

A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés, annak teljesítése, módosítása



Várhomoki-Molnár Márta,
Kéri Zoltán



Várhomoki-Molnár Márta, Kéri Zoltán

A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés,
annak teljesítése, módosítása

Szerzők:

dr. Várhomoki-Molnár Márta

dr. Kéri Zoltán

Szakmai lektor:

dr. Méhes Tamás

Olvasószerkesztő:

Vöröss Ferenc

A kézirat lezárásának dátuma:

2018. november 27.

Kiadja:

© NKE, 2019

Felelős kiadó:

Prof. Dr. Kis Norbert
dékán

A mű szerzői jogilag védett. Minden jog, így különösen a sokszorosítás, terjesztés és fordítás joga fenntartva. A mű a kiadó írásbeli hozzájárulása nélkül részeiben sem reprodukálható, elektronikus rendszerek felhasználásával nem dolgozható fel, azokban nem tárolható, azokkal nem sokszorosítható és nem terjeszthető.

TARTALOM

1. A közbeszerzési szerződés	5
1.1. A közigazgatás által kötött szerződések sajátosságai és a közbeszerzési szerződés	5
1.2. A közbeszerzési szerződés fogalma és önálló értelmezése az uniós bírósági gyakorlatban	7
1.3. A Ptk. mint háttérjogszabály, a közbeszerzésekkel összefüggő polgári és közigazgatási jogvita viszonya	8
2. A közbeszerzési szerződés megkötése	12
2.1. A szerződéskötési moratórium, a szerződéskötés időpontja	13
2.2. A szerződéskötési kötelezettség	14
3. A közbeszerzési szerződés tartalmára vonatkozó speciális szabályok.....	16
3.1. A szerződés közbeszerzési eljárás által meghatározott tartalma és a Kbt. kötelező szerződéses tartalmat előíró szabályai	16
3.2. A szerződés időtartama	19
3.3. A sajátos teljesítési feltételek beépítésének lehetősége	20
4. Biztosítékok alkalmazása a közbeszerzésekben	22
5. Az ellenszolgáltatás teljesítésének sajátos szabályai	26
5.1. A pénztartozás teljesítésének szabályai, a késedelmes kifizetések leküzdésére irányuló uniós szabályozás és hazai átültetése.	28
5.2. Az ellenszolgáltatás teljesítésének sajátos szabályai építési beruházás esetén	30
6. Az alvállalkozás	31
6.1. Az alvállalkozó közbeszerzési jogi fogalma	31
6.2. A teljesítésben közreműködőkre vonatkozó kötelező előírások	32
6.3. Az alvállalkozók bejelentése és a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzéséhez kapcsolódó döntőbizottsági gyakorlat	34
7. Változás az ajánlatkérő és az ajánlattevő személyében.....	36
7.1. A jogutódlás megengedett esetei	36
7.2. Projektársaság	37
8. A szerződésmódosítás lehetősége közbeszerzési szerződések esetén.....	38
8.1. Az irányelvi korlátok.....	38
8.2. A közpénzekkel való felelős gazdálkodás elvének érvényesítése a Kbt. 142. §-ában	43
9. A közbeszerzési szerződés megszüntetése	45
10. A szerződésszegés jelentősége a Kbt.-ben.....	47
10.1. Mikor beszélünk szerződésszegésről, és milyen szempontból releváns a közbeszerzési jog számára?	47
10.2. Az ajánlatkérő dokumentálási és bejelentési kötelezettsége	48

10.3. Szerződésszegésből eredő igények kötelező érvényesítése	50
10.4. Szerződésszegés mint kizáró ok.....	51
11. A szerződés érvénytelensége közbeszerzési jogsértés miatt	53
11.1. A szerződés érvénytelensége	53
12. Kártérítés közbeszerzési jogsértésért	56
13. Jogszabálytár.....	58
14. Irodalomjegyzék	59

1. A KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉS

1.1. A KÖZIGAZGATÁS ÁLTAL KÖTÖTT SZERZŐDÉSEK SAJÁTOSÁGAI ÉS A KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉS

A közigazgatás által kötött szerződések sajátosságairól beszélve a kiindulópontot az jelenti, hogy a közigazgatás által kötött szerződések esetén az egyik (vagy mindkét) szerződő fél közigazgatási szerv jellege, valamint az általa ellátandó feladatokban megjelenő közérdek a közigazgatás szerződéses kapcsolataira is hatást gyakorol. A nagy európai jogrendszerek mindegyike figyelembe veszi, hogy a közigazgatás által kötött szerződések esetében szükség van bizonyos eltérésekre azon szabályoktól vagy gyakorlatoktól, amelyeket a szerződéseknél általában alkalmazni szoktak. Az eltérések megjelennek egyrészt a szerződéskötéshez vezető folyamat, a szerződő fél kiválasztásának szabályozásában. Ez a közbeszerzési jog szabályozási területe, amely a tisztességes versenyt garantáló szabályokat állítja középpontjába, és amely terület az uniós jogharmonizáció révén Európa-szerte nagy mértékben egységes. Az utóbbi időben megfigyelhető az az irány is, hogy a közbeszerzési jog szabályozási területe egyre inkább kiterjed a szerződés teljesítésének létszakaszára is. Az uniós és a hazai jogalkotó sem hagyhatta ugyanis figyelmen kívül, hogy a tisztességes versenyt előíró rendelkezések csak akkor érvényesülnek valójában, ha a verseny tisztaságának megtartására a szerződéskötést követően is figyelmet fordítanak a felek.

A közigazgatás által kötött szerződéseknek másrészt vannak olyan sajátosságai is, amelyek nem a közbeszerzési szabályozás területéhez kapcsolódnak, hanem a szerződő fél közigazgatási szerv jellegéből más módon következnek.

Az egyes nagy európai jogrendszerek, eltérő jogi hagyományaikból adódóan más-más módon helyezik el jogrendszerükben a közigazgatás által kötött szerződéseket.

A francia jog kidolgozta a közigazgatási szerződés fogalmát. A közigazgatási szerződések a francia modellben a jogrendszer önálló kategóriájaként elkülönülnek a magánjogi szerződésektől. A joggyakorlat által kialakított ismérvek szerint a francia jogban közigazgatási szerződésről akkor beszélünk, ha legalább az egyik szerződő fél közigazgatási szerv és a szerződés közszolgáltatás ellátásához kötődik vagy olyan rendelkezéseket tartalmaz, amelyek eltérnek a polgári jogban jellemző szerződéses rendelkezésektől. A szerződés ugyanakkor közigazgatási szerződésnek minősülhet jogszabály rendelkezése alapján is.

A közigazgatási szerződéssé minősítés következménye egyrészt az eljáró bírói fórum különbsége: a közigazgatási szerződésekkel kapcsolatos jogviták a közigazgatási bíróság hatáskörébe tartoznak. A közigazgatási szerződés minőség ugyanakkor más következményekkel is jár: a szerződésekre bizonyos speciális szabályok vonatkoznak, amelyekhez képest mögöttesen alkalmazandóak a szerződésekre vonatkozó általános polgári jogi szabályok. A közigazgatási szerződések jogának jellemzőjeként azt szokták elsősorban említeni, hogy a francia jogrendszer eleve elismer bizonyos „előjogokat” a közigazgatási szerv számára. Ilyen az egyoldalú szerződésmódosítás vagy megszüntetés lehetősége, amelyet a közigazgatási szerződésekre vonatkozóan a francia jog akkor is elismer, ha azt a szerződés nem biztosítja kifejezetten. A szerződéssel biztosított közfeladat ellátásának védelme jelenik meg ugyanakkor azokban az elvekben, amelyek szerint a körülmények előre nem látható és a szerződés fenntartását veszélyeztető megváltozása esetén a szerződő fél igényt tarthat a szerződés vagyoni egyensúlyának helyreállítására.

A német jog meghatározó elméleti megközelítése, hogy a szerződő közigazgatás a vagyoni viszonyok egyenrangú résztvevője, a közigazgatás által kötött szerződések pedig túlnyomó részben a magánjog hatálya alá tartoznak. Ez a kiindulópont ugyanakkor nem jelenti akadályát annak, hogy a közérdek, a szerződő fél közigazgatási szerepével való összhang megteremtése

érvényesüljön, amelyek a német jogban is a szerződések általános szabályaihoz képest bizonyos speciális jogszabályi rendelkezésekben és a bírói gyakorlatban jelennek meg.

Az angol jogban a közigazgatás által kötött szerződésekre más szerződésekhez hasonlóan ugyanúgy a common law szerződési jogi elvei vonatkoznak. E szerződések sajátos kezelésének a közérdekből eredő igénye kifejezésre jut a bíróságok által a közigazgatás szerződéseire vonatkozóan kialakított egyes elvekben, speciális jogszabályi rendelkezésekben és a közigazgatási szervek által alkalmazott általános szerződési feltételek gyakorlatában.

A közigazgatás szerződéseinek kezelésében a magyar jog a német mintájú fejlődést követte, a közigazgatás által kötött szerződések nem különülnek el a jogrendszerben más polgári jogi szerződésektől, az elvi kiindulópont a felek egyenrangúsága. A szerződő fél közigazgatási szerv minősége és a szerződéshez fűződő közérdek ugyanakkor számos sajátos szabályt igényel, melyek jellemzően speciális jogszabályi rendelkezésekben jelennek meg. Mint Európa más országaiban, a közigazgatás szerződésénél olyan vegyes jellegű jogviszonyokat találunk, ahol az általános szerződési szabályok bizonyos eltérésekkel érvényesülnek. Meg kell jegyezni, hogy 2018. január 1-től a Közigazgatási Perrendtartás (a 2017. évi I. törvény, a továbbiakban: Kp.) a magyar jogrendszerbe is bevezette a közigazgatási szerződés fogalmát. Továbbra is elmondható azonban, hogy a közigazgatási szerződés kategóriája a közigazgatás szerződéseinek viszonylag szűk körét foglalja magában. Több olyan megállapodást fog össze ezen a néven a Kp., amelyekben az a közös, hogy a jogalkotó indokoltnak látta a szerződésekkel kapcsolatos jogviták közigazgatási bírósági útra utalását. A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvénynek (a továbbiakban: Kbt.) a Kp-hoz történő hozzáigazítása során a magyar jogalkotó arra az álláspontra helyezkedett, hogy a közbeszerzési szerződéseket nem indokolt egységesen közigazgatási szerződésnek minősíteni. A Kbt. jogorvoslatra vonatkozó szabályainak 2018. január 1-jétől hatályos módosítását megvalósító törvény javaslatának indokolása szerint „szükséges leszögezni, hogy a közbeszerzési szerződéseket a törvény nem minősíti közigazgatási szerződésnek tekintettel arra, hogy ezen szerződések – bár a közbeszerzési szabályozásból adódóan rendelkeznek bizonyos sajátosságokkal – meghatározó részben a szerződések jogában általános elemeket tartalmaznak és a szerződésekkel kapcsolatban felmerülő vitás kérdések is alapvetően polgári jogi kérdéseket érintenek, nem indokolt ezért ezen jogviták közigazgatási bírósági hatáskörbe utalása.”¹ Fontos elkülöníteni, hogy a közbeszerzési szabályok megsértése miatti jogviták a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartoznak, amelynek döntésével szemben közigazgatási bíróság hatáskörébe tartozó közigazgatási pernek van helye. Ezzel szemben a közbeszerzési szerződések közigazgatási szerződéssé minősítése azt jelentette volna, hogy a közbeszerzés útján kötött szerződések (pl. vállalkozási, adásvételi szerződések) teljesítésével kapcsolatos minden jogvita a közigazgatási bíróság hatáskörébe került volna.

A magyar jogban tehát – hasonlóan a német joghoz és ellentétben a francia joggal – a **közbeszerzési szerződések nem tartoznak a közigazgatási szerződés kategóriájába**. A jogrendszerben ezeket is magánjogi szerződésnek tekintjük, ugyanakkor az általános szerződési szabályokhoz képest bizonyos speciális szabályok is vonatkoznak rájuk.

¹ A 2017. évi CLXXXVI. törvény javaslatának miniszteri indokolása.

1.2. A KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉS FOGALMA ÉS ÖNÁLLÓ ÉRTELMEZÉSE AZ UNIÓS BÍRÓSÁGI GYAKORLATBAN

A közbeszerzési szabályozás meghatározott tárgyú és értékű, visszterhes szerződésekre terjed ki. Bár a közbeszerzési szabályokat a gyakorlatban a szerződésekre vonatkozó más, különösen a polgári jogi szabályokkal együtt kell alkalmazni, a közbeszerzési jog egy önálló jogterület. A közbeszerzési jog által használt egyes fogalmakat így a közbeszerzési jog célját szem előtt tartva, és a közbeszerzésekre vonatkozó uniós joggal összhangban kell értelmezni.

Az Európai Unió Bírósága a **közbeszerzési szerződés** fogalmi elemeinek értelmezésekor **tág értelmezést követ**, a Bíróság szerint ugyanis a szerződés fogalmának értelmezésekor figyelembe kell venni, hogy az irányelvi szabályozás célja – a közszféra bizonyos tárgyú megrendeléseinek megnyitása a verseny számára – teljes mértékben érvényesülhessen (C-399/98). Ennek megfelelően a Bíróság több esetben is megállapította, hogy az a tény, hogy a nemzeti jog szerint valamely megállapodás a közjog hatálya alá tartozik, nem befolyásolja az irányelv alkalmazásában értendő „szerződés” fennállását és nem jelent kivételt annak alkalmazása alól. A közbeszerzési szerződés meghatározása a közösségi jog területére tartozik, ezért valamely megállapodásnak a nemzeti jog alapján való minősítése e tekintetben nem releváns. A Bíróságnak a C-399/98. számú, La Scala ügyben hozott döntésében a közbeszerzési irányelvek hatálya alá tartozó szerződésnek minősült az a jogi megoldás, ahol egy magánberuházó a saját nagyszabású ingatlanfejlesztési beruházása keretében közérdekű ingatlanok építéséhez/felújításához kapcsolódó munkákat is elvégzett az építési engedélyért fizetendő díj elengedése fejében, és mindezt az önkormányzattal aláírt fejlesztési megállapodás rendezte. Az ítélet szemlélteti, hogy a Bíróság igen tágan és a nemzeti jog szerinti jogági hovatartozást figyelmen kívül hagyva értelmezi a szerződés fogalmát, az a tény, hogy valamely megállapodásra speciális – pl. városrendezési – szabályok vonatkoznak, nem zárja ki, hogy a közbeszerzési szabályozás hatálya alá tartozó szerződésről legyen szó. Mindig tartalmilag kell vizsgálni, hogy egy adott konstrukció megfelel-e a visszterhes beszerzési szerződés kritériumainak.

A szerződés fogalmán túl az uniós bírósági gyakorlat a **visszterhesség fogalmát is tágan értelmezi**. A C-451/08. számú, Helmut Müller ügyben a Bíróság egy tervezett építési beruházás vonatkozásában mondta ki, hogy a szerződés visszterhessége azt jelenti, hogy a szerződő partner az ajánlatkérő javára teljesít építési munkát, amelyre tekintettel ellenszolgáltatás illeti meg. Az építkezés megvalósítása az ajánlatkérő szerv közvetlen gazdasági előnyét kell, hogy szolgálja, amely azonban nem feltétlenül jelenti azt, hogy az ajánlatkérő az építmény tulajdonosává válik, a szolgáltatást nem szükséges fizikailag az ajánlatkérő részére teljesíteni. A gazdasági előny azzal is megvalósul, ha az ajánlatkérőnek a szerződés valamely jogot biztosít az építmény használatára annak érdekében, hogy az épületet a lakosság igénybe vehesse. A Helmut Müller ügyben a Bíróság azt is kimondta, hogy a szerződés fogalmának alapvető eleme a jogi kötőerő, és a vállalt szolgáltatásoknak kikényszeríthetőnek kell lennie. A Bíróság gyakorlata abban is egyértelmű, hogy a visszterhesség akkor is megvalósul, ha a szerződés alapján nem az ajánlatkérő fizet ellenszolgáltatást, hanem a szerződő fél harmadik személyektől jogosult díjat szedni (tipikusan koncesszióknál fordul elő ez a díjazási mód). A Bíróság C-274/09. számú, Stadler ügyben hozott ítéletében szintén nem befolyásolta a visszterhesség fennállását, hogy a mentőszolgáltatást ellátó gazdasági szereplő a társadalombiztosítási szervektől kapott térítési díjat a szolgáltatásért.

1.3. A PTK. MINT HÁTTÉRJOGSZABÁLY, A KÖZBESZERZÉSEKKEL ÖSSZEFÜGGŐ POLGÁRI ÉS KÖZIGAZGATÁSI JOGVITA VISZONYA

A Kbt. az általa szabályozott szerződésekre vonatkozóan bizonyos kérdésekben a szerződések érvényessége és teljesítése kapcsán a Polgári Törvénykönyvtől (Ptk.) eltérő szabályokat fogalmaz meg, amelyek az általános polgári jogi szabályokhoz képest e szerződésekre speciális szabályként érvényesülnek. A Ptk. a szerződés tartalmának kialakításában jelentős szabadságot ad a feleknek, amelyet a Kbt. szintén korlátok közé szorít, hiszen számos kötelező, eltérést nem engedő (kogens) szabályt rögzít a szerződések tartalmára vonatkozóan. **A Ptk. szabályai és a felek szabadsága a szerződés tartalmának alakításában a közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás eredményeként kötött szerződésekre csak annyiban érvényesülnek, amennyiben a Kbt. és végrehajtási rendeletei nem határoznak meg attól eltérő kötelező szabályokat.**

A továbbiakban csak a közbeszerzési szerződésekre utalunk kifejezetten, a közbeszerzési jogszabályokban előírt sajátos szabályok azonban az építési és szolgáltatási koncesszióra is irányadóak, a koncessziók sajátosságából, az ellenszolgáltatás módjából adódóan építési koncesszióra ugyanakkor nem kötelező alkalmazni azokat a szabályokat, amelyeket a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet az ellenszolgáltatás teljesítésére építési beruházásoknál előír.

A közbeszerzési szerződésekkel összefüggő jogviták eldöntése – az adott jogvita tárgyától, az érvényesíteni kívánt igénytől függően – tarthat közigazgatási jogorvoslati útra vagy a bíróság hatáskörébe. Azzal kapcsolatban, hogy milyen igények elbírálása tartozik a közbeszerzési szerződésekkel kapcsolatban közigazgatási útra, azaz a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe, a jogalkalmazóknak talán legegyszerűbb a Kbt. 165. §-át segítségül hívniük, amely szabályozza, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság milyen tartalmú határozatot hozhat. Ennek megfelelően például a Közbeszerzési Döntőbizottság megállapíthatja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzési jogszabályokat és bírságot szabhat ki. 2018. január 1-je óta a Közbeszerzési Döntőbizottság a szerződés semmisségét is megállapítja a Kbt. 137. § (1) bekezdése szerinti jogsértés megállapítása esetében. Ezen egyetlen eset kivételével a Közbeszerzési Döntőbizottság nem jogosult polgári jogi igényekről dönteni, azaz nem tud például olyan döntést hozni, amellyel az ajánlatkérőt az ajánlattevő javára pénzüsszeg fizetésére kötelezi; ilyen jellegű igényről csak a bíróság határozhat.

A közbeszerzési jogszabályok megsértésével és a közbeszerzési szerződésekkel összefüggő polgári jogi igények elbírálása – a 137. § (1) bekezdése szerinti jogsértésen alapuló semmisség megállapításán kívül – a bíróság hatáskörébe tartozik. Ez azt jelenti, hogy vagyoni igények elbírálására a közbeszerzési szabályok megsértésével és a közbeszerzési szerződésekkel összefüggésben nem a Közbeszerzési Döntőbizottság, hanem a bíróság jogosult.

A közbeszerzési szerződésekkel kapcsolatos polgári jogviták lehetnek olyanok, amelyek függetlenek a közbeszerzési jogszabályoktól. Ha például egy vállalkozási szerződés teljesítésével összefüggésben van vita a felek között vállalkozási díjtartozás vagy hibás teljesítés miatt, az ilyen jogvitában a polgári ügyekben eljáró bíróság fog dönteni.

A közbeszerzésekkel összefüggő vagyoni követelések más része a közbeszerzési jogszabályok megsértésén alapul. Erre az esetre mondja ki a Kbt. 177. § (1) bekezdése, hogy a közbeszerzésre, illetve a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok megsértésére alapított polgári jogi igény érvényesíthetőségének feltétele főszabály szerint az, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság véglegesen, illetve a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatával szemben

folyamatban lévő közigazgatási perben a közigazgatási ügyben eljáró bíróság a jogsértést jogerősen megállapítsa. Azaz, ha például egy ajánlattevő kártérítést kíván követelni azért, mert ajánlatát jogszerűtlenül minősítette érvénytelennek az ajánlatkérő, a kártérítésről a bíróság fog dönteni polgári perben, ezt megelőzően azonban a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz kell fordulni annak érdekében, hogy a közbeszerzési jogsértést, az ajánlat érvénytelenné nyilvánításának jogszerűtlenségét a Döntőbizottság kimondja. Nem szükséges viszont az előzetes közigazgatási úton kezdeményezett jogorvoslat akkor, ha az érvényesíteni kívánt polgári jogi igény a Kbt.-nek vagy végrehajtási rendeletének a szerződés tartalmi elemeit meghatározó rendelkezéseinek megsértésén alapul (pl. időtartam, alvállalkozói részvétel, biztosítékok). Ennek értelmében, ha például a nyertes ajánlattevőként szerződő fél a szerződés rendelkezéseinek a Kbt.-be ütközése miatt a szerződés biztosítékokra vonatkozó szabályainak semmisségét megállapító határozat meghozatalát kéri, az ilyen polgári jogi igény a Kbt. megsértésén alapul, mégsem szükséges előzetesen a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz fordulni. A jogalkotó ugyanis úgy látta, hogy az ilyen, a szerződés tartalmát meghatározó szabályok megsértése esetén szükségtelen szétválasztani a Kbt. megsértését megállapító és a hozzá kapcsolódó vagyoni igényről döntő jogorvoslati fórumot, a vagyoni igényről döntő bíróság egyúttal a Kbt. megsértését is megállapíthatja.

Időnként az is előfordul, hogy az előbbiekhöz képest fordított helyzet áll elő, azaz a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozó ügyben merül fel olyan előkérdés, amelynek eldöntése a bíróság hatáskörébe tartozik. Maga a Kbt. is szabályoz egy ilyen esetet a 142. § (2) bekezdésében. A 142. § (2) bekezdése szerint a 2. § (1)–(4) bekezdésében foglalt alapelvek megsértését valósítja meg az ajánlatkérőként szerződő fél részéről a szerződésszegésből eredő igények érvényesítésének elmaradása (ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását), ha

a) a szerződésszegés olyan kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradásával valósul meg, amelyet az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelése során figyelembe vett; vagy

b) a szerződésszegés eredményeként a teljesítés a szerződés tartalmától olyan mértékben tér el, amely – ha a felek szerződésüket így módosították volna – szerződésmódosításként a 141. § (6) bekezdése szerint lényeges módosításnak minősülne.

A fenti szakasz alkalmazásának előfeltétele annak megállapítása, hogy az adott szerződés teljesítése során szerződésszegés történt, valamint, hogy ezzel kapcsolatban bizonyos szankciók, pl. kötbér érvényesíthetőek lettek volna az ajánlatkérő részéről, amelyet elmulasztott. Amennyiben az érintett szerződő felek ezt vitatják, a szerződésszegés fennállásának kérdésében a jogvita eldöntésére a Döntőbizottság nem jogosult. A Kbt. 159. § (1) bekezdése ezért előírja, hogy ha a 142. § (2) bekezdésében foglalt jogsértés tárgyában a közbeszerzési ügy érdemi eldöntése a szerződésszegés megtörténtének előzetes elbírálásától függ, a Közbeszerzési Döntőbizottság a szerződésszegés tényének megállapítása iránt pert indít, és egyidejűleg az eljárást felfüggeszti.

Hasonló probléma merül fel abban az esetben, ha az ajánlatkérő egy korábbi súlyos szerződésszegés miatt zár ki egy ajánlattevőt a közbeszerzési eljárásból, az érintett ajánlattevő pedig a kizárás jogsértő voltának megállapítása és az erről szóló döntés megsemmisítése iránt a Közbeszerzési Döntőbizottsághoz fordul. A Kbt. 63. § (1) bekezdés c) pontja szerinti kizáró ok alkalmazásához a jogszabály szerint nem szükséges a szerződésszegésről jogerős ítéletnek rendelkezésre állnia, felmerül ugyanakkor, hogy ennek hiányában a Döntőbizottság előtti eljárásban az ajánlatkérő hogyan tudja alátámasztani a kizárás jogosságát. Ezzel kapcsolatban

figyelembe vehető az a joggyakorlat, amely még a 2011. évi Kbt. 62. § (1) a) pontjához kapcsolódott, amely a súlyos szerződésszegéshez kapcsolódó, korábban kötelező kizáró ok volt.

A D.274/15/2009.számú döntőbizottsági határozat alapjául szolgáló ügyben az ajánlatkérő az egyik ajánlattevőt egy korábbi tervezési szerződés hibás teljesítése miatt kizárta a közbeszerzési eljárásból. A szóban forgó tervezési szerződés kapcsán a felek között vita volt arról, hogy történt-e szerződésszegés, illetve azért maradtak-e el bizonyos elemei a teljesítésnek, mert az ajánlatkérő nem járt el megfelelően. A Döntőbizottság azokra az elemekre vonatkozóan, ahol az ajánlattevő az ajánlatkérői szerződésszegésére hivatkozott, azt állapította meg, hogy nincs hatásköre a szerződésszegés kérdésének elbírálására, az ajánlatkérő részéről pedig megállapította a jogsértést azzal az indokkal, hogy ezen szerződésszegések esetében nem tudta alátámasztani a kizárás jogszerűségét. Más szerződésszegési magatartások kapcsán ugyanakkor a Döntőbizottság érdemben vizsgálta, hogy megvalósult-e a szerződésnek megfelelő teljesítés, és ennek kapcsán arra a következtetésre jutott, hogy a súlyos szerződésszegés megállapítható, a kizárás tehát jogszerű volt. Az ügyben a Döntőbizottság határozatának bírósági felülvizsgálatát kezdeményezték. A bírósági felülvizsgálat során másodfokú bírósággént eljáró Fővárosi Ítéltábla úgy foglalt állást, hogy minden esetben az adott ügyben egyedileg a rendelkezésre álló valamennyi adat együttes vizsgálata alapján dönthető el, mi lehet a szerződésszegésen alapuló kizárási ok bizonyításának megfelelő eszköze. A perbeli esetben azonban a bíróság úgy ítélte meg, hogy mivel a megjelölt súlyos szerződésszegés tárgyában polgári jogvita volt, ezért más, mint a jogerős ítélet nem lett volna elfogadható a kizárás jogosságának alátámasztásához.

Egy másik, a D.102/19/2009. számú döntőbizottsági határozat alapjául szolgáló ügyben, ahol egyértelműbb volt a tényállás és annak okirati bizonyítékai, a bíróság jogerős ítélet hiányában is jogszerűnek ítélte meg az ajánlattevő korábbi szerződésszegése miatti kizárását és annak a Döntőbizottság általi megállapítását. A korábbi szerződésszegéssel érintett szerződésben az ajánlattevő egy szlovén gyártó kerékpárjainak szállítására tett ajánlatot, a szlovén beszállító azonban nem tudta határidőre teljesíteni a szállítást, ezért az ajánlattevő az ajánlatban foglaltak helyett más típusú kerékpárral akart teljesíteni, melyet az ajánlatkérő nem fogadott el. Erre vonatkozóan rendelkezésre állt a felek közötti levelezés. A szerződésszegésre tekintettel az érintett ajánlattevőt az ajánlatkérő következő közbeszerzési eljárásából kizárta, melynek jogosságát az ajánlattevő vitatta. A Döntőbizottság jogszerűnek értékelte a kizárást, határozatának bírósági felülvizsgálata során a Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.396/2010/7. számú ítéletében a következőképpen foglalt állást: „A törvény előírásaiból következik, hogy adott közbeszerzési eljárásban egy korábban eredményesen – szerződéskötéssel lezárult – közbeszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettség súlyos megszegését kell az ajánlatkérőnek igazolnia. Ez abban az esetben nem okoz nehézséget, ha a súlyos szerződésszegést a kizárás kimondásakor már rendelkezésére álló jogerős ítélet igazolja, mert a bíróság határozata megfelelő bizonyítási eszköze a súlyos szerződésszegésnek. Helyesen hivatkozott azonban arra az alperes, hogy az Irányelv 45. Cikke – amellyel összhangban áll a nemzeti szabályozás is – bármely, az ajánlatkérő rendelkezésére álló bizonyítási eszközt elfogad. Ez azt kell jelentse, hogy minden esetben az adott ügyben egyedileg, a rendelkezésre álló valamennyi adat együttes vizsgálata alapján dönthető el, mi lehet a kizárási ok bizonyításának megfelelő eszköze. Az alperesnek hatáskörében eljárva a jogorvoslati eljárásban azt kellett megítélnie, hogy az ajánlatkérő helyesen alkalmazta-e a kizárást olyan bizonyítékok alapján, amelyek rendelkezésére álltak a kizárás kimondásakor. Eljárásában hatáskörén nem terjeszkedett túl, nem vonta el a polgári bíróság hatáskörét, a jogsértést a Kbt. és nem valamely más jogágba tartozó jogszabály alapján ítélte meg.” Az ítéletben foglalt álláspontot a Kúria is megerősítette: „a Kúria egyetértett a másodfokú bíróság azon

álláspontjával, hogy a Kbt.² 62. § (1) bekezdésének a) pontja szerinti kizáró ok vizsgálata során, összhangban az Irányelv 45. cikkével, az ajánlatkérő bármely objektív alapú bizonyítékot figyelembe vehet annak igazolására, hogy az ajánlattevő egy korábbi közbeszerzési eljárásban vállalt szerződéses kötelezettségét súlyosan megszegte, ezért vele szemben a kizárási ok fennáll. A felperes állításával szemben a másodfokú bíróság azt is helyesen állapította meg, hogy a közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő rendelkezésére álltak olyan okirati bizonyítékok, amelyek objektíven igazolták a súlyos szerződésszegés tényét. A Kúria álláspontja szerint a felperes saját – szerződő partnere oldalán fennálló –, teljesítési problémákat elismerő nyilatkozata olyan objektív bizonyítéknak minősül, amelyet az ajánlatkérő a súlyos szabályszegés igazolására elfogadhatott és értékelhetett, mert az önmagában alkalmas e tény alátámasztására.” (Kúria Kfv.II.37.352/2011/7.)

² A 2003.évi CXXIX. törvény

2. A KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉS MEGKÖTÉSE

A Kbt. 4. §-a szerint a közbeszerzési eljárást (vagy koncessziós beszerzési eljárást, a továbbiakban együtt: közbeszerzési eljárás) az ajánlatkérő a közbeszerzési szerződés (illetve az építési vagy szolgáltatási koncesszió, a továbbiakban együtt: szerződés vagy közbeszerzési szerződés) megkötése érdekében folytatja le, tehát a közbeszerzési eljárás lefolytatásának közvetlen célja magának a szerződésnek a megkötése. Az ajánlatkérő a beszerzési igényét a szerződés létrejöttével – írásbeli megkötésével – elégítheti csak ki, mivel a szerződés alapján keletkezik az ajánlatkérőnek joga a közbeszerzési eljárásban meghatározott beszerzési tárgy és mennyiség teljesítésének követelésére (valamint természetesen kötelezettsége az ellenszolgáltatás teljesítésére). Ennek oka, hogy a közbeszerzési szerződés létrejöttéhez – a Ptk. 6:69. §-ában foglalt általános szabálytól eltérően – nem elegendő az ajánlat elfogadásáról szóló nyilatkozatot az ajánlattevővel közölni, azaz az ajánlatok elbírálásáról készített összegezésben arról tájékoztatni, hogy az adott közbeszerzési eljárás (vagy részajánlattételi kör) vonatkozásában nyertesként került kiválasztásra, hanem a Kbt. rendelkezései alapján a szerződés megkötése újabb, külön cselekmény az eljárás során.

A szerződés megkötése azonban maga is folyamatként értelmezhető, amely különböző lépésekből (technikai információk egyeztetése a leendő szerződő felek között; az aláírásra kerülő okirat véglegesítése, belső ügyrend szerinti ellenőrzése; ellenjegyzések elhelyezése; a szerződéskötéshez szükséges vagy előírt további okiratok, pl. felelősségbiztosítási kötvény és egyéb mellékletek beszerzése, összegyűjtése; szerződéskötés időpontjának kitűzése stb.) áll.

Költségvetési gazdálkodást folytató ajánlatkérő esetén az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény és a végrehajtásáról szóló 368/2011. (XII. 31.) Korm. rendelet előírásait is figyelembe kell venni. Ennek megfelelően a szerződés megkötése költségvetési értelemben kötelezettségvállalásnak minősül (azaz: a kiadási előirányzatok terhére fizetési kötelezettség vállalásáról szóló – így különösen a foglalkoztatásra irányuló jogviszony létesítésére, szerződés megkötésére, költségvetési támogatás biztosítására irányuló – szabályszerűen megtett jognyilatkozat), ami miatt a szerződés aláírását a pénzügyi ellenjegyzésnek is meg kell előznie. A pénzügyi ellenjegyzőnek az államháztartásról szóló törvény szerinti pénzügyi fedezet vizsgálata során arról kell meggyőződnie, hogy a tervezett kifizetési időpontokban megfelelő mennyiségű pénzeszköz (likvid fedezet) áll-e rendelkezésére.

A Ptk. szerint általánosságban a szerződést kötő felek szabadon dönthetnék el, hogy kötnek-e szerződést, és kivel, milyen tartalommal, ezt nevezzük szerződési szabadságnak, azonban ez a közbeszerzési szerződés esetén gyakorlatilag nem érvényesül, mivel a Kbt. – és végrehajtási rendeletei – részletesen meghatározzák a szerződés megkötésének módját, érvényes létrejöttének feltételeit, hogy egyáltalán kik köthetnek szerződést, továbbá a szerződés tartalmát is, valamint a teljesítés szabályait, a szerződésszegés esetén követendő magatartást és a szerződés módosításának korlátait, lehetőségeit is. Az alábbiakban ezeket a szabályokat ismertetjük.

A Kbt. 2. § (7) bekezdése értelmében a szerződés megkötése és teljesítése során is a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban, a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni. A Kbt. szerződésre vonatkozó rendelkezései egyaránt irányadóak a közbeszerzési szerződés és a koncesszió, valamint a keretmegállapodás tekintetében, az innovációs partnerségi szerződésre csak bizonyos rendelkezések alkalmazandóak.

2.1. A SZERZŐDÉSKÖTÉSI MORATÓRIUM, A SZERZŐDÉSKÖTÉS IDŐPONTJA

A Kbt. előírja, hogy a szerződést írásban kell megkötni, így a szerződés létrejötte időpontjának az összes szerződő fél általi aláírás időpontját kell tekinteni. (A Ptk. 6:70. §-a alapján annak nincs akadálya, hogy az egyes szerződő felek akár külön okiratot írjanak alá, értelemszerűen egyező tartalommal.)

A szerződés megkötésének időpontját a Kbt. mind a jogszerűen lehetséges legkorábbi, mind pedig a legkésőbbi időpont tekintetében korlátok közé szorítja.

Az ún. szerződéskötési moratórium időszaka alatt tilos a szerződést megkötni, ennek az az oka, hogy az uniós jogalkotó az esetlegesen jogsértő ajánlatkérői döntések elleni jogorvoslat hatékonyságát biztosítani kívánta. Például ha az ajánlatkérő jogsértően választja ki az eljárás nyertesét, és a szerződést az eljárás eredményének kihirdetését követően azonnal megkötnék, hiába állapítaná meg a jogorvoslati szerv, hogy más gazdasági szereplőt kellett volna adott esetben nyertesnek nyilvánítani, már nem volna valódi lehetőség a megkötött szerződés alapján közben már zajló teljesítés visszaállítására, az elkövetett jogsértés reparálására, helyreállítására, ez pedig ellentétes volna a valódi, azaz hatékony jogorvoslathoz való joggal. Ezért amíg jogorvoslat kezdeményezésére van lehetőség, vagy amíg a jogorvoslat nincs véglegesen lezárva, fenn kell állnia a szerződéskötési moratóriumnak is.

Így tilos megkötni főszabály szerint a szerződést az alábbi időtartamokon belül:

- a) az írásbeli összegezés megküldése napját követő tíz napos (Kbt. 115. §-a szerinti, nettó 300 millió forintot el nem érő építési beruházás tárgyában lefolytatott közbeszerzési eljárás esetén öt napos) időtartam lejártáig (ugyanaz vonatkozik a módosított összegezésre is, ha az eljárás eredményességére, az ajánlat érvényességére vagy az értékelés eredményére vonatkozó adat módosul);
- b) ha előzetes vitarendezési kérelmet nyújtanak be az ajánlatok bontását követően történt eljárási cselekménnyel, keletkezett dokumentummal kapcsolatban, az ajánlatkérő válaszána megküldése napját követő tíznapos időtartam lejártáig;
- c) ha jogorvoslati kérelmet vagy kezdeményezést nyújtanak be, a közbeszerzési ügy befejezését eredményező határozat meghozataláig.

A fentiek alól a Kbt. ad bizonyos esetekben felmentést, így az a) pont szerint még sincs moratórium, ha pl. csupán egyetlen ajánlat érkezett a nyílt eljárásban, ha rendkívüli sürgősség miatti (vagy az eljárás jogalapjára tekintettel csak egyetlen gazdasági szereplő felhívásával induló) hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásra került sor, keretmegállapodás alapján történik a beszerzés (kivéve, ha a verseny újranyitása során több ajánlat érkezett) stb.; továbbá a c) pont esetén a Közbeszerzési Döntőbizottság a szerződés megkötését engedélyezheti a jogorvoslati eljárás során.

Mivel a szerződést részajánlattételi lehetőség esetén közbeszerzési részenként külön kell megkötni, így a szerződéskötési moratórium fennállását is részenként külön kell vizsgálni és betartani.

A szerződés megkötésének végső határideje az ajánlati kötöttség lejártának időpontja, amely azonban az ajánlatok elbírálásáról szóló írásbeli összegezésnek az ajánlattevők részére történt megküldése napjától számított harminc – építési beruházás esetén hatvan – nappal meghosszabbodik.

2.2. A SZERZŐDÉSKÖTÉSI KÖTELEZETTSÉG

Az ajánlatkérő és az eljárásban részt vevő gazdasági szereplők nem dönthetnek szabadon abban a tekintetben, hogy ha az eljárás (vagy az adott közbeszerzési rész) eredményesen zárult, akkor egymással szerződést kötnek-e, mivel a Kbt. alapján szerződéskötési kötelezettségük áll fenn. A szerződéskötési kötelezettség az ajánlatkérőre, valamint a nyertes ajánlattevőre terjed ki (az utóbbira vonatkozik az ún. ajánlati kötöttség). Ez azt is jelenti, hogy a Ptk. 6:71. §-a alapján akár bírósági úton is rá lehet szorítani a másik felet a szerződés megkötésére, és ilyenkor a bíróság a szerződést létrehozhatja, és annak tartalmát meghatározhatja.

Szűk körben azonban a Kbt. lehetőséget ad a szerződéskötés megtagadására is, ti. ha az adott fél a szerződés megkötésére vagy teljesítésére nem lenne képes, vagy a szerződéstől való elállásnak vagy felmondásnak lenne helye és az ilyen helyzet az ajánlatok elbírálásáról szóló írásbeli összegezés megküldését követően beállott, ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt lépett föl (e tekintetben a Kbt. szigorúbb feltételt támaszt a Ptk.-nál, amely az utóbbi speciális körülmény felmerülését nem követeli meg). Azaz a Kbt. alapján a szerződés megkötése csak akkor tagadható meg, ha utólag (tehát a nyertessé nyilvánítás után) történik egy szinte elháríthatatlan, kiszámíthatatlan esemény, ami miatt az adott fél képtelenné válik a teljesítésre (pl. az ajánlatkérő váratlanul, nem saját döntése alapján elveszíti a beszerzésre szánt forrását).

A nyertes ajánlattevő visszalépése esetén a szerződés az ajánlatok értékelése során a következő legkedvezőbb ajánlatot tevőnek minősített ajánlattevővel is megköthető, ha őt az ajánlatok elbírálásáról szóló írásbeli összegezésben az ajánlatkérő megjelölte.

A szerződéskötési kötelezettség (az ajánlati kötöttség) fenti részletezett szabályozása teszi lehetővé az ajánlatkérő számára, hogy egyes követelmények teljesítését, amelyeknek az ajánlattétel időpontjában történő megkövetelése túlzottan vagy indokolatlanul korlátozná a versenyt, tehát az eljárásban részt vevő gazdasági szereplők körét, csupán a szerződés megkötésének időpontjára írja elő az ajánlattevők számára. Ezek olyan követelmények, amelyek teljesítése egy olyan gazdasági szereplő számára, amelyik nem nyertese a közbeszerzési eljárásnak, aránytalan terhet jelentenek, azonban a szerződés teljesítéséhez már elengedhetetlenül szükségesek, így szerződéskötési feltételként írhatóak elő az eljárás során (pl. a bemutatott szakemberek magyarországi kamarai regisztrációjának elvégzése). Amennyiben a szerződéskötési feltételt a nyertes ajánlattevő a szerződéskötés időpontjára nem tudja teljesíteni, azt – ha ez a közbeszerzési eljárás során egyértelműen elő volt írva – az ajánlatkérő tekintheti a szerződéskötéstől való visszalépésnek. Természetesen az ajánlatkérő ezzel a joggal nem élhet vissza, azaz a feltételek teljesítéséhez a szerződéskötés folyamata során elegendő időt köteles biztosítani a nyertes ajánlattevő számára.

Amennyiben a közbeszerzési eljárás során ajánlati biztosíték került előírásra, ez egyben a szerződéskötési kötelezettség megtartását hivatott kikényszeríteni azáltal, hogy

- ha az ajánlattevő az ajánlatát az ajánlati kötöttség ideje alatt visszavonja vagy a szerződés megkötése az ajánlattevő érdekkörében felmerült okból hiúsul meg, az ajánlati biztosíték az ajánlatkérőt illeti meg, továbbá hogy
- az ajánlatkérő a pénzben teljesített ajánlati biztosíték kétszeres összegének, egyéb esetekben az ajánlati biztosíték mértékének megfelelő összeg tíz napon belüli megfizetésére köteles a nyertes ajánlattevő, valamint – amennyiben az összegezésben

megjelölésre került – a második legkedvezőbb ajánlatot tevő részére, ha a szerződést az ajánlatkérő nem köti meg.

Az ajánlati biztosíték összegének fenti „elvesztése” alól csak az jelent kivételt, ha kifejezetten a Kbt. ad lehetőséget – a fentiekben ismertetettek szerint – a szerződéskötés megtagadására („ha az ajánlatok elbírálásáról szóló írásbeli összegezés megküldését követően beállott, ellenőrzési körén kívül eső és általa előre nem látható körülmény miatt a szerződés megkötésére vagy teljesítésére nem lenne képes, vagy ilyen körülmény miatt a szerződéstől való elállásnak vagy felmondásnak lenne helye”).

Amint a fentiekben láttuk, az eredményes közbeszerzési eljárás szerződéskötési kötelezettséget eredményez. Ezzel függ össze, hogy költségvetési gazdálkodást folytató ajánlatkérők esetén már a közbeszerzési eljárás megindítása is kötelezettségvállalásnak minősül. Az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény és a végrehajtásáról szóló 368/2011. (XII. 31.) Korm. rendelet tartalmazza ugyanis, hogy a Kbt. szerint a közbeszerzési eljárást megindító hirdetmény, részvételi, ajánlattételi felhívás – a Kbt. 53. § (5) és (6) bekezdése alapján megindított, ún. feltételes közbeszerzési eljárás, valamint a Kbt. 104. §-a alapján megindított olyan közbeszerzési eljárás, amelyben a keretmegállapodás önmagában fizetési kötelezettséget nem keletkeztet kivételével –, a pályázati kiírás, továbbá minden olyan nyilatkozat, harmadik személlyel szemben vállalt kötelezettség, amely feltételesen, valamely személy nyilatkozatától függő fizetési kötelezettséget tanúsít, (a kezesség, garanciavállalás kivételével, amire speciális szabályok vonatkoznak) kötelezettségvállalásnak tekintendő.

3. A KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉS TARTALMÁRA VONATKOZÓ SPECIÁLIS SZABÁLYOK

A közbeszerzési eljárás során az ajánlatkérő konkrét szerződéstervezetet tett közzé a közbeszerzési dokumentumok között, vagy – pl. tárgyalásos eljárásban és versenypárbeszéd esetén, továbbá nemzeti eljárásrendben árubeszerzés és szolgáltatás megrendelés esetén – az ajánlatkérő élhetett azzal a lehetőséggel is, hogy szerződéstervezet helyett csak az általa ismert, lényeges szerződéses feltételeket határozzon meg. Szerződéstervezet alkalmazása esetén a közbeszerzési szerződés tartalma a szerződéskötés időpontjában már szinte teljes mértékben előre meghatározott, ami azt jelenti, hogy a felek lényegében már csak egyes technikai részletek meghatározását végezhetik el (pl. fel kell tüntetni a szerződést ténylegesen aláíró képviselő, ügyvezető stb. nevét, vagy a szerződés teljesítése során kapcsolattartásra, vagy a teljesítés igazolására feljogosított konkrét természetes személy nevét, elérhetőségét), a második esetben a szerződés végleges szövegét a szerződéskötéskor kell kialakítani. Általánosan igaz azonban mindkét esetben, hogy a szerződést megkötő felek nem dönthetnek szabadon a szerződés tartalmának megállapítása tárgyában, hanem a Kbt. alapján az előre meghatározott feltételeket kell szerződésbe foglalniuk.

3.1. A SZERZŐDÉS KÖZBESZERZÉSI ELJÁRÁS ÁLTAL MEGHATÁROZOTT TARTALMA ÉS A KBT. KÖTELEZŐ SZERZŐDÉSES TARTALMAT ELŐÍRÓ SZABÁLYAI

A Kbt. előírja, hogy a szerződést a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően kell megkötni. Ez érthető, ha arra gondolunk, hogy a közbeszerzési szabályrendszer alkalmazásának egyik legfontosabb célja a verseny nyilvánosságának és átláthatóságának biztosítása, így tehát lényeges, hogy az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő a szerződés megkötésekor ne térhessenek el a verseny során alkalmazott feltételektől és a verseny megnyerését eredményező ajánlatban foglaltaktól.

A közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek és szerződéstervezet alatt több dokumentum tartalma értendő, hiszen az ajánlatkérő

- a nyílt eljárásban *a felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott feltételekhez* az ajánlattételi határidő lejártától,
- meghívásos eljárásban *a részvételi felhívásban meghatározott feltételekhez* a részvételi határidő lejártától, *az ajánlattételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott feltételekhez* az ajánlattételi határidő lejártától,
- tárgyalásos (és hirdetmény nélküli tárgyalásos) eljárásban *a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott feltételekhez* – melyeket a tárgyalások során módosítani is lehet az irányadó jogszabályi korlátok között – a tárgyalások befejezésének időpontjától

kötve van.

Az ajánlat tartalma alatt az ajánlati kötöttséggel terhelt, (végleges) ajánlati tartalmat kell érteni.

A végleges feltételeknek és az ajánlatnak megfelelő szerződéskötés a gyakorlatban azt jelenti, hogy a szerződés szövege visszautal a közbeszerzési eljárás során keletkezett dokumentumokra (pl. felhívás, kiegészítő tájékoztatások, műszaki leírás, szerződéstervezet, nyertes ajánlat stb., adott esetben sorrendiséget is felállít közöttük az esetleges ellentmondó tartalmi elemek miatti értelmezési kérdések tisztázása érdekében), úgy, hogy azok tartalma akkor is a felek szerződéses megállapodásának részét képezi, ha fizikailag nem kerülnek másolati példányban csatolásra magához az aláírt szerződéses okirathoz. Az egyértelműség kedvéért a Kbt. azt is előírja, hogy a szerződésnek kifejezetten tartalmaznia kell – az eljárás során alkalmazott értékelési szempontokra tekintettel – a nyertes ajánlat azon elemeit, amelyek értékelésre kerültek (pl. az ajánlati átalányár, vagy az értékelés körében bemutatott szakemberek adatai stb.). Ezeket tehát bele kell írni magába a szerződésnek a szövegébe, míg a nyertes ajánlat más részei (pl. a beárazott költségvetésben megajánlott konkrét termékek, vagy az ajánlattevő alkalmasságának igazolása körében név szerint bemutatott szakemberek, akik kötelesek részt venni a teljesítésben, de nem az értékelés, azaz a nyertes ajánlat kiválasztása körében kerültek figyelembe vételre) adott esetben csak az ajánlat megfelelő oldalain találhatóak meg, és a feleknek úgy kell figyelemmel lenniük ezekre az információkra, hogy azok – bár kötelezően betartandóak, a szerződéses kötelezettség tartalmi részét képezik – nincsenek a szerződéses okiratba szó szerint bemásolva.

A Kbt. ezen kívül számos szempontból tartalmilag meg is határozza, hogy mit kötelező, ill. tilos a szerződés tartalmává tenni, amely elemeket így már a közbeszerzési eljárás előkészítése, a szerződéstervezet kialakítása, a közbeszerzési dokumentumok tartalmának meghatározása során figyelembe kell venni, így értelemszerűen ezek a tartalmi elemek is a végleges, megkötött szerződés részét fogják képezni (l. egyes részleteket a következő alpontokban).

A Kbt. előírja többek között az „off-shore” társaságok közbeszerzési részvételének kizárása érdekében egyes szerződéses feltételek, kikötések alkalmazását. Eszerint az ajánlatkérő köteles szerződéses feltételként előírni, hogy a nyertes ajánlattevő nem fizethet, illetve számolhat el a szerződés teljesítésével összefüggésben olyan költségeket, amelyek a letelepedése szerint vagy a tényleges tulajdonosának megismerhetetlensége miatt „off-shore” besorolású társaság tekintetében merülnek fel (azaz amely a 62. § (1) bekezdés k) pont ka)–kb) alpontja szerinti kizáró ok alá tartozó társaság), és amelyek a nyertes ajánlattevő adóköteles jövedelmének csökkentésére alkalmasak. Ezáltal a Kbt. nem csak azt zárja ki, hogy „off-shore” cég részt vegyen a közbeszerzési eljárásban, hanem azt is, hogy a nyertes ajánlattevő a szerződésből származó bevételét „off-shore” cégnek játssza át. További előírás, amelynek a szerződésben is szerepelnie kell a nyertes ajánlattevő kötelezettségeként, hogy tulajdonosi szerkezetét folyamatosan megismerhetővé kell tennie az ajánlatkérő számára annak érdekében, hogy az ajánlatkérő ellenőrizni tudja, nem szerzett-e a nyertes ajánlattevőben „off-shore” cég részesedést, vagy a nyertes ajánlattevő nem szerzett-e „off-shore” cégben részesedést (mindkét eset a szerződés megszüntetését eredményezhet, l. későbbi alpontban). Mindezt még az a követelmény is kiegészíti, hogy a külföldi adóilletőségű nyertes ajánlattevő köteles a szerződéshez arra vonatkozó meghatalmazást csatolni, hogy az illetősége szerinti adóhatóságtól a magyar adóhatóság közvetlenül beszerezhet a nyertes ajánlattevőre vonatkozó adatokat az országok közötti jogsegély igénybevétele nélkül.

A Kbt. nem csak a szerződés kötelező és tilos tartalmi elemeit határozza meg, hanem bizonyos esetekben a felek által alkalmazható, de nem kötelező elemekre is utal az egyértelmű jogértelmezés érdekében. Így amennyiben például az ajánlatkérő élt azzal a lehetőséggel, hogy a közbeszerzési eljárását „feltételes” formában indította, azaz az eljárást megindító felhívásban transzparens módon a gazdasági szereplők tudomására hozta, hogy mely feltétel megvalósulása vagy elmaradása esetén tartja fenn a jogot, hogy visszalépjen a közbeszerzéstől,

eredménytelenné nyilvánítva az eljárást, a Kbt. arra is lehetőséget ad, hogy az ajánlatkérő – választása szerint – az eljárást megindító felhívásban megjelölt azon feltételt, amelytől a közbeszerzés eredményességét függővé tette, a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötendő szerződés hatálybalépését felfüggesztő feltételként is kikösse. Ez azt jelenti, hogy az ajánlatkérő pl. a szükséges fedezet rendelkezésre állásának hiányában is megindíthatja a közbeszerzési eljárását, azt lefolytathatja, kihirdetheti a nyertes ajánlatot, sőt még a szerződést is megkötheti a nyertes ajánlattevővel, azonban a szerződés mindaddig nem lép hatályba, azaz a teljesítés ténylegesen nem kezdődik el, az ajánlatkérőnek ellenszolgáltatás-fizetési kötelezettsége nem keletkezik, amíg a szükséges fedezet nem áll az ajánlatkérő rendelkezésére. Ennek a gyakorlatban például az az értelme, hogy az ajánlatkérő a beszerzéshez szükséges fedezet megteremtése érdekében benyújtott pályázatának elbírálási időtartamát (amíg el nem döntik, hogy kaphat-e támogatást az adott célra) a közbeszerzési eljárás ezzel párhuzamos lefolytatásával töltheti el, ezzel rövidítve a projekt megvalósításának időigényét.

Természetesen a Kbt.-n kívül más jogszabályok is tartalmaznak kötelező előírásokat a szerződés tartalmára nézve. Példaként említhető az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet, amely kiterjed – többek között – az építőipari kivitelezési tevékenység folytatására; az építőipari kivitelezési tevékenység megvalósításában részt vevő építető, építészeti-műszaki tervező, kivitelező, felelős műszaki vezető, tervezői művezető, építési műszaki ellenőr és az építetői fedezetkezelő feladataira stb.; és különösen az építészeti-műszaki tervezési és a kivitelezési szerződés kötelező tartalmi és formai előírásaira.

Lényeges továbbá költségvetési gazdálkodást folytató ajánlatkérő esetén az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény és a végrehajtásáról szóló 368/2011. (XII. 31.) Korm. rendelet előírásainak megfelelő szerződéses tartalom kialakítása, miszerint a megkötött visszerthes szerződésnek, adott megbízásnak, megrendelésnek, vagy más hasonló visszerthes magánjogi kötelelem írásba foglalását tartalmazó okiratnak az általános adatokon, feltételeken túlmenően tartalmaznia kell

- a) a szakmai, műszaki teljesítés mennyiségi és minőségi jellemzőinek meghatározását, határidejét,
- b) a kifizetendő összeget vagy a számlázás alapjául szolgáló egységárat, a pénzügyi teljesítés devizanemét, módját és feltételeit,
- c) a kifizetés határidejét, több év előirányzatai terhére vállalt kötelezettség esetén évenkénti ütemezésben, és
- d) a pénzügyi ellenjegyzés tényét és a pénzügyi ellenjegyző keltezéssel ellátott aláírását, továbbá
- e) jogi személlyel, jogi személyiséggel nem rendelkező szervezettel kötött visszerthes szerződés esetén a szervezet képviselőjének nyilatkozatát arra vonatkozóan, hogy átlátható szervezetnek minősül.

3.2. A SZERZŐDÉS IDŐTARTAMA

Mivel a közbeszerzési eljárás lefolytatásának időtartama előre pontosan nem becsülhető meg, azaz előfordulhat a leggyorsabb előkészítés mellett is, hogy az eljárás a vártnál hosszabb időtartamra húzódik el (pl. a közbeszerzési dokumentumok módosítása, az ajánlattételi határidő meghosszabbítása, a bírálat elhúzódása, esetleges vitarendezések vagy jogorvoslat miatt), nem célszerű a teljesítés határidejét vagy a szerződés időtartamát naptári dátum formájában meghatározni, hiszen ilyen esetben előfordulhat, hogy mire a szerződéskötésre sor kerül, az eljárás során meghatározott dátum szerződésbe foglalása lehetetlen helyzetbe hozza a nyertes ajánlattevőt és vele együtt az ajánlatkérőt is (a szerződés megkötésekor az eljárásban meghatározott dátumtól nem lehet eltérni, hiszen a szerződést az eljárásban közölt végleges feltételeknek megfelelően kell megkötni). Ezért javasolt a teljesítési határidőt vagy a szerződés időtartamát a szerződéskötéstől, vagy a szerződés hatályba lépésétől, vagy a munkaterület átadásától stb. számított időtartam formájában (pl. 60 nap vagy 24 hónap stb.) meghatározni konkrét dátum helyett.

Az időtartam hosszának megállapítása körében az ajánlatkérő nem rendelkezik teljes szabadsággal, mivel a Kbt. a közbeszerzési verseny fenntartása és a közpénzek hatékony elköltésének célja érdekében általános érvennyel előírja, hogy az ajánlatkérőnek az eljárást megindító felhívásban a szerződés időtartamát úgy kell meghatározni, hogy a szerződést ne kösse határozatlan vagy aránytalanul hosszú határozott időtartamra, ami a fenti célokkal ellenkezik. A határozatlan vagy a hosszú határozott időtartamot azonban indokolhatja a szerződés tárgya, a választott szerződéses konstrukció, a hozzá kapcsolódó fizetési feltételek vagy a nyertes ajánlattevő által eszközölt befektetés (ilyen esetekben éppen a hosszabb szerződéses időtartam felel meg az észszerű közpénzfelhasználás követelményének).

Bizonyos esetekben a Kbt. konkrét korlátot is szab a szerződés időtartamának. Építési vagy szolgáltatási koncesszió csak határozott időtartamra köthető, és ez a határozott időtartam fő szabály szerint nem haladhatja meg az öt évet. Erre azért van szükség, hogy a koncessziós jogosult ne jusson extra profithoz a koncesszió alapján, ez ugyanis az észszerű közpénzfelhasználás és a verseny fenntartásának követelményébe ütközne. Öt évet meghaladó koncesszió esetén tehát az ajánlatkérőnek számításokkal kell alátámasztania, hogy a szerződés időtartama nem haladja meg azt az időtartamot, amely alatt – észszerű feltételezések alapján – a koncessziós jogosult számára megtérülnek az építési beruházás vagy a szolgáltatás megvalósítása érdekében, illetve a szerződés teljesítéséhez kapcsolódóan annak időtartama során eszközölt befektetései és a befektetett tőke észszerű hozamot tud termelni.

Keretmegállapodásos eljárás esetén pedig – a verseny fenntartása érdekében – azt rögzíti a törvény, hogy keretmegállapodás legfeljebb négy évre köthető. Ettől is el lehet azonban térni kellően indokolt kivételes esetben. Az ilyenkor elfogadható indoklásnak a keretmegállapodás tárgyával kell összefüggésben lennie, és azt kell mérlegelni, hogy az adott keretmegállapodáshoz kapcsolódó sajátosságok szükségessé teszik-e a hosszabb határozott időtartam meghatározását, és az nem aránytalanul korlátozza-e a versenyt. Az indokolási kötelezettség komolyságát hivatott alátámasztani az az előírás, hogy az indokolást az eljárást megindító felhívásban is fel kell tüntetni.

3.3. A SAJÁTOS TELJESÍTÉSI FELTÉTELEK BEÉPÍTÉSÉNEK LEHETŐSÉGE

Az uniós jogalkotó az új közbeszerzési irányelvek megalkotása során egyértelműen rögzítette, hogy a közbeszerzés keretében történő közpénzfelhasználás során – tekintettel annak az uniós országokban a GDP-hez viszonyítva is jelentős mértékű összegére – ún. stratégiai szempontok érvényesítése is célszerű. Ez alatt azt értjük, hogy a közbeszerzési eljárás nem csupán a nyilvános és átlátható versenyt és a hatékony forrásfelhasználást és a tagállamok közötti szabad kereskedelmi kapcsolatokat hivatott szolgálni, hanem adott esetben más, stratégiai célok (mint pl. a környezetvédelem, fenntartható fejlődés előmozdítása, szociális érzékenység, innováció ösztönzése) elérését is szolgálhatja. Ezzel párhuzamosan a Kbt. preambuluma is rögzíti a törvény céljai között a környezetvédelmet és az állam szociális célkitűzéseinek elősegítését.

A fentiekkel összefüggésben kimondja a Kbt., hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítésére vonatkozóan sajátos feltételeket határozhat meg. A Kbt. példaként szociális, környezetvédelmi, illetve az innovációt ösztönző feltételeket említ. Ezek fontosságát jelzi, hogy az ilyen szerződéses feltételeket az eljárást megindító felhívásban fel kell tüntetni, a részletes feltételek az egyéb közbeszerzési dokumentumokban is megadhatóak.

A Kbt. szerint például az alábbi, szociális célú sajátos feltételek képzelhetőek el a közbeszerzési szerződés tartalmaként:

- a szerződés teljesítésébe védett munkahelynek minősülő szervezetek bevonása, amelyek 30%-ot meghaladó mértékben megváltozott munkaképességű vagy hátrányos helyzetű munkavállalókat foglalkoztatnak,
- az álláskereső, hátrányos helyzetű munkavállalók, valamint munkanélküliek vagy fogvatartottak foglalkoztatása,
- gyermekgondozási támogatások valamelyikében részesülő, vagy csecsemőgondozási díjban és gyermekgondozási díjban részesülő személynek részmunkaidőben történő foglalkoztatása (pl. kismamák visszatérésének elősegítése a munkaerőpiacra),
- az egyenlő bánásmód követelményének biztosítása érdekében teendő intézkedések előírása,
- képzés nyújtása munkanélküliek vagy fiatalok számára (az adott szerződés teljesítése keretében szükséges készségekre vonatkozóan).

A Kbt. a lehetséges környezetvédelmi feltételeket nem részletezi, az eddigi gyakorlat alapján pl. újrahasznosított papír használata, papír alapú helyett elektronikus kommunikációs megoldások alkalmazása képzelhető el általánosságban, de természetesen az adott szerződés konkrét tárgya alapján más teljesítési feltétel is megfogalmazható a környezetvédelem terén.

Innováció alatt a piacon nem létező, újszerű megoldást, eljárást, szolgáltatást, módszert stb. kell érteni, tehát ilyen kidolgozására is ösztönözhetőek a gazdasági szereplők a sajátos szerződéses feltételek segítségével.

A Kbt. rögzíti az ilyen feltételek alkalmazásának általános, garanciális jellegű korlátait is. Az ajánlatkérő nem tehet a szerződés tartalmává olyan feltételeket, amelyek az adott szerződés konkrét tárgyához nem kapcsolódnak (így például nem írható elő, hogy a nyertes ajánlattevő általában foglalkoztasson álláskeresőket, hanem csak az, hogy magába a konkrét szerződés teljesítésébe vonjon be ilyen munkavállalókat). Ennek megítélése során ugyanazokat a

szempontokat kell mérlegelni, amelyeket egy-egy értékelési szempont szerződés tárgyára vonatkozása során is, azaz a sajátos feltételek akkor tekintendők a szerződés tárgyához kapcsolódónak, ha azok az adott szerződés alapján megvalósítandó építési beruházáshoz, szállítandó áruhoz vagy nyújtandó szolgáltatáshoz bármely módon és azok életciklusának bármely szakaszában kapcsolódnak, még akkor is, ha ezek érdemben nem határozzák meg az építési beruházás, áru vagy szolgáltatás végeredményének tulajdonságait. Ebbe beleértendőek azok a tényezők is, amelyek

a) az adott építési beruházás, áru vagy szolgáltatás előállítás, nyújtása vagy a vele való kereskedés konkrét folyamatához kapcsolódnak; vagy

b) az adott építési beruházás, áru vagy szolgáltatás életciklusának valamely másik szakaszában megvalósuló valamely folyamathoz kapcsolódnak.

A sajátos szerződéses feltételek alkalmazásának másik kiemelt, általánosan megfogalmazott korlátja, hogy nem eredményezhetik a Kbt. alapelveinek sérelmét, így például nem lehetnek diszkriminatívak, nem biztosíthatnak egyes gazdasági szereplők számára esélyegyenlőséget sértő előnyt vagy hátrányt (nem írható elő például, hogy kifejezetten magyarországi, vagy adott régióban élő álláskeresőket kell alkalmazni a szerződés teljesítése során).

4. BIZTOSÍTÉKOK ALKALMAZÁSA A KÖZBESZERZÉSEKBE

Az ajánlatkérők számos olyan elemet építhetnek be a szerződéstervezetbe, amely a közbeszerzési eljárás eredményes lezárását követően a szerződés részévé válik, és arra ösztönzi a nyertes ajánlattevőként szerződő felet, hogy a megkötött szerződést ténylegesen teljesítse is, az ajánlatkérőnek a közbeszerzési eljárás során közölt feltételei és követelményei alapján vállalt, és a később nyertesnek nyilvánított ajánlatban megajánlott tartalmat mind műszaki, mind szerződéses szempontból hibátlanul elvégezze, teljesítse. Természetesen az ajánlatkérő általi teljesítés hibáira (pl. fizetési határidő megsértése) vonatkozóan is léteznek szerződéses szankciók. Mindezen elemeket nevezhetjük gyűjtőfogalomként szerződést megerősítő mellékkötelezettségeknek.

Ezek egyik csoportja a Ptk. Hatodik Könyv XXVI. Fejezetében szabályozott „szerződést megerősítő” kötelezettségek köre. Ide tartozik a foglalo, a kötbér és a jogvesztés kikötése.

Foglalo alkalmazására tipikusan nem kerül sor közbeszerzési szerződéseknél, ezért a foglalo szabályainak ismertetésétől eltekintünk.

Kötbér kikötése esetén a szerződés – tipikusan – a nyertes ajánlattevőt pénz fizetésére kötelezi arra az esetre, ha olyan okból, amelyért felelős, megszegi a szerződést (pl. hibás a leszállított áru, késedelembe esik az építési munka kivitelezésével a vállalkozó, vagy a szerződés teljesítését teljes egészében megtagadja, azaz a szerződés meghiúsul). A kötbér egyfajta „büntetést” jelent, amivel a szerződés megszegését „honorálja” az ajánlatkérő, erre utal az a Ptk.-beli szabály, hogy a kötbért akkor is ki kell fizetni, ha egyébként a szerződésszegés kárt nem okozott az ajánlatkérőnek. A kötbér összege ugyanakkor egyfajta átalány-kártérítésként is funkcionál, ha arra gondolunk, hogy amennyiben az ajánlatkérőt a szerződésszegésből eredően ténylegesen kár is érte (pl. a teljesítés csúszása miatt többletköltségei keletkeztek, vagy a hibás termék miatt az ajánlatkérő vagyontárgya sérült stb.), akkor a kötbér összege a szerződést megszegő fél által fizetendő kártérítésbe beszámít, és az ajánlatkérő a kötbéren felüli kárának megtérítését követelheti.

Jogvesztés kikötése esetén a szerződés azt tartalmazza, hogy a szerződésszegésért felelős fél elveszít valamely jogot, amely őt a szerződés alapján egyébként megilletné (pl. ha a szerződés teljesítésének megkezdéséhez kapott előleget nem rendeltetésszerűen használja föl a nyertes ajánlattevő, hanem más célra költi, és nem tud vele elszámolni, köteles a szerződés alapján visszafizetni).

A fenti esetekre egyaránt igaz, hogy jellemzően a nyertes ajánlattevőt fenyegetik valamiféle hátránnyal (pénzfizetési kötelezettséggel vagy jogvesztéssel), azonban csak azokban az esetekben, amikor a nyertes ajánlattevő megszegett valamilyen szerződéses kötelezettséget, és ezért a felelőssége is megállapítható. A foglalo, a kötbér és a jogvesztés kikötése tehát a szerződés teljesítésére ösztönzi az adott felet, akit fenyeget, ezek kikötését a Kbt. külön nem szabályozza, a szerződés kialakítását ezen a téren a felekre – ill. a Ptk.-ra mint háttérszabályra – bízza.

Vannak azonban olyan további lehetőségek, amelyek nem a fentiek szerinti, csupán egy későbbi időpontban felmerülő fizetési kötelezettséget jelentenek a nyertes ajánlattevő számára, hanem amikor az ajánlatkérő egyenesen azt várja el a nyertes ajánlattevőtől, hogy valamely jövőbeni

kötelezettsége megszegése esetére egy konkrét pénzüsszeget előre bocsásson az ajánlatkérő rendelkezésére, ezt nevezzük – szűk értelemben – biztosítékadásra vonatkozó szerződéses feltételnek. Ilyenkor tehát a nyertes ajánlattevő nem pusztán azt vállalja, hogy később „büntetést” (pl. kötbért) fizet, hanem ténylegesen előre átad, vagy (valamilyen formában) rendelkezésre bocsát egy azonnal felhasználható pénzüsszeget, illetve plusz fedezetet von be biztosítékként az ajánlatkérőnek. Ez már nem pusztán a szerződés teljesítésére ösztönzi a nyertes ajánlattevőt, hanem az esetleges szerződésszegés következményeinek a reparálására is alkalmas (pl. az ajánlatkérőnek nem kell az esetleges kártérítést vagy kötbért külön behajtania a felelősséggel tartozó nyertes ajánlattevőtől, hanem egyszerűen levonhatja az összeget a már biztosítékként eleve nála lévő pénzből).

Mivel a biztosíték adásának kikötése lényegesen szigorúbb követelmény az ajánlattevőkkel szemben, mint a szerződés egyéb módon történő megerősítése, így a Kbt. – a KKV-k közbeszerzési eljárásba való könnyebb bekapcsolódása és az ajánlatkérővel szembeni érdekeik védelme céljából – a fenti szűk értelemben vett biztosítékok kikötésére vonatkozó lehetőségeket már részletesen szabályozza.

A Kbt.-beli szabályozás vonatkozik

- a) a biztosíték előírásának módjára,
- b) a biztosíték nyújtásának legkorábbi időpontjára,
- c) a biztosíték maximális mértékére és
- d) a biztosíték nyújtásának lehetséges formáira is.

Ad a): ha az ajánlatkérő a szerződésben biztosítékokot köt ki, a biztosítékra vonatkozó feltételeket a közbeszerzési dokumentumokban közölni kell (akkor is, ha az ajánlatkérő a vonatkozó szabályok szerint kifejezett szerződéstervezetet nem tesz közzé a közbeszerzési dokumentumokban).

Ad b): a biztosíték rendelkezésre állásának időpontját az ajánlatkérő írhatja elő, azonban a biztosíték rendelkezésre állása legfeljebb attól az időponttól követelhető meg, amelytől kezdve a biztosítékkal biztosított esemény (pl. a nyertes ajánlattevő valamilyen kötelezettségszegése) bekövetkezhet, de legkorábban a szerződéskötés időpontjától. Nem írható elő, hogy a szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igényekre kikötött biztosíték („teljesítési biztosíték”) a szerződés hatálybalépését, a hibás teljesítéssel kapcsolatos igények teljesítésére kikötött biztosíték („jól teljesítési biztosíték” vagy „jótállási biztosíték”) a szerződés teljesítésének időpontját megelőzően álljon rendelkezésre, hiszen ameddig a szerződés – noha már megkötötték – még nem lépett hatályba, addig a nyertes ajánlattevő nem köteles teljesíteni, tehát nincs olyan kötelezettség, amit biztosítani lehetne, ill. a szerződés teljesítésének időpontja előtt nem beszélhetünk „hibás” teljesítésről sem, mivel annak hibás mivolta csak a teljesítés időpontját követően derül(het) ki.

Ad c): A szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igények biztosítékaként („teljesítési biztosíték”), valamint szerződés hibás teljesítésével kapcsolatos igények biztosítékaként („jól teljesítési biztosíték” vagy „jótállási biztosíték”) egyaránt legfeljebb a szerződés szerinti, tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított ellenszolgáltatás 5%-át elérő biztosíték köthető ki.

Gyakran előfordul még, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítéséhez ugyan előleget bocsát a nyertes ajánlattevő rendelkezésére (ill. ez bizonyos esetekben kötelező is a Kbt. alapján, l. a további alpontokban), ugyanakkor megköveteli a nyertes ajánlattevőtől, hogy ezzel

párhuzamosan ugyanakkora biztosítéki összeget bocsásson az ajánlatkérő rendelkezésére arra az esetre, ha a megkapott előleget utóbb vissza kellene fizetnie (pl. a szerződés teljesítésének megtagadása miatt). Az előleg-visszafizetési biztosíték megkövetelését tehát az indokolja, hogy az ajánlatkérő az előleggel, azaz az ellenszolgáltatás – részbeni vagy esetleg egészbeni – előre fizetésével kockázatot vállal, ezért célszerű a vállalkozó „dolgavégezetlen távozása” esetére pénzügyi biztosítékot fenntartani. A Kbt. szerint azonban az előleg fizetését a Kbt. alapján kötelezően biztosítandó mértékben az ajánlatkérő nem teheti függővé a szerződő fél részéről biztosíték nyújtásától, vagyis a Kbt. alapján kötelezően nyújtandó előleg után az ajánlatkérő nem kérhet előleg-visszafizetési biztosítékot (legfeljebb a kötelezően nyújtandó előleg mértékén felüli előlegrésze).

Ha pedig a közbeszerzés támogatásból valósul meg, és szállítói kifizetés (szállítói finanszírozás) képezi a fizetési konstrukciót (azaz a támogatási összeget a támogató szervezet nem a támogatás kedvezményezettjeként eljáró ajánlatkérőnek, hanem közvetlenül az ajánlatkérő számára teljesítést végző nyertes ajánlattevőnek fizeti ki), az ajánlatkérő a Kbt. (vagy külön jogszabály) alapján még nagyobb összegű előleget köteles biztosítani (l. részletesen a további alpontokban). Ebben az esetben az ajánlatkérő által kikötött előleg-visszafizetési biztosíték mértéke nem haladhatja meg a szerződés – tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított – támogatási jogviszony alapján elszámolható összegének 10%-a és az igényelt szállítói előleg különbözetének mértékét (vagyis a nyertes ajánlattevő a szerződéses összeg 10%-a erejéig mentesül az előleg-visszafizetési biztosíték nyújtásának kötelezettsége alól, csak az afölötti előlegrésznek megfelelő összegű biztosíték nyújtását írhatja elő az ajánlatkérő). A Kbt. szerint külön jogszabály a fenténél még nagyobb mértékű előleg nyújtását is kötelezővé teheti biztosíték megkövetelése nélkül. Például a 2014–2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet szerint a szállítói előleg visszafizetésére vonatkozóan nem szükséges külön biztosítékot nyújtani, azonban ilyen esetben az előleg visszakövetelése során az irányító hatóság a vissza nem fizetett összeg adók módjára történő behajtása céljából megkeresi az állami adóhatóságot. Behajthatatlanság esetén az irányító hatóság kezdeményezi az állami adóhatóságnál a szállító és a szállítóban többségi befolyással rendelkező szervezet adószámának törlését, azaz az előleggel visszaélő szervezetek végső soron elveszíthetik a gazdasági tevékenység végzésére való jogosultságukat.

Az ajánlatkérők korábban gyakorta megkerülték a fenti korlátokat azáltal, hogy előírták a biztosítékból esetlegesen történő felhasználás esetén a nyertes ajánlattevő számára azt a kötelezettséget, hogy a biztosítékból ajánlatkérő által felhasznált összeget minden esetben „pótolják vissza”, a biztosíték összegét újra és újra egészítsék ki a teljes összegre. Ez arra az eredményre vezetett, hogy a nyertes ajánlattevő egyidejűleg ugyan csak a Kbt. szerinti maximális biztosítéki összeget volt köteles átadni az ajánlatkérőnek, azonban idővel ezen felül is köteles volt újabb összegekkel kiegészíteni azt. Ennek a visszaélésszerű ajánlatkérői előírásnak az elkerülésére a Kbt. most már egyértelműen rögzíti azt, hogy ha a teljesítési vagy jólteljesítési / jótállási biztosíték rendelkezésre álló összege az ajánlatkérő követelésének kielégítésével csökken, nem írható elő a követelés kielégítése esetére az ajánlattevőként szerződő fél számára a biztosíték meghatározott mértékű folyamatos fenntartására vonatkozó kötelezettség.

Ad d): Mint a fentiekben láttuk, a biztosíték rendelkezésre bocsátásának lehetséges legkorábbi időpontja a szerződéskötés időpontja lehet, ezért az adott biztosíték határidőre történő nyújtására vonatkozóan az ajánlattevőnek az ajánlatban csupán nyilatkoznia kell a Kbt. alapján, egyéb igazolás, nyilatkozat (pl. pénzügyi igazolása, hogy az összeg az ajánlattevő számláján rendelkezésre áll, vagy arra vonatkozó pénzügyi szándéknyilatkozat, hogy az ajánlattevő

nyertessége esetén számára a biztosítéki összegnek megfelelő bankgaranciát vagy hitelkeretet biztosít) a biztosítékokról a közbeszerzési eljárásban nem kérhető.

A biztosíték nyújtható főszabály szerint

- az előírt pénzüsszegnek az ajánlatkérőként szerződő fél fizetési számlájára történő befizetésével, átutalásával (amit a Ptk. „óvadéknak” nevez és lényege, hogy az ajánlatkérő közvetlenül érvényesítheti követelését a rendelkezése alatt álló összegből),
- pénzügyi intézmény vagy biztosító által vállalt garancia vagy készfizető kezesség biztosításával, vagy
- biztosítási szerződés alapján kiállított – készfizető kezességvállalást tartalmazó – kötelezvényvel.

A fenti formák közül mindig az ajánlattevő jogosult választani (tehát az ajánlatkérő nem írhatja elő egyik vagy másik biztosítéki forma alkalmazását), azonban arra van lehetőség, hogy az ajánlatkérő a fenti formák mellett további lehetőségeket biztosítson a biztosíték nyújtására. Ennek tipikus esete, hogy a hibás teljesítéssel kapcsolatos igények teljesítésére kikötött biztosíték („jóteltjesítési biztosíték” vagy „jótállási biztosíték”) vonatkozásában az ajánlatkérő a szerződésben lehetővé teheti, hogy a biztosíték vagy annak meghatározott része az ajánlattevőnek a teljesítésért vagy részteljesítésért járó ellenértékből visszatartás útján kerüljön biztosításra, amelyre az óvadék szabályait kell megfelelően alkalmazni (pl. az ajánlatkérő, amennyiben a nyertes ajánlattevő kifejezetten ezt választja, az ellenszolgáltatás egy részét – maximum 5%-át – a jótállási idő végéig visszatartja, azaz nem köteles a nyertes ajánlattevő részére addig kifizetni).

A nyertes ajánlattevőként szerződő fél választási szabadsága olyan nagy, hogy az egyik biztosítéki formáról a másikra bármikor át is térhet, feltéve, hogy a biztosíték a szerződésben foglalt összegnek és időtartamnak megfelelően áttérés közben is folyamatosan rendelkezésre áll (pl. a nyertes ajánlattevő új bankgaranciát ad át biztosítékként és ezt követően a korábban átutalt biztosítéki összeg visszautalását kéri).

Végezetül fontos tisztázni, hogy a közbeszerzési szerződés fent ismertetett biztosítékai nem azonosak a közbeszerzési eljárás során kért, az ajánlati kötöttség megtartását biztosító ún. ajánlati biztosítékkal, amit más követelés biztosítására (a felek ajánlati kötöttségének megsértése esetére az ajánlatkérőnél előreláthatólag felmerülő költségek mértéke), más időpontban (az ajánlati kötöttség beálltaig a közbeszerzési eljárás során) kell nyújtani. Annak azonban nincs akadálya, hogy technikailag – az ajánlati felhívás erre vonatkozó rendelkezése esetén – a későbbi nyertes ajánlattevő által a közbeszerzési eljárás során átadott ajánlati biztosíték a szerződés megkötését követően automatikusan szerződéses biztosítékká alakuljon át.

5. AZ ELLENSZOLGÁLTATÁS TELJESÍTÉSÉNEK SAJÁTOS SZABÁLYAI

A közbeszerzési szerződést ajánlatkérőként megkötő felet (megrendelőt, megbízót, vevőt stb.) a szerződés teljesítése kapcsán terhelik az adott szerződésfajtára általában jellemző, a Ptk.-ban és magában a szerződésben részletezett kötelezettségek, például az ajánlatkérő feladata lehet a vállalkozó számára a munkaterület átadása, a teljesítéshez szükséges információk, utasítások megadása, azután a teljesítés átvétele stb., valamint a teljesítés folyamatának ellenőrzése, ennek során a speciális, közbeszerzési szabályok által előírt magatartások betartásának ellenőrzése (l. pl. a szerződés teljesítésében részt vevő személyek körét, a szerződésszegés kezelését részletesen más alpontokban). Az ajánlatkérő legfontosabb kötelezettsége értelemszerűen az ellenszolgáltatás teljesítése, a szerződéses díj (pl. eredményre vagy időegységre vonatkoztatott átalánydíj, havidíj, avagy tételes mennyiségi és egységár-elszámolás, vagy ezek kombinációja, óradíj, napidíj stb., a választott szerződéses elszámolási konstrukciónak megfelelően) megfizetése a nyertes ajánlattevő részére, amit egyrészt az adójogi (l. számlázás), valamint a közbeszerzési szabályok részletesen szabályoznak, másrészt a közbeszerzési szerződés esetén – az ajánlatkérők általános magánjogi jogalanyoktól gyakran eltérő finanszírozási jellemzői miatt – figyelemmel kell lenni olyan speciális szabályozókra is, mint a költségvetési gazdálkodás szabályai vagy a támogatások felhasználásának, elszámolásának szabályai.

Adójogi szempontból elsősorban az általános forgalmi adóról szóló 2007. évi CXXVII. törvény előírásait kell figyelembe venni a megfelelő ÁFA-tartalmú, szabályos számla kibocsátása, befogadása, az ÁFA bevallása és megfizetése körében.

Költségvetési gazdálkodást folytató ajánlatkérő esetén elsősorban az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény és a végrehajtásáról szóló 368/2011. (XII. 31.) Korm. rendelet előírásaira hívjuk fel a figyelmet. A szerződéstervezet (illetve a közbeszerzési eljárás) előkészítése során figyelembe kell venni a költségvetési év kiadási előirányzatainak felhasználására (kötelezettségvállalással történő terhelésére, „lekötésére”) vonatkozó előírásokat, valamint az ellenszolgáltatás kifizetése tekintetében az utalványozás szabályait. A kiadási előirányzatok terhére történő utalványozásra ugyanis főszabály szerint a teljesítés igazolását, és az annak alapján végrehajtott érvényesítést követően kerülhet sor:

- A teljesítés igazolása során ellenőrizhető okmányok alapján ellenőrizni és igazolni kell a kiadások teljesítésének jogosságát, összegaszerűségét. A teljesítést az igazolás dátumának és a teljesítés tényére történő utalás megjelölésével, az arra jogosult személy (akit jellemzően a szerződésben az ajánlatkérő részéről kötelezettségvállaló személy erre kijelöl) aláírásával kell igazolni.
- A teljesítés igazolása alapján az érvényesítőnek ellenőriznie kell az összegaszerűséget, a fedezet meglétét, és azt, hogy a megelőző ügymenetben az államháztartásról szóló törvény és végrehajtási rendelete, valamint az államháztartási számviteli kormányrendelet előírásait, továbbá a belső szabályzatokban foglaltakat megtartották-e.
- A kiadások utalványozása az érvényesített okmány alapján történik. Utalványozni készpénzes fizetési mód esetén az érvényesített pénztárbizonylatra rávezetett, más esetben külön írásbeli rendelkezéssel lehet.

- Az államháztartás központi alrendszerében a természetes személyek és az államháztartás központi alrendszerén kívüli jogi személyek, jogi személyiség nélküli egyéb szervezetek számára a kiadásokat a fizetési számlák megterhelésével vagy – ha jogszabály azt megengedi – készpénzes fizetéssel kell teljesíteni.

Amennyiben a szerződéses ellenszolgáltatás forrását (részben vagy egészben) hazai költségvetési vagy uniós alapokból származó támogatás képezi, a szerződés szakmai-műszaki tartalma támogatott, és nem támogatott szerződéses tartalomra választható szét. A nem támogatott szakmai-műszaki tartalomra eső ellenszolgáltatást az ajánlatkérő teljes egészében saját forrásából téríti meg, ezek a költségek tehát a támogatás terhére nem elszámolhatóak. A szerződés elszámolható költsége alatt azt a szakmai-műszaki tartalmat értjük, amit az ajánlatkérő kifejezetten a támogatás céljának elérése érdekében szerez be úgy, hogy a támogató ahhoz támogatást nyújt. Ezen elszámolható költség tekintetében a támogatási intenzitás lehet 100%, azaz ilyenkor az ajánlatkérőnek az elszámolható költségek finanszírozására önrészt nem kell biztosítani. Amennyiben a támogatási intenzitás 100% alatti, az ajánlatkérő az elszámolható költségeket részben önrészből, részben pedig a támogatásból finanszírozza.

A támogatás felhasználása és elszámolása körében különösen az ún. utófinanszírozási, valamint az ún. szállítói finanszírozási támogatási formát szükséges megkülönböztetni.

Utófinanszírozás esetén az ajánlatkérő (mint a támogatás kedvezményezettje) maga kifizeti a közbeszerzési szerződés alapján járó, támogatás terhére elszámolható ellenszolgáltatást a nyertes ajánlattevő számára, az erre vonatkozó támogatási összeget pedig ennek időpontjától függetlenül (jellemzően utólag) kapja meg a támogatótól (ettől eltérően természetesen lehetőség lehet támogatási előleg alkalmazására is, amely esetben a támogatási összeg vagy annak egy része már korábban átadásra kerül a kedvezményezett ajánlatkérőnek, aki az összeg felhasználásával utólag számol el a támogató felé). Szállítói finanszírozás esetén „szállító” alatt a nyertes ajánlattevőt kell érteni (függetlenül attól, hogy a szerződésbeli polgári jogi fogalmak szerint eladónak, vállalkozónak vagy megbízottnak minősül-e), és a konstrukció lényege, hogy a támogatási összeget a támogató szervezet nem a támogatás kedvezményezettjeként eljáró ajánlatkérőnek, hanem közvetlenül az ajánlatkérő számára teljesítést végző nyertes ajánlattevőnek fizeti ki (100% alatti támogatási intenzitás esetén jellemzően az ajánlatkérői önrész megfizetésének igazolását követően).

Noha a fentiek alapján az ellenszolgáltatás megfizetésére az ajánlatkérő részéről elsősorban a nyertes ajánlattevő általi teljesítés megtörténtét és a szerződés szerinti igazolását követően kerül sor, a Kbt. azonban kifejezetten lehetővé teszi (a KKV-k közbeszerzésekben való eredményes részvételének elősegítése céljából), hogy az ajánlatkérő előleget fizessen a nyertes ajánlattevőnek, amennyiben az igényli, sőt maga a Kbt. kötelező előlegbiztosítási eseteket is meghatároz:

- Ha a közbeszerzés tárgya építési beruházás és a szerződés teljesítésének időtartama a két hónapot meghaladja, az ajánlatkérő köteles a szerződésben foglalt – tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított – teljes ellenszolgáltatás 5%-ának megfelelő összeg, de legfeljebb hetvenötmillió forint előleg igénybevételének lehetőségét biztosítani.
- Támogatásból megvalósuló közbeszerzés esetén szállítói kifizetés során az ajánlatkérő – ha külön jogszabály magasabb mértékű szállítói előleg nyújtását nem írja elő – köteles a szerződés – tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított – elszámolható

összege (a támogatott műszaki-szakmai tartalomra eső önrész és támogatás együttes összege) 30%-ának megfelelő mértékű előleg igénybevételének lehetőségét biztosítani.

A felek a fentiekben részletezett kötelező mértéket meghaladóan és bármely más esetben is kiköthetik előleg nyújtását a szerződésben. A Kbt. szerint külön jogszabály a fentiekben foglalt mértéket meghaladóan és bármely más esetre is előírhatja előleg nyújtását (valamint a fenténél nagyobb mértékű előleg nyújtását is kötelezővé teheti biztosíték megkövetelése nélkül). Előleg fizetése esetén a szerződésben rendelkezni kell az előleg felhasználásával történő elszámolás módjáról is (tehát hogy például az előleg arányos részét az egyes részteljesítési fázisok után járó ellenszolgáltatási összegből vagy a végszámlából le kell vonni). Ebben a körben lényeges, hogy a 2014–2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet a hatálya alá tartozó támogatások felhasználása körében kifejezetten előírja azt, hogy a szállítói előleggel való elszámolás rész-, illetve végszámlával történik, és a szállítói előleg 50%-ával legkésőbb a szállítói szerződés szerinti ellenszolgáltatás elszámolható összege 50%-át meghaladó teljesítése esetén haladéktalanul el kell számolni. Az előleg nem rendeltetésszerű felhasználása az előleg visszakövetelését eredményezheti.

Említést érdemel még, hogy a Kbt. alapján felek az ellenszolgáltatás részletekben történő teljesítésében is megállapodhatnak, feltéve, hogy a szerződés jellege miatt ez tényszerűen indokolt (pl. az ajánlatkérő egy szoftver meghatározott időszakra vonatkozó felhasználási jogáért fizetendő előfizetési díjat az időszakon belül részletekben fizeti ki). Ebben az esetben minden részletre alkalmazni kell a törvényben vagy kormányrendeletben a kifizetésre előírt szabályokat.

5.1. A PÉNZTARTOZÁS TELJESÍTÉSÉNEK SZABÁLYAI, A KÉSEDELMES KIFIZETÉSEK LEKÜZDÉSÉRE IRÁNYULÓ UNIÓS SZABÁLYOZÁS ÉS HAZAI ÁTÜLTETÉSE.

Annak érdekében, hogy a vállalkozások közötti láncartozásoknak, körbetartozásoknak elejét vegye, és fokozza versenyképességüket és nyereségességüket, az uniós jogalkotó szabályozta mind a vállalkozások között lebonyolított ügyletek, mind pedig a megrendelői, beszerzői oldalon fellépő ajánlatkérők és vállalkozások között lebonyolított ügyletek vonatkozásában a pénztartozás kifizetésének szabályait (l. a kereskedelmi ügyletekhez kapcsolódó késedelmes fizetések elleni fellépésről szóló 2011. február 16-i 2011/7/EU európai parlamenti és tanács irányelvet), amelyek hazánkban a Ptk.-ba (ill. külön törvénybe) kerültek átültetésre. A szabályozás célja a szerződések teljesítése kapcsán történő fizetési műveletek gyorsítása, a fizetési hajlandóság fokozása, így a szabályozás kiterjed többek között a késedelmi kamat, a fizetési határidő, a fizetési késedelem esetén automatikusan járó behajtási költségátalány kérdéseire.

A Kbt. szerint mind az ajánlatkérő, mind a – támogatásból megvalósuló közbeszerzés esetén szállítói kifizetés során – kifizetésre köteles szervezet a Ptk. 6:130. § (1)–(3) bekezdésében és a Kbt. építési beruházások vonatkozásában kiadott végrehajtási kormányrendeletében meghatározott szabályok szerint köteles az ellenszolgáltatást teljesíteni (utóbbit l. a következő alpontban). Eszerint az ajánlatkérőre vonatkozó fizetési határidő főszabály szerint 30 nap, ennél hosszabb fizetési határidőben csak akkor állapodhatnak meg a felek, ha a szerződés jellege miatt ez tényszerűen indokolt, de a 60 napnál hosszabb fizetési határidő alkalmazása már tilos, és semmis (azaz hiába foglalnának szerződésbe 60 napnál hosszabb határidőt, az ajánlatkérőre akkor sem vonatkozna). A fenti határidőt a nyertes ajánlattevő fizetési felszólításának vagy

számlájának ajánlatkérő általi kézhezvételétől kell számítani (vagy magától a teljesítés megtörténtétől, ha a számlázás ezt megelőzte, vagy nem bizonyítható a számla kézhez vételének időpontja, vagy ha eleve számla nélkül kell fizetni). A szigorú szabályokat a felek közös megegyezéssel sem tudják kijátszani, mivel a Ptk. kimondja, hogy a számla kézhezvételének napja nem képezheti a felek között érvényes megállapodás tárgyát.

Ha az ajánlatkérő a fizetési kötelezettségével késedelembe esik (nem fizet a fenti 30, ill. legkésőbb 60 napon belül a szerződéstől függően), az általánosnál magasabb késedelmi kamatot – és/vagy kötbért – is fizetni köteles rögtön a fizetési határidőt követő naptól (a késedelemmel érintett naptári félév első napján érvényes jegybanki alapkamat – idegen pénznemben meghatározott pénztartozás esetén az adott pénznemre a kibocsátó jegybank által meghatározott alapkamat, ennek hiányában a pénzüpiaci kamat – nyolc százalékponttal növelt értéke), ezt eltérően megállapító szerződési feltétel semmis. Ehhez járul még a behajtási költségátalányról szóló 2016. évi IX. törvény szerint negyven eurónak megfelelő forintösszeg (behajtási költségátalány) kifizetésének automatikus kötelezettsége a nyertes ajánlattevő követelésének behajtásával kapcsolatos költségei fedezetül (ezt szintén nem lehet a szerződésben kizárni).

Természetesen a fenti szigorú szabályok értelmüket vesztenék, ha az ajánlatkérő olyan szerződési feltételt alkalmazna, ami révén a kifizetés határidejét ugyan nem nyújtaná ki nagyon hosszú időtartamra, azonban például a fizetési kötelezettséget megalapozó, és azt megelőző teljesítésigazolás kiadásának határidejét igen. Ezért a Kbt. azt is előírja, hogy az ajánlatkérőként szerződő fél a szerződés teljesítésének elismeréséről (teljesítésigazolás) vagy az elismerés megtagadásáról legkésőbb az ajánlattevőként szerződő fél teljesítésétől vagy az erről szóló írásbeli értesítés kézhezvételétől számított tizenöt napon belül írásban köteles nyilatkozni. Építési beruházás megvalósítására kötött kivitelezési szerződés esetében pedig még ennél is szigorúbb a Kbt. előírása. Kivitelezés esetén az elkészült mű, a teljesítés megfelelőségének megítélése bonyolult műszaki kérdés, ezért a felek átadás-átvételi eljárást folytatnak le, amelynek kezdő időpontját és időtartamát (legfeljebb 30 napban) a szerződés határozza meg. Ha az ajánlattevőként szerződő fél írásbeli értesítésére (készre jelentés) az ajánlatkérőként szerződő fél a szerződésben az átadás-átvételi eljárás megkezdésére meghatározott határidőt követő tizenöt napon belül nem kezdi meg az átadás-átvételi eljárást, vagy megkezdi, de a szerződésben meghatározott határidőben nem fejezi be, az ajánlattevőként szerződő fél kérésére a teljesítésigazolást köteles kiadni (azaz köteles a teljesítést elismerni és átvenni).

Az ajánlatkérő a Ptk. általános szabályai alapján a nyertes ajánlattevővel szembeni fizetési kötelezettségéből levonhatná a nyertes ajánlattevővel szembeni esetleges követeléseinek összegét, ezt nevezzük „beszámításnak”. A Kbt. azonban ezt a lehetőséget is korlátozza a gazdasági szereplők érdekeinek védelmében, miszerint az ajánlatkérő a szerződésen alapuló ellenszolgáltatásból eredő tartozásával szemben csak

- a jogosult által elismert (a nyertes ajánlattevő által „bevallott”),
- egynemű (tehát csak pénzkövetelés) és
- lejárt (azaz már fizetési határidőn túl lévő, esedékes) követelését

számíthatja be. Azaz például az ajánlatkérő a vállalkozó késedelme miatti kötbérigényét csak akkor vonhatja le a vállalkozónak járó díjból, ha a vállalkozó kifejezetten nyilatkozik arról, hogy a késedelemből fakadó kötbérfizetési kötelezettségét elismeri. (Ez nem tévesztendő össze a jótállási biztosítéknak a vállalkozási díjból történő visszatartás formájában való nyújtásával, mivel olyankor az ajánlatkérő a biztosíték összegét a szerződés alapján eleve nem köteles

kifizetni – még – a vállalkozónak, míg beszámításra a szerződés alapján ténylegesen fizetendő összeg erejéig van mód a fenti feltételek fennállása esetén.)

5.2. AZ ELLENSZOLGÁLTATÁS TELJESÍTÉSÉNEK SAJÁTOS SZABÁLYAI ÉPÍTÉSI BERUHÁZÁS ESETÉN

Az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet – a Kbt. felhatalmazása alapján – külön szabályozást tartalmaz kifejezetten az építési beruházások, építési koncessziók kapcsán történő ajánlatkérői díjfizetésre, melynek lényege:

- Kbt. szerinti kötelező előlegek (5%, ill. 30%) kifizetésének határideje az építési munkaterület átadását követő 15 nap (a kötelező minimálisnál magasabb előleg esetén az első előlegrészlet határideje);
- az adott munkára, munkarészre vonatkozó teljesítésigazolás kiállítása révén több ütemben kerül sor részteljesítésre és a kapcsolódó díjfizetésre:
 - hat hónap teljesítési időtartamot és nettó ötvenmillió forint ellenszolgáltatást meghaladó szerződések esetén egymilliárd forint alatt legalább négy részszámla (ideértve a végszámlát is), egymilliárd forint fölött legalább hat részszámla (ideértve a végszámlát is) nyújtható be,
 - az első számla legkésőbb 25%-os teljesítési szintnél legyen benyújtható, az előleg és részszámlák együtt legalább 70%-os teljesítést tegyenek ki;
- alvállalkozó igénybe vétele esetén:
 - az ajánlatkérő a díjból először az alvállalkozókat megillető részt fizeti meg a nyertes ajánlattevőnek 15 napon belül, aki azt haladéktalanul köteles az alvállalkozóknak továbbadni, és az ajánlatkérő csak ezt (és ennek igazolását) követően fizeti ki a díjból a nyertes ajánlattevőt saját teljesítése után megillető részt 15 – EU-s forrásból származó támogatás esetén 30 – napon belül a nyertes ajánlattevőnek,
 - 200 000 forintot meghaladó kifizetés – a köztartozás összegének erejéig – visszatartható, ha nem igazolt az alvállalkozó köztartozás-mentessége.

6. AZ ALVÁLLALKOZÁS

6.1. AZ ALVÁLLALKOZÓ KÖZBESZERZÉSI JOGI FOGALMA

A Kbt. a 3. §-ában önálló definíciót ad az alvállalkozó fogalmára. Mindazon szabályok, ahol a törvény vagy végrehajtási rendelete az alvállalkozókra vonatkozó szabályozást tartalmaz (így pl. a nyertes ajánlattevőt terhelő bejelentési kötelezettség kapcsán vagy építési beruházás esetén a számlák két lépcsőben történő kifizetésekor), az alvállalkozó fogalmát a Kbt. fogalommeghatározása alapján kell értelmezni.

A Kbt. 3. § 2. pontja szerint alvállalkozó: az a gazdasági szereplő, aki (amely) a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve

- a) azon gazdasági szereplőt, amely tevékenységét kizárólagos jog alapján végzi,
- b) a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt gyártót, forgalmazót, alkatrész vagy alapanyag eladóját,
- c) építési beruházás esetén az építőanyag-eladót.

Látható, hogy a közbeszerzési jog alvállalkozó-fogalma a szerződés teljesítésében közreműködők széles körét fogja át, nem csak azokat, akik vállalkozási szerződés alapján kerülnek a teljesítésbe bevonásra. A fogalom ugyanakkor csak az ajánlattevővel szerződő közreműködőkre terjed ki, a szubalvállalkozók (az alvállalkozók alvállalkozói) már nem tartoznak bele. A Döntőbizottság a nyertes ajánlattevőket terhelő, az alvállalkozók bejelentésére vonatkozó kötelezettség kapcsán több ügyben vizsgálta, hogy a teljesítésbe bevont egyes gazdasági szereplők alvállalkozónak minősülnek-e. A Döntőbizottság a D.657/21/2016. számú határozatában kimondta: „A fent idézett alvállalkozói fogalom alapján egy gazdasági szereplő Kbt. szerinti alvállalkozói minőségéhez három feltétel együttes fennállása szükséges: 1. a szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan való részvétel, 2. a szerződés teljesítésében közvetlenül való részvétel, 3. kivételi körbe nem tartozás. (...) A Döntőbizottság rögzíti, hogy amennyiben valamely gazdasági szereplő a felhívásban, a dokumentációban (különös tekintettel a műszaki leírásra, a műszaki tervek, a jogerős engedélyekre, a kapcsolódó szakhatósági döntésekre és a költségvetésre), valamint a közbeszerzési szerződésben a beszerzés tárgyaként, illetve ebből fakadó szerződéses kötelezettségként nevesített feladatot, vagy annak szerves részét képező részfeladatot lát el, a szerződés teljesítésében való közvetlen részvétele megvalósul. Építési beruházás esetén az is kiemелendő, hogy a közvetlen részvétel fennállásához egy tevékenységnek nem kell a szerződésben nevesített főtárgyak (kivitelezés, tervezés) valamelyike szerinti feladatnak lennie, ehhez elegendő, ha az adott gazdasági szereplő valamely szerződéses kötelezettséget teljesít a nyertes ajánlattevő megbízása/megrendelése alapján. A Döntőbizottság rögzíti továbbá, hogy az alvállalkozói minőség megítélésénél is érvényesül az az általános jogelv, hogy a szerződéseket nem alakításuk, illetve elnevezésük, hanem a szerződés tényleges tartalma, különösen az előírt és teljesített kötelezettségek alapján kell megítélni, így jelen esetben sincs jelentősége annak, hogy egy feladat elvégzésére alvállalkozói, avagy keretszerződés elnevezésű, illetve utóbbi alapján kötött egyedi megállapodás alapján került-e sor.”

6.2. A TELJESÍTÉSBEN KÖZREMŰKÖDŐKRE VONATKOZÓ KÖTELEZŐ ELŐÍRÁSOK

6.2.1. Az alvállalkozói részvétel korlátozása

A Kbt. 138. § (1) bekezdése szerint építési beruházás esetén az alvállalkozói teljesítés összesített aránya a szerződés teljesítésében nem haladhatja meg a szerződés értékének 65%-át. Az alvállalkozóknak a szerződés teljesítésében való részvételi arányát az határozza meg, hogy milyen arányban részesülnek a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértékéből. (A jelen tananyag megírásának időpontjában az Országgyűlés tárgyalja a Kbt. módosítását, amely az előbbi korlátozást hatályon kívül helyezi.)

A Kbt. 138. § (3) bekezdése szerint az ajánlatkérő főszabály szerint nem korlátozhatja az ajánlattevő jogosultságát alvállalkozó bevonására, csak akkor, amennyiben már a szerződést megelőző közbeszerzési eljárás során is előírta, hogy bizonyos alapvető fontosságú feladatokat az ajánlattevőnek magának kell teljesítenie, e körben nem működhet közre a teljesítésben alvállalkozó. Az ajánlatkérő a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján építési beruházásra vagy szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés, valamint árubeszerzésre irányuló szerződéssel kapcsolatos beállítási vagy üzembehelyezési művelet esetén előírhatja, hogy bizonyos alapvető fontosságú feladatokat maga az ajánlattevő vagy – közös ajánlattétel esetén – a közös ajánlattevők egyike végezzen el. Ebben az esetben az e feladatokra vonatkozó alkalmassági feltételek igazolásához nem támaszkodhat az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező más szervezet kapacitására, és a teljesítés során e feladatokat nem végezheti alvállalkozó. Az ajánlatkérő a személyes teljesítés kötelezettségének előírását álláspontunk szerint valóban csak az alapvető fontosságú feladatokra korlátozva alkalmazhatja, tekintettel kell lennie arra, hogy ez az előírás ne legyen indokolatlanul versenykorlátozó.

6.2.2. Az alkalmasságot igazoló és az értékelésben meghatározó szervezetek és szakemberek bevonásának kötelezettsége

A Kbt.-nek a szerződés teljesítési időszakára eső, a közreműködők részvételére vonatkozó szabályai elsősorban azt hivatottak biztosítani, hogy a közbeszerzési eljárás során megvalósult verseny tisztasága ne sérüljön azáltal, ahogyan a felek a teljesítés során eljárnak, vagy adott esetben az ajánlattevők az ajánlatukban foglaltaktól bizonyos tekintetben eltérnek.

A teljesítés során egyes közreműködők kötelező bevonása mindenképp az alkalmasság igazolására bevont szervezetekkel áll szoros kapcsolatban. Az alkalmassági követelmények igazolása esetén megkövetelt a szerződés teljesítésében való részvétel az alkalmasságot igazolók részéről, az eljárásban a kapacitások rendelkezésre bocsátására vonatkozóan bemutatott kötelezettségvállalásnak megfelelően. A referencia, szakember és nyilvántartásban való szereplés igazolására irányuló alkalmassági követelmények esetében a Kbt. további előírásokat is ad a bevonás kötelező módját illetően. A Kbt. 65. § (9) bekezdése szerint a műszaki és szakmai alkalmasság igazolása körében előírt szakemberek rendelkezésre állására – azok végzettségére, képzettségére – vonatkozó követelmény, valamint a releváns szakmai tapasztalatot igazoló referenciákra vonatkozó követelmény teljesítésének igazolására az ajánlattevő csak akkor veheti igénybe más szervezet kapacitásait, ha az adott szervezet olyan mértékben részt vesz a szerződés, vagy a szerződés azon részének teljesítésében, amelyhez e kapacitásokra szükség van, amely – az ajánlattevő saját kapacitásával együtt – biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szaktudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését a teljesítésben. A nyilvántartásban szereplés, szervezeti tagság vagy engedéllyel rendelkező alkalmassági követelmény igazolására akkor vehető igénybe más szervezet kapacitása, ha az adott szervezet valósítja meg azt a feladatot, amelyre vonatkozóan a nyilvántartásban szereplés,

szervezeti tagság vagy engedéllyel rendelkezés kötelezettsége fennáll.

Szakemberek esetében a fenti követelmény nem csak a külső gazdasági szereplő bevonására, hanem az alkalmasság igazolásakor bemutatott saját szakember részvételére is vonatkozik.

A realitásokat figyelembe véve ugyanakkor természetesen lehetséges, hogy az alkalmasságot igazoló szervezet vagy szakember személyében változás következzen be, a Kbt. ezért azt is meghatározza, hogy ez milyen módon történhet a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával. Az alkalmasság igazolásában részt vett szervezetek vagy szakemberek bevonása akkor maradhat el, vagy helyettük akkor vonható be más (ideértve azt is, amikor egy társaság átalakulása, egyesülés vagy szétválás miatt változik az alkalmasságot igazolt szervezet), ha az ajánlattevő az adott szervezet vagy szakember nélkül vagy a helyette bevont új szervezettel vagy szakemberrel is megfelel azoknak az alkalmassági követelményeknek, melyeknek a közbeszerzési eljárásban e szervezettel vagy szakemberrel együtt felelt meg. Amennyiben a közbeszerzési eljárásban egy alkalmassági követelmény tekintetében bemutatott adatok alapján az ajánlatkérő szűkítette az eljárásban részt vevő gazdasági szereplők számát, az eredeti alkalmasságot igazoló szervezettel vagy szakemberrel egyenértékű módon kell az újonnan bevontaknak is megfelelnie az adott követelménynek.

Az alkalmasság igazolása mellett a közbeszerzési eljárás másik fontos eleme a teljesítésben történő részvétel szempontjából az *értékelés*. A Kbt. 138. § (4) bekezdése kimondja: az eljárás során az ajánlattevő által bemutatott valamely szervezet vagy szakember teljesítésbe történő bevonásától nem lehet eltekinteni olyan esetben, ha az érintett szerződés sajátos tulajdonságait figyelembe véve az adott személy (szervezet) igénybevétele a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősült. Ezzel összefüggésben fel kell idézni, hogy a Kbt. 76. § (3) bekezdés b) pontja szerint értékelési szempontként alkalmazható a szerződés teljesítésében részt vevő személyi állomány szervezettsége, képzettsége és tapasztalata, ha a személyzet minősége jelentős hatással lehet a szerződés teljesítésének színvonalára. Amennyiben egy bemutatott szervezet az értékeléskor meghatározónak minősült, csak szűkebb körben, a jogutódlás olyan eseteiben változhat a bevont szervezet, ha utódja az értékeléskor figyelembe vett minden releváns körülmény – különös tekintettel a 76. § (3) bekezdés b) pontja szerinti esetben az értékelt személyi állomány – tekintetében az eljárásban bemutatott szervezet jogutódjának tekinthető. Az értékeléskor meghatározó szakember személye pedig csak az ajánlatkérő hozzájárulásával és abban az esetben változhat, ha az értékeléskor figyelembe vett minden releváns körülmény tekintetében az értékelttel egyenértékű szakember kerül bemutatásra. A Kbt. kommentárja úgy foglal állást, hogy egy szervezet vagy személy az értékeléskor meghatározónak minősül akkor, ha személye az adott esetben az eljárás eredményét befolyásolja³.

Azon alvállalkozók esetében, amelyek sem az alkalmasság igazolásában nem vettek részt, sem az értékeléskor nem töltöttek be szerepet, a Kbt. nem korlátozza az alvállalkozó személyének cseréjét (azon kívül, hogy az eljárásban alkalmazott kizáró okok az új alvállalkozó esetében sem állhatnak fenn).

³ Várhomoki–Molnár, 2016.

6.3. AZ ALVÁLLALKOZÓK BEJELENTÉSE ÉS A KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG ELLENŐRZÉSÉHEZ KAPCSOLÓDÓ DÖNTŐBIZOTTSÁGI GYAKORLAT

A teljesítés átláthatósága érdekében a Kbt. előírja, hogy a nyertes ajánlattevő köteles az ajánlatkérőnek valamennyi olyan alvállalkozót előzetesen bejelenteni, amely részt vesz a szerződés teljesítésében, és – ha a megelőző közbeszerzési eljárásban az adott alvállalkozót még nem nevezte meg – a bejelentéssel együtt nyilatkozni vagy az érintett alvállalkozó nyilatkozatát benyújtani arról is, hogy az általa igénybe venni kívánt alvállalkozó nem áll az adott közbeszerzési eljárásban alkalmazott kizáró okok hatálya alatt. A bejelentési kötelezettség megtételének időpontjaként a Kbt. a szerződéskötés időpontját jelöli meg azzal, hogy a teljesítés során később is lehetőség van újabb alvállalkozó előzetes bejelentésére. A Közbeszerzési Hatóság az elmúlt időszakban aktívan ellenőrizte, hogy a nyertes ajánlattevők eleget tesznek-e az alvállalkozók kapcsán fennálló bejelentési kötelezettségüknek és számos esetben kezdeményezett jogorvoslati eljárást. E döntőbizottsági gyakorlattal kapcsolatban érdemes arra is odafigyelni, hogy a határozatok egy része még a 2011. évi közbeszerzési törvény szerint kötött szerződésekre vonatkozik, ez utóbbi határozatoknak nem minden következtetése releváns a 2015. évi Kbt. alkalmazásában, a hatályos Kbt. ugyanis a korábbi szabályozástól eltérően már kifejezetten az alvállalkozó „előzetes” bejelentését követeli meg. A D.299/13/2018. számú határozatában a Döntőbizottság megállapította, hogy a nyertes ajánlattevő megsértette a Kbt. 138. § (3) bekezdését azzal, hogy az egyik alvállalkozó szerződés teljesítésébe történő bevonásáról nem előzetesen – legkésőbb az alvállalkozási szerződés hatálybalépésének megfelelő napon – hanem utólagosan kelt nyilatkozatával jelentette be az érintett alvállalkozót az ajánlatkérő részére. A bejelentési kötelezettség kapcsán a Döntőbizottság D.270/16/2016. számú határozatában egyértelműen kimondta, hogy az ajánlattevőnek az ajánlatában a Kbt. alapján arra vonatkozóan tett általános nyilatkozata, hogy a teljesítés során nem fog a kizáró okok hatálya alatt álló alvállalkozót igénybe venni, nem helyettesíti az egyes alvállalkozók tekintetében, a teljesítés folyamán teendő nyilatkozatot, a kizáró okok fenn nem állásáról tehát mindig az adott konkrét alvállalkozó tekintetében meg kell tenni a nyilatkozatot.

A bejelentést az ajánlatkérő részére kell megtenni, mely személy alatt az ajánlatkérő képviselőjét, így az ajánlatkérő képviseletében eljáró mérnököt is érteni kell (D.657/21/2016.). A nyertes ajánlattevőként szerződő félnek a teljesítésbe bevonni kívánt alvállalkozó bejelentését és rá vonatkozóan a kizáró okokra vonatkozó nyilatkozatot egyidejűleg kell megtennie (D.189/19/2017.)

Építési beruházásokra vonatkozóan a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése előírja, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítésének ellenőrzése során az építési napló adatai alapján ellenőrizni köteles, hogy a teljesítésben csak a Kbt. 138. § (2) és (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelő alvállalkozó vesz részt. A 138. § megsértése esetén sor kerülhet így az ajánlatkérő jogsértésének megállapítására is, amennyiben ellenőrzési kötelezettségének nem tett eleget. D.299/13/2018. számú határozatában a Döntőbizottság megállapította az ajánlatkérő jogsértését is egy olyan esetben, ahol az építési napló, illetve az ajánlatkérő felé benyújtott nyilatkozatok és számlák tartalma az alvállalkozókra vonatkozóan eltérő információkat tartalmazott. A Döntőbizottság álláspontja szerint a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdéséből nem az következik, hogy az ajánlatkérő kizárólag az építési napló adataira támaszkodhat a szerződés teljesítésének ellenőrzése során, hanem az építési naplóban szereplő adatok szolgálnak kiindulópontként ehhez. Amennyiben a szerződés teljesítése során olyan adatok, dokumentumok létezése jut az ajánlatkérő tudomására, illetve olyan adatok, dokumentumok kerülnek a birtokába, amelyek az építési naplóban szereplő bejegyzésekkel nem állnak összhangban, úgy a jóhiszemű és gondos eljárásra vonatkozó

alapveti rendelkezésnek megfelelően az ajánlatkérő oldalán beáll a 322/2015. Korm. rendelet 27. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési kötelezettség, ami nem csak az építési naplóban szereplő adatokra, hanem a szerződés teljesítésével kapcsolatos egyéb információkra, dokumentumokra is kiterjed.

Az érintett gazdasági szereplők számára különösen jelentős, hogy a jogsértés megállapítása esetén a Döntőbizottság a Kbt. adott esetben történt megsértését súlyos jogsértésnek minősíti. Ebben az esetben ugyanis a Kbt. 62. § (1) bekezdés q) pontja szerint a jogsértést elkövető gazdasági szereplők a közbeszerzésekből kilencven napra ki vannak zárva. A Döntőbizottság nem ítélte súlyosnak a jogsértést több olyan esetben, ahol az alvállalkozók bejelentése megtörtént, és csak a kizáró okokkal kapcsolatos nyilatkozattétel elmulasztására tekintettel állapított meg jogsértést, tekintettel arra, hogy a jogsértéssel csak a jogszabályhely egyik fordulata érintett (D.348/6/2017., D.227/29/2017.).

7. VÁLTOZÁS AZ AJÁNLATKÉRŐ ÉS AZ AJÁNLATTEVŐ SZEMÉLYÉBEN

7.1. A JOGUTÓDLÁS MEGENGEDETT ESETEI

A közbeszerzés lényegéből következik, hogy a szerződés teljesítésének szakasza során a nyertes ajánlattevőként szerződő fél személyében változás csak szigorú korlátok között lehetséges. A Kbt. által nem megengedett változás a szerződő fél személyében csak úgy valósulhat meg, ha azt megelőzően a szerződés teljesítésére új közbeszerzési eljárást folytatnak le. A Kbt. 139. § (1) bekezdése alapján az ajánlattevői jogutódlás új közbeszerzési eljárás nélkül megengedett esetei a következők lehetnek:

- a szerződésben előre pontosan rögzített feltételek szerint történik a jogutódlás. Az ilyen, előre rögzített feltételek ugyanakkor csak két esetkörben rendelkezhetnek a szerződés átruházásáról. Az egyik ilyen eset, amikor projektársaság veszi át a szerződés teljesítését (a Kbt. értelmében ilyenkor az eredeti nyertes ajánlattevő is kötelezett marad). A másik eset, amikor a projekt befejezésének biztosítása érdekében a finanszírozást nyújtó, illetve az utóbbi által jelölt jogi személy veheti át a teljesítést. Ez az esetkör azokra az elsősorban koncesszióknál előforduló szerződéses rendelkezésekre utal, ahol a teljesítéshez szükséges finanszírozást az ajánlattevő számára külső finanszírozó intézmény biztosítja, amely a – számára is a megtérülést biztosító – beruházás megghiúsulásának veszélye esetére kiköti a szerződésbe való belépési, illetve egyéb beavatkozási lehetőségét. A Kbt. szerint erre akkor van mód, amennyiben a jogutódlás a projekt befejezése érdekében történik és a szerződésben előre egyértelműen rögzítik annak feltételeit.
- a jogi személy átalakulása, egyesülés (összeolvadás, beolvadás) vagy szétválás (különválás, kiválás) során történő jogutódlás, vagy sajátos szabályok alá eső jogi személy, például költségvetési szerv formában működő ajánlattevő esetében a jogutódlással megszűnés más módja;
- egy gazdasági egységként működő teljes üzletág (a hozzá tartozó szerződésekkel, eszközökkel és munkavállalókkal) – vagy nem gazdasági társaság jogi személy esetén az adott tevékenységet ellátó teljes szervezeti egység – átruházása a jogutódra;
- az eredeti szerződő félre vonatkozó fizetésképtelenségi eljárás, azaz csődeljárás vagy felszámolási eljárás során kerül a szerződés átruházásra.

Az ajánlattevő személyében bekövetkező változás mindegyik fenti esetköréhez kapcsolódnak azok a további feltételek, hogy a jogutód nem állhat a közbeszerzési eljárásban alkalmazott kizáró ok hatálya alatt és – az ajánlattevőre irányadó szabályok szerint – megfelel a közbeszerzési eljárásban alkalmazott alkalmassági követelményeknek, valamint a jogutódlás nem a törvény alkalmazásának a megkerülését célozza.

A Kbt. a szerződő felek személyével kapcsolatban a 139. § (3) bekezdésben szól arról, hogy az ajánlatkérői oldalon is elképzelhető jogutódlás, melynek korlátja, hogy az nem irányulhat a közbeszerzési kötelezettség megkerülésére az ajánlatkérők részéről. A jogutódlás pontos formái és módjai tekintetében a Kbt. itt nem ad további korlátozást. Ha például jogszabály rendelkezésénél fogva a közigazgatási szervek közötti feladatmegosztás változik, a hatásköri változással összefüggésben a feladathoz kapcsolódó szerződések átadása a Ptk. szerinti szerződésátruházással is megvalósulhat az érintett szervek között.

7.2. PROJEKTTÁRSASÁG

A Kbt. speciális követelményeket rögzít arra az esetre, ha a nyertes ajánlattevő(k) vagy a nyertes ajánlattevő(k) és az ajánlatkérő a szerződés teljesítése érdekében új gazdasági társaságot, ún. projektársaságot hoznak létre. Ebben az esetben tehát egy önálló társaság jön létre kifejezetten az adott szerződés teljesítése érdekében, amely átveszi a szerződés teljesítését. A Kbt. 140. § (3) bekezdése azonban kimondja, hogy a projektársaság és annak tagjai a szerződés teljesítéséért egyetemlegesen felelnek, az ajánlatkérő irányában tehát fennmarad a nyertes ajánlattevők teljesítésért viselt felelőssége. Az ajánlattevő(k)nek csak abban az esetben nyílik módja a szerződést projektársaság útján teljesíteni, amennyiben az ajánlatkérő azt az ajánlati felhívásban kifejezetten előírta vagy lehetővé tette. Az ajánlatkérő akkor teheti kötelezővé projektársaság alapítását, ha a szerződés teljesítése esetében az indokolt.

Ha az ajánlatkérő lehetővé teszi vagy megköveteli projektársaság létrehozását, már a közbeszerzési dokumentumokban ismertetnie kell a létrehozandó gazdasági társasággal kapcsolatos követelményeket, amelyek kizárólag a jogi formával, a jegyzett tőke minimális mértékével, a társaság tevékenységi körével, valamint tevékenységének ellenőrzésével függhetnek össze. Az ajánlatkérő tehát kiköthet magának a társaság működése feletti ellenőrzési jogokat is.

A projektársaságra vonatkozó részletes szabályok a teljesítés átláthatóságát, valamint az adott projekthez tartozó gazdasági kockázatok elkülönítését szolgálják (mely projektfinanszírozási struktúra esetén a finanszírozó intézmények számára lényeges), a Kbt. továbbá az alvállalkozói díjak kifizetésének biztosítását is szem előtt tartja a szabályozásban.

A projektársaság csak a közbeszerzési szerződés teljesítése érdekében szükséges tevékenységet végezhet és szerződéseket köthet meg, más gazdálkodó szervezetben részesedést nem szerezhetsz, valamint nem alakulhat át, nem válhat szét és nem egyesülhet más jogi személlyel. A projektársaságban való társasági részesedés nem ruházható át külső személyre. Csak akkor szüntethetik meg a tagok a projektársaságot, ha a szerződés teljesítése lezajlott, vagy ha a nyertes ajánlattevők a közbeszerzési szerződésből, valamint a közbeszerzési szerződés teljesítése érdekében kötött szerződésekből (így az alvállalkozói szerződésekből) származó jogokat és kötelezettségeket átvállalták.

A 140. § (9) bekezdése alapján a projektársaság teljesítését a későbbi közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság igazolására referenciaként, illetve árbevételeként a teljesítésben való részvétel mértékéig mutathatják be a tagok.

8. A SZERZŐDÉSMÓDOSÍTÁS LEHETŐSÉGE KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉSEK ESETÉN

8.1. AZ IRÁNYELVI KORLÁTOK

Az új közbeszerzési irányelvek és a koncessziós irányelv – a korábbi irányelvektől eltérően – már kifejezetten rendelkeztek arról, hogy a közbeszerzési vagy koncessziós szerzési eljárás eredményeként kötött szerződések milyen feltételekkel módosíthatóak. Ezt az irányelvi feltételrendszert ülteti át a Kbt. 141. §-a. Az uniós bírósági gyakorlat megközelítésének megfelelően a szabályozás azt határozza meg, hogy melyek azok az esetek, amikor a módosítás nem tekinthető – nagyságrendjénél, illetve körülményeinél fogva – új szerzésnek, és ilyen módon új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül módosítható az eredeti szerződés. A 141. § feltételrendszere szerint kell vizsgálni minden olyan szerződésmódosítás lehetőségét, amelyre 2015. november 1-je után került sor – függetlenül attól, hogy az eredeti szerződést esetlegesen melyik korábbi közbeszerzési törvény alapján kötötték. A Kbt. több esetet is szabályoz, amelyek megalapozhatják a szerződésmódosítás jogszerűségét, a Kbt. 141. §-ában foglalt különböző jogalapok közül elegendő, ha a módosítás egy jogalap feltételeinek megfelel. Annak sincsen akadálya, hogy az ajánlatkérő több jogalapot is megjelöljön egy módosításhoz kapcsolódóan, amelyek alátámasztják a módosítás lehetőségét.

A szerződésmódosítások kapcsán is lényeges, hogy a Kbt. 142. §-a a Közbeszerzési Hatóságot hatósági ellenőrzés lefolytatására jogosítja fel a Kbt.-ben foglaltak betartására vonatkozóan, amelyhez jogsértés esetén a Hatóság számára hivatalbóli jogorvoslat-indítási, illetve keresetindítási kötelezettséget kapcsol.

8.1.1. A de minimis módosítás (Kbt. 141. § (2))

A Kbt. a módosítás közbeszerzési szempontból elfogadott – új közbeszerzési eljárást nem igénylő – eseteit három csoportba rendezi. Az első eset azt a de minimis határt rögzíti, amelyet el nem érő értékű módosítás – amennyiben a szerződés alapvető jellemzőit egyébként nem változtatja meg – további feltételek fennállása nélkül is mindig jogszerűnek tekinthető. Az ebből a szempontból releváns értékhatár az uniós értékhatárt elérő értékű eredeti szerződéseknel kettős: sem az uniós értékhatárt, sem az eredeti szerződés 10, illetve építési beruházás esetében 15%-át nem haladhatja meg a módosítás, illetve több módosítás együttes értéke. Az uniós értékhatár alatti szerződéseknel a módosítás értéke tekintetében csak a szerződés értékéhez viszonyított százalékos korlátozást kell figyelembe venni, a nemzeti közbeszerzési értékhatár meghaladása még nem jelenti a módosításra vonatkozóan ezen jogalap alkalmazásának akadályát. A de minimis értékhatár alatt maradó módosítások esetében azon további követelményeknek kell még teljesülnie, hogy a módosítás ne változtassa meg a szerződés általános jellegét és illeszkedjen az eredeti szerződés jellegéhez, továbbá a módosítások eredményeként a szerződés értéke nem léphet át olyan releváns értékhatárt, amely a megelőző közbeszerzési eljárásban eltérő szabályok alkalmazását jelentette volna. Utóbbi, a 141. § (3) bekezdésében rögzített feltétel alapján ezen szerződésmódosítási jogalap nem alkalmazható például akkor, ha a módosítással a szerződés olyan értékhatárt lépne át, amelyre tekintettel a

megelőző közbeszerzési eljárásban nemzeti helyett uniós vagy közvetlen ajánlattételi felhívással induló eljárás helyett összefoglaló tájékoztatással meghirdetett eljárást kellett volna lefolytatni.

A de minimis módosítás lehetőségét csak arra a szerződésmódosításra lehet alkalmazni, amely a szerződés értékének változásával jár, a szerződéses jogviszony több elemét érintő módosítás esetén pedig a módosítás azon elemeire (pl. mennyiség), amelyek az érték változásával összefüggenek. A Közbeszerzési Hatóság vonatkozó útmutatója (a Közbeszerzések Tanácsának útmutatója a közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről (K.É. 2017. évi 81. szám; 2017. május 19.)) ezzel kapcsolatban megjegyzi, hogy e rendelkezés a műszaki tartalom változása miatti szerződésmódosítást is kezeli (amennyiben amiatt szükségszerűen változik az ár). A Közbeszerzési Hatóság ugyanakkor felhívja a figyelmet arra, hogy önmagában vagy elsősorban a szerződés időtartamának meghosszabbítása céljából a Kbt. szóban forgó rendelkezése nem alkalmazható. A Döntőbizottság D.186/11/2017. számú határozata arra mutat rá, hogy a jogalap alkalmazható lehet egy folyamatos teljesítésű szolgáltatási szerződés időbeli hatályának meghosszabbítása esetén is. Ezzel összefüggésben azonban figyelmet kell fordítani arra, hogy a szerződés módosítására kizárólag annak időbeli hatálya alatt kerülhet sor (azon időszak alatt, amíg a szerződés joghatásokat fejt ki), ezt követően már csak új közbeszerzési eljárás lefolytatásával elégíthető ki a beszerzési igény.

A Közbeszerzések Tanácsának idézett útmutatója keretmegállapodások esetén az általános szerződésekhöz képest speciális értelmezést fogad el a de minimis módosítás alkalmazására. Az útmutató szerint „a Kbt. 141. § szerinti ellenszolgáltatásnak keretmegállapodás esetén nem a keretösszeg minősül, tekintettel arra, hogy a keretösszeg az annak alapján ténylegesen teljesítendő ajánlatkérői ellenszolgáltatás összegével nem feltétlenül egyezik meg. Ellenszolgáltatásnak ebben az esetben is az minősül, amit az ajánlatkérő az ajánlattevőnek a Kbt. 135. § alapján kifizetett, vagy biztosan ki fog fizetni. Így a módosítás esetén a keretmegállapodás eredeti időtartama során ténylegesen kifizetett, vagy bizonyosan kifizetésre kerülő ellenszolgáltatás összegét kell alapul venni a 141. § (2) bekezdésének a) és b) pontja szerinti értékek kiszámításánál.”

A szabály szerint több módosítás nettó összértéke sem érheti el a fent meghatározott küszöbértékeket. Lényeges, hogy a de minimis küszöb elérése kapcsán a más jogalapon történt módosítások ellenértékét is figyelembe kell venni. Ha például a 141. § (4) bekezdés c) pontjára tekintettel az adott szerződés értékének 20%-os emelkedésével járó módosításra már sor került, ezzel egyúttal a de minimis módosítás lehetősége is kimerült. Egyedül a 141. § (4) bekezdés a) pontja szerint már előre a szerződésbe foglalt változások értékét nem látjuk szükségesnek figyelembe venni a de minimis küszöb elérésének figyelembe vételéhez.

8.1.2. Sajátos körülményekre tekintettel alkalmazható módosítási esetek

A második esetcsoport – függetlenül attól, hogy a lényeges módosítás bírósági gyakorlatban kidolgozott ismérvei fennállnak-e – bizonyos sajátos körülmények fennállása esetén teszi lehetővé a módosítást. Az uniós bírósági gyakorlat alapján ezen eseteket az ajánlatkérőnek szűken kell értelmeznie.

A második esetcsoportba tartozik az a lehetőség, amikor a szerződés minden ajánlattevő számára előre megismerhető módon, egyértelműen rögzíti a szerződés meghatározott tartalmi elemeihez kapcsolódó későbbi lehetséges változások pontos feltételeit és tartalmát (ilyenek például a hosszabb távú szerződések esetén az ár indexálására elfogadott szerződéses kikötések). Ilyen esetben nincs szó szerződésmódosításról, hiszen a szerződésben foglaltak szerint módosul a jogviszony. Általános, garanciális jellegű korlátként érvényesül az előre rögzített változások esetében is, hogy azok nem rendelkezhetnek olyan módosításokról, amelyek megváltoztatnák a szerződés általános jellegét. Előre sem foglalható például a szerződésbe olyan rendelkezés, amely meghatározott feltételek bekövetkezése esetén alapvetően megváltoztatná a beszerzés tárgyát, vagy például koncessziós szerződéses feltételrendszer helyett egyszerű közbeszerzési szerződésre változtatná a szerződést. A Kbt. ezen, 141. § (4) a) pontján alapul az a lehetőség is, hogy építési beruházás esetén tartalékkeretet lehet a szerződésbe foglalni. A tartalékkeret tekintetében a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 20. §-a részletezi, hogy alkalmazása mikor felel meg a Kbt. által támasztott követelményeknek.

A módosítás további lehetséges esete (Kbt. 141. § (4) b)) az, amikor az eredeti szerződő féltől olyan további építési munkák, szolgáltatás vagy áruk beszerzése szükséges, amelyek nem szerepeltek az eredeti szerződésben, viszont a szerződő fél személyének változása nem megvalósítható gazdasági vagy műszaki okból, valamint a szerződő fél változása az ajánlatkérő számára jelentős hátránnyal vagy a költségek megsokszorozódásával járna. Az ellenérték növekedése – vagy több módosítás esetén azok együttes nettó értéke – azonban nem haladhatja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át. A Kbt. kommentárja szerint az e jogalpnál szereplő 50%-os korlát máshogy ítélandó meg, mint a de minimis szabály esetén, és csak az e jogalpnak megfelelő módosítások értékét szükséges annak vizsgálatakor összeadni.⁴

Ez a lehetőség azokra a – szűk körű, jellemzően valamely speciális technológia alkalmazásával járó – esetekre vonatkozik, amikor gazdasági vagy műszaki okból nem létezik más alternatíva az ajánlatkérő számára, mint az eredeti szerződő féllel való szerződés. A módosítás ezen jogalapjával összefüggésben a 2014/24/EU preambulának (108) bekezdése az alábbiakat tartalmazza: „Az ajánlatkérő szervek olykor olyan helyzetekkel szembesülhetnek, amikor további építmények, termékek vagy szolgáltatások válnak szükségessé; ilyen esetekben indokolt lehet az eredeti szerződés anélkül való módosítása, hogy új közbeszerzési eljárás indulna, különösen ha a további teljesítések célja a részleges pótlás vagy a meglévő szolgáltatások, áruk vagy építmények kibővítése olyan helyzetben, amikor beszállítóváltás esetén az ajánlatkérő szerv kénytelen lenne más műszaki jellemzőkkel rendelkező anyagokat,

⁴ Várhomoki–Molnár, 2016.

építményeket vagy szolgáltatásokat beszerezni, amelyek a működtetés és karbantartás során inkompatibilitást vagy aránytalan technikai nehézségeket okoznának.” A D.25/7/2017. számú döntőbizottsági határozat rámutat, hogy egyszerű pótmunkák vagy többletmunkák felmerülése, a munkaterületen már dolgozó vállalkozóval történő szerződéskötés célszerűsége önmagában nem elegendő ezen jogalap alkalmazásához. A határozat szerint „Az Irányelvől és a Kbt. megfogalmazásából is kiolvasható, olyan helyzet fennállása esetén van lehetőség ezen szerződésmódosítási jogalap alkalmazására építési beruházás esetén, amikor az eredeti szerződő féltől eltérő más személlyel való szerződéskötés ahhoz vezetne, hogy az eredeti szerződő féltől beszerzett építési munka és a másik szerződő féltől beszerzett építési munka egymással nem férne össze, a működtetés és a karbantartás során pl. technikai nehézség jelentkezne. (...) Az, hogy volt hét azonos munkanem az eredeti szerződésben és a módosításában, valamint a munkák egymásra épülése nem olyan műszaki sajátosságok, amelyek indokolnák az eredeti szerződő féllel való szerződést. A felhasznált anyagokra vonatkozóan a Döntőbizottság a fentiekben kifejtette álláspontját, a gazdasági szereplők közötti együttműködésnek pedig nincs jelentősége ezen szerződésmódosítási jogalap vizsgálatánál.”

A Kbt. 141. § (4) c) pontja rögzíti a kellő gondossággal az ajánlatkérő által előre nem látható okból szükséges módosítások megtételének lehetőségét. Ez a jogalap a következő feltételek együttes teljesülése esetén alkalmazható:

- ca) a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre;
- cb) a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét;
- cc) az ellenérték növekedése nem haladja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át. Ha egymást követően több olyan módosításra kerül sor, amelyek a ca) alpont szerinti több, egymással nem összefüggő körülmény miatt merültek fel, ez a korlátozás az egyes módosítások nettó értékére alkalmazandó. Az egymást követő módosítások nem célozhatják e rendelkezés megkerülését.

A Közbeszerzések Tanácsának fent hivatkozott útmutatója szerint az előre nem láthatóság követelménye alapvetően akkor valósulhat meg, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra az ajánlatkérő a legnagyobb gondosság mellett a beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott. Ugyanakkor mindenkor az adott eset összes körülményének alapos vizsgálata és mérlegelése alapján, esetről esetre történő mérlegeléssel lehet csak eldönteni, hogy az előre nem láthatóság fennáll-e. A döntőbizottsági gyakorlat szerint nem tekinthetők előre nem látható körülménynek azok, amelyek az ajánlatkérő mulasztásából, a közbeszerzési eljárás nem elég gondos előkészítéséből erednek.

8.1.3. Nem lényeges módosítások

A harmadik, a törvény által megfogalmazott esetcsoport a nem lényeges módosítások köre. Itt jelenik meg az Európai Bíróság gyakorlatában (C-454/06. Prettex-ügy) kidolgozott feltételrendszer, amelynek alapján egy módosítás lényegessége megítélhető. Amennyiben a módosítás nem lényeges, az jogszerűen megvalósítható, abban az esetben is, ha egyébként az első két esetcsoportba tartozó módosítási feltételek nem állnak fenn.

A Kbt. 141. §-ának (6) bekezdése szerint a (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

- a) olyan feltételeket határoz meg, amelyek ha szerepeltek volna a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárásban, az eredetileg részt vett ajánlattevőkön (részvételre jelentkezőkön) kívül más ajánlattevők (részvételre jelentkezők) részvételét vagy a nyertes ajánlat helyett másik ajánlat nyertességét lehetővé tették volna;
- b) a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg; vagy
- c) a módosítás a szerződés tárgyát az eredeti szerződésben foglalt ajánlattevői kötelezettséghez képest jelentős új elemre terjeszti ki.

A Kbt. 141. §-ának (6) bekezdésében felsorolt feltételek alternatívak, tehát azok bármelyikének fennállása esetén a szerződés módosítása lényegesnek tekintendő. A fenti korlátokat mindig az adott eset összes körülményét mérlegelve kell megítélni. Így például egy vállalkozási szerződés teljesítési határidejének meghosszabbítása lehet az első feltétel szerint lényegtelen, ha az az eredeti határidőhöz képest nem nagy mértékű, nem érinti a közbeszerzési eljárásban lezajlott értékelést és az eredeti határidő sem volt olyan rövid, hogy az sok érdeklődőt elriaszthatott az eljárásban való indulástól. Lényegesnek minősülhet viszont például akkor, ha az eredeti határidő az eljárás meghirdetésekor kifejezetten sürgős munkavégzést követelt volna meg, és a hosszabb határidő ismeretében feltehetőleg mások is érdeklődtek volna a közbeszerzés iránt.⁵ A Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontját úgy kell értelmezni, hogy a szerződés gazdasági egyensúlya a nyertes ajánlattevő javára változik meg például akkor is, ha tartozás vagy biztosíték (kötbér) nyújtásának elengedését eredményezi a módosítás, a gazdasági egyensúly megváltozása kapcsán nem pusztán az ár változását kell figyelembe venni.

⁵ Várhomoki–Molnár, 2016.

8.2. A KÖZPÉNZEKKEL VALÓ FELELŐS GAZDÁLKODÁS ELVÉNEK ÉRVÉNYESÍTÉSE A KBT. 142. §-ÁBAN

A Kbt. a 142. § (3) bekezdésében a 141. §-ban felsorolt szerződésmódosítási jogalapok mellett fogalmaz meg egy olyan szabályt, amely a közpénzekkel való felelős gazdálkodás követelményére tekintettel egy további korlátot állít a szerződések módosításának. E szabály értelmében semmis a szerződés módosítása, ha az arra irányul, hogy

- a nyertes ajánlattevőként szerződő felet mentesítsék az olyan szerződésszegés (szerződésszegésbe esés) és az ehhez kapcsolódó jogkövetkezmények alkalmazása alól, amelyért felelős (felelős lenne), vagy
- az ajánlatkérő átvállalja a nyertes ajánlattevőt terhelő többletmunka költségeit vagy indokolatlanul egyéb, a szerződés alapján a nyertes ajánlattevőt terhelő kockázatokat.

A Kbt. szerint tehát nem szabad olyan módon módosítani a közbeszerzési szerződést, amely az ajánlattevői – a polgári jog szabályai szerint egyébként ki nem menthető, azaz az ajánlattevő felelősségébe tartozó – szerződésszegés vagy az ehhez kapcsolódó jogkövetkezmények alkalmazásának elkerülését célozza. Példaként említhető erre egy olyan eset, ahol a nyertes ajánlattevőként szerződő fél nem tudja tartani a szerződésben vállalt teljesítési határidőt, amelynek elmulasztásához késedelmi kötbér kapcsolódik, és a szerződés módosítását, a teljesítési határidő kitolását kezdeményezi. Az ajánlatkérőnek ilyenkor alaposan meg kell vizsgálnia, hogy miért maradt el a határidőben történő teljesítés, a késedelemért az ajánlattevő felelős-e. Amennyiben igen, a Kbt. idézett szabályára tekintettel a módosítási igényt el kell utasítania és a késedelmes teljesítés után érvényesítenie kell a kötbér igényét.

A szerződésmódosítás szintén nem vezethet arra, hogy az ajánlattevőt terhelő kockázatok indokolatlan átvállalását eredményezze az ajánlatkérő részéről. A Kbt. indokolása alapján valamely kockázat átvállalásának indokoltsága kapcsán az adott helyzet összes körülményét mérlegelnie kell a bíróságnak, így különösen, hogy az adott kockázat polgári jogilag hogyan ítéltető meg (az adott körülményre tekintettel fennállnának-e a bírói szerződésmódosítás feltételei, vagy hivatkozhatna-e az ajánlattevőként szerződő fél arra, hogy az adott körülmény kapcsán a szerződés úgy lehetetlenülne, amelyért nem felelős), illetve, hogy a szabályozás céljára, a közpénzekkel való felelős gazdálkodásra tekintettel milyen következményekkel járna a kockázat átvállalása vagy annak elmaradása.

A Kbt. kifejezetten kimondja, hogy az ajánlattevőt terhelő többletmunka költségének viselése olyan típusú kockázat, amelyet nem vállalhat át az ajánlatkérő. A többletmunkákkal kapcsolatos kockázatok elosztását a Ptk. rendezi. A Ptk. 6:245. § (1) bekezdése szerint átalánydíjas vállalkozási szerződésnél a vállalkozó a többletmunkával kapcsolatban felmerült olyan költségeinek megtérítésére tarthat igényt, amely a szerződés megkötésének időpontjában nem volt előrelátható. A jogalkotó ezen felül tilalmazza tehát az ajánlatkérő részéről a többletmunkák [Ptk. 6:244. § (1) bekezdés] elvégzéséhez kapcsolódó költségek megtérítését.

Tekintettel arra, hogy a szerződés semmisségének megítélése, az előbbi szabály érvényesítése polgári jogi kérdés, arra nem a Közbeszerzési Döntőbizottság rendelkezik hatáskörrel, hanem a Közbeszerzési Hatóság pert indít a módosítás érvénytelensége és az érvénytelenség jogkövetkezményeinek alkalmazása iránt. A rendelkezés nem zárja ki, hogy egy adott módosítás a Kbt. 141. §-a alapján is jogszerűtlennek minősüljön, amelynek megítélésére döntőbizottsági eljárás indulhat.

A Kbt. kimondja, hogy a verseny tisztaságának, az esélyegyenlőség és egyenlő bánásmód, valamint a közpénzekkel való felelős gazdálkodás elvének megsértését jelenti, ha a szerződésszegésből eredő igények érvényesítése elmarad olyan esetben, amikor az érintett ajánlattevői kötelezettség a közbeszerzési eljárásban értékelésre került, vagy ha a szerződésszegés eredményeként beállt tényleges állapot a szerződés tartalmától olyan mértékben tér el, amely – amennyiben a felek szerződésüket így módosították volna – szerződésmódosításként a 141. § (6) bekezdés *a)–c)* pontjai szerint lényeges módosításnak minősülne. Az ajánlattevők közötti esélyegyenlőség ugyanis azonos módon sérül abban az esetben is, ha valójában a szerződés tartalmától eltérő teljesítés valósul meg, és – feltéve, hogy a polgári jog szabályai szerint annak helye lenne – nem alkalmazzák a szerződő féllel szemben ennek alapján alkalmazható hátrányos jogkövetkezményeket, mint amikor a szerződést utólag lényegesen módosítják. Az eljárás során értékelt ajánlattevői vállalatok nem teljesítését a Kbt. külön is kiemeli, azokra vonatkozóan tehát mindenképpen követelmény a lehetséges jogkövetkezmények (ide nem értve a felmondás és elállás lehetőségét) érvényesítése, abban az esetben is, amennyiben a szerződésszegés egyébként nem jár jelentős következményekkel. Tekintettel arra, hogy a fenti rendelkezések megsértése esetén közbeszerzési jogsértés valósul meg, a Közbeszerzési Hatóság elnöke a Döntőbizottság eljárását kezdeményezi. Mivel ugyanakkor a közbeszerzési jogsértés megállapításának olyan polgári jogi előkérdése merülhet fel (különösen, ha a felek által vitatott a szerződésszegés ténye), amelynek eldöntése nem tartozik a Döntőbizottság hatáskörébe, a Kbt. arról is rendelkezik, hogy ha a jogsértés tárgyában a közbeszerzési ügy érdemi eldöntése a szerződésszegés megtörténtének előzetes elbírálásától függ, a Közbeszerzési Döntőbizottság a szerződésszegés tényének megállapítása iránt pert indít, és egyidejűleg az eljárást felfüggeszti.

9. A KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉS MEGSZÜNTETÉSE

A Kbt. 143. §-a több olyan esetre biztosít jogot – illetve mond ki egyes esetekre kötelezettséget – az ajánlatkérőnek a szerződés felmondására, vagy a szerződéstől való elállásra, amikor arra a jogszerű állapot helyreállítása érdekében szükség lehet. Az elállás (azaz a szerződéses jogviszony megkötésére visszamenőleges hatályú felszámolása) a Ptk. alapján csak akkor gyakorolható, ha az eredeti állapot természetben helyreállítható és az elállás jogával élni kívánó fél az általa kapott szolgáltatás egyidejű visszaadását felajánlja. Az eredeti, szerződéskötést megelőző állapot természetben történő helyreállítása, azaz a kapott és az adott szolgáltatás visszaadása tipikusan adásvételi szerződéseknél (amely a közbeszerzésekben többnyire árubeszerzés tárgyba tartozik) lehetséges, ezzel szemben egy építési beruházásra irányuló vállalkozási szerződésnél, ahol a teljesítés már megkezdődött, többnyire csak felmondásnak lehet helye (amely a jövőre nézve szünteti meg a szerződést).

A Kbt. alapján az ajánlatkérő a szerződést felmondhatja, vagy – a fent kifejtettek szerint – a szerződéstől elállhat, ha: _

- a) feltétlenül szükséges a szerződés olyan lényeges módosítása, amely esetében a 141. § alapján új közbeszerzési eljárást kell lefolytatni; E rendelkezés célja, hogy a közbeszerzési jogból eredő követelmények (új versenyeztetés lefolytatása) teljesíthetők legyenek akkor, amikor valamely körülmény miatt feltétlenül szükségessé vált a szerződés lényeges módosítása. Azt, hogy mikor áll fenn ilyen feltétlen szükségesség, az ajánlatkérőnek kell tudnia alátámasztani. Természetesen nem elegendő ugyanakkor e jog gyakorlásához egy megváltozott ajánlatkérői szándék, ahhoz mindenképpen nyomós közérdeknek kell fűződnie.⁶
- b) az ajánlattevő nem biztosítja a Kbt.-nek a teljesítésben közreműködőkre vonatkozó kötelező előírásait (pl. nem vonja be az alkalmasság igazolásában részt vett szervezetet a teljesítésbe), vagy az ajánlattevőként szerződő fél személyében érvényesen olyan jogutódlás következett be, amely nem felel meg a Kbt. 139. §-ában foglaltaknak; vagy
- c) az EUMSZ 258. cikke alapján a közbeszerzés szabályainak megszegése miatt kötelezettségszegési eljárás indult vagy az Európai Unió Bírósága az EUMSZ 258. cikke alapján indított eljárásban kimondta, hogy az Európai Unió jogából eredő valamely kötelezettség tekintetében kötelezettségszegés történt, és a bíróság által megállapított jogsértés miatt a szerződés nem semmis.

A 143. § (2) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek nem lehetősége, hanem kötelessége a szerződést felmondani, vagy – amennyiben az eredeti állapot természetben helyreállítható – attól elállni, ha a szerződés megkötését követően jut tudomására, hogy a szerződő fél tekintetében a közbeszerzési eljárás során kizáró ok állt fenn, és ezért ki kellett volna zárni a közbeszerzési eljárásból. További kötelező felmondási okot jelent az offshore kizáró okhoz kapcsolódó körülményeknek a szerződés teljesítési időszaka alatt történő bekövetkezése.

A Kbt. 143. §-a néhány, a közbeszerzési jog által kiemelt esetben biztosít felmondási, illetve elállási jogot (egyes esetekben egyúttal kötelezettséget), a szerződések megszüntetésére, illetve felbontására ugyanakkor sor kerülhet más olyan esetekben is, amikor a Ptk. és a szerződés alapján szerint az jogszerű. Rá kell azonban mutatni arra is, hogy a közbeszerzés alapelveinek a szerződéskötést követően is érvényesülnie kell, ezért a Kbt. alapelvei korlátját jelenthetik a

⁶ Várhomoki–Molnár, 2016.

Ptk., illetve a szerződés szerint egyébként gyakorolható felmondási vagy elállási jog gyakorlásának. (Így például – természetesen mindig az adott eset összes körülményének figyelembe vételével és attól függően – a közbeszerzés szabályainak megkerülésére adhat lehetőséget a közbeszerzési szerződés indokolás nélküli felmondása nem sokkal a szerződéskötést követően.)

10. A SZERZŐDÉSSZEGÉS JELENTŐSÉGE A KBT.-BEN

A Ptk. szerint a szerződés megszegését jelenti bármely kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradása, ez a szerződésszegés általános definíciója. Ez így nagyon egyszerűen hangzik, azonban a szerződésszegő magatartásoknak (tevőleges vagy mulasztásos) számos változata lehetséges, amelyre a polgári jog alapján különbözőképpen „reagálhat” a szerződésszegést elszenvedő fél, akinek a cselekvési szabadságát közbeszerzési szerződés esetén a közbeszerzési jogi szabályok is korlátozzák.

10.1. MIKOR BESZÉLÜNK SZERZŐDÉSSZEGÉSRŐL, ÉS MILYEN SZEMPONTBÓL RELEVÁNS A KÖZBESZERZÉSI JOG SZÁMÁRA?

A szerződésszegés fent leírt definíciója („bármely kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradása”) alapján különösen az alábbi esetekre kell figyelmet fordítanunk.

Kik szeghetik meg a szerződést? Bármelyik fél, tehát akár az ajánlatkérő, akár a nyertes ajánlattevő (a teljesítésbe bevont más személyek – pl. alvállalkozók – magatartásáért az azt bevonó szerződő fél a felelős, mintha maga járt volna el).

Milyen kötelezettségek megszegése történhet? Ezek lehetnek szerződésen kívüli előírások, amelyek a szerződés tárgyára, a nyertes ajánlattevő szerződés teljesítésével kapcsolatos tevékenységére vonatkoznak, így különböző jogszabályok, műszaki előírások, szabványok stb., amelyeket a szerződés ugyan nem tartalmaz, de e nélkül is kötelező őket betartani. A szerződésbe foglalt kötelezettségek alatt a szerződés tartalmi elemeit értjük, amely (l. korábbi fejezetben) részben a felek akaratából (közbeszerzési eljárásban közölt feltételek, nyertes ajánlat), részben a Kbt.-ben és végrehajtási rendeleteiben foglalt kötelező előírásokból erednek.

Milyen módon lehet a kötelezettségeket megszegni? Kézenfekvő, hogy a szerződés megszegésének minősül a késedelembe esés (pl. valamely szolgáltatásra előírt határidő túllépése), a hibás teljesítés (pl. a szolgáltatás a teljesítés időpontjában nem felel meg a minőségi követelményeknek), a teljesítésnek a szerződő fél felelősségi körébe tartozó okból történő lehetetlenné válása vagy egyenesen megtagadása (pl. a vállalkozó félbehagyja az építkezést). Ezekon kívül azonban már az is szerződésszegésnek minősül, ha a teljesítési határidő lejárta előtt nyilvánvalóvá válik, hogy a kötelezett a szolgáltatását az esedékességkor nem tudja teljesíteni, vagy hogy a teljesítés hibás lesz; továbbá az is szerződésszegés, ha valamelyik fél elmulasztja megtenni azokat az intézkedéseket vagy nyilatkozatokat, amelyek szükségesek ahhoz, hogy a másik fél a szerződésből eredő kötelezettségeit megfelelően teljesíthesse (pl. az ajánlatkérő nem adja át a vállalkozónak időben a munkaterületet, így az nem tudja megkezdeni a kivitelezést).

Mik a szerződésszegés lehetséges következményei? A Ptk. alapján pl.

- a szerződésszegést elszenvető fél követelheti a megfelelő teljesítést (akár pert is indíthat a másik fél ellen);
- beállnak a szerződésbe foglalt esetleges szankciók (pl. foglaló összegének elvesztése, kötbérfizetési kötelezettség keletkezése, jogvesztés bekövetkezése), amiket ezután érvényesíteni (behajtani) lehet;
- fizetési késedelem esetén jár a késedelmi kamat (vagy az ehelyett kikötött külön kötbér);
- az ajánlatkérő érvényesítheti szavatossági jogait (kijavítást vagy kicserélést, ill. árszállítást kérhet, vagy visszatarthatja az ellenszolgáltatás arányos részét), ráadásul jótállási kötelezettség esetén (amit gyakran „garanciális időszaknak” hív a köznyelv) a nyertes ajánlattevőnek kell azt bizonyítania, hogy a hiba oka a teljesítés után keletkezett;
- az adott szerződő fél követelheti a szerződésszegés miatti kárának megtérítését (amely alól a szerződést szegő fél csak abban a kivételes esetben mentesül, ha bizonyítja, hogy a szerződésszegést ellenőrzési körén kívül eső, a szerződéskötés időpontjában előre nem látható körülmény okozta, és nem volt elvárható, hogy a körülményt elkerülje vagy a kárt elhárítsa; vagy akkor, ha a másik fél szintén szerződésszegő magatartása akadályozta meg az egyik fél szerződésnek megfelelő teljesítését);
- a szerződő fél végső soron elállhat a szerződéstől (megszünteti, mintha meg sem kötötték volna), vagy felmondhatja azt (a még hátralévő rész tekintetében kerül megszüntetésre).

A polgári jogban a szerződő felek cselekvési szabadságába tartozik annak megállapítása, hogy történt-e ténylegesen szerződésszegés, ha igen, akkor azért melyik fél a felelős, és az is, hogy a felelősség fennállása esetén a szerződést megszegő féllel szemben milyen jogkövetkezményeket alkalmaznak. A közbeszerzési jogban – annak érdekében, hogy az átláthatóság, az egyenlő elbánás és végső soron a verseny tisztaságának alapelvei a szerződés megkötését követően is érvényre jussanak – a Kbt. nem csak a szerződés teljesítésének módját és a szerződés módosításának lehetőségeit szabályozza, hanem a szerződés megszegése esetén követendő magatartást is.

10.2. AZ AJÁNLATKÉRŐ DOKUMENTÁLÁSI ÉS BEJELENTÉSI KÖTELEZETTSÉGE

Az átláthatóság alapelveinek érvényesítése és a szerződésszegések megfelelő kezelésének legfontosabb előfeltétele, hogy ezek egyértelműek és bizonyíthatóak legyenek, ezért a Kbt. előírja, hogy az ajánlatkérő köteles dokumentálni a szerződés teljesítésére vonatkozó adatokat, ennek keretében köteles ellenőrizni és dokumentálni azon szerződéses kötelezettségek teljesítését, amelyeket a közbeszerzési eljárásban az értékelés során figyelembe vett, valamint minden, a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést, annak okait és – adott esetben – a szerződésszegéssel kapcsolatos igények érvényesítését. Az ajánlatkérő ráadásul ennek kapcsán a Közbeszerzési Hatóság kontrollja alatt áll, mivel a Közbeszerzési Hatóság a szerződés módosítására – és teljesítésére – vonatkozó, a Kbt.-ben meghatározott követelmények teljesülését külön hatósági eljárás keretében jogosult ellenőrizni, és azok megsértése esetén a Közbeszerzési Döntőbizottság, illetve a bíróság eljárását kezdeményezni (l. 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről).

Az ajánlatkérő köteles tehát

- a Közbeszerzési Hatóság által működtetett Közbeszerzési Adatbázisban – amennyiben a Közbeszerzési Adatbázisban való közzététel nem lehetséges, a saját vagy a fenntartója honlapján – nyilvánosan közzétenni a szerződés teljesítésére vonatkozó következő adatokat:
 - hivatkozást a közbeszerzési eljárást megindító hirdetményre (hirdetmény nélkül induló eljárások esetében felhívásra),
 - a szerződő felek megnevezését,
 - azt, hogy a teljesítés szerződésszerű volt-e,
 - a szerződés teljesítésének az ajánlatkérő által elismert időpontját, továbbá
 - az ellenszolgáltatás teljesítésének időpontját és
 - a kifizetett ellenszolgáltatás értékét;
- a Közbeszerzési Hatóságnak külön bejelenteni, ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél szerződéses kötelezettségét súlyosan megszegte és ez a szerződés felmondásához vagy elálláshoz, kártérítés követeléséhez vagy a szerződés alapján alkalmazható egyéb jogkövetkezmény érvényesítéséhez vezetett, valamint ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél olyan magatartásával, amelyért felelős, részben vagy egészben a szerződés lehetetlenülését okozta (a bejelentésnek tartalmaznia kell
 - a szerződésszegés leírását,
 - az annak alapján alkalmazott jogkövetkezményt, valamint
 - azon dokumentumokat, amelyek alapján megállapítható, hogy a nyertes ajánlattevőként szerződő fél a szerződésszegést nem vitatta, vagy, hogy sor került-e a szerződésszegés vonatkozásában perindításra);
- a Közbeszerzési Hatóságnak külön bejelenteni a nyertes ajánlattevőként szerződő fél szerződéses kötelezettségének jogerős bírósági határozatban megállapított megszegése esetén
 - a szerződésszegés tényét, leírását, lényeges jellemzőit, beleértve azt is, ha a szerződésszegés a szerződés felmondásához vagy a szerződéstől való elálláshoz, kártérítés követeléséhez vagy a szerződés alapján alkalmazható egyéb szankció érvényesítéséhez vezetett, valamint ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél olyan magatartásával, amelyért felelős, (részben vagy egészben) a szerződés lehetetlenülését okozta;
 - valamint kötelező megküldeni a pert lezáró jogerős határozatot.

A külön bejelentési kötelezettségeknek is a nyilvánosságra hozatal az egyik célja, hiszen a Közbeszerzési Hatóság naprakészen vezeti és a honlapján közzéteszi a gazdasági szereplők közbeszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettségének jogerős bírósági határozatban megállapított vagy a gazdasági szereplő által nem vitatott súlyos megszegése esetén a szerződésszegés tényét, leírását, lényeges jellemzőit – beleértve azt is, ha a szerződésszegés a szerződés felmondásához vagy a szerződéstől való elálláshoz, kártérítés követeléséhez vagy a szerződés alapján alkalmazható egyéb szankció érvényesítéséhez vezetett, valamint ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél olyan magatartásával, amelyért felelős, részben vagy egészben a szerződés lehetetlenülését okozta – azzal, hogy az adatoknak a honlapon a szerződésszegéstől vagy a bírósági határozat jogerőre emelkedésétől számított három évig kell elérhetőnek lenniük.

10.3. SZERZŐDÉSSZEGÉSBŐL EREDŐ IGÉNYEK KÖTELEZŐ ÉRVÉNYESÍTÉSE

A fentiek szerint megfelelően dokumentált (és a fenti esetekben nyilvánosan is megismerhető) szerződésszegések kapcsán – annak érdekében, hogy garantált legyen a nyertes ajánlattevők és a nem nyertes ajánlattevők egyenlő elbánásban részesítése, valamint a közpénzek hatékony felhasználása – a Kbt. alapján az ajánlatkérő főszabály szerint köteles a nyertes ajánlattevőt a szerződés maradéktalan teljesítésére rászorítani, és bármilyen szerződésszegés esetén a nyertes ajánlattevővel szemben a szerződéses szankciókat (pl. kötbér megfizettetése, kártérítés követelése) érvényesíteni.

A Kbt. szerint ugyanis, noha egyébként lenne lehetőség akár a szerződés módosítására is (l. részletesen külön fejezetben), mégis semmis (azaz tilos és bármilyen tényleges módosulás vagy hatás kiváltására alkalmatlan) a szerződés módosítása, ha az arra irányul, hogy

- a nyertes ajánlattevőként szerződő felet mentesítsék
 - az olyan szerződésszegés (illetve szerződésszegésbe esés) és
 - annak jogkövetkezményei – ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását – alkalmazása alól, amelyért felelős (illetve felelős lenne a szerződésmódosítás nélkül), vagy
- amely arra irányul, hogy az ajánlatkérő átvállaljon a nyertes ajánlattevőt terhelő
 - többletmunkaköltségeket vagy
 - indokolatlanul egyéb, a szerződés alapján a nyertes ajánlattevőt terhelő kockázatokat.

A fentiekén kívül a Kbt. azt is kimondja, hogy az is törvénysértésnek (a közbeszerzési alapelvek megsértésének) minősül, ha ugyan a felek nem kötnek a fentiek szerint tilos szerződésmódosítást, azonban az ajánlatkérőként szerződő fél részéről a szerződésszegésből eredő igények érvényesítése „csak úgy” elmarad (ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását), ha

- a szerződésszegés olyan kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradásával valósul meg, amelyet az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelése során figyelembe vett; vagy
- a szerződésszegés eredményeként a teljesítés a szerződés tartalmától olyan mértékben tér el, amely – ha a felek szerződésüket így módosították volna – szerződésmódosításként a Kbt. szerint lényeges módosításnak minősülne (l. külön fejezetben).

Lényeges, hogy a Kbt. azt már nem várja el kötelezően az ajánlatkérőtől, hogy az alapelvek tiszteletben tartása érdekében a szerződésszegés miatt szüntesse is meg a pl. késedelmesen, hibásan stb. teljesítés alatt lévő szerződést (azaz, hogy attól elálljon, vagy felmondja), mivel ezek a lépések már az egész beszerzés megghiúsulását jelentenék, tehát ebben az esetben nem tartalmaz a Kbt. kötelező szerződésmegszüntetési előírást (más esetekben viszont igen, l. külön fejezetben) az ajánlatkérő önálló mérlegelési joga és cselekvési szabadsága polgári jogilag megmarad.

Látható, hogy a Kbt. szigorú szabályokat tartalmaz a korábban nyertessé kiválasztott, azonban a szerződést nem, vagy nem megfelelően teljesítő gazdasági szereplővel szembeni szerződéses

jogérvényesítés vonatkozásában. Az ajánlatkérő vonatkozásában ezzel párhuzamosan azt ugyan nem írja elő a törvény, hogy az ajánlatkérő szerződésszegése esetén (pl. nem fizeti ki határidőben a szerződésben rögzített díjat) kötelező lenne az ajánlatkérővel szemben is érvényesíteni a szerződésszegés következményeit, annyit rögzít azonban, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés olyan rendelkezést nem tartalmazhat, amely kizárja vagy korlátozza az ajánlatkérő szerződésszegése esetére irányadó jogkövetkezmények alkalmazását (pl. nem írható elő a szerződésben, hogy ajánlatkérő késedelmes fizetés esetén részben vagy egészben mentesül a késedelmikamat-fizetési kötelezettség alól, legfeljebb arra van lehetőség, hogy a Ptk. alapján késedelmi kamat helyett késedelmi kötbért alkalmazzanak).

A közbeszerzési jogi következmények mellett ne felejtjük el, hogy az ajánlatkérő döntéshozójának vonatkozásában még büntetőjogi következmények is felmerülhetnek, ha a szerződések kezelése során az adott személy nem az általa vezetett vagy képviselt ajánlatkérő szervezet érdekeinek megfelelően jár el.

10.4. SZERZŐDÉSSZEGÉS MINT KIZÁRÓ OK

A jogalkotó annyira lényegesnek ítéli, hogy a közbeszerzési szerződést a nyertes ajánlattevő – az ajánlatában megtett „ajánlati nyilatkozatának”, tehát a feltételeket elfogadó és a teljesítésre kötelezettséget vállaló nyilatkozatának megfelelően –ténylegesen teljesítse, hogy a szerződésszegést elkövető gazdasági szereplőt a fent ismertetett szerződéses szankciókon túl közbeszerzési jogkövetkezménnyel, nevezetesen általában a közbeszerzésekben való részvételből való kizárással is fenyegeti, ill. sújtja.

A Kbt. szerint ugyanis többek között az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, és nem vehet részt alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, aki

- a) a közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás eredményeként kötött szerződésben részére biztosított előleget nem a szerződésnek megfelelően használta fel, és ezt három évnél nem régebben meghozott, jogerős bírósági, véglegessé vált közigazgatási vagy annak megtámadására irányuló közigazgatási per esetén jogerős bírósági határozat megállapította (minden uniós eljárásrendben lefolytatott eljárásból ki van zárva);
- b) súlyosan megsértette a közbeszerzési eljárás vagy koncessziós beszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés teljesítésére a Kbt.-ben előírt rendelkezéseket, és ezt a Közbeszerzési Döntőbizottság véglegessé vált, – vagy a Döntőbizottság határozatának megtámadására irányuló közigazgatási per esetén a bíróság jogerős – 90 napnál nem régebben meghozott határozata megállapította (minden eljárásból ki van zárva, mind uniós, mind nemzeti eljárásrend esetén);
- c) korábbi közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás alapján vállalt szerződéses kötelezettségét az elmúlt három évben súlyosan megszegte és ez az említett korábbi szerződés felmondásához vagy elálláshoz, kártérítés követeléséhez vagy a szerződés alapján alkalmazható egyéb szankció érvényesítéséhez vezetett, vagy ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél olyan magatartása, amelyért felelős részben vagy egészben a szerződés lehetetlenülését okozta (*az ajánlatkérő eldöntheti, hogy az adott közbeszerzési eljárásban alkalmazza-e ezt a kizáró okot*, amely akkor is fennáll, ha jogerős ítélet nem született a szerződés megkötése tekintetében);
- d) korábbi közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás eredményeként kötött szerződésével kapcsolatban az alvállalkozója felé jogerős bírósági ítéletben három éven

belül megállapított szerződésszegést követett el, amelynek során az alvállalkozó felé fennálló vég- vagy részszámlából fakadó fizetési kötelezettségét 10%-ot meghaladó részben nem teljesítette annak ellenére, hogy az ajánlatkérőként szerződést kötő fél a részére határidőben fizetett *(az ajánlatkérő eldöntheti, hogy az adott közbeszerzési eljárásban alkalmazza-e ezt a kizáró okot)*.

A fenti b) és c) pont szerinti kizáró ok elkülönítése kapcsán érdemes külön is kiemelni a következőket: a közbeszerzésekből történő kötelező kizárás a Kbt. szerződésteljesítésre vonatkozó szabályainak súlyos megsértéséhez kapcsolódik, 90 napig tart és jogerős határozathoz kötött, míg választható, csak erre vonatkozó ajánlatkérői előírás esetén érvényesülő kizáró okot jelent bizonyos súlyos szerződésszegések elkövetése, melyek három évig eredményezhetnek kizárást és a kizáró ok alkalmazása nem kötött jogerős ítélethez (lásd ehhez részletesen az 1.3. fejezetben írtakat). Előfordulhat, hogy a két kizáró ok bizonyos jogsértések esetén átfedésbe is kerül (pl. a Kbt. súlyos megsértése egyúttal felmondással szankcionált szerződésszegést is jelent a szerződés alapján), így ugyanazon jogsértés akár mindkét kizáró ok alkalmazására is alapot adhat. Lényeges azonban, hogy az egyes kizáró okok megvalósulását, alkalmazhatóságát egy adott közbeszerzési eljárás során egymástól függetlenül, mindig az adott kizáró ok feltételei szerint kell vizsgálni.

11. A SZERZŐDÉS ÉRVÉNYTELENSÉGE KÖZBESZERZÉSI JOGSÉRTÉS MIATT

11.1. A SZERZŐDÉS ÉRVÉNYTELENSÉGE

A Ptk. értelmében a szerződés érvénytelenségéről akkor beszélhetünk, ha a felek a szerződést megkötik ugyan, de az valamilyen lényegi hiba miatt a jogszabály alapján érvénytelennek minősül, azaz nem hoz létre kötelezettségeket, nem kell teljesíteni, semmilyen hatás kiváltására nem alkalmas (pl. nem száll át a tulajdonjog).

Súlyosabb hibák (pl. jogszabályba ütközik vagy azt megkerüli, tilos, jóerkölcsbe ütközik, uzsorás szerződés, írásbeli forma helyett csak szóban kötötték, fogyasztóvédelmi szabályokat sért stb.) esetén az érvénytelenség mint következmény a törvény erejénél fogva fennáll (ezt nevezzük „semmisségnek”). Kevésbé súlyos hiba (pl. valamelyik fél tévedett, vagy a másik becsapta, megtévesztette, vagy fenyegetéssel vette rá a szerződés megkötésére, vagy a szolgáltatás és ellenszolgáltatás feltűnően aránytalan egymáshoz képest stb.) esetén a szerződést csak akkor kell eleve érvénytelennek tekinteni, ha a sérelmet szenvedett személy erre hivatkozó kifogással megtagadja a teljesítést, vagy a törvényi határidőn belül kifejezetten kéri a másik féltől nyilatkozatban vagy a bíróságtól keresetben, hogy a szerződést tekintsék érvénytelennek (ezt a kérést nevezzük a szerződés „megtámadásának”).

Ha a szerződés érvénytelenségét okozó hibát nem lehet orvosolni (pl. a szerződés megfelelő módosításával), akkor úgy kell eljárni, mintha a szerződést meg sem kötötték volna: az eredeti állapotot kell visszaállítani (a már átadott, elvégzett árut, szolgáltatást vissza kell adni, a kifizetett díjat vissza kell fizetni). Ez néha nem lehetséges (pl. egy tanácsadási szolgáltatást, vagy egy félig felépült házat nem lehet utólag „visszaadni”), ilyenkor a feleknek el kell számolniuk egymással, és ezzel végleg lezárni a szerződést.

Lényeges Ptk. szabály még, hogy ha az érvénytelenségi ok csak a szerződés meghatározott részét érinti, az érvénytelenség jogkövetkezményeit a szerződésnek csak erre a részére kell alkalmazni (pl. ha a szerződésnek csak egy pontja ütközik törvénybe, akkor a szerződés érvényes marad, csak ez az egy pontja lesz érvénytelen), kivéve, ha e nélkül a rész nélkül a felek nem kötötték volna meg az egész szerződést sem.

11.2. A szerződés érvénytelenségét okozó különböző jogsértések

Az a közbeszerzési szerződés (vagy annak valamelyik pontja), amelyet a Kbt.-nek vagy végrehajtási rendeletének a megsértésével vagy megkerülésével kötöttek meg, a fentiek értelmében a Ptk. alapján semmis lenne mint jogszabályba ütköző szerződés, azonban – mivel a közbeszerzési eljárás során sok olyan Kbt.-be ütköző cselekmény történhet, ami jogsértő ugyan, de érdemben nem hat ki az eljárás eredményére (pl. az ajánlatkérő határidőn túl ad kiegészítő tájékoztatást, de ez nem akadályozta az ajánlattételt) – a Kbt. úgy rendelkezik, hogy a közbeszerzési eljárás szabályainak (ide nem értve a szerződés tartalmi elemeit szabályozó rendelkezéseket) megsértése abban az esetben eredményezi a szerződés érvénytelenségét, amennyiben az adott jogsértés súlyára és jellegére tekintettel a szerződés érvényessége a Kbt. céljaival és alapelveivel összeegyeztethetetlen lenne. Amennyiben a Kbt. konkrétan előírja, hogy kötelezően mit kell a szerződésnek tartalmaznia (l. előző fejezetek), az attól eltérő szerződéses pontok természetesen érvénytelenek.

Vannak azonban olyan eljárási jogsértések, amelyek annyira súlyosak, hogy maga a Kbt. mondja ki (az uniós irányelv alapján), hogy ezekben az esetekben a szerződés semmis. Ennek bevezetésére azért volt szükség, mert az uniós jogalkotó felismerte, hogy a közbeszerzési jogsértések elleni jogorvoslatnak nem sok értelme van, azaz nem hatékony, ha a jogsértően megkötött szerződést nem lehet megsemmisíteni a jogorvoslat eredményeképpen, így az uniós irányelvekbe foglalták azokat az eseteket, amelyekben a tagállamok kötelesek a szerződés megsemmisítésének a lehetőségét is biztosítani.

A Kbt. szerint ezért semmis a szerződés, ha

- azt a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötték meg (egyáltalán nem volt közbeszerzés, pedig kötelező lett volna);
- hirdetmény nélküli közbeszerzési eljárás eredményeként úgy kötötték meg, hogy nem álltak fenn a hirdetmény nélküli eljárás alkalmazhatóságának feltételei (nem tartottak nyilvános közbeszerzési versenyt, pedig kötelező lett volna);
- a felek a szerződéskötési moratóriumra vonatkozó szabályok megsértésével kötöttek szerződést, és ezzel megfosztották az ajánlattevőt a szerződéskötést megelőző jogorvoslat lehetőségétől, egyben olyan módon sértették meg a közbeszerzésekre vonatkozó szabályokat, hogy az befolyásolta az ajánlattevő esélyét a közbeszerzési eljárás megnyerésére.

A fenti semmisség alól vannak kivételek:

- az ajánlatkérő ún. előzetes átláthatósági hirdetményt tett közzé, amelyben nyilvánosságra hozta, hogy hirdetmény nélkül vagy közbeszerzés nélkül kíván szerződést kötni, mert szerinte ez jogszerű, és a hirdetmény közzétételét követő tíz napon belül ezt senki nem kifogásolja;
- kiemelkedően fontos közérdek fűződik a szerződés teljesítéséhez (pl. ha a szerződést megsemmisítenék, akkor a lakosság egészsége vagy élete vagy más kiemelkedő közérdek kerülne veszélybe a szerződésben foglalt ellátás hiányában).

Lényeges, hogy a fenti kivételek csak a szerződés semmissége alól mentesítik az ajánlatkérőt, az egyéb szankciók alól nem (tehát a jogsértés megállapításra kerül és az ajánlatkérő kötelezően bírságot fizet).

Emlékeztetünk arra is, hogy a Kbt. egy esetben a szerződés módosítását is kifejezetten semmisnek nyilvánítja: semmis a szerződés módosítása, ha az arra irányul, hogy a nyertes ajánlattevőként szerződő felet mentesítsék az olyan szerződésszegés (illetve szerződésszegésbe esés) és annak jogkövetkezményei – ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását – alkalmazása alól, amelyért felelős (illetve felelős lenne), vagy amely arra irányul, hogy az ajánlatkérő átvállaljon a nyertes ajánlattevőt terhelő többletmunkaköltségeket, vagy indokolatlanul egyéb, a szerződés alapján a nyertes ajánlattevőt terhelő kockázatokat.

11.3. A hatásköri szabályok átalakulása a 2018. január 1-től hatályos Kbt.-ben

Látható, hogy a szerződés semmissége Kbt.-be foglalt nevesített eseteinek fennállása kifejezetten közbeszerzési kérdések megítélésétől függő kérdés, ezért a korábbi szabályozás úgy szólt, hogy a közbeszerzési jogi részt a Közbeszerzési Döntőbizottságnak kell eldöntenie, majd ez alapján – mint egyébként mindenféle szerződés esetén általában – a bíróság hatáskörébe tartozik a döntéshozatal abban a kérdésben, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság által megállapított közbeszerzési jogsértés fényében a szerződés semmis-e.

2018. január 1-jétől megváltozott szabályozás alapján a közbeszerzési eljárással, koncessziós beszerzési eljárással, a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződéssel, valamint a megkötött építési, illetve szolgáltatási koncesszióval és ezek módosításával vagy teljesítésével kapcsolatos polgári jogi igények, pl. érvénytelenségi kérdések elbírálása – az alább részletezett kivételekkel – a bíróság hatáskörébe tartozik:

- a bíróság hatásköre tehát azt eldönteni, hogy a szerződés valamely pontja semmis-e a Kbt.-nek vagy végrehajtási rendeleteinek a szerződés tartalmi elemeit meghatározó rendelkezéseinek megsértése miatt (és ehhez nem szükséges, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság a Kbt.-be vagy rendeletbe ütközést előzetesen megállapítsa); azonban
- a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik a Kbt.-ben felsorolt, nevesített semmisségi esetek bármelyikét megvalósító közbeszerzési jogsértés megállapítása és ez alapján a szerződés semmisségének megállapítása is (tehát a jogsértés megállapításával záruló jogorvoslati eljárás után nem kell külön bírósági pert is indítani a semmisség megállapítása iránt, mint korábban, hanem ezt egy eljárásban megteheti a Közbeszerzési Döntőbizottság);
- a bíróság hatáskörébe tartozik a Kbt.-ben szereplő, nevesített szerződésmódosítás semmisségi esetet megvalósító jogsértés megállapítása és ez alapján a szerződésmódosítás semmisségének megállapítása is (és ehhez nem szükséges, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság a Kbt.-be vagy rendeletbe ütközést előzetesen megállapítsa); azonban
- a Közbeszerzési Döntőbizottság hatásköre azt eldönteni, hogy a szerződés teljesítése vagy módosítása más ponton a Kbt.-be ütközött-e (tehát ide nem értve a Kbt.-ben szereplő, nevesített szerződésmódosítás semmisségi esetet).

12. KÁRTÉRÍTÉS KÖZBESZERZÉSI JOGSÉRTÉSÉRT

A közbeszerzési eljárás szabályainak megsértése miatti kártérítés nem kifejezetten a közbeszerzési szerződések témaköréhez kapcsolódik, tekintettel azonban arra, hogy ilyen esetben is a közbeszerzési szabályokkal összefüggő vagyoni igények érvényesítéséről van szó, ennek a tantárgynak a keretében tárgyaljuk.

Mint minden jogellenes magatartás, a közbeszerzés szabályainak megsértése is alapot ad arra, hogy akit ezzel összefüggésben kár ér, kártérítést követelhesen. Olyan esetben, amikor valamely ajánlattevő jogorvoslat útján azt már nem tudja elérni, hogy a közbeszerzési szerződést vele kössék meg, az általa elszenvedett jogsértés miatt kártérítést követelhet. Bár a szerződéskötési moratórium szabályai miatt sok esetben sikerül orvosolni a közbeszerzési jogsértést, mégis előfordulhat, hogy csak a kártérítés marad jogorvoslati lehetőségként, például egy olyan esetben, ahol a jogorvoslati kérelmet a Döntőbizottság elutasítja, az ajánlatkérő a szerződést megkötö, majd a közigazgatási perben eljáró bíróság mégis jogsértést állapít meg.

A kártérítési igények érvényesítésének megkönnyítésére a Kbt. 177. § (2) bekezdése egy, a Ptk.-hoz képest speciális szabályt tartalmaz a következők szerint:

177. § (2) Ha az ajánlattevő kártérítésként kizárólag az ajánlat elkészítésével és a közbeszerzési eljárásban való részvétellel kapcsolatban felmerült költségeinek megtérítését követeli az ajánlatkérőtől, e kártérítési igény érvényesítéséhez elegendő azt bizonyítania, hogy

- a) ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésre, illetve a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok valamely rendelkezését,
- b) valódi esélye volt a szerződés elnyerésére, valamint
- c) a jogsértés kedvezőtlenül befolyásolta a szerződés elnyerésére vonatkozó esélyét.

A Kbt. ezzel megkönnyíti a kártérítést követelő ajánlattevő bizonyítási kötelezettségét. Amennyiben – a jogorvoslati irányelvek átültetéseként – a Kbt. nem tartalmazná ezen szabályokat, a Ptk. általános szabályai szerint feltehetőleg sok esetben akadályba ütközne a kártérítés érvényesítése – ahogyan azt az elmaradt haszon követelésének megítélése kapcsán látni fogjuk. Lényeges, hogy a Kbt. idézett szabálya alapján kizárólag az ajánlat elkészítésével és a közbeszerzési eljárásban való részvétellel kapcsolatban felmerült – megfelelően igazolt – költségek megtérítését lehet kérni. Ezáltal az ajánlattevő olyan vagyoni helyzetbe kerül, mintha a közbeszerzési eljárásban nem is indult volna. Annak a haszonnak a megtérítésére azonban, amelyhez az ajánlattevő akkor jutott volna, ha a szerződést vele kötik meg (elmaradt haszon), a fenti szabály nem alkalmazható.

A kártérítési igényről polgári perben eljáró bíróság dönt. A kártérítési igény sikeres érvényesítésének azonban a Kbt. 177. § (1) bekezdése alapján feltétele, hogy a közbeszerzési jogsértést (177. § (2) bekezdés a)) előzetesen a Közbeszerzési Döntőbizottság (vagy a határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálata esetén a bíróság) kimondja.

Az elmaradt haszon érvényesítésére a Ptk.-nak a szerződésen kívül okozott károkért való felelősségre vonatkozó szabályait kell figyelembe venni. A Ptk. 6:519. § -a alapján aki másnak jogellenesen kárt okoz, köteles azt megtéríteni. Mentesül a felelősség alól a károkozó, ha bizonyítja, hogy magatartása nem volt felróható (azaz úgy járt el, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható). A Ptk. fenti szabálya alapján a kártérítési felelősség előfeltétele, hogy a jogellenes magatartás és a bekövetkezett kár között ok-okozati összefüggést bizonyítson a

károsult. E feltétel értelmében az elmaradt haszonra vonatkozó kártérítési igény akkor megalapozott, ha bizonyítható, hogy a közbeszerzési jogsértés hiányában a kár nem következett volna be, azaz a szerződést a kártérítést követelő ajánlattevővel megkötötték volna és a haszon realizálódott volna. A bírói gyakorlat ugyanakkor következetes abban, hogy amennyiben nem áll fenn az érintett ajánlattevővel történő szerződés megkötésére szerződéskötési kötelezettség, ezt az okozati összefüggést nem látja megállapíthatónak. Egy olyan esetben, ahol a második helyezett ajánlattevő hivatkozik arra, hogy a nyertesnek nyilvánított ajánlattevő ajánlata érvénytelen volt, a nyertes ajánlat érvénytelenségének bizonyítottsága esetén sem megy el a bíróság annak megállapításáig, hogy a szerződést a második helyezett ajánlattevővel bizonyosan megkötötték volna. A következetes bírói gyakorlatot a Szegedi Ítéltábla Gf.III.30.052/2017/6. számú ítéletének alábbi részlete szemlélteti:

„A Legfelsőbb Bíróság (Kúria) 4/1999. Polgári Jogegységi Határozata a pályázati eljárások megsértésével összefüggésben – még a privatizációs pályázatokra vonatkozóan – úgy foglalt állást, »a bírói út lehetősége nem terjed odáig, hogy a bíróság átvegye a pályázat elbírálásával kapcsolatos döntési jogkört«. A Kúria EBH2000. 342. számú döntésével a Polgári Jogegységi Határozatban kifejtett álláspontját irányadónak minősítette más pályázatok elbírálása során is. Ezért a jogegységi határozatban kifejtett elv irányadó más pályázatoknál, így a közbeszerzési eljárásoknál is.

A pályázat elbírálásával kapcsolatos döntési jogkör a pályázat kiíróját illeti, ennek értelmében – az elsőfokú ítélettől eltérően – a bíróság nem jogosult vizsgálni, mérlegelni és összemérni az ajánlatok tartalmát, nem foglalhat állást abban a kérdésben, hogy melyik érvényes ajánlat az előnyösebb a kiíró (és a támogató) számára, azaz a bíróság nem dönthet arról, hogy melyik pályázat a nyertes. Abból pedig, hogy a felperesi pályázat érvényes, nem következik, hogy a pályázat eredményessége mellett a szerződést vele kötötték volna meg. Ennek elbírálására a bíróság hatáskörrel nem rendelkezik.”

A fentiek alapján megállapítható, hogy míg a Kbt. 177. § (2) bekezdése alapján közbeszerzési jogsértés esetén a sérelmet szenvedett ajánlattevő költségeinek megtérítését jellemzően sikerrel követelheti, az elmaradt haszon címén előterjesztett kereseteket a bíróságok rendszerint elutasítják.

Megjegyezzük, hogy a bírói gyakorlat alapján nem zárható ki az elmaradt haszon érvényesíthetősége sem olyan esetben, ahol rendelkezésre áll a jogsértést elszenvedett ajánlattevő kapcsán szerződéskötési kötelezettséget megalapozó eljárást lezáró döntés a közbeszerzési eljárásban. Ez leginkább akkor fordulhat elő, ha a kártérítésre okot adó közbeszerzési jogsértés a szerződéskötési kötelezettség megsértése az ajánlatkérő részéről.

13. JOGSZABÁLYTÁR

2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről

2015. évi CXLIII. törvény a közbeszerzésekről

Az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény

368/2011. (XII. 31.) Korm. rendelet az államháztartásról szóló törvény végrehajtásáról

272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet a 2014–2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről

322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól

308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről

14. IRODALOMJEGYZÉK

Várhomoki-Molnár Márta: Kommentár a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény Ötödik Részéhez In: Kommentár a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvényhez. (Szerkesztő: dr. Dezső Attila). Wolters Kluwer, Budapest, 2016. (2018. évi átdolgozott kiadás, megjelenés alatt)

A Nemzeti Közszolgálati Egyetem kiadványa.



Kiadó: Nemzeti Közszolgálati Egyetem; Államtudományi és Közigazgatási Kar

www.uni-nke.hu

Felelős Kiadó: Prof. Dr. Kis Norbert Dékán

Címe: 1083 Budapest, Üllői út 82.

Kiadói szerkesztő: Vöröss Ferenc

Tördelőszerkesztő: Strángli Szandra Leticia

ISBN 978-963-498-016-2 (PDF)

NEMZETI KÖZSZOLGÁLATI EGYETEM

