TRANSPARENCY INTERNATIONAL
MAGYARORSZÁG

**Dr. Kovács László**
**elnök**

**Közbeszerzési Hatóság**
**Budapest**

**Tárgy**: hivatalból indított jogorvoslati eljárás kezdeményezése

**Tisztelt Elnök Úr!**

Az alábbiakban részletezett, álláspontunk szerint a vonatkozó jogszabályoknak nem megfelelően koncessziós eljárásként megindított eljárás tárgyában szeretnénk kérni, hogy fontolja meg, hogy él a törvény által biztosított jogával, és a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLIII. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 152. §-a (1) bekezdésének a) pontja értelmében hivatalból kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárását.

2021. augusztus 12-én a Nemzeti Koncessziós Iroda a koncessziós szerződésekről szóló 2014/23/EU irányelv (a továbbiakban: koncessziós irányelv) értelmében vett koncessziós hirdetményt tett közzé az Elektronikus Közbeszerzési Rendszerben (EKR000969592021, EHR azonosító: 15149/2021). A koncessziós eljárás tárgya Magyarország teljes területére kiterjedő az állami hulladékgazdálkodási közfeladat gyakorlásának koncesszióba adása.

Jelen levelünkben négy kérdéskört illetően szeretnénk jogi aggályokat felvetni, amelyek álláspontunk szerint feltételezhetően megsértik a koncessziós irányelvet, a közbeszerzésről szóló 2014/24/EU irányelvet (a továbbiakban: közbeszerzési irányelv), és az ezen irányelveket átültető Kbt.-t. Hangsúlyozzuk, hogy jogi értékelésünk során csak a koncessziós hirdetményben megjelent nem kellően részletes információkra tudtunk hagyatkozni.

1. A koncesszió időtartama

A koncessziós irányelv 18. cikkének (2) bekezdése úgy rendelkezik, hogy az 5 évnél hosszabb időtartamra szóló koncessziók esetében a koncesszió maximális időtartama nem haladhatja meg azt az időtartamot, amely alatt – ésszerű feltételezések alapján – a koncessziós jogosult számára megtérülnek az építési beruházás vagy a szolgáltatás megvalósítása érdekében eszközölt befektetései, és a befektetett tőke ésszerű hozamot tud termelni, figyelembe véve a konkrét szerződéses célkitűzések teljesítése érdekében eszközölt befektetéseket is. A számításkor figyelembe veendő befektetésekbe a kezdeti befektetések és a koncesszió időtartama során tett további befektetések is beletartoznak.

A koncessziós irányelv (52) preambulum-bekezdése tovább értelmezi a fentebbi rendelkezés indokát: „A piac lezárásának és a verseny korlátozásának elkerülése érdekében a koncesszió időtartamát korlátozni kell. A nagyon hosszú időtartamú koncessziók nagy valószínűséggel a piac lezárásához vezetnek, így korlátozhatják a szolgáltatások szabad mozgását és a letelepedés szabadságát.”

A Kbt. 133. §-a a fentiekkel összhangban így rendelkezik:
(1) Az ajánlatkérőnek az eljárást megindító felhívásban a szerződés időtartamát úgy kell meghatároznia, hogy ha a szerződés tárgya, a választott szerződéses konstrukció, a hozzá kapcsolódó fizetési feltételek vagy a nyertes ajánlattevő által eszközölt befektetés nem indokolja, a szerződést ne kösse határozatlan vagy olyan aránytalanul hosszú határozott időtartamra, amely a verseny fenntartása és a közpénzek hatékony elköltésének céljával ellenkezik.
(2) Építési vagy szolgáltatási koncesszió csak határozott időtartamra köthető. Ha az építési vagy szolgáltatási koncesszió időtartama az öt évet meghaladja, az ajánlatkérőnek *számításokkal kell alátámasztania*, hogy a szerződés időtartama nem haladja meg azt az időtartamot, amely alatt - ésszerű feltételezések alapján - a koncessziós jogosult számára megtérülnek az építési beruházás vagy a szolgáltatás megvalósítása érdekében, illetve a szerződés teljesítéséhez kapcsolódóan annak időtartama során eszközölt befektetései és a befektetett tőke ésszerű hozamot tud termelni.

Tekintettel arra, hogy a tervezett koncesszió időtartama rendkívül hosszú, 35 év, a Transparency International Magyarország közérdekű-adatigényléssel fordult a Nemzeti Koncessziós Irodához a Kbt. 133. §-ának (2) bekezdésében előírt számítások megismerése tárgyában. A Nemzeti Koncessziós Iroda elutasította kérelmünket arra hivatkozva, hogy az egy folyamatban lévő ügy előkészítő irata, amely álláspontunk szerint nem megfelelő magyarázat, hiszen a koncesszió időtartamára vonatkozó döntés már megszületett közérdekű-adatigénylésünk időpontja előtt, ezért ebben a tekintetben ez már nem folyamatban lévő ügy volt, ezért az általunk kért információ se tekinthető előkészítő anyagnak. Következésképpen, nincs arról információnk, hogy a tervezett koncesszió időtartama, a 35 év indokolható-e a Kbt által előírt számításokkal. Ugyanakkor az időtartam rendkívül hosszú volta miatt, úgy gondoljuk, hogy az valós veszélyt hordoz abban a tekintetben, hogy a versenyt indokolatlanul korlátozza, valamint akadályozza a szolgáltatások szabad áramlását és a letelepedés szabadságát.

Arra is szeretnénk felhívni a figyelmet, hogy miközben a koncesszió 35 évre – mai viszonyaink között különösen beláthatatlan időre – köttetne, addig a hirdetmény alapján új beruházások vállalása és új energetikai hasznosítási kapacitásra vonatkozó vállalás csak a koncessziós szerződés hatályba lépésétől számított első 10 évben, illetve 5 évben került előírásra. Mindez szintén jelezheti a túlzottan hosszú időszakból eredő beláthatatlanságot, aránytalanságot, a verseny és a hatékonyság szempontjával való szembehelyezkedést, valamint a működési kockázat viselése elengedhetetlen feltételének érdemi megkérdőjelezhetőségét.

Mindezekre tekintettel fontosnak tartjuk, hogy egy *független* ellenőrző intézmény megvizsgálja a szóban forgó számításokat abból a szempontból, hogy az tényleg indokolja-e a tervezett koncesszió 35 éves időtartamát.

2. A Kbt. tárgyi hatályán túlterjeszkedő közbeszerzési tárgy

A Kbt. 1. §-ának (1) bekezdése úgy rendelkezik, hogy „E törvény szabályozza a közbeszerzési eljárásokat, valamint a koncessziós beszerzési eljárásokat, és az azokhoz kapcsolódó jogorvoslat szabályait.”

A tárgyi hatálya körében a Kbt. 4. §-a úgy rendelkezik, hogy az […] értékhatárokat elérő értékű közbeszerzési szerződés, építési vagy szolgáltatási koncesszió (ideértve a védelmi és biztonsági tárgyú koncessziót is) megkötése érdekében az 5-7. §-ban ajánlatkérőként meghatározott szervezetek az e törvény szerinti közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárást kötelesek lefolytatni. A közbeszerzési szerződés megkötésére közbeszerzési eljárást, építési vagy szolgáltatási koncesszió megkötésére koncessziós beszerzési eljárást kell lefolytatni.

A 3. § 24. pontja értelmében közbeszerzési szerződés, a Kbt. szerinti ajánlatkérő által, írásban megkötött, árubeszerzésre, szolgáltatás megrendelésre vagy építési beruházásra irányuló visszterhes szerződés.

A Kbt. 8. §-a rendelkezik a közbeszerzés tárgyairól. Ennek értelmében közbeszerzésnek minősül a közbeszerzési szerződés, valamint az építési vagy szolgáltatási koncesszió e törvény szerinti megkötése. A közbeszerzési szerződés tárgya árubeszerzés, építési beruházás vagy szolgáltatás megrendelése lehet. A szolgáltatás megrendelése […] olyan beszerzés, amelynek tárgya különösen valamely tevékenység megrendelése az ajánlatkérő részéről. A szolgáltatási koncesszió pedig az ajánlatkérő által, írásban megkötött visszterhes szerződés, amelynek keretében az ajánlatkérő az előzőleg meghatározott szolgáltatás nyújtását rendeli meg, az ajánlatkérő ellenszolgáltatása a szolgáltatás hasznosítási jogának meghatározott időre történő átengedése vagy e jog átengedése pénzbeli ellenszolgáltatással együtt, amely együtt jár a szolgáltatás hasznosításához kapcsolódó működési kockázatnak a koncessziós jogosult általi viselésével.

Ezzel szemben a tárgybeli hirdetmény III.1.2.9. pontjában az ajánlatkérő lényegében elad két gazdasági társaságot is, mégpedig a Nemzeti Hulladékgazdálkodási Koordináló és Vagyonkezelő Zrt.-t, valamint a Nemzeti Hulladékgazdálkodási Szolgáltató Kft.-t. A hirdetmény úgy rendelkezik, hogy a Nyertes Ajánlattevő köteles e két cég részvényeinek, illetve üzletrészeinek megszerzésére. Ráadásul egy, az ajánlatkérő által megbízott független értékbecslő szerint megállapított piaci áron, tehát nem versenyeztetés keretében, a legmagasabb árat ajánló vevő veheti meg a cégeket. Álláspontunk szerint egy közbeszerzési eljárás keretében nem lehet jogszerűen gazdasági társaságokat eladni.

Az elvi megfontolásokon túl, nem egyértelmű, hogy milyen célt szolgál a két cég eladása, hiszen az ajánlattevők alkalmasságának értékelésére előírt feltételek igazolása és teljesítése azt szolgálja, hogy a tárgybeli feladat ellátása megfelelőn biztosítva legyen. E körben szintén nehezen értelmezhető, hogy a hirdetmény szerint a koncesszió jogosultjának egy éven belül kell a kapacitást biztosító szerződéseit megkötni.

3. A kötbérfizetési kötelezettség kizárása

A koncessziós hirdetmény III.2.2. pontja értelmében a hulladékról szóló 2012. évi CLXXXV. törvény (a továbbiakban: Ht.) 53/B.§-ának (10) bekezdése szerinti koncessziós alapfeltételek közé tartozó, jogszabályban meghatározott hulladékgazdálkodási célértékek valamelyikének nem teljesítése esetén a nyertes Ajánlattevőnek késedelmi kötbért kell fizetnie.

Majd ugyanezen pont alatt később a hirdetmény azt a tájékoztatást adja, hogy a koncessziós társaság kötbérfizetési kötelezettségét kizárja – többek között – „ha a koncesszor, illetve a koncessziós társaság a koncessziós szerződésben foglalt kötelezettségek nem, késedelmes vagy hibás teljesítésének lehetőségét előre, indoklással és intézkedési tervvel együtt jelezte a koncessziós szerződésben megjelölt szervezetek részére, akik azt írásban elfogadták".

Rendkívül aggályosnak tartjuk a fentebb idézett kötbérfizetés alóli mentesülési lehetőséget, mivel az valójában érdemi feltétel nélkül megteremti a mentesülés lehetőségét. Az sem derül ki, hogy mely szervezet lesz jogosult elbírálni azt, hogy a koncessziós jogosult nem teljesítése elfogadható-e. Mindeközben a hirdetményben is hivatkozott Ht. 53/B. § (10) bekezdése kötelezően ellátandó koncessziós alapfeltételeket rögzít – lényegében a közfeladat ellátásának garanciáit – amelyeknek az ellátását a kötbérfizetése garantálná. Így lényegében, az e hirdetmény alapján megkötendő koncessziós szerződés nem fogja garantálni objektív módon a hulladékgazdálkodással kapcsolatos alapvető állami feladatok ellátását.

Megkérdőjelezhető továbbá, hogy a hirdetmény fenti rendelkezése összhangban van-e a Kbt. szerződésmódosítással (141. §), valamint a közpénzekkel való felelős gazdálkodás elvének a szerződés teljesítése során való érvényesítésével (141. §) kapcsolatos korlátaival.

4. Túlzott pénzügyi követelmények

A hirdetmény a gazdasági és pénzügyi alkalmasság minimumkövetelményei között úgy rendelkezik, hogy alkalmatlan a részvételre jelentkező a szerződés teljesítésére, amennyiben a saját tőkéje az eljárást megindító felhívás feladását megelőző utolsó három lezárt üzleti év átlagában nem érte el a 10 Mrd Ft-ot. Amennyiben a részvételre jelentkező számviteli beszámolóval azért nem rendelkezik az előírt teljes időszakban, mert az időszak kezdete után kezdte meg működését, akkor alkalmatlan, ha a működésének ideje alatt az általános forgalmi adó nélkül számított közbeszerzés tárgyából (hulladékgazdálkodás) származó árbevétele nem éri el összesen a 75 Mrd Ft-ot. Alkalmatlan továbbá a részvételre jelentkező a szerződés teljesítésére, ha az eljárást megindító felhívás feladását megelőző utolsó három üzleti év átlagában az általános forgalmi adó nélkül számított teljes nettó árbevétele nem éri el a 150 Mrd Ft-ot.

Jóllehet tudatában vagyunk annak, hogy a Kbt. koncessziókra vonatkozó szabályozása nagyobb mozgásteret enged az ajánlatkérő számára a gazdasági és pénzügyi alkalmassági feltételek kialakítása során [ld. Kbt. 124. § (2) bk.], mindazonáltal különösen a saját tőkére vonatkozó előírást túlzottan korlátozónak tartjuk, és nem látjuk annak indokolhatóságát.

Továbbá, a hirdetmény „VI.3) További információk" 10. pontja alatt mindenféle indoklást mellőzve jelzi, hogy az ajánlatkérő a szerződéskötés feltételeként előírja, hogy a nyertes ajánlattevő rendelkezzen legalább 75Mrd Ft-ot meghaladó szabad – óvadékkal, zálogjoggal nem terhelt – pénzeszközzel (bankbetét, államkötvény) vagy lehívható banki és/vagy egyéb hitelszerződés keretből származó pénzeszközzel. A pénzeszközök, vagy hitelszerződések helyett/mellett ajánlatkérő tulajdonosi kötelezettségvállalást is bemutathat a szerződéskötési feltétel teljesítésére. Ezen szerződéskötési feltétel teljesítésének elmaradását ajánlatkérő a koncessziós szerződés megkötésétől történő elállásnak minősíti.

Aggályosnak tartjuk, hogy ennek az igen súlyos szerződéskötési külön feltételnek sem az indoka, sem a célja nem derül ki a hirdetményből. Álláspontunk szerint egy ilyen rendkívül nagymértékű pénzügyi plusz követelmény, melynek rendeltetése nem egyértelmű, de súlyosan terhes, korlátozó feltétel, illetve nem látszik kapcsolódni a szerződés tárgyához, az a közbeszerzési alapelvek sérelmét eredményezi [Ld. e körben Kbt. 2. § (2)-(3), (5) bek.].

E körben arra is szeretnénk felhívni a figyelmet, hogy a közbeszerzési irányelv 70. cikke is úgy rendelkezik, hogy az ajánlatkérő csak olyan különös feltételeket állapíthat meg valamely szerződés teljesítésére vonatkozóan, amelyek a közbeszerzési szerződés tárgyához kapcsolódnak.

A fentiekre tekintettel, kérjük, fontolja meg, hogy hivatalból kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárását.

Elnök Úr szíves intézkedését előre is köszönjük.

Budapest, 2021. szeptember 27.

Üdvözlettel,

dr. Nagy Gabriella
közpénzügyi programok vezetője

dr. Martin József Péter
ügyvezető igazgató