



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: *D.103/15/2022.*

A tanács tagjai: Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Judit közbeszerzési biztos, Dr. Virágh Norbert közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Közbeszerzési Hatóság Elnöke
(Budapest, Riadó u. 5.)

A kezdeményező képviselője: Dr. Szeiffert Gabriella felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A beszerző 1.: Hódmezővásárhelyi Működtető és Szolgáltató
Nonprofit Zrt.
(Hódmezővásárhely, Bajcsy-Zsilinszky utca 70.)

A beszerző 2.: Hódmezővásárhelyi Vagyonkezelő és Szolgáltató Zrt.
(Hódmezővásárhely, Bajcsy-Zsilinszky utca 70.)

A beszerzők képviselője: Dr. Karsai Éva felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A kérelmezett 1. : Volánbusz Zrt.
(Budapest, Üllői út 131.)

A kérelmezett 1. képviselője: Hazafi Gergely felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A kérelmezett 2. : Jovány Busz Kft.
(Hódmezővásárhely, Szántó Kovács János u. 144.)

A kérelmezett 2. képviselője: Dr. Jovány Attila ügyvéd
(Budapest, Jósika Miklós utca 5.)

A beszerzés tárgya, értéke: Helyi személyszállítás beszerzése - Kbt. mellőzése,
192.072.936.-Ft

A Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban: Döntőbizottság) a Közbeszerzési Hatóság nevében meghozta az alábbi

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy a beszerző 2. megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 19. § (2)-(3) bekezdésére tekintettel a Kbt. 4. § (1) bekezdését.

A Döntőbizottság a beszerző 2.-vel szemben a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése miatt 10.000.000.-Ft azaz tízmillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy a beszerzők és a kérelmezett 2. között, autóbusszal végzett helyi személyszállítási szolgáltatások megrendelésére irányuló, 2021. február 2. napján létrejött közszolgáltatási szerződés semmis.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy a tárgyi szerződés tekintetében az eredeti állapot nem állítható helyre.

A Döntőbizottság az érvénytelenség jogkövetkezményeként a beszerző 2-vel szemben további 10.000.000.-Ft azaz tízmillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja a beszerző 2.-t, hogy a bírságok összegét a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbizottsági Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-01040360-00000000 számú központosított beszedési számlájára átutalással teljesítse.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható, a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet a Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya.

INDOKOLÁS

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város Önkormányzata (továbbiakban: Önkormányzat) és a Volánbusz Zrt. (kérelmezett 1.) jogelődje, a DAKK Zrt. között a helyi személyszállítás ellátására közszolgáltatási szerződés jött létre, amely szerződés a felek jogviszonyát 2018. december 31. napjáig rendezte. Az Önkormányzat 2018. év folyamán a személyszállítási szolgáltatásokról szóló 2012. évi XLI. törvény (a továbbiakban: Sztv.) 23. §-a szerint lefolytatott nyilvános pályázati eljárása alapján a kérelmezett 1. 2019. január 1. napjától újabb öt évre elláthatta a személyszállítási szolgáltatásokat a beszerző részére. A felek között azonban írásban nem jött létre a szerződés, a közszolgáltatási szerződés létrejöttének, érvényességének és hatályosságának megállapítása iránt az Önkormányzat polgári peres eljárást indított, amely jelenleg is folyamatban van, a Szegedi Törvényszék előtt 7.G.40.036/2021. számon. A kérelmezett 1. azonban a szolgáltatást 2019. január 1. napjától nyújtotta és bár írásban a szerződés nem jött létre a felek között, az Önkormányzat 2019. május 31. és 2019. december 31. napja között a kérelmezett 1. részére önkormányzati forrású támogatási összeget, valamint központi támogatást, mindösszesen 52.545.000.-Ft-ot a szolgáltatás ellentételezéseként megfizetett. Ezt követően a kérelmezett 1. további elszámolást nem készített, számlát nem állított ki, ellentételezést nem kapott sem az Önkormányzattól, sem a beszerzőktől.

2. Az Önkormányzat hivatkozva az Sztv. 24. § (4) bekezdésében foglaltakra 2020. november 18-án négy gazdasági szereplő, köztük a kérelmezett 1. részére megküldte a beszerzésére vonatkozó feltételeit tartalmazó iratokat és árajánlatot kért be. A kérelmezett 1. arra figyelemmel, hogy az ajánlatkérés nem tartalmazta a szerződés tervezetét, amely a

szolgáltatás pontos paramétereivel, pénzügyi elszámolással (ellentételezés, támogatás, költségtérítés, szolgáltatót megillető bevételek, szociálpolitikai menedzser-támogatás elszámolásának rendje) álláspontja szerint szükséges lett volna a megfelelő ajánlattételhez, nem élt az ajánlattétel lehetőségével. Az ajánlattételre szintén felkért Jovány Busz Kft. (továbbiakban: kérelmezett 2.) ajánlatát az Önkormányzat részére benyújtotta.

3. Az Önkormányzat a kérelmezett 2.-t bízta meg a személyszállítási szolgáltatások ellátásával. 2020. december 16-án Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város Polgármestere (a továbbiakban: Polgármester) a katasztrófavédelemről és a hozzá kapcsolódó egyes törvények módosításáról szóló 2011. évi CXXVIII. törvény (a továbbiakban: Kat.) 46. § (4) bekezdése alapján a közgyűlés hatáskörében eljárva, 654/2020. (XII. 16.) számú határozatával kiválasztotta közszolgáltatónak a kérelmező 2.-t. Az eljárás szabálytalansága miatt az egyik ajánlatot benyújtó pályázó pert indított az Önkormányzat ellen.

4. 2021. február 2. napján az Európai Parlament és a Tanács vasúti és közúti személyszállítási közszolgáltatásról, valamint az 1191/69/EGK és az 1107/70/EGK tanácsi rendelet hatályon kívül helyezéséről szóló 1370/2007/EK rendelete (a továbbiakban: EK rendelet) 5. cikk (5) bekezdése szerinti „szükséghelyzeti intézkedésként”, továbbá az Sztv. 24. § (4) bekezdés d) pontjára hivatkozással közvetlen megbízással kötött helyi személyszállítási közszolgáltatási szerződést az időközben az Önkormányzat közlekedésszervezőjeként létrehozott Hódmezővásárhelyi Működtető és Szolgáltató Nonprofit Zártkörűen Működő Részvénytársaság (beszerző 1.) a kérelmezett 2.-vel. A szerződés két éves időtartamra szól azzal, hogy a teljesítés kezdő időpontja 2021. március 1.

5. A szerződés megkötésekor a beszerző közlekedésszervezője – figyelemmel a Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város közgyűlésének a közlekedésszervezési feladatok ellátásáról és a közlekedésszervező kijelöléséről szóló 5/2021. (I. 28.) önkormányzati rendelet (a továbbiakban: Ör.) 1. §-ára – a Hódmezővásárhelyi Működtető és Szolgáltató Nonprofit Zártkörűen Működő Részvénytársaság, beszerző 1. volt, melynek egyedüli részvényese az Önkormányzat. 2021. május 1. napjától azonban az Önkormányzat a Hódmezővásárhelyi Vagyonkezelő és Szolgáltató Zártkörűen Működő Részvénytársaságot, a beszerző 2.-t jelölte ki közlekedésszervezőnek. Az Ör. módosítását követően a 2021. május 1. napján hatályba lépett 15/2021. (IV.15.) számú önkormányzati rendelet 2. § (3) bekezdésében foglaltak alapján a beszerző 1. általános jogutódja a beszerző 2. lett.

6. A Csongrád-Csanád Megyei Kormányhivatal a kérelmezett 2. tevékenységi engedélyét 2021. március 3. napjától három hónapra felfüggesztette, melynek következtében a polgármester – az Sztv. 24. § (4) bekezdés d) pontjára hivatkozással, 131-1683-5/2021. és 131-1683-19/2021. számú határozataival – előírta a kérelmezett 1. részére a helyi személyszállítási közszolgáltatás nyújtását a határozatok kézhezvételétől számítva 2021. június 4. napjáig. A kérelmezett 1. a feladatot nem vállalta el, a határozatokkal szemben jogorvoslatot kezdeményezett a bíróság előtt.

7. A polgármester 2021. június 5-től 2021. július 15. napjáig ismét a kérelmezett 2. számára írta elő a szolgáltatás nyújtását, változatlan jogszabályi hivatkozással a 131-1683-27/2021. számú határozat alapján, majd a 131-1683-30/2021. számú határozat útján 2022. március 31. napjáig.

8. A polgármester saját hatáskörben az EK rendelet 7. cikk (2) bekezdése szerinti közzétételt kezdeményezett az Európai Unió Hivatalos Lapjában annak érdekében, hogy 2022. április 1. napjától az EK rendelet 5. cikk (4) bekezdése és az Sztv. 24. § (3) bekezdése alapján közvetlen odaítéléssel tudjon a kérelmezett 2.-vel közszolgáltatási szerződést kötni.

9. A kérelmezett 2. részére a beszerző 2. mindösszesen 83.788.886.- forintot fizetett meg 2021. augusztus 5-től 2022. május 4. napjáig a személyszállítási szolgáltatások teljesítésére.

10. A hivatalbóli kezdeményezőhöz 2022. január 27. napján érkezett közérdekű bejelentésben foglaltak alapján a kezdeményező 2022. február 1. napján megkereste az Önkormányzatot, a beszerző 1. és 2.-t, hogy nyilatkozzanak 2018. december 31. napját követően sor került-e közbeszerzési eljárás vagy koncessziós beszerzési eljárás megindítására, lefolytatására a megjelölt időponttól kezdődően az adatszolgáltatás napjáig.

Amennyiben nem került sor közbeszerzési eljárás, koncessziós beszerzési eljárás lefolytatására kérte dokumentumokkal alátámasztva annak indokai bemutatását.

Amennyiben sor került közbeszerzési, koncessziós beszerzési eljárás lefolytatására, kérte az előkészítés körében keletkezett valamennyi dokumentum és a közbeszerzési dokumentumok rendelkezésre bocsátását.

Kérte beszerzésenként valamennyi 2018. december 31. napját követően létrejött szerződést (szerződés módosítást), főkönyvi kivonatot, teljesítési igazolást, mely a hivatkozott beszerzésekhez kapcsolódik. Táblázat kitöltését is kérte, melyben az érintett beszerző bemutatja a ráfordítás pontos értékét, a becsült érték meghatározásának módszerét, továbbá egyéb releváns dokumentumokat, így különösen szerződéseket (módosításokkal együtt), teljesítésigazolásokat, számlákat. Táblázat formájában beszerzési tárgycsoportonként kérte bemutatni a ráfordítás pontos értékét. A táblázatban a szerződés hivatkozási számát, a kifizetések nettó összegét, a számla számát és az ellenérték kifizetésének dátumát kellett feltüntetni.

11. A kezdeményező figyelmeztette a beszerzőket a Kbt. 187. § (3) bekezdésére, amely alapján köteles a kért dokumentumokat tíz napon belül megküldeni a Közbeszerzési Hatóság részére.

12. A beszerző 1. és 2. 2022. február 10. napján válaszolt a tájékoztatáskérésre, melyhez mellékletként semmilyen dokumentumot nem csatoltak. Kifejtették, hogy 2018 folyamán az Sztv., valamint Magyarország helyi önkormányzatairól szóló 2011. évi CLXXXIX. törvény (a továbbiakban: Möt.) alapján nyilvános pályázati eljárást hirdetett „Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város közigazgatási területén helyi, autóbusszal végzett menetrend szerinti személyszállítási szolgáltatás ellátása” tárgyában, melyre tekintettel vitatta a hivatalbóli kezdeményező hatáskörét.

13. Hivatkoztak arra, hogy az Ör. 4. §-a szerint a közlekedésszervező feladatai között nem szerepel közbeszerzés, valamint koncessziós eljárás lefolytatására vonatkozó előírás, ezért az Önkormányzat megkeresését javasolták. A hivatalbóli kezdeményező 2022. február 11. napján ismét megkereste a beszerző 1. és 2.-t és ismét dokumentumokat kért, melynek túlnyomó részét, a kifizetéseket igazoló főkönyvi kivonatokat, teljesítésigazolásokat, számlákat, menetleveleket a beszerzők rendelkezésre bocsátották.

14. 2022. február 15. napján a közérdekű bejelentő a hivatalbóli kezdeményező részére annak felhívására megküldte a 2021. február 2. napján kelt, autóbusszal helyi személyszállításra vonatkozó, a beszerző 1. és a kérelmezett 2. között létrejött közszolgáltatási szerződést.

A 131-1683-3/2021. számú közszolgáltatási szerződés releváns rendelkezései a következőket tartalmazták:

„II. A szerződés tárgya:

1. Jelen szerződés 1.2. pontjában foglaltakra tekintettel a Sztv. 24. § (4) bekezdése alapján Megrendelő megbízza Szolgáltatót Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város közigazgatási területén a helyi autóbuszos személyszállítási közszolgáltatás (a továbbiakban: közszolgáltatás) közszolgáltatási szerződés (a továbbiakban: Szerződés) keretében történő ellátásával.

2. A Szerződés célja, hogy a Megrendelő a Szolgáltatóval együttműködve a kölcsönös érdekek figyelembevételével tegyen eleget a Közszolgáltatás biztosítására vonatkozó feladatának.

III. A szerződés időtartama:

1. A Szerződés 2021. március 1-től a Sztv. 24.§ szerint legfeljebb két évre, 2023. február 28-ig tartó, határozott időszakra jön létre azzal, hogy ezen időszakban Megrendelő a közszolgáltatás 2023. február 28. utáni ellátása érdekében jogosult a szükséges intézkedéseket megtenni (pályázat kiírása, a közszolgáltatás más módon történő ellátásáról szóló döntés meghozatala stb.)

IV. A forgalom lebonyolításához kapcsolódó feltételek

1.6. Szolgáltató vállalja az előre látható és időszakosan jelentkező forgalmi igényekhez való rendkívüli vagy menetrendi alkalmazkodást (ünnepek körüli, az általánostól eltérő közlekedési rend; kiemelt menetrend szerinti személyszállítási igényt jelentő társadalmi, kulturális, sport stb. rendezvényekhez a személyszállítás megszervezése és lebonyolítása stb.), azzal a kikötéssel, hogy az ebből adódó, a szerződés szerintihez képest keletkező kapacitás- vagy teljesítmény-eltérés, illetve közlekedési rend megváltoztatásból eredő teljesítmény változás költsége Megrendelő által a tárgyhavi indokolt költségek között befogadásra kerül. Az ilyen igényeket Szolgáltató külön, az általa elkészített és Megrendelő részére a tárgynapi üzemkezdetet megelőző 24 órával igazoltan átadott fordatervekben feltünteti és az előírtak szerint végrehajtja.

1.7. Amennyiben Megrendelő a meghirdetett — jelen szerződés 4. sz. mellékletét képező —menetrenden felüli teljesítményt rendel meg, vagy ilyen fejlesztési igény merül fel, azt külön egyeztetett módon, a teljesítmények, tarifák, költségek és bevételek figyelembevételével, az esetlegesen szükséges többlet ellentételezés biztosításával kérheti. Megállapodás hiányában Szolgáltató nem köteles a feladat ellátására, és az ilyen okból történő feladatmegtagadás nem minősül szerződésszegésnek.

3. Az infrastruktúrára vonatkozóan:

3.1. Megrendelő vállalja, hogy:

- a) a szolgáltatás biztonságos lebonyolítása érdekében az Önkormányzat kezelésében lévő helyi autóbuszvonalak és fordulók, valamint megállóhelyöblök, le- és felszállóhelyek tisztántartásáról, valamint hó- és síkosság mentesítéséről gondoskodik,
- b) a nem Önkormányzati kezelésben lévő utak kezelőit haladéktalanul felhívja a balesetmentes közlekedés feltételeinek biztosítására,
- c) a Szolgáltatónak az autóbusz-közlekedés utasforgalmával kapcsolatos tevékenységek végzésére előírt feltételek mellett a Hódmezővásárhely, Hősök tere helyi tömegközlekedés csomópontot a Sztv. 3. §-ában foglaltak figyelembevételével Szolgáltató használatába adja.

3.2. Szolgáltató vállalja, hogy:

- a.) a Hősök terén lévő autóbusz-végállomásnak közszolgáltatás céljára történő rendelkezésre állásához szükséges valamennyi helyiség és terület üzemeltetését és karbantartását, a hozzá kapcsolódó utak, járdák területének tisztítását, téli időszakban ezek hó- és síkosság mentesítésének elvégzését biztosítja,
- b.) a pénzbeli térítés nélküli használatba átadott eszközök vonatkozásában az általános forgalmi adóról szóló 2007. évi CXXVII. törvény 69. S-a alapján számított költségekre jutó általános forgalmi adót a Megrendelő által kibocsátott számla ellenében banki utalással, 30 napos fizetési határidővel fizeti meg. Az általános forgalmi adó alapját az eszközök átadásától a szerződés hatályának megszűnéséig az önkormányzatnál jelentkező költségek képezik,

VII. Pénzügyi feltételek

1. A Sztv. 4.5 (4) bekezdés d) pontja értelmében, helyi személyszállítási közszolgáltatás, közszolgáltatási szerződés keretében történő megrendelése esetén az önkormányzatok feladata a helyi közlekedés díjainak szerződés keretében történő megállapítása, a helyi személyszállítási közszolgáltatások bevételekkel nem fedezett indokolt költségeinek megtérítése, valamint a szolgáltatások teljesítésének ellenőrzése.

2. A helyi személyszállítási közszolgáltatások díjai

2.1 Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város közigazgatási területén üzemeltetett helyi személyszállítás 2021. március 01-től érvényes közszolgáltatási díjai, a pótdíjak jelen Szerződés 5. sz. mellékletét képező díjszabásban kerülnek rögzítésre.

2.2 A Megrendelő a díjakra úgy köteles az Önkormányzatnak javaslatot tenni, hogy az mindenkor az egyéni közlekedéssel szembeni versenyképességet biztosítsa.

2.3. A helyi személyszállítási közszolgáltatás ellátásánál az Önkormányzat által jóváhagyott, a díjszabásban meghatározott tarifa alkalmazása a közszolgáltatás körében a Szolgáltató számára kötelező.

3. Az ellentételezés megtérítése

3.1. Felek rögzítik, hogy a Szolgáltatót a 2021.03.01-2022.02.28, terjedő időszakra vonatkozó helyi közforgalmú személyszállítási közszolgáltatás ellátásáért a jelen szerződés szerinti közszolgáltatási tevékenység miatt felmerült indokolt költségek megtérítésére a jelen Szerződés 1. sz. mellékletében lévő Pénzügyi Ajánlatában foglaltak szerinti összegű ellentételezés (továbbiakban: ellentételezés) illeti meg.

3.2. A Szolgáltató viseli a közszolgáltatással kapcsolatban felmerülő összes működési költséget és kockázatot, beleértve az őt terhelő adókat és illetékeket is.

3.3. Megrendelő szavatolja, hogy a jelen szerződés szerint közszolgáltatással összefüggésben menetjegyek, bérletek értékesítését kizárólag a Megrendelő végzi, az értékesítésből befolyó összeg, valamint pótdíjak, egyéb díjak összege Megrendelőt illeti.

A fedélzeten értékesített menetjegyek elszámolására a Felek külön megbízási szerződést kötnek.

3.4. A felek rögzítik, hogy a Szolgáltató a jelen Szerződés 1. számú mellékletét képező ajánlata szerinti közszolgáltatások nyújtását legalább 24.500 km/hó, illetve annál magasabb fajlagos teljesítés esetén nettó 325,-Ft/menetrendi km, 24.500 km/hó fajlagos teljesítés alatt nettó 340,- Ft/menetrendi km ellentételezés ellenében vállalja.

3.5. Felek rögzítik, hogy a díj összegét a Szolgáltató által tett Pénzügyi Ajánlatnak megfelelően alakították ki. A díj összegének meghatározása során Szolgáltató minden szükséges adatot megkapott, így kijelenti, hogy végleges ajánlatát számszaki és tartalmi tévedésektől mentesen tette meg.

4. Változáskezelés

4.1. A Megrendelő jogosult a 2021. évben megrendelt menetrend szerinti teljesítményt, mint bázis teljesítményt a Közszolgáltatási szerződés teljes időszaka alatt, minden egyes naptári évre vonatkozóan felülvizsgálni.

4.2. A költségek valorizációja az alábbiak szerint történik:

- Üzemanyagköltségek:

- Az üzemanyag árváltozás korrekciós tényező lehet, amennyiben az érvényes normaártól +/-5 0/0-kal eltér, a NAV által közzétett mindenkori üzemanyag normaárhoz igazítottan. A bázisár, érvényes normaár (3 80 Ft/liter gázolaj ár) a következő elszámolási ciklus egyes hónapjaiban a NAV által közzétett gázolaj áraknak a változásának megfelelő mértékben valorizálandó.

- A valorizáció havi gyakoriságú

- Az első valorizációra 2021. április 01-én kerül sor, az ajánlatban szereplő 380 Ft/ liter bázis gázolaj ár és a NAV által az érintett időszak egyes hónapjaiban közzétett gázolajárak változásának mértékével összhangban, A következő elszámolási ciklus első napjára így megállapított ár lesz a következő ciklus bázisára.

4.3. A költségekre kiható jogszabályi változások (pl. bérjárulék változása, gázolaj jövedéki adóterhének változása stb.) következtében fennálló, 0,5%-ot meghaladó mértékű kilométerdíj-korrekciós igényeket a Felek szerződés módosítás útján, a valorizációtól függetlenül kezelik.

4.4. A valorizációra vonatkozó igényét a Szolgáltató és Megrendelő legkésőbb a tárgy hónapot követő 10 napon belül kezdeményezi, az igény megjelölésén felül az annak alátámasztására szolgáló számítások, dokumentumok egyidejű csatolásával.”

A hivatalbóli kezdeményezés

15. A kezdeményező álláspontja szerint a beszerzők megsértették a Kbt. 17. § (2)-(3) bekezdéseire figyelemmel a Kbt. 4. § (1) bekezdését, ezért kérte, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 149. § (1) bekezdés e) pontjára figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján állapítsa meg a jogsértést és alkalmazza a Kbt. 165. § (6) bekezdés a) pontja szerinti jogkövetkezményt.

16. A beszerző 1. az EKR-ben vezetett Ajánlatkérői nyilvántartásban EKRSZ_82981772 azonosító szám alatti és a Kbt. 5. § (1) bekezdés e) pontja szerinti ajánlatkérő, helyi személyszállítási közszolgáltatást látott el. E feladatának létrejöttétől a beszerző 2. jogutódlásáig 2021. február 1. napjától 2021. május 1. napjáig a kérelmezett 2.-vel kötött szerződés útján tett eleget. A beszerző 2. az EKR-ben vezetett Ajánlatkérői nyilvántartás adatai alapján EKRSZ_69812857 számon a Kbt. 5. § (1) bekezdés e) pontja, valamint Kbt. 6. § szerinti ajánlatkérőként szerepel.

17. Az Önkormányzat KÉ. 13234/2017. számon előzetes tájékoztatót tett közzé Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város közigazgatási területén helyi, autóbusszal végzett menetrend szerinti személyszállítási szolgáltatás ellátása tárgyban, ugyanakkor az előzetes tájékoztatót nem követte közbeszerzési eljárás lefolytatása.

18. A beszerzők a kezdeményező két alkalommal történt megkeresése ellenére sem adtak tényszerű magyarázatot a közbeszerzési eljárás mellőzésére, ezért a beszerző által ellátott helyi személyszállítási közszolgáltatás érdekében folytatott tevékenység tekintetében fennállhat a gyanúja a Kbt. 4. § (1) bekezdése, valamint a Kbt. 17. § (2)-(3) bekezdései megsértésének.

19. A közbeszerzési eljárás mellőzése tekintetében a hivatalbóli kezdeményező arra hivatkozott, hogy a Möt. 10. § (1) bekezdésének megfogalmazásából az következik, amennyiben egy helyi önkormányzat önként vállal feladatot, azt köteles ellátni. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a figyelembe veendő becsült érték a 2021. február 2-án létrejött közszolgáltatási szerződés két éves időtartama alapján a Kbt. 15. § (3) bekezdése, valamint a Kbt. 17. § (3) bekezdés a) pontja szerint ezen időtartam alatti legmagasabb összegű teljes ellenszolgáltatás, azaz 191.100.000.-Ft.

20. Arra nézve, hogy a beszerzők közbeszerzési eljárást folytattak volna le, semmilyen bizonyíték nem állt rendelkezésre. A Közbeszerzési Értesítő 2017/169 számában 13234/2017 iktatószám alatt megjelent előzetes tájékoztató hirdetményéhez nem szerepel közbeszerzési eljárás az adatbázisban.

21. Mindezek alapján a beszerzőknek figyelemmel kellett volna lenniük arra, hogy mind a megfizetett ellenszolgáltatás, mind a szerződés időtartamát tekintve a megrendelni kívánt szolgáltatás becsült értéke meghaladja a közbeszerzési értékhatárt, amely a közszolgáltató ajánlatkérők vonatkozásában a 2021-es évben 50.000.000.-Ft volt.

22. Ennek okán kötelesek lettek volna a Kbt. alapján eljárni és az irányadó közbeszerzési jogi szabályokkal összhangban közbeszerzési eljárást lefolytatni.

A beszerzők észrevétele

23. A beszerzők álláspontja szerint a közbeszerzési eljárásokra vonatkozó szabályokat abban az esetben kell csak alkalmazni, ha a személyszállítási közszolgáltatási tevékenység nem minősül szolgáltatási koncessziónak, míg szolgáltatási koncesszió esetén a Sztv., illetve az EK-rendelet előírásainak megfelelően kell eljárni.

24. A beszerzők idézték a Kbt. kommentárjának a szolgáltatási koncesszióra vonatkozó szövegrészét. „A szolgáltatási koncesszió fogalmát a Kbt. 8. § (6)-(7) bekezdései határozzák meg. E szerint a szolgáltatási koncesszió a Kbt. szerinti ajánlatkérő által, írásban megkötött visszterhes szerződés, amelynek keretében az ajánlatkérő 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. Akkor tekinthető úgy, hogy a koncessziós jogosult viseli a működési kockázatot, ha bizonytalan, hogy megtérülnek a koncesszió tárgyát képező építmény vagy szolgáltatás létrehozása és üzemeltetése során eszközölt beruházásai, illetve felmerült költségei. A koncessziós jogosult lehetséges vesztesége nem lehet csupán névleges vagy elhanyagolható. A működési kockázat keresleti kockázatból, kínálati kockázatból vagy e két kockázat együtteséből adódhat, és fennállásának megítéléséhez csak a koncessziós jogosult által nem befolyásolható tényezőkből eredő kockázatok vehetőek figyelembe. Szolgáltatási koncesszió esetén az ajánlatkérő ellenszolgáltatásként a hasznosítás jogát engedi át a koncesszió jogosultjának azzal, hogy a hasznosítás jogának átengedésével együtt átadja a működtetés felelősségét.

25. A 2014/23/EU irányelv (18) preambulumbekzdése szerint „egyértelművé kell tenni ugyanakkor, hogy az olyan, kizárólag az ajánlatkérő szerv vagy közszolgáltató ajánlatkérő által finanszírozott megállapodásokat, amelyek esetében az építési beruházást kivitelező vagy a szolgáltatást nyújtó gazdasági szereplő által végrehajtott beruházás, illetve nála felmerült költség megtérülése a szolgáltatás vagy tárgyi eszköz aktuális keresletétől, illetve kínálatától függ, koncesszióknak kell tekinteni.”

26. A koncessziós jogosult oldalán valamely szolgáltatás hasznosításáról, hasznainak szedéséről így nem csak akkor beszélhetünk, ha a koncessziós jogosult harmadik felektől szed díjat a szolgáltatásáért, hanem minden esetben, amikor a szerződés alapján tevékenységét valós üzleti kockázatvállalás mellett végzi.

A közbeszerzési szerződéshez képest a szolgáltatási koncesszió esetében az elhatároló ismérv az ajánlatkérő mibenlétében áll és az azzal szorosan összefüggő kockázatviselésben. Szolgáltatási koncesszió esetében az ajánlatkérő ellenszolgáltatása a szolgáltatás hasznosítási jogának átengedése vagy e jog átengedése pénzbeli ellenszolgáltatással együtt. Az ilyen jellegű ellenszolgáltatás mellett azonban az is szükséges a szerződés koncesszióknak való minősüléséhez, hogy egyúttal a szolgáltatás hasznosításához kapcsolódó működési kockázatot a koncessziós jogosult viselje. A 2014/23/EU irányelv preambuluma ugyanakkor azt is egyértelművé teszi, hogy az olyan, kizárólag az ajánlatkérő által finanszírozott megállapodásokat is koncesszióknak kell tekinteni, amelyek esetében a végrehajtott beruházás, illetve felmerült költség megtérülése a szolgáltatás vagy tárgyi eszköz aktuális keresletétől, ill. kínálatától függ.”

A beszerzők szerint fogalmilag tehát az alábbiakat kell vizsgálni a szolgáltatási koncesszió megítéléséhez:

1. Ajánlatkérő által írásban megkötött, visszterhes szerződés.
2. Ajánlatkérő szolgáltatás nyújtását rendeli meg.
3. A szolgáltatás ellenszolgáltatása a hasznosítási jog vagy a hasznosítási jog + ellentételezés.
4. Működési kockázat a vállalkozó oldalán.

27. Álláspontja szerint a vizsgálandó szerződés a kérelmezett 2. és a mindenkori közlekedésszervező közötti szerződéses jogviszony, azaz a közszolgáltatási szerződés és a kijelölő határozatok is.

28. Az első feltétel teljesülése megállapítható, mivel az EKR-ben rögzített ajánlatkérő által írásban kötött, visszterhes szerződésekről van szó. Hangsúlyozta, hogy a szerződéssel egyenértékű a közszolgáltatás nyújtására vonatkozó egyoldalú előírás is, az EK-rendelet 5. cikk (5) bekezdése szerint a szolgáltatásnyújtás megszakadása vagy ilyen helyzet közvetlen kockázata esetén az illetékes hatóság szükséghelyzeti intézkedéseket hozhat. A szükséghelyzeti intézkedés közszolgáltatási szerződés közvetlen odaítélése, közszolgáltatási szerződés meghosszabbítására vonatkozó hivatalos megállapodás vagy meghatározott közszolgáltatások nyújtásának előírása formájában hozható meg. Erre tekintettel mindegy, hogy az ajánlatkérő közszolgáltatási szerződést köt-e, vagy kijelölő határozattal történik a feladatellátás.

29. A második és harmadik feltétel teljesülése is megállapítható a beszerzők szerint, mivel a személyszállítási közszolgáltatás nyújtás szolgáltatásmegrendelésnek minősül a Kbt. 8.§ (4) bekezdése alapján, valamint a létrejött közszolgáltatási szerződés, mind pedig a kijelölő határozatok a feladatellátást az Sztv.-re vezetik vissza.

30. A Fővárosi Ítéltábla a 4.Kf.27.316/2005. ítéletében rögzítette, hogy „koncesszió az állami, vagy önkormányzati jogosultságokból és kötelezettségekből álló monopól feladatok ellátásához szükséges magántőke bevonásának egyik eszköze. Tárgyát tekintve irányulhat a kizárólagos állami, vagy önkormányzati tulajdon használatba adására, vagy valamely kizárólagos tevékenység gyakorlásának átengedésére.”

31. A nemzeti vagyonról szóló 2011. évi CXCVI. törvény (a továbbiakban: Nvtv.) 12. § (2) bekezdésének c.) pontja szerint a helyi önkormányzatok kizárólagos gazdasági tevékenysége – többek között – a helyi menetrend szerinti személyszállítási szolgáltatás és a menetrend szerinti helyi különcélú személyszállítási szolgáltatás. Az Nvtv. 12. § (3) bekezdése szerint a kizárólagos önkormányzati gazdasági tevékenységek gyakorlásának jogát kizárólag koncessziós szerződés alapján lehet más részére átengedni (ez alól kivételt képez a Nvtv. hatálybalépésekor már megkötött személyszállítási közszolgáltatási szerződések, illetve egyes részfeladatok gyakorlása, amelyek teljesítése a korábbi autóbuszos személyszállítási törvény (2004. évi XXXIII. tv.) alapján kezdődött meg; ezen tevékenységek tovább folytathatóak maradtak az Nvtv. 8. § (8) bekezdése szerint).

32. E rendelkezés alapján tehát megállapítható, hogy a személyszállítási közszolgáltatások nyújtására vonatkozó jogot az ellátásért felelős vagy saját maga gyakorolja, vagy azt szolgáltatási koncesszió keretében engedheti át másnak. A beszerző önkormányzat maga ezt a jogot sosem gyakorolta, annak átengedése valósult meg minden vizsgált esetben. Az Nvtv. értelmezési körében említett tevékenység gyakorlási jog megegyezik a közbeszerzési szabályok szerinti hasznosítás jogával; ebből következik, hogy a helyi menetrend szerinti személyszállítás végzésének átengedése egyben szolgáltatási koncessziót is eredményez.

33. Ezen túlmenően az is rögzítendő, hogy a 2019. január 1-től kezdődő időszakra vonatkozóan az önkormányzat és a beszerzők a kérelmezett 1., és 2. részére a személyszállítási közszolgáltatás jogát engedte át, azaz szolgáltatási koncesszióra irányuló szerződést kívánt létrehozni, így a szolgáltatási koncessziós szerződés érvényessége/érvénytelensége kapcsán felmerült jogvita alapot adott az EK-rendelet 5. cikk (5) bekezdésének, illetve az ezzel azonos tartalmú Sztv. 24. § (4) bekezdésének alkalmazására, azaz a közvetlen kijelölésre. Álláspontja szerint ugyanis ebben a körben jelentősége van az eredetileg létrehozni kívánt szerződés jellegének, hiszen a szükséghelyzeti intézkedés meghozatalát szolgáltatási koncessziós pályázat eredményeként létrejött jogviszony lehetetlenülése váltotta ki.

34. Kiemelték a beszerzők, hogy az Önkormányzat, a beszerző 1. és beszerző 2. között létrejött feladatellátási szerződések az alábbi rendelkezéseket tartalmazták:

„13.4. „A közszolgáltatáshoz kapcsolódó infrastruktúrával kapcsolatos kötelezettség” megnevezésű pontja szerint a Közlekedésszervező a közszolgáltatási szerződésben gondoskodik arról, hogy a helyi közszolgáltatáshoz szükséges járművek és az infrastruktúra egyéb eszközeinek javítása, karbantartása, valamint azok takarítási és karbantartási feladatainak ellátása a közlekedési szolgáltató által kerüljenek rendszeresen végrehajtásra.

14. pont: Az Önkormányzat a közszolgáltatás biztosításához szükséges, tulajdonában lévő vagyontárgyak üzemeltetését átadja a 2. mellékletben foglalt részletes feltételekkel a Társaság részére.

A Társaság jogosult az üzemeltetésében lévő vagyontárgyaknak – külön megállapodás alapján – harmadik személynek történő használatba adására a részére átadott feladat hatékonyabb ellátása céljából.

Felek rögzítik, hogy a helyi közszolgáltatási tevékenység végzéséhez szükséges területeket – ha jogszabály másként nem rendelkezik – biztosítani szükséges a helyi közszolgáltatást nyújtó szolgáltatók részére, a helyi közszolgáltatási tevékenység hatékony ellátásához szükséges módon és mértékben. Ennek érdekében az Önkormányzat vállalja, hogy a tulajdonában lévő állomásokat, megállóhelyeket, egyéb utasforgalmi létesítményeket – a helyi közszolgáltatási tevékenység hatékony ellátásához szükséges módon és mértékben – a helyi közszolgáltatást nyújtó egy vagy több szolgáltató rendelkezésére bocsátja és az ehhez esetleg szükséges szerződések, megállapodások megkötéséhez szükséges intézkedéseket megteszi.

35. A helyi közszolgáltatási tevékenység végzéséhez szükséges területek fentiek szerint történő biztosítása nem terjedhet ki ezen területeknek a helyi közszolgáltatást nyújtó szolgáltatók által harmadik személyek részére történő átengedésére vagy tovább hasznosítására, ezért Felek a helyi közszolgáltatást nyújtó szolgáltatókkal kötött megállapodásaikban ezen területek átengedésének, hasznosításának jogát és lehetőségét kizárják.

36. Az Ör. 4. § (1) bekezdés 26. pontja szerint a közlekedésszervezőnek átadott feladatok között szerepel az alábbi is:

„az Önkormányzat tulajdonát képező, a helyi közszolgáltatás ellátását biztosító vagyonelemek használata, valamint a közlekedési szolgáltató és a (2) bekezdés szerinti közreműködő részére történő használatba adása,»

37. Tekintettel arra, hogy a kijelölő határozatok is tartalmazták azt az előírást, hogy „a kijelölt szolgáltató a szükséghelyzeti intézkedés végrehajtása érdekében a Közlekedésszervezővel köteles együttműködni a Rendelet előírásaira figyelemmel”, így a kijelölés időtartama alatt is érvényesülnek a fent idézett rendelkezések, a helyi közszolgáltatás ellátását biztosító vagyonelemek a közlekedési szolgáltató részére való használatba adása, azaz a szolgáltató általi hasznosítása.

38. A beszerző 1. és a kérelmezett 2. 2021. február 2-án megkötött közszolgáltatási szerződése szerint:

„IV. 3.1. Megrendelő vállalja, hogy:

c) a Szolgáltatónak az autóbusz-közlekedés utasforgalmával kapcsolatos tevékenységek végzésére előírt feltételek mellett a Hódmezővásárhely, Hősök tere helyi tömegközlekedés csomópontot a Sztv. 3. §-ában foglaltak figyelembevételével Szolgáltató használatába adja.

IV. 3.2.a) pontja: Szolgáltató vállalja, hogy: a Hősök terén lévő autóbusz-végállomásnak közszolgáltatás céljára történő rendelkezésre állásához szükséges valamennyi helyiség és terület üzemeltetését és karbantartását, a hozzá kapcsolódó utak, járdák területének tisztítását, téli időszakban ezek hó- és síkosság mentesítésének elvégzését biztosítja.

39. Mindezek alapján a Kbt. 8. § (6) bekezdése szerint a szolgáltatás hasznosítási jogának meghatározott időre történő átengedése vagy e jog átengedése pénzbeli ellenszolgáltatással együtt mind a közszolgáltatási szerződésből, illetve a kijelölő határozatokból levezethető és megállapítható.

40. A beszerzők álláspontja alapján a negyedik feltétel, a Kbt. 8. § (7) bekezdése szerinti működési kockázat is teljesült.

A működési kockázat koncessziós jogosult általi viselése azt jelenti, hogy bizonytalan, hogy megtérülnek-e a szerződés tárgyát képező szolgáltatás megvalósítása során történt befektetései, ráfordított költségei. A 2014/23/EU irányelv preambuluma megerősíti, hogy a kockázat kezdettől fogva korlátozott volta nem zárja ki azt, hogy a szerződés koncesszióként minősüljön. Ez lehet a helyzet például a szabályozott díjtételekkel működő ágazatokban is. A Bíróság a C-206/08. számú, Eurawasser ügyben úgy foglalt állást, hogy az ajánlatkérő által viselt működési kockázat ajánlattevő általi teljes (vagy legalább jelentős) részben történő átvállalása esetén akkor is lehetséges koncesszióról beszélni, ha az adott szerződés tárgyát képező szolgáltatás közjogi szabályozottsága (például: szabályozott díjtételek, kizárólagos jogok) miatt eleve korlátozott a szerződő fél által viselt kockázat és nem hasonlítható össze a tisztán piaci alapon nyújtott szolgáltatásokhoz kapcsolódó magasabb piaci kockázattal.

A Bíróság a C-274/09. sz., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler ügyben hozott döntésében is megerősítette, hogy a „jelentősen korlátozott, hasznosítással járó kockázatnak az ajánlatkérő szerv által történő átruházása is elegendő a szolgáltatási koncesszió megvalósulásának megállapításához. Gyakori ugyanis, hogy egyes tevékenységi ágazatokra, különösen a közhasznú tevékenységekhez kapcsolódó ágazatokra olyan szabályozás vonatkozik, amely a felmerülő gazdasági kockázatok korlátozottságát eredményezheti. A jóhiszeműen eljáró ajánlatkérő szervek számára továbbra is lehetővé kell tenni többek között azt, hogy a szolgáltatásnyújtásról koncesszió útján gondoskodjanak, ha úgy ítélik meg, hogy az az érintett közszolgáltatás ellátásának legjobb módja, és ezt akkor is megtehessek, ha a hasznosítással járó kockázat jelentősen korlátozott (...). Az ilyen ágazatokban az ajánlatkérő szervezetnek semmilyen befolyása nincs a szolgáltatás szervezésének közjogi feltételeire, és ily módon az áthárítandó kockázat szintjére, és egyébiránt sem lenne ésszerű azt követelni a koncessziót odaítélő közigazgatási szervtől, hogy olyan versenyfeltételeket és gazdasági kockázati körülményeket teremtsen, amelyek nagyobb mértékűek, mint amilyenek az érintett ágazatban az arra alkalmazandó szabályozás miatt fennállnak.” A Bíróság szerint „a szolgáltatás gazdasági hasznosításának kockázatát úgy kell tekinteni, mint a piac kiszámíthatatlanságának való kitettség kockázatát (...), amely kifejeződik a más gazdasági szereplők által támasztott verseny kockázatában, a szolgáltatások kínálata és kereslete egymásnak való meg nem felelésének kockázatában, a nyújtott szolgáltatások díjával tartozó kötelezettek fizetésképtelenségének kockázatában, a működési költségeknek a bevételekkel való teljes fedezésének hiányához kapcsolódó kockázatban, vagy pedig a szolgáltatás hiányosságaiból eredő kárért való felelősség kockázatában.”

Az Önkormányzat továbbá a 2020. évi ajánlatkérés során a Műszaki szakmai alkalmasság körében (Ajánlatkérési Útmutató 12. pont) meghatározta, hogy a menetrendek folyamatosságának biztosítása érdekében az ajánlattevőknek rendelkeznie kell legalább öt db autóbusz üzemeltetési jogával a szerződés teljesítéséhez, melyből legalább három alacsonypadlós, valamint az ajánlattevőnek rendelkeznie kell Hódmezővásárhely közigazgatási határáról 30 km távolságon belül elhelyezkedően a buszok tárolására alkalmas összefüggő területű telephely tárolóterrel és a telephely tárolóterének a megközelítéséhez és elhagyásához szükséges közúti kapcsolattal rendelkező úttal. Ezen előírások csak beruházás eszközölése révén teljesíthetőek egy-egy cég számára.

Az Önkormányzat a szerződéses feltételek körében (Útmutató 24. pont) minimum követelményként meghatározta, hogy az ajánlattevőnek az Önkormányzat arculatának megfelelő egységes megjelenést kell biztosítania a közszolgáltatási szerződéssel érintett járműveken, annak érdekében, hogy a közszolgáltatás helyi közösségi közlekedést ellátó funkciója egyértelműen beazonosítható legyen. Ez szintén a közszolgáltató oldalán beruházásként megjelenő elem, tekintettel arra, hogy a közszolgáltatásba bevont összes

járművén a szolgáltatónak gondoskodnia kell egységes arculatról. Ezen arculati elemek költséggel járó eltávolításáról pedig a jogviszony bármely okból való megszűnése esetén szintén gondoskodnia kell a közszolgáltatónak, tekintve, hogy azok rendeltetése a közszolgáltatás helyi közösségi közlekedést ellátó funkciójának egyértelmű beazonosíthatósága.

A kérelmezett 2. 6 db járművel kezdte meg a szolgáltatást. A kijelölő határozatok előírják a Vásárhelyi Városkártya programban résztvevő utasok számára a kedvezményes szolgáltatás igénybevételének biztosítását, amely bármely piaci cég számára csak szintén új beruházás eszközölése révén valósítható meg a teljesítésbe bevonandó járműveken. A vállalkozó járműbeszerzési beruházásai vagy járműfenntartási kiadásai, ill. a személyszállítási feladatellátás tekintetében előírt Városkártyával kapcsolatos fejlesztés sem az eredetileg két évre megkötött közszolgáltatási szerződés, sem annak lehetetlenülését követően a kijelölő határozatok szerinti alig egy éves időszak alapján – figyelembe véve a járművek és más beszerzett eszközök értékcsökkenésére meghatározott számvetési előírásokat is – nyilvánvalóan nem térülhetnek meg, így a vállalkozó oldalán igen jelentős működési kockázat mutatható ki; a vállalkozó részére ugyanis semmilyen biztosíték nem volt arra nézve, hogy a lejáratot követően tovább folytathatná a szolgáltatás nyújtását, ilyen szerződéses rendelkezés nem került kikötésre erre vonatkozóan a felek között.

A beszerző 1. és a kérelmezett 2. között 2021. február 2-án megkötött szerződés VII.3.2 pontja rögzíti többek között, hogy a kérelmezett 2., mint Szolgáltató viseli a közszolgáltatással kapcsolatban felmerülő összes működési költséget és kockázatot.

A kijelölő határozatok csak az ajánlat szerinti díjazást és kizárólag az üzemanyag esetében két alkalommal történő valorizációt engednek, további lehetőséget nem biztosítanak a kijelölt szolgáltató részére annak érdekében, hogy a szolgáltatás létrehozása és üzemeltetése során eszközölt beruházások megtéríthetőek lennének.

A beszerzők megjegyezték, hogy a kérelmezett 1. Hódmezővásárhelyen jelen eljárás tárgyát képező időszakban is folyamatosan végez személyszállítást – nem az Önkormányzat igénye vagy megrendelése alapján, sőt ennek befejezése érdekében többször fel is szólította a kérelmezett 1-et, így a kérelmezett 2. számára előre fel nem mérhető kockázatot jelentett az is, hogy mely utasok fogják az ő szolgáltatását, és kik a kérelmezett 1. szolgáltatását igénybe venni.

Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város Közgyűlése 2021.06.05-től 2021.07.15-ig, valamint 2021.07.16-tól 2022.03.31-ig terjedő időszakokra kötelezte a kérelmezett 2-t Hódmezővásárhely területén történő helyi tömegközlekedési közszolgáltatás ellátására a 2020. év végén lefolytatott piaci felmérés során megállapított legalacsonyabb összegű ellentételezés mellett. Ebből kifolyólag a tavalyi évvégi költségszint - üzemanyagárak, munkaerő- és egyéb költségek - és kockázati környezet mellett kialakított piaci áron történt a szolgáltatási díj meghatározása nettó 325 Ft/km, illetve 340 Ft/km áron.

Azonban az ilyen típusú hatósági kijelölés eredményeként a működéssel kapcsolatos üzemeltetési és pénzügyi kockázatok jelentős mértékben a kijelölt szolgáltatót terhelik, hiszen a szerződéssel szemben a közigazgatási határozat kevesebb garanciát tartalmaz a – kockázatok megosztására vonatkozóan – a szolgáltató részére. Továbbá kizárólag bírósági úton kezdeményezhető a szolgáltatási kötelezettség megszüntetése.

A fentieket támasztja alá, hogy a kijelölő határozat kizárólag egyetlen egy költségtényező emelkedése, mégpedig az üzemanyagár tekintetében biztosított további kompenzációt a vállalkozó számára. Azonban ezt is csak utólag, a valorizációt követő időszakra vonatkozóan.

A NAV által közzétett üzemanyagárak esetében jól látható, hogy 2021. első hét hónapjában átlagosan 18,6%-kal emelkedtek ezen költségek. Az ebből fakadó díjemelést az augusztus 1-jétől kezdődő időszakra tudta csak érvényesíteni a vállalkozó, vagyis az ezt megelőző két hónapban – a piaci ár kialakításakor érvényben lévő üzemanyagárakhoz képest bekövetkezett – közel 72 Ft/l gázolaj áremelkedés teljes mértékben a szolgáltatót terhelte. A következő négy hónap vonatkozásában az üzemanyagárak – figyelemmel az üzemanyagok kiskereskedelmi árának ideiglenes befagyasztására is – további 5 %-kal emelkedtek, amely miatt szintén utólag, december 1-jétől kezdődő időszakra növelte csak meg a szolgáltatási díj összegét. Ezt követően a kijelölés március 31-i megszűnéséig a szolgáltatási díj nem emelkedhetett.

Ezzel szemben egyéb, a kijelölő határozat alapján nem kompenzálható költségek, mint például a bérek és igénybe vett szolgáltatások jelentős mértékben megugrottak. 2022. január 1-jétől kezdődően mintegy 19%-kal növekedett a garantált bérminimum és a minimálbér, amely a vállalkozó számára egy előre nem látható többletkiadást jelentett. Továbbá még a KSH adatai alapján láthatók, hogy a járműjavítási költségek és járműalkatrészek is mintegy 7-8%-kal emelkedtek a 2021. év során. Mindezek alapján megállapítható, hogy a szolgáltató költségeinek emelkedését csak részben, és azt is csak a jövőre vonatkozóan kompenzálta a közlekedésszervező, így az ezekből fakadó többletkiadások és kockázatok megosztására csak korlátozott mértékben volt lehetősége a szolgáltatónak. Mindezekre tekintettel a keresleti, és a kínálati kockázat is fennáll a kérelmezett 2. feladatellátása kapcsán.

41. A beszerzők szerint ezen levezetés alapján a Kbt. 8. § (6)-(7) bekezdései szerinti szolgáltatási koncesszió mind a közszolgáltatási szerződés, mind pedig a kijelölő határozatok tekintetében fennáll, a fogalmi elem valamennyi kritériuma teljesül, ezáltal megállapítható, hogy beszerzőknek fennáll a jogalapja a Kbt. 14. § (3) bekezdésének b) pontja szerinti kivételi kör alkalmazására jelen jogorvoslati eljárás tárgyát képező esetkörben.

42. A beszerzők megküldték továbbá a kérelmezett 2. részére megfizetett összegeket tartalmazó táblázatukat, amely szerint a kérelmezett 2. részére 2021. augusztus 5. és 2022. április 5. között 74.868.662.-Ft, majd ezt követően 2022. május 5. napján 8.920.224.- Ft került kifizetésre. A beszerzők az eljárás becsült értékét a két év időtartam figyelembevétel a jogorvoslati eljárásban 192.072.936.-Ft-ban jelölték meg.

A kérelmezett 1. észrevétele

43. A kérelmezett 1. előadta, hogy a Szegedi Törvényszék 7.G.40.036/2021/21. számú ítéletének indokolása alapján a kérelmezett 1. jogelődje, a DAKK Zrt. és a beszerző között 2019. január 1-től 2023. december 31-ig határozott időre szóló, a beszerző közigazgatási területén autóbusszal végzett menetrend szerinti helyi személyszállítási közszolgáltatás tárgyában közszolgáltatási szerződés jött létre, amelyre azonban álláspontja szerint nem a Ptk. 6:256. §-ban foglaltak, hanem az Sztv., valamint az EK rendelet irányadó.

44. Az Sztv. 25. § (2) bekezdése szerint a Ptk.-nak csak a szerződésekre vonatkozó általános része alkalmazandó, ezért a közszolgáltatási szerződés a kialakult gyakorlattól és szokásoktól eltérően rendelkezik az ellentételezés módjáról, a fizetéshez teljesítésigazolás és számla kiállítási kötelezettség nem kapcsolódik. A szerződés alapján a beszerző köteles volt a teljes normatív támogatás, valamint a saját forrású támogatás összegét átutalni a kérelmezett 1. részére, amely 2019. május 31. és 2019. december 23. napja között mindösszesen 52.545.000.-Ft összegben megtörtént. Ezen túlmenően a kérelmezett 1. nem küldött kifizetett számlákat és teljesítésigazolásokat, mert ilyen dokumentumok a szerződés teljesítése során nem keletkeztek.

A kérelmezett 2. észrevétele

45. A kérelmezett 2. a Döntőbizottság felhívására csatolta ugyanazon táblázatot, amelyet a beszerző 2. is megküldött a kérelmezett 2. részére történt kifizetésekről, valamint a beszerző 1. által 2021. április 7. napján kiállított 1.119.791.-Ft-ról szóló egy darab teljesítésigazolást. A Döntőbizottság felhívására előadta, hogy a beszerző 1.-gyel állt szerződéses jogviszonyban 2021. február 2-től 2021. március 3. napjáig a 1683-3/2021. számú közszolgáltatási szerződés alapján. Ezt követően a 131-1683-27/2021. valamint a 131-1683-30/2021. számú kijelölő határozatok alapján végzett személyszállítási közszolgáltatást az Önkormányzat részére a közlekedésszervező beszerző 2-vel együttműködve.

A Döntőbizottság döntése és jogi indokai

46. A Döntőbizottság megállapította, hogy a vélelmezett jogsértésről történő tudomásszerzés a közérdekű bejelentés hivatalbóli kezdeményezőhöz érkezésének napján, 2022. január 27-én megvalósult, melyhez képest a 2022. március 22. napján előterjesztett kezdeményezés határidőben érkezett. A Döntőbizottság a kezdeményezés alapján annak 2022. március 22. napján történt érkezetésére figyelemmel az ekkor hatályos eljárásjogi rendelkezések alapján járt el.

Figyelemmel a Kbt. 20. § (1) bekezdésében, valamint a Kbt. 148. § (8) bekezdés c) pontjában foglaltakra a 2021. február 2. napján hatályban volt Kbt. alkalmazandó, tekintettel arra, hogy a közszolgáltatási szerződés megkötésére a felek között ezen a napon került sor, ezért az ekkor hatályos Kbt. anyagi jogi rendelkezései alapján vizsgálta a Döntőbizottság a szolgáltatási koncesszióknak a felek közötti jogviszonyában meglévő elemeit.

47. A Döntőbizottságnak a kezdeményezésben foglaltak tekintetében abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a kérelmezett 2. vonatkozásában az autóbusszal végzett személyszállítási szolgáltatásra létrejött szerződést és a teljesített kifizetéseket megelőzően kötelező volt-e a beszerzők számára közbeszerzési eljárás lefolytatása.

48. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a jelen eljárásban a vizsgálat tárgyát – tekintettel arra, hogy az Önkormányzat első közlekedésszervezője a beszerző 1., 2021. január 1. napján jött létre és vette át az önkormányzat közlekedésszervezéssel kapcsolatos feladatait – a beszerző 1. és a kérelmezett 2. közötti 2021. február 1. napján létrejött szerződéses jogviszony és azt követően, valamint annak alapján a beszerző 1. általános jogutódja a beszerző 2. által a kérelmezett 2. részére kifizetett összegek és teljesítések képezték. A közbeszerzési eljárás mellőzésének vizsgálata a kérelmezett 1. esetében a D. 101/2022. számú eljárásban az Önkormányzat és a kérelmezett 1. közötti 2019. évi jogviszonyuk volt, ezt követően a kérelmezett 1. részére a beszerző 1. és beszerző 2. részéről teljesítések nem voltak megállapíthatók, de a kérelmezett 1. az eljárásban ügyfélként vett részt. A Döntőbizottság azonban vele szemben vizsgálatot nem folytatott le, megállapítást nem tett, kérelmezettként azonban az eljárásban részt vett. Jelen eljárásban a beszerző 1. és beszerző 2. tevékenységét vizsgálta meg a Döntőbizottság, amely az egyesített D.103/2022. számú eljárás tárgya.

A beszerző 1. 2021. január 1. napján jött létre, a közszolgáltatási szerződésben szerződő fél volt 2021. február 2-án. A 2021. május 1. napján létrejött beszerző 2. azonban az Ör. 2. § (3) bekezdése alapján általános jogutódként a vizsgált szerződésbe a beszerző 1. helyébe lépett. A beszerző 1. kifizetést nem teljesített, az eljárásba bevonása azonban a szerződéskötésre tekintettel szükséges volt.

49. A beszerzők elsősorban arra hivatkoztak, hogy az autóbusszal végzett személyszállítási közszolgáltatásra tekintettel nem voltak kötelesek a Kbt. alapján eljárni, hanem elegendő volt az EK rendelet, valamint az Sztv. szerinti versenyeztetési eljárás lefolytatása, mert a személyszállításra vonatkozó közszolgáltatási szerződése szolgáltatási koncesszió, amely a Kbt. 14. § (3) bekezdése alapján nem tartozik a Kbt. hatálya alá. Amennyiben tehát a személyszállítási szolgáltatás beszerzése a Kbt. hatálya alóli kivételi körbe tartozik, a közbeszerzési eljárás lefolytatása nem kötelező, a beszerzők jogsértése nem állapítható meg. Ezzel szemben, ha a beszerzés nem tartozik a Kbt. által meghatározott kivételi körbe, a jogsértést meg kell állapítani, mert a beszerző elmulasztotta a Kbt. szabályainak alkalmazását, és mellőzte a közbeszerzési eljárás lefolytatását.

50. A Döntőbizottság a beszerzők hivatkozása alapján elsődlegesen azt vizsgálta, hogy 2021.-2022. évben a beszerzők és a kérelmezett 2. közötti jogviszony szolgáltatási koncesszióknak minősült-e, és ily módon kivételt képezett-e a Kbt. hatálya alól. A beszerző 2. és a kérelmezett 2. között jelenleg is érvényes közszolgáltatói szerződéses jogviszony áll fenn.

51. A kérelmezett 2. által végzett közszolgáltatás, az autóbusszal végzett helyi személyszállítási szolgáltatás olyan általános gazdasági érdekű szolgáltatás, mint a nagy hálózatos iparágak által a villany, gáz, víz, posta, távközlés és szállítás terén nyújtott szolgáltatások. Az általános érdekű szolgáltatások köre a technikai, társadalmi fejlődéssel folyamatosan bővül, de alapvetően azokat a piaci és nem piaci tevékenységeket jelenti, amelyeket az állami szervek maguk, vagy általuk létrehozott szervezetek útján a köz érdekében kötelezően vagy vállalt feladatként ellátnak. A közösségi jogalkotó ezeket a szolgáltatásokat nagyrészt kivette a közbeszerzési kötelezettség alól és speciális szabályozás alá vonta. Ezen tevékenységek kivétele a közbeszerzési kötelezettség alól azért indokolt, mert a piaci viszonyok alapján nyújtott szolgáltatások árai bizonyos társadalmi rétegek számára elérhetetlenek, és az ilyen szolgáltatásokból származó bevételek nem minden esetben fedezik a szolgáltató költségeit.

52. Az autóbusszal végzett személyszállítási szolgáltatások szabályait rögzítő közösségi jogi szabályozást a vasúti és közúti személyszállítási közszolgáltatásról szóló EK rendelet tartalmazza, melynek a tárgyi eljárás szempontjából releváns rendelkezései az alábbiakat rögzítik:

(2) A Szerződés 86. cikkének (2) bekezdése meghatározza, hogy az általános gazdasági érdekű szolgáltatások működtetésével megbízott vállalkozások olyan mértékben tartoznak a Szerződés szabályai, különösen a versenyszabályok hatálya alá, amennyiben ezek alkalmazása nem akadályozza, jogilag vagy ténylegesen, a rájuk bízott sajátos feladatok végrehajtását.

(3) A Szerződés 73. cikke különös szabálynak minősül a 86. cikk (2) bekezdéséhez képest. A szárazföldi közlekedési ágazat közszolgáltatási kötelezettségeinek ellentételezéseire alkalmazandó szabályokat állapít meg.

(4) A Bizottság „Európai közlekedéspolitika 2010-re: ideje dönteni” című, 2001. szeptember 12-i fehér könyvének fő célja biztonságos, hatékony és magas színvonalú személyszállítási szolgáltatások biztosítása a személyszállítási közszolgáltatások átláthatóságát és teljesítményét is biztosító szabályozott verseny révén, figyelemmel a szociális, környezeti és területfejlesztési szempontokra, vagy azzal a céllal, hogy az utasok egyes csoportjai, például a nyugdíjasok részére különleges díjszabási feltételeket nyújtsanak, és kiküszöböljék a különböző tagállamokból származó közlekedési vállalkozások közötti azon különbségeket, amelyek alapvetően torzíthatják a versenyt.

(5) Jelenleg számos, általános gazdasági érdekű szükségletet kielégítő országos személyszállítási szolgáltatás nem működtethető kereskedelmi alapon. A tagállamok illetékes hatóságainak képesnek kell lenniük arra, hogy e szolgáltatások nyújtásának biztosítása érdekében intézkedéseket hozzanak. A személyszállítási közszolgáltatások nyújtásának biztosítása érdekében általuk alkalmazható mechanizmusok a következőket foglalják magukba: kizárólagos jogok biztosítása a közszolgáltatók részére, pénzügyi ellentételezések juttatása a közszolgáltatók részére és a valamennyi szolgáltatóra alkalmazandó, a közszolgáltatás működtetésére vonatkozó általános szabályok meghatározása. Amennyiben a tagállamok e rendelettel összhangban úgy döntenek, hogy bizonyos általános szabályokat kizárják a rendelet hatálya alól, az állami támogatásokra vonatkozó általános szabályokat kell alkalmazni.

3. cikk

Közszolgáltatási szerződések és általános szabályok

(1) Amennyiben valamely illetékes hatóság úgy dönt, hogy a választása szerinti szolgáltatónak a közszolgáltatási kötelezettségek teljesítésének fejében kizárólagos jogot és/vagy bármilyen jellegű ellentételezést biztosít, ezt közszolgáltatási szerződés keretében kell megtennie.

5. cikk

Közszolgáltatási szerződések odaítélése

(1) A közszolgáltatási szerződéseket az e rendeletben megállapított szabályokkal összhangban kell odaítélni. Az autóbusszal vagy villamossal végzett személyszállítási közszolgáltatás tekintetében azonban a 2004/17/EK vagy 2004/18/EK irányelvben meghatározott szolgáltatási vagy közszolgáltatási szerződéseket az ezen irányelvekben meghatározott eljárásokkal összhangban kell odaítélni, amennyiben az ilyen szerződések nem az ezen irányelvekben meghatározott szolgáltatási koncessziós szerződések formájában készültek. Amennyiben a szerződéseket a 2004/17/EK vagy a 2004/18/EK irányelvvel összhangban kell odaítélni, e cikk (2)-(6) bekezdésének rendelkezései nem alkalmazandók.

Amennyiben tehát egy beszerző/ajánlatkérő - jelen esetben a Möt. rendelkezése alapján - kötelezően ellátandó feladatot végez, vagy az általa létrehozott szervezet útján látja el e feladatát, az EK rendelet és annak a hazai jogba történt átültetése nyomán létrejött, a személyszállítási szolgáltatásokról szóló 2012. évi XLI. törvény alapján kell az esetleges versenyeztetési eljárást lefolytatnia, a szerződés tartalmát, az ellentételezés módját megállapítania. Tekintettel arra, hogy ezen beszerzők/ajánlatkérők közszolgáltatási tevékenységük ellátása során közszolgáltató ajánlatkérőnek minősülnek, AZ EURÓPAI PARLAMENT ÉS A TANÁCS 2014. február 26-i 2014/24/EU IRÁNYELVE a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló (továbbiakban: klasszikus irányelv) mellett a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatási ágazatban működő ajánlatkérők beszerzéseiről és a 2004/17/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló AZ EURÓPAI PARLAMENT ÉS A TANÁCS 2014. február 26-i 2014/25/EU IRÁNYELVE (továbbiakban: közszolgáltatói irányelv) szintén alkalmazandó.

Ezen utóbbi (35) pontjában is rögzíti, hogy „Emlékeztetni kell arra, hogy az 1370/2007/EK rendelet 5. cikkének (1) bekezdése kifejezetten előírja, hogy az autóbusszal vagy villamossal végzett személyszállítási közszolgáltatás tekintetében elnyert szolgáltatási szerződésekre vagy közszolgáltatási szerződésekre a 2004/17/EK, illetve a 2004/18/EK irányelv, az autóbusszal vagy villamossal végzett személyszállítási szolgáltatási koncessziók esetében pedig az

1370/2007/EK rendelet alkalmazandó (A 2004. évi klasszikus és a közszolgáltatói irányelvek helyébe a 2014-es irányelvek léptek).”

53. Az ajánlatkérő kifejezetten arra hivatkozott, hogy azért nem kell a Kbt.-t alkalmaznia, mert a beszerzése szolgáltatási koncesszió, amelyre az EK rendelet szolgáltatási koncesszióra irányadó szabályai vonatkoznak, amelynek részletes szabályait a fenti EK rendelet, valamint az Sztv. tartalmazza. Ugyanakkor azt, hogy a beszerzése szolgáltatási koncessziónak minősül-e a klasszikus és a közszolgáltatói irányelvek alapján kellett eldönteni, tekintettel arra is, hogy az EK rendelet 5. cikk (1) bekezdése alapján kizárólag a szolgáltatási koncesszió keretében létrejött, autóbusszal végzett személyszállítási közszolgáltatás végzésére irányuló szerződések ítélték oda közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül az EK rendelet és az Sztv. alapján. Annak megítéléséhez tehát, hogy a Kbt. vagy az EK rendelet és Sztv. alapján rögzített eljárások alkalmazandók-e a tárgyi közszolgáltatói beszerzés tekintetében az irányelvek átültetése nyomán a Kbt. szolgáltatási koncesszióra vonatkozó szabályai szerint kellett a Döntőbizottságnak megvizsgálnia.

54. Ennek eldöntése során a Kbt. 20. § (1) bekezdésében, valamint a Kbt. 148. § (8) bekezdés c) pontjában foglaltakra figyelemmel a 2021. február 2. napján hatályban volt Kbt. alkalmazandó, tekintettel arra, hogy írásbeli szerződés megkötésére a felek között ekkor került sor, ezért az ekkor hatályos Kbt. anyagi jogi rendelkezései alapján vizsgálta a Döntőbizottság a szolgáltatási koncessziókat a felek közötti jogviszonyban meglévő elemeit.

55. A Kbt. 14. § (1) bekezdése szerint e törvényt építési vagy szolgáltatási koncesszió megkötésére a 9. §-ban foglalt eseteken túl nem kell alkalmazni az e §-ban meghatározott esetekben. Az építési vagy szolgáltatási koncesszió közszolgáltató ajánlatkérő általi beszerzésére a 10-13. §-ban foglalt kivételeket is alkalmazni kell.

A Kbt. 14. § (3) bekezdése előírja, hogy e törvényt - szolgáltatási koncesszió esetén - nem kell alkalmazni az alábbi esetekben:

b) a személyszállítási szolgáltatásokról szóló törvény szerinti közúti és vasúti személyszállítási közszolgáltatásra vonatkozó szerződés megkötése;

A Kbt. 8. § (6) bekezdése szerint a szolgáltatási koncesszió e törvény szerinti ajánlatkérő által, írásban megkötött visszatérő szerződés, amelynek keretében az ajánlatkérő a (4) bekezdés szerinti szolgáltatás nyújtását rendeli meg, az ajánlatkérő ellenszolgáltatása a szolgáltatás hasznosítási jogának meghatározott időre történő átengedése vagy e jog átengedése pénzügyi ellenszolgáltatással együtt, amely együtt jár a szolgáltatás hasznosításához kapcsolódó működési kockázatnak a koncessziós jogosult általi viselésével.

A Kbt. 8. § (7) bekezdése alapján az (5)-(6) bekezdés alkalmazásában akkor tekinthető úgy, hogy a koncessziós jogosult viseli a működési kockázatot, ha bizonytalan, hogy megtérülnek a koncesszió tárgyát képező építmény vagy szolgáltatás létrehozása és üzemeltetése során eszközölt beruházásai, illetve felmerült költségei. A koncessziós jogosult lehetséges vesztesége nem lehet csupán névleges vagy elhanyagolható. A működési kockázat keresleti kockázatból, kínálati kockázatból vagy e két kockázat együtteséből adódhat, és fennállásának megítéléséhez csak a koncessziós jogosult által nem befolyásolható tényezőkből eredő kockázatok vehetőek figyelembe.

A Kbt. 20. § (1) bekezdése szerint az építési vagy szolgáltatási koncesszió becsült értéke a közbeszerzés megkezdésekor a koncessziós jogosult által a szerződés időtartama alatt várható, a koncesszió tárgyát képező építési beruházásból, illetve szolgáltatásmegrendelésből, valamint az ezekhez kapcsolódó árbeszerzésekből származó teljes - általános forgalmi adó nélkül számított - árbevétel.

A Kbt. 20. § (4) bekezdése alapján az építési vagy szolgáltatási koncesszió becsült értékének meghatározására vonatkozó objektív módszert a közbeszerzési dokumentumokban ismertetni kell.

Kbt. 118. § (1) bekezdése alapján az ajánlatérőnek e Rész szerint kell eljárnia a nemzeti értékhatárt – a 3. melléklet szerinti szociális és egyéb szolgáltatások esetében az uniós értékhatárt – elérő vagy meghaladó építési vagy szolgáltatási koncesszió beszerzése esetén.

56. A beszerzőnek a beszerzési igényét annak felmerülésekor meg kell vizsgálnia abból kiindulva, hogy beszerzését milyen alkalmazandó jogszabályokra kell alapítania, milyen eljárásrendben kell lefolytatnia.

A Kbt. 4. § (2) bekezdése kimondja, hogy építési vagy szolgáltatási koncesszió megkötésére koncessziós beszerzési eljárást kell lefolytatni. Ezt az önálló eljárási rendet (annak rugalmas eljárási szabályait) a Kbt. Negyedik Része tartalmazza. Kiemelendő, hogy a Kbt. szerinti koncessziós eljárást csak akkor kell lefolytatni, ha az beszerzést valósít meg, ettől eltérő jellegű koncessziók a koncessziós és egyéb törvények hatálya alá tartoznak. Jelen esetben az ajánlatkérőnek, amennyiben annak feltételei fennállnak közszolgáltatás beszerzésére irányuló szolgáltatási koncessziót kellett alapítania, melyet tehát a Kbt. 8. § (6) és (7) bekezdésében megfogalmazott ismérvek határoznak meg.

57. A Döntőbizottságnak ekörben a felek között 2021. február 2-án 131-1683-3/2021. számon létrejött közszolgáltatási szerződés rendelkezéseiből kiindulva azt kellett vizsgálnia, hogy a beszerző szolgáltatás megrendelését, avagy szolgáltatási koncesszió alapítását valósította-e meg. A speciálisan személyszállítási szolgáltatási koncesszió alapítására irányuló szerződés kötelező tartalmi elemeit mind az EK rendelet, mind az Sztv. részletesen szabályozzák. Miután azonban a szolgáltatási koncesszió fennállásának feltételeit a Kbt. alapján kellett vizsgálni a Döntőbizottság a szerződés alapján megvizsgálta a szolgáltató közszolgáltatási feladatait, esetleges közszolgáltatási kötelezettségeit és minden egyéb közszolgáltatási követelményt, a kiegészítő szolgáltatásokat, a szolgáltatás nyújtásának mennyiségi és minőségi feltételeit, a közszolgáltatási feladatok ellátását biztosító személyi, tárgyi és pénzügyi feltételek részleteit, szükséges pénzügyi biztosítékokat, az alvállalkozó bevonására vonatkozó kikötéseket, valamint az alvállalkozó szolgáltatására vonatkozó garanciális eszközöket, a jegy- és bérletrendszerrel, valamint az ellenőrzéssel kapcsolatos szabályokat, valamint ösztönzőket, az ellátásért felelős szolgáltatóval szembeni jogait és kötelezettségeit, ideértve az adatszolgáltatásra és az ellenőrzésre vonatkozó szabályokat, valamint a közszolgáltatási feladatok, illetve a közszolgáltatási kötelezettségek ellátásáért járó ellentételezés módját és mértékét, teljesítésének szabályait.

58. A Kbt. szerinti szolgáltatási koncesszió fennállásának konjunktív feltételei a következők:

- Kbt. szerinti ajánlatkérő beszerzést megvalósító tevékenysége és
- írásban megkötött visszterhes szerződés létrejötte és
- amely szerződés keretében az ajánlatkérő építési beruházásnak vagy árubeszerzésnek nem minősülő szolgáltatás nyújtását rendeli meg, melynek tárgya különösen valamely tevékenység megrendelése az ajánlatkérő részéről és
- 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.

A feltételek konjunktívák, ezért egyetlen feltétel hiánya elegendő a szolgáltatási koncesszió fenn nem állásának megállapításához.

Az Európai Bizottság 2000/C 121/02 számú értelmező közleménye is támpontot ad a szolgáltatás megrendelése és a szolgáltatási koncesszió közötti főbb elhatárolási szempontokhoz, amelyek az alábbiak szerint foglalhatók össze:

- a szolgáltatási koncesszió esetén az ajánlatkérő ellenszolgáltatásként a hasznosítás jogát engedi át a koncesszió jogosultjának;
- a hasznosítás jogának átengedésével együtt átadja a működtetés felelősségét, valamint a gazdasági kockázatot is;
- a hasznosítási jog mellett nyújtott pénzbeli ellenszolgáltatás csak járulékos jellegű;
- a szolgáltatás használatától beszedett díj a koncesszió jogosultját illeti meg, és ez a bevétel az ellenszolgáltatás részét képezi.

59. A beszerzők nem vitatták, hogy a beszerző 1. az EKR-ben vezetett Ajánlatkérői nyilvántartásban EKRSZ_82981772 azonosító szám alatti és a Kbt. 5. § (1) bekezdés e) pontja szerinti ajánlatkérő, helyi személyszállítási közszolgáltatás koordinálására hozták létre. E feladatának létrejöttétől a beszerző 2. jogutódlásáig 2021. február 1. napjától 2021. május 1. napjáig a kérelmezett 2.-vel kötött szerződés útján tett eleget. A beszerző 2. az EKR-ben vezetett Ajánlatkérői nyilvántartás adatai alapján EKRSZ_69812857 számon a Kbt. 5. § (1) bekezdés e) pontja, valamint Kbt. 6. § szerinti ajánlatkérőként szerepel.

A közszolgáltató tevékenységek meghatározását alapvetően a Kbt. 6. § (1)-(2) bekezdése tartalmazza. A helyi közlekedés ellátására irányuló autóbusszos személyszállítási közszolgáltatói tevékenység ellátását az Önkormányzatnak a Möt. alapján kötelezően biztosítania kell. A közszolgáltató tevékenység végzésére közlekedésszervezőt, a beszerző 1. és jogutódlást követően a beszerző 2.-t hozta létre, melyeknek egyedüli részvényese az Önkormányzat. A személyszállítási szolgáltatás, mint közszolgáltatói tevékenység végzésére a Kbt. 5. § (1) bekezdésében meghatározott szervezetek – így a beszerző 1. és beszerző 2. – is a Kbt. 6. § (1) bekezdés alapján jogosult és meghatározott feltételek fennállása esetén közbeszerzési eljárás lefolytatására köteles. A közszolgáltatói tevékenység végzésére közszolgáltatói szerződést kell kötni, amely nem azonos a közszolgáltatási tevékenységek végzésére irányuló közszolgáltatási szerződéssel, melyet a Ptk. 6:256. §-a szabályoz és amely a közüzemi szolgáltatók és a fogyasztók jogviszonyát rendezi. A közszolgáltatói szerződés a közszolgáltató ajánlatkérőnek (amennyiben nem tartozik a Kbt. alapján kivételi körbe) a közszolgáltatás ellátására irányuló szerződése a közszolgáltatás nyújtójával. A Kbt. 3. § 27. pontjában foglalt fogalom meghatározás szerint a közszolgáltatói szerződés is közbeszerzési szerződés, amely kizárólag írásban jöhet létre, és amelynek célja az ajánlatkérő Kbt. szerinti közszolgáltató tevékenységének előkészítése, megkezdése vagy folytatása.

60. A beszerzők szerint szolgáltatási koncesszióra irányuló közszolgáltatói szerződést kötöttek. A közszolgáltatói szerződés, mint közbeszerzési szerződés kizárólag írásban jöhet létre. A Kbt. 3. § értelmező rendelkezéseket tartalmazó 13. pontja szerint írásbeli vagy írásban: a közbeszerzési eljárás során tett nyilatkozatok, illetve eljárási cselekmények tekintetében bármely, szavakból vagy számjegyekből álló kifejezés, amely olvasható, reprodukálható, majd közölhető, ideértve az elektronikus úton továbbított és tárolt adatokat is.

61. 2021. február 2-án a beszerző 1. és a kérelmezett 2. között, írásban közszolgáltatási (helyesen: közszolgáltatói) szerződés jött létre, amely visszterhesnek minősül, tekintettel arra, hogy a beszerző ellenszolgáltatása a hasznosítási jog átengedése és esetleges pénzügyi ellentételezés. A Kbt. 8. § (6) bekezdése szerinti szolgáltatási koncesszió ezen kritériumai teljesültek. Az írásbeli szerződést a beszerző 1., mint megrendelő írta alá, 2021. május 1-jét

követően azonban a beszerző 2., mint általános jogutód a szerződésben is a helyére lépett és a kifizetéseket teljesítette a kérelmezett 2. részére. Az írásbeliség megállapításához nem elegendő az, ha a beszerző kijelölő határozattal rendelkezik a szolgáltatás ellátására köteles szolgáltató személyéről és a közszolgáltatás nyújtásáról. Az EK rendelet szerinti közvetlen kijelölés a szükséghelyzeti intézkedésre tekintettel nem egyenértékű a szolgáltatási koncesszió alapítására irányuló írásbeli szerződéssel. A szolgáltatási koncesszió megvalósulása szempontjából a Döntőbizottság a felek közötti írásbeli szerződés rendelkezéseiből indult ki, a kijelölő határozatokban foglaltakat a fent kifejtettek alapján nem vizsgálta.

62. A Kbt. 8. § (4) bekezdése szerint a szolgáltatás megrendelése - árubeszerzésnek és építési beruházásnak nem minősülő - olyan beszerzés, amelynek tárgya különösen valamely tevékenység megrendelése az ajánlatkérő részéről. Az autóbusszal végzett helyi személyszállítási tevékenység megrendelése a beszerzők részéről szolgáltatásmegrendelés.

A szolgáltatási koncesszió fentebb részletezett három feltétele fennállt, és megállapítható volt a felek közötti szerződés valamint az irányadó jogszabályok alapján.

63. Ezt követően a Döntőbizottság a szolgáltatási koncesszió további feltételeit vizsgálta, az ajánlatkérő ellenszolgáltatásának mibenlétét, tekintettel arra, hogy szolgáltatási koncesszió esetében az ajánlatkérő ellenszolgáltatása a szolgáltatás hasznosítási jogának az átengedése (meghatározott időre), vagy e jog átengedése pénzbeli ellenszolgáltatással együtt. Az ilyen jellegű ellenszolgáltatás mellett azonban az is szükséges a szerződés koncesszióknak minősüléséhez, hogy egyúttal a szolgáltatás hasznosításához kapcsolódó működési kockázatot a koncessziós jogosult viselje.

A szerződés 1.2. pontja szerint Hódmezővásárhely Megyei Jogú Város közigazgatási területén a helyi autóbusszos személyszállítási közszolgáltatás közszolgáltatási szerződés keretében történő ellátása, mely során a megrendelő a szolgáltatóval együttműködve a kölcsönös érdekek figyelembevételével tesz eleget a közszolgáltatás biztosítására vonatkozó feladatának. A szerződés 2021. március 1-től a Sztv. 24. szerint legfeljebb két évre, 2023. február 28-ig tartó, határozott időszakra jött létre.

64. A beszerzők hivatkoztak arra, hogy a közszolgáltatás jogát engedték át, előbb a kérelmezett 1-nek, majd a kérelmezett 2-nek és jelentősége van annak, hogy eredetileg a kérelmezett 1.-gyel meghiúsult, szolgáltatási koncessziós eljárás eredményeként létre nem jött szerződést követően szükséghelyzetben jártak el. A Döntőbizottság álláspontja szerint azonban nem annak van jelentősége, hogy a beszerzők szándékuk szerint szolgáltatási koncessziós szerződést kívántak létrehozni, hanem annak, hogy a Kbt.-ben foglalt feltételeknek a 2021. február 2-án létrejött szerződés megfelel-e. A beszerzők hivatkoztak arra a hasznosítási jog átengedése körében, hogy a nemzeti vagyronról szóló 2011. évi CXCVI. törvény (a továbbiakban: Nvtv.) 12. § (2) bekezdésének c.) pontja szerint a helyi önkormányzatok kizárólagos gazdasági tevékenysége – többek között – a helyi menetrend szerinti személyszállítási szolgáltatás és a menetrend szerinti helyi különcélú személyszállítási szolgáltatás. Az Nvtv. 12. § (3) bekezdése szerint a kizárólagos önkormányzati gazdasági tevékenységek gyakorlásának jogát kizárólag koncessziós szerződés alapján lehet más részére átengedni. Az Nvtv. tehát mindössze annyit rögzít, hogy a helyi önkormányzat kizárólagos gazdasági tevékenysége gyakorlásának időleges jogát kizárólag koncesszió útján, külön törvényben meghatározottak szerint szabályozott módon engedheti át. Ebből még önmagában nem következik, hogy az átengedés koncesszió formájában valósult meg, ahhoz szükséges a koncesszió fogalmi elemeinek fennállása és megvalósulása is.

A hasznosítási jog átengedése körében a beszerzők hosszasan hivatkoztak arra is, hogy milyen feladatokat ruházott át az Önkormányzat a beszerző 1-re és 2-re. Koncesszió esetében azonban a beszerzőknek kell a hasznosítás jogát átengedni a szolgáltatónak, az nem kérdéses, hogy a hasznosítási jog eredeti jogosultja az Önkormányzat volt, és a beszerző 1. és 2. ezen jog jogosultjai lettek, mint közlekedésszervezők. A vizsgált szerződésből azonban annak kell kitűnnie, hogy a beszerző 1., majd a beszerző 2. átengedte a helyi személyszállítási szolgáltatás hasznosítási jogát, azaz a kérelmezett 2., mint koncessziós jogosult a személyszállítási szolgáltatás nyújtása ellenében harmadik személyektől, a szolgáltatást közvetlenül igénybe vevőktől ellenszolgáltatást kap, a jegyeket, bérleteket értékesíti és a bevétele ebből (is) származik. A Döntőbizottság megállapította, hogy a szerződés 3.3. pontja alapján a szerződés szerinti közszolgáltatással összefüggésben menetjegyek, bérletek értékesítését kizárólag a beszerzők végzik, az értékesítésből befolyó összeg, valamint pótdíjak, egyéb díjak összege a beszerzőket illeti meg. Tehát éppen a szolgáltatás hasznosítás jogának átengedése nem valósult meg, hiszen az abból keletkező jegybevétel nem kerül a kérelmezett 2-höz, az a beszerzőknél maradt. A szerződésnek vannak olyan részei, melyek arról rendelkeznek, hogy a beszerzők a tevékenység végzéséhez szükséges területeket, utakat, buszfordulót, tömegközlekedési csomópontot használatba adják a kérelmezett 2. részére (szerződés 3. pontja az infrastruktúrára vonatkozóan). Ezen vagyonelemek hasznosítási jogáról azonban nem rendelkeztek a felek. Egyebekben a kérelmezett 2. a szolgáltatást saját autóbuszaival látta el, a szolgáltatás ellátásáért ellenszolgáltatást kapott. A szolgáltatási koncesszió lényegi eleme, hogy a hasznosítás jogát engedje át a beszerző, ez a beszerző ellenszolgáltatása, és egyéb ellentételezést ne nyújtson a koncessziós jogosultnak. A beszerzők tehát a szolgáltatás hasznosításának jogát nem adták át, hiszen maguk szedték be a szolgáltatás hasznosításából járó díjakat, a jegy és bérlet eladásból származó díjakat, amely bevételek a beszerzőnél realizálódtak, abból a kérelmezett 2., mint koncessziós jogosult nem részesült.

A szerződés szerinti ellenszolgáltatás, melyet a beszerző „biztosít” a hasznosítási jog átengedése, vagy emellett olyan beszerzői finanszírozás, amely csupán járulékos jellegű. Amennyiben tehát az ajánlatkérő átengedi a hasznosítás jogát és emellett pénzügyi ellenszolgáltatást/ellentételezést is nyújt, annak a hasznosítási joghoz kell kapcsolódnia és járulékos jellegűnek és névleges mértékűnek kell lennie. Ekkor valósul meg a működési kockázat vállalása a koncessziós jogosult részéről. A koncessziós jogosult „nyeresége” ebből a konstrukcióból az, hogy a piacon ő egyedül szolgáltat, nincs kitéve a piaci versenynek, a versenytársak ezáltal kizártak a piacról és amennyiben ellentételezésben is megállapodnak az ajánlatkérővel, annak forrása is biztosított (pl. állami támogatás). Jelen esetben a hasznosítási jog teljes átengedése sem valósult meg, hiszen nem volt mit hasznosítania a kérelmezett 2-nek, bevétele kizárólag a beszerző 2. által fizetett üzemanyag költségből és egyéb tételekből származott.

65. A koncessziós ügyletek legfontosabb ismérve, hogy a koncessziós jogosult valódi és jelentős szerződéses kockázatot viseljen a piaci viszonyok keresleti és/vagy kínálati kiszámíthatatlansága miatt, különösen akkor, ha a szolgáltatásnyújtás és az iránta való kereslet nem felel meg egymásnak. A koncessziós jogosult akkor viseli a rá háruló működési kockázatot, ha nem garantált, hogy eszközölt beruházásai, illetve felmerült költségei a koncesszió tárgyát képező szolgáltatás nyújtása során megtérülnek. A működési, ezen belül a kínálati kockázat hiánya állapítható meg, ha az ajánlatkérő a koncessziós jogosult esetleges veszteségeit például támogatás, kártérítés vagy harmadik személyektől való kötelező behajtás formájában kompenzálja. A koncessziós jogosult által befolyásolható tényezőkből eredő kockázatok nem vehetők figyelembe a működési kockázat fennállásának megítéléséhez. A kínálati, illetve a keresleti oldalon jelentkező kockázat tehát a piac változékonyságának való

kitettséget jelenti. A működési kockázat értékelése során figyelembe kell venni a koncessziós jogosult által eszközölt minden beruházás és a jogosultnál felmerült minden költség és bevétel nettó jelenértékét. Nem vehetők figyelembe a kockázat értékelésénél a valamennyi szerződéssel együttjáró szokásos kockázatok.

A szerződésben számos olyan pont van, melyek alapján megállapítható, hogy a beszerzők a pénzbeli ellentételezéssel a koncessziós jogosult működési kockázatát jelentős mértékben csökkentették. Önmagában a szerződés VII. részének 3.2. pontjában foglalt azon rendelkezés, hogy a kérelmezett 2. viseli a közszolgáltatással kapcsolatban felmerülő összes működési költséget és kockázatot, beleértve az őt terhelő adókat és illetékeket is, nem elegendő a ténylegesen felmerülő működési kockázat fennállásának és kérelmezett 2. általi viselésének megállapításához, a megfogalmazás általános, konkrétumot nem tartalmaz. Nem rögzítették, hogy melyek a működési költségek és kockázatok, jórészt a kérelmezett 2. részére juttatott összegek vannak szabályozva, a kérelmezett 2. kockázata, költségei, kiadásai, beruházása és annak mértéke nincs meghatározva. A szerződés tartalmazza a kérelmezett 2. kötelezettségeit, de az ahhoz szükséges költségeket nem határozza meg, arról nem rendelkezik.

Ezzel szemben a működési kockázat viselésének csökkentése érdekében rögzített rendelkezés a szerződés VII. Pénzügyi feltételek részének az ellentételezés megtérítésére vonatkozó 3. pontja, mely szerint a kérelmezett 2. a közszolgáltatások nyújtását legalább 24.500 km/hó, illetve annál magasabb fajlagos teljesítés esetén nettó 325,-Ft/menetrendi km, 24.500 km/hó fajlagos teljesítés alatt nettó 340,- Ft/menetrendi km ellentételezés ellenében vállalja. Ezen túlmenően szintén a kérelmezett 2. működési kockázatának, veszteségének számottevő csökkentését valósítja meg a 4.2. pontban rögzített valorizáció. Az üzemanyagköltségek vonatkozásában a felek megállapodtak abban, hogy az üzemanyag árváltozás korrekciós tényező lehet, amennyiben az érvényes normaárról +/-5 0/0-kal eltér, a NAV által közzétett mindenkor üzemanyag normaárhoz igazítottan. A bázisár, érvényes normaár (380 Ft/liter gázolaj ár) a következő elszámolási ciklus egyes hónapjaiban a NAV által közzétett gázolaj áraknak a változásának megfelelő mértékben valorizálandó. A valorizáció havi gyakoriságú. Az első valorizációra 2021. április 1-én kerül sor, az ajánlatban szereplő 380 Ft/ liter bázis gázolaj ár és a NAV által az érintett időszak egyes hónapjaiban közzétett gázolajárak változásának mértékével összhangban, a következő elszámolási ciklus első napjára így megállapított ár lesz a következő ciklus bázisára. Ugyanakkor a 4.3. pontban rögzítették azt is, hogy a költségekre kiható jogszabályi változások (pl. bérjárulék változása, gázolaj jövedéki adóterhének változása stb.) következtében fennálló, 0,5%-ot meghaladó mértékű kilométerdíj-korrekciós igényeket a felek szerződés módosítás útján, a valorizációtól függetlenül kezelik. A szerződés 1.6. pontjában a felek kifejezetten rendelkeztek arról, hogy az előre látható és a forgalmi igényekhez való rendkívüli menetrendi változások költségét a kérelmezett 2. érvényesítheti. A szerződés 1.7. pontjában az is rögzítésre került, hogy a menetrenden felüli rendkívüli teljesítményt a tarifák, költségek és bevételek figyelembe vételével az esetlegesen szükséges többlet ellentételezést a beszerző biztosítja. A 4.2. pont szerint a beszerző az autóbuszállomány átlagéletkorának biztosításához szükséges beruházási tevékenységen felüli további fejlesztési elvárásokat csak előzetes egyeztetés alapján támaszthat. A kérelmezett 2. tehát semmilyen fejlesztést nem hajt végre, kizárólag az állagmegóvást köteles elvégezni az autóbuszok tekintetében. Kiadása, költsége tehát ebből sem keletkezik. Nem fogadta el a beszerzők azon hivatkozását a Döntőbizottság, hogy az ajánlattételhez szükséges öt darab busz üzemeltetési jogának megszerzése csak beruházás megvalósítása esetén lehetséges a gazdasági szereplők számára. A szolgáltatás végzéséhez szükséges 5 darab autóbusz kiállítását és telephellyel való rendelkezést alkalmassági követelményként tartalmazta a felhívás, azt nem utóbbi beruházásként kellett megvalósítani, azzal már az ajánlattételkor rendelkezni kellett. A buszok egységes arculatának megvalósítása számottevő beruházásként

nem értékelhető, amely a működési kockázat körébe eshetne, figyelembe véve a kompenzáció mértékét is.

A szerződés 8.1. pontjában a rendkívüli forgalmi helyzetekből eredő költségek megtérítését is biztosította a beszerző a kérelmezett 2. részére.

A 9.6. pontban a felek a hibás teljesítés esetére kikötött kötbér megfizetendő összegét a hibás teljesítéssel érintett időszakra vonatkozó ellentételezési igény 0.5%-ban határozták meg, azaz a kérelmezett 2. által esetlegesen megfizetendő kötbér összegét is maximalizálták.

A kockázatviselés kérdésének megítélése és végső soron az adott szerződés közbeszerzési vagy koncessziós minősítése érdekében az ajánlatkérőnek összetett vizsgálatot kell lefolytatnia az összes releváns körülmény gondos mérlegelésével, illetve pénzügyi számításokat kell végeznie. A beszerzési modell megválasztásakor az érintett ágazat és piaci helyzet jellemzőit, a szerződéses feltételeket, jogokat és kötelezettségeket részletesen meg kell vizsgálni és minden ügyben külön fel kell mérni a kockázatokat, illetve vizsgálni kell a kockázatot növelő és csökkentő tényezőket.

A működési kockázat felmérése céljából következetes és egységes módon figyelembe kell venni a koncessziós jogosult által eszközölt minden beruházás és a jogosultnál felmerült minden költség és bevétel nettó jelenértékét. A szerződés ekörben nem tartalmazott a kérelmezett számára meghatározott kiadásokat, nem eszközölt jelentős beruházást, amelyből kiadása keletkezett volna. Azok a kockázatok, melyek minden szerződésnek velejárói, nem meghatározóak a működési kockázat megítélésekor, illetve a szerződés minősítésekor, így a rossz gazdálkodás kockázata, a gazdasági szereplő nemteljesítési kockázata vagy a vis maior bekövetkezésének kockázata. Nem vehető figyelembe ezért a beszerzők által hivatkozott bérek és szolgáltatások általánosan megemelkedett mértéke, a járműjavítási, karbantartási, alkatrész költségek megemelkedése, mert ezek valamennyi ilyen típusú szerződésnek velejárói. Kínálati kockázatnak minősül különösen az, ha a „szolgáltatásnyújtás” és az iránta való kereslet nem felel meg egymásnak, erre azonban a beszerzőknek volt ráhatásuk, mivel a kérelmezett 1. szolgáltatásnyújtását a kérelmezett 2. szolgáltatásnyújtásával egyidejűleg engedték, a szolgáltatás keresleti kockázatát maga a beszerző idézte elő és ez ellen a kérelmezett 2. sem emelt kifogást. A beszerzők arra is hivatkoztak, hogy a kijelölt határozatok önmagukban kockázatot jelentettek, mert kevesebb garanciális rendelkezést tartalmaztak, mint a szerződés. A Döntőbizottság a szerződésben foglaltakat vette alapul a szolgáltatási koncesszió megvalósulásának vizsgálatához, a kijelölt határozatok szerződésnek nem tekinthetők. A Döntőbizottság álláspontja szerint a szerződés számos olyan garanciális rendelkezést tartalmazott, amely túlmutat az ilyen jellegű szerződéses feltételek meghatározásán és a szolgáltatásnyújtó szerződésből eredő jogait határozza meg garanciális jelleggel. A működési kockázat koncessziós jogosult általi viselése azt jelenti, hogy valódi kockázatot visel a koncessziós jogosult, mivel nem biztosított, illetve bizonytalan, hogy megtérülnek-e a szerződés tárgyát képező szolgáltatás megvalósítása során történt befektetései, ráfordított költségei. Ez azt is jelenti, hogy a koncessziós jogosult lehetséges vesztesége nem lehet névleges vagy elhanyagolható. A beszerzők arra is hivatkoztak ekörben, hogy a kérelmezett 1. folyamatos szolgáltatása befolyásolta a keresletet, mert a kérelmezett 2. nem számolhatott egy viszonylag állandó létszámú utazóközönsséggel, ennek kockázatát viselnie kellett. A Döntőbizottság álláspontja szerint azonban csak azok a kockázati tényezők vehetők figyelembe a működési kockázat értékelésekor, amelyekre egyik félnek sincs ráhatása, ugyanakkor a beszerző elfogadta a kérelmezett 1. szolgáltatását, holott éppen a koncessziós jogosult szolgáltatásának kizárólagossága lett volna a koncesszió alkalmazásának egyik lényegi eleme. Az ajánlatkérő tehát maga idézte elő és elfogadta azt a helyzetet, hogy két szolgáltató is jelen volt a helyi autóbuzos személyszállításban, amely nyilvánvalóan módosíthatta a keresletet a két különböző közlekedési szolgáltató szolgáltatása iránt.

66. A kockázatok jelentős minimalizálása esetén viszont nem minősülhet koncessziónak a szerződés. Az Európai Unió Bíróságának ítélezési gyakorlatából kiindulva a hasznosításhoz kapcsolódó kockázatokat „teljes egészében vagy legalább jelentős részben” kell viselnie a koncessziós jogosultnak ahhoz, hogy a szerződés koncessziónak minősüljön.

67. A Döntőbizottság álláspontja szerint a szolgáltatási koncesszió lényegi eleme nem valósult meg, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő ellenszolgáltatása nem a szolgáltatás hasznosítási jogának meghatározott időre történő átengedése volt, a szolgáltatás hasznosítását maga a beszerző végezte, az ebből származó bevétel a beszerzőket illette. Ezért a hasznosítási jog átengedése nem járt együtt a szolgáltatás hasznosításához kapcsolódó működési kockázatnak a koncessziós jogosult általi viselésével. A kérelmezett 2. működési kockázatát túlnyomórészt a beszerzők viselték. A beszerzők ellentételezése már nem tekinthető járulékos, kiegészítő jellegűnek. Az ily módon történő ellentételezéssel el kell kerülni a túlkompenzációt, mert abban az esetben a működési kockázat nem megfelelő mértékű, túlsúlyban vannak a támogatási elemek.

68. A tárgyi esetben a Kbt. 8. § (6) bekezdésének fogalommeghatározása szerinti konjunktív feltételek a fentiekben kifejtettek okán nem álltak fenn, szolgáltatási koncesszió megvalósulásának hiányában a beszerzés nem tartozik a Kbt. 14. § (3) bekezdés b) pontja szerinti kivételi körbe, mert nem álltak fenn a szolgáltatási koncesszió ismérvei.

69. A fentebb kifejtettek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a beszerzők által 2021.-2022. évben megvalósított, autóbusszal végzett helyi személyszállítási szolgáltatás megrendelése nem felelt meg a Kbt. 8. § (6), valamint (7) bekezdésében foglalt szolgáltatási koncesszió alapítására vonatkozó követelményének. A szerződés megkötésére az EK rendelet és az Sztv. nem volt alkalmazható, a beszerzést és a szerződést a Kbt. alkalmazásával kellett volna megvizsgálni abból a szempontból, hogy szükséges-e közbeszerzési eljárás lefolytatása. Ezért a Döntőbizottság a továbbiakban azt vizsgálta, hogy a beszerzőt mennyiben és milyen feltételek mellett terhelte közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettsége.

70. A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerint a 15. § (1) bekezdése szerinti értékhatárokat elérő értékű közbeszerzési szerződés, illetve építési vagy szolgáltatási koncesszió megkötése érdekében az 5-7. §-ban ajánlatkérőként meghatározott szervezetek az e törvény szerinti közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárást kötelesek lefolytatni.

A Kbt. 4. § (2) bekezdése értelmében a közbeszerzési szerződés megkötésére közbeszerzési eljárást, építési vagy szolgáltatási koncesszió megkötésére koncessziós beszerzési eljárást kell lefolytatni.

A Kbt. 3. § 24. pontja szerint közbeszerzési szerződés: e törvény szerinti ajánlatkérő által, írásban megkötött, árubeszerzésre, szolgáltatás megrendelésre vagy építési beruházásra irányuló visszerthes szerződés.

A Kbt. 3. § 27. pontja szerint közszolgáltatói szerződés az olyan közbeszerzési szerződés, amelynek célja az ajánlatkérő e törvény szerinti közszolgáltató tevékenysége előkészítésének, megkezdésének vagy folytatásának biztosítása.

A Kbt. alapján közbeszerzési eljárás lefolytatására kötelezett a Kbt. 5. § (1) bekezdés e) pontjában meghatározott szervezet.

A Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontja szerint e törvény alkalmazásában - a közszolgáltató tevékenységének biztosítása céljából lefolytatott beszerzése során - közszolgáltató ajánlatkérő az 5. § (1) bekezdésében meghatározott szervezet, amennyiben az alábbiakban meghatározott

közszolgáltató tevékenységet folytatja, vagy ilyen tevékenység folytatása céljából hozták létre:

c) vasúti, automatizált rendszerekkel, villamossal, trolibusszal, autóbusszal vagy drótkötélpályán történő közlekedés terén közszolgáltatást nyújtó hálózatok létesítésével vagy üzemeltetésével kapcsolatos tevékenység;

A Kbt. 8. § (4) bekezdése szerint a szolgáltatás megrendelése – árubeszerzésnek és építési beruházásnak nem minősülő – olyan beszerzés, amelynek tárgya különösen valamely tevékenység megrendelése az ajánlatkérő részéről.

A Kbt. 4. § (1) bekezdése értelmében a Kbt. alanyi hatálya alá tartozó szervezeteket, az ajánlatkérőket közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettség terheli a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozó visszerthes beszerzéseikre, amennyiben azok értéke eléri legalább a nemzeti értékhatárt. A Kbt. 4. § (1) bekezdése alapján tehát a következő együttes feltételek fennállása esetén valósul meg a közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettség:

- a Kbt. alanyi hatálya alá tartozó szervezet valósítsa meg a beszerzést,
- a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozó beszerzési igény merül el az ajánlatkérő részéről,
- visszerthes beszerzésre kerül sor,
- amelynek a becsült értéke eléri legalább a nemzeti értékhatárt.

71. A beszerzők az EKR-ben vezetett ajánlatkérői nyilvántartásban a Kbt. 5. § (1) bekezdés e) pontja szerinti ajánlatkérők. A Kbt. 6. § (1) és (2) bekezdése alapján közszolgáltató ajánlatkérőként kell eljárnia a Kbt. 5. § (1) bekezdés a)-e) pontjában meghatározott, a klasszikus ajánlatkérői körbe tartozó valamennyi szervezetnek, ha közszolgáltató tevékenységet folytat vagy ilyen tevékenység folytatása céljából hozták létre, feltéve, hogy a beszerzés a közszolgáltató tevékenységének biztosítását szolgálja. A beszerzők közszolgáltató tevékenységének, az autóbusszal végzett helyi személyszállítási szolgáltatás biztosításának céljából szerződtek a kérelmezett 2-el, beszerzésükkor közszolgáltató ajánlatkérőnek minősültek és a Kbt. személyi hatálya alá tartoztak.

72. A Döntőbizottság megállapította, hogy a beszerzés autóbusszal végzett személyszállítási szolgáltatás megrendelésére irányult, amely a Kbt. 8. § (4) bekezdése szerinti szolgáltatásmegrendelésnek minősült, ezért a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozott.

73. Magyarország 2021. évi központi költségvetéséről szóló 2020. évi XC. törvény 74. § (2) bekezdés c), illetve e) pontja szerint az (1) bekezdéstől eltérően a közszolgáltatói szerződésekre vonatkozó nemzeti közbeszerzési értékhatár 2021. január 1-jétől 2021. december 31-éig szolgáltatás megrendelése esetében 50,0 millió forint, szolgáltatási koncesszió esetében 100,0 millió forint;

A Kbt. 17. § (2) bekezdése értelmében az árubeszerzés vagy a szolgáltatás becsült értéke a rendszeresen vagy az időszakonként visszatérően kötött szerződés esetében:

- a) az előző naptári év során kötött azonos tárgyú szerződés vagy szerződések szerinti tényleges ellenszolgáltatás, módosítva a következő naptári év alatt várható mennyiségi és értékbeli változással, vagy
- b) az első teljesítést követő, a következő tizenkét hónap alatti vagy a tizenkét hónapnál hosszabb időre kötött szerződés vagy szerződések időtartama alatti becsült ellenszolgáltatás.

A Kbt. 17. § (3) bekezdése szerint a szolgáltatás becsült értéke olyan szerződés esetében, amely nem tartalmazza a teljes díjat:

- a) határozott időre, négy évre vagy annál rövidebb időre kötendő szerződés esetén a szerződés időtartama alatti ellenszolgáltatás;
- b) határozatlan időre kötött szerződés vagy négy évnél hosszabb időre kötendő szerződés esetén a havi ellenszolgáltatás negyvenyolcszorosa.

A Kbt. 19. § (1) bekezdése értelmében tilos a becsült érték meghatározásának módszerét e törvény megkerülése céljával megválasztani.

A Kbt. 19. § (2) bekezdése szerint tilos a közbeszerzést oly módon részekre bontani, amely e törvény vagy e törvény szerinti uniós értékhatárt elérő vagy meghaladó becsült értékű beszerzésekre vonatkozó szabályai alkalmazásának megkerülésére vezet.

A Kbt. 19. § (3) bekezdése értelmében, ha egy építési beruházás vagy ugyanazon közvetlen cél megvalósítására irányuló szolgáltatásmegrendelés, illetve azonos vagy hasonló felhasználásra szánt áruk beszerzése részekre bontva, több szerződés útján valósul meg, a közbeszerzés becsült értékének meghatározásához az összes rész értékét figyelembe kell venni. Szolgáltatás megrendelése esetében az ugyanazon közvetlen célra irányultság vizsgálatokor az egyes szolgáltatások műszaki és gazdasági funkcionális egységét kell alapul venni.

74. A Döntőbizottság megállapította, hogy a beszerző 2. a kérelmezett 2. részére mindösszesen 83.788.886.- forintot fizetett meg 2021. augusztus 5-től 2022. május 4. napjáig a személyszállítási szolgáltatások teljesítésére. A kérelmezett 2. szolgáltatásával szemben ellenszolgáltatás állt, ezért a felek között 2021. február 2. napján létrejött közszolgáltatói szerződés, a szolgáltatás nyújtása és annak ellentételezése okán visszerthes szerződésnek minősül. Az ellenérték összege meghaladta a közszolgáltató ajánlatkérőkre vonatkozó nemzeti közbeszerzési értékhatárt.

75. A fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a 2021. évben megvalósított, autóbusszal végzett helyi személyszállítási szolgáltatások beszerzése során a beszerző 2. jogsértően mellőzte a közbeszerzési eljárás lefolytatását, és ezzel megsértette a Kbt. 4. § (1) bekezdését. A Döntőbizottság továbbá megállapította, hogy a 2021. február 2. napján létrejött közszolgáltatói szerződés a Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja értelmében semmis, mivel közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötték meg. A Döntőbizottság a beszerző 2. általános jogutódlására figyelemmel a jogsértést a beszerző 2. vonatkozásában állapította meg és a jogkövetkezményeket a beszerző 2. tekintetében alkalmazta.

76. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdésében biztosított hatáskörében a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét, továbbá alkalmazta a Kbt. 165. § (6) bekezdés a) pontja szerinti jogkövetkezményt.

77. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (3a) bekezdésében biztosított hatásköre alapján vizsgálta meg a jogsértően megkötött szerződés semmisségét, figyelemmel a Kbt. 137. §-ában foglaltakra.

A Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerint semmis a szerződés, ha azt a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötték meg.

A Kbt. 137. § (2) bekezdése alapján az (1) bekezdéstől eltérően a szerződés nem semmis, ha az ajánlatkérő azért nem folytatott le hirdetmény közzétételével induló közbeszerzési eljárást vagy kötött közbeszerzési eljárás mellőzésével megállapodást [9-14. §, 111. §], mert úgy ítélte meg, hogy a hirdetmény nélkül induló közbeszerzési eljárás alkalmazásával vagy a

közbeszerzési eljárás mellőzésével történő szerződéskötésre e törvény szerint lehetősége volt, szerződéskötési szándékáról külön jogszabályban meghatározott minta szerinti hirdetményt tett közzé, valamint a szerződést nem kötötte meg a hirdetmény közzétételét követő naptól számított tizedik napon belül.

A Kbt. 137. § (3) bekezdése szerint az (1) bekezdéstől eltérően a szerződés nem semmis, ha kiemelkedően fontos közérdek fűződik a szerződés teljesítéséhez. A szerződéshez közvetlenül kapcsolódó gazdasági érdek (így különösen a késedelmes teljesítésből, az új közbeszerzési eljárás lefolytatásából, a szerződő fél esetleges változásából vagy az érvénytelenségből következő kötelezettségekből eredő költség) nem tekinthető kiemelkedően fontos közérdeknek, a szerződés érvényességéhez fűződő további gazdasági érdekek pedig kizárólag akkor, ha a szerződés érvénytelensége aránytalan következményekkel járna.

A Döntőbizottság a fentiekre figyelemmel megállapította, hogy az autóbusszal végzett helyi személyszállítási közszolgáltatás biztosítására vonatkozó beszerzését a beszerző 2. a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével folytatta le, mivel köteles lett volna közbeszerzési eljárás lefolytatására.

A Döntőbizottság a továbbiakban azt vizsgálta, hogy fennállnak-e a Kbt. 137. § (2) és (3) bekezdésében foglaltak.

A beszerző 2. nem tett közzé a Kbt. 137. § (2) bekezdése szerinti hirdetményt a szerződéskötési szándékáról, ezért a Döntőbizottság megállapította, hogy a Kbt. hivatkozott rendelkezésében foglaltak nem állnak fenn.

A Döntőbizottság vizsgálta, hogy kiemelkedően fontos közérdek fűződik-e a szerződés teljesítéséhez. E körben megállapította, hogy a beszerző 2. nem hivatkozott olyan indokra, mely szerint a szerződések semmissége ellentétes lenne a közérdekkel, azt ilyen körülménnyel, adattal, vagy irattal nem támasztotta alá, ezért a Döntőbizottság megállapította, hogy a Kbt. 137. § (3) bekezdése nem áll fenn. A Döntőbizottság szerint abban áll fenn a közösség érdeke, hogy a beszerző jogszerű keretek között szerezze be a személyszállítási közszolgáltatásokat és a lehető legszélesebb verseny kihasználásával kössön olyan szolgáltatóval szerződést, amely a szolgáltatás hatékonyságát, korszerűségét biztosítani tudja. A Döntőbizottság ugyanakkor figyelembe vette a felek közötti szerződés megkötésétől eltelt időtartamot. Mindezek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a 2021. február. 2. napján létrejött szerződés – a Kbt. 145. § (3a) bekezdése, a Kbt. 148. § (8) bekezdés c) pontja és a Kbt. 165. § (2) bekezdés g) pontja szerint, a Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis.

A továbbiakban a Döntőbizottság a Kbt. 145. § (3a) bekezdése alapján az érvénytelenség jogkövetkezményeinek alkalmazása körében vizsgálta, hogy az eredeti állapot helyre állítható-e. A Döntőbizottság a beszerzés tartalma alapján megállapította, hogy az eredeti állapot nem állítható helyre, a személyszállítási szolgáltatás nyújtása megtörtént a beszerző 2. , és az azt igénybe vevők részére. A Döntőbizottság minderre figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdés h) pontja alapján megállapította, hogy az eredeti állapot nem állítható helyre.

78. A Döntőbizottságnak a megállapított jogsértés esetén mérlegelési jogköre a bírság kiszabása körében nem volt, a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontjára figyelemmel alkalmazni volt köteles a Kbt. 165. § (6) bekezdés a) pontja szerinti jogkövetkezményt.

79. A Kbt. 165. § (7) bekezdése szerint a Kbt. 165. § (6) bekezdésben meghatározott bírság összege – a Kbt. 165. § (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési

eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetén a jogorvoslattal érintett rész értékének, a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése esetén a szerződés értékének legfeljebb 15 %-a.

A Kbt. 165. § (7b) bekezdése szerint a 137. § (1) bekezdése szerinti jogsértés megállapítása esetén, ha a Döntőbizottság megállapítja, hogy az eredeti állapot helyreállítása a szerződés érvénytelensége jogkövetkezményei alkalmazása körében nem lesz lehetséges, a (6)-(7) bekezdésben foglaltakon túl további bírságot szab ki, amelynek összege – az eset összes körülményét figyelembe véve – legfeljebb a szerződés értékének 15%-a.

A Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

- a) a jogsértés súlyát,
- b) a közbeszerzés tárgyát és értékét,
- c) a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását,
- d) az e törvénybe ütköző magatartásnak az adott közbeszerzés vonatkozásában történt ismételt tanúsítását,
- e) a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot,
- f) támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat figyelembe veszi. A bírság összegének és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

80. A Döntőbizottság a jogsértést súlyosnak ítélte, mivel az a közpénzek átlátható felhasználásának törvényi célját hiúsította meg. A közbeszerzési eljárás mellőzése, a beszerzés nem megfelelő előkészítése körében a legsúlyosabb közbeszerzési jogi jogsértés, mely súlyos szankciókat von maga után.

A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a beszerzés tárgyát, valamint a jogtalan mellőzéssel érintett beszerzés, valamint a szerződés értékét. A Döntőbizottság a beszerzés értéke körében figyelembe vette, hogy a becsült érték 192.072.936.-Ft volt, ugyanakkor a szerződés alapján megfizetett ellenszolgáltatás 83.788.866.-Ft volt. Figyelembe vette a Döntőbizottság azt is, hogy a jogsértés nem reparálható, a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével megkötött szerződés alapján teljesült a szolgáltatásmegrendelés, melynek tekintetében az eredeti állapot helyreállítása nem lehetséges. A Döntőbizottság figyelembe vette továbbá a beszerzés kötelezően biztosítandó jellegét, valamint a beszerzők által e körben felhozott körülményeket. A Döntőbizottság mérlegelte a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt rövidebb időtartamot. A fenti indokok alapján a Döntőbizottság a rendelkező részben meghatározott mértékű bírság kiszabását tartotta indokoltnak azzal, hogy az eset összes körülményét figyelembe véve, a fentebb ismertetett szempontok együttes mérlegelése alapján a rendelkező részben meghatározott összegű bírságot szabta ki a beszerző 2. terhére.

81. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (7b) bekezdése alapján a mellőzés tekintetében az érvénytelenség jogkövetkezményeként további, a rendelkező részben megállapított összegű bírságot szabott ki a beszerző 2.-vel szemben. A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe vette a bírság összegének megállapítása során. Mérlegelte a szerződés tárgyát, a szerződés értékét. E szempontokat és a fentiekben kifejtetteket összességében mérlegelve a Döntőbizottság a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak a mellőzés jogkövetkezménye, az érvénytelenség megállapítása miatt.

82. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (Ákr.) 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

83. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(5) bekezdésein alapul.

84. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdése a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pontja alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2022. június 23.

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk.
közbeszerzési biztos,
az eljáró tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Virágh Norbert sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelélül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Hivatalbóli kezdeményező képviselője (kizárólag elektronikus úton)
2. Beszerző képviselője (kizárólag elektronikus úton)
3. Kérelmezett 1. képviselője (kizárólag elektronikus úton)
4. Kérelmezett 2. képviselője (kizárólag elektronikus úton)
5. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)
6. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (kizárólag elektronikus úton)

