkérő az e törvényben és a külön jogszabályban foglaltak szerint köteles elvégezni.

A Kbt. 63.§ (1) bekezdés a) pontjának megfelelő kizáró ok *expressis verbis* nem szerepelt a korábban hatályosa *közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény* („**Régi Kbt.**”) rendelkezései között. A Régi Kbt. 57. § (1) bekezdésének a) pontja szerint kizárt volt a közbeszerzésből az a gazdasági szereplő, *aki gazdasági vagy szakmai tevékenységével kapcsolatban - öt évnél nem régebben meghozott - jogerős bírósági ítéletben megállapított jogszabálysértést követett el.* A szakmai tevékenységgel kapcsolatos jogszabálysértés fogalmi körébe a környezetvédelmi vagy munkajogi jogszabályok megsértése beletartozhatott, ugyanakkor e jogszabálysértés csak akkor eredményezett kizáró okot amennyiben a szabálysértésről jogerős bírósági ítélet rendelkezett. Így a korábbi szabályozás alapján előfordulhatott, hogy az ajánlattevő nem fordult bírósághoz abban az esetben sem, ha az illetékes hatóság környezetvédelmi, szociális vagy munkajogi követelmények megsértését kimondó közigazgatási határozatában foglaltakkal nem mindenben értett egyet. Éppen azért, mert adott esetben jelentéktelen vita miatt nem kívánt költséges eljárásokba bonyolódni és feleslegesen vállalni annak kockázatát, hogy a felülvizsgálat során a bíróság esetlegesen a hatóságnak ad igazat, ezzel közbeszerzési kizáró okot is generálva. Ily módon azzal, hogy a kevésbé jelentős ügyek hatósági szintnél tovább nem jutottak, megvalósult az a feltehető jogalkotói szándék is, hogy súlyos, bíróságon tárgyalta szabálysértések vezethessenek kizáró okhoz.

A Kbt. tehát már nem követeli meg a jogerős bírói határozatot, hanem elegendőnek tartja a jogerős közigazgatási határozat meglétét a kizáró ok fennállásának megállapításához. Mindebből az következik, hogy míg egy környezetvédelmi, munkajogi, vagy szociális jogszabály által meghatározott követelmény megsértése a Régi Kbt. szerint csak az ezt kimondó jogerős bírói ítélet esetén jelentett kizárást a közbeszerzésekből, a Kbt. szerint ugyanezen jogszabálysértés már jogerős közigazgatási határozat esetén is kizárást eredményez.

Tekintettel arra, hogy a Kbt. 63.§ (1) bekezdés a) pontja és (3) bekezdése alapján jelenleg a kizáró ok fenn nem állásának ellenőrzésétől számított három évet kell vizsgálni, vagyis azt az időszakot is, amikor az ajánlattevők gyökeresen eltérő, kevésbé fenyegető jogszabályi környezetben tervezték a magatartásukat, ennek eredménye, hogy míg az elmúlt három évben tárgyi jogszabálysértést megállapító jogerős közigazgatási határozat a Régi Kbt. szerint nem jelentett kizáró okot a közbeszerzésekben való részvételből, addig a jelenlegi Kbt. szerint ugyanezen határozat esetén a gazdasági szereplő már nem indulhat el azon közbeszerzési eljárásokban, amelyekben az ajánlatkérő e kizáró okot előírja. Hozzáteesszük, hogy a legtöbb pályázat esetében a választható kizáró okokat válogatás nélkül előírják az ajánlatkérők.

A kérdéses kizáró okkal kapcsolatosan visszásnak tartjuk azt is, hogy a Kbt. szerint bármilyen, akár adminisztratív, nem érdemi környezetvédelmi, szociális vagy munkajogi követelmény megsértése is megvalósíthatja ezt a kizáró okot. A **Régi Kbt.** alapján az ajánlattevők ilyen, egyébként nem jelentős, vélt szabálysértések miatt – minden vállalkozás egyik alapelvének, az erőforrásokkal való hatékony gazdálkodás racionalitásának talaján állva – ésszerűen dönthettek úgy, hogy nem fordulnak bírósághoz, inkább vállalják az adott esetben alaptalan marasztalás következményeit is, minthogy hosszú és költséges eljárásokba bonyolódjanak, és esetlegesen a számukra nem kedvező bírói döntés esetén még a kizáró ok hatálya alá kerülést kockáztassák.

A jelenlegi szabályozás alapján viszont a legkisebb, bagatell szabálysértésre hivatkozás esetén sem engedheti meg magának egyetlen ajánlattevő vagy alvállalkozó sem a bírói út mellőzését, és az ezzel járó költséges eljárást.

Továbbá a Kbt. 63.§ (1) bekezdés a) pontja és (3) bekezdése szerint a kizáró ok fenn nem állásának annak ajánlatkérői ellenőrzésétől visszafelé számított három évben van relevanciája, azaz a tárgyi kizáró ok kapcsán azon időszakot kell vizsgálat alá vetni, amikor az ajánlattevők gyökeresen eltérő, kevésbé fenyegető jogszabályi környezetben tervezték a magatartásukat. Ekkor a **korábbi szabályozás alapján az ajánlattevők vagy alvállalkozók objektíve nem láthatták előre, hogy ha elismernek egy – akár egyáltalán nem súlyos – szabálysértést és nem választják a bírói utat, akkor a későbbi megváltozott jogszabályi környezetben már ugyanezen közigazgatási határozattal kizáró ok alá kerülhetnek.**

Álláspontunk szerint ez a szabályozás a visszamenőleges hatály tilalmának jogállami követelményébe ütközik és sérti a vállalkozás szabadságához való alapvető jogot.

Ebben a körben utalunk arra, hogy az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdése szerint „Magyarország független, demokratikus jogállam.”

Továbbá az Alaptörvény I. cikk (3) bekezdése szerint „az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg. Alapvető jog más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték védelme érdekében, a feltétlenül szükséges mértékben, az elérni kívánt céllal arányosan, az alapvető jog lényeges tartalmának tiszteletben tartásával korlátozható.”

Az Alaptörvény XII. cikk (1) bekezdése pedig kimondja, hogy „mindenkinek joga van a munka és a foglalkozás szabad megválasztásához, valamint a vállalkozáshoz. Képességeinek és lehetőségeinek megfelelő munkavégzéssel mindenki köteles hozzájárulni a közösség gyarapodásához.”

A vállalkozáshoz való alapvető jog gyakorlását lehetetleníti el, ha a vállalkozó ajánlattevők nem tervezhetik racionális magatartásukat előre, ha a jogszabályi környezet kiszámíthatatlan, előre nem tervezhető kedvezőtlen változása átértékeli és szankcionálja múltbeli magatartásukat.

A visszamenőleges hatály jogállami követelményével kapcsolatban utalunk a tisztelt Alkotmánybíróság **9/1992. (I. 30.) AB határozatára**, amely kimondja, hogy „*az Alkotmányban tételesen szereplő jogállam alapértékének sérelme önmagában is megalapozza valamely jogszabály alkotmányellenességét.*” Valamint „*a jogállam nélkülözhetetlen eleme a jogbiztonság. A jogbiztonság az állam - s elsősorban a jogalkotó - köteletségévé teszi annak biztosítását, hogy a jog egésze, egyes részterületei és az egyes jogszabályok is világosak, egyértelműek, működésüket tekintve kiszámíthatóak és előreláthatóak legyenek a norma címzettjei számára. Vagyis a jogbiztonság nem csupán az egyes normák egyértelműségét követeli meg, de az egyes jogintézmények működésének kiszámíthatóságát is*” (3. pont).

Álláspontunk alátámasztására a fentiekén kívül felhívjuk a tisztelt Alkotmánybíróság **10/2014. (IV. 4.) AB határozatát**, amelyben kimondta, hogy a visszamenőleges hatályú jogalkotás tilalma nem abszolút érvényű, és egyértelműen élhet ezzel a jogalkotó akkor, amikor új jogosultságot állapít meg, meglévő jogosultságot terjeszt ki, vagy valamely jog korlátozását oldja fel (Indokolás [18]). Azonban a jelen esetben a Kbt. nem új jogosultságot állapít meg, nem meglévő jogosultságot terjeszt ki, hanem egy korábban racionális magatartást – a bírói út elhagyása – tesz aránytalanul terhesebbé azzal, hogy kizáró ok hatálya alá von egy korábban kizáró oknak nem minősülő tény, illetve egy korábban nem súlyos jogszabálysértést utólagosan minősít súlyosnak, komoly közbeszerzési jogi szankciókkal sújtva. Utalunk a tisztelt Alkotmánybíróság **8/2016. (IV. 6.) AB határozatára**, amely [57] pontjában – hivatkozva a fentebb idézett 10/2014. (IV. 4.) AB határozatot is – kifejti, hogy a tárgyi ügyben „*az Alkotmánybíróság nem csak azt állapította meg, hogy a vizsgált szabályozás visszaható hatályú jogalkotásnak minősül, hanem azt is, hogy az hátrányos tartalmú, és ezért a hátrányos tartalmú, visszamenőleges hatályú szabályozást találta az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdésébe ütközőnek, mely megalapozta a vizsgált törvényhely megsemmisítését.*”

A fentiek miatt, a vállalkozáshoz való alapjog és a visszamenőleges hatállyal hátrányos tartalmú jogalkotás jogállamiságot sértő alaptörvény-ellenessége miatt kérjük a Kbt. 63.§ (1) bekezdés a) pontja megsemmisítését.

5. A Kbt. 63.§ (1) BEKEZDÉS C) PONTJA ALAPTÖRVÉNY-ELLENESSÉGE

A Kbt. 63.§ (1) bekezdés c) pontja kimondja, hogy az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban előírhatja, hogy az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, illetve nem vehet részt alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, aki korábbi közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettségét az elmúlt három évben súlyosan megszegte és ez az említett korábbi szerződés felmondásához vagy elálláshoz, kártérítés követeléséhez vagy a szerződés alapján alkalmazható egyéb szankció érvényesítéséhez vezetett, vagy ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél olyan magatartása, amelyért felelős részben vagy egészben a szerződés lehetetlenülését okozta.

A Kbt. 63.§ (2) bekezdése kimondja továbbá, hogy az ajánlatkérő köteles az eljárást megindító felhívásban megjelölni az alkalmazott, (1) bekezdés szerinti kizáró okokat.

A Kbt. 63.§ (3) bekezdése pedig úgy rendelkezik, hogy az (1) bekezdésben, valamint a 62. § (1) bekezdés a), b), e), h), j), l), n) és p) pontjában meghatározott időtartamot mindig a kizáró ok fenn nem állásának ellenőrzése időpontjától kell számítani. Az ajánlatkérő köteles kizárni az eljárásból azt a gazdasági szereplőt, amelyre vonatkozóan valamelyik, az eljárásban alkalmazandó kizáró ok fennáll. A kizáró okok fenn nem állásának ellenőrzését az ajánlatkérő az e törvényben és a külön jogszabályban foglaltak szerint köteles elvégezni.

A Régi Kbt. szabályozása ebben a kérdésben is gyökeresen eltért a jelenleg hatályos Kbt. szabályaitól. A Régi Kbt. 57.§ (1) bekezdés c) pontja ugyanis akként rendelkezett, hogy „az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban előírhatja, hogy az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, illetve nem vehet részt az alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, aki korábbi közbeszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettségét súlyosan megszegte, és a szerződésszegést két éven belül kelt jogerős közigazgatási vagy bírósági határozat megállapította.”

Vagyis a régi Kbt. alapján a súlyos szerződésszegést két éven belül kelt **jogerős közigazgatási vagy bírósági határozatnak** kellett megállapítania.

A Kbt. hatálybalépése előtt létrejött közbeszerzési szerződések esetén sem az ajánlattevő, sem az alvállalkozó nem számolhatott a szerződéskötés során a tárgyi kizáró ok bekövetkezésének kockázatával, így e kockázatot a szerződéses ajánlatában beárzni sem tudta, továbbá a közbeszerzési szerződés teljesítése során sem számolhatott objektíve sem azzal, hogy egy szerződésszegéssel kapcsolatos jogvita esetén jogerős bírói döntés hiányában kizáró ok hatálya alá kerülhet.

Azon ajánlattevők, akik a Régi Kbt. alapján kötötték meg a közbeszerzési szerződésüket, nyilvánvalóan annak tudatában teljesítettek, hogy nincsenek kiszolgáltatva az ajánlatkérő mérlegelési jogának a Régi Kbt. 57.§ (1) bekezdés c) pontja szerinti kizáró okot megalapozó súlyos szerződésszegés kapcsán, hiszen végső esetben egy független bírói fórum fog dönteni a szerződésszegésről. A Kbt. hatálybalépését megelőzően kötött közbeszerzési szerződések teljesítésének a Kbt. 63.§ (1) bekezdés c) pontjában előírt kizáró ok

fennállásának megállapításakor történő vizsgálata akkor is kedvezőtlen eredményre vezethet, ha a jogvitát a felek már esetlegesen lezárták – akár egyezséggel –, esetleg az ajánlatkérő újabb szerződést is kötött ajánlattevővel (azaz az ajánlattevő meghízhatóságát illetően nem merült fel kétség).

Álláspontunk szerint súlyos, alaptörvény-ellenes jogsértés valósul meg, amikor a Kbt. pusztán az ajánlatkérő diszkréciójába utalja a súlyos szerződésszegés megállapítását. Véleményünk szerint az alkotmányos megoldás megkövetelné, hogy a kizáró okhoz vezető súlyos szerződésszegést – hasonlóan a Régi Kbt. szabályához – jogerős közigazgatási vagy bírósági határozat állapítsa meg.

Ismételten utalunk arra, hogy az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdése szerint „Magyarország független, demokratikus jogállam.”

Továbbá az Alaptörvény I. cikk (3) bekezdése szerint „az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg. Alapvető jog más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték védelme érdekében, a feltétlenül szükséges mértékben, az elérni kívánt céllal arányosan, az alapvető jog lényeges tartalmának tiszteletben tartásával korlátozható.”

Ebben a körben utalunk továbbá arra, hogy az Alaptörvény XXVIII. cikk (1) bekezdése biztosítja, hogy „mindenkinek joga van ahhoz, hogy az ellene emelt bármely vádat vagy valamely perben a jogait és kötelezettségeit törvény által felállított, független és pártatlan bíróság tisztességes és nyilvános tárgyaláson, ésszerű határidőn belül bírálja el” (**tisztességhez bírósági eljáráshoz való alapvető jog**).

Az Alaptörvény XXVIII. cikk (7) bekezdése pedig kimondja, hogy „mindenkinek joga van ahhoz, hogy jogorvoslattal éljen az olyan bírósági, hatósági és más közigazgatási döntés ellen, amely a jogát vagy jogos érdekét sérti” (**jogorvoslathoz való alapvető jog**).

Álláspontunk szerint a Kbt. 63.§ (1) bekezdés c) pontja érdemben megfosztja a tisztességes bírósági eljáráshoz való alapvető jogtól és a jogorvoslathoz való alapvető jogtól azokat az ajánlattevőket, akiknek esetlegesen olyan jogvitájuk van az ajánlatkérővel, amelyben az ajánlatkérő saját véleménye szerint az ajánlattevő súlyos szerződésszegése vezetett valamilyen szerződéses szankció (pl. kötbér, kártérítés) érvényesítéséhez vagy lehetetlenüléshez. A kizáró ok fennállása szempontjából ugyanis közömbös, hogy a jogvitában még nem született jogerős bírósági döntés.

Igaz, hogy a Kbt. alapján jogorvoslati kérelemmel lehet fordulni a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz, amely határozata bírósági felülvizsgálat tárgya lehet, de az alábbiak miatt ez a jogorvoslati jog érdemben nem vehető figyelembe, a tárgyi kizáró ok szempontjából csupán üres dísztet.

Egyrészt ha kizárták az ajánlattevőt az eljárásból, miközben jogerős bírósági döntés még nem született az ügyében, a jogsérelem azonnal bekövetkezett, ezt orvosolni már nem lehet a fenti jogorvoslati úton. Az is kérdés, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság mit vizsgálhatna egy ilyen esetben. Véleményünk szerint a súlyos szerződésszegés kérdésének érdemi vizsgálatába nem bocsátkozhat, csak azt vizsgálhatná, hogy az ajánlatkérő álláspontjában megjelent-e a súlyos szerződésszegés és ezt követte-e szankció vagy történt-e lehetetlenülés. A súlyos szerződésszegés kérdése viszont polgári bírósági hatáskör. A polgári bíróság adott

esetben dönthetne úgy, hogy nem történt súlyos szerződésszegés, de vajon ez vezethetne oda, hogy a jogerős bírósági döntés nélküli kizárás jogellenes volt? Álláspontunk szerint nem, hiszen a Kbt. nem követeli meg a jogerős bírósági döntést a kizáráshoz. A kizárás időpontjában, azaz amikor ajánlatkérő saját döntése szerint a Kbt. 63.§ (1) bek. c) pontjában meghatározott jogérvényesítési eszközökkel él, ilyen döntés hiányában is jogszerű a kizárás, kétséges, hogy az utólagos, ajánlattevőnek kedvező döntés érdemben orvosolná a korábbi jogsérelmet.

Álláspontunk szerint a jogorvoslathoz való alapvető jogot sérti az is, hogy a bírói út igénybeviteléről való döntésében az ajánlattevő akadályozott azzal, hogy nem tudja, hogy az ajánlatkérő egyoldalú döntése eredményeképpen mikor kerül tárgyi kizáró ok hatálya alá, ugyanis a Kbt. 142.§ (5) bekezdése alapján ajánlatkérő csak a Közbeszerzési Hatóságnak jelenti ezt be, amennyiben egy szerződésszegést és az azzal kapcsolatosan érvényesített jogát a Kbt. 63.§ (1) bekezdés c) pontja alá tartozónak véli. Ezzel összefüggésben a Közbeszerzési Hatóság a Kbt. 187.§ (2) ae) pontja alapján csak az elismert vagy a jogerős bírói ítélet által megállapított 63.§ (1) bekezdés c) pontja szerinti magatartásokat veszi nyilvántartásba. Vagyis az ajánlattevő nem is tudja, hogy mikor kerül kizáró ok hatálya alá ajánlatkérő döntése szerint, azaz, hogy ajánlatkérő az említett bejelentést a Hatóság felé megtette-e vagy sem. Így nem lesz abban a helyzetben, hogy bírósághoz forduljon annak érdekében, hogy jogerős ítélet rendelkezzen arról, hogy nem volt súlyos a szerződésszegés, vagy az igényérvényesítés esetlegesen nem volt jogszerű. Ezért úgy látjuk, hogy ajánlattevőnek nincs biztosítva érdemi jogorvoslati lehetőség. Megjegyezzük, hogy a Kbt. 64.§ szerinti öntisztázás sem jelent érdemi jogorvoslati utat, mivel az öntisztázáshoz el kell ismerni a kizáró ok fennállását.

Továbbá a tisztességhez bírósági eljáráshoz való alapvető jog és a jogorvoslathoz való alapvető jog kiüresítése körében utalunk arra, hogy a Kbt. 62.§ (1) bekezdés i) pontja kötelező kizáró okként nevesíti a hamis nyilatkozat adását. A Kbt. 3.§ 5. pontja értelmében pedig az egységes európai közbeszerzési dokumentum hivatott a kizáró okok fenn nem állása igazolására. Ebben a dokumentumban az ajánlattevőnek nyilatkoznia kell arról, hogy vele szemben fennállnak-e a kizáró okok. Vagyis ha tudatában van annak, hogy ajánlatkérő álláspontja szerint súlyos szerződésszegés történt és ez vezetett szankció alkalmazásához vagy lehetetlenüléshez, akkor felelősen, a hamis nyilatkozat kockázata nélkül nem tehet olyan nyilatkozatot, hogy nem áll kizáró ok hatálya alatt, még akkor sem, ha nem ért egyet az ajánlatkérő álláspontjával és egyébként bíróság előtt is küzd az igazáért. Vagyis jogerős bírósági döntés nincs, de az ajánlattevő el sem indulhat a közbeszerzésben, hiszen ésszerűen és jóhiszeműen nem várható el egy jogkövető jogalkalmazótól, hogy büntetőjogi és negatív közbeszerzési jogi következményekkel járó hamis nyilatkozatot tegyen azért, hogy a fenti kétséges értékű, kiüresített jogorvoslati utat igénybe vegye.

Megjegyezzük, hogy ajánlattevő igazából nem is nyilatkozhat másként a tárgyi kizáró ok fennállásával kapcsolatosan, mint ahogy a szerződésszegést az ajánlatkérő minősíti, hiszen a tárgyi kizáró ok alá való kerülés egyedül az ajánlatkérő döntésén múlik, függetlenül attól, hogy az jogszerű döntés volt-e vagy sem.

Ezért ez a szabályozás az Alaptörvény XII. cikk (1) bekezdésében biztosított, **vállalkozáshoz való alapvető jogot** is alaptörvény-ellenesen korlátozza. Ugyanis olyan helyzetbe kényszeríti a potenciális ajánlattevőket, amelyek megakadályozzák konkrét ajánlatok benyújtását, ha akár egyetlen közbeszerzési szerződés esetében vitás a súlyos szerződésszegés kérdése.

Az **54/1993. (X. 13.) AB határozat** szerint pedig „*a vállalkozás joga a foglalkozás szabad megválasztásához való alkotmányos alapjog (70/B. § (1) bekezdés) egyik aspektusa, annak egyik, a különös szintjén történő megfogalmazása*”. *"Senkinek nincs alanyi joga meghatározott foglalkozással kapcsolatos vállalkozás, sem pedig ennek adott vállalkozási jogi formában való gyakorlásához. A vállalkozás joga annyit jelent - de annyit alkotmányos követelményként feltétlenül - hogy az állam ne akadályozza meg, ne tegye lehetetlenné a vállalkozóvá válást."*

Valamint hivatkozunk a tisztelt Alkotmánybíróság **21/1994. (IV. 16.) AB határozatára**, amely kimondja IV. 3. pontjában, hogy „*a vállalkozás joga (9. § (2) bekezdés) viszont valódi alapjog*.” A IV. 4. pontjában pedig azt fejt ki, hogy „*a munkához (foglalkozáshoz, vállalkozáshoz) való jogot az veszélyezteti a legsúlyosabban, ha az ember az illető tevékenységtől el van zárva, azt nem választhatja*.”

Ha objektíve és *de facto* az ajánlattevő nem indulhat a közbeszerzési eljárásokon, akkor azzal a jogalkotó elzárja az ajánlatkérőt az adott tevékenységtől. Olyan cégekről is beszélünk ebben az esetben, amelyek szinte kizárólagos piaca – tevékenységének specialitása miatt – a közbeszerzési szektor, tehát ha a közbeszerzési piactól el van zárva, akkor megfosztották teljes piacától.

Ismeretes előttünk is, hogy a 21/1994. (IV. 16.) AB határozat is több szempontból vizsgálta a vállalkozáshoz való alapvető jog korlátozásának lehetőségeit és alkotmányosságát. Így kimondta, hogy „*a szubjektív feltételek előírása is a választási szabadság korlátozása. Ezek teljesítése azonban elvileg mindenkinek nyitva áll (ha nem, akkor a korlát objektív). Ezért a jogalkotó mozgástere némileg nagyobb, mint az objektív korlátozásnál. Végül a foglalkozás gyakorlásának korlátai jórészt szakmailag és célszerűségi szempontokból indokoltak, alapjogi problémát határesetekben okoznak*.”

Meglátásunk szerint azonban a jogerős bírósági ítélet nélküli, állítólagos súlyos szerződésszegés miatti kizáró ok sem szakmailag, sem célszerűségi szempontból nem indokolható. Abban az értelemben pedig objektív, hogy bár mindenki előtt nyitva áll, hogy ne szegjen súlyosan szerződést, de jogállami keretek között, tiszteletben tartva a tisztességes bírósági eljáráshoz és a jogorvoslathoz való alapvető jogot is, mindenki előtt nyitva kellene állni annak is, hogy jogvitáját bíróság döntse el és bírói kontroll nélküli vélemények miatt ideiglenesen se legyen elzárva akár egyedüli piacától.

A fenti kiszámíthatatlan és jogállami garanciákat nélkülöző szabályozással kapcsolatban utalunk a tisztelt Alkotmánybíróság **9/1992. (I. 30.) AB határozatára** is, amelyet figyelembe véve a fenti szabályok a jogállamiság és jogbiztonság alkotmányos követelményeivel is ellentétesek. A határozat kimondja, hogy „*a jogbiztonság az állam - s elsősorban a jogalkotó - kötelességévé teszi annak biztosítását, hogy a jog egésze, egyes részterületei és az egyes jogszabályok is világosak, egyértelműek, működésüket tekintve kiszámíthatóak és előreláthatóak legyenek a norma címzettjei számára. Vagyis a jogbiztonság nem csupán az egyes normák egyértelműségét követeli meg, de az egyes jogintézmények működésének kiszámíthatóságát is*” (3. pont).

Ugyanez a határozat azt is rögzíti, hogy „ha egy az anyagi igazságosság érvényesítésére vagy a törvényben való tévedés kiküszöbölésére szolgáló jogintézmény a rendes és rendkívüli jogorvoslatok feltételeihez hasonlóan pontos eljárási garanciák nélkül működik, akkor a jogbiztonság sérelmet szenved. [...] A jogbiztonság megköveteli, hogy a jogerős határozat – az eldöntött kérdés személyi és tárgyi keretei között - irányadóvá váljék mind az eljárásban résztvevőkre, mind a később eljáró bíróságra, illetőleg más hatóságra” (4. pont).

A súlyos szerződészegés vizsgálata körében ettől a jogerős határozattól fosztja meg a kizáró okok rendszerét a Kbt. 63.§ (1) bekezdés c) pontja, ami egyúttal a vállalkozáshoz való alapvető jogot, a tisztességhez bírósági eljáráshoz való alapvető jogot és a jogorvoslathoz való alapvető jogot is sérti, ezért kérjük a megsemmisítését.

6. A KBT. 65.§ (11) BEKEZDÉS ALAPTÖRVÉNY-ELLENESSÉGE

A Kbt. 65.§ (11) bekezdése kimondja, hogy „nem használhatja fel a gazdasági szereplő alkalmassága igazolására azokat az adatokat, amelyek felhasználására jogutódlás eredményeként – a jogelőd (7) bekezdés szerinti bevonása nélkül – maga lenne jogosult, ha a jogelőd gazdasági szereplő tekintetében az eljárásban alkalmazandó valamely kizáró ok fennáll, vagy – ha a jogelőd megszűnt – megszűnése hiányában fennállna. A gazdasági szereplő ebben az esetben is élhet a 64. § szerinti lehetőséggel és felhasználhatja a jogelődnek az alkalmasság igazolására szolgáló adatait, ha a korábban felmerült kizáró okkal összefüggésben igazolja megbízhatóságát.”

Ismételten utalunk arra, hogy az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdése szerint „Magyarország független, demokratikus jogállam.”

Nem világos, hogy a jogelőd esetében mikor kell a kizáró oknak felmerülnie ahhoz, hogy a jogutód ne használhassa fel a jogelőd adatait. Ugyanis a jelenlegi szöveg úgy is értelmezhető, hogy a jogutód akkor is a tilalom hatálya alá eshet, ha – például egy kiválást követően – a jogelőd társaság évekkal a jogutódlást követően kerül kizáró ok hatálya alá, akár egy olyan közbeszerzéssel kapcsolatban, amelyet a jogutódláskor még ki sem írtak. Vagyis a jogutódláskor „tisztá” jogelőd és jogutód is egyetlen – az Indokolás szóhasználatával – „vállalkozásként” kerülne az ajánlatkérői mérleg serpenyőjébe olyan esetben is, amikor objektíve sem merülhet fel, hogy a jogutódlás bármilyen előírás megkerülését célozta volna. Megjegyezzük, hogy a Kbt. 139.§ (1) bekezdés b) pontja főszabályként megengedi a jogutódlást, csak a Kbt. alkalmazásának megkerülését célzó jogutódlásokat tiltja.

A tisztázó intézkedésekkel kapcsolatos rendelkezés pedig szintén nem felel meg a jogállamiságból következő és a többször hivatkozott **9/1992. (I. 30.) AB határozatban** is megjelenő **normavilágosság** követelményének. Nem világos, hogy ki és milyen körben élhet tisztázó intézkedésekkel, illetve velük összefüggésben megbízhatósága bizonyításával. A kérdéses, fent hivatkozott bekezdés második mondatában a jogalkotó feltehetően a jogutód szinonimájaként használja a „gazdasági szereplő” kifejezést, hiszen megfogalmazásában a gazdasági szereplő „ebben az esetben is élhet a 64. § szerinti lehetőséggel és felhasználhatja a jogelődnek az alkalmasság igazolására szolgáló adatait, ha a korábban felmerült kizáró okkal összefüggésben igazolja megbízhatóságát.” A rendelkezés szerint a jogutód élhet a 64.§ szerinti

lehetőséggel. A Kbt. 64.§ az öntisztázás intézményét azonban egyedül a kizáró okok alóli mentesülés eszközeként szabályozza. A 65.§ (11) bekezdés viszont nem kizáró okot szabályoz, hanem alkalmasság igazolásával kapcsolatos tilalmat. Természetesen indokolt az öntisztázást és a vizsgált tilalmat összekapcsolni, hiszen a 65.§ (11) bekezdés alapján a jogelőd kizáró ok hatálya alatt állásának negatív következményeit részben a jogutód is viseli, ha nem is kizáró ok formájában. Ez akkor történhet meg, ha a jogalkotó engedi, hogy a jogutód hozzon öntisztázásra alkalmas intézkedéseket és igazolja megbízhatóságát vagy legyen joga a jogutódnak bizonyítania a jogelőd megbízhatóságát, a jogelőd által hozott intézkedések alapján. Ez a jogalkotói cél kiolvasható a hivatkozott szabályból, hiszen a rendelkezés szerint a jogutód *élhet* a 64.§ szerinti lehetőséggel, *felhasználhatja* a jogelőd adatait, ha a *korábban* felmerült kizáró okkal összefüggésben *igazolja megbízhatóságát*. Ugyanakkor kérdés, mit jelent a „korábban”? Kinek a „megbízhatóságát kell igazolni”? A 65.§ (11) bekezdés első mondatában fennálló esetben, bár nem kerül kizáró ok hatálya alá a jogutód, mégis élhet az öntisztázással a korábban felmerült kizáró okkal kapcsolatban? A *korábban* kifejezés ésszerűen vonatkozhatna a jogelőd esetében felmerült kizáró okra is, hiszen minden bizonnyal a jogelődnél a kizáró ok korábban merült fel, mint ahogy az adat-felhasználási tilalomba ütközött a jogutód. Még további értelmezéssel is a jogelőd esetében fennálló kizáró okra kellene vonatkoznia, hiszen a jogutód esetleg nincs is kizáró ok hatálya alatt (mivel a jogelőd adatai felhasználásának tilalma nem jelent egyben kizáró okot is).

Azonban a 64.§ csak kizáró ok fennállása esetén enged öntisztázást. Felmerül a kérdés, hogy értelmezhető-e a 65.§ (11) bekezdés *lex specialisként*, vagyis úgy, hogy ebben a különös esetben nem szükséges, hogy az öntisztázást kezdeményező gazdasági szereplő egyben kizáró ok hatálya alatt is álljon? Az Indokolás szerint nem értelmezhető így, hiszen útmutatása szerint „a jogutód viszont nem kezdeményezheti a Közbeszerzési Hatóságnál a jogelőd öntisztázásra irányuló intézkedéseinek vizsgálatát, amennyiben ő maga nem áll a kizáró okok valamelyikének hatálya alatt.” Ha az Indokolás értelmezése helytálló, akkor súlyosan **diszkriminatív, a törvény előtti egyenlőség alapvető jogát** [Alaptörvény XV. cikk (1) bekezdés] sértő szabályozással állunk szemben, hiszen a kizáró ok hatálya alatt egyébként nem álló jogutód eszköztelen lenne és rosszabb, egyenlőtlen helyzetben találná magát azzal a jogutóddal szemben, amely a „saját jogán” is kizáró ok alatt áll.

Az Alaptörvény XV. cikk (1) bekezdése kimondja, hogy „a törvény előtt mindenki egyenlő. Minden ember jogképes.”

Álláspontunk szerint a korábbi, a hatálybalépést megelőző időben minden tekintetben jogos magatartást megtestesítő jogutódlások Kbt. 65.§ (11) bekezdése alá vonása terhesebbé tenné a gazdasági szereplőknek a jogutódlással kapcsolatos szabályok betartására vonatkozó múltbeli kötelezettségeit. Hiszen a jogutódláskor nem látható, nem létező szabályok a **visszamenőleges hatállyal történő hátrányos szabályozás** – a tisztelt Alkotmánybíróság 8/2016. (IV. 6.) AB határozatában is kifejtett – tilalmába ütközően értékelnék negatívan a múltban nem kifogásolható jogutódlást; feltéve, hogy nem a Kbt. 139.§ (1) bekezdés b) pontjával összhangban kell értelmezni a 65.§ (11) bekezdést. A **jogbiztonság** alkotmányos követelménye a tisztelt Alkotmánybíróság ismert értelmezésében is a jogalkotó kötelezettségévé

teszi azt, hogy a jogszabályok világosak, egyértelműek és működésüket tekintve kiszámíthatóak, előreláthatóak legyenek a jogszabályok címzettjei számára. Egyúttal a kiszámíthatóság és az előreláthatóság követelményéből ered a visszamenőleges hatályú jogalkotás tilalmának alkotmányos elve is.

7. A KBT. 67.§ (4) BEKEZDÉS, 138.§ (3) BEKEZDÉS ÉS A KORMÁNYRENDELET 15.§ (2) BEKEZDÉS ALAPTÖRVÉNY-ELLENESSÉGE

A Kbt. 67.§ (4) bekezdése szerint „az ajánlatban – vagy több szakaszból álló eljárás esetén a részvételi jelentkezésben – be kell nyújtani az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező arra vonatkozó nyilatkozatát, hogy nem vesz igénybe a szerződés teljesítéséhez a 62. §, valamint ha az adott közbeszerzési eljárásban előírásra került, a 63. § szerinti kizáró okok hatálya alá eső alvállalkozót. A nyilatkozatot akkor is be kell nyújtani, ha az ajánlatkérő az eljárásban nem írta elő a már ismert alvállalkozók megnevezését.”

A Kbt. 138.§ (3) bekezdése a következőképpen rendelkezik: „az ajánlatkérő nem korlátozhatja az ajánlattevő jogosultságát alvállalkozó bevonására, csak akkor, ha az eljárás során a 65. § (10) bekezdése szerinti lehetőséggel élt. A nyertes ajánlattevő legkésőbb a szerződés megkötésének időpontjában köteles az ajánlatkérőnek valamennyi olyan alvállalkozót bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és – ha a megelőző közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozót még nem nevezte meg – a bejelentéssel együtt nyilatkozni arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll kizáró okok hatálya alatt. A nyertes ajánlattevő a szerződés teljesítésének időtartama alatt köteles az ajánlatkérőnek minden további, a teljesítésbe bevonni kívánt alvállalkozót előzetesen bejelenteni, és a bejelentéssel együtt nyilatkozni arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll kizáró okok hatálya alatt.”

A Kormányrendelet 15.§ (2) bekezdése szerint „azon alvállalkozók tekintetében, amelyek nem vesznek részt alkalmasság igazolásában az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező a Kbt. 67. § (4) bekezdése szerinti nyilatkozatot nyújt be.”

A fenti jogszabályhelyek tehát azt követelik meg, hogy a nyertes ajánlattevő arról nyilatkozzon, hogy az alvállalkozó nem áll kizáró ok hatálya alatt. Azonban az ajánlattevőnek nincs törvényes lehetősége arra, hogy erről minden kétséget kizáróan meggyőződjön. A Kbt. XI. fejezete szerinti kötelező és fakultatív kizáró okok köre rendkívül széles és az ajánlattevők számára nem hozzáférhetőek olyan közhiteles, vagy csak egyébként megbízható adatbázisok, amelyek igazolnák bármely gazdasági szereplő esetén a kizáró okok hiányát. Az ajánlattevő annyit tehet, hogy nyilatkoztatja az alvállalkozót a kizáró okok hiányáról. Azonban a Kbt. 67.§ (4) bekezdése és 138.§ (3) bekezdése, valamint a Kormányrendelet 15.§ (2) bekezdése nem az alvállalkozó nyilatkozatát követeli meg és nem is olyan ajánlattevői nyilatkozatot, amely azt tartalmazza, hogy az alvállalkozó nyilatkozott a kizáró okok hiányáról. A Kbt. és a Kormányrendelet azt követeli meg, hogy az ajánlattevő nyilatkozzon arról, hogy az alvállalkozó nem áll kizáró ok hatálya alatt (illetve, hogy nem vesz igénybe kizáró ok hatálya alatt lévő alvállalkozót). Utalunk arra, hogy a Régi Kbt-nek a Kormányrendelettel párhuzamos végrehajtási rendelete, *a közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról* szóló 310/2011. (XII.23.) Korm. rendelet 10.§ b) pontja még – helyesen – engedte, hogy az ajánlattevő választása szerint az

eljárásban megjelölt alvállalkozó nyilatkozatával tegyen eleget kötelezettségének. A Régi Kbt. hivatkozott végrehajtási rendelete a következőképpen szabályozta a kérdést a 10.§-ában: „az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező az alvállalkozója és adott esetben az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet vonatkozásában csak a Kbt. 58. § (3) bekezdése szerinti nyilatkozatot köteles benyújtani a Kbt. 56. §-ában foglalt kizáró okok hiányáról. Amennyiben az ajánlatkérő előírta a Kbt. 57. §-ában foglalt kizáró okok érvényesítését is az alvállalkozó és az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet vonatkozásában, az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező választása szerint

a) saját nyilatkozatot nyújt be arról, hogy nem vesz igénybe a Kbt. 57. § szerinti kizáró okok hatálya alá eső alvállalkozót, valamint az általa alkalmasságának igazolására igénybe vett más szervezet nem tartozik a Kbt. 57. §-a szerinti kizáró okok hatálya alá, vagy

b) az eljárásban megjelölt alvállalkozó nyilatkozatát – a meg nem jelöltekre az a) pont szerinti nyilatkozat mellett –, valamint az alkalmasság igazolására igénybe vett más szervezet nyilatkozatát is benyújthatja arról, hogy a szervezet nem tartozik a Kbt. 57. §-a szerinti kizáró okok hatálya alá.”

Ismét megjegyezzük, hogy a Kbt. 62.§ (1) bekezdés i) pontja kötelező kizáró okként nevesíti a hamis nyilatkozat adását. A fenti nyilatkozat esetében viszont objektíve lehetetlen, hogy az ajánlattevő meggyőződjön arról, nyilatkozata vajon hamisnak minősülhet-e, hiszen nem tudja ellenőrizni, hogy alvállalkozója kizáró ok alatt áll vagy sem.

Ezért ez a szabályozás is az Alaptörvény XII. cikk (1) bekezdésében biztosított, az **54/1993. (X. 13.) AB határozatban** elvi élel értelmezett **vállalkozáshoz való alapvető jogot** korlátozza alaptörvény-ellenesen. Ugyanis olyan helyzetbe kényszeríti a potenciális ajánlattevőket, amelyek megakadályozzák konkrét ajánlatok benyújtását.

Ha objektíve és *de facto* az ajánlattevő nem indulhat a közbeszerzési eljárásokon, akkor azzal a jogalkotó elzárja az ajánlatkérőt az adott tevékenységtől. Olyan cégekről is beszélünk ebben az esetben, amelyek szinte kizárólagos piaca – tevékenységének specialitása miatt – a közbeszerzési szektor, tehát ha a közbeszerzési piactól el van zárva, akkor megfosztották teljes piacától. Továbbá ebben az esetben sem látjuk ésszerűen és jóhiszeműen elvárhatónak azt, hogy egy jogkövető jogalkalmazótól megkövetelje a törvény, hogy büntetőjogi és negatív közbeszerzési jogi következményekkel járó hamis nyilatkozatot vagy olyan nyilatkozatot tegyen, amelynek valóságáról, hitelességéről objektíve nem tud meggyőződni.

8. JOGORVOSLATI LEHETŐSÉG HIÁNYA

Nyilatkozunk, hogy jogorvoslati lehetőség nincs biztosítva a jelen alkotmányjogi panaszban tárgyalt ügyben, az alábbiak szerint.

A 4-7. pontokban is kifejtettek szerint az ajánlattevők önhibájukon kívül eleshetnek a közbeszerzési piacon történő indulás lehetőségétől. A Kbt. biztosította jogorvoslati eljárás és a jogorvoslati eljárás bírósági felülvizsgálata a fent kifejtettek szerint nem biztosítja a közbeszerzésekből történő kizárás vagy – az 6. pont esetén – érvénytelen ajánlat benyújtásának következményeit.

Ugyan a Kbt. 144.§ (1) bekezdése alapján jogorvoslati kérelemmel lehet fordulni a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, az építési, illetve szolgáltatási koncesszióra, valamint a koncessziós beszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályokba ütköző magatartás vagy mulasztás miatt, a Döntőbizottság határozata pedig bírósági felülvizsgálat tárgya lehet, de az alábbiak miatt ez a jogorvoslati jog érdemben nem vehető figyelembe.

Egyrészt a Döntőbizottság a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, az építési, illetve szolgáltatási koncesszióra, valamint a koncessziós beszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályokba ütköző magatartást vagy mulasztást vizsgálja, vagyis maguknak a jogszabályoknak a hibáját nem orvosolhatja.

Másrészt, az egyes, megsemmisíteni kért jogszabályhelyekkel kapcsolatban az alábbiakat adjuk elő.

Kbt. 63.§ (1) bekezdés a) pont: a fenti 4. pontban kifejtettek szerint olyan esetek miatt is kizáró ok alá kerülhet az ajánlattevő, amely a korábbi szabályozás által engedett racionális vállalkozói magatartás miatt esetlegesen nem került felsőbb közigazgatási vagy bírói fórum elé, a vonatkozó határidők pedig már elteltek. Következésképpen már a kedvező, jogerős közigazgatási vagy bírósági döntés elérésére alkalmas jogorvoslati lehetőség nem áll nyitva.

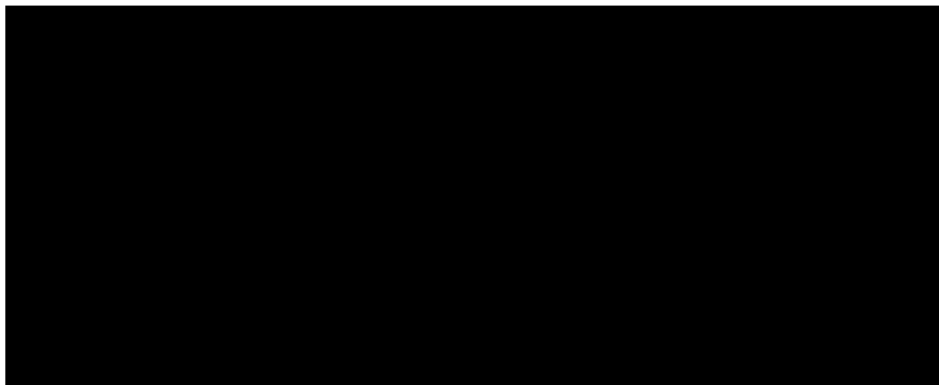
Kbt. 63.§ (1) bekezdés c) pont: ha kizárták az ajánlattevőt az eljárásból, miközben jogerős bírósági döntés még nem született az ügyében, a jogsérelem azonnal bekövetkezett, ezt orvosolni már nem lehet a fenti jogorvoslati úton. Az is kérdés, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság mit vizsgálhatna egy ilyen esetben. Véleményünk szerint a súlyos szerződésszegés kérdésének érdemi vizsgálatába nem bocsátkozhat, csak azt vizsgálhatná, hogy az ajánlatkérő álláspontjában megjelent-e a súlyos szerződésszegés és ezt követte-e szankció vagy történt-e lehetetlenülés. A súlyos szerződésszegés kérdése viszont polgári bírósági hatáskör. A polgári bíróság adott esetben dönthetne úgy, hogy nem történt súlyos szerződésszegés, de vajon ez vezethetne oda, hogy a jogerős bírósági döntés nélküli kizárás jogellenes volt? Álláspontunk szerint nem, hiszen a Kbt. nem követeli meg a jogerős bírósági döntést a kizáráshoz. A kizárás időpontjában, azaz amikor ajánlatkérő saját döntése szerint a Kbt. 63.§ (1) bek. c) pontjában meghatározott jogérvényesítési eszközökkel él, ilyen döntés hiányában is jogszerű a kizárás, kétséges, hogy az utólagos, ajánlattevőnek kedvező döntés érdemben orvosolná a korábbi jogsérelmet.

Kbt. 65.§ (11) bekezdés: a Kbt. 144.§ (1) bekezdése a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, az építési, illetve szolgáltatási koncesszióra, valamint a koncessziós beszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályokba ütköző magatartás vagy mulasztás esetére biztosítja a jogorvoslat lehetőségét. Magának a törvényi szabályozásnak a felülvizsgálatára nincs törvényes lehetőség jogorvoslati eljárásban, illetve maga a törvényhely még az öntisztázás lehetőségét is kizárja a kizáró ok hatálya alatt nem álló jogutód esetében.

Kbt. 67.§ (4) bekezdés, Kbt. 138.§ (3) bekezdés, Kormányrendelet 15.§ (2) bekezdés: a Kbt. 144.§ (1) bekezdése a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, az építési, illetve szolgáltatási koncesszióra, valamint a koncessziós beszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályokba ütköző magatartás vagy mulasztás esetére biztosítja a jogorvoslat lehetőségét. Magának a törvényi szabályozásnak a felülvizsgálatára nincs törvényes lehetőség jogorvoslati eljárásban.

9. NYILATKOZAT KÚRIA ELŐTTI ELJÁRÁS ÉS PERÚJÍTÁS HIÁNYÁRÓL

Nyilatkozunk, hogy a jelen alkotmányjogi panaszban tárgyalt ügyben nincs folyamatban felülvizsgálati eljárás a Kúria előtt és nem kezdeményeztek perújítást (jogorvoslatot a törvényesség érdekében).



Mellékletek:

- 1) Nyilatkozat az indítvány és a személyes adatok nyilvánosságra hozhatóságáról
- 2) Jogtanácsos igazolványának másolata