



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

Tel.: 06-1/882-8594, fax: 06-1/882-8593

E-mail: dontobizottsag@kt.hu

Az ügy iktatószáma: D.39/11/2018.

A tanács tagjai: Dr. Petró Szilvia közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Tomasovszki Tamás közbeszerzési biztos, Dr. Puskás Dóra Hildegard közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Állami Számvevőszék
(Budapest, Apáczai Csere János u. 10.)
(KRID: 103305376)

A beszerző: Budafoki Dohnányi Ernő Szimfonikus Zenekar
Közhasznú Nonprofit Kft.
(Budapest, Tóth József u. 47.)
(KRID: 21106424)

A beszerző képviselője: Dr. Kozma György ügyvéd, Kozma Ügyvédi
Iroda
(Budaörs, Budapesti út 28.)
(KRID: 18723483)

Az I. r. kérelmezett: Symphonic Concert Management Kft.
(Budapest, Fegyvernek u. 33.)
(KRID: 12434611)

A II. r. kérelmezett: LEON Szolgáltató Kft.
(Budapest, Öntő u. 6.)
(KRID: 12536799)

A beszerzés tárgya: „Reklámszolgáltatás 2015. évben (Symphonic Concert Management Kft.), Rendezvényszervezés 2015. évben (Leon Kft., Symphonic Concert Management Kft.)”

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

H A T Á R O Z A T – o t

A Döntőbizottság megállapítja, hogy a beszerző megsértette a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: régi Kbt.) 19. § (1) bekezdésére tekintettel a régi Kbt. 5. §-át.

A Döntőbizottság hivatalból megállapítja a beszerző és az I. r. kérelmezett részéről 2015. április 3-án megkötött együttműködési szerződés és a 2015. április 9-én megkötött reklámszolgáltatás tárgyú szerződés, valamint a beszerző és a II. r. kérelmezett részéről 2015. április 2-án megkötött és 2015. október 16-án kiegészített technikai szolgáltatás tárgyú szerződések semmisségét a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 137. § (1) bekezdés a) pont alapján.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az eredeti állapot nem állítható helyre.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 3.000.000.-Ft, azaz hárommillió forint, valamint további 3.000.000.-Ft, azaz hárommillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja az ajánlatkérőt, hogy a bírság összegét a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbeszerzési 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.

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. A beszerző 2015. április 3-án együttműködési szerződést kötött az I. r. kérelmezettel.

A szerződés preambulumban rögzítésre került, hogy az I. r. kérelmezett az Élő Koncert Show kizárólagos jogtulajdonosa, szintén jogtulajdonosa a „Havasi Symphonic Concert Show” és a „HAVASI” márkaneveknek és az ezekkel kapcsolatos vagyoni értékű jogoknak. Az I. r. kérelmezett rendelkezik a Koncert színpadra állításához szükséges know how-val, jogokkal, szakmai tudással, engedélyekkel.

A szerződés 2.1. pontjában rögzítették a felek a szerződés tárgyát a következők szerint.

2.1. A szerződés tárgya

A jelen szerződés tárgya a 2015. december 5-én, 2 alkalommal bemutatandó HAVASI SYMPHONIC ARÉNA SHOW-t (Papp László Sportaréna) színpadra állításával, annak professzionális, a szerződés céljával összhangban álló bemutatásával kapcsolatban a felek tevékenységének összehangolása, a feladatok megosztása, valamint minden olyan kérdésben való megállapodás, mely a szerződés céljának elérése érdekében a felek között szükséges.

A szerződő felek a szerződés 2.2. pontjában rögzítették a szerződés célját és a beszerző célkitűzéseit.

A szerződő felek a szerződés 3. pontjában határozták meg azokat a kötelezettségeket, melyek teljesítését a felek a saját költségükön vállalták.

A szerződő felek a szerződés 5. pontjában rendelkeztek az elszámolás módjáról, az alábbiak szerint.

A Koncert jegykontingensét a jelen szerződés aláírását követően a beszerző bocsátja ki.

A felek megállapodnak abban, hogy az előadás jegyértékesítéséből származó bevétel 90%-a az I. r. kérelmezettet illeti meg.

Az I. r. kérelmezett 2015. november 25. napján állította ki a rendezvényszervezés szolgáltatásra vonatkozó, nettó 35.745.299.-Ft értékű, S-2015-55. számú számlát. A beszerző a számla értékének megfelelő összeget 2015. november 25. napján utalta át az I. r. kérelmezett részére.

2. A beszerző 2015. április 9-én „együttműködési reklám szerződést” kötött az I. r. kérelmezettel.

A szerződés 2. pontjában került rögzítésre a szerződés tárgya az alábbiak szerint.

A Koncert sikerességének érdekében beszerző megbízza az I. r. kérelmezettet egy teljeskörű marketing kampány (a továbbiakban: Kampány) lebonyolításával.

A szerződés 3. pontjában szerepeltek a kampánnyal kapcsolatos rendelkezések az alábbiak szerint.

3.1. A kampány értéke, valamint a benne szereplő anyagok elkészítési költsége listaáron meghaladja a 130 millió forintot. A kampány megvalósítása az I. r. kérelmezett kizárólagos kötelezettsége.

3.2. A kampány lezárását követő 30 napon belül a I. r. kérelmezett tételes teljesítési igazolást készít.

3.3. A kampány legfontosabb elmei, melynek részleteit a jelen Szerződés 1. számú melléklete tartalmazza:

- óriásplakát
- országos tv és rádió kampány
- újság hirdetések (magazin, napilap)
- szórólapok jegyirodákbá)
- pr cikkek
- email és online média kampány banner elhelyezések
- ismertető és tájékoztató füzetek

3.4. A kampány költségeinek megosztása, és elszámolása:

3.4.1. A Felek megállapodnak abban, hogy a Kampány megszervezését és finanszírozását az I. r. kérelmezett vállalja.

3.4.2. A beszerző hozzájárulásként, a jegyértékesítés maximalizálása érdekében, megfizeti a kampány listaáron számolt értékének 50%-át, de maximum nettó 64.900.000.-Ft+ÁFA-t.

Az I. r. kérelmezett 2015. április 14-én állította ki a fenti szerződéshez kapcsolódó, S-2015-6 számú, reklám kampányra vonatkozó, nettó 42.500.000.-Ft értékű számlát, melyet a beszerző 2015. április 14. napján átutalással teljesített.

Az I. r. kérelmezett 2015. május 8-án állította ki a fenti szerződéshez kapcsolódó S-2015-12 számú, főkampányra vonatkozó, nettó 22.400.000.-Ft értékű számlát, melyet a beszerző 2015. május 7. napján átutalással teljesített.

3. A beszerző és a II. r. kérelmezett 2015. október 16. napján írták alá a köztük 2015. április 2. napján létrejött szolgáltatási szerződés kiegészítését.

A szerződés 1. pontja szerint a II. r. kérelmezett az eredeti szerződéssel összhangban vállalja a 2015. december 5-én 2 előadást tartalmazó, a budapesti Papp László Sportarénában megrendezésre kerülő HAVASI SYMPHONIC ARÉNA SHOW technikai lebonyolítását. Biztosítja 2015. december 4-én reggel 8 órától teljes készenléttel, a mellékletben felsorolt eszközök használatával, a koncert show technikai lebonyolításához szükséges teljes műszaki háttérrel.

A szerződés 2. pontja szerint a II. r. kérelmezett az 1. pontban megjelölt szolgáltatás díjaként a 2015. április 2-án kötött szerződés értelmében 20% kedvezményt figyelembe véve 41.650.000.-Ft+ÁFA díjat állapít meg.

A II. r. kérelmezett 2015. december 18-án állította ki a VLISA 6776761 számú, nettó 41.650.000.-Ft értékű számlát, melyet a beszerző 2015. december 22-i átutalással teljesített (a 41.650.000.- Ft-os összegből 20.000.000.-Ft nettó előleg korábban ki lett fizetve).

A hivatalbóli kezdeményezés

4. A hivatalbóli kezdeményező 2017. március 27. napján adta postára hivatalbóli kezdeményezését, amely 2017. március 29. napján érkezett meg a Döntőbizottsághoz.

A hivatalbóli kezdeményező a kezdeményező iratban a régi Kbt. 140. § (1) bekezdés b) pontja, valamint a Kbt. 152. § (1) bekezdés b) pontja alapján hivatalbóli jogorvoslati eljárást kezdeményezett a beszerző rendelkező részben megjelölt beszerzései kapcsán közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése miatt, továbbá arra hivatkozással, hogy a beszerző elmulasztotta a közbeszerzési szabályzat elkészítését.

Indokolásként előadta, hogy a helyszíni ellenőrzést végző számvevői „Az önkormányzatok gazdasági társaságai - Az önkormányzatok többségi tulajdonában lévő gazdasági társaságok gazdálkodásának ellenőrzése” tárgyú vizsgálat keretében, a beszerző gazdálkodásának folyamatban lévő helyszíni ellenőrzése során a kezdeményező irathoz 1. számú mellékletként csatolt, 2017. január 27-én kelt jegyzőkönyv 2. és 3. oldalán szereplő felsorolásban hivatkozott, elektronikus adathordozón átadott dokumentumok elemzése alapján szereztek tudomást az alábbiakról.

A beszerző 2015. április 14-én reklámszolgáltatás ellenértékeként 42.500.000.-Ft kifizetést teljesített az I. r. kérelmezett részére.

A beszerző rendezvényszervezés szolgáltatás ellenértékeként 2015. május 7-én 22.400.000.-Ft, 2015. november 25-én pedig 35.745.299.-Ft kifizetést teljesített az I. r. kérelmezett részére, valamint 2015. december 5-én 41.650.000.-Ft kifizetést teljesített a II. r. kérelmezett részére.

A fenti beszerzéseket közbeszerzési eljárások lefolytatása nem előzte meg.

A hivatalbóli kezdeményező rámutatott arra, hogy a beszerző a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontja alapján a régi Kbt. alanyi hatálya alá tartozó szervezet, mivel a beszerző 100%-os tulajdonosa Budafok-Tétény Budapest XXII. kerület Önkormányzata, így a beszerzővel szemben teljesül a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontjában szereplő második fordulat előírása.

A hivatalbóli kezdeményező a beszerző 2017. április 10. napján kelt észrevétele 4. oldalán előadott azon kifogásra, miszerint a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett beszerzések tárgyai szórakoztató, kulturális szolgáltatások voltak, amelyek a régi Kbt. rendelkezései szerint kivételi körbe tartoznak, előadta, hogy a Döntőbizottság eljárását a beszerző 2015-ben megvalósított, alábbi tárgyú beszerzései vonatkozásában kezdeményezte:

- reklámszolgáltatás a 2015. évben,
- rendezvényszervezés 2015. évben
- technikai szolgáltatás a 2012. évben.

A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a beszerző fent hivatkozott észrevételében megjelölt szórakoztató, kulturális szolgáltatások nem képezték a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt beszerzések tárgyát.

A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a beszerző 2015-ben, a reklámszolgáltatás, valamint a rendezvényszervezés szolgáltatások közbeszerzési eljárás mellőzésével megvalósított beszerzésével - figyelemmel a régi Kbt. 18. §-ában előírt egybeszámitási szabályokra is - megsértette a régi Kbt. 5. §-a alapján fennálló, a régi Kbt. 19. §-ában előírt közbeszerzési eljárás lefolytatására vonatkozó kötelezettségét.

A számvevőszéki helyszíni ellenőrzés során megállapítást nyert továbbá, hogy a beszerző nem rendelkezik a közbeszerzési eljárások előkészítésének, lefolytatásának, belső ellenőrzésének felelősségi rendjét, a nevében eljáró, illetve az eljárásba bevont személyek, valamint szervezetek felelősségi körét és a közbeszerzési eljárásai dokumentálási rendjét előíró szabályzattal, és nem határozta meg a közbeszerzési eljárás során hozott döntésekért felelős személyt, személyeket, vagy testületeket.

A fentiek alapján megállapítható, hogy a beszerző a régi Kbt. alanyi hatálya alá tartozó szervként elmulasztotta szabályzatban rögzíteni a régi Kbt. 22. §-ának (1) bekezdésében előírtakat.

A hivatalbóli kezdeményező 2017. január 27. napját jelölte meg a jogsértésről való tudomásszerzés időpontjaként, míg a jogsértő esemény megtörténtének időpontjával kapcsolatban előadta, hogy a reklámszolgáltatás vonatkozásában 2015. április 14. napján, a rendezvényszervezés szolgáltatás vonatkozásában 2015. május 7. napján valósította meg a beszerző a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt jogsértést. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a régi Kbt. 140. § (2) bekezdésében szabályozott, a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére vonatkozó határidők nyitva állnak.

A hivatalbóli kezdeményező a megsértett jogszabályi rendelkezések körében megjelölte a régi Kbt. 19. §-át, a régi Kbt. 21. § (1) bekezdését, továbbá a régi Kbt. 22. § (1) bekezdését.

A hivatalbóli kezdeményező a régi Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja alapján kérte a jogsértés megtörténtének megállapítását.

A hivatalbóli kezdeményező mellékelte a helyszíni ellenőrzés keretében rögzített, 2017. január 27-én kelt jegyzőkönyvet, valamint a számvevőszéki ellenőrzéssel érintett dokumentumok másolatát elektronikus adathordozón.

A beszerző észrevétele

5. A beszerző 2017. április 10-én kelt és a Döntőbizottsághoz 2017. április 12-én érkezett észrevételében előadta, hogy jogelődjét (a Budafoki Dohnányi Ernő Szimfonikus Zenekar Kulturális Közhasznú Társaságot) Budafok-Tétény Budapest XXII. kerület Önkormányzatának Képviselő-testülete a 23/2011. (02. 15.) ÖK Határozat alapján Budafok-Tétény Budapest XXII. kerület Önkormányzata alapította 2011. június 21-én kelt alapító okirattal. A Társaság 100%-os tulajdonosa mai napig Budafok-Tétény Budapest XXII. kerület Önkormányzata. A beszerző erre tekintettel nem vitatta, hogy alapvetően a régi Kbt. személyi hatálya alá tartozhatna, azonban a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett beszerzések vonatkozásában arra az álláspontra helyezkedett, hogy megvalósításuk idején azokra nem terjedt ki a régi Kbt. tárgyi hatálya, ennél fogva a beszerző nem tartozott a régi Kbt. alanyi hatálya alá, így a közbeszerzési eljárás lefolytatásától jogszerűen tekintett el, az alábbi indokokra figyelemmel.

6. A régi Kbt. alanyi hatálya alá tartozására vonatkozó kérdéskörben megjelölte a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontjának utolsó fordulatót és előadta, hogy álláspontja szerint a finanszírozást és a többségi támogatások teljesülését a bevételi oldalról szükséges vizsgálni. A

beszerző bemutatta, hogy a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett 2015. évben a támogatások aránya a bevételekhez képest 23,41% volt, amely tény alapján egyértelműen megállapítható, hogy a régi Kbt. személyi hatálya alkalmazásául szolgáló jogszabályhely előírásának azon fordulata, miszerint a beszerző működését a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett időszakban többségi részben finanszírozta volna a régi Kbt.-ben megjelölt egy vagy több szervezet, a beszerző esetében nem teljesül, továbbá a támogatások mértéke nem érte el az 50%-ot.

7. A hivatalbóli kezdeményezéssel érintett szolgáltatás régi Kbt. tárgyi hatálya alá tartozására vonatkozó kérdéskörben egyrészt a régi Kbt. 120. § c) pontját jelölte meg, amelynek értelmében a régi Kbt.-t nem kell alkalmazni az uniós értékhatárt el nem érő, 4. melléklet szerinti szórakoztató, kulturális és sportszolgáltatásokra. A beszerző előadta, hogy a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett együttműködési megállapodások kifejezetten egy adott művész (Havasi Balázs) által létrehozandó egyedi művészeti érték megvalósítására vonatkoztak, így azok tárgya szórakoztató és kulturális szolgáltatás volt.

A beszerző álláspontja szerint a megállapodásokban szereplő szórakoztató és kulturális tevékenységgel szükségképpen együtt járó más beszerzési tevékenységek (pl.: marketing, jegyeladás) szintén az adott művésszel kizárólagosan együtt dolgozó (az adott művész által megnevezett) olyan cégek, hogy csak rajtuk keresztül, illetőleg közreműködésükkel valósítható meg bármely művészeti produkció, így véleménye szerint ezen tevékenységekre nézve is teljesen értelmezhetetlen és nem lefolytatható egy közbeszerzési eljárás.

8. A II. r. kérelmezett vonatkozásában előadta, hogy a megelőző esztendőben művészi szempontok alapján került kiválasztásra Havasi Balázs művész által. A beszerző álláspontja szerint egy akusztikus hangverseny magas színvonalú, a művészi értéket a maga eredeti mivoltában reprodukálni képes hangosítása a közbeszerzési jog szempontjából nem értelmezhető. A hangosító személye, művészi érzékenysége, hallása, a művésszel szembeni alázata és a produkciót legjobban kiszolgáló technika egy ilyen koncert esetében a közreműködő művészek teljesítményével egyenrangú jelentőségű. A beszerző álláspontja szerint ennek kiválasztása kizárólag művészeti szempontok alapján történhet.

Rögzítette továbbá, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatására vonatkozó kötelezettség megállapításához az alábbi konjunktív feltételek fennállása szükséges:

- az ajánlatkérőnek minősülés (személyi hatály)
- közbeszerzési tárgy beszerzése (tárgyi hatály)
- közbeszerzési értékhatárt elérő érték
- visszterhes szerződés megkötése.

9. Előadta, hogy közbeszerzési szabályzattal nem rendelkezik, mivel közbeszerzés alá eső beszerzést a működése során nem végzett, álláspontja szerint nem is volt köteles végezni.

10. Kérte a jogsértés hiányának megállapítását és az eljárás megszüntetését, tekintettel arra, hogy a fenti feltételek együttes fennállása vele szemben nem állapítható meg.

Észrevételéhez mellékelte a 2012. november 16-án, 2014. május 22-én és 2014. november 13-án kelt alapító okiratok, valamint a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett szerződések és az azokhoz tartozó számlák egyszerű másolatát.

A Döntőbizottság döntése

11. A Döntőbizottság a 2017. április 24-én kelt D.136/7/2017. számú határozatában (a továbbiakban: határozat) megállapította, hogy a beszerző megsértette a régi Kbt. 19. § (1) bekezdésére tekintettel a régi Kbt. 5. §-át.

A Döntőbizottság a beszerzővel szemben 3.000.000.-Ft, azaz hárommillió forint bírságot szabott ki.

A beszerző keresettel kérte a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróságtól (a továbbiakban: bíróság) a Döntőbizottság határozatának felülvizsgálatát.

A bíróság döntése

12. A bíróság 2017. október 26-án kelt 10.K.27.213/2017/28. számú ítéletében a Döntőbizottság határozatát hatályon kívül helyezte és a Döntőbizottságot új eljárásra és új határozat hozatalára kötelezte.

A bíróság ítélete szerint a Döntőbizottság lényeges jogszabálysértést követett el azzal, hogy úgy állapította meg a beszerző ajánlatkérői minőségét a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pont alapján, hogy az ismérv legmeghatározóbb elemét nem vizsgálta, arra nem tért ki. Ez olyan súlyos eljárási hiba, amely az érdemi döntésre kihatással volt, ezért határozat hatályon kívül helyezésének és a Döntőbizottság új eljárásra kötelezésének van helye.

A Döntőbizottság határozata ténylegesen nem tért ki a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pont körében a beszerző létrehozásának céljára, illetve a ténylegesen folytatott tevékenységére. A beszerző alapító okirata alapján a beszerző kifejezetten közérdekű célra jött létre, azonban, hogy a megjelölt közérdekű célok művelése esetleg kereskedelmi jellegű tevékenységnek minősülnek-e, ebben a körben már vizsgálni kellett volna – az uniós gyakorlat alapján is – a jogalany létrehozását motiváló, valamint a tevékenysége folytatásának körülményeit.

A vizsgálódás irányait maga az alapító okirat is determinálja. Ugyanis egyezően a Döntőbizottság állításával a társaság az alapító okirat szerint gazdasági-vállalkozási tevékenységet csak, közhasznú, illetve az alapító okiratban meghatározott alapcéljainak megvalósítását nem veszélyeztetve végezheti. A dokumentum TEÁOR számok szerint be is azonosítja a közhasznú tevékenységet segítő gazdasági-vállalkozási tevékenységet, azonban ezek egyikébe sem illeszthetők bele a társaság céljai között felsorolt tevékenységek, például önálló zenei rendezvények, de az ugyancsak TEÁOR alapján nevesített alapcél szerinti közhasznú tevékenységek, így például az előadó-művészet (főtevékenység) sem.

13. A Döntőbizottság határozata alapján a beszerző vitatta a közbeszerzési eljárás kötelező alkalmazásának további – konjunktív – feltételeit is.

A rendelkezésre álló iratokból a Döntőbizottság jogszerűen állapította meg, hogy a határozatban rögzített azon szerződések esetében, amelyeknél a szolgáltatás ellentételezése számla kiállításával és annak megfizetésével megtörtént, a visszterhesség fennáll. A becsatolt számlák mindegyikén megjelölésre került, hogy azok milyen szolgáltatás ellenértékéként kerültek kiállításra. Ebben a kérdésben – ellentétben a beszerző álláspontjával – nem a szerződés általános tartalma volt a mérvadó, hanem a szerződés azon pontjai, amelyek a szolgáltatást és annak ellenértékét meghatározták és amelyek teljesüléseként a számla kiállításra és megfizetésre került.

14. A közbeszerzés tárgya tekintetében a Döntőbizottság ugyancsak helyesen mutatott rá arra, hogy a beszerzőnek lehetősége lett volna közbeszerzési eljárás lefolytatására, ugyanis a régi Kbt. 94. § (2) bekezdés c) pont szerinti hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás abban az esetben alkalmazható, ha a szerződés kizárólagos jogok védelme miatt kizárólag egy meghatározott szervezettel, személlyel köthető meg.

15. A közbeszerzési értékhatár vonatkozásában – amennyiben a beszerző ajánlatkérőnek minősülne – a szerződések megkötése idején hatályos régi Kbt. 18. § (2) bekezdés alapján tisztázni, hogy a szerződések funkcionális megközelítésben egységes beszerzésnek minősülhetnek-e. Az Európai Bíróság gyakorlatában a beszerzés egységének megítéléséhez a gyakorlatban a műszaki, gazdasági funkcionális egység az irányadó szempont. Eszerint a műszaki, gazdasági funkcionális egység elsősorban abban érhető tetten, hogy a szolgáltatások egyetlen cél megvalósítását szolgálják és emellett tartalmilag is hasonlóak vagy funkciójuk betöltésére együttesen alkalmasak. Jelen esetben azt kell vizsgálni, hogy a reklámtevékenység, a rendezvényszervezés, illetőleg a technikai szolgáltatás nyújtása egyazon cél megvalósítását szolgálta-e és e cél szolgálatába állított funkciójuk betöltésére együttesen alkalmasak-e. Az együttes alkalmasság – a bíróság álláspontja szerint – jelen esetben azt jelenti, hogy a koncert sikeréhez ugyanúgy szükséges-e a rendezvény- és reklám-szervezés eredményessége, mint a technikai szolgáltatások.

16. Az új eljárásban a Döntőbizottságnak a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontjában foglalt valamennyi elemet vizsgálni kell annak eldöntéséhez, hogy a beszerző a régi Kbt. alapján ajánlatkérőnek minősül-e. Amennyiben az új eljárásban az alperes álláspontja szerint a beszerző ajánlatkérőnek minősül, úgy a kötelező közbeszerzési eljárás további konjunktív feltételeit is értékelni kell.

A beszerző új eljárásban tett észrevétele

17. A beszerző kérte a Döntőbizottságtól a jogsértés hiányának a megállapítását és a jogorvoslati eljárás megszüntetését. Előadta, hogy a jogorvoslati eljárásban, valamint a határozat felülvizsgálata és a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti egységes perben megtett észrevételeit és nyilatkozatait teljes terjedelmében fenntartja.

18. A beszerző fenntartotta arra vonatkozó álláspontját, amely szerint nem sértette meg a régi Kbt. 18. § (2) bekezdését. Hivatkozott az Európai Unió Bíróságának joggyakorlatára, amelynek értelmében nem a hasonló beszerzések becsült értékét kell egybeszámítani, hanem tilos részekre bontani az olyan beszerzéseket, amelyek egy egységes beszerzést képeznek. A beszerzés egységét a műszaki-gazdasági funkcionális egység léte határozza meg.

A beszerző álláspontja szerint ebből az következik, hogy nem önmagában az azonos cél, illetve önmagában a tartalmi hasonlóság a lényegi szempont, hanem hogy a különböző szolgáltatások külön-külön önálló funkció betöltésére alkalmasak-e. Ha több beszerzésnek a célja azonos, azonban tartalmilag nem hasonlóak, vagy hasonlóak ugyan, de funkcionálisan nem képeznek egységet, akkor nem beszélhetünk a beszerzés egységéről. A beszerzés egységének megállapításához tehát sem az azonos cél, sem önmagában a tartalmi hasonlóság nem döntő szempont, ugyanis a műszaki-gazdasági funkció léte bizonyítja a beszerzések egységét. A különböző szolgáltatások tekintetében azonos cél, illetve tartalmi hasonlóság a műszaki-gazdasági funkció létét erősítheti, de önmagában nem dönt a beszerzés egységét illetően. Ebből az következik, hogy nem kell egybeszámítani azokat a szolgáltatásokat, amelyek műszaki, gazdasági funkcionális egységet nem képeznek. A műszaki-gazdasági

funkció tekintetében pedig azt kell kiemelni, hogy nem az a döntő, hogy e téren a funkció azonos, hanem hogy e funkció tekintetében egységet képeznek-e, avagy funkcionális szempontból önálló léttel bírnak.

Álláspontja szerint a Döntőbizottság által vizsgált két szerződés esetében egyértelműen megállapítható a műszaki gazdasági funkció egységének hiánya.

19. A beszerző előadta, hogy fenntartja arra vonatkozó álláspontját, amely szerint az I. r. kérelmezettel kötött együttműködési szerződés semmi esetre sem minősülhet visszterhes szerződésnek, hiszen kizárólag az érintett produkcióval kapcsolatos feladatokat osztják meg a felek egymás között, és a jegyértékesítésből származó bevételekből való részesedést rendezik. Általános polgári jogi jogelv, hogy a szerződéseket azok tartalma alapján kell értelmezni, azt kell vizsgálni, hogy a felek szándéka mire vonatkozik, mire irányulnak felek jogai és kötelezettségei. A beszerző és az I. r. kérelmezett által kötött együttműködési megállapodás pontosan rögzíti, hogy az I. r. kérelmezett a "Havasi Symphonic Concert Show" megnevezésű előadás vagyoni jogainak kizárólagos tulajdonosa, ő rendelkezik a színpadra állításhoz szükséges know-how-val, a szakmai tudással és engedélyekkel.

A beszerző a felek szándéka arra irányult, hogy közösen létrehoznak egy művészeti előadást, amelyben mindenki ellátja a saját feladatát, az előadás árbevételéből pedig az ellátott feladatok alapján osztoznak.

A beszerző előadta, hogy a II. r. kérelmezettel 2015. október 16. napján kötötte meg a 2015. április 2. napján létrejött szolgáltatási szerződés kiegészítését. A szerződés tartalma szerint a II. r. kérelmező biztosítja 2015. december 4-én reggel 8 órától teljes készenléttel, a mellékletben felsorolt eszközök használatával, a koncert show technikai lebonyolításához szükséges teljes műszaki háttérrel. A szerződés 2. pontja szerint a II. r. kérelmezett a beszerző részére az I. pontban megjelölt szolgáltatás díjaként 41.650.000.-Ft+ÁFA díjat állapít meg. Ez a szerződés a marketing kampány lebonyolításától és az együttműködési szerződés tartalmától függetlenül egyedi szakértelmet igénylő hang-, fény- és színpadtechnikai feladatok teljesítését tartalmazta a szükséges eszközök biztosításával. A fentiekben kifejtett iránymutatás alapján egyértelműen kijelenthető, hogy ezen szerződés keretében szolgáltatások megrendeléséről van szó melyek az I. r. kötött szerződésektől eltérő területhez kötődhetnek, így tartalmilag semmiképpen sem képeznek egységet. A II. r. kérelmezővel kötött szerződés értéke nem érte el az akkor hatályos, a korábbi határozatban is rögzített uniós értékhatárt, a nyújtott szolgáltatás pedig a Kbt. 4. számú mellékletében meghatározott 92370000-5 és 92320000-0 CPV kód szerinti tevékenységeknek felelt meg, amelyre nem kellett közbeszerzési eljárást lebonyolítani a Kbt. 120. § c.) pontja alapján.

20. A beszerző a Kbt. alanyi hatálya alá tartozására vonatkozó kérdéskörben előadta, hogy a Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pont szerinti ajánlatkérői minőség megállapításának feltétele, az, hogy a jogképes szervezet létrehozása közérdekű, de nem ipari vagy kereskedelmi jellegű tevékenység folytatása céljából történjen, vagy ilyen tevékenységet lásson el, ha az a-d) pontban meghatározott szervezetek meghatározó befolyást gyakorolnak, vagy a működést finanszírozzák.

Előadta, hogy a Kbt. alanyi hatályára vonatkozó szabályozás elemzésekor fontos elhatárolni a közszolgáltatási tevékenységet, a közérdekű tevékenységet, valamint az ipari, kereskedelmi jellegű tevékenységet.

Az ipari, vagy kereskedelmi jelleg esetén ugyanis a tevékenység közérdekűsége, illetőleg az egyéb feltételek fennállása mellett sem állapítható meg a közjogi intézményi státusz. Az ipari, kereskedelmi jelleg fogalmát sem az irányelv, sem a Kbt. értelmező rendelkezései, illetőleg tételes szabályai nem határozzák meg, vonatkozásában nincs kifejezett normatív iránymutatás,

e tárgykörben a közösségi joganyagot lényegében az Európai Bíróság eseti döntései képezik. A tevékenység ipari vagy kereskedelmi jellegére vonatkozó utalás az általános közgazdasági fogalomhasználat szerint olyan gazdasági tevékenységet feltételez, amelynek eredményeként profit szerzés céljából piacképes termék előállítás történik, illetőleg olyan tevékenységet, amely termékek vagy szolgáltatások kereskedelmi forgalomban, versenyfeltételek mellett történő értékesítési célja által jellemezhető. Az Európai Bíróság joggyakorlata szerint az ipari, kereskedelmi jelleg a közjogi intézmények közérdekű célok megvalósítására vonatkozó rendeltetése tükrében, a konkrét eset összes ténybeli és jogi körülménye alapján ítéltető meg. E körben vizsgálni kell különösen a gazdasági környezetet, amelyben a szervezet a közérdekű tevékenységét végzi, a versenyfeltételek meglétét, az üzleti kockázatok önálló viselésének feltételét, mely feltételek összességében történő értékelése alapján állapítható meg a tevékenység ipari, vagy kereskedelmi jellege.

A beszerző rámutatott, hogy az alapító okirata alapján megállapítható, hogy alapítói közhasznú, de nem közérdekű tevékenység ellátására hozták létre. Álláspontja szerint az alapító okiratban meghatározott tevékenységei alkalmasak kereskedelmi jellegű tevékenységek folytatására, amelyeket harmadik személyek számára is szolgáltató. Az alapító okirat III/B. pontja egyértelműen kiemeli és meghatározza a gazdasági, vállalkozási feladatokat. A beszerző társaság piaci keretek között működik, profitorientált, üzleti kockázatokkal vállal. Olyan tevékenységeket végez, amely területén sok piaci cég vesz részt, ezek között a beszerző is. A fentiek alapján a beszerzőt elsődlegesen kereskedelmi tevékenység végzésére hozták létre és ilyen jellegű tevékenységet végez, így a Kbt. 6.§ (1) bekezdés c) pontja alapján nem minősül ajánlatkérőnek.

A beszerző álláspontja szerint nonprofit közhasznú gazdasági társaság elsődlegesen folytathat kereskedelmi tevékenységet. Az egyesülési jogról, a közhasznú jogállásról, valamint a civil szervezetek működéséről és támogatásáról szóló 2011. évi CLXXV. törvény (civil törvény) 2. § 20. pontja kimondja, hogy közhasznú tevékenység: minden olyan tevékenység, amely a létesítő okiratban megjelölt közfeladat teljesítését közvetlenül vagy közvetve szolgálja, ezzel hozzájárulva a társadalom és az egyén közös szükségleteinek kielégítéséhez. A nonprofit közhasznú gazdasági társaság tekintetében ugyanakkor semminemű előírás és korlátozás nincsen, hogy ehhez hogyan teremti meg a forrást, milyen tevékenységet folytathat. A korlát, amelyet a civil törvény 17. §-a ír elő, csak és kizárólag a civil szervezetekre vonatkozik, nonprofit közhasznú gazdasági társaságok esetében pont az ellenkezője valósul meg elsődlegesen gazdasági-vállalkozási tevékenység folytatására jönnek létre.

Ennek értelmében egyértelműen megállapítható, hogy a gazdasági társaság közhasznú tevékenységet folytathat ipari és kereskedelmi tevékenység ellátásával is. A közhasznú gazdasági társaság a közérdeket szolgálja a nyereségfelosztás tilalmát fenntartva, de ez megvalósulhat kereskedelmi tevékenység ellátásával is. A közhasznúsági nyilvántartásba vételnek csak egy feltétele van: gazdasági-vállalkozási tevékenységet csak közhasznú vagy a létesítő okiratban meghatározott alapcél szerinti tevékenység megvalósítását nem veszélyeztetve végezhet. Ez azonban egyáltalán nem zárja ki, hogy a közhasznú gazdasági társaság elsődlegesen kereskedelmi tevékenységet lásson el.

Előadta, hogy a beszerző országos ismertséggel bíró szimfonikus zenekar, kinek elsődleges feladata és célja a kultúra ápolása és közvetítése, melyek az alapító okiratban is nevesítve lettek. A beszerző gazdasági vállalkozási, illetve kereskedelmi tevékenységei is az alapcél megvalósítását szolgálják.

Hivatkozott arra, hogy Magyarországon 2007. július 1-től alapítható nonprofit gazdasági társaság. Ezekre a társaságokra a korábban a már hatályát veszített gazdasági társaságokról szóló, 2006. évi IV. törvény (Gt.) vonatkozott, jelenleg pedig a 2013. évi V. törvény (Ptk.) és a cégnyilvánosságról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról szóló 2006. évi V. törvény (Ctv.) 9/F. §. Nonprofit gazdasági társaság létrehozásának célja, hogy a társadalmi közös szükségletet alapvetően nem nyereségérdekelt módon szeretnék a tagok kielégíteni. A nonprofit gazdasági társaság létrehozásának nem feltétele, hogy feltétlenül a társadalmi közös szükséglet kielégítésére törekedjen. A nonprofit gazdasági társaság sajátos működéssel létrehozott olyan társaság, amely nem a tagjai jövedelemszerzésére irányul.

Hivatkozott az új Ptk. indokolásának a gazdasági társaságokra, valamint nonprofit társaságokra vonatkozó részeire. E körben hangsúlyozta, hogy a Ptk. indokolása kiemeli, hogy a gazdasági társaságok nem adományokból és támogatásokból kívánják elsődlegesen működésüket biztosítani, hanem üzletszerű, gazdasági tevékenységet folytatnak. Hivatkozott az eredmény kimutatásaira, amelyek igazolják, hogy a jelen eljárás tárgyát képező szerződések megkötésének időpontjában és azt megelőzően is kereskedelmi tevékenységéből szerezte bevételeinek többségét.

A II. r. kérelmezett új eljárásban tett észrevétele

21. A II. r. kérelmezett észrevételében a határozat felülvizsgálata és a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti egységes perben megtett észrevételeit és nyilatkozatait teljes terjedelmében fenntartotta.

Vitatta a beszerző régi Kbt. alanyi hatálya alá tartozását. Álláspontja szerint a beszerző folytathat és folytat is gazdasági-vállalkozási tevékenységet. Rámutatott arra, hogy az alapító okirat 2. oldalán, a társaság céljai között első helyen meghatározott önálló hangversenyek, zenei rendezvények szervezése, valamint az előadó művészet körében végzett tevékenysége – amely a beszerző főtevékenysége – elsősorban gazdasági-vállalkozási tevékenység.

Álláspontja szerint az, hogy a beszerző nonprofit jelleggel működik nem zárja ki azt, hogy az abban résztvevők ne törekednének a társaság nyereségessé tételére. A nonprofit jelleg ez esetben csak azt eredményezi, hogy az elért bevételt nem oszthatják fel egymás között.

A II. r. kérelmezett a beszerzés részekre bontása jogszerűségét – a beszerzés idején már hatálytalan régi Kbt. 18. § (2) bekezdését megjelölve – azzal kívánta indokolni, hogy a beszerzett szolgáltatások semmiben sem hasonlítanak egymásra és külön számokkal szerepelnek a CPV kódtárban. Hivatkozott továbbá arra, hogy a szolgáltatásokra vonatkozó beszerzési igény nem egy időben merült fel. Előadta, hogy a marketing kampány beszerzésére a koncert megrendezésének napját (2015. december 5.) jóval megelőzően, 2015. április 9-én került sor, míg a koncert technikai lebonyolítása tárgyban 2015. október 16. napján kötött szerződést a beszerző és a II. r. kérelmezett.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

22. A Döntőbizottság – a 2018. január 1-jétől hatályos általános közigazgatási rendtartásról szóló 2018. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) rendelkezéseire figyelemmel – rögzíti, hogy az Ákr. 2018. január 1. napján hatályba lépett rendelkezéseit a jogalkotó a hatálybalépést követően indult és megismételt eljárásokra rendelte alkalmazni, e szabályoktól való eltérést nem megengedve. Ezzel összhangban a 2017. évi CLXXXVI. törvény (a továbbiakban: Mód2.tv.) szerint a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) módosításai, így a Kbt. XXI. fejezetében szereplő jogorvoslati eljárásra

vonatkozó szabályai szintén 2018. január 1. napján léptek hatályba. Előzőekre figyelemmel a Döntőbizottságnak a 2018. január 1. napja után indult és a megismételt jogorvoslati eljárásokban az új eljárási szabályok szerint kell eljárnia, azzal, hogy a jogviták eldöntése során a közbeszerzési eljárás megkezdésének idején hatályban volt anyagi jogi szabályokat kell alkalmazni.

A Döntőbizottság a D.135/2017. iktatószámom indult „Reklámszolgáltatás 2015. évben – Symphonic Concert Management Kft.” tárgyú eljárást és a D.136/2017. iktatószámom indult „Rendezvényszervezés 2015. évben – LEON Szolgáltató Kft., Symphonic Concert Management Kft.” tárgyú eljárást 2017. április 18. napján kelt D.135/6/2017. számú végzésével egyesítette, mivel megállapította, hogy azok tárgyát képező szolgáltatások között gazdasági funkcionális egység áll fenn.

A Döntőbizottság nem fogadta el a beszerző arra vonatkozó előadását, amely szerint a részekre bontás jogszerű volt, tekintettel arra, hogy a beszerzett szolgáltatások külön-külön alkalmasak önálló funkció betöltésére.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy a beszerző és az I. r. kérelmezett 2015. április 3-án a 2015. december 5-én, 2 alkalommal bemutatandó HAVASI SYMPHONIC ARÉNA SHOW rendezvényszervezése tárgyban kötöttek visszterhes együttműködési szerződést. A szerződés preambulumban rögzítésre került, hogy a koncert színpadra állításához szükséges jogokkal, know-how-val az I. r. kérelmezett rendelkezik.

A felek az együttműködési szerződésben rögzítették a produkció megvalósításával kapcsolatos feladatokat, valamint azt, hogy a szerződésben részes feleket a bevétel hány százaléka illeti meg az elvégzett rendezvényszervezési tevékenységekért.

A beszerző és az I. r. kérelmezett között 2015. április 9-én létrejött együttműködési szerződés tárgya a 2015. december 5-én, 2 alkalommal bemutatandó HAVASI SYMPHONIC ARÉNA SHOW sikeressége érdekében lebonyolítandó, teljes körű marketing kampány volt.

A beszerző és a II. r. kérelmezett között 2015. április 2-án létrejött és 2015. október 16-án kiegészített szolgáltatási szerződés tárgya a 2015. december 5-én, 2 alkalommal bemutatandó HAVASI SYMPHONIC ARÉNA SHOW technikai lebonyolítása volt. A II. r. kérelmezett vállalta a hang- és fénytechnika, a színpadrendszer és a vetítéstechnika biztosítását.

A Döntőbizottság nem fogadta el a beszerző arra történő hivatkozását, hogy a vizsgált szerződések tárgyát képező szolgáltatások eltérő szakterülethez tartoznak, így azok értékét nem kellett egybeszámítani a koncert becsült értékének a meghatározása során.

A beszerző 2017. április 10-én kelt észrevételében maga is úgy nyilatkozott, hogy a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt szerződések olyan együttműködési megállapodásokat takarnak, amelyek kizárólag és kifejezetten egy adott művész (Havasi Balázs) által létrehozható egyedi művészeti érték megvalósítására (koncert technikai lebonyolítása) vonatkoztak. A kulturális iparágban ezen tevékenységgel szükségképpen együtt járó, más tevékenységek (marketing és jegyeladás) szintén az adott művésszel kizárólagosan együtt dolgozó olyan cégek, hogy csak rajtuk keresztül, illetve közreműködésükkel valósítható meg bármely művészeti produkció.

A beszerző fenti észrevételében előadottak alapján a koncert technikai lebonyolításával kapcsolatos szolgáltatás (amely magában foglalta a hangtechnika, a fénytechnika, a vetítéstechnika, továbbá különböző technikai eszközök, valamint a kiegészítő zenekari dobogó biztosítását) és a koncerthez kapcsolódó marketing szolgáltatás beszerzése szükségképpen együtt jár, a koncert sikeres megvalósítása nem lehetséges a fenti szolgáltatások egyikének hiányában sem.

A régi Kbt.18. §-ában szereplő egybeszámítási szabályokat 2013. július 1-jén módosította a 2013. évi CXVI. törvény, melynek következtében a szabályozás már nem egybeszámítási kötelezettségről rendelkezik, hanem a részekre bontás tilalmáról.

A 2013 júliusa óta hatályos szabályozás szerint (az uniós bírósági joggyakorlattal összhangban) az ajánlatkérő szervezeteknek nem a hasonló jellegű beszerzéseket kell egymással egybe számítani, hanem tilos részekre bontani olyan beszerzéseket, melyek egységes beszerzésnek minősülnek. Tehát a részekre bontás tilalmát rögzítő új szabályozás szerint több szolgáltatás megrendelés abban az esetben képez egységet, ha azokat egy közös cél megvalósítása kapcsolja össze, illetve egy projekt keretén belül kerülnek megvalósításra. Ennek megállapításához elsődlegesen azt szükséges vizsgálni, hogy a közös cél szempontjából fennáll-e műszaki, illetve gazdasági funkcionális egység a szolgáltatások között.

Az uniós, valamint a nemzeti joggyakorlat az egy projekt funkcionális megközelítést alkalmazza, mely szerint az egynek minősülő szolgáltatás kérdését azok eredményének gazdasági, műszaki funkciójához képest kell mérlegelni. Eszerint egy beszerzésnek minősülnek az egy projekt teljesítésére szolgáló szerződések.

A Döntőbizottság rámutat, hogy ha a jogalkalmazók a II. r. kérelmezett előadásában megjelenő szűkítő értelmezés szerint járnának el a becsült érték meghatározása körében, úgy a Kbt. alkalmazására csekély mértékben kerülne sor a beszerzések megvalósítása során.

Kétséget kizáróan megállapítható, hogy a koncert sikeres lebonyolításához mindhárom szolgáltatás beszerzése szükséges volt, az egyes szolgáltatások önmagukban nem elegendők ahhoz, hogy a közös cél, maga a koncert megvalósuljon. Tehát azokat a szolgáltatás megrendeléseket, amelyek a koncert megvalósításához szükségesek – a funkcionális megközelítésnek megfelelően – egységes beszerzésnek kell tekinteni, ezért felperes jogsértő módon bontotta részekre a szolgáltatás megrendeléseket a becsült érték meghatározása során. A koncert sikeres lebonyolításához szükséges szolgáltatás megrendelések részekre bontva, több szerződés útján valósultak meg, ezért felperesnek a becsült érték meghatározásához az összes rész értékét figyelembe kellett volna vennie.

Téves a II. kérelmezett azon jogi álláspontja, amely szerint a részekre bontás alapját az egyes beszerzések hasonlósága képezi. A Kbt. részekre bontás tilalmát rögzítő 18. §-a nem rendelkezik erről.

A 2013 júliust megelőző szabályozás rendelkezett a hasonló szolgáltatások vonatkozásában fennálló egybeszámítási kötelezettségről, azonban a hasonlóságot ekkor is az egyazon célra irányultság szempontjából kellett vizsgálni és nem a II. r. kérelmezett részéről hivatkozott CPV kódok alapján.

Amennyiben az egybeszámítás vagy a részekre bontás alapját az képezné, hogy hasonló CPV kóddal rendelkező szolgáltatásokat kell egy beszerzésnek tekinteni, az a Kbt. túlzottan szűkítő értelmezését és a közbeszerzési szabályozás kiüresedését eredményezné.

A Döntőbizottság megjegyzi, hogy sem az uniós irányelv sem a nemzeti közbeszerzési szabályok nem tartalmazzak arra vonatkozó rendelkezést, hogy a részekre bontás vagy a régi egybeszámítási szabályok alkalmazása a CPV kódokhoz kötötten történik.

A II. r. kérelmezett hivatkozott továbbá arra, hogy a beszerzési igény nem egy időben merült fel felperes részéről, így a beszerzés részekre bontása jogszerű volt.

A Döntőbizottság e körben rámutat arra, hogy felperes 2015. április 9. napján írta alá a marketing kampány beszerzésére vonatkozó szerződést, 2015. április 3-án a rendezvényszervezés szolgáltatás beszerzésére irányuló szerződést, a 2015. október 16-án aláírt hangtechnikai szolgáltatás beszerzésére irányuló szerződés a felperes és a felperesi beavatkozó között 2015. április 2-án megkötött szolgáltatási szerződés kiegészítése volt.

A 2013 júliusától hatályos szabályozás megváltoztatta a korábbi, egy éves tervezési időszakon alapuló egybeszámítási megközelítést is, eszerint szolgáltatás megrendelése estében már nem szükséges egyidejűség fennállása, sem a szoros időbeli összefüggés. A beszerzések idején hatályos részekre bontás tilalmát rögzítő uniós és nemzeti közbeszerzési szabályokban sem szerepel az „egy időben merül fel” kifejezés.

A Döntőbizottság rámutat továbbá arra, hogy a beszerző a beszerzési igénye felmerülésekor – tekintettel arra is, hogy nem először rendezett ilyen jellegű koncertet – tisztában volt azzal, hogy a rendezvény lebonyolításához a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével beszerzett valamennyi szolgáltatásra szüksége lesz. A Döntőbizottság álláspontja szerint fenti indokok mentén megállapítható az is, hogy a szerződések megkötésére azonos jogalap szolgált.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy több szolgáltatás megrendelés abban az esetben képez egységet, ha azokat egy közös cél megvalósítása kapcsolja össze, illetve egy projekt keretén belül kerülnek megvalósításra. Ennek megállapításához elsődlegesen azt szükséges vizsgálni, hogy a közös cél szempontjából fennáll-e műszaki, gazdasági funkcionális egység a szolgáltatások között.

A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt szolgáltatás megrendelések vonatkozásában megállapította, hogy azokat egy projekt keretén belül, egy közös cél (koncert lebonyolítása) megvalósítása érdekében szerezte be felperes, az egyes szolgáltatások önmagukban nem alkalmasak arra, hogy közös céljukat megvalósítsák, így azok gazdasági funkcionális egysége megállapítható.

A vizsgált szolgáltatások között szoros összefüggés áll fenn, tekintettel arra, hogy ugyanazon közös cél megvalósítását szolgálták, így vonatkozásukban megállapítható, hogy a beszerző azok beszerzést egységesen tervezte és azok beszerzéséről egységesen döntött, tekintettel arra, hogy a koncert megvalósítása, sikeres lebonyolítása érdekében került beszerzésre valamennyi vizsgált szolgáltatás.

Összegezve: azokat a szolgáltatás megrendeléseket, amelyek a koncert megvalósításához szükségesek egy beszerzésnek kell tekinteni, ezért a beszerző jogsértő módon bontotta részekre a szolgáltatás megrendeléseket a becsült érték meghatározása során. A koncert megvalósításának becsült értékebe a hangtechnika, a fénytechnika, a vetítéstechnika, továbbá különböző technikai eszközök biztosítása éppúgy beleszámít, mint a rendezvényszervezés, illetve a marketing szolgáltatás. A koncert sikeres lebonyolításához szükséges szolgáltatás megrendelések azonban részekre bontva, több szerződés útján valósultak meg, ezért a beszerzőnek a koncert megvalósításához szükséges rendezvényszervezés, a technikai jellegű, valamint marketing szolgáltatás – tehát az összes rész – értékét figyelembe kellett volna vennie a becsült érték meghatározása során.

23. A Döntőbizottság a fenti indokokra tekintettel egyesítette a D.135/2017. iktatószámra indult „Reklámszolgáltatás 2015. évben – Symphonic Concert Management Kft.” tárgyú eljárást és a D.136/2017. iktatószámra indult „Rendezvényszervezés 2015. évben – LEON Szolgáltató Kft., Symphonic Concert Management Kft.” tárgyú eljárást tárgyú eljárásokat.

24. A Döntőbizottságnak a hivatalbóli kezdeményezés keretei között eljárva az alábbi három kezdeményezési elem vonatkozásában kellett döntést hoznia.

1. a beszerző megsértette-e a régi Kbt. 5. §-át azzal, hogy közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül szerezte be a technikai, valamint a marketing szolgáltatást a budapesti Papp László Sportarénában 2012. december 9-én megtartott HAVASI SYMPHONIC CONCERT SHOW zenés előadáshoz,

2. a beszerző megsértette-e a régi Kbt. 21. § (1) bekezdését azzal, hogy nem értesítette a Közbeszerzési Hatóságot a régi Kbt. hatálya alá tartozásáról,

3. a beszerző megsértette-e a régi Kbt. 22. § (1) bekezdését azzal, hogy elmulasztotta teljesíteni a közbeszerzési szabályzat elkészítésére vonatkozó kötelezettségét.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kezdeményezésben megjelölt, a régi Kbt. 21. § (1) bekezdésének, valamint a régi Kbt. 22. § (1) bekezdésének megsértésére vonatkozó további jogsértések már más jogorvoslati eljárásban elbírálásra kerültek.

25. A Döntőbizottság az 1. kezdeményezési elemmel kapcsolatban megvizsgálta a régi Kbt. közbeszerzési eljárás mellőzése körében irányadó jogszabályi rendelkezéseit és megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményezés az 1. kezdeményezési elem vonatkozásában megalapozott, az alábbi indokra tekintettel.

A régi Kbt. 5. §-a alapján közbeszerzési eljárást az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek visszerthes szerződés megkötése céljából kötelesek lefolytatni megadott tárgyú és értékű beszerzések megvalósítása érdekében.

Következésképpen a közbeszerzési eljárás kötelező alkalmazásának négy konjunktív feltétele van: 1. ajánlatkérőként meghatározott szervezetek folytatják le, 2. visszerthes szerződés megkötése céljából, 3. megadott tárgyú beszerzés megvalósítása érdekében, 4. megadott értékű beszerzés megvalósítása érdekében.

Ezen konjunktív feltételek közül, bármely feltétel nem teljesülése megdönti a közbeszerzési eljárás alkalmazásának kötelezettségét, emiatt a Döntőbizottság az egyes feltételek meglétét külön-külön vizsgálta.

26. A Döntőbizottság elsőként azt vizsgálta, hogy a beszerző a régi Kbt. 6. §-a alapján ajánlatkérőnek minősül-e.

A régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontja szerint a Kbt. alkalmazásában ajánlatkérő az a jogképes szervezet, amelyet közérdekű, de nem ipari vagy kereskedelmi jellegű tevékenység folytatása céljából hoznak létre, vagy amely ilyen tevékenységet lát el, ha az a)-d) pontokban meghatározott egy vagy több szervezet, az Országgyűlés vagy a Kormány külön-külön vagy együttesen, közvetlenül vagy közvetetten meghatározó befolyást képes felette gyakorolni vagy működését többségi részben egy vagy több ilyen szervezet (testület) finanszírozza.

A régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontja a közjogi szervezet ismérveit – a közösségi irányelvekkel összhangban – az alábbi három együttes feltétellel határozza meg:

1. jogképeség,
2. közérdekű, de nem ipari vagy kereskedelmi jellegű tevékenység folytatása céljából való létrehozás, vagy ilyen tevékenység ellátása,
3. államtól/önkormányzattól függés a döntések vagy a finanszírozás tekintetében.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy a régi Kbt. rendelkezései alapján a közjogi szervezetként minősülés kérdésben kizárólag a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontjában szereplő feltételek vizsgálандók.

Az Európai Parlament és a Tanács az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló 2004/18/EK irányelve (a továbbiakban: irányelv) 1. cikk (9) bekezdése szerint:

Ajánlatkérő szerv: az állam, a területi vagy a települési önkormányzat, a közjogi intézmény, továbbá az egy vagy több ilyen szerv, illetve közjogi intézmény által létrehozott társulás;

Közjogi intézmény minden olyan intézmény

a) amely kifejezetten olyan közérdekű célra jött létre, amely nem ipari vagy kereskedelmi jellegű;

b) amely jogi személyiséggel rendelkezik; valamint

c) amelyet többségi részben az állam, vagy a területi vagy a települési önkormányzat, vagy egyéb közjogi intézmény finanszíroz; vagy amelynek irányítása ezen intézmények felügyelete alatt áll; vagy amelynek olyan ügyvezető, döntéshozó vagy felügyelő testülete van, amely tagjainak többségét az állam, a területi vagy a települési önkormányzat, vagy egyéb közjogi intézmény nevezi ki.

27. A Döntőbizottság a közjogi szervezetként minősüléshez szükséges első feltétellel kapcsolatban rögzíti, hogy megvizsgálta a beszerző társasági szerződésében foglaltakat és megállapította, hogy a beszerző közhasznú nonprofit korlátolt felelősségű társaság.

A vizsgált beszerzések megvalósítása idején hatályos Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) Harmadik Könyve az alábbi releváns rendelkezéseket tartalmazza.

3:1. § [A jogi személy jogképesége]

(1) A jogi személy jogképes: jogai és kötelezettségei lehetnek.

3:88. § [A gazdasági társaság fogalma]

(1) A gazdasági társaságok üzletszerű közös gazdasági tevékenység folytatására, a tagok vagyoni hozzájárulásával létrehozott, jogi személyiséggel rendelkező vállalkozások, amelyekben a tagok a nyereségből közösen részesednek, és a veszteséget közösen viselik.

3:159. § [A korlátolt felelősségű társaság fogalma]

A korlátolt felelősségű társaság (kft.) olyan gazdasági társaság, amely előre meghatározott összegű törzsbetétekből álló törzstőkével alakul, és amelynél a tag kötelezettsége a társasággal szemben törzsbetéteinek szolgáltatására és a társasági szerződésben megállapított egyéb vagyoni értékű szolgáltatásra terjed ki. A társaság kötelezettségeiért - ha e törvény eltérően nem rendelkezik - a tag nem köteles helytállni.

A fenti jogszabályi rendelkezések alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a beszerzővel szemben fennáll a Kbt. szerinti közjogi szervezetként minősüléshez szükséges első feltétel. A beszerző jogképes.

28. A Döntőbizottság a második feltétellel kapcsolatban rámutat, hogy a közjogi szervezetek ajánlatkérőnek minősítésével az uniós és a nemzeti jogalkotó a közbeszerzési szabályozás hatálya alá vonta azokat a szervezeteket, melyek nem képezik az állam részét, de mégis közfeladatokat látnak el és szorosan függenek az államtól (az önkormányzati vállalkozások tipikusan ebbe a körbe tartoznak). E szervezetek vonatkozásában valószínűsíthetően fennáll annak a veszélye, hogy beszerzéseik megvalósítása során nem a verseny tisztaságát, hanem egyéb szempontokat vesznek figyelembe és ezért diszkriminatív, valamint a gazdasági versenyre nézve hátrányos döntéseket hoznak, esetleg mellőzik a közbeszerzési eljárás lefolytatását. A közjogi szervezet fogalmának tág értelmezésére, valamint funkcionális megközelítésére vonatkozó követelmény célja az ilyen szervezetek közbeszerzési szabályozás hatálya alá vonása, ezáltal a közbeszerzések verseny előtti szélesebb megnyitása és az átláthatóság növelése a közpénzek felhasználása során.

A Döntőbizottság nem fogadta el a beszerző, valamint a II. r. kérelmezett arra történő hivatkozását, hogy a beszerző elsődlegesen kereskedelmi tevékenységet lát el, továbbá, hogy vonatkozásában a közérdekű jelleg nem állapítható meg, mivel folytathat és folytat is gazdasági-vállalkozási tevékenységet.

A régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontja a közjogi szervezetként minősüléshez szükséges második feltétel körében rögzíti, hogy a jogképes szervezetet vagy közérdekű tevékenység folytatása céljából hozza létre az alapító vagy ilyen tevékenységet lát el.

A Döntőbizottság rámutat, hogy a releváns jogszabályi rendelkezések, valamint a kapcsolódó joggyakorlat szerint a közérdekűség fennállásának vizsgálata szempontjából nincs jelentősége annak, hogy a közjogi szervezet a közérdekű tevékenységén kívül egyéb tevékenységet is végez. Amennyiben egy ajánlatkérő szervezet a működése során gazdasági, vállalkozási tevékenységet végez, illetve profitot termel, azonban működésének elsődleges célja a közérdek szolgálata, abban az esetben közjogi szervezetnek minősül, hiszen az elsődleges cél a közérdekű tevékenység ellátása és nem az üzleti eredményesség. A közjogi szervezet a közérdekű tevékenység mellett végezhet más, nem közérdekű cél megvalósítására irányuló tevékenységet is, de a közjogi szervezetként minősülés szempontjából az adott szervezet létrehozásának a célját, vagy a részéről ellátott tevékenység jellegét szükséges vizsgálni a funkcionális megközelítés és a tág értelmezés követelményének megfelelően.

Az Európai Bíróság a C-360/96. sz. ügyben megállapította, hogy a „nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladat meglétét, illetve hiányát objektív módon kell megítélni, e tekintetben közömbös az ilyen feladatokat megjelenítő rendelkezések jogi formája”. A bíróság ezen ítéletben részletesen megindokolt jogértelmezése szerint a „közjogi intézményi minőség nem függ a nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladatoknak a kérdéses szervezet tevékenységein belüli arányától. Az is közömbös, hogy egy, a közjogi intézménnyel azonos csoportba, vagy „konzernbe” tartozó önálló jogi személy üzletszerű tevékenységet folytat.

A Döntőbizottság e körben megjegyzi, hogy ezen bírósági gyakorlat a 2015. november 1-jétől hatályos Kbt. (2015. évi CXLI. törvény) közjogi szervezet-fogalomra vonatkozó 5. § (1) bekezdés e) pontjába beépítésre került azzal a feltétel-résszel, hogy „amely bármilyen mértékben ilyen tevékenységet lát el”.

A Döntőbizottság a fentiek mellett rámutat a Legfelsőbb Bíróság Közigazgatási Kollégiumának KK 2. számú állásfoglalására, melyben szerepel, hogy „közérdekűnek minősül a cél elsősorban akkor, ha az a társadalom vagy egy szélesebb közösség érdekét szolgálja. A közérdekűség fogalmát azonban nem lehet csupán az érintett személyek száma alapján megítélni. A fogalmi elem megítélése kapcsán is hangsúlyozni kell annak uniós jogi jellegét, a funkcionális megközelítés elvét, azaz a tagállami értelmezés, akár tagállami jogszabályi rendelkezések bár jelezhetik a közérdekű célra irányultság megvalósulását, de nem írhatják felül az európai uniós joggyakorlat szerinti értelmezést.”

Tehát a közjogi szervezetként minősülés szempontjából kizárólag azt szükséges vizsgálni, hogy az adott intézmény létrehozásának célja közérdekű feladat ellátása, közérdekű tevékenység folytatása volt-e vagy működése során ellát-e ilyen tevékenységet.

A Döntőbizottság nem fogadta el a beszerző arra vonatkozó előadását, amely szerint a beszerzőt az alapító közhasznú, de nem közérdekű tevékenység ellátása céljából hozta létre.

A Döntőbizottság – az alább hivatkozott jogszabályi rendelkezésekre figyelemmel – rámutat arra, hogy közfeladat az a közérdekű tevékenység, amelyet adott szervezet a közjó érdekében a lakosság, a társadalom egésze vagy meghatározott csoportja részére végez, míg a közhasznú tevékenység egy adott szervezet alapcélja szerinti közfeladat ellátását jelenti. A fentiek alapján a közhasznú tevékenység a közérdekű tevékenységek körén belül csupán egy szűkebb kategóriát jelöl, a két fogalom korántsem zárja ki egymást. Közérdekű tevékenységet nem csak közhasznú szervezetek láthatnak el, így a jogalkotó a Kbt. alanyi hatályának meghatározása során a fenti fogalmak közül, logikusan a tágabban értelmezhető közérdekűség fogalmat használja, hiszen, ha csak a közhasznú jellegre utalna, azzal jelentősen szűkítené a Kbt. alanyi hatálya alá tartozó gazdasági szereplők körét, szűkítve, korlátozva ezzel a közbeszerzések verseny előtti megnyitását és a transzparencia követelményét.

Jelen esetben kétséget kizáróan megállapítható, hogy a beszerzőt közérdekű tevékenység ellátása céljából hozta létre az alapító.

Az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV törvény 3/A. § (1) bekezdése szerint közfeladat a jogszabályban meghatározott állami vagy önkormányzati feladat.

Magyarország helyi önkormányzatairól szóló 2011. évi CLXXXIX. törvény 13. § (1) bekezdése szerint a helyi közügyek, valamint a helyben biztosítható közfeladatok körében ellátandó helyi önkormányzati feladatok különösen:

7. kulturális szolgáltatás, különösen a nyilvános könyvtári ellátás biztosítása; filmszínház, előadó-művészeti szervezet támogatása, a kulturális örökség helyi védelme; a helyi közművelődési tevékenység támogatása;

Az egyesülési jogról, a közhasznú jogállásról, valamint a civil szervezet működéséről és támogatásáról szóló 2011. évi CLXXV. törvény (a továbbiakban: Civil tv.) 2. § szerinti értelmező rendelkezések 20. pontjában szerepel a közhasznú tevékenység fogalmának meghatározása:

20. közhasznú tevékenység: minden olyan tevékenység, amely a létesítő okiratban megjelölt közfeladat teljesítését közvetlenül vagy közvetve szolgálja, ezzel hozzájárulva a társadalom és az egyén közös szükségleteinek kielégítéséhez.

A beszerző alapító okiratának III. a társaság tevékenysége pontban az alábbiakat rögzítette az alapító.

1/A. A társaság alapcél szerinti közhasznú tevékenysége:

A társaság a 2011. évi CLXXV. tv. 2. § 20. pontnak megfelelő közhasznú tevékenységeket végzi. A társaság közhasznú tevékenységei a Magyarország helyi önkormányzatairól szóló 2011. évi CLXXXIX. törvény 13. § (1) bek. 7. pontjában meghatározott alábbi közfeladatokat közvetlenül szolgálják:

kulturális szolgáltatás, különösen a nyilvános könyvtári ellátás biztosítása; filmszínház, előadó-művészeti szervezet támogatása, a kulturális örökség helyi védelme; a helyi közművelődési tevékenység támogatása.

A beszerző kulturális szolgáltatás biztosításával, valamint neveléssel és oktatással, képességfejlesztéssel, ismeretterjesztéssel kapcsolatos elsődleges célja nem vitathatóan közérdekű tevékenység, ezért a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontja szerinti közérdekű tevékenységet ellátó szervezetnek minősül, különös tekintettel az Európai Bíróság azon joggyakorlatára, amely szerint a közjogi intézményi minőség nem függ a közfeladatoknak a kérdéses szervezet tevékenységein belüli arányától (C-360/96).

A Döntőbizottság álláspontja szerint a beszerző alapcél szerinti kulturális szolgáltatással kapcsolatos közérdekű tevékenysége nem ipari vagy kereskedelmi jellegű.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a beszerző alapító okiratának III.A) pontja szerint a beszerző alapcél szerinti közhasznú tevékenysége nevelés és oktatás, képességfejlesztés, ismeretterjesztés, valamint kulturális tevékenység, amelyek a TEÁOR '08 szerint az alábbiak.

Kulturális tevékenység

9001 Előadó-művészet

9002 Előadó-művészetet kiegészítő tevékenység

9003 Alkotóművészet

9329 M.n.s. egyéb szórakoztatás, szabadidős tevékenység

Nevelés és oktatás, képességfejlesztés, ismeretterjesztés

8532 Szakmai középfokú oktatás

8551 Sport, szabadidős képzés

8552 Kulturális képzés

8559 M.n.s. egyéb oktatás

A Döntőbizottság rögzíti, hogy a TEÁOR kódjai között a 900-as számmal ellátott alkotó-, művészeti, szórakoztató tevékenységek, a 932-es számmal ellátott egyéb szórakoztatás, szabadidős tevékenységek, a 853-as számmal ellátott középfokú oktatás, valamint a 855-ös számmal ellátott egyéb oktatás alapcél szerinti közhasznú tevékenységek az egyes ipari és kereskedelmi tevékenységektől egyértelműen elkülönítetten szerepelnek.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a kulturális tevékenységgel, valamint a neveléssel, oktatással, képességfejlesztéssel, ismeretterjesztéssel kapcsolatos tevékenységek nem minősülnek ipari vagy kereskedelmi tevékenységnek, még akkor sem, ha a beszerzőnek, mint gazdálkodó szervezetnek viselnie kell a működéséből eredő piaci kockázatokat.

A Döntőbizottság – a beszerző alapító okiratának alább megjelölt rendelkezéseire figyelemmel – rögzíti, hogy a beszerző gazdasági kockázatot csak annyiban vállalhat, amennyiben azzal nem veszélyezteti az alapcél szerinti tevékenységét. Ez is azt támasztja alá, hogy a beszerző elsődlegesen közérdekű tevékenység végzésére létrejött szervezet, működése közérdekű szükséglet kielégítésére irányul, a gazdasági-vállalkozási tevékenység csak kiegészítő jellegű és az alapcél szerinti közhasznú tevékenység megvalósulását nem veszélyeztetheti.

Az alapító okirat III/B) pontja szerint a beszerző gazdasági-vállalkozási tevékenységet csak közhasznú vagy a jelen alapító okiratban meghatározott alapcéljainak megvalósítását nem veszélyeztetve végzi.

A gazdálkodása során elért eredményét nem osztja fel, azt a jelen alapító okiratban meghatározott közhasznú tevékenységére fordítja.

Az alapító okirat 14. oldalán szerepelnek a beszerző gazdálkodására vonatkozó általános szabályok az alábbiak szerint.

A társaság gazdálkodása során elért eredményét nem osztja fel, azt jelen alapító okirat III. pontjában meghatározott közhasznú tevékenységére fordítja.

A társaság jelen alapító okiratban meghatározott cél megvalósítása érdekében vagyoniával önállóan gazdálkodik, elsődlegesen gazdasági-vállalkozási tevékenység folytatására nem alapítható és elsődlegesen gazdasági-vállalkozási tevékenységet nem folytat.

Az alapító okirat 16. oldalán szerepel, hogy ha valamely évre vonatkozóan megállapítható, hogy a társaság, mint civil szervezet elsődlegesen gazdasági-vállalkozási tevékenységű szervezetnek minősült, az adóhatóság a társasággal, mint civil szervezettel szemben törvényességi ellenőrzési eljárást kezdeményez.

29. A Döntőbizottság a közjogi szervezatként minősüléshez szükséges második feltétel kapcsán rögzíti, hogy a társasági szerződésben foglaltak alapján megállapítható, hogy a beszerzőt közérdekű, és nem ipari vagy kereskedelmi jellegű tevékenység folytatása céljából létesítették, az alapcél szerinti közhasznú tevékenységét a társasági szerződés III/A. pontjában felsorolt közfeladatokhoz kapcsolódóan végzi.

30. A közjogi szervezatként minősüléshez szükséges harmadik – vagylagos – feltétel kapcsán a Döntőbizottság rámutat, hogy a régi Kbt. 4. § 16. pontja az értelmező rendelkezések körében az alábbiak szerint rögzíti, hogyan szükséges értelmezni a meghatározó befolyás kifejezést a régi Kbt. alkalmazásában.

16. *meghatározó befolyást* képes gyakorolni az a szervezet, amely az alábbi feltételek közül legalább eggyel rendelkezik egy másik szervezet tekintetében:

- a) a tagok (részvényesek) szavazatának többségével társasági vagy tagsági részesedése alapján egyedül rendelkezik,
- b) más tagokkal (részvényesekkel) kötött megállapodás alapján vagy más módon a szavazatok többségével egyedül rendelkezik,
- c) jogosult arra, hogy a vezető tisztségviselők (döntéshozók, ügyvezetők) vagy a felügyelőbizottság (felügyeleti, ellenőrző szerv, testület) tagjainak többségét megválassza (kijelölje) vagy visszahívja;

A Döntőbizottság nem fogadta el a beszerző hivatkozását arra vonatkozóan, hogy azért nem tartozik a Kbt. személyi hatálya alá, mivel működését a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett 2015. évben nem finanszírozta többségi részben a Kbt.-ben megjelölt egy vagy több szervezet.

A régi Kbt. 4. § 16. pontjában meghatározott feltételek közül elegendő egynek a teljesülése ahhoz, hogy egy adott szervezet meghatározó befolyása megállapítható legyen egy másik szervezet vonatkozásában.

A Döntőbizottság megvizsgálta a beszerző – hivatalbóli kezdeményezéssel érintett beszerzései idején hatályos – alapító okiratában foglaltakat és megállapította, hogy Budafok Tétény XXII. kerület Önkormányzata a beszerző egyedüli tagja és alapítója.

Az alapító okirat VII.1. pontja szerint a legfőbb szerv hatáskörét és jogait az alapító gyakorolja.

Az alapító okirat VII.1.2. pontja szerint az alapító kizárólagos hatáskörei:

c) – az ügyvezető megválasztása, visszahívása és díjazásának megállapítása,

d) – a felügyelő bizottság tagjainak megválasztása, visszahívása, díjazásának megállapítása.

A fentiek alapján megállapítható, hogy Budafok Tétény XXII. kerület Önkormányzata, mely a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés b) pontja szerinti szervezet, a régi Kbt. 4. § 16. pont c) alpontja alapján meghatározó befolyást képes gyakorolni beszerző felett.

31. A Döntőbizottság a rendelkezésére álló iratok, a beszerző nyilatkozata, valamint a vonatkozó jogszabályi rendelkezések vizsgálata alapján megállapította, hogy a beszerző a régi Kbt. 6. § (1) bekezdés c) pontja szerinti ajánlatkérőnek minősül, tehát a régi Kbt. személyi hatálya alá tartozik.

32. A Döntőbizottság másodikként azt vizsgálta, hogy a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett beszerzések vonatkozásában a visszerhesség megállapítható-e.

A beszerző 2017. április 10. napján kelt észrevételéhez mellékelte a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett beszerzésekhez kapcsolódóan megkötött szerződéseket, valamint az azokhoz tartozó számlákat.

A beszerző és az I. r. kérelmezett a 2015. április 3-án létrejött együttműködési szerződésben rögzítették, hogy a 2015. december 5-én megrendezésre kerülő koncert sikeres lebonyolítása céljából mely feladatok ellátásra kötelesek a szerződés alapján és e feladatok ellátásáért milyen mértékű díj illeti meg a feleket. A szerződés tartalma, illetve a szerződéshez mellékelte számlák alapján egyértelműen megállapítható, hogy a beszerző nettó 35.745.299.-Ft-ot fizetett meg az I. r. kérelmezett részére a szerződésben foglalt feladatok ellátásáért. A fentiek alapján egyértelműen megállapítható, hogy a vizsgált szerződés visszerhesnek minősül.

A beszerző és az I. r. kérelmezett között 2015. április 9-én létrejött „együttműködési reklám szerződés” tárgya egy teljes körű marketing kampány beszerzése, amelynek lebonyolításával az I. r. kérelmezettet bízta meg a beszerző. A szerződés 3.3. pontjában rögzítették a felek a marketing kampány legfontosabb elemeit, a 3.4. pontban a marketing kampány ellenértékét, a 3.5. pontban az ellenérték részekben történő megfizetését és annak határnapjait. A szerződés tartalma, illetve a szerződéshez mellékelte számlák alapján egyértelműen megállapítható, hogy a vizsgált szerződés visszerhesnek minősül.

A beszerző és a II. r. kérelmezett 2015. október 16-án egészítette ki a köztük 2015. április 2-án létrejött szolgáltatási szerződést. A szerződéshez fűzött kiegészítés 1. pontjában került rögzítésre, hogy a II. r. kérelmezett biztosítja a 2015. december 5-én megrendezésre kerülő koncert technikai lebonyolításához szükséges technikai háttérrel.

A szerződés 2. pontjában került rögzítésre, hogy a beszerző a II. r. kérelmezett részére az 1. pontban megjelölt szolgáltatás díjaként nettó 41.650.000.-Ft ellenértéket fizet meg. A szerződés tartalma, illetve a szerződéshez mellékelte számlák alapján egyértelműen megállapítható, hogy a vizsgált szerződés visszerhesnek minősül.

33. A Döntőbizottság fentiekre tekintettel megállapította, hogy a beszerző és a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett beszerzésekhez kapcsolódóan létrejött szerződésekben részes felek (I. r. és II. r. kérelmezett) viszonyában a szolgáltatás megrendelésekkel szemben ellenszolgáltatást teljesített a beszerző, ezért a beszerzések visszerhesnek minősülnek.

34. A Döntőbizottság harmadikként azt vizsgálta, hogy a beszerzés tárgya beleillik-e a közbeszerzési tárgyak valamelyikébe.

A régi Kbt. 7. § (4) bekezdése szerint a szolgáltatás megrendelése - árubeszerzésnek és építési beruházásnak nem minősülő - olyan visszerhes szerződés, amelynek tárgya különösen valamely tevékenység megrendelése az ajánlatkérő részéről.

A Döntőbizottság megvizsgálta a hivatalbóli kezdeményezéssel érintett beszerzések vonatkozásában megkötött szerződések tárgyát és az alábbiakat állapította meg.

A beszerző 2015. április 9. napján marketing kampány lebonyolítására vonatkozó megállapodást, 2015. április 3. napján rendezvényszervezésre vonatkozó szerződést kötött az I. r. kérelmezettel.

A beszerző és a II. r. kérelmezett részéről 2015. október 16. napján aláírt, a 2015. április 2. napján létrejött szolgáltatási szerződést kiegészítő megállapodás tárgya technikai szolgáltatás nyújtása volt a 2015. december 5-én a budapesti Papp László Sportarénában megrendezésre kerülő HAVASI SYMPHONIC ARENA SHOW zenés előadáshoz.

35. A Döntőbizottság megállapította, hogy a beszerző hivatalbóli kezdeményezéssel érintett 2015. évi beszerzéseinek tárgya a régi Kbt. 7. § (4) bekezdés szerinti szolgáltatás megrendelésnek minősültek és a régi Kbt. tárgyi hatálya alá tartoztak.

36. A Döntőbizottság nem fogadta el a beszerző arra történő hivatkozását sem, hogy a beszerzések azért nem tartoztak a régi Kbt. hatálya alá, mivel egyedi művészeti érték megvalósítására vonatkoztak, illetve a szerződés teljesítésére alkalmas gazdasági szereplők kiválasztása művészeti szempontok alapján történt.

A Döntőbizottság rámutat, hogy a régi Kbt. hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás jogalapjait felsoroló régi Kbt. 94. §-ának (2) bekezdés c) pontja kifejezetten rendelkezik arról, hogy az ajánlatkérő hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást alkalmazhat, ha a szerződés műszaki-technikai sajátosságok, művészeti szempontok vagy kizárólagos jogok védelme miatt kizárólag egy meghatározott szervezettel, személlyel köthető meg.

A fenti jogcím alapján a beszerzőnek fennállt a lehetősége arra, hogy az egyedi, művészeti szempontjainak megfelelő gazdasági szereplővel közbeszerzési eljárás lefolytatását követően kössön szerződést.

37. A Döntőbizottság negyedikként azt vizsgálta, hogy a beszerzés értéke meghaladta-e a közbeszerzési értékhatárt.

A régi Kbt. 10. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzési értékhatárok:

- a) az Európai Unió joga által meghatározott közbeszerzési értékhatárok (a továbbiakban: uniós értékhatárok);
- b) a költségvetési törvényben nemzeti értékhatárokként meghatározott közbeszerzési értékhatárok (a továbbiakban: nemzeti értékhatárok).

A régi Kbt. 10. § (3) bekezdése szerint az egyes beszerzési tárgyakra meghatározott nemzeti értékhatárokat a költségvetési törvényben minden évben meg kell határozni. Az egyes beszerzési tárgyakra meghatározott uniós értékhatárokat, tekintettel az értékhatárokra vonatkozó – a (2) bekezdés szerinti – európai uniós jogi aktusokra, a költségvetési törvényben minden évben meg kell határozni.

A Magyarország 2015. évi központi költségvetéséről szóló 2014. évi C. törvény (a továbbiakban: Kvtv.) 70. § (1) bekezdésének d) pontja szerint a régi Kbt. 10. § (1) bekezdés b) pontja szerinti nemzeti közbeszerzési értékhatár - kivéve a Kbt. szerinti közszolgáltatói szerződésekre vonatkozó értékhatárt - 2015. január 1-jétől 2015. december 31-éig szolgáltatás megrendelése esetében: 8,0 millió forint.

A Kvtv. 71. § (4) bekezdésének b) pontja szerint a Kbt. 10. § (1) bekezdés a) pontja szerinti szolgáltatás megrendelésére vonatkozó uniós közbeszerzési értékhatár 2015. január 1-jétől 2015. december 31-éig a Kbt. 6. § (1) bekezdése szerinti egyéb ajánlatkérők esetében 207.000 euró.

A Közbeszerzési Hatóság elnökének 2015. évre irányadó közbeszerzési értékhatárookra vonatkozó tájékoztatója szerint a Kvtv. 71. § (4) bekezdés b) pontjában meghatározott 207.000 euró 60.690.330.-Ft-nak felelt meg.

Előbbieik alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a kezdeményezéssel érintett 2015. évben megvalósított beszerzések régi Kbt. 18. § (2) bekezdés szerinti becsült értéke (nettó 142.295.299.-Ft) meghaladta a szolgáltatás megrendelésére vonatkozó uniós értékhatárt (54.560.000.-Ft).

A Döntőbizottság rögzíti, hogy e körülményre tekintettel sem fogadta el a beszerző arra történő hivatkozását, hogy a 2015. évi szolgáltatás megrendelésre vonatkozó beszerzései a régi Kbt. 4. melléklete szerinti kivételi körbe tartozó szolgáltatások voltak. A régi Kbt. 120. § c) pontja arról rendelkezik, hogy e törvényt nem kell alkalmazni az uniós értékhatárt el nem érő a 4. melléklet szerinti szállodai és éttermi szolgáltatásokra, szórakoztató, kulturális és sportszolgáltatásokra.

A hivatalbóli kezdeményezéssel érintett 2015. évi szolgáltatás megrendelések egybeszámított becsült értéke az uniós közbeszerzési értékhatárt meghaladta, így azok a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozó szerződések voltak.

A régi Kbt. 19. § rendelkezik arról, hogy az uniós értékhatárokat elérő vagy meghaladó értékű közbeszerzésekre e törvény Második Részét, az ezek alatti és egyben a nemzeti értékhatárokat elérő értékű közbeszerzésekre a Harmadik Részét alkalmazva kell eljárni, kivéve, ha e törvény másként rendelkezik.

Fentiekből következően a Döntőbizottság rögzíti, hogy a beszerző a 2015. évi szolgáltatás megrendelésre vonatkozó beszerzéseit abban az esetben valósította volna meg jogszerűen, ha a régi Kbt. Második Részére szerinti eredményes közbeszerzési eljárás alapján köt szerződést.

38. A fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a beszerző a 2015. évi szolgáltatás megrendelésre vonatkozó beszerzéseivel vonatkozásában jogtalanul mellőzte a közbeszerzési eljárás lefolytatását és ezzel megsértette a régi Kbt. 19. §-ára tekintettel a régi Kbt. 5. §-át. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a régi Kbt. 127. § (1) bekezdése értelmében semmis az e törvény hatálya alá tartozó szerződés, ha azt a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötték meg.

39. A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezésben foglalt 1. kezdeményezési elemnek helyt adott.

40. A Döntőbizottság – a Kbt. 145. § (3a) bekezdésében biztosított hatáskörében eljárva – a Kbt. 165. § (2) bekezdés g) pontjában szereplő rendelkezésnek megfelelően hivatalból megállapítja, hogy a 2015. április 3-án létrejött rendezvényszervezés szolgáltatás tárgyú, a 2015. április 9-én létrejött marketing szolgáltatás tárgyú, valamint a 2015. április 2-án megkötött és 2015. október 16-án kiegészített technikai szolgáltatás tárgyú szerződések semmisek a Kbt. 137. (1) bekezdés a) pont szerinti jogsértés miatt, tekintettel arra, hogy a szerződéseket közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötte meg a beszerző az I. r. és a II. r. kérelmezettel.

41. A Kbt. 165. (2) bekezdés h) pontja szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság megállapítja, hogy a 137. (1) bekezdésében meghatározott jogsértés miatt semmis szerződés esetén az érvénytelenség jogkövetkezményei alkalmazása körében az eredeti állapot helyreállítható-e.

A Döntőbizottság 2018. március 7-én kelt D.39/6/2018. és D.39/7/2018. számú végzéseiben felhívta az ügyfeleket, hogy 2018. március 19-ig nyilatkozzanak arra vonatkozóan, hogy a jogorvoslati eljárás keretében vizsgált szerződések teljesítéséhez fűződött-e kiemelten fontos közérdek, továbbá az érvénytelenség jogkövetkezményei alkalmazása körében az eredeti állapot helyreállítható-e. Az ügyfelek a rendelkezésre álló határidőn belül nem nyilatkoztak.

42. A Döntőbizottság megvizsgálta, hogy fennállnak-e a Kbt. 137. § (2) és (3) bekezdésében foglaltak.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a Kbt. 137. § (2) bekezdésében foglaltak nem állnak fenn, a beszerző nem tett közzé külön jogszabályban meghatározott minta szerinti hirdetményt a szerződéskötési szándékáról.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a 2015. április 3-án létrejött rendezvényszervezés tárgyú, a 2015. április 9-én létrejött marketing szolgáltatás tárgyú, valamint a 2015. április 2-án megkötött és 2015. október 16-án kiegészített technikai szolgáltatás tárgyú szerződések teljesítéséhez nem fűződik kiemelkedően fontos közérdek, a szerződés érvénytelensége nem jár aránytalan következményekkel, így a Kbt. 137. § (3) bekezdésében foglaltak nem állnak fenn.

43. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az eredeti állapot helyreállítása csak dolog tulajdonának átruházására irányuló szerződések esetén lehetséges, amelyek eredetileg mind reverzibilisek. Eredetileg is irreverzibilis szolgáltatások esetében az eredeti állapot helyreállítása fogalmilag kizárt.

A hivatalbóli kezdeményezés keretében vizsgált szerződések tárgya rendezvényszervezés, marketing szolgáltatás, valamint a koncert lebonyolításához szükséges technikai jellegű szolgáltatás volt, amelyek kétség kívül irreverzibilis szolgáltatások. A Döntőbizottság megállapította, hogy a szerződések megkötése előtt fennállt helyzet, tehát az eredeti állapot visszaállítása lehetetlen.

44. A Döntőbizottságnak – tekintettel arra, hogy a jogsértés a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével valósult meg – a Kbt. 165. § (6) bekezdés a) pontja alapján további jogkövetkezményként kötelezően bírságot kellett kiszabnia.

A Kbt. 165. § (11) bekezdése értelmében a Döntőbizottság a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét – így különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását, a Kbt.-be ütköző magatartás ismételt tanúsítását, a jogsértőnek az eljárást segítő együttműködő magatartását, a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot, támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat – figyelembe veszi. A bírság összegének megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a beszerző súlyos jogsértést valósított meg azzal, hogy közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével valósította meg a kezdeményezéssel érintett 2012. évi beszerzéseit. A Döntőbizottság álláspontja szerint magasabb összegű bírság kiszabását indokolja az, hogy a megállapított jogsértés már nem reparálható.

A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a beszerzés értékét (142.295.299.-Ft).

Figyelembe vette a Döntőbizottság továbbá azt is, hogy a beszerző jelen beszerzését érintő jogorvoslati eljárással egy időben a beszerző további beszerzései ellen több jogorvoslati eljárás is indult.

A Döntőbizottság a beszerző javára értékelte a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időt.

E szempontokat összességében mérlegelve a Döntőbizottság 3.000.000.-Ft összegű bírságot tartott indokoltnak.

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

A Döntőbizottság a határozat 62. pontjában megállapította, hogy az eredeti állapot helyreállítása nem lehetséges, ezért további 3.000.000.-Ft bírságot szabott ki.

46. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény 126. § (2) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

47. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(6) bekezdésein alapul.

48. A határozat ellen a Kbt. 170. § alapján indítható közigazgatási per. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

A jogi képviselet a Kp. 27. § (1) bekezdése 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.

B u d a p e s t, 2018. április 27.

Dr. Petró Szilvia sk
közbeszerzési biztos

Tomasovszki Tamás sk
közbeszerzési biztos

Dr. Puskás Dóra Hildegard sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
közszolgálati ügykezelő

Kapják:

1. Állami Számvevőszék (KRID: 103305376)
2. Kozma Ügyvédi Iroda (KRID: 18723483)
3. Symphonic Concert Management Kft. (KRID: 12434611)
4. LEON Szolgáltató Kft. (KRID: 12536799)
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (KRID 243778177)
6. Irattár