

A Közbeszerzések Tanácsa Útmutatója

a Kbt. 124. §-a szerinti hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás alkalmazásának feltételeiről

(KÉ 2010. évi 152. szám, 2010. december 22.)

Jelen útmutató célja, hogy felhívja a klasszikus ajánlatkérői kör figyelmét a **hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás alkalmazásának kivételes jellegére** és útmutatást adjon a vonatkozó jogszabályi rendelkezések helyes értelmezéséhez.

A hazai közbeszerzési gyakorlat azt mutatja, hogy az ajánlatkérők viszonylag gyakran alkalmazzák a szóban forgó eljárási fajtát. Ezzel összefüggésben szükséges nyomatékosan felhívni az ajánlatkérők figyelmét arra, hogy a közbeszerzési eljárás fajtájának megválasztásakor a klasszikus ajánlatkérőkre vonatkozó eljárási rendben alapvetően nyílt vagy meghívásos eljárás indítható, míg hirdetménnyel induló és hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás, valamint versenypárbeszéd csak *a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvényben* (Kbt.) meghatározott feltételek fennállása esetén. A hirdetménnyel induló tárgyalásos eljárás alkalmazásának lehetősége tehát ugyanúgy kivételes és feltételhez kötött, mint a hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárási fajta választása.

Különösen a hazai joggyakorlatnak az uniós joggal való összhangja érdekében szükséges hangsúlyozni, hogy az uniós jog értelmezésére jogosult Európai Bíróság gyakorlatában konzekvensen megjelenik az az elv, amely szerint a szerződés által biztosított jogok érvényesülését biztosító szabályoktól való eltéréseket **megszorítóan** kell értelmezni. Figyelemmel arra, hogy a 2004/18/EK irányelv (a továbbiakban: Irányelv) szabályai a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárást szintén olyan eljárási típusnak tekintik, amely **a transzparencia korlátozott érvényesülése miatt** csak kivételes esetben alkalmazható, annak feltételei esetében szintén a **megszorító értelmezés alkalmazandó.**

Az Irányelv preambulának (39) bekezdése szerint a nyílt eljárásban az ajánlattevők, a meghívásos eljárásban és a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárásban, valamint a versenypárbeszédben pedig a részvételre jelentkezők alkalmasságának ellenőrzése és kiválasztásuk átlátható feltételek mellett kell történnjen. Az átláthatóság követelményét az Irányelv 2. cikke alapelveként rögzíti.

Az Irányelv 28. cikke értelmében a közbeszerzési szerződéseket nyílt vagy meghívásos eljárás keretében kell odaítélni, míg **a hirdetmény közzétételével induló**

tárgyalásos eljárást a hivatkozott cikk értelmében „a 30. cikkben kifejezetten megemlített különleges esetekben és körülmények között” alkalmazhatja az ajánlatkérő szerv.

Az Irányelv **kógens jelleggel meghatározza** azokat az esetköröket, melyek fennálltakor alkalmazható a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás (30. cikk):

Eszerint az ajánlatkérő szerv a közbeszerzési szerződéseit hirdetmény közzétételét követően tárgyalásos eljárás keretében ítéheti oda a következő esetekben:

- a) ha nyílt vagy meghívásos eljárás, vagy versenypárbeszéd keretében nem nyújtottak be szabályszerű ajánlatokat, illetve csak olyan ajánlatokat nyújtottak be, amelyek az Irányelv 4., a 24., a 25. és a 27. cikkel, valamint a VII. fejezettel összeegyeztethető nemzeti rendelkezések szerint elfogadhatatlanok, amennyiben a szerződés eredeti feltételei tekintetében nincs lényeges változás.

Az ajánlatkérő szerv megteheti, hogy nem tesz közzé hirdetményt, ha a tárgyalásos eljárásba bevonja mindazokat és csak azokat az ajánlattevőket, akik, illetve amelyek teljesítik a 45–52. cikkben foglalt feltételeket, és akik, illetve amelyek ezt megelőzően a nyílt vagy meghívásos eljárásban, vagy a versenypárbeszéd során a közbeszerzési eljárás formai követelményeinek megfelelő ajánlatot nyújtottak be;

- b) kivételes esetben, amikor az építési beruházások, az árubeszerzések vagy a szolgáltatások jellege, vagy az azokhoz kapcsolódó kockázatok nem teszik lehetővé az ár előzetes átfogó meghatározását;
- c) a szolgáltatások tekintetében, többek között a IIA. melléklet 6. kategóriájába tartozók tekintetében, valamint a szellemi munkát igénylő szolgáltatások, mint az építési tervek készítése esetében, amennyiben a teljesítendő szolgáltatások jellege olyan, hogy a szerződéses feltételek nem állapíthatók meg kellő pontossággal ahhoz, hogy a szerződést a nyílt vagy a meghívásos eljárás szabályainak megfelelően a legkedvezőbb ajánlat kiválasztásával lehessen odaítélni;
- d) építési beruházásra irányuló szerződések tekintetében olyan építési beruházások esetében, amelyeket kizárólag kutatási, kísérleti vagy fejlesztési célból, és nem a nyereségesség biztosítása vagy a kutatási és fejlesztési költségek fedezése céljából valósítanak meg.

Az Irányelv idézett 30. cikkének (2) bekezdése szerint a fentiekben említett esetekben az ajánlatkérő szerv tárgyalást folytat az ajánlattevőkkel az általuk benyújtott

ajánlatokról, azoknak a hirdetményben, az ajánlattételhez szükséges dokumentációban, és adott esetben a kiegészítő iratokban meghatározott követelményekhez történő hozzáigazítása érdekében, valamint a legjobb ajánlatnak az 53. cikk (1) bekezdésével összhangban történő kiválasztása végett.

Az Irányelv hangsúlyozza, hogy a tárgyalások során az ajánlatkérő szerv minden ajánlattevő tekintetében egyenlő bánásmódot alkalmaz, így különösen nem ad diszkriminatív módon olyan tájékoztatást, amely egyes ajánlattevőket másokkal szemben előnyhöz juttatna.

Az Irányelv hivatkozott rendelkezéseinek értelmezésével az Európai Bíróság számos ügyben foglalkozott.¹ A Bíróság számos döntésében hangsúlyozta, hogy a közbeszerzési eljárás során a vonatkozó irányelvek hatályosulásának feltétele, hogy az egyenlő bánásmód és az átláthatóság követelményének eleget téve az egyes szerződések tárgya, valamint azok odaítélésének szempontjai világosan meg legyenek határozva (lásd ebben az értelemben a C-340/02. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2004. október 14-én hozott ítélet [EBHT 2004., I-9845. o.] 34. pontját),² illetve a közbeszerzési eljárások során valamennyi potenciális ajánlattevő érdekében megfelelő mértékű nyilvánosságot kell biztosítani, amely lehetővé teszi a szolgáltatási piac verseny előtt történő megnyitását, és az eljárások pártatlanságának ellenőrzését.

A Kbt. 124. §-ának (2) bekezdése határozza meg, hogy az ajánlatkérő hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárást milyen esetekben indíthat. A fenti szakasz értelmében ezen eljárásfajta akkor alkalmazható:

- a) ha a nyílt, a meghívásos eljárás vagy a versenypárbeszéd a 92. § b) vagy c) pontja alapján eredménytelen volt, feltéve, hogy a felhívásnak, a dokumentációnak és az ismertetőnek a feltételei időközben lényegesen nem változtak meg;
- b) kivételesen, ha az árubeszerzés, az építési beruházás, illetőleg a szolgáltatás természete vagy az ehhez kapcsolódó kockázatok nem teszik lehetővé az ellenszolgáltatás előzetes átfogó (mindenre kiterjedő) meghatározását;
- c) építési beruházás esetében, ha az kizárólag kutatási, kísérleti vagy fejlesztési célból szükséges; ez az eset azonban nem alkalmazható, ha megalapozza a piacképességet, illetőleg a kutatásfejlesztés költségeit fedezi;
- d) szolgáltatás megrendelése esetében, ha a szolgáltatás természete miatt a szerződéses feltételek meghatározása nem lehetséges olyan pontossággal, amely lehetővé tenné a nyílt vagy a meghívásos eljárásban a legkedvezőbb ajánlat kiválasztását, így különösen a szellemi szolgáltatások és a 3. melléklet 6. csoportjába tartozó pénzügyi szolgáltatások esetében.

¹ C-57/94. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1995. május 18 -án hozott ítélet [EBHT 1995., I-1249. o.] 23. pontja és C-318/94. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 1996. március 28-án hozott ítélet [EBHT 1996., I-1949. o.] 13. pontja

A hivatkozott feltételek megszorító értelmezése különösen a fenti b) és d) pontok alkalmazása során igényel nagyobb körültekintést. Az ár előzetes meghatározásának, illetve a szolgáltatás megrendelésére irányuló szerződéses feltételek meghatározásának lehetetlensége a beszerzés tárgyának jellegéből, vagy az ellenszolgáltatás esetében a beszerzés természetéhez kapcsolódó kockázatokból kell, hogy következzen. A megszorító értelmezés követelményéből következik, hogy az ellenszolgáltatás vagy a szerződéses feltételek meghatározásának lehetetlensége nem származhat más, a Kbt. 124. § (2) bekezdése által meghatározott körülményekből, így például nem eredhet az ajánlatkérő előzetes tapasztalatának hiányából, vagy az ajánlattevők érdekkörébe tartozó körülményekből. Hangsúlyozzuk tehát, hogy olyan körülmények, amelyek nem a beszerzés tárgyával vagy az ehhez kapcsolódó kockázatokkal kapcsolatosak, hanem **szubjektív tényezők, nem alapozhatják meg a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás választását. Ahol tehát a Kbt. kifejezetten a beszerzés tárgyának jellegére, vagy az ahhoz kapcsolódó kockázatokra tekintettel engedi meg tárgyalásos eljárás alkalmazását, ott e körülményeket objektíven kell értékelni.**

A Kbt. 124. §-a (2) bekezdésének b) pontja tehát kivételesen és csak akkor alkalmazható, ha az árubeszerzés, az építési beruházás, illetőleg a szolgáltatás természete vagy az ehhez kapcsolódó kockázatok objektíve nem teszik lehetővé az ellenszolgáltatás előzetes átfogó (mindenre kiterjedő) meghatározását.

Hasonlóan a fentiekhez a Kbt. 124. §-a (2) bekezdésének d) pontja abban az esetben alkalmazható, ha a szolgáltatás megrendelése esetében a szolgáltatás természete miatt a szerződéses feltételek meghatározása – *a szolgáltatás természetéből eredő objektív okok miatt* – nem lehetséges olyan pontossággal, amely lehetővé tenné a nyílt vagy a meghívásos eljárásban a legkedvezőbb ajánlat kiválasztását, így különösen a szellemi szolgáltatások és a 3. melléklet 6. csoportjába tartozó pénzügyi szolgáltatások esetében.

Az előbbiekre tekintettel felhívjuk az ajánlatkérők figyelmét, hogy a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárási fajta választását megelőzően körültekintően és a megszorító értelmezés követelményének megfelelően vizsgálják az eljárási fajta megindítása feltételeinek fennállását. Az eljárási fajta indokolatlan alkalmazása olyan közbeszerzési jogsértés, amely a Közbeszerzési Döntőbizottság jogorvoslati eljárását vonhatja maga után. A Döntőbizottság több határozatában kifejtette ugyanis, hogy a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás egy kivételes lehetőség, amelynek alkalmazására kizárólag a Kbt.-ben meghatározott feltételek fennállása esetében van mód. Ezen feltételeket pedig nem lehet kiterjesztően értelmezni. Vagyis ahhoz, hogy a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás lefolytatása az ajánlatkérő által választott jogalapon megfeleljen a Kbt. és az uniós jog előírásainak is, az ajánlatkérőnek tudnia kell igazolni azt a



kivételes helyzetet, illetve a beszerzése olyan specialitását, amely a hivatkozott eljárásfajta jogszerű alkalmazását megalapozza.

Előzőek vonatkozásban a Közbeszerzések Tanácsa utalni kíván például a Közbeszerzési Döntőbizottság D.126/11/2007. számú és a D.9/18/2008. számú határozataira. A fentiek alapján általános jelleggel elmondható, hogy az ajánlatkérő feladata és egyben kötelessége is, hogy a kívánt beszerzése vonatkozásában előzetes felméréssel megfogalmazza igényét és ehhez képest részletesen meghatározza az elvárásait oly módon, hogy az ajánlattevők megfelelő ajánlatot tehessenek. Az ajánlatkérő ezen kötelezettségének megszegése tehát nem szolgálhat alapul egy olyan kivételes helyzetre történő hivatkozásnak, amely a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárás jogszerű alkalmazását lehetővé tenné.

Az előbbieken túl felhívjuk a figyelmet, hogy az Európai Bizottság is kifogásolja a hirdetmény közzétételével induló tárgyalásos eljárási forma nem kellően megalapozott alkalmazását. Az eljárási fajta indokolatlan alkalmazása esetén Magyarországgal szemben kötelezettségzegési eljárás is indulhat, az Európai Bíróság gyakorlata alapján egy adott közbeszerzési eljárással összefüggő tagállami kötelezettségzegés megszüntetésének megfelelő módját pedig az érintett szerződéses jogviszony felszámolása jelenti (C-503/04.sz., Bizottság v. Németország ügyben 2007. július 18-án hozott ítélet [EBHT 2007., I-06153. o.], és a C-17/09.sz., Bizottság v. Németország ügyben 2010. január 21-én hozott ítélet [EBHT 2010., 00000. o.]).