

Értelmezési határterületek a közbeszerzési szerződés teljesítése körül, a póthatáridő közbeszerzési és polgári jogi kérdései

Boundary areas in the legal interpretation of the performance of public contracts. Public procurement and civil law issues of the additional deadline

Dr. Miklós Gyula, ügyvéd

DOI: 10.37371/KEP.2020.10.2

Címszavak: közbeszerzés, szerződés, szerződés teljesítése, szerződésmódosítás, póthatáridő

Absztrakt

Miképpen nyomja rá bélyegét a közbeszerzési eljárás, mint szigorúan szabályozott közjogi jellegű versenyeztetési folyamat magára a közbeszerzési szerződésre? Mennyiben tér el egy közbeszerzési szerződés tartalma egy nem közbeszerzési eljárás eredményeként, szabad vagy kevésbé szabad alkufolyamat eredményeként kötött szerződés tartalmától különös figyelemmel annak teljesítésére? Cél-e hogy eltérjen vagy egyáltalán lehetséges-e hogy eltérjen figyelemmel a polgári jog *lex generalis* jellegére és sokkal részletesebb mögöttes szabályrendszerére? Olyan kérdések ezek, amelyeknek megválaszolása a két jogterület fogalmi közötti analógiák és ellentétek felkutatását és elemzését igénylik, miközben lényeges szempontként szem előtt tartandó, hogy a közbeszerzési szerződés fogalmáról sem a közbeszerzési sem a szerződés nem hasítható le, egyik sem írja felül a másikat. Minden rendelkezés célja szerint értelmezendő és alkalmazandó. Csak ezzel a szemlélettel találhatjuk meg a kettős szabályozási jelleg közötti arany középutat és ezáltal az adekvát válaszokat a gyakorlatban felmerülő értelmezési kérdésekre. A közbeszerzési szerződés teljesítésének fokozottabb előtérbe kerülésére is figyelemmel ebben az írásban ennek a középútnak a felülnézeti felvázolására törekedtem miközben a felvetett konkrét kérdések utáni válaszok megtalálásának szándéka vezetett.

Abstract

How does the procurement procedure, as a strictly regulated public procurement process, make its mark on the procurement contract itself? To what extent does the content of a public contract differ from the content of a contract concluded as a result of a non-public procurement procedure, as a result of more or less free bargaining process, with particular regard to its performance? Is it intended to derogate, or is it possible at all, to derogate from the '*lex generalis*' nature of civil law and therefore the much more detailed system of underlying rules? These are questions which, in order to answer, require the search for and analysis of analogies and contradictions between the concepts of the two areas of law, while keeping in mind that neither public nor contract element cannot be disregarded of the '*public contract*' definition. All provisions shall be construed and applied as originally intended. Only with this approach can we find the '*golden middle way*' between the dual regulation and thus adequate answers to questions of interpretation that arise in practice. In view of the increased emphasis on the performance of public procurement contracts, in this paper I have sought to outline this middle way from a higher perspective while leading by the intention to find answers to the specific questions raised.

A sikeres közbeszerzések eredményeként kötött szerződések teljesítésének szorosabb nyomon követése a hazai közbeszerzési szabályozást követve egyre inkább előtérbe került az idő és a jogszabályalkotás előre haladtával. E körben lehetett bizonyos hatása az új közbeszerzési irányelvek, azaz elsősorban a 2014/24/EU és a 2014/25/EU Irányelvek által

differenciáltabb és sok tekintetben az Európai Unió Bírósága által e tárgyban kialakított esetjognál is megengedőbb szerződésmódosítási szabályoknak, amelyek a megengedett szerződésmódosítási esetkörökön kívüli változtatások tekintetében egyértelműen új közbeszerzési eljárás lefolytatása útján történő módosítást írnak elő, mint egyedüli lehetőséget az

ajánlatkérő számára. A megengedő szabályozás így közvetve nagyobb figyelmet helyezett a szerződés írott szövegétől vagy tartalmától eltérő teljesítésekre és azok ellenőrzésére. Ezt erősítő hatása lehetett annak az uniós jogalkotási szándéknak, amely a minőségi értékelést és az életciklus szemléletet helyezte előtérbe, nem utolsósorban pedig a szakemberek, személyi állomány értékelését lehetővé tevő szabálynak, amelyek együttesen természetesen vonják maguk után az ajánlatkérőktől elvárt azon kötelezettséget, hogy a nehezebben megfogható, a teljesítés időszakára eső vállalásokat a teljesítés során is szorosabban kövessék nyomon.

A 2014/24/EU Irányelv szakemberek értékelésével kapcsolatos (96) preambulumbekzdése kifejezetten rögzíti, hogy az „e lehetőséggel élő ajánlatkérő szervezeteknek a megfelelő szerződési eszközökkel biztosítaniuk kell, hogy a szerződés teljesítésére kijelölt személyi állomány ténylegesen megfeleljen az előírt színvonalbeli követelményeknek, és ezt a személyzetet kizárólag az ajánlatkérő szerv jóváhagyásával lehessen lecserélni, amelynek *ellenőriznie kell, hogy a csereszemélyzet ugyanolyan színvonalat képes-e biztosítani.*”

A közbeszerzési szerződések megfelelő teljesítése kérdésének jelentőségét az előzőeken túl bizonyosan fokozta továbbá a 2014/24/EU Irányelv 57. cikk (4) bekezdésének g) pontjában foglalt kizáró ok előírásának lehetősége, amely szerint a tagállamok akár kötelező kizárási okként előírhatják egy gazdasági szereplő kizárását olyan esetben, ha a gazdasági szereplő részéről *jelentős mértékű vagy tartós meg nem felelés* volt tapasztalható valamely korábbi közbeszerzési szerződésből vagy egy ajánlatkérő szervvel kötött korábbi szerződésből vagy korábbi koncessziós szerződésből *eredő lényeges követelmény teljesítésében* és ez az említett korábbi szerződés lejárat előtti megszüntetéséhez, kártérítési követeléshez vagy *egyéb hasonló szankciókhoz* vezetett.

Bár e hatás csupán áttételes, mégsem hagyható figyelmen kívül az a tény, hogy magát a polgári jogot is érintette egy jelentős változás hazánkban az irányelvek megjelenésével csaknem egy időben, méghozzá a 2013. évi V. törvény, azaz az „új Ptk.” (a továbbiakban: Ptk.)

2014. március 15-i hatálybalépése, mely az új koncepciók, eltérő részletszabályok révén a figyelem középpontjába helyezett olyan jogintézményeket, melyek jellegüknél fogva éppen a teljesítés létszakában bírnak a közbeszerzési szerződések tekintetében kiemelt jelentőséggel.

Az alapelvek szerepe a közbeszerzési eljárásokban szintén folyamatosan erősödött, ahogy a döntőbizottsági és bírósági joggyakorlatban kiérlelésre kerültek azok a mechanizmusok, amelyeken keresztül az alapelvek szerephez jutnak, sőt a jogszerű eljárás sui generis fokmérőivé válhatnak a Kbt. és végrehajtási rendelkezései alkalmazása során. Ezeket a mechanizmusokat, értelmezési elveket ehelyütt a cikk tárgya által kötött gondolatvezetés miatt nem tárgyalom részletesebben, azok szakmai körökben általánosan ismertek.¹ Az alapelvek szerepének erősödése és funkcióinak kiteljesedése adhatta ugyanakkor egy további fontos alapját annak, hogy újabb közbeszerzési jogi rendelkezések révén, az alapelvek teljesítés során történő tiszteletben tartásának biztosítása érdekében a jogalkotó jelentősebb mértékben átnyúlt a közbeszerzési eljárás szerződés megkötésével záruló határmezsgyéjén, és – mintegy a közbeszerzés közjogias szemléletét kiterjesztve – ellenőrzési körbe vonta a teljesítés folyamatát. Ezen ellenőrzés intézményrendszeri és eljárásrendi alapját teremtette meg egyebek között a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X.27.) Korm. rendelet, a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLIII. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 159. §-a, illetve 175. §-a szerinti perindítás lehetősége. Természetesen az ellenőrzés egyben – ahogy az lenni szokott – ügyeket is szült, ahol a két jogterület ütközési zónájában a polgári jog közbeszerzésen kívüli világához képest sajátos értelmezési kérdések merülnek fel.

Ezek az egyedi ügyek változatosak és szerteágazó tényállásaik, továbbá relatíve csekély számuk révén nehezen szolgálnak jelenleg elvi megalapozásul általános következtetések levonásához. Tehát továbbra is a tiszta és logikus elméleti megközelítésre tett kísérlet

¹ Ld. e körben egyebek között a Közbeszerzési Döntőbizottság joggyakorlatát, melynek irányát és jelenlegi állását jól tükrözi a D.207/15/2020. számú határozat 81. pontja, valamint az ott hivatkozott, a Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.111/2011/4. szám alatt hozott ítélete.

segíthet a felmerülő értelmezési kérdések megfelelő megválaszolásában.

A kérdés tételes jogi kontextusát felvázolva a Kbt. 142. §-a egyes rendelkezéseinek közelebbi vizsgálatával érdemes kezdeni, amely egészen egyedi, korábban ebben a formában nem ismert, a szerződés teljesítésével kapcsolatos mozgásteret és annak polgári jogi értelmezését is befolyásoló, szigorú szemléletű közbeszerzési keretet adott a szerződés teljesítési folyamatának.

Röviden felidézve a Kbt-beli rendelkezések tartalmát, célját:

- ajánlatkérő teljeskörű és a Kbt. 41. §-ára figyelemmel *írásban történő ellenőrzési és dokumentálási kötelezettsége* különösen az értékelési szempontok alapján értékelésre került szerződéses kötelezettségek teljesítése, valamint ezen túlmenően *minden, a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítés* (és annak okai és adott esetben a szerződés-szegéssel kapcsolatos igények tekintetében (142. § (1) bek.)
- alapvető jogsértést valósít meg ajánlatkérőként szerződő fél, ha *elmarad* (ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását) *a szerződésszegésből eredő igények érvényesítése*, 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*. (Kbt. 142. § (2) bek.)
- 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. (Kbt. 142. § (3) bek.)²

Pacta sunt servanda. Ez a római jog óta világos jogelv. A felek a szerződésükhöz kötve vannak, aszerint kell teljesíteniük annak érdekében, hogy mindkét fél szerződés által biztosított szerződéses érdeke a szerződés megkötésekor fennálló egyensúlyviszonyok lehetséges megtartása mellett megfelelő kielégítést nyerjen. Főszabály szerint a szolgáltatásért *megfelelő* ellenszolgáltatás jár. Az ellenszolgáltatás megfelelő-sége, a szolgáltatás és ellenszolgáltatás aránya a szerződési jogban szintén főszabály szerint, a felek megállapodásának tárgya, melynek meghatározása versenyeztetési eljárásban és a „nagytestvér” közbeszerzési eljárásban az előre rögzített feltételek mentén kialakuló verseny eredményétől függ. (Hiszen erre irányult a felek akarata, így határozták azt meg.) A felek szerződéses érdeke, a szerződéssel biztosítani kívánt cél a szerződés létrejöttkor rögzül (sőt már az ajánlati kötöttség beálltakor), azonban a teljesítés folyamán különböző helyzetekben, akár külső körülményektől, akár a teljesítés menetében beálló folyamat váratlan elemei miatt különböző alakot ölthet, különböző igényeket, együttműködési kényszereket és a felek részéről közös, rugalmas megoldásokat indokolhat, amelyek nem mindegyike tartozik a polgári jogi szerződésmódosítás esetkörébe. Polgári jogi szempontból a kielégítendő szerződéses érdek, az elérendő eredmény, cél a legtöbbször fontosabb a „hogyan”-nál, a teljesítés folyamatának vizsgálatánál, meghatározásánál. Polgári jogi megközelítésben a teljesítés annak módjától függetlenül teljesítés marad, ha a szerződés rendelkezéseinek, a szerződéssel biztosított célnak és érdeknek maradéktalanul megfelel. Bár az eltérő teljesítés, illetve a megváltozott körü-

² Fontos rögzíteni, hogy a Ptk. versenyeztetési eljárás szabályai között nem alkalmaz hasonló korlátozást a szerződés későbbi módosítása, teljesítése tekintetében, azaz külön, lezárt szakasznak tekinti a szerződés elnyerésére irányuló versenyeztetést és a szerződés teljesítését. Ebből következik, hogy az ún. értékhatár alatti szerződések esetén az idézett rendelkezések nem alkalmazandók kötelező jelleggel.

ményekhez alkalmazkodó teljesítés polgári jogi alapon is igényeket, újabb vagy módosult jogokat és kötelezettségeket szülhet, ez nem szükségszerű. Az ilyen teljesítés során tett aktusokat, tényszerű eljárásokat konszenzus esetén nevezhetnénk a teljesítéssel kapcsolatos „kis megegyezéseknek”, az együttműködési kötelezettség megnyilvánulásának, amely nem feltétlenül jelent szerződésmódosítást, hiszen a szerződés azzal kapcsolatos kifejezett rendelkezést a legtöbb esetben nem is tartalmaz, a szerződés által rögzített tartalom változtatására nincs szükség. Ezek az együttműködések kifejezetten a szerződés teljesítésének terepébe tartoznak, a szerződésben foglalt kötelezettségek teljesítés viszonyaira történő leképezései, adott esetben alkalmazkodva az aktuális kihívásokhoz, helyzetekhez. Ezen teljesítéssel kapcsolatos aktusok keretét és háttér szabályozását adják a polgári jogi alapelvek, vagy alapelvi szintű szabályok (pl. az elvárható magatartás elve, az együttműködési kötelezettség³). Mindez a szerződéses cél teljesítése felé mutat tehát. Mindezen felül az is lényeges, hogy a klasszikus piaci viszonyok között létrejött polgári jogi szerződések esetében a teljesítés megfelelése tekintetében az ügy ura a jogosult, aki bármely külső behatástól függetlenül dönt arról, hogy elfogadja-e a teljesítést szerződésszerűnek.

A közbeszerzési jogban, visszautalva a felvezető gondolatokban felhozott jogfejlődési irányokra, más a helyzet. Az utóbbi időkben, az ajánlati kötöttséggel, hiánypótlással kapcsolatos korábbi jogalkalmazási nehézségekre is figyelemmel, definiálásra került a *szakmai ajánlat* fogalma. A Kbt. 3. § 37. pontja szerint szakmai ajánlat: a beszerzés tárgyára, valamint a műszaki leírásban és a szerződéses feltételekben foglalt *ajánlatkérői előírásokra* tett ajánlat. A szakmai ajánlat a gyakorlatban (ide véve a Kbt. 71. § (8) bekezdés b) pontjában foglalt hiánypótlási szabályt, mint az ajánlati kötöttséggel terhelt vállalat megváltoztathatatlanságát tartalmazó korlátozást) úgy is megfogalmazható, mint a szerződés, szerződéses kötelezettség tartalma, egyben végrehajtásának ajánlatban bemutatott módja, amely minimálisan az ajánlatkérő által előírt részletességgel és módon tartalmazza a teljesítéssel kapcsolatos vállalat

bemutatását, és amelyre, illetőleg amelynek elemeire az ajánlati kötöttség beáll. A szakmai ajánlat tehát nem csak azokat az elemeket tartalmazza, amely a teljesítés eredményével kapcsolatos, miszerint „felépítke neked egy ilyen és ilyen házat” vagy „kifejlesztke neked egy ilyen és ilyen szoftvert”, hanem sokszor a teljesítés mikéntjének többé-kevésbé részletes bemutatását is tartalmazza ajánlatkérői előírásoknak megfelelően (ütemterv, erőforrás terv, organizáció, útvonalterv, egyéb teljesítéssel kapcsolatos leírások).

Ha visszatérünk a Kbt. 142. § (1) bekezdésének idézett és kiemelt megfogalmazásához, látható, hogy ajánlatkérő dokumentálási és ellenőrzési kötelezettsége kiterjed valamennyi a *szerződéstől eltérő* teljesítésre, annak okaira. A szerződéstől eltérő teljesítés érdekes szemantikai összefüggést hordoz, mert ez esetben van teljesítés, csak az eltér a szerződéstől, ami polgári jogi szempontból nehezen értelmezhető (pl. a fuvarozó szállít, csak más útvonalon saját költségére és kockázatára), viszont egy szigorú, kifejezett ajánlatkérői kötelezettség kapcsolódik hozzá. Ebből a szempontból tehát a szerződéstől eltérő teljesítés sajátos közbeszerzési jogi relevanciát, hangsúlyt kapott még akkor is, ha egyes részletszabályok árnyalják ezt a megfogalmazást. Polgári jogi szempontból kizárólag a szerződésszegéshez kapcsolódhat hátrányos jogkövetkezmény, nem pedig az eltérő teljesítéshez. A Ptk. 6:137. §-a nem vitásan a közbeszerzési szerződésekre is vonatkozik. E szerint bármely kötelezettség szerződésszerű *teljesítésének elmaradása* minősül szerződésszegésnek, nem pedig az *eltérő teljesítés*.

Mivel az eltérő teljesítés ellenőrzése és dokumentálása önmagában nehezen értelmezhető, célszerű összevetni az egyéb vonatkozó előírásokkal. A rendelkezés a jogszabályban elfoglalt helye és célja szerint szorosan kapcsolódik a Kbt. 142. § (2) és (3) bekezdésében foglalt kifejezetten közbeszerzési jogi jogsértésekhez, de ezen túl a joggyakorlat által és áttételesen a Kbt. 141. §-ában foglalt esetkörökhöz is. Ha a Kbt. 142. § (2) bekezdésének fentebb idézett fordulatait megnézzük, azoknál már egyértelműen a *szerződésszegés* a kiindulópontja a tényállás megfogalmazásának mind az értékelés során figyelembe vett kötelezettség *szerződésszerű*

³ Ptk. 6:62. § [Együttműködési és tájékoztatási kötelezettség]

(1) A felek kötelesek a szerződéskötési tárgyalások alatt, a szerződés megkötésénél, fennállása alatt és megszüntetése során együttműködni és tájékoztatni egymást a szerződést érintő lényeges körülményekről.

teljesítésének elmaradása esetén, mind akkor, ha a szerződésszegés eredményeként *a teljesítés a szerződés tartalmától olyan mértékben tér el, amely lényeges módosításnak minősülne a Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján.*

Ha megvizsgáljuk a Kbt. 142. § (2) bekezdés a) pontját, akkor e tekintetben az az újdonság a Ptk. szerződésszegés fogalmához képest, hogy nem egyszerűen a teljesítés, hanem a *szerződés szerű* teljesítés elmaradásáról rendelkezik. Holott, mint láttuk, a Ptk. szerződésszegés fogalma alapján egyszerűen a kötelezettség teljesítésének elmaradása a szerződésszegés lényege, nem pedig az, ha a teljesítés ugyan megtörténik, de nem szerződés szerű. Ebből a megközelítésből, hozzáolvasva a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt „szerződéstől eltérő teljesítés” megfogalmazást, továbbá a szakmai ajánlat ajánlati kötöttséggel terhelt jellegét és az ebből *látszólag* logikusan következő azon gyakorlatot, miszerint a nyertes ajánlat egy az egyben a megkötendő szerződés elválaszthatatlan részét képezi,⁴ és szigorúan az ott írt rögzült módon teljesíthető, az a gondolati logika is következhet, mely szerint szerződésszegésnek minősül az, ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél a közbeszerzési szerződést megfelelően teljesíti, ugyanakkor a teljesítés módja, folyamata eltérő volt a szakmai ajánlatától. Ezt a tényt a polgári jog nem kezeli szerződésszegésként, hacsak a jogosult kifejezetten ki nem köti, valamilyen ehhez fűződő különleges érdektől vezéreltetve azt, hogy a kötelezettnek meghatározott módon kell teljesítenie (pl. milyen útvonalon kell fuvaroznia). Mindig vannak kivételek, de főszabály szerint a megfelelő, de eltérő módon történő hibátlan teljesítés nem szerződésszegés. Fel kell hívni arra is a figyelmet, hogy az egyes szerződésekre vonatkozó különös szabályok tartalmaznak olyan rendelkezéseket, amelyek szabályozzák azt, hogy a szolgáltatás jogosultjának milyen utasítási joga van pl. a teljesítéssel kapcsolatban, és ehhez képest hogy alakul a kötelezett

felelőssége, döntési önállósága, milyen esetben kell elfogadnia és utasíthatja vissza a teljesítéssel kapcsolatos utasítást, stb.⁵ A szerződés rendelkezései, a Ptk. általános és különös mögöttes szabályai és – ha léteznek és a felek nem zárják ki – akkor a szakmai szokások együttesen határozzák meg, hogy a teljesítésre miként kell, hogy sor kerüljön. A közbeszerzési szerződésekre pedig polgári jogi értelemben ugyanez igaz. E körben a szokásosan hivatkozott Kbt. 2. § (8) bekezdésére kell utalni, mely szerint „a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre az e törvényben foglalt eltérésekkel a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni.” A Kbt.-ben ugyanakkor nincs a szerződésszegésnek önálló definíciója, vagy ezek szerint mégis? Nézzük hát a 142. § (2) bekezdésének b) pontját. Ezen tényállás megvalósításának feltétele, hogy 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.*

Ez a bekezdés már egyértelműen jelzi azt, amit fentebb még csak sejteni lehetett, azaz, hogy fennállhat az esélye egy kvázi „közbeszerzési jogi szerződésszegés” értelmezés, fogalom kialakulásának, amely sajátos módon, jöllehet a szerződésszegés megtörténtét teszi kiindulópontnak, azt egyben sajátosan definiálja is, hiszen az alapvető jogsértéshez nem elegendő, hogy szerződésszegés történjék, mely alapján az ajánlatkérői igényérvényesítés elmarad, az is szükséges, hogy a szerződésszegés eredményeként *a teljesítés olyan mértékben térjen el a szerződés tartalmától, amely a Kbt. 141. § (6) bekezdésbe ütközne, ha módosításra kerülne sor.* Polgári jogi szempontból ugyanakkor teljesítés esetén nincs szerződésszegés, így a mondat két része közötti ellentmondás vagy úgy oldható fel, ha a szerződés tartalmától (ideértve a szakmai ajánlati részt is) való, a Kbt. 141. §

⁴ Ajánlatkérők rendszerinti előírása alapján szokásos eljárás, bár komoly kérdéseket vet fel, hogy mit keresnének és hogyan értelmezhetőek a szerződés részeként a kifejezetten a közbeszerzési eljárásban benyújtott egyes nyilatkozatok, pl. a Kbt. 66. § (2) bekezdése szerinti nyilatkozat az ajánlat megtételéről és az ajánlati kötöttség ideje alatt történő fenntartásáról, vagy pl. a közbeszerzési eljárásban való képviselőre jogosító meghatalmazás, vagy pl. a teljes tárgyalási jegyzőkönyv egy tárgyalásos eljárásban?

⁵ Ptk: 6:240. § (1) A vállalkozó a megrendelő utasítása szerint köteles eljárni. Az utasítás nem terjedhet ki a tevékenység megszervezésére, és nem teheti a teljesítést terhesebbé. (2) Ha a megrendelő célszerűtlen vagy szakszerűtlen utasítást ad, a vállalkozó köteles őt erre figyelmeztetni. Ha a megrendelő a figyelmeztetés ellenére utasítását fenntartja, a vállalkozó a szerződéstől elállhat vagy a feladatot a megrendelő utasításai szerint, a megrendelő kockázatára elláthatja.

(6) bekezdése alapján lényegesnek tekintendő eltérő teljesítést is – mint meg nem engedett szerződésmódosítást – szerződésszegésként kezeltem vagy úgy, ha szigorúan veszem a „szerződésszegés eredményeként” fordulatot, amely viszont kifejezetten valamely szerződésszegési tényállás megállapíthatóságához kapcsolódik, azaz valamely kötelezettség teljesítése elmarad. Előbbi esetre példa lehet, ha a szerződés tartalmától eltérve a fuvarozó/vállalkozó az ajánlata részeként beadott és értékelési szempontot nem képező organizációs tervtől eltérően nem 5, hanem 4 járművel és eltérő útvonalon, de egyébként mindenben megfelelően határidőre teljesíti a szerződést. Utóbbi pedig kifejezetten az az esetkör, amikor pl. ajánlattevő jelentősnek tekinthető késedelembe esik a teljesítéssel, ajánlatkérő azonban mégsem érvényesíti a késedelmi kötbért vele szemben, jóllehet a szerződés alapján ezt megtehetné. Első esetben polgári jogi értelemben nincs szerződésszegés, a szerződést megfelelően teljesítette az ajánlattevőként szerződő fél, így a Kbt. szövege szerint nem kerülhet alkalmazásra a Kbt. 142. § (2) bekezdésében foglalt egyetlen fordulat sem, hacsak nem veszem úgy, hogy az 5 gépjármű teljesítésbe történő bevonása, mint szerződéses kötelezettség teljesítése elmaradt és ezt tekintem szerződésszegésnek. Ez esetben beszélhetnénk az általam „közbeszerzési jogi szerződésszegésnek” nevezett esetköréről. Csakhogy, ha ez szerződésszegés, akkor a Ptk. alapján az ajánlattevőként szerződő felet a kimentés⁶ lehetősége is megilleti, azaz nem feltétlenül van szó ajánlattevővel szemben érvényesíthető ajánlatkérői igényről vagy annak elmaradásáról, amelynek hiánya ugyanakkor ki kellene, hogy zárja a Kbt. 142. § (2) bekezdésének megállapítását. Ezen túl, ha olyan védekezés vagy adat merül fel a szerződéses jogviszonyban, amely alapján nem vonható le *egyértelmű* következtetés arra nézve, hogy volt-e szerződésszegés, illetve, ha volt is, akkor van-e jogos, ajánlattevővel szemben fennálló ajánlatkérői igény, amelynek érvényesítése elmaradt, akkor a Kbt. 159. § szerint az ügyben eljáró Döntőbizottság eljárása felfüggesztésének és a szerződésszegés

megállapítása iránti perindításnak van helye az arra hatáskörrel rendelkező polgári bíróság előtt. Enélkül a Döntőbizottság nem tudja megalapozottan elbírálni az ügyet. Ez esetben tehát a szerződésszegés fennállásáról a polgári bíróságnak kell döntenie, amely azonban csak a polgári jogi szerződésszegés fogalmát képes értelmezni, nem tudja megítélni azt a kérdést, hogy a teljesítés a szerződés tartalmától olyan mértékben tért-e el, amely alapján egy szerződésmódosítás a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint lényegesnek minősülne. Érdekes kérdést vet fel, hogy mi a jogi helyzet akkor, ha a példánál maradva a 4 járművel eltérő útvonalon megfelelően teljesítő ajánlattevőként szerződő fél tévesen elismeri a szerződésszegést, azaz azt, hogy nem a szerződésnek megfelelően teljesített. Ez esetben sem lenne feltétlenül jogszerű álláspontom szerint, ha a Döntőbizottság a Kbt. 142. § (2) bekezdésének megsértését állapítaná meg, mivel megfelelő teljesítés esetén nincs szerződésszegés. Az eljárás menete a példaként felhozott másik esetben (késedelem) is ugyanez, de ez esetben a rendelkezés alkalmazása érthetően és egyértelműen jobban megfelel a jogszabályhely vélelmezhető céljának. A késedelem ugyanis polgári jogi értelemben is szerződésszegés, és itt már csak az maradhat a kérdés, hogy van-e az ajánlattevőként szerződő féllel szemben érvényesíthető ajánlatkérői igény. Ha van és ajánlatkérő azt mégsem érvényesíti, akkor megvalósul a tényállás, ajánlatkérő megsérti a Kbt. 142. § (2) bekezdését. A Kbt. 159. §-a akként fogalmaz, hogy abban az esetben, 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. Ez a bizonyos „ha” akkor ad mentesülést a perindítási kötelezettség alól, ha pl. a kötelezett a szerződésszegés tényét elismeri, vagy erre irányuló nyilatkozatban vagy akár ráutaló magatartással (pl. a késedelmi kötbér megfizetése). Meg kell jegyezni, hogy ha csak részben is elismeri a szerződésszegést és az azzal kapcsolatos

⁶ A 2013-as « új » Ptk. alapján a szerződésszegés ténye a kötelezettség teljesítésének elmaradásához kötődik, e tekintetben objektív jogi tény. Ha az ajánlatkérőnek ezzel kapcsolatban kára keletkezik, akkor kártérítési igénye is keletkezik a szerződésszegő féllel szemben, amely azonban nem feltétlenül érvényesíthető. Például nem az, ha a szerződésszegő fél magát megalapozottan kimenti, azaz jogszerű kimentési ok áll fenn. A kimentési okra azonban a szerződésszegőnek kell hivatkoznia, ennek hiányában az igény érvényesíthető, továbbá az is fontos, hogy a kimentés nem az igény fennállását (értsd: a kár bekövetkezését), hanem a szerződésszegő felelősségét befolyásolja.

felelősségét, ez már okot ad a jogsértés megállapítására, azonban a szerződésszegés súlya mérlegelési kérdés. E körben nem szabad figyelmen kívül hagyni azt a joggyakorlatot sem, amely alapján eldönthető, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján mely szerződésmódosítások minősülnek lényegesnek.⁷ Van olyan döntés, amely alapján egy hosszabb, több hónapos vagy féléves teljesítési határidőhöz képest a határidő néhány nappal történő módosítása nem lényeges módosítás (ha a határidő nem volt értékelési szempont), azonban a döntések többsége a teljesítési határidőt ab ovo lényeges szerződéses jellegét emeli ki. Ha viszont a kötelezett a szerződésszegés tényét vitatja, azaz azt állítja, hogy a késedelem nem következett be pl. azért, mert a jogosult közbenső szerződésszegése miatt nem volt abban a helyzetben, hogy határidőben teljesítsen, akkor a Döntőbizottság megítélés szerint nem mentesül a Kbt. 159. §-a szerinti perindítás, mint előfeltétel alól.

Nyilvánvaló, hogy a Kbt. 142. § (1)-(3) bekezdésében foglalt rendelkezések célja a közbeszerzési eljárás során alapvető szinten garantált verseny tisztaságának, az esélyegyenlőségnek és egyenlő bánásmódnak a szerződés teljesítése során történő biztosítása. A fentiek alapján lehetséges azonban, hogy a jogalkotó ezen rendelkezések megfogalmazásával akaratlanul, illetve minden esetben az aktuális kapcsolódó joggyakorlat függvényében olyan tekintetben is „bemerevítette” a közbeszerzési szerződés teljesítésének folyamatát, amely kizárja vagy szerződésmódosításra készíti a feleket olyan esetben is, ha az alapelvek legszigorúbb szem előtt tartása esetén is kijelenthető, hogy adott esetben az esetleges nem nyertes ajánlattevőnek semmilyen érdeksérelmet nem okoz, ha a felek eltérnek a szakmai ajánlatban foglalt bizonyos rendelkezésektől a teljesítés elősegítése, sőt szerződésszerű megvalósulása érdekében. A már említett példánál maradva: a szakmai ajánlat része volt az értékelési szempont körébe *nem* vontan az organizációs terv, ami megállapításokat tett a szállítási útvonalakkal és a teljesítésbe bevonandó gépjárművek számával, típusával kapcsolatban, mely útvonalakon később a nyertes ajánlattevőnek utóbb elhatározott útfelújítások és lezárások miatt módosítania kell. A teljesítés 100%-os és nem érinti az ellenszolgáltatás összegét, a szerződés tartalma nem

módosul, csupán eltérően kerül teljesítésre. Közbeszerzési jogi szempontból azonban a szerződés tartalma „módosul”, hiszen a szerződés részét képező szakmai ajánlatától eltérően teljesít a nyertes. (Szerződéses kötelemmé tett teljesítési mód marad el vagy változik.)

Adott példánál maradva, az előre nem látható körülményre (pl. tervezett útvonalak lezárása) figyelemmel közbeszerzési jogilag jogszerű szerződésmódosításra kerülhet sor a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján. Felmerül a kérdés, hogy ha nem módosítják a felek a szerződést, akkor hibásan jártak-e el a Kbt. 142. § (2) bekezdésének b) pontja alapján. Elvileg, ha a szerződésszegés Ptk-beli fogalmát vesszük alapul, akkor nem, hiszen a Kbt. 142. § (2) bekezdésének első mondata az alapvető jogsértést a szerződésszegésből eredő igények érvényesítéséhez vagy annak elmaradásához köti. Ha nem volt késedelem, hibás teljesítés és általában a szerződésben rögzített kötelezettség elmaradása, akkor nincs szerződésszegés. De akkor miért szükséges a feleknek a szerződést módosítani? Ha viszont azt vesszük alapul – amely polgári jogi szempontból nem igazán védhető – hogy minden olyan esetben, amikor ajánlatkérő előírja szakmai ajánlat benyújtását, akkor azért teszi, mert *szerződési érdeke fűződik ahhoz*, hogy a szerződést csak és kizárólag az ott írt módon lehessen teljesíteni – azaz nemcsak a teljesítendő vállalás, de annak a módja is kötelezettsége az ajánlattevőként szerződő félnek – akkor és csak akkor lehet azt állítani, hogy elmaradt egy kötelezettség teljesítése, azaz megvalósult a szerződésszegés. Ezen állításnak azonban komoly következményei vannak, amelyek részben jelentős adminisztrációs terhet, részben jelentős árdrágulást és kockázatnövekedést is jelenthetnek, elsősorban, de nem kizárólagosan az ajánlatkérők oldalán. Ha ebben a körben az uniós támogatásból finanszírozott beruházásokat terhelő szigorú szabályossági követelményekre is gondolunk – mivel a jogértelmezés ezen specifikum mentén nem választható ketté – akkor az esetleg ennek mentén kialakuló joggyakorlat adott esetben további jelentős és adott esetben felesleges forráselvonási kockázatokat hordozhat. Ezen felvetés tételes alátámasztásához természetesen az uniós ellenőrzési gyakorlat megállapításait kellene

⁷ Ld. a Közbeszerzési Döntőbizottság D.154/13/2020. illetve D:171/14/2020. számon hozott határozatait a lényegesség tekintetében határidő hosszabbítás esetén.

tüzetes és célzott vizsgálat alá vonni. A kérdést azért tartom kiemelkedően fontosnak, mivel itt a Kbt. tisztán a magyar polgári jog rendelkezésein alapuló alkalmazásáról van szó. Azaz pl. egy „felesleges” szerződésmódosítás az említett organizációs terv esetében azt eredményezi, hogy a magyar forrásfelhasználó kedvezményezett a saját hazai jog téves alkalmazása alapján kerül olyan helyzetbe, hogy meg kell védenie az egyébként teljesen szabályos teljesítést.

Arra is ki kell itt térni, hogy még ha az előre nem látható körülmény fennállása az adott esetben vitán felül megállapítható és megalapozza a szerződés módosítását, akkor is figyelemmel kell lenni az adott szerződésmódosítási jogcímbe foglalt egyéb feltételekre, pl. hogy ne változzon meg a szerződés általános jellege, azaz szemben azzal, ha a kérdést a szerződés teljesítése körében kezelik a felek, szerződésmódosítás révén olyan helyzetbe kerülhetnek (a módosítás jogalapja nem áll fenn teljeskörűen), amely a jogszerű teljesítés akadályát is képezheti. Ha pedig a felek szerződésmódosítása jogszabályba ütközik és ezt a Döntőbizottság kimondja, akkor kérdés, hogy a módosításhoz joghatás fűződhet-e egyáltalán. A Kbt. 175. §-a biztosítja a Közbeszerzési Döntőbizottság részére a szerződésmódosítás semmisségének megállapítása iránti per indítását, azonban kizárólag abban az esetben, ha az a Kbt. 142. § (3) bekezdésébe ütközik. Ha valamely szerződés jogszabályba ütközik, az semmis.⁸ Ha valamelyik szerződésmódosítás ütközik jogszabályba, mivel ez is egyfajta szerződés (konszenzus), az is semmis, így módon joghatás nem fűződhet hozzá, ezért a feleknek annak figyelmen kívül hagyásával kellene eljárniuk a továbbiakban. Sok esetben a felek nem tudják bevárni a teljesítés továbbvitelével a Közbeszerzési Döntőbizottság döntését, a szerződésmódosításról szóló tájékoztató nem szándéknyilatkozat, nincs lehetőség előzetes jóváhagyást kérni, így csak megtörtént módosításról lehet joghatályos tájékoztatót közzétenni.

Itt kell bevonni a vizsgálatba a Kbt. 142. § (3) bekezdésében foglaltakat.

Az érintett rendelkezés a szerződésmódosítás semmisségét mondja ki arra az esetre, ha a módosítás arra irányul, hogy mentesítsék az ajánlattevőként szerződő felet 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.

Ha csak az említett példánál maradva arra gondolunk, hogy mi történik valójában abban az esetben, ha az organizációs tervtől eltérő útvonalon szállítani kényszerülő, közbeszerzésben nem jártas fuvarozói, vállalkozói képviselő bejelenti ajánlatkérőnek az útvonal módosítást a Ptk. szerinti együttműködési kötelezettsége alapján, és azt az ajánlatkérőként szerződő fél nevében eljáró mérnök egy nyilatkozatban vagy az építési naplóban elfogadja. Polgári jogi értelemben megítélésem szerint ezek a szerződés teljesítése körében tett nyilatkozatok, azaz nincs szó szerződésmódosításról, bár van közlés és elfogadás az útvonal megváltoztatásában (korábbi példa szerint akár a tehergépjárművek számának, akár típusának módosításában is). Közbeszerzési jogi értelemben azonban más lehet a helyzet. Ilyen esetben – figyelemmel a Ptk. szerződési akarat hibájával kapcsolatos szabályokra – mondható

⁸ Ptk. 6:95. § [Tilos szerződés] Semmis az a szerződés, amely jogszabályba ütközik, vagy amelyet jogszabály megkerülésével kötöttek, kivéve, ha ahhoz a jogszabály más jogkövetkezményt fűz. Más jogkövetkezmény mellett is semmis a szerződés akkor, ha a jogszabály ezt külön kimondja, vagy ha a jogszabály célja a szerződéssel elérni kívánt joghatás megtiltása. Ide kapcsolódóan ld. továbbá a Kbt. 137. § (4) bekezdését.

kár az is, hogy van konszenzus, van írásbeliség,⁹ azaz felmerül, hogy szerződésmódosítás történt. (Zárójelben jegyzem meg, hogy itt jönne számításba megítélésem szerint a szerződésmódosítás polgári jogi fogalma. A Ptk. 6:191. §-a értelmében a felek közös megegyezéssel módosíthatják a szerződés tartalmát vagy megváltoztatják kötelezettségvállalásuk jogcímét. E körben azonban a konszenzus lényeges elem, azaz alapvető kérdés, hogy a feleknek valóban volt-e a szerződés tartalmának megváltoztatására irányuló közös egybehangzó akarata vagy csupán a teljesítés körében, annak mikéntjét érintő konszenzusról van szó, esetleg abban való konszenzusról, hogy a teljesítés megfelelt az alapszerződésnek, amely szigorú értelemben véve szintén nem szerződésmódosítás.)

Ha ezt az értelmezést a Kbt. 142. § (3) bekezdése szerinti szabályok tükrében vizsgáljuk és úgy tekintjük, hogy létrejött a konszenzus a szerződés tartalmának megváltoztatásában, akkor felmerül az a problémakör, miszerint az elfogadó nyilatkozattal az ajánlatkérő gyakorlatilag fuvarozói (vállalkozói) kockázatot vállalt át, azaz a szerződés írásban vagy akár ráutaló magatartással való módosítása ebből a szempontból lehet jogsértő. Elviekben, kizárólag a polgári jog alapján a fuvarozó, vállalkozó felelőssége és kockázata, hogy megfelelő útvonalon szállítson, pontosabban, hogy szerződésszerűen teljesítsen, így, ha útvonalat módosít is, felel azért, hogy az áru hibátlanul célba érjen, ha megfelelő a csomagolás, akkor ne essen benne kár az út során stb. Az említett esetben, amikor a mérnök, megrendelői képviselő „elfogadja” az útvonal módosításra vonatkozó bejelentést, igazából csupán tudomásul veszi azt, nem emel kifogást, de nem vesz részt a döntésben, nem szükséges a konszenzusa e körben. Ha viszont a felek a szerződést módosítják – ideértve azt az esetet is, ha az építési naplóba tett nyilatkozatot vagy a

tényleges teljesítés elfogadását a közbeszerzési joggyakorlat szerződésmódosításnak tekinti – akkor a módosított útvonal használata lesz a fuvarozó, vállalkozó kötelezettsége és éppen az eredmény tekintetében őt terhelő kockázatot vállal át az ajánlatkérő. Ugyanez igaz a formális szerződésmódosítás esetére is, annak ellenére, hogy ez esetben látszólag – pl. egy Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján megalapozott módosítás esetén – a módosítás közbeszerzési jogi jogalapja fennáll, a mélyebb polgári jogi tartalom alapján a módosítás mégsem jogszerű.

A szerződésmódosítás megállapítása esetén azonban a felek konszenzusát kell feltételezni a változtatást illetően, amelynek ki kell állnia egyrészt a Kbt. 142. § (3) bekezdésének próbáját, mivel adott esetben jogszerű szerződésmódosítás is lehet a Kbt. 142. § (3) bekezdésébe ütköző, ha a mögöttes polgári jogi felelősségi szabályok alapján vizsgáljuk a kérdést. Másrészt a teljesítés során tett aktusok szerződésmódosításként történő minősítése egyben ezen szerződésmódosítás semmissége, mint jogkövetkezmény alapvetően kihat a szerződés további teljesítésével kapcsolatos jogokra és kötelezettségekre, amely kihatása a teljesítés körében maradvá fel sem merülhetne. Ily módon a felek jogviszonyának alakulásába akár hátrányos beavatkozást is eredményezhet. Megítélésem szerint mindezek alapján célszerű elkerülni – a joggyakorlat precizitása, ha szükséges további jogalkotási eszközök igénybevételével – azt, hogy a szerződésszegés a cikkben írtak szerint sajátos, közbeszerzési értelmezést kapjon, akár a Kbt. 142. §-a körében, akár a szerződésmódosítást szabályozó Kbt. 141. §-ában foglalt rendelkezésekkel kapcsolatban.

Nyilvánvalóan más a helyzet jogi megítélése olyan esetben, ha a felek konszenzusa a szerződésben rögzített szolgáltatás minőségeként meghatározott kritérium

⁹ A Kbt. 131. § (1) bekezdése a közbeszerzési szerződésekkel kapcsolatban nem ír elő különös követelményt az írásbeliségen túl, azaz azt pl. hogy a szerződést közokirati vagy teljes bizonyító erejű magánokirati formában kell írásba foglalni. Éppen ezért felmerülhet, hogy az alakítás megsértésével történt szerződésmódosítás is érvényes, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött. E körben azonban a konszenzus is lényeges elem, azaz lényeges, hogy a feleknek valóban volt-e a szerződés tartalmának megváltoztatására irányuló akarata vagy csupán a teljesítés mikéntjét érintő konszenzusról van szó. Ha adott esetben a szerződésben rögzített követelményeket nem teljesítő árut szállítanak a vevő részére vagy csökkent minőségű szolgáltatást teljesítenek és a vevő/megrendelő a teljesítést elfogadja, az ellenszolgáltatást megfizeti, nem jelenthető ki önmagában ezen az alapon, hogy a felek módosították a szerződésüket, konszenzus állt fenn az eltérő teljesítés tekintetében, hiszen a vevő/megrendelő nem tudott az eltérő teljesítésről a szerződéskötéskor, sem azt követően. A teljesítést követően nincs lehetőség a szerződés tartalmának módosítására, mivel a teljesítéssel megszűnik a kötelelem. A hibás teljesítést is csak az zárja ki, ha a vevő a szerződéskötéskor ismerte vagy ismernie kellett a hibát. (Ld. Ptk. 6:157. § (1) bek.)

megváltoztatása tekintetében egyértelműen tetten érhető, még a teljesítést megelőzően. Ebben az esetben a szerződésmódosítás megállapítása polgári jogi megközelítésben is helytálló. Ilyen eset fordult elő a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt D.10/33/2019. számú határozattal zárult ügyben, amikor is kifejezetten meghatározott paraméterekkel bíró autóbusszokkal való szállítási szolgáltatás volt a keretszerződés tárgya és a megrendelő elfogadta a követelményeket több ponton nem teljesítő gépjárműveket, mint a *jövőbeni teljesítéshez* használt eszközöket.

A fentieket röviden összefoglalva azt lehet mondani, hogy a jogszabályt értelmezve tévútra juthatunk és a polgári jogi háttér nem precíz alkalmazása esetén könnyen elmosódhat a határ az eltérő teljesítés, a szerződésszegés és a szerződésmódosítás között. Utóbbi jogszerűségének megítélése közvetlenül, polgári jogi előkérdés nélkül a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik, így különös figyelemmel kell eljárni azon, a szerződés tartalmától a teljesítés során való eltérések esetén, amelyek nem minősíthetők egyértelműen szerződésszegésnek, de nem is egyértelműen szerződésmódosítások. Ezekben az esetekben sokszor a polgári jogi minősítés eszköztára segíthet abban, hogy akár a közbeszerzési szerződés szerződő felei, akár a hivatalbóli kezdeményezők vagy éppen a döntéshozók miként minősítsék az egyes eseteket. Lényeges ugyanakkor, hogy a szerződés közbeszerzési jellege ellenére megmaradjon a teljesítés során a felek azon szabadsága, amelynek gyakorlásával még nem lépik át a tételes szabályok valós célja által kijelölt korlátokat.

Természetesen a fent felvázolt kérdésköröket még összetettebb elemzésnek is alá lehetne vetni, esetről esetre haladva változhat a kezelés és megítélés, azonban arra talán az itt írtak is megfelelőek voltak, hogy érzékeltessék, hogy mennyire lényeges a polgári jog és közbeszerzési jog határterületén levő jogintézmények pontos fogalmi elhatárolása és e szerinti alkalmazása, valamint – adott esetben – a közbeszerzési szerződés tervezetének és magának a közbeszerzési eljárásnak az előre látó, megfelelő előkészítése.

Az általános elméleti alapvetést, problémafelvetést követően érdekes vizsgálati tárgyat jelent egy konkrétabb, a cikk alapjául szolgáló felkérésben foglalt, tipikus és a szerződés teljesítésével kapcsolatos jogintézmény, a póthatáridő és annak teljesítésre, annak elfogadására való kihatásai. Felmerült ugyanis, hogy abban az

esetben, ha egy közbeszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés teljesítése során az ajánlatkérő a készre jelentés és a hibajegyzék felvétele után a rendeltetés-szerű használatot nem akadályozó hibák kijavítására póthatáridőt tűz, és a póthatáridő eredményesen telik el, úgy a teljesítésigazolás kiállítható-e, egyúttal kötbérfizetési kötelezettség alól mentesülhet-e az ajánlattevő.

E kérdés megválaszolása érdekében először is a vonatkozó és szóba jöhető főbb polgári jogi szabályokat kell számba venni, annak rögzítése mellett, miszerint minden esetben a megkötött szerződés rendelkezései azok, amelyek a kiindulási alapot kell, hogy képezzék.

A Ptk. egyebek mellett a szerződésszegést tárgyaló X. Címén belül a XXIII. fejezet késedelemre vonatkozó szabályai között rendelkezik a póthatáridő kérdéséről. A Ptk. 6:153. §-a alapján a kötelezett késedelemben esik, ha a szolgáltatást annak esedékességekor nem teljesíti.

A Ptk. 6:154. § (1) bekezdése értelmében, ha a kötelezett késedelemben esik, a jogosult követelheti a teljesítést, vagy ha a késedelem következtében a szerződés teljesítéséhez fűződő érdeke megszűnt, elállhat a szerződéstől.

Ugyanezen jogszabályhely (2) bekezdése szerint a jogosult elállásához nincs szükség a teljesítéshez fűződő érdek megszűnésének bizonyítására, ha

- a) a szerződést a *felek megállapodása szerint* vagy a szolgáltatás felismerhető rendeltetésénél fogva a *meghatározott teljesítési időben* - és nem máskor - kellett volna teljesíteni; vagy
- b) a jogosult az *utólagos teljesítésre megfelelő póthatáridőt tűzött*, és a póthatáridő *eredménytelenül* telt el.

A (3) bekezdés a további jogkövetkezmények tekintetében rögzíti, a kötelezett köteles megtéríteni a jogosultnak a késedelemből eredő, pénztartozás esetén a késedelmi kamatot meghaladó kárát, kivéve, ha a késedelmét kimenti.

A készre jelentés megfogalmazásból adódóan a szóban forgó esetben a vállalkozási szerződések különös szabályai vizsgálandók, melyek körében a Ptk. 6:247. § (1) bekezdése arról rendelkezik, hogy a vállalkozó a művet átadás-átvételi eljárás keretében köteles átadni, amelynek során a felek elvégzik az adott üzletágban szokásos azon vizsgálatokat, amelyek a teljesítés szerződésszerűségének megállapításához szükségesek. E parag-

rafus (2) bekezdése egyebek mellett azt is tartalmazza, hogy határidőben teljesít a vállalkozó, ha az átadás-átvétel a szerződésben előírt teljesítési határidőn belül megkezdődik. Az átadás-átvétel időtartama harminc nap. A (3) bekezdés pedig lényeges, a mű átvételével kapcsolatos rendelkezésként rögzíti, hogy nem tagadható meg az átvétel a mű olyan hibája miatt, amely, illetve amelynek kijavítása vagy pótlása nem akadályozza a rendeltetészerű használatot.

Mindebből az következik, hogy ha a vállalkozó a művet határidőben készre jelenti és a mű a rendeltetészerű használatra alkalmas, úgy a megrendelő köteles azt átvenni, azaz a teljesítés határidőben megtörtént, a teljesítés ugyanakkor a kérdésben szereplő esetben nem hibátlan, az kijavításra szorul. Ez azt jelenti, hogy a hibás teljesítésre vonatkozó szabályok kerülnek alkalmazásra,¹⁰ szemben azzal az esettel, amikor a teljesítés az átvételre, rendeltetészerű használatra alkalmatlan, amikor is az átvétel jogszerűen megtagadható, és a késedelem szabályai kerülhetnek alkalmazásra. Ha azonban nincs késedelem, a póthatáridő, mint az elállást megalapozó jogintézmény megrendelő általi egyoldalú meghatározása nem jöhet szóba. A hibás teljesítés – jótállás és különös jótállási feltételek hiányában – a kellékszavatosság szabályai szerinti helytállási kötelezettséget von maga után a kötelezett részéről. Ez elsődlegesen a hiba kijavítására, a dolog kicserélésére, szolgáltatások esetében a szolgáltatás megfelelő újbóli teljesítésére vonatkozó kötelezettséget jelent, melyet a kötelezettnek a 6:159. § (4) bekezdése alapján a dolog tulajdonságaira és a jogosult által elvárható rendeltetésére figyelemmel - *megfelelő határidőn belül, a jogosult érdekeit kímélve* kell elvégezni. Bizonyos szempontból a megfelelő határidőt is tekintjük egyfajta póthatáridőnek, mivel ennek eredménytelen eltelte további jogokat biztosít a megrendelő részére, nevezetesen az ellenszolgáltatás arányos leszállítását igényelheti, a hibát a kötelezett költségére maga kijavíthatja vagy -kijavíttathatja, vagy a szerződéstől jogszerűen elállhat. Ha azonban a kötelezett a megfelelő határidőben a hibajegyzéken szereplő hibákat kijavítja, a hibás teljesítést orvosolja, akkor sem állítható, hogy a teljesítés hibátlan lett volna, jöllehet az ellenszolgáltatásra a kötelezett ez

esetben jogosulttá válik, a teljesítési igazolás pedig megítélésem szerint – mint a kifizetés feltétele – ilyen esetben a hibák kijavítását követően kiállítható. Mivel a hibák megfelelően kijavításra kerültek, hibás teljesítési kötbér ilyen esetben nem jár.¹¹ A hibás teljesítés további jogkövetkezményei tekintetében a Ptk. 6:174. §-ának rendelkezéseire kell figyelemmel lenni. Ennek (1) bekezdése szerint a kötelezett köteles megtéríteni a jogosultnak a *hibás teljesítésből eredő kárát, kivéve, ha a hibás teljesítést kimenti.*

A (2) bekezdése értelmében a hibás teljesítéssel a *szolgáltatás tárgyában bekövetkezett károk megtérítését a jogosult akkor követelheti, ha kijavításnak vagy kicserélésnek nincs helye, vagy ha a kötelezett a kijavítást vagy a kicserélést nem vállalta, e kötelezettségének nem tud eleget tenni, vagy ha a jogosultnak a kijavításhoz vagy kicseréléshez fűződő érdeke megszűnt.*

Ez azt jelenti, hogy ha a kijavítás megfelelő volt, a jogosult a szolgáltatás tárgyában bekövetkezett károk megtérítését nem követelheti. Ettől függetlenül a hibás teljesítéssel okozott egyéb károk megtérítését, a hibás teljesítés esetére kikötött kötbér érvényesíthetőségének kizártságától függetlenül igényelheti, ha a kötelezett a hibás teljesítést ki nem menti. Ha tehát a hibás teljesítés a vállalkozó részéről menthető okból következett be, és erre hivatkozik, nincs vele szemben jogszerűen érvényesíthető kártérítési igény, azonban még ez sem teszi a teljesítést szerződésszerűvé, ugyanakkor a Kbt. 142. § (2) bekezdésének alkalmazása szempontjából jelentős lehet, hiszen ilyen esetben nincs a szerződésszegéssel összefüggő tényleges megrendelői igény, amelynek érvényesítése elmaradhatna.

Ha a szerződés közvetlen tárgya olyan jellegű és a szerződés erre vonatkozó rendelkezést tartalmaz, a felek a teljesítés megfelelőségéről próbaüzemmel győződnek meg. Ha a próbaüzem sikeres, de kisebb, a rendeltetészerű használatot nem akadályozó hibák, hiányosságok merülnek fel a teljesítés kapcsán, akkor a fent az átadás-átvétellel kapcsolatban írtak teljes egészében érvényesek. Azaz ilyen esetben a teljesítési igazolás kiállítható, első körben a javítandó hibák rögzítése mellett és adott esetben az ellenszolgáltatás arányos részének visszatár-

¹⁰ Ptk. 6:157. § [Hibás teljesítés] (1) A kötelezett hibásan teljesít, ha a szolgáltatás a teljesítés időpontjában nem felel meg a szerződésben vagy jogszabályban megállapított minőségi követelményeknek.

¹¹ Ptk. 6:187. § (2) A jogosult a hibás teljesítés miatti kötbér mellett nem érvényesíthet szavatossági igényt.

tásával,¹² a teljesítés ugyanakkor nem lesz szerződés-szerű, hiszen a szavatossági vagy jótállásból eredő igények érvényesítésére éppen a nem szerződés-szerű teljesítésre figyelemmel kerül sor. A hibák kijavítását követően sem állítható ki olyan tartalmú teljesítési igazolás, amely szerint a teljesítés mindenben megfelelt az előírásoknak és a szerződésnek. A teljesítési igazolás olyan tartalommal állítható ki, amely a valóságnak megfelel, azaz pl. a hibák kijavítására megfelelő időben a kellékszavatosságra/jótállásra vonatkozó rendelkezések szerint sor került, Vállalkozó a teljes ellenszolgáltatásra/annak fennmaradó részére jogosult etc.

Az előzőektől eltérő a helyzet, ha olyan hibák kerülnek megállapításra, amelyek akadályozzák, kizárják a rendeltetésszerű használatot, mivel ez esetben az átvétel megtagadható, a készre jelentés ezáltal eredménytelen, így az ajánlattevőként szerződő fél késelembbe esik, amely a szerződés-szegés egy másik fő típusa és eltérő szabályok alkalmazandók rá. A kötbérfizetés szempontjából ez azért jelentős, mert a késelelem esetére kikötött kötbér megfizetése nem mentesít a teljesítési kötelezettség alól. (Ld. Ptk. 6:187. § (1) bekezdés.) Ha ajánlatkérő a szerződésben késelelmi kötbért kötött ki, akkor – szintén abban az esetben, ha a kötelezett a késelelmet nem menti ki – különös figyelemmel kell eljárnia annak érvényesítésével kapcsolatban, tekintettel elsősorban a Kbt. 142. § (2) bekezdésében foglaltakra.

Kis kitérőt téve, a Kbt. 142. § (2) bekezdésének megfogalmazása nem tartalmaz utalást a kimentési lehetőségre, amely ettől a mögöttes polgári jogi rendelkezések alapján még kétségtelenül fennáll, így a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó joggyakorlat során arra mindenképpen célszerű figyelmet fordítani. Itt is a Kbt. más megközelítéssel íródott megfogalmazásából adódhat némi értelmezési bizonytalanság, mivel a Ptk. rendelkezései alapján a kimentési lehetőség kifejezetten a szerződés-szegéssel kapcsolatos ajánlattevői felelősség-revonatkozik. Azaz a késelelem az szerződés-szegés akkor is, ha a kötelezett a felelőssége alól ki is menti magát. Ez magából a szerződés-szegés fogalmából is

következik, hiszen mint fentebb már idéztem, szerződés-szegésnek az minősül, ha bármely kötelezettség szerződés-szerű teljesítése elmarad. Ehhez képest a Kbt. 142. § (2) bekezdése szövegszerűen sehol sem nem utal a kimentési lehetőségre, csupán a szerződés-szegés megtörténte, ily módon az az érzésünk lehet, mintha ezen jogszabályi fordulatok vizsgálata során nem kellene vizsgálni a szerződés-szegés felróhatóságát. Jól-lehet immánensen a szerződés-szegésből eredő igények érvényesítésének elmaradásába beleérthető, hogy a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés megvalósulásának feltétele, hogy egyáltalán az ajánlattevőként szerződő féllel szemben érvényesíthető ajánlatkérői (nem felmondásra vagy elállásra vonatkozó) igény álljon fenn, amelyhez főszabály szerint szükséges, hogy a kötelezett ne tudja a szerződés-szegését kimenteni a Ptk. 6:142. §-ában foglalt általános kimentési klauzula alapján. A kimentési lehetőség azonban csak a kártérítési felelősségre igaz, a kijavítási, kicserélési, késelelem esetén a továbbra is fennálló teljesítési kötelezettségre nem. A kötbér szintén a kötelezetti felelősség fennállása esetén, azaz kimentés hiányában illeti meg az ajánlatkérőt,¹³ így a kötelezett kimentésre irányuló bizonyítékai nem hagyhatók figyelmen kívül megítélésem szerint a tényállás vizsgálatakor. Ez viszont a klasszikus hatásköri szabályokat veti fel attól függetlenül, hogy maga az érintett rendelkezés anyagi jogi értelemben közbeszerzési jogi jogsértést fogalmaz meg. A Kbt. 159. §-a szerinti perben tehát nemcsak az az előkérdés, hogy történt-e szerződés-szegés, hanem az is, hogy az felróható-e a kötelezettnek.

Figyelemmel arra, hogy a kimentés nem teszi a szerződés-szegést meg nem történtté, csak a felelősség alól mentesít, így felmerül egy kapcsolódó kérdés, amely az adott szerződés teljesítése alapján megszerzett tapasztalat referenciaként történő igazolásának lehetőségét érinti. Azaz az ajánlattevőként szerződő fél műszaki-szakmai alkalmasságának igazolása érdekében hivatkozhat-e azon szerződéssel kapcsolatos teljesítésére, amelynek során szerződés-szegés történt. A Kbt. 65. § (4) bekezdésében foglaltak alapján megalkotott, a közbe-

¹² Ptk. 6:139. § [Visszatartási jog]

(1) Szerződés-szegés esetén a jogosult a saját esedékes szolgáltatása arányos részének teljesítését a kötelezett teljesítéséig vagy megfelelő biztosíték nyújtásáig visszatarthatja.

¹³ Ptk. 6:186. § (1) A kötelezett pénz fizetésére kötelezheti magát arra az esetre, ha olyan okból, amelyért felelős, megszegi a szerződést. Mentessül a kötbérfizetési kötelezettség alól, ha szerződés-szegését kimentti.

szerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Korm. rendelet) 22. § (1) bekezdése szerint a 21. § (1) bekezdés a) pontjának és (3) bekezdés a) pontjának esetét a Kbt. Második Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban a következő módon kell igazolni:

- a) ha a szerződést kötő másik fél a Kbt. 5. § (1) bekezdés a)-c) és e) pontja szerinti szervezet, illetve nem magyarországi szervezetek esetében olyan szervezet, amely a 2014/24/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv alapján ajánlatkérőnek minősül, az általa kiadott vagy aláírt igazolással;
- b) ha a szerződést kötő másik fél az a) pontban foglalthoz képest egyéb szervezet, az általa adott igazolással vagy az ajánlattevő, a részvételre jelentkező, illetve az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet nyilatkozatával.

Ugyanezen jogszabályhely (2) bekezdése értelmében, az (1) bekezdés a) és b) pontja szerinti igazolás, illetve nyilatkozat tartalmazza legalább a következő adatokat: a teljesítés ideje (kezdő és befejező időpontja), a szerződést kötő másik fél, a szállítás vagy szolgáltatás tárgya, valamint mennyisége vagy az ellenszolgáltatás összege, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy a *teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e*. Az ajánlatkérő a referencia igazolás, illetve nyilatkozat tartalmi elemei között jogosult előírni *az alkalmasság megállapításához szükséges további adat* megadását is.

Az építési beruházásokra irányadó (3) bekezdése alapján a 21. § (2) bekezdés a) pontjának esetét a Kbt. Második Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásban a szerződést kötő másik fél által adott igazolással kell igazolni. Az igazolásban meg kell adni legalább az építési beruházás tárgyát, valamint mennyiségét vagy az ellenszolgáltatás összegét, a teljesítés idejét (kezdő és befejező időpontját) és helyét, továbbá nyilatkozni kell arról, hogy *a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt-e*. Ajánlatkérő a referencia igazolás tartalmi elemei között jogosult előírni az alkalmasság megállapításához szükséges további adat megadását is.

A Ptk. Kommentárja (Wolters Kluwer Kft., szerk: Vékás Lajos, Gárdos Péter) a szerződésszegéssel kapcsolatban a következőket rögzíti:

„A szerződésszegés lényegét tekintve objektív tény, bármely kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradása. A szerződés nem teljesül, vagyis a szerződésszegés bekövetkezik, ha a fél nem jut hozzá a szerződés tartalma szerinti szolgáltatáshoz, függetlenül attól, hogy ez a kötelezett magatartásán kívül eső tényezők, vagy a kötelezett ellenőrzési köréhez tartozó objektív vagy szubjektív körülmények miatt történt (lásd a 6:122. §-hoz fűzött magyarázatot). Az, hogy a szerződésszegés objektív tény, nem jelenti, hogy a szerződésszegés jogkövetkezményei alól nincs helye kimentésnek. A jogkövetkezmények egy része a szerződésszegés objektív ténye folytán, a kötelezett magatartásától vagy annak kimentésétől függetlenül is beáll, más jogkövetkezmények alól viszont kimentésnek van helye, és a kimentő okok is eltérő feltételeket fogalmazhatnak meg.”

A Korm. rendelet idézett szabálya ugyanakkor nem használja a szerződésszerű megfogalmazást, a Ptk. szerinti terminológiát, nem „az előírásoknak megfelelő és szerződésszerű” teljesítést követeli meg, hanem azt, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt. Ha egyértelműen a szerződésszerű megfogalmazást használná, akkor kijelenthető lenne, hogy ha bármilyen szerződésszegés megvalósult, a referencia nem használható fel. Szerződésszegésnek tekintendő ugyanis bármely szerződésben rögzített kötelezettség teljesítésének elmaradása. A kérdés tehát az marad, hogy a szerződésnek megfelelő a szerződésszerűvel szinonim fogalom vagy sem a Kbt. adott rendelkezése szempontjából. Ha a vállalkozó a rendeltetészerű használatra alkalmas mű kisebb hibáit a hibás teljesítésért való helytállási kötelezettsége (szavatosság, jótállás) alapján kijavítja, a teljesítése végső soron megfelel a szerződésnek, hiszen ezért lesz jogosult a vállalkozó az ellenszolgáltatásra. A teljesítése mégsem lesz mentes a szerződésszegéstől, sőt akár kártérítési kötelezettség is terhelheti az ajánlatkérővel szemben. A szerződésszegés akkor is megvalósul, ha a szerződésszegésért való felelősségét a vállalkozó teljes egészében kimenti. A kérdés egyértelmű és alapját, levezetését tekintve logikailag támadhatatlan megválaszolása álláspontom szerint jelenleg lehetetlen. Több érv és szempont ütköztethető ugyanis, meghatározó érv

nélkül. Egyrészt a Kbt. 142. §-a szerinti szabályok fentebb tárgyalt megfogalmazása, egyik értelmezési lehetősége olyan – és ezt a 308/2015. Korm. rendelet alapján kialakított ellenőrzési és döntőbizottsági, bírósági gyakorlat is jelentősen befolyásolhatja – amely arra mutat megfogalmazásában, miszerint felvázolható egy „közbeszerzési jogi szerződésszegés” fogalom, amely a szerződés részét képező ajánlat tartalmától eltérő teljesítést is szerződésszegésnek és nem megfelelő teljesítésnek minősíti. Ez a szerződésszegést szigorúan felfogó értelmezési irány arra mutat, hogy a szerződésszegés minden formája súlyos következményeket kell, hogy maga után vonjon. Kérdés, hogy a megfogalmazások mögött ilyen irányú megfontolás, jogpolitikai indok volt-e. A másik oldalról, szintén teleológiai megközelítést igényel, hogy mit kívánt kizárni a jogalkotó a Korm. rendelet azon szabályával, mely szerint tartalmaznia kell a referencianyilatkozatnak/igazolásnak azt, hogy a teljesítés az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően történt. Azt, hogy bármely szerződésszegés vagy – a Kbt. 142. § (3) bekezdésének szövegezését idézve – szerződésszegésbe esés kizárja azt, hogy az adott szerződés teljesítésére az abban résztvevő gazdasági szereplők referenciaként hivatkozhassanak? Vagy csak azt az esetkört, amikor a szerződés teljesítés nélkül, esetleg jogvitával zárult? A jelenlegi szabályozási környezetben a magam részéről annak tulajdonítanék meghatározó jelentőséget, hogy a jogalkotó nem differenciált a tekintetben, hogy a teljesítés milyen jellegű meg nem felelése teszi elfogadhatatlanná a referenciát. Differenciálás vagy kiegészítő szabály hiányában nem lehetséges pusztán logikai alapon meghúzni a határt azon eset között, amikor hibás teljesítés esetén a hiba kijavítása a teljesítést végül a szerződésnek megfelelővé teszi, így a vállalkozó jogosulttá válik az ellenszolgáltatásra a szerződésszegése ellenére is, illetve egy jellegénél fogva nem orvosolható jelentősebb késedelem vagy jogvitával záródó részleges lehetetlenülés között. Ebből következik, hogy a jelenlegi szabályozási környezetben bármely szerződésszegés, amely a Kbt. 142. § (1) bekezdése alapján dokumentálandó, megítélésem szerint kizárja az adott referencia másik közbeszerzési eljárásban történő jogszerű felhasználását. A 321/2015. (X.30.) Korm. rendeletnek a referencia igazolás kötelező kiadására vonatkozó 22. § (4) bekezdésének megfogalmazása szintén azt az értelmezést erősíti, hogy a szerződésnek

megfelelő alatt a szerződésszerű teljesítést kell érteni. Ezzel kapcsolatban továbbra is kérdés azonban, hogy a fentebb szándékosan, kis túlzással „közbeszerzési jogi szerződésszegésként” említett esetkör miként esik latba „az előírásoknak és a szerződésnek megfelelően” kitétel vizsgálatakor. A Kbt. 142. § (1) bekezdésének megfogalmazása szerint 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.*

Látható tehát, hogy a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést és annak okait köteles ajánlatkérő dokumentálni, amely nem feltétlenül jelent klasszikus polgári jogi értelemben szerződésszegést. E különbséget, illetve azt, hogy nem minden szerződésszegésből fakad ajánlatkérői igény, maga az adott szakasz is részben elismeri, amikor a dokumentálási kötelezettség körében csak adott esetben írja elő a szerződésszegéssel kapcsolatos igény rögzítését. Mindezen rendelkezéseket együtt vizsgálva és értelmezve lehet eljutni ahhoz, hogy adott esetben hogyan kell kezelni egy, a szerződéstől való eltérést vagy akár egy szerződésszegést.

És itt kell kitérni a közbeszerzési szerződés alapvetően ajánlatkérő által meghatározott tartalmára, arra a kérdésre, hogy vajon milyen jelentősége, súlya lehet a szerződés olyan tartalmi kialakításának, amely figyelembe veszi a fenti értelmezési buktatókat, szempontokat. Meglátásom szerint nagy jelentősége lehet az ilyen előre gondolkodásnak, hiszen a szerződésszegés fogalma tükrében maga a szerződés és az abban meghatározott kötelezettségek határozzák meg, hogy mi minősül szerződésszegésnek vagy a szerződéstől való eltérésnek. A túlzottan részletes, az ajánlattevők számára számtalan adminisztratív kötelezettséget meghatározó szerződések azt a kockázatot hordozzák, hogy ajánlatkérőnek széleskörű ellenőrzési és dokumentálási kötelezettsége keletkezik, továbbá ajánlattevők nagy eséllyel eshetnek a teljesítés során eszközölt eltérés miatt szerződésszegésbe valamely kötelezettség nem vagy nem előírás szerű teljesítésével. A másik oldalról viszont, ha a szerződés túl nagy értelmezési teret hagy a mögöttes polgári jogi szabályoknak, melyek

jellemzően általánosan, sokféle szerződéses jogviszonyra figyelemmel kerülnek meghatározásra, ez azt a veszélyt rejti, hogy utóbb az ellenőrzés során az adott általános szabály deduktív értelmezése alapján merül fel, hogy másként kellett volna a szerződés és a mögöttes szabály alapján eljárni, teljesíteni. Valahol a kettő között, a célzott előre gondolkodás rejti tehát az ideális megoldást. Ez sem ad ugyanakkor végtelen lehetőségeket a felek számára. A cikk témájával kapcsolatban felmerült azon kérdés, amely szerint kihatással lehet-e a rendeltetészerű használatot nem akadályozó hibajegyzék szerződésszegési minősítésére és a referencia felhasználóságára az a körülmény, ha a felek (jellemzően ajánlatkérő) a szerződéstervezetben eleve meghatározza, hogy ilyen esetben hogyan kell eljárni a kötelezettnek, sőt, előre rögzíti a kijavításra nyitva álló póthatáridő időtartamát és egyéb feltételeket. Sajnálatos módon ez a megoldás azért nem oldja meg a kérdést, mivel a teljesítési határidő elmulasztása esetén még a hibák kijavítására nyitva álló határidő (póthatáridő) előre rögzített mértéke, feltételei esetén is szerződésszegés valósul meg. Nem mondható tehát, hogy azért, mert a póthatáridő a szerződésben rögzítésre

került, a teljesítés a szerződésnek megfelelő volt. Ez a teljesítési határidő jellegéből következik. Természetesen olyan mechanizmusok kiépítése nem elképzelhetetlen az egyes konkrét esetekben, amelyek egyedi módon kezelnek olyan helyzeteket, amelyeket más esetben szerződésszegésként kellene minősíteni, azonban ezek bonyolult polgári jogi és közbeszerzési jogi kritériumrendszernek megfelelően alakíthatók ki és csak a konkrét egyedi esetekre vonatkoztathatók. Ezekkel kapcsolatban tehát az adott szerződéses keretek között egy összetett jogi megfeleléségi „tesztet” kellene alkalmazni annak megállapítása érdekében, hogy mind céljában, mind megfogalmazásában és majd alkalmazhatóságában kiállja-e egy esetleges ellenőrzés próbáját.

Mindenesetre ajánlatkérők és ajánlattevők számára a jelen helyzetben nem marad más, mint a „józan ész”, mint polgári jogi és egyszersmind közbeszerzési jogi vezérfonal mentén, a jogszabályok adta keretek között a legnagyobb gondossággal készülni az esetleges vitás helyzetek elkerülésére. Az az ideális ugyanis, ha egyértelmű, hogy mi az, ami teljesítendő és mi az, amitől nem lehet eltérni, ehhez képest pedig ajánlattevők érdeke, hogy a teljesítés úgymond „tökéletes” legyen.