



Határozatok Tára

MICHAL BOBEK
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2016. november 24.¹

C-387/14. sz. ügy

**Esaprojekt Sp. z o.o.
kontra
Województwo Łódzkie**

(a Krajowa Izba Odwoławcza [nemzeti fellebbviteli tanács, Lengyelország] által benyújtott döntéshozatal iránti kérelem)

„2004/18/EK irányelv — A hátrányos megkülönböztetés tilalmának elve és az átláthatóság elve — Az eredeti ajánlatban nem szereplő szállításokra vonatkozó kiegészítő információk benyújtása az ajánlattevő részéről — Két gazdasági szereplő tapasztalatának egyesítésére vonatkozó lehetőség — Vállalkozáscsoport tagjaként szerzett tapasztalatra való támaszkodás lehetősége — Több szerződésből származó tapasztalatok egyesítésének lehetősége — Jelentős mértékben hamis nyilatkozat”

I – Bevezetés

1. A jelen ügy lengyelországi kórházaknak szánt informatikai rendszerekre vonatkozó közbeszerzésről szól. A közbeszerzési szerződést eredetileg a Komputer Konsult Sp z. o.o. (a továbbiakban: KK) társaságnak ítélték oda. Az Esaprojekt Sp z. o.o. (a továbbiakban: Esaprojekt), amely szintén tett ajánlatot, az említett döntést megtámadta a nemzeti bíróságok előtt. A döntést megsemmisítették, mivel a KK által hivatkozott tapasztalat elégtelennek bizonyult. A KK-t a tapasztalatok felsorolását tartalmazó lista pontosítására kérték fel. A KK módosított listája új, harmadik felek tapasztalatára hivatkozott. A szerződést ismét a KK-nak ítélték oda. Az Esaprojekt ismét fellebbezett, amelynek következtében az eljáró bíróság ebben az ügyben előterjesztette az előzetes döntéshozatal iránti kérelmet.

2. A nemzeti bíróság több kérdést tesz fel a Bíróságnak, amelyek annak eldöntésére irányulnak, hogy először is, milyen feltételek mellett módosíthatják az ajánlattevők a tapasztalatokat tartalmazó listát és hivatkozhatnak harmadik felek tapasztalataira. Másodszor, a nemzeti bíróság azon feltételek pontosítását kéri, amelyek alapján az ajánlattevő által nyújtott információ a 2004/18/EK irányelv² 45. cikke (2) bekezdésének g) pontja alapján „jelentős mértékben hamis nyilatkozatnak” minősül. Harmadszor, a nemzeti bíróság azt kérdezi, hogy a külön szerződések alapján szerzett tapasztalatokra együttesen támaszkodni lehet-e annak érdekében, hogy valamely ajánlattételi követelménynek megfeleljenek, ha az ajánlatkérő ezt a lehetőséget kifejezetten nem említi.

¹ — Eredeti nyelv: angol.

² — Az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaitelési eljárásainak összehangolásáról szóló európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2004. L 134., 114. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 132. o., helyesbítés: HL 2014. L 339., 14. o.).

II – Jogi háttér

A – Az uniós jog

3. A 2004/18 irányelv (a továbbiakban: irányelv) 2. cikke az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló ajánlattetelekre vonatkozóan az átláthatóság és a hátrányos megkülönböztetéstől mentes bánásmód elvét írja elő.

4. A 44. cikk (1) bekezdése kimondja, hogy a szerződéseket egyebek mellett a 48. cikkben említett szakmai és műszaki ismeretekre vagy alkalmasságra vonatkozó szempontok alapján kell odaítélni. A 44. cikk (2) bekezdése előírja, hogy a megkövetelt minimális teljesítményszintnek „a szerződés tárgyával összefüggőnek és azzal arányosnak kell lennie”.

5. A 45. cikk (2) bekezdésének g) pontja, amely „A minőségi kiválasztás kritériumai” című szakaszban szerepel, előírja, hogy ki kell zárni a közbeszerzési eljárásban való részvételből azt a gazdasági szereplőt, aki „az e szakaszban előírt adatszolgáltatási kötelezettségének teljesítése során hamis nyilatkozatot [helyesen: jelentős mértékben hamis nyilatkozatot] tett, vagy nem közölte a kért adatokat”, a 45. cikk (2) bekezdésével kapcsolatban pedig általánosságban azt, hogy e „bekezdés végrehajtási feltételeit nemzeti jogukkal összhangban és a közösségi jog figyelembevételével a tagállamok határozzák meg”.

6. A 48. cikk (2) bekezdése meghatározza, hogy a tapasztalat milyen módon bizonyítható, és az a) pontban egyebek mellett szerepel a megvalósított építési beruházások, a leszállított áruk, illetve teljesített főbb szolgáltatások listája.

7. A 48. cikk (3) bekezdése szerint valamely gazdasági szereplő „szükség esetén és egy adott szerződés tekintetében egyéb szervezetek kapacitására is támaszkodhat, a velük fennálló kapcsolatának jogi jellegétől függetlenül”. Ilyen esetekben a gazdasági szereplőnek bizonyítania kell, hogy „a szerződés teljesítéséhez ezek az erőforrások a rendelkezésére fognak állni, például olyan módon, hogy bemutatja az említett szervezetek arra vonatkozó kötelezettségvállalását, hogy a szükséges erőforrásokat a gazdasági szereplő rendelkezésére bocsátják”.

8. A „Kiegészítő iratok és további információ” című 51. cikk kimondja, hogy „ajánlatkérő szerv felhívhatja a gazdasági szereplőket arra, hogy egészítsék ki vagy pontosítsák a 45–50. cikk szerint benyújtott igazolásokat és iratokat”.

B – A nemzeti jog

9. Az Ustawa Prawo zamówień publicznych (közbeszerzési szerződésekről szóló törvény, a továbbiakban: Ustawa PZP) 2. cikkének (13) pontja a „közbeszerzési szerződés” fogalmát úgy határozza meg, hogy a „közbeszerzési szerződés az ajánlatkérő és a gazdasági szereplő által megkötött visszerthes szerződés, amelynek tárgya szolgáltatásnyújtás, árubeszerzés vagy építési beruházás”.

10. Az Ustawa PZP 24. cikke (2) bekezdésének 3. pontja rendelkezik azon gazdasági szereplők kizárásáról, akik „olyan hamis adatokat közöltek, amelyek befolyásolják vagy befolyásolhatják a lefolytatott eljárás eredményét [...]”.

11. Az Ustawa PZP 26. cikke megteremti annak lehetőségét, hogy az ajánlatkérő kérhesse az ajánlattevőktől a hiányzó információk benyújtását, a hibák kijavítását, illetve a nyilatkozatok vagy dokumentumok pontosítását.

III – A tényállás, az eljárás és az előterjesztett kérdések

12. A jelen ügy a lódzi vajdaságban (Lengyelország) közkórházaknak szánt informatikai rendszerekre vonatkozó közbeszerzésről szól. Az ajánlati felhívás vonatkozó részének tárgyát egy integrált kórházi rendszer (HIS) beszerzése és szállítása képezi a Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (Nikolaus Kopernikus független vajdasági kórház) adminisztratív (szürke) és gyógyászati (fehér) területének igazgatásához.

13. Az ajánlattételhez szükséges dokumentáció értelmében olyan gazdasági szereplők pályázhattak a szerződés odaítélésére, akik többek között képesek voltak igazolni, hogy legalább két szerződést teljesítettek, amelyek tárgya (a hivatkozott szerződések mindegyike vonatkozásában): integrált kórházi rendszer (HIS) szállítása, szerelése, konfigurálása és bevezetése valamely legalább 200 ágyas kórház fehér és szürke területén legalább bruttó 450 000 PLN értékben.

14. A fent említett feltétel teljesülésének igazolására a gazdasági szereplőknek nyilatkozatot kellett tenniük, és be kellett mutatniuk a fehér és szürke területen teljesített „főbb [HIS] szállítások” listáját.

15. Ajánlata keretében a KK két tételt tartalmazó szállítási listát mutatott be egyrészt a ślupski kórház (a továbbiakban: ślupski szállítás), másrészt a Nowy Sącz-i kórház (a továbbiakban: Nowy Sącz-i szállítás) fehér és szürke területén teljesített HIS szállításra vonatkozóan. Mindkét szállítást a Konsultant IT Sp. z.o.o. (a továbbiakban: KIT) és a KK konzorciuma teljesítette.

16. A KK megnyerte a HIS vásárlására és szállítására vonatkozó szerződést. Az Esaprojekt jogorvoslati kérelmet nyújtott be e döntés ellen, lényegében azt állítva, hogy a KK által felsorolt szerződések a HIS-re vonatkozó tapasztalat szempontjából nem teljesítették az ajánlati felhívásban szereplő követelményeket.

17. A jogorvoslati kérelem eredményes volt. Az ajánlatkérőt arra kötelezték, hogy az Ustawa PZP 26. cikkének (4) bekezdésében szereplő eljárás alapján kérje a KK-tól a tudás és a tapasztalat mint a közbeszerzési eljárásban való részvétel feltételeinek igazolása érdekében hivatkozott szerződések tárgyának pontosítását.

18. A pontosítási kérelmet követően kiderült, hogy a ślupski szállítással kapcsolatos megbízást két közbeszerzési eljárás keretében teljesítették, és két külön szerződésben szabályozták. A szerződések közül az egyik a fehér, a másik pedig a szürke területre nem terjedt ki. Az ajánlatkérő ezért megállapította, hogy a ślupski szállítás nem felel meg a jelen indítvány 13. pontjában említett, ajánlattételhez szükséges dokumentációnak, mivel a ślupski szállítás az Ustawa PZP 2. cikkének (13) pontjában szereplő fogalommeghatározás értelmében nem egyetlen „közbeszerzési szerződés” volt. Ehelyett két külön szerződést érintett. Az ajánlatkérő ezért felkérte a KK-t, hogy egészítse ki azokat a dokumentumokat, amelyek igazolják, hogy megfelel az ajánlattételi feltételeknek.

19. A dokumentumok kiegészítése során a KK új szállítási listát terjesztett elő. E listán a korábbiakhoz hasonlóan szerepelt a Nowy Sącz-i szállítás. Emellett két új szállítást is felvettek a listára, mindkettőt egy harmadik fél, a Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (a továbbiakban: Medinet vagy Medinet-szállítások) végezte. A KK a Medinet nyilatkozatát is benyújtotta, amelyben ez utóbbi vállalta a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre bocsátását, és hogy a szerződés teljesítése során tanácsadóként és konzulensként működik majd közre.

20. Az ajánlatkérő elfogadta a KK által benyújtott módosított ajánlatot. Az Esaprojekt ismét jogorvoslatot kért a Województwo Łódzkie ellen a Krajowa Izba Odwoławcza (nemzeti fellebbviteli tanács, Lengyelország) előtt. E körülmények között határozott úgy az eljáró bíróság, hogy az eljárást felfüggeszti, és előzetes döntéshozatal céljából az alábbi kérdéseket terjeszti a Bíróság elé:

„1. kérdés:

Lehetővé teszi-e az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvnek (a továbbiakban: 2004/18/EK irányelv) az irányelv 2. cikkében rögzített, a gazdasági szereplők egyenlő és hátrányos megkülönböztetéstől mentes bánásmódban részesítése és az átláthatóság elvével összefüggésben értelmezett 51. cikke, hogy a gazdasági szereplő az iratok pontosítása vagy kiegészítése keretében a leszállított áruknak az ajánlathoz csatolt listáján általa feltüntetettektől eltérő, teljesített szerződéseket (azaz teljesített szállításokat) tüntessen fel; és különösen az említett gazdasági szereplő hivatkozhat-e egy másik gazdasági szereplő által teljesített szerződésekre, ha az ajánlatban nem említette meg, hogy rendelkezhet e másik gazdasági szereplő kapacitása felett?

2. kérdés:

Úgy kell-e értelmezni a [2004/18 irányelv] 51. cikkét a 2013. október 10-i Manova-ítéletre (C-336/12, EU:C:2013:647) tekintettel, amely ítéletből kiderül, hogy »[a]z egyenlő bánásmód elvét akként kell értelmezni, hogy azzal nem ellentétes, ha az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban való részvételre jelentkezés benyújtására előírt határidő lejártá után arra hívja fel a részvételre jelentkezőt, hogy juttassa el a helyzetét leíró olyan dokumentumokat, mint például a közzétett mérlegbeszámolókat, amelyek tekintetében objektíven igazolható, hogy a részvételi jelentkezésre előírt határidő előtt keletkeztek, feltéve hogy azok benyújtását az említett közbeszerzési eljárás dokumentumai nem kifejezetten a részvételi jelentkezés kizárásának terhe mellett írták elő«, hogy az iratok csak akkor egészíthetők ki, ha a kiegészítés olyan dokumentumokat érint, amelyek objektíve igazolhatóan az ajánlatok vagy az eljárásban való részvételre irányuló kérelmek benyújtására meghatározott határidő előtt keletkeztek, vagy úgy, hogy a Bíróság csak a lehetőségek egyikére mutatott rá, és a dokumentumok egyéb esetekben is kiegészíthetők, például a nem az említett határidő előtt keletkezett, de valamely részvételi feltétel teljesülését objektív módon igazolni képes dokumentumok pótlása útján?

3. kérdés:

Ha a második kérdésre azt a választ kell adni, hogy a C-336/12. sz. Manova-ítéletben említett dokumentumoktól eltérő dokumentumok is benyújthatók, benyújthatók-e olyan dokumentumok, amelyek a gazdasági szereplőtől, alvállalkozóként megbízott harmadik személyektől vagy egyéb olyan gazdasági szereplőktől származnak, akiknek kapacitására a gazdasági szereplő támaszkodik, ha azokat az ajánlat keretében nem említették meg?

4. kérdés:

Lehetővé teszi-e a [2004/18 irányelv] 48. cikke (2) bekezdésének a) pontjával összefüggésben értelmezett 44. cikke, valamint az irányelv 2. cikkében rögzített, a gazdasági szereplőkkel szembeni egyenlő bánásmód elve az egyéb olyan gazdasági szereplők kapacitására való hivatkozást, akikről a 48. cikk (3) bekezdésében szó van, oly módon, hogy két olyan gazdasági szereplő tudását és tapasztalatát, akik külön-külön nem rendelkeznek az ajánlatkérő szerv által megkívánt tudással és tapasztalattal, egyesítik, ha e tapasztalat oszthatatlan (azaz a részvételi feltételt teljes mértékben egy gazdasági szereplőnek kell teljesítenie), és a szerződés teljesítése oszthatatlan (egyetlen egészre képez)?

5. kérdés:

Lehetővé teszi-e a [2004/18 irányelv] 48. cikke (2) bekezdésének a) pontjával összefüggésben értelmezett 44. cikke, valamint az irányelv 2. cikkében rögzített, a gazdasági szereplőkkel szembeni egyenlő bánásmód elve a gazdasági szereplők egy csoportjának tapasztalatára való hivatkozást oly módon, hogy az a gazdasági szereplő, aki gazdasági szereplők egy csoportjának tagjaként teljesített valamely szerződést, attól függetlenül hivatkozhat az említett csoport általi teljesítésre, hogy milyen arányban vett részt a szerződés teljesítésében, vagy csak a csoporton belül számára kijelölt szerződésrész teljesítése során ténylegesen megszerzett saját tapasztalatára hivatkozhat?

6. kérdés:

Értelmezhető-e úgy a [2004/18 irányelv] 45. cikke (2) bekezdésének g) pontja, amelynek értelmében a közbeszerzési eljárásban való részvételből kizárható az a gazdasági szereplő, aki, illetve amely az adatszolgáltatási kötelezettségének teljesítése során jelentős mértékben hamis nyilatkozatot tett, vagy nem közölte a kért adatokat, hogy az eljárásból ki kell zárni azt a gazdasági szereplőt, aki olyan hamis adatokat közölt, amelyek befolyásolták vagy befolyásolhatták az eljárás eredményét, feltéve hogy az adott megtévesztésért való felelősség kizárólag olyan hamis adatok ajánlatkérő szervvel való közléséből ered, amelyek befolyásolják az ajánlatkérő szervnek a gazdasági szereplő kizárására (és ajánlatának elutasítására) vonatkozó határozatát, függetlenül attól, hogy a gazdasági szereplő szándékosan és célirányosan vagy nem szándékosan, tudatos gondatlansággal, hanyag gondatlansággal vagy a szükséges gondosság figyelmen kívül hagyásával járt-e el? Csak egy hamis (a tényekkel nem egyező) adatokat közlő gazdasági szereplő esetében feltételezhető, hogy „adatszolgáltatási kötelezettségének teljesítése során hamis nyilatkozatot [helyesen: jelentős mértékben hamis nyilatkozatot] tett, vagy nem közölte a kért adatokat”, vagy olyan gazdasági szereplő esetében is, aki ugyan valós adatokat közölt, ezt azonban azt célzó módon tette, hogy az ajánlatkérő szerv arra a meggyőződésre jusson, hogy a gazdasági szereplő megfelel az általa támasztott követelményeknek, jöllehet nem ez a helyzet?

7. kérdés:

Lehetővé teszi-e a [2004/18 irányelv] 48. cikke (2) bekezdésének a) pontjával összefüggésben értelmezett 44. cikke, valamint az irányelv 2. cikkében rögzített, a gazdasági szereplőkkel szembeni egyenlő bánásmód elve, hogy a gazdasági szereplő oly módon hivatkozzon tapasztalatára, hogy egyszerre két vagy több szerződésre hivatkozik egyetlen szerződésneként, jöllehet az ajánlatkérő sem az ajánlati felhívásban, sem az ajánlattételhez szükséges dokumentációban nem biztosította ennek lehetőségét?”

21. A lengyel és az olasz kormány, valamint a Bizottság nyújtott be írásbeli észrevételeket. A lengyel kormány, a Bizottság és a Województwo Łódzkie, az alapeljárás alperese, részt vett a 2016. szeptember 21-i tárgyaláson.

IV – Értékelés

A – Az 1. (valamint 2. és 3.) kérdés

22. A kérdést előterjesztő bíróság első kérdése annak eldöntésére irányul, hogy az irányelv 2. és 51. cikke alapján valamely ajánlattevő az ajánlattétel határidejét követően hivatkozhat-e harmadik személytől származó olyan tapasztalatra, amelyre az eredeti ajánlatban nem hivatkoztak.

23. A második és harmadik kérdés annak eldöntésére irányul, hogy a Manova-ítélet³ alapján az ajánlattevő az ajánlattétel határidejét követően benyújthat-e olyan dokumentumokat, amelyek azt bizonyítják, hogy támaszkodhat az említett harmadik személy (a jelen esetben a Medinet vállalkozás) tapasztalatára.

24. Az első kérdést illetően úgy vélem, hogy az ilyen hivatkozások kiegészítésére az alább meghatározott okokból általában nincs lehetőség. E válasz a második és harmadik kérdés részletes tárgyalását feleslegessé teszi.

25. Az irányelv 51. cikke előírja, hogy az ajánlatkérő szerv felhívhatja az ajánlattevőket, hogy „egészítsék ki vagy pontosítsák” a benyújtott dokumentumokat. Az „egészítsék ki vagy pontosítsák” szavak kétségtelenül elég rugalmasak. Az állandó ítélkezési gyakorlat⁴ alapján azonban az egyenlő bánásmód elvével és az átláthatósági követelménnyel ellentétes valamely közbeszerzési szerződés odaítélési eljárásában az ajánlatkérő és az ajánlattevő között minden tárgyalás. Ezért főszabály szerint az ajánlatkérő nem kérhet felvilágosítást attól az ajánlattevőtől, amelynek ajánlatát pontatlannak vagy az ajánlattételhez szükséges dokumentációban foglalt műszaki követelményeknek meg nem felelőnek ítélte, sőt azt a benyomást sem keltheti, hogy megengedné az ajánlat módosítását.⁵

26. Ettől függetlenül az irányelvvel „nem ellentétes, ha az ajánlatra vonatkozó adatokat kijavíthatják vagy kiegészíthetik, különösen amennyiben azok nyilvánvalóan csak egyszerű pontosítást igényelnek, vagy nyilvánvaló tárgyi tévedések kiküszöbölése érdekében ez szükséges”, egészen addig, amíg ez nem jelent egy új ajánlatot.⁶ Az ajánlattevőktől elvárható a gondossági kötelezettség,⁷ a túlzott formalitást azonban el kell kerülni.⁸ Ez különösen fontos, mivel biztosítani kell, hogy az ajánlatok továbbra is nyitottak és versenyképesek legyenek.

27. Ezért a Bíróság kivételesnek, de nem lehetetlennek tekinti a kiegészítő információknak az ajánlattétel határidejét követő benyújtását. A kérdés az, hogy hol húzzuk meg a határt.

28. Véleményem szerint a Bíróság hozzáállása talán egy metaforával ragadható meg leginkább: az ajánlattevő által az ajánlattétel határidejéig benyújtott információ és dokumentáció egy pillanatképet jelent. Csak az e képen már szereplő információt és dokumentációt veheti figyelembe az ajánlatkérő. Ez nem jelenti azt, hogy az ajánlatkérő nem közelíthet rá a kép bármely részletére, amely egy kicsit homályos, és ne kérhetné, hogy a kép felbontását növeljék, hogy az adott részlet kivehetőbb legyen. Az alapinformációnak azonban szerepelnie kell az eredeti pillanatfelvételen, még ha alacsony felbontásban is.

29. E logika mentén úgy vélem, hogy az ajánlattevő főszabály szerint nem bizonyíthatja, hogy teljesíti az ajánlati felhívás műszaki és szakmai követelményeit harmadik fél olyan tapasztalatára hivatkozva, akit az ajánlattétel határidejét megelőzően nem említettek. Ez az információ egyszerűen nem szerepelt az eredeti képen.

3 — 2013. október 10-i ítélet (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — Lásd: 2012. március 29-i SAG ELV Slovensko és társai ítélet (C-599/10, EU:C:2012:191, 36. pont); 2013. október 10-i Manova-ítélet (C-336/12, EU:C:2013:647, 31. pont); 2016. április 7-i Partner Apelski Dariusz ítélet (C-324/14, EU:C:2016:214, 62. pont).

5 — 2012. március 29-i SAG ELV Slovensko és társai ítélet (C-599/10, EU:C:2012:191, 41. pont).

6 — Lásd: 2016. április 7-i Partner Apelski Dariusz ítélet (C-324/14, EU:C:2016:214, 63. és 64. pont); 2012. március 29-i SAG ELV Slovensko és társai ítélet (C-599/10, EU:C:2012:191, 40. pont); 2013. október 10-i Manova-ítélet (C-336/12, EU:C:2013:647, 32–36. pont).

7 — 2012. március 29-i SAG ELV Slovensko és társai ítélet (C-599/10, EU:C:2012:191, 38. pont).

8 — 2014. november 6-i Cartiera dell’Adda ítélet (C-42/13, EU:C:2014:2345, 45. pont).

30. Ezért valamely harmadik félre való ilyen hivatkozás nem minősül pusztán pontosításnak vagy formalitásnak. Az ugyanis az ajánlat lényeges módosítását jelenti. Megváltozik a munkát elvégző gazdasági szereplők vagy legalábbis azok személye, akiknek a tapasztalatára a munka elvégzése céljából támaszkodnak. Az eljárás fő elemét érintő lényeges változásról van szó.⁹ Ezenfelül, ahogyan arra a Bizottság rámutatott, egy ilyen módosítás azt eredményezheti, hogy az ajánlatkérő további ellenőrzést kér, és akár az ajánlattételre felhívott jelöltek kiválasztását is módosíthatja.

31. Általánosabban, az ilyen módosítások engedélyezése minden bizonnyal hatással lehet a versenyfolyamatra. Az ajánlattevőnek egy bizonyos időpontban és az abban az időpontban rendelkezésére álló információk alapján kell meghoznia azt a döntést, hogy saját vagy harmadik felek tapasztalatára támaszkodik-e. Ha egy ajánlattevőnek az említett időpontot követően adunk egy második lehetőséget, hogy ezt az üzleti döntést meghozza, az minden bizonnyal előnyt jelenthet neki, ami ellentétes lenne az egyenlő bánásmódra vonatkozó követelménnyel. Például a versenytársak számának vagy személyének, vagy a piac konjunkturális hanyatlásának ismerete esetleg egy nagyobb tapasztalatú partnerrel való együttműködésre ösztönözheti az ajánlattevőt annak érdekében, hogy növelje esélyeit.¹⁰

32. E következtetést az olyan ügyekkel való hasonlóság is alátámasztja, amelyekben az ajánlattevő konzorcium összetétele változott meg az ajánlattétel határidejét követően. A közelmúltbeli Højgaard-ügyben előzetesen kiválasztottak egy két társaságból álló konzorciumot, az a közbeszerzési eljárásban ajánlatot tett, de ezt követően az a szerződés odaítélése előtt feloszlott. Az egyik társaság, az Aarsleff ekkor – mint az eljárásban előzetesen kiválasztott ajánlattevő – megpróbált a konzorcium helyébe lépni. Ezt a változtatást elfogadták, és az Aarsleff elnyerte a szerződést. A döntést a nemzeti bíróságok előtt megtámadták, és a konzorcium összetétele megváltoztatásának és az egyenlő bánásmód elvének összeegyeztethetőségét illetően előzetes döntéshozatalra utaló kérelmet terjesztettek a Bíróság elé.

33. Ítéletében a Bíróság kimondta, hogy a konzorcium összetételének a közbeszerzési eljárás alatt történő megváltoztatására vonatkozó szabályok általában a tagállami döntési jogkörbe tartozik.¹¹ Ugyanakkor az egyenlő bánásmód elve tiszteletben tartásának biztosításához az Aarsleffnek olyan helyzetben kellett lennie, hogy saját erőből teljesítse az előválasztás feltételeit.¹²

34. Hasonlóképpen, ha egy ajánlatkérő azt kéri valamely ajánlattevőtől, hogy a tapasztalatokat felsoroló listából távolítson el elemeket, az ajánlattevő természetesen továbbra is hivatkozhat a többi elemre. Azonban új, harmadik személytől származó tapasztalatot nem vehet fel a listára.¹³

35. Ezért azt javaslom, hogy a Bíróság a nemzeti bíróság első kérdésére azt a választ adja, hogy valamely gazdasági szereplő az ajánlattételi határidő után nem hivatkozhat első alkalommal harmadik fél tapasztalatára. E válaszra tekintettel a nemzeti bíróság második és harmadik kérdése (amelyek azokra a feltételekre vonatkoznak, amelyek mellett az ilyen harmadik felektől származó tapasztalatra vonatkozó bizonyíték benyújtható) nagyrészt okafogyottá válik. Hiszen, ha egy gazdasági szereplő egyáltalán nem hivatkozhat valamely harmadik személyre, semmi értelme, hogy bemutassa az említett harmadik fél kötelezettségvállalásait vagy a harmadik fél tapasztalatára vonatkozó bizonyítékokat.

9 — Analógia útján lásd: 2014. november 6-i Cartiera dell'Adda ítélet (C-42/13, EU:C:2014:2345, 45. pont), ahol a kinevezett műszaki vezető személyének változását a pusztán formális módosításnál többnek tartották, és ekként elégséges alapnak bizonyult az ajánlattevő kizárásához.

10 — Hasonlóképpen lásd: Mengozzi főtanácsnoknak az MT Højgaard és Züblin ítéletre vonatkozó indítványát (C-396/14, EU:C:2015:774, 80. pont és a következő pontok).

11 — 2016. május 24-i MT Højgaard és Züblin ítélet (C-396/14, EU:C:2016:347, 35. pont).

12 — Lásd még: 2003. január 23-i Makedoniko Metro és Michanicki ítélet (C-57/01, EU:C:2003:47). Az említett ügyben az ajánlattevő konzorcium megkísérelte kiterjeszteni tagságát az ajánlattételi határidő után. A nemzeti joggal ez formálisan ellentétes volt. A Bíróság arra a következtetésre jutott, hogy az ilyen tilalom összeegyeztethető a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelvvel (HL 1992. L 209., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 322. o.) (a 2004/18 irányelv elődje).

13 — Noha jelen ügyben ez nem merül fel kérdésként, nem zárom ki azt a lehetőséget, hogy az ajánlattevő más, de *tőle származó* tapasztalatokra hivatkozhatson.

36. A fentiek alapján azt javaslom, hogy a Bíróság a nemzeti bíróság első három kérdését a következőképpen válaszolja meg:

A 2004/18/EK irányelv 2. cikkében rögzített, a gazdasági szereplők egyenlő és megkülönböztetésmentes bánásmódban való részesítésének elvével és az átláthatóság elvével összefüggésben értelmezett 51. cikke nem teszi lehetővé, hogy valamely gazdasági szereplő az iratok pontosítása vagy kiegészítése keretében a leszállított áruknak az ajánlathoz csatolt listáján általa feltüntetettektől eltérő, harmadik fél által teljesített szerződéseket, vagy harmadik személyek arra vonatkozó kötelezettségvállalását tüntesse fel, hogy az említett harmadik fél a kapacitásait az ajánlattevő rendelkezésére bocsátja.

B – A negyedik kérdés

37. A negyedik kérdés tárgya az a tény, miszerint az alapeljárásban az ajánlattételhez szükséges dokumentáció azt írta elő, hogy az ajánlattevők rendelkezzenek „legalább két szerződéssel”, amelyeket a jelen indítvány 13. pontjában ismertetettek szerint mind fehér, mind szürke területen teljesítettek. Az ajánlatkérők pontosítási kérelmét követően a KK a Medinet két szállítását és a Nowy Sącz-i szállítást tüntette fel.

38. Ezzel összefüggésben a nemzeti bíróság lényegében annak eldöntését kéri, hogy az irányelv 44. cikkének, 48. cikke (2) bekezdése a) pontjának, valamint az irányelv 2. cikkében meghatározott egyenlő bánásmód elvének megfelelően a Medinet szállításaiból és a Nowy Sącz-i szállításból eredő tapasztalatra lehet-e hivatkozni a „legalább két szerződésre” vonatkozó követelmény teljesítése érdekében.

39. Az irányelv szövegéből kiderül, hogy a közbeszerzések kapcsán a gazdasági szereplők főszabály szerint támaszkodhatnak más jogalanyok kapacitásaira.¹⁴ Ez a főszabály azzal a célkitűzéssel is összhangban van, miszerint a közbeszerzési szerződéseket meg kell nyitni a verseny előtt¹⁵, és ezt a Bíróság többször is megerősítette.¹⁶ A gazdasági szereplő által hivatkozott kapacitások tehát „szétaprózódhatnak” a különböző szereplők között, természetesen azzal a feltétellel, hogy gyakorlatilag a gazdasági szereplő rendelkezik a többi jogalany szükséges kapacitásaival.¹⁷

40. Mindazonáltal a „minimális teljesítményszint” biztosítása érdekében¹⁸ a harmadik félre való hivatkozás kivételesen korlátozható. Ez a helyzet „bizonyos olyan kapacitást szükségessé tevő sajátosságokat mutató munkálatok [esetében], amely kapacitást nem lehet megszerezni több gazdasági szereplő önmagukban nem megfelelő kapacitásainak halmozásával.” Az ilyen követelménynek „a szerződés tárgyával összefüggőnek, és azzal arányosnak” kell lennie.¹⁹

41. A jelen ügyben az ajánlattételhez szükséges dokumentáció egy adott területen (HIS) teljesített „legalább két szerződést” ír elő. A fent tárgyalt pontokból következik, hogy ezt a követelményt minimumkövetelményként lehet előírni, és a harmadik felekre való hivatkozást kizárhatja, feltéve, hogy az „a szerződés tárgyával összefüggő, és azzal arányos”.

42. Hogy itt erről van-e szó, az egy olyan ténykérdés, amelynek eldöntése a nemzeti bíróság feladata.

14 — Lásd például: az irányelv 4. cikkének (2) bekezdés (konzorciumok alkalmazása), 25. cikke (alvállalkozás) és a 48. cikkének (3) bekezdése (harmadik felekre hivatkozás)

15 — Lásd: 2013. október 10-i Swm Costruzioni 2 és Mannocchi Luigino ítélet (C-94/12, EU:C:2013:646, 34. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

16 — Lásd például: 2013. október 10-i Swm Costruzioni 2 és Mannocchi Luigino ítélet (C-94/12, EU:C:2013:646, 30–32. pont); 1999. december 2-i Holst Italia ítélet (C-176/98, EU:C:1999:593, 26. és 27. pont) és 2004. március 18-i Siemens AG Österreich és ARGE Telekom ítélet (C-314/01, EU:C:2004:159, 43. pont).

17 — Az irányelv 48. cikkének (3) bekezdése.

18 — Lásd az irányelv 44. cikkének (2) bekezdését.

19 — Lásd: 2013. október 10-i Swm Costruzioni 2 és Mannocchi Luigino ítélet (C-94/12, EU:C:2013:646, 35. pont), az irányelv 44. cikkének (2) bekezdését tükrözve.

43. Ugyanakkor a nemzeti bíróság utal arra, hogy minőségi különbség van azon ajánlattételhez szükséges dokumentációk között, amelyek egy területen halmozottan, ismételten szerzett tapasztalatot írnak elő, és azok között, amelyek több különálló területen szerzett tapasztalatot kérnek.

44. Egyetértek azzal, hogy fennáll ilyen különbség. Nem mindig lehetséges több ágazatból tapasztalatot szerezni – az ágazatközi tapasztalat vagy integrált rendszerekkel kapcsolatban szerzett teljes körű tapasztalat pótolhatatlan lehet. Ugyanakkor az ilyen interdiszciplináris tapasztalatok egyesítése kétségtelenül kevésbé problémás, mintha egyszerűen összeadnánk a tapasztalattal rendelkező éveket vagy az egyes szerződéseket. Egy vállalat, amely ugyanazon a területen a második szerződést teljesíti, ezt a korábbi tapasztalatra tekintettel teszi, valószínűleg új és eltérő meglátásokat alkalmazva.²⁰

45. Végül soron azonban a jogszabály mindkét esetben ugyanaz. A nemzeti bíróság feladata eldönteni, hogy milyen mértékben váltható ki egy olyan gazdasági szereplő tapasztalata, aki két szerződést teljesített, két olyanéval, akik egyenként egyet teljesítettek.

46. Kérdésében a nemzeti bíróság kifejezetten azt állítja, hogy a releváns tapasztalat és a szerződés teljesítése „oszthatatlan”. Ez arra utal, hogy a nemzeti bíróság már levonta azt a következtetést, hogy egyrészt a tapasztalatokra való együttes hivatkozás lehetősége kizárt, másrészt ez a kizárás „a szerződés tárgyával összefüggő, és azzal arányos”. Amennyiben ez így van, az irányelvnek a nemzeti bíróság által hivatkozott rendelkezései lehetővé teszik az ajánlatkérő számára, hogy kizárja azt a lehetőséget, hogy az ajánlattevő egy másik gazdasági szereplő kapacitásaira úgy támaszkodjon, hogy a két gazdasági szereplő tudását és tapasztalatát egyesíti.

47. A fentiek alapján azt javaslom, hogy a Bíróság a nemzeti bíróság negyedik kérdését a következőképpen válaszolja meg:

A 2004/18 irányelv 48. cikke (2) bekezdésének a) pontjával és a 2. cikkében szereplő egyenlő bánásmód elvével összhangban értelmezett 44. cikke nem teszi lehetővé, hogy valamely gazdasági szereplő az irányelv 48. cikkének (3) bekezdése értelmében más gazdasági szereplő tudására és tapasztalatára támaszkodjon, ha ezt az ajánlatkérő kifejezetten kizárta. Ugyanakkor bármely ilyen jellegű kizárásnak a szerződés tárgyával összefüggőnek, és azzal arányosnak kell lennie.

C – 5. kérdés

48. Ötödik kérdésével a nemzeti bíróság azon feltételek pontosítását kéri, amelyek mellett valamely gazdasági szereplő egy olyan vállalkozáscsoport által szerzett korábbi tapasztalatra hivatkozik, amelynek tagja volt. A kérdés azzal a ténnyel függ össze, hogy az alapeljárásban a Nowy Sącz-i szállítást és a słupski szállítást is egy olyan konzorcium végezte, amelyet két társaság, a KK és a KIT alkotott. Értelmezésem szerint a nemzeti bíróság azt próbálja eldönteni, hogy KK feltétel nélkül támaszkodhat-e erre a tapasztalatra ajánlata alátámasztása érdekében, vagy pedig lényeges az, hogy a KK a szállításban milyen szerepet töltött be.²¹

49. Úgy vélem, hogy a konzorciumi tagok konkrét szerepe és az ezzel kapcsolatban szerzett tapasztalat igenis döntő jelentőségű.

20 — Ezt illusztrálandó, ha egy olyan jogászt szeretnék alkalmazni, aki kilenc évnyi gyakorlattal rendelkezik az adójog, a társasági jog és a kereskedelmi jog terén, esetleg elfogadom, hogy három olyan jogászt alkalmazzak, akik külön-külön rendelkeznek kilenc évnyi gyakorlattal az adójog, a társasági jog, illetve a kereskedelmi jog területén. Azonban nehezebben fogadnám el, hogy három olyan jogászt alkalmazzak, akik közül mindegyik három év gyakorlattal rendelkezik a három területet együttvéve. És semmiképpen nem alkalmaznák kilenc olyan jogászt, aki egy-egy év tapasztalattal rendelkezik.

21 — A kérelemből egyértelműen kiderül, hogy a KK semmiképpen nem az irányelv 48. cikkének (3) bekezdése értelmében véve, „másik szervezet” tapasztalataként kíván a KIT tapasztalatára hivatkozni, hanem a konzorcium keretében szerzett tapasztalatot sajátjaként tünteti fel.

50. Az irányelv 44. cikke és 48. cikke (2) bekezdésének a) pontja előírja, hogy az ajánlatokat egyebek mellett azon tapasztalatok alapján kell értékelni, amelyeket az elmúlt években megvalósított építési beruházások és leszállított áruk listája bizonyít. Nyilvánvalóan nem mindegy, hogy valaki saját maga rendelkezik-e a szerződés teljesítéséhez szükséges tapasztalattal, vagy pedig ismer egy ilyen személyt. Hasonlóképpen, a tapasztalat nem szerzhető meg pusztán azzal, hogy valaki formálisan félként szerepel egy szerződésben vagy részt vesz egy konzorciumban.

51. A kérdést előterjesztő bíróság találóan illusztrálja ezt a problémát, amikor példaként egy autópályát építő, a következő három vállalatból álló konzorciumot említ: egy bank (amely a befektetést finanszírozza), egy építési vállalkozás (amely a tényleges építési munkákat végzi) és egy szolgáltató cég (amely az adminisztrációval, a jogi kérdésekkel és a könyveléssel foglalkozik). Egy ilyen művelet finanszírozása révén a bank nyilvánvalóan nem szerzi meg az autópálya építéséhez szükséges tapasztalatot.

52. Végső soron azonban az egyes társaságok pontos szerepe és a megszerzett tapasztalat a konkrét körülményektől függ. Lehetséges például, hogy a banké volt a vezető szerep a finanszírozásban, a szolgáltató cég azonban a művelet e részében olyan szorosán részt vett, hogy ezzel ezen a területen is szerzett némi tapasztalatot. Egy ilyen szintű tapasztalat teljesen elfogadható és elegendő lehet egy másik projektre vonatkozó közbeszerzési eljárás során. Vagy nem. Ezek ténykérdések.

53. Hasonlóképpen a nemzeti bíróság által eldöntendő ténykérdés az is, hogy a KK a Nowy Sącz-i szállításban (és a ślupski szállításban) pontosan milyen szerepet töltött be²² és hogy ez megfelel-e az ajánlati felhívásban kért tapasztalatnak.

54. Végezetül, a fenti észrevételek olyan helyzetre vonatkoznak, amelyben egy gazdasági szereplő egy gazdasági szereplők csoportja által végzett korábbi szállítást *kifejezetten a saját tapasztalataként* tüntet fel. Ezek az észrevételek nem érintik azt a lehetőséget, hogy valamely gazdasági szereplő harmadik felek kapacitásaira támaszkodjon, amint az az irányelv 48. cikkének (3) bekezdésében szerepel, és amelyet a fenti 39. pontban részletesen tárgyaltunk.

55. A fentiek alapján azt javaslom, hogy a Bíróság a nemzeti bíróság ötödik kérdését a következőképpen válaszolja meg:

A 2004/18 irányelv 44. cikkét és 48. cikke (2) bekezdésének a) pontját úgy kell értelmezni, hogy egy olyan gazdasági szereplő, aki gazdasági szereplők csoportjának tagjaként teljesített valamely szerződést, csak azon tapasztalatokra támaszkodhat sajátjaként, amelyet a szerződés teljesítése során saját maga megszerzett. Ez nem érinti azt a lehetőséget, hogy valamely gazdasági szereplő az irányelvben meghatározott feltételek mellett harmadik felek kapacitásaira támaszkodjon.

D – 7. kérdés

56. A hetedik kérdés arra a tényre irányul, hogy az alapeljárásban a ślupski szállítás két külön szerződésből állt, amelyek egymást kiegészítő tapasztalatot jelentettek (a fehér és a szürke területen), míg a szerződési hirdetmény és az ajánlattételhez szükséges dokumentáció olyan szerződéseket említ, amelyek mind a fehér, mind a szürke területekre kiterjednek.²³

22 — A Województwo Łódzkie a szóbeli tárgyaláson megerősítette, hogy a KK hivatalosan már nem hivatkozik a ślupski szállításra.

23 — Amennyiben a KK a ślupski szállításra már nem hivatkozik, ez a kérdés valószínűleg hipotetikusnak tekinthető. Azonban, mivel az előzetes döntéshozatal iránti kérelemből nem derül ki egyértelműen, hogy a KK a ślupski szállításra már nem hivatkozik, a kérdések relevanciájának általános vélelmét kell alkalmazni.

57. Ennek alapján a nemzeti bíróság azon feltételek pontosítását kéri, amelyek mellett a két külön szerződés keretében megszerzett tapasztalat együttesen feltüntethető, annak érdekében, hogy egy olyan követelményt teljesítsenek, amelyet nem kifejezetten úgy tüntettek fel, mint amely osztható lenne.

58. Az alább kifejtett okokból úgy vélem, hogy erre a kérdésre az a válasz, hogy a gazdasági szereplőknek általában jogosultnak kell lenniük arra, hogy a „szétaprózódott” tapasztalatokat összevonják. Az ajánlatkérők ezt a lehetőséget csak kivételes esetben zárhatják ki teljesen.

59. Egyebek mellett a fenti 4. és 5. kérdésre általam javasolt válaszokból az következik, hogy az irányelv nem írja elő pontosan, hogy a releváns tapasztalatot hogyan és kinek kell összegyűjtenie. Így tehát bizonyos feltételek mellett valamely gazdasági szereplő például általában támaszkodhat a) az általa egyedül kötött szerződés keretében vagy b) azon gazdasági szereplők csoportja által kötött szerződés keretében megszerzett tapasztalatra, amelynek ő is tagja, illetve c) harmadik felek tapasztalatára.

60. Az a döntő kérdés, hogy a teljes tapasztalat, amelyre a gazdasági szereplő valóban hivatkozhat, függetlenül attól, hogy azt ő vagy valamely harmadik fél szerezte meg, elégséges-e a szerződés teljesítéséhez.

61. Következésképpen általában lényegtelen az a tény, hogy a tapasztalatra technikailag két vagy több külön szerződés, nem pedig egyetlen szerződéses megállapodás révén tettek szert. Amennyiben az egyesített tapasztalat elégséges a szerződés teljesítéséhez, ennek elégnek kell lennie.

62. Valójában valamely pályázat követelményeit teljesíteni lehet a *különböző gazdasági szereplők* között megoszló kapacitások vagy tapasztalatok összevonásával. A *fortiori* egyszerűen logikátlan lenne, ha főszabály szerint kizárnák az *ugyanazon gazdasági szereplő* által *más szerződések keretében szerzett* kapacitások vagy tapasztalatok összevonásának lehetőségét.

63. A *különböző gazdasági szereplők* tapasztalatainak egyesítését akkor lehet korlátozni, ha az „a szerződés tárgyával összefüggő, és azzal arányos”²⁴. Ez az indokolás és az említett korlátozások véleményem szerint analógia útján alkalmazhatók az *ugyanazon gazdasági szereplő* által végrehajtott *különböző szerződések keretében megszerzett, szétaprózódott tapasztalatokra* is. Így például az ajánlatkérő főszabály szerint kijelentheti, hogy a tapasztalatokra vonatkozóan előírt egyes követelmények csak úgy teljesíthetők, ha olyan egyéni szerződésekre támaszkodnak, amelyek *különböző területről származó tapasztalatokat* jelentenek. Ugyanakkor egy ilyen követelménynek is szükségesnek, arányosnak és a szerződés tárgyával összefüggőnek kell lennie.

64. A kérdést előterjesztő bíróságnak kell eldöntenie, hogy a konkrét pályázatban kért tapasztalatok megfelelnek-e ezeknek a feltételeknek. Ugyanakkor a következő általános szempontokat érdemes hangsúlyozni.

65. Először is, a pályázatoknak főszabály szerint a verseny számára nyitottnak kell lenniük.²⁵ E célt szem előtt tartva a harmadik személyek tapasztalatára való hivatkozás korlátozása jelenti a kivételt. A „szétaprózódott” tapasztalatok kizárása szintén. Következésképpen, amennyiben a szerződési hirdetményben vagy az ajánlattételhez szükséges dokumentációban nem szerepel ilyen kizárás, nem lehet annak meglétéből kiindulni. Azt kifejezetten fel kell tüntetni.

24 — Lásd a fenti 40. pontot.

25 — Lásd a fenti 25. pontot.

66. Másodszor, a nemzeti bíróság kifejezetten megemlíti az irányelv. 2. cikkét, amely az egyenlő bánásmód elvét írja elő. Véleményem szerint a nemzeti bíróságnak nem kell aggályosnak tartania a különböző szerződések keretében szerzett tapasztalatokra való együttes hivatkozást, amennyiben a) az ilyen szerződésekre főszabály szerint *minden* ajánlattevő gazdasági szereplő hivatkozhat; vagy b) *egyik* gazdasági szereplő *sem* hivatkozhat (amennyiben ezt a lehetőséget az ajánlatkérő kizárta).

67. Harmadszor, amennyiben a tapasztalatokra való együttes hivatkozás nem lett kizárva, az ajánlatkérő – a nemzeti bíróság felülvizsgálati jogosultsága mellett – eldöntheti, hogy a valamely konkrét esetben két vagy több szerződés keretében szerzett egyesített tapasztalatok elegendők-e az ajánlattételhez szükséges dokumentációban meghatározott követelmények teljesítéséhez. Ugyanis még ha két vagy több szerződés együttesen figyelembe vehető is, előfordulhat, hogy a konkrét ügyben az így szerzett tapasztalatok összessége nem megfelelő. Ezen értékelés során minden releváns elemet figyelembe kell venni, ideértve például a különböző szerződések közötti kapcsolatot²⁶ és a különös követelményeket is.²⁷

68. A fentiek alapján azt javaslom, hogy a Bíróság a nemzeti bíróság hetedik kérdését a következőképpen válaszolja meg:

A 2004/18/EK irányelv 2. cikkében meghatározott egyenlő bánásmód elvével összefüggésben értelmezett 44. cikke és 48. cikke (2) bekezdésének a) pontja lehetővé teszi, hogy a gazdasági szereplő oly módon hivatkozzon tapasztalatára, hogy egyszerre két vagy több szerződésre hivatkozik egyetlen szerződésként, kivéve ha az ajánlatkérő kifejezetten kizárta az együttes hivatkozás lehetőségét. Bármely ilyen jellegű kizárásnak a szerződés tárgyával összefüggőnek, és azzal arányosnak kell lennie.

E – 6. kérdés

69. Hatodik kérdésében a nemzeti bíróság azt kérdezi, hogy az ajánlattevő kizárható-e, ha az irányelv 45. cikke (2) bekezdésének g) pontja alapján (az adatok közzétételével vagy hamis adatközléssel) „jelentős mértékben hamis nyilatkozatot” tett, függetlenül attól, hogy ezt milyen tudatállapotban tette. Azt is kérdezi, hogy a rendelkezés alapján kizárható-e az ajánlattevő, ha valójában nem felel meg az ajánlattételi feltételeknek, de az adatokat találékony módon úgy adta elő, hogy gyakorlatilag azt a benyomást kelti, mintha megfelelne a követelményeknek.

70. A 45. cikk (2) bekezdése g) pontjának megfogalmazása megteremti a tagállamok számára azt a lehetőséget,²⁸ hogy hamis nyilatkozattétel esetén bizonyos esetekben kizárhassák az ajánlattevőket. Ilyen hamis nyilatkozattételre kerülhet sor például a kapacitásainak bizonyítására „előírt” adatok közzététele vagy az adatközlés elmulasztása során.

71. A szavak köznapi jelentése alapján a 45. cikk (2) bekezdésének g) pontja ezért általában azokra a helyzetekre vonatkozik, amikor a gazdasági szereplő olyan adatokat hagy ki vagy vesz bele az ajánlatába, amelyek alapján az ajánlatkérő téves képet kap a kapacitásairól.

72. Nem minden hamis nyilatkozat indokolja a kizárást. A „jelentős mértékben” kifejezés arra utal, hogy a helytelen adatok megadása önmagában nem elég a 45. cikk (2) bekezdése g) pontjának alkalmazásához, és hogy egy bizonyos mértéket el kell érni.

26 — A szerződések közötti bármilyen formális kapcsolatot, valamint a hasonló hatályt, ügyleteket vagy a végrehajtási időszakot stb.

27 — A kért szolgáltatások integrált jellegét, a teljesítési időszakot és a megfelelő minimális teljesítményszintre vonatkozó követelményeket stb.

28 — „A közbeszerzési eljárásban való részvételből kizárható minden gazdasági szereplő [...] (kiemelés tőlem).

73. Az azonban nem egyértelmű, hogy a jelentős mértéket hogyan kell bizonyítani. A különböző nyelvi változatok összehasonlítása csak növeli az ezzel kapcsolatos bizonytalanságot. Egyes nyelvi változatokban a súlyosságra vagy jelentős mértékre vonatkozó kifejezés a „bűnösség” kifejezéshez társul,²⁹ amely kétségtelenül értelmezhető úgy, hogy ahhoz szükséges egy tudatállapot vagy egy bizonyos fokú gondatlanság. Más nyelvi változatokban a súlyosságra vagy jelentős mértékre vonatkozó kifejezés a hamis nyilatkozathoz társul, ami arra utal, hogy maga a tett, illetve annak a következményei a hangsúlyosak.³⁰

74. Az irányelv 45. cikke (2) bekezdésének utolsó albekezdése ad némi eligazítást. Ez a rendelkezés előírja a tagállamoknak, hogy a 45. cikk (2) bekezdésének „végrehajtási feltételeit” nemzeti jogukkal összhangban határozzák meg. Így a 45. cikk (2) bekezdésének g) pontja úgy értelmezhető, hogy az minimumfeltételeket határoz meg annak megállapítására, hogy olyan súlyos mértékben jogsértő-e a hamis nyilatkozat, hogy a tagállamok kizárhatják az adott ajánlattevőt. Ugyanakkor nem kívánja teljes mértékben harmonizálni ezt a fogalmat.³¹ Ez az értelmezés megfelel a kizárási okok szűkebb értelmezésének, valamint annak az igénynek, hogy az egyes gazdasági szereplők ügyeit egyedi alapon értékeljék.

75. Mit jelent a bizonyos fokú súlyosság? Az alább kifejtettek miatt úgy vélem, hogy a „súlyosságnak” az adatközlés vagy annak elmulasztása (objektív) következményeire kell vonatkoznia, függetlenül az adatokat szolgáltató (szubjektív) tudatállapotától vagy szándékától.

76. Véleményem szerint *csak* azok a tettek és mulasztások tartozhatnak a 45. cikk (2) bekezdésének g) pontja alá, amelyekből olyan versenyelőny származik, amely egy gazdasági szereplőt az ajánlattételi eljárásban tart annak ellenére, hogy egyébként nem maradna ott.³² Más szavakkal, ha egy (adatok közzétételével vagy elhallgatásával tett) hamis nyilatkozat nem alkalmas arra, hogy befolyásolja a végeredményt, nem lehet a gazdasági szereplő kizárásának érvényes indoka. A továbbiakban erre a „végeredményre vonatkozó feltételként” hivatkozom.

77. Ezt az értelmezést azok a nyelvi változatok is alátámasztják, amelyek a hamis nyilatkozat súlyosságát hangsúlyozzák. Tekintheszünk úgy, hogy összhangban van a „bűnösség” súlyosságát hangsúlyozó változatokkal. Továbbá tükrözi a verseny előtti nyitottságra vonatkozó célkitűzést és a kizárási okok szűk értelmezésével is összhangban van. Amennyiben valamely ajánlattevő a legalkalmasabb a szerződés végrehajtására, akár a legjobb ár, akár a legelőnyösebb ajánlat alapján,³³ akkor a kizárás ellentétes az irányelv arra irányuló céljával, miszerint biztosítani kell, hogy a szerződéseket objektív kritériumok alapján, a szolgáltatás/ellenszolgáltatás legkedvezőbb arányának³⁴ elérésével ítélik oda.

78. Ebből következik, hogy a végeredményre vonatkozó feltétel a hamis nyilatkozat alapján történő kizárás elengedhetetlen feltétele.

29 — A francia változatban „gravement coupable”; az olaszban „gravemente colpevole”; a spanyolban „gravemente culpable” és a hollandban „in ernstige mate schuldig”.

30 — Az angolban „guilty of serious misrepresentation”; a németben „in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig”; a cseh változatban pedig „který se dopustil vážného zkraslení”. Ugyanakkor más nyelvi változatok, például a szlovák, egyáltalán nem utal a súlyosságra, sem a tudatállapottal, sem a tett következményeivel kapcsolatban – „bol uznany vinným zo skresľovanie skutočnosti”.

31 — Lásd még az irányelv 45. cikke (2) bekezdésének d) pontját, amely előírja, hogy a gazdasági szereplő kizárható, ha „súlyos kötelességszegést követett el”. Ahogyan azt a Bizottság megjegyezte, a Bíróságnak az e rendelkezésre vonatkozó ítélkezési gyakorlata a tagállamok szerepére hivatkozik e fogalom meghatározása során, valamint arra is, hogy a rendelkezés alkalmazásához szükség van egy bizonyos fokú súlyosságra.

32 — Ami jelentősen befolyásolja például az előzetes kiválasztást vagy a szerződés odaítélését.

33 — Az irányelv 53. cikkének (1) bekezdése.

34 — Lásd például az irányelv (46) preambulumbekendését.

79. Ezenfelül úgy ítélem meg, hogy a 45. cikk (2) bekezdésének g) pontját elméletileg *minden esetben* alkalmazni kell, ha a végeredményre vonatkozó feltétel teljesül. Ugyanis, ha valamely adat közlése vagy elhallgatása befolyásolja a végeredményt, akkor az *önmagában jelentős mértékű*. E tekintetben előfordulhat, hogy bizonyos esetben „nyilvánvaló” vagy „apró” hibák vagy „pusztán egy elírás” azzal a nem várt következménnyel jár, hogy jelentősen megváltoztatja az ajánlat végeredményét. Az ilyen hibák lehetnek teljesen véletlenek. Ugyanakkor nyilvánvalóan nem tekinthetők apró vagy jelentéktelen hibának azon versenytárs szemében, aki ennek eredményeképpen veszít a pályázaton vagy jelentős hátrányba kerül.

80. Ezért úgy vélem, hogy a végeredményre vonatkozó feltétel teljesülése önmagában *elégséges a hamis nyilatkozat miatti kizáráshoz*, anélkül hogy további feltételeknek kellene teljesülniük. A hamis nyilatkozat fogalmának ezen értelmezését, amely független az ajánlattevő szándékának szubjektív elemeitől, a 45. cikk (2) bekezdésének g) pontja alapján három további érv támasztja alá.

81. Először is, az irányelv 45. cikke (2) bekezdésének g) pontja nem is említi a tudatállapotot általában, vagy különösen a szándékosságot, hanyagságot vagy gondatlanságot, nemhogy megpróbálná pontosítani ezeket a fogalmakat. Ilyen feltételek mellett nem lenne helyénvaló a 45. cikke (2) bekezdése g) pontjának hatályát összetett, légből kapott fogalmak alapján értelmezni. Önmagában ez a tény is igazolja a rendelkezés objektív értelmezését, amelyet az imént javasoltam. Ezenfelül a 45. cikk (2) bekezdése csupán azokat az alapvető feltételeket határozza meg, amelyek alapján az uniós jog megteremti az ajánlattevők kizárásának *lehetőségét*. Ennek során kifejezetten hivatkozik a nemzeti jogra, amely meghatározza a végrehajtás feltételeit, amelyek közé tartozhat például a gondatlanság vagy szándékosság nemzeti jogi fogalma.

82. Másodsor, ehhez kapcsolódik egy gyakorlati kérdés: észszerűen elvárható-e egy közbeszerzési eljárásban eljáró közigazgatási hatóságtól, amelyet gyakran jelentősen sürget az idő és valószínűleg számos terjedelmes pályázatot nyújtanak be hozzá, hogy a cégek szándékát vizsgálja és megállapítsa? Egyértelmű, hogy ez nem életképes felvetés.

83. Harmadszor, még ha valamely közigazgatási hatóság meg is tudna bizonyosodni a cégek szándékáról, mennyiben lenne ez valóban hasznos? Általános elvárás, hogy a pályázatokban részt vevő gazdasági szereplőknek megfelelő körültekintést kell tanúsítaniuk.³⁵ Egy szakmai képviselőtől egyszerűen elvárják, hogy kellő körültekintéssel járjon el. Ez azt jelenti, hogy a szándék mellett valószínűleg a gondatlanság különböző formáit is figyelembe veszik. Amennyiben így van, akkor a tudatállapot valójában nem jelent tényleges megkülönböztető kritériumot.

84. A végeredményre vonatkozó feltétel ezért a 45. cikke (2) bekezdése g) pontjának elengedhetetlen és elégséges feltétele. Ez azonban csak *lehetővé teszi* a tagállamok számára, hogy valamely gazdasági szereplőt kizárják. A 45. cikk (2) bekezdése utolsó albekezdésének megfelelően nemzeti szinten kell meghatározni azokat a részletfeltételeket, amelyek alapján a gazdasági szereplők a gyakorlatban kizárhatók.

85. Az irányelv 45. cikke (2) bekezdésének g) pontjára vonatkozó záró megjegyzésként hozzáteszem, hogy a nemzeti bíróság kifejezetten azt a kérdést vetette fel, hogy ez a rendelkezés alkalmazható-e, ha a *helyes* információkat megtévesztő módon tüntették fel. Más szavakkal, oly módon, hogy úgy tűnik, mintha a pályázati feltételek teljesülnének, holott nem. A nemzeti bíróság kérdése e tekintetben olyan helyzetre vonatkozik, amikor valamely gazdasági szereplő nem teljesíti a pályázati feltételeket.

35 — Lásd: 2012. március 29-i SAG ELV Slovensko és társai ítélet (C-599/10, EU:C:2012:191, 38. pont).

86. Ilyen helyzetben a gazdasági szereplőt általában kizárják, egyszerűen amiatt, hogy nem teljesíti a pályázati követelményeket. Az ilyen ajánlattevő csak akkor vehet részt a továbbiakban az eljárásban, ha az ajánlatát úgy módosítja, hogy *mégis* megfeleljen a követelményeknek. Egyben ez az egyetlen helyzet, amelyben az irányelv 45. cikke (2) bekezdésének g) pontja alapján történő kizárást egyáltalán mérlegelni kell.

87. Amint azt az 1. kérdés elemzésében kifejtettem, a pályázatok határidőn túli módosítása elfogadhatóságának egyértelműen vannak határai. Ezeket a határokat meghaladhatja, amikor a módosítások, mint például a jelen ügyben is, jelentős eltérést eredményeznek (vagyis a pályázati követelményeknek a módosítás előtti nem teljesítése és a módosítás utáni teljesítése közötti eltérést).

88. Ugyanakkor, feltételezve, hogy az ilyen módosítások elméletileg lehetségesek, az illető gazdasági szereplő kizárható-e ennek ellenére az eredeti ajánlattételben szereplő hamis nyilatkozatok miatt?

89. Úgy vélem, hogy a kérdésre adandó válasz az, hogy igen, egy ilyen gazdasági szereplő *esetlegesen* kizárható. Ennek oka, hogy a) eredetileg nem közölte a 48. cikk (2) bekezdésének a) pontjában előírt adatokat (ami az irányelv 45. cikke (2) bekezdésének g) pontjában említett hamis nyilatkozatok egyik fajtája) és b) ez a mulasztás lényeges volt abból a szempontból, hogy befolyásolhatta a pályázat végeredményét (végeredményre vonatkozó feltétel).

90. A probléma nem igazán abban áll, hogy a gazdasági szereplő nyilvánvalóan „kétes marketingtevékenységet” folytatott a tényleges tapasztalatát illetően. Inkább arról van szó, hogy függetlenül attól, hogyan tálalta a tapasztalatát, a gazdasági szereplő eredetileg nem közölte a 48. cikk (2) bekezdésének a) pontjában „előírt” adatokat, és ezen adatok későbbi benyújtása megváltoztatta a pályázat végeredményét.

91. A fentiek alapján azt javasolom, hogy a Bíróság a nemzeti bíróság hatodik kérdését a következőképpen válaszolja meg:

Egy gazdasági szereplő csak akkor tekinthető úgy, hogy a 2004/18 irányelv 45. cikke (2) bekezdésének g) pontja alapján jelentős mértékben hamis nyilatkozatot tett, ha az állítólagos hamis nyilatkozat befolyásolhatja az ajánlatkérő döntését azzal, hogy lehetővé teszi az eljárásban való további részvételét, noha más esetben nem tenné. Az említett rendelkezés alkalmazásának feltétele a 2004/18/EK irányelv VII. fejezetének 2. szakaszában előírt adatszolgáltatás vagy annak elmulasztása. Az említett irányelv 45. cikke (2) bekezdése g) pontjának alkalmazása nem függ a ténybeli hibákat tartalmazó adatok közlésétől vagy a gazdasági szereplő konkrét tudatállapotától.

V – Véggöveztetések

92. A fentiekben kifejtettek alapján azt javaslom a Bíróságnak, hogy a Krajowa Izba Odwoławcza (nemzeti fellebbviteli tanács, Lengyelország) által feltett kérdésekre a következőképpen válaszoljon:

1–3. kérdés:

Az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (a továbbiakban: 2004/18/EK irányelv) 2. cikkében rögzített, a gazdasági szereplők egyenlő és megkülönböztetésmentes bánásmódban való részesítése elvével és az átláthatóság elvével összefüggésben értelmezett 51. cikke nem teszi lehetővé, hogy valamely gazdasági szereplő az iratok pontosítása vagy kiegészítése keretében a leszállított áruknak az ajánlathoz csatolt listáján általa feltüntetettéltől eltérő, harmadik fél által teljesített szerződéseket, vagy harmadik személyek arra vonatkozó kötelezettségvállalását tüntesse fel, hogy az említett harmadik fél kapacitásait az ajánlattevő rendelkezésére bocsátja.

4. kérdés:

A 2004/18 irányelv 48. cikke (2) bekezdésének a) pontjával és a 2. cikkében szereplő egyenlő bánásmód elvével összhangban értelmezett 44. cikke nem teszi lehetővé, hogy valamely gazdasági szereplő az irányelv 48. cikkének (3) bekezdése értelmében más gazdasági szereplő tudására és tapasztalatára támaszkodjon, ha ezt az ajánlatkérő kifejezetten kizárta. Ugyanakkor bármely ilyen jellegű kizárásnak a szerződés tárgyával összefüggőnek, és azzal arányosnak kell lennie.

5. kérdés:

A 2004/18 irányelv 44. cikkét és 48. cikke (2) bekezdésének a) pontját úgy kell értelmezni, hogy egy olyan gazdasági szereplő, aki gazdasági szereplők csoportjának tagjaként teljesített valamely szerződést, csak azon tapasztalatokra támaszkodhat sajátjaként, amelyet a szerződés teljesítése során saját maga megszerzett. Ez nem érinti azt a lehetőséget, hogy valamely gazdasági szereplő az irányelvben meghatározott feltételek mellett harmadik felek kapacitásaira támaszkodjon.

6. kérdés:

Egy gazdasági szereplő csak akkor tekinthető úgy, hogy a 2004/18 irányelv 45. cikke (2) bekezdésének g) pontja alapján jelentős mértékben hamis nyilatkozatot tett, ha az állítólagos hamis nyilatkozat befolyásolhatja az ajánlatkérő döntését azzal, hogy lehetővé teszi az eljárásban való további részvételét, noha más esetben nem tenné. Az említett rendelkezés alkalmazásának feltétele a 2004/18 irányelv VII. fejezetének 2. szakaszában előírt adatszolgáltatás vagy annak elmulasztása. Az említett irányelv 45. cikke (2) bekezdése g) pontjának alkalmazása nem függ a ténybeli hibákat tartalmazó adatok közlésétől vagy a gazdasági szereplő konkrét tudatállapotától.

7. kérdés:

A 2004/18/EK irányelv 2. cikkében meghatározott egyenlő bánásmód elvével összefüggésben értelmezett 44. cikke és 48. cikke (2) bekezdésének a) pontja lehetővé teszi, hogy a gazdasági szereplő oly módon hivatkozzon tapasztalatára, hogy egyszerre két vagy több szerződésre hivatkozik egyetlen szerződésként, kivéve ha az ajánlatkérő kifejezetten kizárta az együttes hivatkozás lehetőségét. Bármely ilyen jellegű kizárásnak a szerződés tárgyával összefüggőnek, és azzal arányosnak kell lennie.