

JUHÁSZ ÁGNES

**A KÖZBESZERZÉS KÖZÖSSÉGI ÉS NEMZETI JOGI
SZABÁLYOZÁSA – MAGÁNJOGI ELEMEEK A
KÖZBESZERZÉSI SZERZŐDÉSRE VONATKOZÓ
RENDELKEZÉSEK KÖRÉBEN**

(a doktori értekezés tézisei)

MISKOLC

2011

I. A KUTATÁSI TÉMA LEHATÁROLÁSA, CÉLOK ÉS MÓDSZEREK

A közös piac megvalósítása során az Európai Uniónak (a továbbiakban EU) számos nehézséggel kellett szembenéznie. A piac egységességét akadályozó korlátok fokozatos lebontása hosszas időbe telt, ám ennek ellenére mind a mai napig léteznek olyan területek, amelyek bizonyos mértékben akadályként hárulnak a közös piac teljes megvalósítása elé. Az egyik ilyen, nem adó jellegű, a piaci versenyt is korlátozó terület a közbeszerzések joga, amelynek uniós szintű szabályozását több tényező is indokolja, illetve tényszerűen akadályozza. Az említett jogterület nemzeti szintű, az állami beszerzési politika keretei között történő szabályozása adott esetben versenykorlátozó hatással járhat, veszélyeztetheti a közös piac működését, lehetővé teheti a tagállamok oldaláról protekcionista rendelkezések bevezetését, mely magatartások mind-mind negatív hatást gyakorolhatnak a közös piac működésére.

Az Európai Közösség már az 1970-es évektől kezdve törekedett a tagállamok közötti korlátok felszámolására az állami megrendelések területén is, ezáltal biztosítva, hogy adott tagállam minisztériumai, önkormányzatai és más, közbeszerzési eljárás lefolytatására kötelezett intézményei által meghirdetett beszerzési eljárásokban más tagállamok vállalkozásai is indulhassanak, és adott esetben elnyerhessék ezeket az állami megrendeléseket.

Az uniós szabályanyag felülvizsgálata ugyan már az EU keleti kibővülését megelőzően megindult, azonban az új szabályozás megalkotására csak 2004-ben került sor, miközben a reform sikeressége ténylegesen csak most, néhány év elteltével ítéltető meg, hiszen a közösségi összeghatár felett az ajánlati felhívásokat immáron huszonhét tagállamban kötelező hozzáférhetővé tenni. A reform eredményeként megalkotott 2004/17/EK és 2004/18/EK közösségi közbeszerzési irányelvek alkotják az egyes tagállamok közbeszerzési szabályai egységesítésének kereteit, amelyek alapján a tagállamok – így köztük hazánk is – kidolgozták saját nemzeti szabályaikat.

A közbeszerzési szabályozás rendkívül bonyolult és szerteágazó területe komoly feladatot állít minden egyes tagállam elé, amely hatással van más uniós politikákra is, és emiatt fokozottabb együttműködést igényel a tagállamok részéről, hiszen az átláthatóság megvalósítása és a korrupciós magatartások megelőzésére kevésbé van lehetőség egy szupranacionális szintű összefogás nélkül.

Minthogy a közbeszerzési jog önmagában hatalmas területet ölel fel, kutatásomat jelentős mértékben leszűkítve, a dolgozat középpontjába a közbeszerzési szerződés, mint vegyes jellegű magánjogi szerződés vizsgálatát állítom. A közbeszerzési szerződés megkötésének folyamata, valamint a megkötött szerződéssel kapcsolatos jogi problémák, például a szerződés teljesítése, a teljesítésben résztvevő személyek köre, a szerződésmódosítás és az érvénytelenség mind-mind olyan kérdéskörökként határozhatók meg, amelyek specialitásukat a közbeszerzési szerződés közjog és magánjog határán való elhelyezkedéséből, illetőleg az általános (polgári jogi) szerződési és a közbeszerzési jogi rendelkezések egymáshoz való viszonyából nyerik.

A közbeszerzési szerződés annak megkötésétől egészen a teljesítéséig, a szerződés megszűnéséig konkrétan behatárolható, bár jelentős mértékben szerteágazó problémakört képez a közbeszerzési jogon belül, vagyis önmagában alkalmas lehet arra, hogy egy önálló kutatás, illetőleg tudományos dolgozat, majd ennek elkészültét követően tudományos vita alapjául szolgáljon. A vizsgálat létjogosultsága egyes vélemények szerint megkérdőjelezhető, hiszen a közjog oldaláról közelítők szerint egyértelműen magánjogi, kifejezetten szerződésjogi problémáról beszélünk, míg a magánjogászok előszeretettel titulálják a közbeszerzési szerződést közjogi elemekkel „bénított” jogintézménynek, amellyel ezen okból kifolyólag nem is érdemes foglalkozni.

A dolgozat legfőbb célkitűzése a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötendő szerződés (a továbbiakban közbeszerzési szerződés) magánjogi szempontú vizsgálata, ugyanakkor a szerződés elemzése szempontjából elengedhetetlen a dolgozat megfelelő elméleti megalapozása, így munkámban helyet kapnak a korlátozó közjogi elemek is a hatályos uniós és magyar joganyag, valamint az Európai Unió Bírósága (a továbbiakban Bíróság) és a Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban KDB) esetjogának ismertetése és feldolgozása formájában.

A közbeszerzés, az állami pénzek megfelelő felhasználása, annak mikéntje, átláthatósága örökösen viták középpontjában áll. A téma aktualitása tehát vitathatatlan, különösen akkor, ha figyelembe vesszük, hogy mind uniós, mind pedig a magyar jogalkotás szintjén elindult egy egyeztetés a közbeszerzés reformjának, modernizációjának előkészítése érdekében. A közbeszerzés kimondottan összetett téma, amelynek teljes körű feldolgozása valószínűleg nem is lehetséges, tekintettel a vonatkozó szabályanyag bonyolultságára és a gyakori módosításokra. (Hatályos törvényünk az elmúlt néhány évben körülbelül harminc kisebb-nagyobb módosításon esett át.) A közbeszerzéseknek ugyanakkor állandó, és gyakorlatilag változatlan eleme a szerződés megkötése, amely viszont indokolatlanul kevés tanulmány

alapjául szolgál, holott a gyakorlatban számos problémát vet fel a közbeszerzés speciális, és specialitás hiányában a polgári jog általános szerződési jogi rendelkezéseinek is megfelelő alkalmazása.

A közbeszerzési szerződés elemzéséhez feltétlenül hozzátartozik a közbeszerzési jog előzményeinek vizsgálata is, így dolgozatomban röviden áttekintem a közbeszerzés kialakulásának és fejlődésének folyamatát is. A történeti előkészítés egy darabig kettős vonal mentén halad, minthogy külön ismertetem az uniós közbeszerzési jogi szabályozás és a hatályos magyar rendelkezések kialakulásának folyamatát. Tekintettel viszont arra, hogy hazánk uniós csatlakozásától, és a közösségi közbeszerzési irányelvek implementálásától fogva a magyar szabályozás teljes mértékben megfelel az EU által előírt követelményeknek, a dolgozat túlnyomó részében az egyes jogintézmények, kérdéskörök elemzése során a hatályos Kbt. rendelkezéseiből indulok ki.

Dolgozatomban fontos szerepet kap a jogösszehasonlítás, amely a közbeszerzési szerződés megalapozását, előkészítését szolgáló elméleti és történeti áttekintésnél a nemzetközi, uniós és a hatályos magyar szabályozás összevetését jelenti, így például az alapvető közbeszerzési jogi fogalmakat is több szempontból közelítem meg. Az uniós és a hatályos magyar joganyag mellett több ponton is találkozunk más irányú nemzetközi kitekintéssel is, így egy-egy adott téma ismertetése kapcsán felbukkannak a WTO közbeszerzési egyezményének szabályai, valamint egyes uniós tagállamok, így Németország, Szlovákia vagy Lengyelország, illetve Románia közbeszerzési rendelkezései.

A közbeszerzési szerződés mint magánjogi szerződés elemzése során az összehasonlító jelleg a különböző jogszabályok rendelkezéseinek egymás mellé helyezését jelenti, hiszen a szerződés megkötésétől kezdve, annak teljesítésén és módosításán át, egészen a meghosszabbításig, illetőleg megszűnésig folyamatosan követem nyomon a hatályos Kbt. és a Ptk., sőt bizonyos helyeken az elfogadott, ám végül hatályba nem lépett, az új Polgári Törvénykönyvről szóló 2009. évi CXX. törvény (a továbbiakban ÚPtk.) rendelkezéseit. Az említett jogszabályok kritikai-leíró elemzésén túl törekszem a készülő – és várhatóan a 2011. év folyamán elfogadásra is kerülő – 2011. június 10-én közzétett új közbeszerzési törvény tervezetében (a továbbiakban Kbt. Tervezet) olvasható, a témámhoz kapcsolódó rendelkezések lehető legteljesebb figyelembe vételére is, felhívva a figyelmet ugyanakkor arra, hogy a dolgozat lezáráskor a törvényalkotási folyamat még zajlik, az említett Kbt. Tervezet végleges szövege még nem hozzáférhető, habár a jogalkotó által kijelölt legfontosabb irányok már ennek hiányában is jól láthatók.

A dolgozat a közbeszerzési jog speciális területéhez ugyan elsődlegesen elméleti szempontból közelít, azonban elengedhetetlennek tartom, hogy az egyes kérdéskörök kapcsán kitérjek a hatályos közbeszerzési gyakorlatra, a mérőföldkő jelentőségű jogesetekre, illetőleg a gyakorlatban felmerülő problémákra. Ennek megfelelően például az in-house (házon belüli) beszerzések témaköréhez kapcsolódóan törekszem minél teljesebb mértékben feldolgozni a Bíróság esetjogát, kiegészítve azt a kapcsolódó, ám sajnálatosan még meglehetősen csekély hazai gyakorlattal. A hazai joggyakorlatot tekintve segítségül hívom egyrészt a Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban KDB) döntéseit, másrészt viszont – különösen a közbeszerzési szerződés magánjogi aspektusainak bizonyítása során – a magyar bíróságok ítéletei szolgálnak az elméleti megállapítások megfelelő alátámasztására.

A dolgozat alapvetően öt nagyobb részre oszlik, amelyet számos további fejezetre és alfejezetre bontottam. Az első rész a dolgozat elméleti megalapozásául szolgál, megmagyarázza a közbeszerzés során használatos legalapvetőbb fogalmakat, kitér az eljárási típusokra, majd a közbeszerzés céljait határozza meg és bontja ki lépésről-lépésre a jogszabályi rendelkezésekben, illetőleg a bírói gyakorlatban lefektetett legfontosabb alapelveket.

A dolgozat második része a közbeszerzések jogszabályi hátterét vizsgálja, először az uniós jogi rendelkezéseket, majd a hatályos magyar joganyagot ismertetve. A harmadik rész a közbeszerzési eljárás folyamatára fókuszál, az ajánlattételi felhívás közzétételétől az ajánlatok benyújtásán, majd elbírálásán és a kiválasztáson át egészen a közbeszerzési szerződés megkötéséig, mely utóbbi szakasz önállóan, a dolgozat negyedik részében nyer részletes elemzést.

A dolgozat záró fejezete a közbeszerzési jog más jogterületekkel való kapcsolatát emeli ki, különös figyelmet fordítva a büntetőjogi és versenyjogi vonatkozásoknak, nem elfelejtve ugyanakkor, hogy számos egyéb kapcsolódási pont is fellelhető a közbeszerzések joga, a közbeszerzési szerződés és más szabályozási területek (pl. uniós támogatásokkal kapcsolatos rendelkezések, támogatási szerződések szabályozása, stb.) között.

Úgy gondolom, a gyakorta tapasztalható szakmai ellenállás és megfogalmazódó előítéletek és vélemények ellenére a közbeszerzési szerződést igenis fontos vizsgálat tárgyává tenni, hiszen egy olyan, alapvetően magánjogi alapokon nyugvó sajátos szerződési formának tekinthető, amely specialitását főként a szerződéskötést megelőző, közjogi elemekkel leszőkített versenyeztetési eljárásból nyeri, noha a szerződéssel kapcsolatosan (pl. közreműködők, érvénytelenség, módosítás, stb.) is bőven fellelhetők speciális vonások.

Elméletileg mint szerződésre alkalmazhatók lennének a szerződésekre vonatkozó általános polgári jogi szabályok, azonban a közbeszerzési szabályanyag mégis számos ponton rögzít olyan feltételeket, amelyek egyértelművé teszik, hogy a szerződés és az arra vonatkozó rendelkezések nem helyezhetők el egyértelműen sem a közjog, sem pedig a magánjog területén, sokkal inkább a két terület határán fekszenek.

II. A KUTATÁS EREDMÉNYEINEK ÖSSZEFOGLALÁSA ÉS AZOK HASZNOSÍTÁSÁNAK LEHETŐSÉGEI

A dolgozatomban bevezetésében megfogalmazott célkitűzésnek megfelelően vizsgálatom középpontjába a közbeszerzési szerződést mint a közjog és magánjog határán elhelyezkedő, ám alapvetően magánjogi jelleggel bíró szerződést állítottam. A szerződéssel kapcsolatos egyes, konkrét elemek részletes vizsgálatát megelőzően fontosnak tartottam a megfelelő elméleti és történeti megalapozást, valamint a közbeszerzésnek általában a közjog és magánjog rendszerében való elhelyezését.

A közbeszerzés jogát viszonylagos önállósággal rendelkező jogterületként definiáltam, amelynek „keresztülfekvő” jellege vitathatatlan, hiszen egyidejűleg tartalmaz közjogi (pl. közbeszerzési eljárás szabályai, a KDB jogorvoslati eljárása, bírság alkalmazásának a lehetősége, stb.) és magánjogi (pl. szerződés megkötése, szerződés módosítása, teljesítése, szerződési biztosítékok, érvénytelenség, stb.) elemeket. Másfelől nézve a közbeszerzési eljárás nem más, mint a közbeszerzési szerződés mint magánjogi szerződés megkötésének előkészületi szakasza, egy speciális szerződéskötési módozat, a versenyeztetés egyik (külön törvényben, a Kbt-ben) nevesített típusa.

A közbeszerzési szerződés vizsgálatának megalapozását célzó fejezet keretén belül az alapvető rendszertani elhelyezést követően áttekintettem a közbeszerzés európai és hazai szabályozásában és gyakorlatában megjelenő célokat és alapelveket, így a nyilvánosság és transzparencia elvét, az esélyegyenlőség és egyenlő elbánás elvét, valamint a nemzeti elbánás és a verseny tisztaságának elvét. Ez utóbbi alapelv rögzítése és vizsgálata különösen lényeges abból a szempontból is, hogy már önmagában előrevetítette a közbeszerzés és a versenyjog közötti kapcsolatot, vagyis a közbeszerzésben tanúsított egyes magatartások versenyjogi értékelésének és jogkövetkezmények alkalmazásának lehetőségét, amelynek részletesen vizsgálatára a dolgozat záró fejezetében került sor.

Dolgozatomban vizsgáltam a közbeszerzési eljárás alanyi körét, (így az ajánlatkérőt és az ajánlattevőt, valamint a pályázót), a beszerzési tárgyakat (árubeszerzés, szolgáltatás-megrendelés, építési beruházás) és az egyes eljárási típusokat. Ezzel célom azoknak az elemeknek a rövid áttekintése volt, amelyek később, a közbeszerzési szerződés megkötésekor majd mint szerződő felek (a szerződés alanyai) és mint a szerződés tárgya realizálódnak. Az ajánlatkérő fogalmába beletartozó közjogi személy fogalmát a Bíróság ítélkezési gyakorlatára

(pl. BFI-ügy, Strohal-ügy) alapozva közelítettem meg, tisztázva egyúttal a fogalom legfontosabb elemét, a „nem ipari vagy kereskedelmi jelleg” kifejezés tartalmát is.

Az egyes eljárástípusok rövid ismertetésén belül fontosnak tartottam a *versenypárbeszéd* és a *keretmegállapodás* intézményének közelebbi vizsgálatát is, minthogy azok a közbeszerzés jelenlegi rendszerébe csak néhány éve kerültek be, és számottevő hazai gyakorlatuk még nincs, viszont az egyes uniós tagállamok közbeszerzési gyakorlata mégis megfelelő alapul szolgált következtetéseim, megállapításaim rögzítésére.

A közbeszerzés *hatályos szabályanyagának* ismertetését kettős vonalra fűztem fel: a történeti áttekintést követően párhuzamosan ismertettem a 2004/17/EK és a 2004/18/EK uniós irányelvek és a hatályos magyar Kbt. rendelkezéseit, felhívva egyúttal a figyelmet a szabályozás uniós szinten dichotom, vagyis a klasszikus ajánlatkérőkre és a közszolgáltatókra vonatkozóan elkülönített szabályozást alkalmazó rendszer sajátosságaira.

A közbeszerzés szabályanyagán belül figyelmet szenteltem olyan speciális beszerzési területeknek is, mint amilyen a honvédelmi beszerzés, a környezetvédelmi (zöld) szempontokat szem előtt tartó közbeszerzések köre, valamint a köz- és a magánszféra közötti partnerségek (PPP) témaköre. Ez utóbbiak elemzése különösen indokolt, mivel a közbeszerzés és a PPP különösen szoros kapcsolatot mutat egymással. Végso következtetésként helytállónak tűnik ugyanakkor az a megállapítás, miszerint „a PPP napja lemenőben van”, hiszen újabb és újabb problémák merülnek fel uniós és nemzeti szinten egyaránt, gondoljunk csak az elmúlt két év hazai negatív tapasztalataira.

Dolgozatom harmadik nagy fejezetében a közbeszerzési eljárást szakaszokra bontottam és a közbeszerzési szerződéssel mint e folyamat záró mozzanatával foglalkoztam részletesen. Az eljárás valamennyi szakaszának elemzése során a magánjog szempontjait tartottam elsődlegesnek, így például rögzítettem, hogy a közbeszerzési eljárás az ajánlati felhívással indul, amely a polgári jogban ismert ajánlattételre való felhívás intézményével csak részben azonosítható. A Kbt. a *részvételi felhívást* is ismeri, amely viszont célja szerint már eltér az ajánlati felhívástól, hiszen az a közbeszerzési eljárásban résztvevő potenciális ajánlatkérők körének kijelölésére szolgál.

Az ajánlati felhívás kapcsán foglalkoztam a közbeszerzés napjainkban egyik legpozícionáltabb kérdésével, az in-house beszerzésekkel, vagyis azzal az esetkörrel, amikor a közbeszerzési szerződés megkötésére ajánlati felhívás közzététele, és ily módon közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül kerül sor. Az elemzés során alapul vettem a Bíróság gyakorlatát (pl. Teckal, Stadt Halle, Coname, Carbotermo és Tragsa ügyek) és magyar KDB döntéseit, habár a figyelmet felhívtam arra is, hogy a hazai gyakorlat ebben a témában még

meglehetősen szegényes, hiszen mindeztáig mindössze két ilyen ügy (D. 344/15/2010. és D. 554/4/2010.) ismert. Megállapítottam ugyanakkor, hogy az *in-house beszerzések* jelenlegi szabályozása magánjogi szemmel egyáltalán nem megfelelő, hiszen számtalan esetben szembesülünk látszólag jogszerű, azonban valójában tisztán joggal való visszaélést megvalósító helyzetekkel. Mindezekon túl a Kbt. az *in-house* beszerzéseket az ajánlattételi felhívás közzététele alóli kivételként kezeli, miközben én úgy vélem, ez a megoldás jogdogmatikailag abszolút helytelen. Tekintettel arra, hogy a két félnek nincs elkülönülő akarata, valódi konszenzus hiányában nem is beszélhetünk magánjogi értelemben vett szerződésről.

Az ajánlat fogalmát illetően elhatároltam a polgári jog és a közbeszerzési jog szerinti ajánlatot. Szemben ugyanis a polgári jogi fogalommal, ahol az ajánlat a szerződés megkötésére irányuló szándékot egyértelműen kifejező, és a lényeges kérdésekre kiterjedő, határozott kikötéseket tartalmazó jognyilatkozatként fogható fel, a közbeszerzésben az ajánlat fogalma alatt az ajánlattevőnek az ajánlati felhívásban és a dokumentációban meghatározott tartalmi és a Kbt. szerinti formai követelményeknek megfelelően, az ajánlati felhívásban meghatározott ajánlattételi határidőig az ajánlatkérőhöz benyújtott, szerződéskötésre irányuló nyilatkozata értendő. A Ptk. és a Kbt. szerinti ajánlat között joghatás szempontjából is alapvető különbség van, hiszen míg a polgári jogban az ajánlattételre felhívás tartalmával azonos tartalmú ajánlat megtétele esetén létrejön a konszenzus, és ezáltal maga a szerződés is, addig a közbeszerzésben a két nyilatkozat azonos tartalma sem hozza létre a szerződést, a szerződéskötés önálló mozzanata a közbeszerzési eljárásnak.

Az ajánlattétel kapcsán foglalkoztam a közös vagy más néven *konzorciális ajánlattétellel*, amely a közbeszerzési eljárás során tett ajánlattétel gyakori formája, és ennek kapcsán rámutattam, hogy a konzorciális ajánlattétel nem más, mint a Ptk-ban szabályozást nyert, koordinatív típusú polgári jogi társaság ajánlattétele, amikor is a közbeszerzési eljárás ajánlattevői között sajátos kötelmi viszony jön létre. Lényeges elemként rögzítettem, hogy a közbeszerzési eljárásban a konzorcium létrehozását minden esetben objektív gazdasági indokoknak kell indokolniuk, hiszen ilyen indokok hiányában a konzorciumi ajánlattétel akár a verseny korlátozására is alkalmas lehet és ily módon versenyjogi következményeket is maga után vonhat.

Az ajánlatok *elbírálása* a közbeszerzési eljárás fontos eleme, hiszen az ajánlatkérő ennek során választja ki azt a személyt, akivel a későbbiekben a közbeszerzési szerződést meg kívánja kötni. Az ajánlatkérő vagy a legalacsonyabb ár vagy a gazdaságilag legkedvezőbb ajánlat szempontját veheti alapul. A legalacsonyabb ár szempontjához kapcsolódóan

ugyanakkor megjelenik a *kirívó mértékű* (elsődlegesen a kirívóan alacsony) *ellenszolgáltatást* tartalmazó ajánlat problematikája, amelynek feloldása megfelelő jogszabályi keretek hiányában nem lehetséges.

A közbeszerzési eljárás utolsó szakaszaként definiáltam a *közbeszerzési szerződés megkötését*, amelyre a közbeszerzési eljárás lefolytatásának eredményeként kerül sor. A szerződéskötés ugyanakkor önmagában is kerek egészet alkot, ahol a közbeszerzési eljárást jellemző közjogi elemek (pl. eljárási elemek, hiánypótlás, eredményesség és eredménytelenség megállapítása) túlsúlyával szemben a magánjogi elemek dominanciája érzékelhető. Felhívtam a figyelmet arra, hogy habár a megkötésre kerülő közbeszerzési szerződés magánjogi szerződés, és a Kbt. 306/A. § (4) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre – a Kbt-ben meghatározott eltérésekkel – a Ptk. rendelkezései alkalmazandók, nem vonatkoztathatunk el teljes mértékben a szerződést előkészítő, prekontraktuális szakasztól, vagyis a közbeszerzési eljárástól, hiszen a szerződés valamennyi eleme (alanyok, tárgy, szerződési feltételek) csak ezen előző szakaszok ismeretében értelmezhető.

A közbeszerzési szerződés megkötésével kapcsolatosan vizsgáltam a *szerződési szabadság* alapelvét, illetőleg annak a közbeszerzés területén megjelenő, több irányból is *korlátozott voltát*, és megállapítottam, hogy a polgári jogi szerződések esetén érvényesülő alapelvet a közbeszerzési szerződés esetén a jogalkotó kogencia előírásával korlátozza, amely már-már a szerződési szabadság alapelvének teljes kiiktatásához vezet.

Ezt követően a közbeszerzési szerződés vizsgálatát fokozatosan és szisztematikusan, a Ptk. és a Kbt. folyamatos összevetésével végeztem. Az egyes vonatkozó jogszabályhelyek nyomon követése különösen fontos volt, és számos alkalommal vezetett az általam vélelmezett eredményre: egyértelműen alátámasztotta az egész dolgozat hipotéziseként megfogalmazott kérdést, miszerint igazolható-e a közbeszerzési szerződés magánjogi jellege.

A közbeszerzési szerződésre vonatkozó fejezetben először a *szerződés alanyait*, (közvetlen és közvetett) *tárgyát* és *tartalmát* vizsgáltam, majd a szerződés *teljesítésének*, *módosításának* és *érvénytelenségének* Ptk-tól eltérő vonásait gyűjtöttem össze. A teljesítés kapcsán különös hangsúlyt fektettem a közbeszerzési szerződés teljesítésében résztvevő projektársaságra, amely polgári jogi szempontból – a jogok és kötelezettségek átvállalásával – több kérdést is felvetett, amelyeket a Kbt. rendelkezéseit alapul véve, ám alapvetően magánjogi szempontból igyekeztem megválaszolni.

A teljesítésben résztvevő személyek körén belül tisztáztam az *alvállalkozó* és az *erőforrást nyújtó szervezet* fogalmát, és felhívtam a figyelmet arra, hogy a polgári jogi és a

közbeszerzési jogi értelemben vett alvállalkozó-fogalom nem egészen azonos. A polgári jogi értelemben vett alvállalkozó az eredménykötelmi alapon nyugvó vállalkozási (és vállalkozási típusú) szerződések esetén speciálisan közreműködő személy, aki a teljesítésben szerződés alapján, részeredmény előállítását vállalva vesz részt, míg a Kbt. értelmében azt a szervezetet vagy személyt kell alvállalkozónak tekinteni, amely (vagy aki) a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt.

A szerződés módosításának témakörénél a *módosítás feltételül* szabott törvényi feltételeket (szerződéskötést követően beállott körülmény, szerződéskötéskor előre nem látható ok, lényeges, jogos érdeksérelem, elháríthatatlanság) vizsgáltam, és arra következtetésre jutottam, hogy azok nagy hasonlóságot mutatnak a Ptk. 241. §-ában a bírói szerződésmódosításnál rögzített feltételekkel. Lényeges ugyanakkor, hogy a Kbt. alkalmazásában a szerződésmódosítás lehetséges irányai a polgári jogban ismert megoldásnál jóval szűkebbek, hiszen a Kbt. szerinti szerződésmódosítás a közbeszerzési szerződésnek csupán a felhívás, a dokumentáció feltételei, illetőleg az ajánlat tartalma alapján meghatározott részét érintheti.

A szerződés *érvénytelenségénél* összehasonlítottam a Ptk. és a Kbt. szerinti érvénytelenségi okok rendszerét, majd közelebbi vizsgálatnak vetettem alá a Kbt. szerinti érvénytelenségi okokat, és az érvénytelenség megállapítására irányuló – döntőbizottsági és bírósági – eljárásokat. Kiemeltem, hogy Kbt. valamennyi rendelkezését áttekintve az érvénytelenségre vonatkozó szakasz az egyetlen, ahol a jogalkotó utal a Ptk-ra, és rendelkezik annak alkalmazhatóságáról, valamint mögöttes jellegéről, noha ezt úgy tűnik, nemcsak az érvénytelenségre vonatkozóan, hanem általános jelleggel teszi. Az érvénytelenség kapcsán több (terminológiai és tartalmi) problémára is felhívtam a figyelmet, amelyek feloldására a következőkben majd javaslatot is teszek.

A dolgozatban önálló fejezetben kaptak helyet a közbeszerzéshez kapcsolódó *jogorvoslatok*, amelyek – hasonlóan a közbeszerzési szerződéshez – egyidejűleg magukon viselik a közjog és a magánjog jellemzőit. A Kbt. szerint a közbeszerzéssel kapcsolatos jogorvoslatok alapvetően a KDB hatáskörébe tartoznak. A jogszabály azonban azt is kimondja, hogy – bizonyos kivételektől eltekintve – a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződéssel kapcsolatos jogviták, valamint a közbeszerzési eljárással kapcsolatos polgári jogi igények elbírálása már bíróság hatáskörébe tartozik. Ennek kapcsán kritikát fogalmaztam meg a hatályos Kbt. megoldásával szemben, miszerint a szerződés módosításával és teljesítésével kapcsolatos jogviták elbírálását – függetlenül azok egyértelmű magánjogi jellegére – a KDB

számára tartja fenn. Állást foglaltam amellett, hogy az említett két kérdésben az lenne kívánatos, ha – hasonlóan más polgári jogi igényekhez – a bíróság, és nem a KDB döntené.

A közbeszerzési szerződéshez kapcsolódóan vizsgáltam továbbá a *biztosítékok rendszerét* is, amelyen belül különbséget tettem az ajánlattételhez kapcsolódó biztosíték (*ajánlati biztosíték*), másrészt pedig a megkötött közbeszerzési szerződés teljesítéséhez kapcsolódó biztosítékok (*teljesítési és a jólteljesítési biztosíték*) között.

A biztosítékokra vonatkozó fejezetben elhatároltam a foglaló és az ajánlati biztosíték intézményét, rögzítve egyúttal a fellelhető hasonlóságokat és különbségeket, így például azt, hogy a foglaló esetén már van, ajánlati biztosíték esetén pedig értelemszerűen még nincs szerződés, és ennek megfelelően a foglaló a szerződés teljesítését, az ajánlati biztosíték pedig a szerződés megkötését biztosítja. A két jogintézmény összehasonlításának eredményeként arra a következtetésre jutottam, hogy a Kbt. szerinti ajánlati biztosíték a közbeszerzési szerződés prekontraktuális szakaszában megjelenő sajátos biztosítéki forma, amely a feltárt hasonlóságok ellenére sem azonosítható teljes mértékben a polgári jogban ismeretes, a szerződést megerősítő mellékkötelezettségek egyikével sem.

A Kbt-ben szabályozott teljesítési és jólteljesítési biztosíték vizsgálatokor a polgári jogi *kötbérrel* jogintézményével fedeztem fel hasonlóságokat, egy lényeges különbség rögzítése mellett: bár az említett közbeszerzési jogintézmények céljukat tekintve rokonságot mutatnak a kötbérrel, a Kbt. azonban a „saját érdekkörében felmerült ok” kifejezés használatával *objektivizál*, és nem vizsgálja a fél felróhatóságát, míg a Ptk. szerinti kötbér valamennyi esetben felróhatósághoz kötött.

A dolgozat záró fejezetében a versenyjoggal és a büntetőjoggal mint olyan határterülettel foglalkozom, amelyekre a közbeszerzés során tanúsított egyes – tipikusan jogsértő – magatartások átnyúlhatnak. Ehelyütt a közbeszerzési jog és a *versenyjog* közötti fő kapcsolódási pontként a kartelljog területét neveztem meg, minthogy az ajánlattevők, valamint az ajánlattevő és az ajánlatkérő közötti megállapodások súlyosan torzíthatják a tisztességes versenyt, amely a közbeszerzésben a közpénzek felhasználásának átláthatóságát is szolgálja. A versenyjogilag értékelhető, a közbeszerzési eljárás során tanúsított magatartások vizsgálatának eredményeként arra a következtetésre jutottam, hogy az ajánlatkérői oldalon bekövetkező versenyjogi jogsértések többnyire a közbeszerzési eljárás előkészítő szakaszában, illetőleg az ajánlati felhívás közzétételének időszakában jelennek meg, míg az ajánlattevők által tanúsított magatartások – értelemszerűen – tömegesen az ajánlattételi szakban következnek be.

Büntetőjogi területen a Btk. 296/B. § szerinti versenykorlátozó megállapodás közbeszerzésben, illetőleg koncessziós eljárásban megnevezésű tényállást elemeztem, valamint a korrupciós cselekmények közbeszerzési területen való megjelenésével foglalkoztam, és ismertettem a Kbt. szerint az ilyen magatartások esetén alkalmazható jogkövetkezményeket, vagyis a közbeszerzési eljárás érvénytelenné nyilvánításának és az érintett ajánlattevő kizárásának lehetőségét.

A dolgozat jelentősége nem csupán abban áll, hogy hazánkban a közbeszerzéssel foglalkozó szakirodalom meglehetősen csekély, hanem az a tény is indokolja, hogy még a hatályos magyar szabályozással is csupán a szakemberek igen kis része foglalkozik, átláthatatlansága és bonyolultsága miatt többnyire csak a kormányzat oldaláról megjelentetett átfogó ismertetőkhöz lehet hozzáférni.

A közbeszerzés témájában az elmúlt években ugyan született már doktori értekezés, azonban Tátrai Tünde *„A közbeszerzés mint sajátos beszerzési tevékenység és fejlődési lehetőségei Magyarországon”* című dolgozatában a közbeszerzéssel mint sajátos beszerzési tevékenységgel közgazdasági nézőpontból foglalkozik, Farkas Csaba pedig – magánjogi szempontú – vizsgálatát (*„Ajánlattétel, ajánlatok értékelése a nyílt közbeszerzési eljárásban”*) az ajánlattételre és az ajánlatok értékelésére szűkíti le, így a közbeszerzési szerződés sajátosságainak elemzésével – úgy gondolom –, további kutatási eredményekkel tudok szolgálni.

A kutatást megnehezítette, hogy hazánkban a közbeszerzés joga – szemben a nyugati államokban uralkodó felfogással – nem képez önálló jogterületet. A közbeszerzésre vonatkozó ismeretanyagot tantárgyi keretek között nem vagy csak meglehetősen „redukált” formában oktatják az egyes jogi karokon, (van, ahol a kereskedelmi jog, máshol a pénzügyi jog része, megint máshol szabadon választható alternatív tárgy), így a gyakorlatban tevékenykedő jogi szakemberek nagy részének hatalmas feladatot jelent, amikor valamilyen, a közbeszerzéssel kapcsolatos jogvitával kerül szembe. A dolgozat történetiségében is vizsgálja a közbeszerzés intézményét, azonban a korábbiakhoz képest újszerűen, magánjogi szempontból közelít, s ezáltal alkalmas lehet arra, hogy a közbeszerzési jogi ismeretek oktatását illetően is változásokat indítson el.

A dolgozat hasznosíthatóságának legfontosabb területe a jogalkotás, hiszen a 2011. év folyamán hazánkban új közbeszerzési törvény születik. A dolgozat megírása során folytatott kutatások, az elért eredmények és a dolgozatban tett megállapítások az új jogszabály kidolgozása során jól hasznosíthatók, hiszen a hatályos szabályozás kritikai elemzésén túl számos olyan külföldi jogi elemet is vizsgállok, amely az új magyar szabályozás kialakítása

során is mintául szolgálhat (pl. egyes – polgári jogi – alapelvek törvénybe iktatása, a német „*Korruptionsregister*” mintájára egy közhiteles nyilvántartás kialakítása, a közösségi közbeszerzési jogorvoslati rendszer áttekintésének eredményeként egy új és hatékonyabb nemzeti jogorvoslati rendszer kialakítása, stb.)

III. DE LEGE FERENDA JAVASLATOK

I. Javaslatok a közbeszerzés általános szabályozására vonatkozóan

A közbeszerzés szabályozásával kapcsolatos javaslataim első csoportja a közbeszerzés általános szabályozására irányul, noha tisztában vagyok azzal, hogy a hatályos magyar Kbt. szabályanyagát jelentős mértékben befolyásolják az uniós közbeszerzési irányelvek. Ennek ellenére úgy gondolom, mégis van lehetőség a közbeszerzési szabályozás olyan, átfogó jellegű átalakítására, amely ugyanakkor megfelel az uniós követelményeknek és illeszkedik az irányelvek által kijelölt keretek közé.

1. Átgondolandónak tartom az uniós szinten kialakított *dualista szabályozási rendszer hazai átvételét*, vagyis egy olyan normatív rendszer kialakítását, amelyben *külön jogszabály tartalmaz rendelkezéseket a klasszikus ajánlatkérők és a közszolgáltatók beszerzéseire*. A két csoport beszerzései közötti elhatárolását a magyar jogalkotó is megtette, azonban ugyanabban a jogszabályban, hiszen a hatályos Kbt. átfogó jelleggel szabályozza a közbeszerzéseket, azok szabályait beszerzési tárgytól, ajánlatkérői körtől és értékhatároktól függetlenül egyetlen törvény keretei közé szorítja be. Ugyanakkor e megoldáshoz képest külön érdekesség, hogy a tervpályázati eljárás részletes szabályairól a jogalkotó már egy külön jogszabályban, kormányrendeleti szinten rendelkezett, amely ráadásul a Kbt-vel nem minden szempontból koherens.

Véleményem szerint a közbeszerzés normatív alapját a jelenlegi törvényhez képest, amely 407 szakaszt tartalmaz, egy rövidebb és tömörebb új jogszabály megalkotásával kell megteremteni. Egy ilyen új jogszabály megalkotását indokolja, hogy a hatályos, mindezidáig már számtalan kisebb-nagyobb módosításon átesett Kbt. szabályozási rendszere nem áttekinthető, hiszen kezdetben a jogharmonizációs, majd pedig az egyszerűsítési és átláthatóbbá tételi célú módosítások gyakorlatilag komplett fejezeteket emeltek ki a Kbt. rendszeréből. A folyamatos változtatások hosszútávon semmiképpen sem szolgálják a szabályozás átláthatóságát, így a jogalkotónak törekednie kellene egy olyan jogszabály megalkotására, amely a közbeszerzés lehetőségeihez mérten időtállóan bizonyulhat. Erre azonban csak akkor van lehetőség, ha *a Kbt. szintjén csupán a legfontosabb, az elmúlt tizenöt év tapasztalatai alapján viszonylag állandónak tűnő keretek* (pl. alapelvek, alapfogalmak, eljárástípusok, elbírálási szempontok, közbeszerzés szervezetrendszere, KDB eljárása, stb.) *nyernek rögzítést*. Ezt a megoldást alkalmazza mellesleg a német jogrendszer is, ahol a közbeszerzés rendszere horizontális és vertikális irányban is tagolt, amennyiben a

közbeszerzés általános normáit a korábban már említett GWB negyedik része tartalmazza, míg a részletes szabályokat az egyes ágazat-specifikus jogszabályok (VOB, VOF, VOL), fektetik le.

Az egyes eljárások részletszabályok, illetőleg az egyes szektorokra vonatkozó különös szabályok kormányrendeleti szinten nyerhetnének rögzítést. Igaz ugyan, hogy egy ilyen szabályozási megoldás az eddig megszokott – vagyis a Kbt. [1995] és a hatályos Kbt. – logikájával egyaránt ellentétes, azonban úgy gondolom, a magyar közbeszerzési szabályozási rendszernek nincsenek olyan hosszú időre visszanyúló történelmi gyökerei, amelyek feltétlenül indokolnák az egyetlen magas szintű jogszabályban való szabályozást.

2. A hatályos magyar Kbt-t több külföldi szerző is úgy méltatja, mint amely példaként szolgálhat a kelet-közép-európai tagállamok közbeszerzési szabályozásának megalkotásához. Úgy vélem, uniós jogalkotói szemmel nézve megfelelőnek, sőt, akár kifejezetten jónak tűnhet a Kbt., hiszen a magyar jogalkotó a közbeszerzési rendelkezésekhez kapcsolódó implementációs kötelezettségeinek minden esetben maradéktalanul eleget tett. Kérdés viszont, hogy az EU követelményeinek való feltétlen megfelelni akarás nem vezetett-e olyan megoldásokhoz, amelyek a magyar jogalkalmazók számára (legyenek azok a közbeszerzés alanyai, a KDB vagy a bíróságok) problémát jelenthetnek a más jogszabályokkal (pl. Tptv. vagy Ptk., esetleg Kontv.) való együttalkalmazás során.

2.a. Álláspontom szerint *a magyar jogalkotó nem tarthatja szem előtt pusztán az EU által szabott követelményeket, hanem az uniós jog és a magyar jog összhangjának megteremtése mellett figyelemmel kell lennie a „horizontális harmonizációra” is*, vagyis arra, hogy az uniós irányelvek hatására átvett, kialakított megoldások az egyes magyar jogszabályok rendelkezéseivel is álljanak összhangban. Az említett szempont elmulasztásának egyik szemléletes példáját képezi a Kbt-nek a közbeszerzési szerződés érvénytelenségére vonatkozó, a 2007/66/EK irányelv hatására beiktatott szakasza, amely bár az uniós követelményeknek teljes mértékben megfelel, a hazai szerződéses gyakorlatba (gondolok itt a Ptk. érvénytelenségi szabályaira) igencsak nehezen illeszthető be.

2.b. Ugyan a fenti problémakörhöz képest kevésbé lényeges, azonban mégis említésre méltó a Kbt. uniós jogszabályokra vonatkozó hivatkozása. Úgy vélem, egy tagállami, törvény szintű jogszabály esetében, amelynek ráadásul uniós hatása is van (a közösségi értékhatárok meghaladásakor), nem megengedhető, hogy a jogalkotó az uniós jogra a Lisszaboni Szerződés által bevezetett változások figyelmen kívül hagyásával hivatkozzon. *Javaslom tehát a Kbt. szövegének a Lisszaboni Szerződés által bevezetett új terminológiának megfelelő átalakítását, így különösen az Európai Közösségek kifejezés helyett az Európai Unió kifejezés használatát.*

A terminológiai módosítások körén belül *javaslom az EKSz-re való hivatkozás helyett az EUMSz. használatát, és a kérdéses helyeken a jelenleg hatályos, átszámozott cikkek beiktatását* a következők szerint:

- a Kbt. 20/A. §-ában és a 61. § (1) bekezdésének b) pontjában az EKSz. 81. cikk helyett az EUMSz. 101. §,
- a Kbt. 29. § b) pontjában az EKSz. 296. cikk helyett EUMSz. 346. cikk.

II. Javaslatok a közbeszerzési szerződés előkészítő szakaszához

Mint azt a dolgozatom során több alkalommal is rögzítettem, a közbeszerzési eljárás nem más, mint a közbeszerzési szerződés előkészítő szakasza, hiszen az eljárás lefolytatását a későbbi szerződés megkötése motiválja. Ebben a szakaszban kerül például sor az ajánlatok benyújtására, azok értékelésére, esetlegesen az egyes ajánlattevők eljárásból való kizárására. Az említett jogcselekményekhez kapcsolódóan a következőket tartom megfontolásra érdemesnek:

1. A Kbt. értelmező rendelkezései között nem szerepelnek olyan alapvető definíciók, mint az ajánlati felhívás vagy az ajánlat, miközben a Kbt. 4. §-ának 1. pontja szerint ajánlattevő az, aki a közbeszerzési eljárásban ajánlatot tesz. Az említett fogalom viszont az ajánlat kifejezés fogalmának meghatározása hiányában véleményem szerint nem értelmezhető.

Feltétlenül fontosnak tartom tehát az ajánlati felhívás és a közbeszerzési eljárásban tett ajánlat definiálását, figyelembe véve különösen azt is, hogy a polgári jog szerinti és a közbeszerzési eljárás során tett ajánlat fogalma nem azonos. Az említett két jogintézmény fogalmának rögzítését indokolja az a tény is, hogy a készülő Úptk. külön fejezetben tartalmazna rendelkezéseket a külön jogszabály (pl. Kbt.) által nem szabályozott versenyeztetési eljárás alapján történő szerződéskötésre, mely rendelkezések között a jogalkotó rögzítené az ajánlati felhívás fogalmát is.

Álláspontom szerint a Kbt. mint speciális versenyeztetési eljárást szabályozó norma és a leendő ÚPtk. versenyeztetési eljárás alapján történő szerződéskötésre vonatkozó szabályai közötti összhang megteremtése feltétlenül fontos, ennek megfelelően javaslom az ajánlati felhívás és az ajánlat fogalmának meghatározását – az ÚPtk. kodifikációs munkálataira is tekintettel – és a Kbt. értelmező rendelkezései közé történő beillesztését az alábbiak szerint:

„ajánlati felhívás: olyan, az ajánlatkérő által tett, az e törvény által meghatározott tartalmú egyoldalú nyilatkozat, amelyben az ajánlatkérő több személyt vagy szervezetet (továbbiakban ajánlattevők) hív fel határidő tűzésével az ajánlati felhívás tartalmának megfelelő ajánlatuk megtételére.

ajánlat: az ajánlattevőnek az ajánlati felhívásban és a dokumentációban meghatározott tartalmi és az e törvény 70/A. § (1)-(3) bekezdés szerinti formai követelményeknek megfelelően, az ajánlati felhívásban meghatározott ajánlattételi határidőig az ajánlatkérőhöz benyújtott egyoldalú nyilatkozata, amely szerződéskötésre irányul.”

Az ajánlati felhívás és az ajánlat fenti módon történő meghatározása egyértelművé tenné, hogy az ajánlat minden esetben szerződéskötésre irányul, vagyis az ajánlathoz hasonló részvételre jelentkezés jogintézménye és ajánlat nem azonos.

2. Az ajánlati felhívás és az ajánlat fogalma mellett a Kbt-ben rögzítést érdemelne a *kirívó mértékű ellenszolgáltatást tartalmazó ajánlat fogalma* is, habár megjegyezendő, ilyen fogalmat a 2004/18/EK irányelv sem tartalmaz, sőt, mind az irányelv, mind pedig a Kbt. pusztán kirívóan alacsony ellenszolgáltatásról beszél, holott eltérés az ellenkező irányba is elképzelhető.

2.a. A fogalom kialakítása során javaslom egyrészt a Bíróság kapcsolódó gyakorlatának figyelembe vételét (pl. Lombardini-Mantovani egyesített ügyben, valamint az Alfonso, Furlanis és Genova ügyekben hozott ítéletek), amely szerint kirívónak tekintendő az ajánlat akkor, ha a beérkezett többi ajánlatban átlagosan meghatározott ellenszolgáltatástól túlzott mértékben eltér. Ezt az álláspontot, vagyis az átlagosan meghatározott ellenszolgáltatáshoz való viszonyítást ugyan a hazai gyakorlat is alkalmazza, mégis úgy gondolom, ezt érdemes lenne normatív szinten is rögzíteni.

A kirívó mértékű ellenszolgáltatást tartalmazó ajánlat fogalmának kialakításakor javaslom továbbá az Európai Bizottság keretei között működő ALT Munkacsoport fogalomalkotó tevékenységének eredményeit is beépíteni, amely konjunktív feltételként kezeli az

ellenszolgáltatás kirívó mértékének fennállását és az ajánlattevő által adott magyarázat megfelelőségének hiányát.

Mindezek alapján a kirívó mértékű ellenszolgáltatást tartalmazó ajánlat a következőképpen lenne megfogalmazható:

„kirívó mértékű ellenszolgáltatást tartalmazó ajánlat: olyan ajánlat, amelyben az ellenszolgáltatás mértéke a beérkezett többi ajánlatban átlagosan meghatározott ellenszolgáltatástól bármely irányban túlzott mértékben eltér és az ajánlatot benyújtó ajánlattevő az általa megadott árra vonatkozóan nem tud megfelelő magyarázatot adni.”

2.b. A kirívó mértékű ellenszolgáltatást tartalmazó ajánlat fogalmához kapcsolódóan elgondolkodtató lehet százalékos határok megállapítása is, hiszen számtalan esetben előfordult, hogy az ajánlattevő annak ellenére nem minősítette kirívónak (és ily módon eredménytelennek) az adott ajánlatot, hogy az átlagos ellenszolgáltatástól való eltérés több, mint 50 % volt.

Ilyen esetekben a többi ajánlattevő számára biztosítékot jelentene, ha a Kbt. írna elő olyan százalékos határokat, amelyek meghaladása esetén – megfelelő magyarázat hiányában – kötelezően meg kellene állapítani az ellenszolgáltatás kirívó voltát (pl. 50 %), illetve amely felett kötelezően magyarázatot kellene kérni (pl. 30 %). A százalékos határok ugyan a kirívó ellenszolgáltatást tartalmazó ajánlatok szabályozásának merev keretek közé szorítását jelentenék, azonban a 30 %-os határ mellett az ajánlatkérő mérlegelési jogának törvénybe iktatása némiképp oldaná a törvény merevségét.

Javaslatom fenntartása mellett ugyanakkor úgy vélem, bármilyen százalékos határ Kbt-be iktatására a jelenlegi közbeszerzési gyakorlat figyelembe vétele mellett vajmi kevés esély mutatkozik, hiszen a KDB döntésein belül is jelentős eltérések vannak, márpedig az említett módosítás egységes KDB gyakorlat hiányában nem képzelhető el. Az egységes gyakorlat kialakításakor úgy gondolom, megfelelő támpontot jelenthet az objektív értékaránytalanság jogintézményének bírói kezelése az értékaránytalanság korrigálása útján, valamint szintén iránymutatásul szolgálhat a iustinianusi jogban gyökeredző *laesio enormis* (felén túli sérelem) intézménye is.

3. Az in-house beszerzésekkel kapcsolatosan javaslom a házon belüli beszerzések terminológiának a Kbt-be való beiktatását, hiszen a kifejezés mind uniós szinten, mind a magyar gyakorlatban is elfogadott, és a hatályos Kbt. vonatkozó szabályozást is tartalmaz.

4. A Kbt. 60-61. §-ai részletesen meghatározzák azokat az okokat, amelyek esetén az ajánlatkérő – mérlegelés nélkül – köteles az adott ajánlattevőt kizárni az eljárásból, illetőleg azokat, amelyek fennállása esetén mérlegelhet. Javaslom a kizáró okok rendszerének részbeni átalakítását és logikusabbá tételét a következők szerint:

4.a. Habár a Kbt. a legsúlyosabb magatartások (pl. a Btk. szerinti bünszervezetben részvétel, vesztegetés, pénzmosás) esetén kötelezővé teszi az ajánlattevő kizárását, a Tpv. 11. §, illetőleg az EKSz. 81. cikk (helyesen EUMSz. 101. cikk) szerinti versenyellenes magatartások jogerős megállapítása esetén mégis az ajánlatkérő belátására bízva, hogy kizárja-e az ajánlattevőt. Az említett két jogszabályhelyre való hivatkozás a versenykorlátozó megállapodásokat jelöli, amelyeknek közbeszerzési eljárás során való tanúsítása már önmagában is bűncselekménynek minősül.

Javasolom tehát, hogy a jogalkotó a versenykorlátozó megállapodás jogerős megállapítása esetén is tegye kötelezővé az ajánlattevő kizárását. Ez meglátásom szerint a következő módon lehetséges:

- a Kbt. 61. § (1) bekezdés b) pontja versenykorlátozó megállapodásokra vonatkozó okot ki kell emelni a relatív kizáró okok köréből, és

- a „versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban” tényállást be kell illeszteni a Kbt. 60. § (1) bekezdésében meghatározott, mérlegelést nem tűrő kizáró okok közé.

4.b. Javasolom továbbá, hogy a relatív kizáró okok között kerüljön nevesítésre a Tpv. szerinti versenyjogi jogsértések köre a következőképpen:

„Az ajánlatkérő az ajánlati felhívásban előírhatja, hogy az eljárásban nem lehet ajánlattevő, a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozó vagy erőforrást nyújtó szervezet, illetőleg a d)-e) pont tekintetében alvállalkozó, aki

[...]

(b) a Tpv. szerinti – öt évnél nem régebben meghozott – jogerős és végrehajtható versenyfelügyeleti határozatban vagy a versenyfelügyeleti határozat bírósági felülvizsgálata esetén a bíróság jogerős és végrehajtható határozatában megállapított és bírsággal sújtott jogszabálysértést követett el versenyeztetési eljárás során, ide nem értve a Tpv. 11. §-a és az Európai Unió működéséről szóló szerződés 101. cikke szerinti cselekményt, illetőleg ha az ajánlattevő ilyen

jogszabálysértését más versenyhatóság vagy bíróság – öt évnél nem régebben – jogerősen megállapította, és egyúttal bírságot szabott ki.”

4.c. A dolgozatban felhívtam a figyelmet arra, hogy jelenleg a közbeszerzések területén, a vesztes ajánlattevők körében különösen nagy a jogorvoslati hajlandóság, miközben az esetek nagy részében az eljárások kezdeményezése alaptalanul történik. Az eljárások alaptalan kezdeményezése estére azonban a Kbt. nem tartalmaz semmilyen olyan hatékony szankciót, amely kellő visszatartó erőt jelentene a közbeszerzési eljárás résztvevői számára a jövőbeli alaptalan eljárások kezdeményezése tekintetében. Ennek érdekében *javaslom* eljárási bírság bevezetését és azt, *hogy amennyiben a KDB vagy a bíróság eljárásának nyilvánvalóan alaptalan kezdeményezését az eljáró szerv megállapította és a kezdeményezőt pénzbírsággal sújtotta, úgy ez szerepeljen a Kbt. 61. §-ában szabályozott relatív kizáró okok között is.*

5. A kizáró okok köréhez kapcsolódóan, az ajánlatkérő e téren való „tájékozódását” megkönnyítendő, *javaslom egy olyan (közhiteles) nyilvántartás megteremtését, amely tartalmazza mindazokat az ajánlattevőket (természetes és jogi személyeket egyaránt), amelyek valamilyen tartós kizáró ok (pl. meghatározott bűncselekmények elkövetése, versenyjogsértés) hatálya alatt állnak.*

A nyilvántartás kialakításánál jó példaként szolgálhat a német közbeszerzési gyakorlatban ismeretes, egyelőre csupán egyes tartományokban (pl. Észak-Rajna-Vesztfália, Berlin) vezetett „*Korruptionsregister*”, amely azokat a természetes és jogi személyeket tartja nyilván, akiknek vesztegetés vagy más hasonló bűncselekményben való érintettségét bíróság jogerősen megállapította és nem mentesültek.

A német mintától eltérően *fontosnak tartanám, hogy a nyilvántartás ne csak a bűncselekmény alapú kizáró okokra összpontosítson, hanem tartalmazza valamennyi olyan okot, amelyeknek fennállását, bekövetkezését több éves időintervallumon belül kell vizsgálni* (pl. alvállalkozó felé fennálló fizetési kötelezettség nem teljesítése, közbeszerzési eljárásban hamis adat szolgáltatása, stb).

Az említett, a német mintához hasonlatos nyilvántartás bevezetésének több előnye is lenne. Bizonyos értékhatárt meghaladó értékű beszerzések esetén az ajánlatkérőnek lehetősége (vagy akár kötelezettsége) lenne az ajánlatot benyújtó ajánlattevő személyének leellenőrzésére, másrészt viszont mint közhiteles nyilvántartás, *megkönnyítené azt is, hogy az ajánlattevők a kizáró ok fenn nem állására vonatkozó igazolási kötelezettségüknek eleget tegyenek.* A nyilvántartást vezető szervezet (pl. Közbeszerzések Tanácsa) – az erkölcsi

bizonyítvány mintájára – igazolást állíthatna ki arról, hogy az adott ajánlattevő a nyilvántartásban nem szerepel.

III. Javaslatok a közbeszerzési szerződés szabályozásához kapcsolódóan

A közbeszerzési szerződés szabályozásához kapcsolódóan a legfontosabb javaslat a Kbt. és a Ptk. közötti koherencia lehető legteljesebb koherencia megteremtése. A közbeszerzési szerződés egyes elemeihez kapcsolódó vizsgálódásaim megfelelően alátámasztják a szerződés magánjogi jellegét. Az egyes magánjogi intézmények közbeszerzési területen történő alkalmazása azonban nem vezethet a polgári jogi intézmények szabályainak figyelmen kívül hagyására.

1. A koherencia megteremtésének leghatékonyabb eszköze a Kbt. és a Ptk. *lex specialis* és *lex generalis* viszonyának rögzítése, és ily módon a Ptk. mögöttes érvényesülésének kimondása lenne. A hatályos Kbt. ugyan ezt látszólag kimondja, amikor a 306/A. § (6) bekezdése úgy fogalmaz, hogy „[a] közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre egyebekben a Ptk. rendelkezéseit kell alkalmazni.” Ezt a megoldást azonban több okból sem tartom elégségesnek:

- A hatályos szöveg az „egyébként” kifejezést használja. Sokkal pontosabb és jogilag is tisztább szöveget eredményezne, ha az említett kifejezés helyett „az e törvény által nem szabályozott kérdésekben” kifejezés szerepelne.

- A mögöttség jelen állapot szerinti kimondása arra tekintettel sem lehet megfelelő, hogy azt a Kbt. a szerződés módosítására és teljesítésére vonatkozó szabályanyagon belül, az „Egyéb rendelkezések” cím alatt mondja ki. Úgy gondolom, egy másik jogszabály általános jellegű mögöttségének kimondására nem az egyéb rendelkezések közé „eldugva”, hanem a közbeszerzési szerződés első említésekor kellene rögzítést nyernie.

- Harmadsorban, a mögöttség kimondása – ha már az egyéb rendelkezések között kapott is helyet –, legalább önálló szakaszban nyerhetett volna megfogalmazást, hiszen jelenleg hatályos állapotában, a közbeszerzési szerződés érvénytelenségére vonatkozó szakasz utolsó bekezdéseként rögzítve azt sugallja, hogy a Ptk. csak a szerződés érvénytelensége esetén alkalmazandó mögöttes jelleggel, azonban más szerződési jogi kérdésekben nem nyerhet alkalmazást.

Mindezek alapján úgy gondolom, kívánatos lenne, hogy a Kbt. – amint azt a Kontv. 16. §-a a koncessziós szerződésre vonatkozóan rögzíti –, a közbeszerzési szerződés első említésekor máris tartalmazza a következő szakaszt:

„Az e törvény által nem szabályozott kérdésekben a közbeszerzési szerződésekre a Polgári Törvénykönyv rendelkezéseit kell alkalmazni.”

2. A közbeszerzési szerződésre vonatkozó szabályok jelenleg nem egységesek, minthogy a szerződés megkötésére vonatkozó rendelkezéseket (Kbt. 99. § és 99/A. §) a jogalkotó a Kbt. 3. címében, a nyílt eljárásra vonatkozó szabályanyagon belül helyezte el, miközben a szerződés módosításának és teljesítésének szabályai a Kbt. 46. címében foglalnak helyet.

2.a. Minthogy nemcsak a nyílt eljárás, hanem valamennyi eljárás főszabály szerint a közbeszerzési szerződés megkötésével zárul, javasolnám a közbeszerzési szerződésre vonatkozó rendelkezések egységesítését oly módon, hogy azok egy önálló címben („A közbeszerzési szerződés”) kapjanak helyet, és ezen belül kerüljön sor az egyes elemek, így a szerződés megkötése, a szerződéskötési kötelezettség alóli mentesülés, a szerződés módosítása, teljesítése és érvénytelensége szabályozására.

2.b. Javaslom továbbá a közbeszerzési szerződés pontos, normatív szintű fogalmának meghatározását, hiszen ezt a hatályos Kbt. – szemben a 2004/18/EK irányelvvel – egyáltalán nem definiálja, mindössze a közbeszerzési eljárás fogalmából („az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek visszerhes szerződés megkötése céljából, megadott tárgyú és értékű beszerzések megvalósítása érdekében lefolytatott eljárása”) lehet arra visszakövetkeztetni. Ennek alapján a közbeszerzési szerződés következő fogalma lenne beépíthető:

„A közbeszerzési szerződés a közbeszerzési eljárás lefolytatásának eredményeként írásban megkötött visszerhes szerződés, amelyet az ajánlatkérő az általa kiválasztott nyertes ajánlattevővel köt.”

A definiálás szükségességének kimondása mellett ugyanakkor nem tartom fontosnak, hogy az említett fogalom a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó önálló címen belül kapjon helyet. Véleményem szerint a legtisztább megoldást a Kbt. 4- §-ában, az értelmező rendelkezések közötti elhelyezés eredményezné.

2.c. A közbeszerzési szerződés definiálásának következményeként *javaslom a terminológiai egységesítést*. Jelenleg ugyanis a Kbt. helyenként a közbeszerzési szerződés, máshol pedig a „közbeszerzési törvény hatálya alá tartozó szerződés” kifejezést alkalmazza. Ez a terminológiai kettősség mindképpen kerülendő, *javaslom tehát a közbeszerzési szerződés kifejezés egyedüli használatát*.

2.d. A közbeszerzési szerződés általános jellegű definiálása mellett kérdéses lehet a jelenlegi szerződéstípusok, vagyis az árubeszerzésre, szolgáltatás-megrendelésre és építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések részletes és bonyolult megfogalmazásának fenntartása. Ezt a problémát az Európai Bizottság is felismerte, és 2011 januárjában közzétett (dolgozatomban is hivatkozott) zöld könyvében kérdésként teszi fel, vajon megfelelő-e az uniós irányelvek tárgyi hatályának jelenlegi struktúrája, különös figyelemmel a vegyes szerződések létre is. Egyúttal választ adva a Bizottság által feltett kérdésére is, úgy gondolom, a közbeszerzési irányelvek jelenlegi tárgyi hatálya jól strukturált, a közbeszerzési szerződéstípusok hármasságba tagolása fenntartható. Míg azonban a normatív szintű megfogalmazás árubeszerzés és a szolgáltatás-megrendelés esetében tiszta és világos, addig az építési beruházások fogalma uniós szinten – és ennek következményeképpen a Kbt. szintjén is – túlságosan bonyolult, nehezen érthető.

Feltétlenül *javaslom az építési beruházás fogalmának egyszerűsítését*, amely az általam már korábban javasolt közbeszerzési szerződési fogalomra is tekintettel a következőképpen nyerhetne megfogalmazást:

„(1) Az építési beruházás olyan közbeszerzési szerződés, amelynek tárgya építési tevékenységgel kapcsolatos kivitelezési vagy tervezési és kivitelezési munka megrendelése és átvétele az ajánlatkérő részéről.

(2) E rendelkezés alkalmazásában építési tevékenységnek minősülnek:

a) a törvény 1. mellékletben felsorolt tevékenységek ;

b) bármely építmény kivitelezése vagy tervezése és kivitelezése, ideértve azt az esetet is, amikor az építmény kivitelezését nem a vállalkozó végzi.”

A fenti fogalom törvénybe iktatásával tehát az építési beruházásra irányuló szerződés fogalma egyszerűsödne, minthogy annak tárgyát általánosságban az építési tevékenységgel kapcsolatos munkák képeznék, miközben ez utóbbi tevékenységek pontos fogalmát egy külön, értelmező szakaszban lehetne pontosan meghatározni.

2.e. Az építési beruházásra irányuló szerződésekhez kapcsolódóan javaslom továbbá, hogy a Kbt. Ptk-ra mint mögöttes jogszabályra történő utalást tartalmazó rendelkezése mellett a jogalkotó itt is iktasson be egy bekezdést az építési beruházásra vonatkozó előbbi szakaszhoz kapcsolódóan a következő formában:

„(3) Amennyiben az építési beruházás tervezési munka megrendelését is magában foglalja, a szerződés tartalmára nézve e törvény rendelkezésein túl a Ptk. tervezési szerződésekre vonatkozó 408-411. §-ai is irányadók.”

4. A szerződés módosításához kapcsolódóan két ponton teszek javaslatot a Kbt. hatályos szövegére vonatkozóan.

4.a. Álláspontom szerint a Kbt. 303. §-ában található, a Ptk. 241. § szerinti bírói szerződésmódosítás mintájára kialakított előfeltételek mellett szükséges lenne az elháríthatatlanság mint feltétel törvénybe iktatása is. Dolgozatomnak a közbeszerzési szerződés módosítására vonatkozó fejezetében már részletesen foglalkoztam a módosítás törvényi előfeltételeivel, és rögzítettem a Kbt. vonatkozó 303. §-ének hatályos szövegével szembeni aggályaimat, melyek röviden összefoglalva a következők:

- A Kbt. 303. § a szerződés jogszerű módosításának előfeltételeiként a Kbt. 99/A. §-ban a szerződéskötési kötelezettség alóli kivételes mentesülés feltételeit veszi át azzal, hogy utóbbi esetben a jogalkotó azt is megköveteli, hogy a körülmény bekövetkezése ne csak előreláthatatlan, hanem elháríthatatlan is legyen. Innen nézve tehát ugyanazon körülmény bekövetkezésének értékelése nemcsak attól függ, hogy az adott körülmény a szerződéskötést követően avagy azt megelőzően következett be, hanem attól is, hogy megállapítható-e annak elháríthatatlansága. Kérdéses, hogy a fentieket figyelembe véve tehát a közbeszerzési szerződés módosítása esetén miért nem szükséges az elháríthatatlanság mint feltétel vizsgálata, így javaslom a Kbt. említett két szakasza közötti összhang megteremtését.

- Más szempontból nézve a Kbt. 303. § és a 99/A. § egyaránt a hatályos Ptk. 241. §-ban a bírói szerződésmódosítás feltételeiként meghatározottakat veszi át. Itt különös jelentősége van annak, hogy a bírói szerződésmódosítás intézménye alkalmazásának előfeltételeit a készülő ÚPtk. is kiegészítené az elháríthatatlanság követelményével. Ennek alapján tehát a Kbt. említett szakaszaiban foglalt feltételek közé az elháríthatatlanság beiktatását a Ptk. kodifikációs folyamataival, és a majdani ÚPtk-val való összhang megteremtése érdekében is szükségesnek tartom.

4.b. A szerződés módosításánál feltétlenül átgondolandó a jogsértő módon történő szerződésmódosítás elbírálásának KDB hatáskörébe utalása. Mint azt már a dolgozatban több alkalommal is kifejtettem, nem feltétlenül tartom logikusnak azt a rendelkezést, amely meghatároz olyan – alapvetően a közbeszerzési szerződéshez kapcsolódó, tehát egyértelműen magánjogi jellegű – esetköröket, köztük a szerződés módosítását is, amelyek kivételt képeznek a közbeszerzési szerződések viszonylatában a bíróság általános hatáskörét kimondó rendelkezés alól.

Javaslom tehát, hogy valamennyi olyan jogvita esetén, amely szorosan a közbeszerzési szerződéshez kapcsolódik, egyedül bíróság járhatson el, közjogi hatóság, vagyis a KDB ne

hozhasson döntést alapvető magánjogi kérdések, így például a közbeszerzési szerződés módosítása jogszerűségének megítélése kérdésében.

5. A szerződés érvénytelenségénél számos felmerülő probléma többnyire kiküszöbölhető lenne apróbb változtatásokkal, igényesebb, gondosabb és megfontoltabb jogalkotással.

5.a. A de facto (vagyis ajánlati felhívás közzététele nélkül megkötött) szerződések esetén uniós szinten sem vitatott, hogy a jogkövetkezmény az érvénytelenség. A Kbt. 306/A. § (2) bekezdése a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötött szerződést semmisnek tekinti.

Véleményem szerint ugyanakkor problémát okoz, hogy a házon belül beszerzések – odaítélés szempontjából – látszólag szintén de facto szerződésnek minősülnek, miközben egyáltalán nem beszélhetünk érvényességről és érvénytelenségről, joghatás kiváltására való alkalmasságról avagy alkalmatlanságról, tekintettel arra, hogy magánjogi szempontból nézve a szerződés létre sem jött, vagyis azt nem létező szerződésnek kell tekinteni.

Az említett problémát mindenféleképpen fel kell oldani, amire nem érzem elegendőnek azt, hogy a jogalkotó kimondja, a szóban forgó semmisség csak a Kbt. hatálya alá tartozó szerződés esetén állapítható meg. A házon belüli beszerzések ugyanis a Kbt. 2/A. § értelmében nem minősülnek szerződésnek.

A Kbt. 306/A. § alkalmazását megkönnyítendőnek tehát az a megoldás kínálkozik, hogy a jogalkotó már a Kbt. elején nevesítse a házon belüli beszerzések körét és rögzítse, hogy arra a Kbt. hatálya nem terjed ki, mivel az ilyen megállapodások nem tekintendők szerződésnek. Ebben az esetben a Kbt. 306/A. § (2) bekezdésének eredeti szövege változatlan maradna, és mégis egyértelmű lenne, hogy a házon belüli beszerzések nem tartoznak ide.

5.b. A közbeszerzési szerződés érvénytelenségénél szintén *javaslom a jogalkotó által alkalmazott terminológia egységesítését*. A 2007/66/EK irányelv bizonyos jogsértések esetén kötelezővé tette a közbeszerzési szerződés érvénytelenségének megállapítását. Annak megítélését azonban, hogy az érvénytelenség *ex nunc* avagy *ex tunc* hatállyal álljon be, a tagállami jogalkotók dönthették el.

A hatályos Kbt. következetlen, amikor a 306/A. §-ban az érvénytelenséget és a semmisséget szinonim fogalomként használja, mely megoldás a közbeszerzési szerződés magánjogi jellegének elfogadása mellett, magánjogi viszonylatban egyértelműen hibás és feltétlenül korrigálandó. Ennek megfelelően úgy gondolom, a jogalkotónak egyértelműen el kell döntenie, hogy a Kbt. szerinti, a Ptk-ban rögzített okokhoz képest speciális érvénytelenségi okok a közbeszerzési szerződés semmisségére vagy megtámadhatóságára vezetnek. A Kbt. 306/A. § (1) és (2) bekezdése alapján úgy tűnik, hogy a jogalkotó az

érvénytelenség súlyosabb formáját kívánta alkalmazni, így javaslom, hogy a hivatkozott szakasz (3) bekezdése is ezt a kifejezést használja: „a (2) bekezdéstől eltérően a szerződés nem semmis, ha (...)”

Ezen túlmenően javaslom, hogy a jogalkotó a közbeszerzési szerződés esetén alkalmazott, magánjogban is ismert megoldások esetén – amennyiben lehetséges – használja a Ptk. szerinti fogalmakat, így például a részbeni érvénytelenséget, hiszen a Kbt. ismeri azt az esetet, amikor a közbeszerzési szerződésnek csak adott rendelkezése semmis.

5.c. A közbeszerzési szerződés érvénytelenségével kapcsolatos vizsgálódásaim eredményeként arra a következtetésre jutottam, hogy annak jelenlegi szabályozása bonyolult és nehezen érthető, így véleményem szerint *feltétlenül egyértelművé kellene tenni azt is, hogy a közbeszerzési szerződés érvénytelenségét eredményezhetik-e a Ptk-ban meghatározott érvénytelenségi okok.* Ugyan a Ptk. szerinti okok egy része (pl. szerződő fél – kiskorúság miatti – cselekvőképtelensége) eleve nem kerülhet szóba közbeszerzés esetén, meglátásom szerint mégis jó megoldás lenne, ha a kérdést a jogalkotó a következő szakasz törvénybe iktatásával rendezné:

„ Az e §-ban meghatározottakon túl a Ptk. szerinti szerződés érvénytelenségét eredményező egyéb okok is a közbeszerzési szerződés érvénytelenségére vezetnek.”

Megjegyezendő, hogy a Ptk-ra való hivatkozás maga után vonja az érvénytelenség két kategóriája közötti megkülönböztetést, tehát ez is az. 5.b. pont alatt rögzített terminológiai egységesítés szükségességének irányában mutat.

5.d. A Ptk. 237. § (1) bekezdése szerint a szerződés érvénytelensége esetén a szerződéskötés előtt fennállott helyzetet kell visszaállítani. E jogkövetkezmény közbeszerzési szerződés esetén való alkalmazása azonban a bíróságok számára jelenleg komoly problémákat okoz. Ennek oka egyrészt az, hogy az adott közbeszerzési szerződés (pl. szolgáltatás-megrendelés) irreverzibilis jellegű, és ilyenkor az eredeti állapot helyreállítása fogalmilag kizárt. Más szempontból nézve a közbeszerzési szerződés érvénytelensége bírói megállapításának előfeltétele a KDB jogsértést megállapító határozata, vagyis mire az ügy eljut a jogkövetkezmény alkalmazásának fázisába, az eredeti állapot helyreállítása már egyáltalán nem vagy csak aránytalan költségek mellett, az ésszerűség elvével ellentétes módon (pl. megépült létesítmény lebontása) lenne lehetséges.

A Közbeszerzési Monitoring és Reformbizottság 2006-ban még arról számolt be, hogy egyáltalán nem ismert olyan ügy, ahol a bíróság a közbeszerzési szerződés érvénytelenségének megállapítása esetén az eredeti állapotot vissza tudta volna állítani.

Tovább bonyolítja a helyzetet a Legfelsőbb Bíróság legújabb gyakorlata, minthogy az 1/2010. (VI. 28.) PK vélemény értelmében az eredeti állapot helyreállítása csak természetben történhet, és nem minősül eredeti állapot helyreállításának az a helyzet, amikor valamelyik fél a kapott dologszolgáltatást csak a pénzbeli egyenérték megfizetésével tudná visszaszolgáltatni.

Mindezekre való tekintettel fontosnak tartom a közbeszerzési szerződés érvénytelenségének esetére egy áttekinthető és alkalmazható jogkövetkezmény-rendszer kialakítását, amely megoldásul szolgál az e téren tapasztalható jogalkalmazási bizonytalanságokra, nehézségekre.

5.e. A Kbt. 306/A. §-ának jelenlegi, a Ptk. mögöttségét kimondó (6) bekezdését kiemelném és az általam javasolt, a közbeszerzési szerződésre vonatkozó önálló cím elején helyezném el. A Ptk-ra utaló utaló bekezdés érvénytelenségre vonatkozó szakaszon belüli elhelyezése megtévesztő, hiszen azt a látszatot kelti, hogy a Ptk. csak az érvénytelenségi szabályok esetén bír mögöttes jelleggel. Ennek feloldására emelném át az említett utaló szabályt, ezzel is egyértelművé téve a Ptk. mögöttes jellegét a közbeszerzési szerződésre vonatkozó valamennyi, a Kbt. által nem szabályozott kérdésben.

6. A közbeszerzési szerződéshez kapcsolódó biztosítékok területén szintén kívánatos lenne a Kbt. és a Ptk. közötti összhang megteremtése, tekintettel arra, hogy a szerződési biztosítékok szabályozására vonatkozó szabályokat részletesen a Ptk. határozza meg. Úgy gondolom, alapvetően nincs akadálya annak, hogy a jogalkotó a közbeszerzési szerződések esetére – a Ptk. szerinti jogintézményeken kívül – sajátos biztosítéki formákat is létrehozzon. A Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezéseinek kialakításakor viszont fontosnak tartom, hogy a jogalkotó mindenféleképpen tartsa szem előtt a két említett jogszabály közötti összhang megteremtését, különösem amiatt, hogy a Kbt. szerinti „kötbérszerű” biztosítékok egyértelműen nem tekinthetők kötbérnek, minthogy azok minden esetben felróhatóságtól független, objektív jellegűek.

A szerződési biztosítékok szabályozásához kapcsolódóan javaslom továbbá, hogy a Kbt-nek az ajánlati felhívás tartalmára vonatkozó 53/A. §-a csupán rögzítse a teljesítési vagy jólteljesítési biztosíték kikötésének lehetőségét, azonban a részletszabályokat a törvény ne itt tartalmazza, hanem azok szintén – az általam létrehozni javasolt – közbeszerzési szerződésre vonatkozó címben kapjanak helyet.

7. Az uniós közbeszerzési gyakorlat és a 2007/66/EK irányelv hatására a Kbt-ben is helyet kapott a szerződéskötési moratórium intézménye, melynek törvénybe iktatásával a jogalkotó a

közbeszerzési eljárás során sérelmet szenvedett fél jogorvoslati jogának érvényesítését hatékonyságát kívánta elősegíteni. A Kbt. 99. § (3) és (4) bekezdése értelmében a szerződési moratórium ideje alatt a közbeszerzési szerződést érvényesen nem lehet megkötni. A KDB azonban kivételesen mégis engedélyezheti a szerződés megkötését, ha azt halasztást nem tűrő kiemelkedően fontos érdek, illetőleg közérdek védelme indokolja, és annak előnyei meghaladják a szerződéskötéssel járó hátrányokat. (Kbt. 332. § (4) bekezdés)

Álláspontom szerint a szerződés megkötésének engedélyezésére vonatkozó szakasz fenntartása indokolt a szerződéskötési moratórium szempontjából, vagyis az, hogy az említett feltételek fennállása esetén a KDB felmentést adhat az ajánlatkérő számára az eljárás eredményének kihirdetése és a szerződéskötés közötti időszak kötelező kivárása alól. Hibásnak tartom viszont az említett jogintézmény Kbt-n belüli elhelyezését, és *javaslom, hogy a jogalkotó a kivételes engedélyezésre vonatkozó szabályt jelenlegi helyéről (az ideiglenes intézkedések közül) emelje át a szerződéskötési moratóriumra vonatkozó szabályok közé*, azzal hogy mint ideiglenes intézkedés továbbra is kerüljön említésre például a következő módon:

„332. §(2) A Közbeszerzési Döntőbizottság ideiglenes intézkedésként

(...)

d) a Kbt. (...) § alapján kivételesen engedélyezi a közbeszerzési szerződés megkötését.”

IV. A közbeszerzési jogorvoslati rendszerre vonatkozó javaslatok

A közbeszerzéshez kapcsolódó jogorvoslati rendszer csakúgy, mint a teljes közbeszerzési eljárás, beleértve a közbeszerzési szerződés megkötésének mozzanatát is, magán viseli a közjog és a magánjog kettősségét, amely megnyilvánul a jogorvoslati eljárások során eljáró szervezetek (KDB és bíróság), a szabályozás (Ket. és Pp.) és az alkalmazható jogkövetkezmények (pl. bírság és érvénytelenség, illetve kártérítés) esetén.

A közbeszerzési jogorvoslati rendszer közelebbi vizsgálatának eredményeként arra a következtetésre jutottam, hogy annak talán egyik legérzékenyebb a szerződés érvénytelenségére vonatkozó, a korábbiakban már sok szempontból módosítani javasolt szabályanyaga, valamint a közbeszerzéssel kapcsolatosan felmerülő kártérítési igényekre vonatkozó szabályozása, hiszen alapvetően mindkét terület magánjogi jellegű, azonban a Kbt. tartalmaz speciális rendelkezéseket.

1. Az érvénytelenség kapcsán – és az egész közbeszerzési szerződésre vonatkozó anyagon belül sajnálatos módon csak itt – a Kbt. tartalmaz a Ptk-ra utaló szabályt (306/A. § (6) bekezdés), ám a kártérítésnél a jogalkotó hasonló rendelkezést már nem iktatja be, holott a bírói gyakorlatban sem vitatott, hogy a Kbt.-ben foglalt kártérítési szabály nem zárja ki a Ptk. szerinti kártérítési igény érvényesíthetőségét.

1.a. Szükségesnek tartom tehát, hogy amint a Kbt. 340/A. § (4) bekezdése kimondja, hogy *a Kbt. szerinti jogkövetkezmények alkalmazása nem zárja ki a Ptk. 200. § (2) bekezdésének alkalmazását a közbeszerzésre, illetőleg a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályokba ütköző módon megkötött szerződés semmisségének megállapítása tekintetében, úgy ugyanez nyerjen rögzítést a kártérítési igények esetére is.*

1.b. A hatályos szabályozás nevesíti azt az esetkört, amikor az ajánlattevő kártérítésként kizárólag az ajánlat elkészítésével és a közbeszerzési eljárásban való részvétellel kapcsolatban felmerült költségeinek megtérítését követeli az ajánlatkérőtől. (Kbt. 351. §) Ebben az esetben a jogalkotó a Kbt. hivatkozott szakaszában meghatározott konjunktív feltételek (jogsértés tényének megállapítása, valódi esély a szerződés elnyerésére, a jogsértés tényének a szerződés elnyerésére vonatkozó esélyre kifejtett kedvezőtlen befolyásoló hatás) bizonyítását elegendőnek tartja a kártérítés megállapításához.

Álláspontom szerint a Kbt. által „elegendőnek” tekintett körülmények éppen ellenkezőleg értelmezendők, azokat a Ptk. szerinti kártérítési elemekhez (kár bekövetkezése, jogellenesség, felróhatóság, okozati összefüggés) képest többletfeltételeknek kell tekinteni, vagyis kártérítés csak akkor állapítható meg, ha a Ptk. által megkívántakon felül a károsult a Kbt. szerinti körülményeket is bizonyítani tudja.

Problematisztikus továbbá a felróhatóság vizsgálata is. A Ptk. szerinti általános kártérítési alakzatnak ugyanis szükségképpen eleme a felróhatóság, míg a Kbt. a felróhatóság kifejezést egyáltalán nem tartalmazza, és annak szükségességére avagy mellőzésére más szövegfordulattal sem utal, vagyis nem a törvény szövegéből nem derül ki, hogy a felróhatóság értékelendő szempont-e, avagy sem.

Úgy vélem, a közbeszerzéssel kapcsolatosan felmerülő kártérítési igények esetén megoldást jelentene, ha a Kbt. 351. §-a a következőképpen fogalmazna:

„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 a Ptk. szerinti körülményeken túl bizonyítania kell, hogy (...).”

A Kbt. 351. §-ának előbb elmondottak szerinti módosítása tehát egyértelművé tenné a Ptk. szerinti feltételek (így a felróhatóság) vizsgálatát is, és így alkalmas lenne a jelenlegi bizonytalanságok feloldására. Meglátásom szerint azonban, hogy a helyzet megfelelő megoldását végső soron csak a III/1. szerinti javaslat elfogadása, vagyis a Ptk. mögöttségének kimondása jelentené.

2. A jogorvoslati eljárás megindításával kapcsolatosan *megfontolandónak tartom, hogy a közbeszerzési eljárás felfüggesztése* – az EU több tagállamában alkalmazott megoldáshoz hasonlóan – *váljon automatikus jellegűvé*, vagyis ne a KDB rendelkezze el ideiglenes intézkedésként az eljárás felfüggesztését (Kbt. 332. § (2) bekezdés a) pont), hanem a jogorvoslati eljárás megindítása (az eljárás időtartamára) önmagában ilyen joghatást eredményezzen. (Megjegyzendő, hogy a 2007/66/EK irányelv implementációjakor az automatikus felfüggesztés bevezetése szintén szóba került, ám annak tényleges törvénybe iktatására – általam nem ismert okból – végül nem került sor.)

3. A közbeszerzéshez kapcsolódó jogorvoslatokkal kapcsolatosan a legtöbb vitát a szervezeti rendszer kettőssége, illetőleg e rendszer átalakításának a mikéntje generálja. Mint arra dolgozatomban több alkalommal is utaltam, a közbeszerzési szerződést közigazgatási szerződésként értelmező nézetek képviselői számára a közigazgatási út, vagyis a KDB eljárásának a kizárólagossá tétele lenne indokolt, míg a magánjog szempontjából közelítők a bírósági hatáskör kizárólagos jellege mellett foglalnak állást.

Álláspontom szerint a jogorvoslati rendszer jelenlegi problémáinak feloldására két megoldás mutatkozik:

- a) a hatályos rendszer (KDB és bíróságok kettős eljárásának) fenntartása kisebb-nagyobb módosítások mellett,
- b) a jogorvoslati rendszer átfogó és radikális reformja.

A jelenlegi rendszer fenntartását csak abban az esetben látom lehetségesnek, amennyiben a KDB és a bíróság hatáskörének elhatárolása egyértelműen megtörténik, és a jogalkotó nem engedi egy közigazgatási hatóságnak, hogy teljes mértékben magánjogi kérdésekben, így a szerződés módosításával és teljesítésével kapcsolatos jogvitákban hozzon döntést.

Úgy gondolom, a két lehetséges út közül az átfogó jogorvoslati reform jelentene hatékonyabb megoldást, amely teljes mértékben felülvizsgálná a jelenlegi rendszert.

A magam részéről egyetértek azokkal a szakmai véleményekkel, amelyek a közbeszerzések területén kizárólagossá tennék a bírósági utat. Nem hiszem ugyanakkor, hogy mindez lehetséges lenne a közbeszerzéseknek a jelenlegi bírósági rendszer keretei közé

történő beillesztésével. Habár a Fővárosi Bíróság közbeszerzési ügyekben való kizárólagos hatáskörének megszüntetésével az említett bíróság leterheltsége csökkent, és a bíróságokra jutó közbeszerzési teher munkateher arányosabbá vált, a KDB eljárásának kiiktatásával viszont a bíróságok elé kerülő közbeszerzési ügyek száma jelentős mértékben növekedne.

A bíróságok munkaterhének növekedése mellett fontos szempont lehet e területen a bírói szakértelem esetleges hiánya, hiszen a közbeszerzési jogi ismeretek nem feltétlenül képezik a bíráskodáshoz szükséges jogi ismeretek részét.

Az említett érvek és ellenérvek figyelembe vételével arra a következtetésre jutottam, hogy *a közbeszerzési jogorvoslati rendszer átalakítása leghatékonyabban egy új bírói testület felállításával lenne megoldható*. Szemben azokkal a véleményekkel, amelyek a közbeszerzési bíráskodást a közigazgatási bíráskodás rendszerén belül helyeznék el, én magam azzal a korábban már nyilvánosságra hozott javaslattal értek egyet, amely szerint egy *önálló Közbeszerzési Választottbíróság* jönne létre. Egy ilyen választottbíróság felállítása számos előnyt hordoz, melyek röviden a következőképpen összegezhetők:

- A közbeszerzési ügyekben való eljárás magas szintű közbeszerzési jogi szakértelmet igényel, amellyel a választottbíróság tagjai – szemben a rendes bíróságok képviselőivel – rendelkeznének
- Az említett választottbíróság felállításával az eljárási kettősség megszűnne, ugyanakkor a rendes bíróságok munkaterhe nem növekedne.
- A választottbírósághoz fordulás a felek döntésén alapszik, vagyis önkéntes jellegű. Az alapvetően költségesebb eljárás viszont az alaptalanul eljárást kezdeményezők számára viszont némi visszatartó erőt jelentene, hiszen a költségek mértéke megfontolandó szempont lehet az eljárás megindításakor.
- Ugyanakkor a jelenlegi közbeszerzési jogorvoslati rendszerrel szemben felmerülő, egyik legtöbbet hangoztatott érv a gyorsaság hiánya, hiszen az ilyen eljárások akár több évre is elhúzódhatnak, amely a felek gyors eljáráshoz fűződő érdekével jelentős mértékű ellentétben áll. A választottbírósági eljárás a KDB és a rendes bíróságok eljárásához képest is gyors megoldást jelentene, amely mindenféleképpen fontos szempontot képez a jogorvoslati rendszer reformja során.

A dolgozat megírásával a legfőbb célom az volt, hogy rámutassak arra, a közbeszerzések szabályozása nem alakítható ki pusztán közjogi szempontok alapján, hanem a közbeszerzési szerződés – általam egyértelműen alátámasztott – magánjogi volta igényli a magánjogi szabályok, különösen a Ptk. rendelkezéseinek figyelembe vételét, a Kbt. és a Ptk. közötti

összhang megteremtését is. Úgy gondolom, a dolgozat során feltárt szabályozási hiányosságok, jogalkalmazási bizonytalanságok, majd pedig az összegzést követően megfogalmazott *de lege ferenda* javaslatok alkalmasak arra, hogy a gyakorlat számára is hasznosíthatók legyenek, és a leendő új Kbt. megalkotása során, a közbeszerzési szerződésre vonatkozó szabályozás kialakításakor „magánjogiasabb” szemléletmódot vigyenek a Kbt. túlnyomóan közjogi jellegű normái közé.

IV. AZ ÉRTEKEZÉS TÉMAKÖRÉHEZ KAPCSOLÓDÓ PUBLIKÁCIÓK

JEGYZÉKE

1. *Közbeszerzési normák az Európai Unióban*, In: *Advocat: A Borsod-Abaúj-Zemplén Megyei Ügyvédi Kamara folyóirata*, 2008. (XI. évf.), 1-2. szám, 5-14. o.
2. *Public procurement in the European Community – Economic Interest vs. Lowest Price*, In: *Doktoranduszok Fóruma, Állam- és Jogtudományi Kar Szekciókiadványa*, Miskolc, 2008, 93-98. o.
3. *A korrupció elleni fellépés polgári jogi eszközei* (társszerző: Prof. Dr. Bíró György), In: CSEMÁNÉ Dr. Váradi Erika (szerk.): *Az érdekérvényesítés legális és illegális eszközei*, Miskolci Jogtudományi Műhely, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2009, 33-49. o.
4. *Public Procurement in the European Community – Award of Contracts*, In: *The Role of International Law and European Law in the 21st Century in V4 Countries* (CD-ROM), Trnava, 2009, ISBN 978-80-8082-258-3
5. *Community Procurement – The In-house Exception*, In: *Humanitas Journal of European Studies*, December 2009. Vol 1. No. 1., 35-50. o.
6. *„In-house” beszerzések – kivétel vagy kibúvó?*, In: *Miskolci Jogi Szemle*, 1/2009., 84-104. o.
7. *The Limits of Contract Freedom in the Community Procurement*, In: DÁVID R., NECKÁŘ J., SEHNÁLEK D., (eds.): *COFOLA 2009: the Conference Proceedings*, 1. edition., Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4821-8
8. *Community Procurement in the ECJ Case Law*, In: *European Integration Studies*, Miskolc University Press, Volume 7., Number 1 (2009), HU ISSN 1588-6735, 57-79. o.
9. *A közbeszerzési törvény hatálya alá tartozó szerződés*, In: *Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica*, Miskolc, 2009. (27. évf.) 2. sz., 521-549. o.
10. *Contract Freedom in the Light of Private Law and the Public Procurement Provisions*, In: MOTICA, Radu I. – BERCEA, Lucian – PASCA, Viorel (eds.): *European Legal Studies and Research, Volume I., Private Law*, Timisoara, 2010, ISSN 2066-6403, 277-286. o.

11. *Rendhagyó szerződéskötési módozatok, különös tekintettel a távollévők között kötött szerződésekre és a versenyeztetési eljárásra*, In: CSÖNDES Mónika – NEMESSÁNYI Zoltán (szerk.): *Merre tart a magyar civilisztikai jogalkotás a XXI. század elején?* (tanulmánykötet), Pécs, 2010, 127-136. o.
12. *A szerződés módosításának határai a közbeszerzésben*, In: *Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio Juridica et Politica*, Miskolc, 2010. (28. évf.) 1. sz., 373-393. o.
13. *Közbeszerzés a versenyjog határán*, In: *Miskolci Jogi Szemle*, 2010. évi 2. szám, 135-155. o.
14. *Adalékok az egyes szerződések Ptk-n belüli rendszerének átalakításához*, In: BARTA Judit – WOPERA Zsuzsa (szerk.): *Miskolci konferenciák 2010. Kodifikációs tanulmányok a polgári jog és a polgári eljárásjog témakörében*, Novotni Alapítvány a Magánjog Fejlesztéséért, Miskolc, 2011, 51-62. o.