

# KÖZBESZERZÉSI IRÁNYTÚ

## Bíró alkotta jog a közbeszerzésekben – jogvitákból jogalkotás?<sup>1</sup> I. rész

### Judge made law in public procurement – From litigation to legislation? 1st part

Dr. Pfeffer Zsolt PhD, Dr. Pfeffer Zsolt PhD, Felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó, Egyetemi adjunktus, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Pénzügyi Jogi és Gazdasági Jogi Tanszék

DOI: 10.37371/KEP.2021.12.3

Címszavak: *bíró alkotta jog, jogorvoslat, döntéshozatal egységének biztosítása, szerződésmódosítás, tárgyalásos eljárások*

Keywords: *judge made law, legal remedy, ensuring the uniformity of the jurisdiction, contract modification, negotiated procedures*

#### Absztrakt

A jogalkotás és a jogalkalmazás sajátos viszonyban áll egymással: a hatalmi ágak megosztása folytán a bíróságoknak és a közigazgatásnak a jogszabályok alkalmazását, értelmezését kell elvégezniük. A tevékenységük azonban nem kizárólag erre korlátozódik: mivel egyrészt a jogszabály által használt fogalmakat tartalommal kell megtölteni, másrészt pedig számos kérdés jogi úton szabályozatlan, ezért részt vesznek a jog fejlesztésében, alakításában is. Vizsgálható ennek megfelelően a két terület kölcsönhatása, munkamegosztása a közbeszerzési jogban is, kiemelve néhány olyan területet, amely alkalmas e viszony leírására, problémáinak szemléltetésére. Alapvető kérdés a korábbi döntésekhez való kötöttség, a helytelen jogalkalmazási tendenciák felülbírálata és bizonyos jogi alapelvekre épülő szabad jogtalálás.

#### Abstract

Legislation and the judiciary have a special relationship with each other: due to the separation of powers, the courts and the public administration have to apply and interpret the written law. However, their activity is not limited to this: on the one hand, the concepts used by the law must be filled with content, and on the other hand, many issues are not regulated by law, they also participate in the development and shaping of the law. Accordingly, the interaction and division of labor of the two areas in public procurement law can be examined, highlighting some areas that are suitable for describing this relationship and illustrating its problems. A fundamental issue is the constraint on previous decisions, the overrule of incorrect law enforcement tendencies and the free jurisdiction based on certain legal principles.

#### 1. Alapkérdések – a bírói (jogalkalmazói) jog illeszkedése a közbeszerzési jogi szabályozásba

A közbeszerzési jogi tényállások megítélésének forrásai rendkívül fontosak, hiszen a közbeszerzések megfelelő tervezése, a szerződések odaítélése, a közbeszerzési szerződések módosítása és teljesítése számtalan olyan kérdést vet fel, amelyek téves jogi értékelése súlyos pénzügyi következményekkel (bírság, pénzügyi korrekció, kártérítési igény) járhat. Hogy mi a jogszerű és mi a

jogellenes, annak jogilag rendezettnek kell lennie. Mi érthető azonban „jogi” rendezettség alatt? Szűkíthető-e ez a jogszabályok szintjére, vagy más, a jogalkalmazást (jogértelmezést) befolyásoló, meghatározó (jog)forrásoknak is jelentőséget kell tulajdonítani? Ha igen, akkor melyeknek és hogyan?

A jogszabályok alkalmazásakor, értelmezésekor szembeülni kell a tétel jog megalkotásának korlátaival, határaival: a jogalkotónak a „normagazdaságosság”

<sup>1</sup> A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar által 2021. szeptember 3. napján „Közbeszerzési jogviták és jogorvoslat” címmel Budapesten megrendezett konferencián a „Bíró (jogalkalmazó) alkotta jog” a közbeszerzésekben – jogvitákból jogalkotás” címmel megtartott előadás szerkesztett (bővített) változata.

elvét is szem előtt kell tartania, amikor a jogi norma szövegét kidolgozza. A normagazdaságosság követelménye azt jelenti, hogy a jogszabályok szövege rövid, tartalma pedig könnyen megragadható legyen.<sup>2</sup> Emellett szükség van a kellő szintű absztrakcióra is, hiszen minden lehetséges tényállást nem lehet pontosan rá illő szabályozással előzetesen lefedni. („A közbeszerzési eljárásban lehetségesen előforduló helyzeteket, az azokból eredő magatartástípusokat felleltározni nem lehet.”)<sup>3</sup> Ebből adódóan egyensúlyt kell teremteni az absztrakció, az általános és a kazuisztikus szabályozás között, hiszen vannak olyan jellegzetes jogi kérdések, amelyek a gyakorlatban felmerülnek, és a jogalkotó kénytelen részletekbe menő szabályozást alkotni,<sup>4</sup> de sajnos sok esetben ezek sem elegendőek a sokféle gyakorlati probléma megoldásához.

Elkerülhetetlen tehát, hogy a jogi szabályokat egy-egy konkrét jogvitában eljáró fórum<sup>5</sup> töltsen meg tényleges tartalommal, mégpedig a felek (jellemzően az ajánlatkérők) által választott jogi megoldás alkalmazását követően. Mindez azonban felveti annak a kérdését, hogy miképpen lehet előre felmérni, hogy mi a jogszerű és mi a jogszerűtlen, mi a szankcionálható jogsértés és mi nem? További kérdés, hogy az így kimondásra kerülő tartalmak miképpen követhetők, vagy éppen követendők más fórum által, mennyiben kötnek más eljárásokban döntéshozókat? Ebből adódóan a „bíró alkotta jog”<sup>6</sup> két szinten vizsgálendő: egyrészt egy konkrét ügyben hogyan viszonyul a tételes joghoz a döntés, másrészt hogyan épül(het) be a joggyakorlatba a döntésben kimunkált elvi tartalom.

Az ajánlatkérőknek azonban nemcsak a jogszabályi rendelkezéseket, a közbeszerzési döntőbizottsági (KDB) és a bírósági joggyakorlatot, hanem azon kívül még számos más elemet – támogatásokból megvalósuló közbeszerzéseknél a támogatás feltételrendszerét, különböző egyéb közleményeket, útmutatókat – is figyelembe kell venniük. A szabályozás és az arra épülő joggyakorlat tehát olyan sokrétű, változékony és sokszor bizonytalan, hogy számos esetben egy-egy jogértelme-

zési kérdés megválaszolása vagy jogvita végeredményének előrejelzése a szerencsejátékok és a sportfogadás előzetes bizonyossági szintjén teljesíthető csak.

A tanulmány arra vállalkozik, hogy áttekinti a „bíró alkotta jog” jellemzőit, alapvető elméleti kérdéseit a közbeszerzési jogi szabályozáshoz kapcsolódóan, kísérletet tesz általános következtetések levonására, jellemző tulajdonságok vagy éppen aggályok leírására néhány terület joggyakorlati tapasztalatainak, fejleményeinek, vagy éppen kifogásolható tévútjainak az elemzésével.

## 2. A bíró alkotta jog elméleti alapjai

### 2.1. Jogtudományi és elméleti támpontok

A jogtudományban mindig is hangsúlyos szerepet töltött be a jogforrások, a jogalkotás és a jogalkalmazás kapcsolatának meghatározása. Számtalan kutató és jogtudós vizsgálta azt a kérdést, hogy kinek hogyan lehet – vagy éppen nem lehet – a feladata a jog megalkotása, illetve hogy a helyes jog milyen elvek mentén építhető fel. Az is lényeges kérdés, hogy mekkora mozgástér áll az eljáró fórumok rendelkezésére, hogy a jogi problémákat valamilyen módon feloldják olyan esetekben, amikor az írott jog nem kínál kész megoldást az adott tényállásra vagy több, egymással konkuráló szabályt lehet (kell) figyelembe venni. A vonatkozó elméletek, koncepciók áttekintése meghaladná a rendelkezésre álló kereteket, ezért csak a leglényegesebb kérdések emelhetők ki röviden.

A hatalmi ágak szigorú szétválasztásának koncepciójával nehezen illeszthető össze az, ha a jogalkotó akár kifejezetten, akár hallgatólagosan a joggyakorlatra bízta az irányadó jog kialakítását, a szabályok megalkotását, hiszen a törvényhozás szerepét nem veheti át sem a közigazgatás, sem pedig az igazságszolgáltatás, legalábbis a római-germán jogrendszerekben, szemben a common law által alkalmazott megközelítéssel. Mégis szembesülni kell az írott jog korlátaival, vagyis azzal, hogy az absztrakció, a normagazdaságosság szükség-szerűen korlátozza, behatárolja az életviszonyok teljes

<sup>2</sup> TÓTH J. Zoltán (szerk.): Jogalkotástan. Jogdogmatikai és jogszabályszerkesztési ismeretek (Dialog-Campus Kiadó, Budapest, 2019), 179. o.

<sup>3</sup> A Fővárosi Bíróság 3.Kf.27.181/2010/3 számú ítélete.

<sup>4</sup> Ld. pl. a Kbt. 76. § (9) bekezdését vagy a Kbt. 69. § (5) bekezdését.

<sup>5</sup> A tanulmányban a döntéseket hozó bíróságok, illetve a Közbeszerzési Döntőbizottság (KDB) együttesen, általánosságban „fórum”-ként kerül megnevezésre.

<sup>6</sup> A „bíró alkotta jog” ugyancsak általános fogalomként szerepel, a KDB ilyen jellegű tevékenységét is magában foglalva.

körü, hiánytalan lefedésének lehetőségét. Ebből adódóan az eljáró fórumok jogértelmezése, megközelítése szükségszerűen alakítja, fejleszti, értelmezi, kiegészíti vagy éppen rontja a tételes jogot. Az egyes tényállásokat valamilyen módon meg kell ítélni, az absztrakt szabályt meg kell tölteni tartalommal, a jogi következtetéseket le kell vonni. Ehhez pedig számos esetben elengedhetetlen bizonyos olyan elvek, értelmezések kidolgozása, amelyek már túlmutatnak a tételes jog szűkebb értelemben vett korlátain. Másrészt pedig a fórumrendszeren belül gondoskodni kell a joggyakorlat egységéről, vagyis egy-egy egyedi esetben kialakított álláspont (elvi tartalom) a jövőben más ügyekben is kötelezően követendő lesz, mindaddig, amíg azt felül nem bírálják (erre a jogalkotónak törvényhozási úton bármikor lehetősége van). Hogy mekkora felhatalmazást, mozgásteret biztosítanak a fórumoknak egy jogrendszerben, az függ a történelmi, jogi hagyományoktól is.

A common law jogrendszerek esetében a bírói jogalkotás (*judge made law*) az elsődleges jogforrás a kodifikáció termékeivel szemben (létezik kodifikáció is e jogrendszerekben természetesen), alkalmazva a precedensrendszer sajátos elveit.<sup>7</sup> Egyes jogbölcséleti álláspontok azonban elutasítják a bírók jogalkotási lehetőségét. *Ronald Dworkin* például úgy érvelt, hogy választott politikusoknak kell kormányozniuk, és a bírákat senki nem választja, így nem felelősek a választók irányába. Ezen kívül, ha egy bíró új „jogot” alkot, és azt visszamenőleges hatállyal alkalmazza az általa elbírálandó ügyben, akkor a vesztes fél nem azért lesz megbüntetve, mert megszegte a köteletségét, hanem azért, mert valamilyen esemény után egy új köteletséget alkottak.<sup>8</sup> Az ítéletben megfogalmazott *ratio decidendi* (a döntésben rejlő elvi megállapítás) alkalmazható más ügyekben is, mind az eljárás felei, mind pedig a bíróságok hivatkozzák a korábbi jelentősebb ítéletekben lefektetett elvi álláspontokat, jogszabály-értelmezéseket. (A precedens másik része az *obiter dicta*, amely az adott konkrét ügyben dönt, elvi, más ügyekben hivatkozható tartalma nincs.)<sup>9</sup>

Magyarországon 2020-ban korlátozott precedensrendszer került bevezetésre, amely bár eredetileg az angolszász jogban jelent meg, mégis egyre jobban áthatja a kontinentális jogrendszereket is, és amely a jogegység biztosításának alkotmányos, gyors és hatékony eszköze. Az új szabályozás értelmében a bíróságok kötelesek a Kúria jogértelmezését követni, valamint az Alkotmánybíróság döntéseit is figyelembe venni. Mindez azonban nem sérti az eljáró bíróságok személyes függetlenségét, mivel indokolt esetben el lehet térni a Kúria jogértelmezésétől, ugyanakkor az eltérés megalapozottságának vitatására lehetősége van a feleknek az eljárási szabályok szabta korlátok között.<sup>10</sup>

## 2.2. Joggyakorlati támpontok

Hogy pontosan milyennek is kell lennie az írott jognak, arra nézve különböző támpontokat lehet megfogalmazni különböző bírósági, illetve alkotmánybírósági döntések alapján. Kiindulópontnak a *jogbiztonság elve* tekintendő. Az Alkotmánybíróság megközelítése szerint „A jogbiztonság az állam – s elsősorban a jogalkotó – kötelességévé teszi annak biztosítását, hogy a jog egésze, egyes részterületei és az egyes jogszabályok is világosak, egyértelműek, működésüket tekintve kiszámíthatóak és előreláthatóak legyenek a norma címzettjei számára. Vagyis a jogbiztonság nem csupán az egyes normák egyértelműségét követeli meg, de az egyes jogintézmények működésének kiszámíthatóságát is. [...] Vonatkozik ez [...] az olyan fogalmakra, amelyek széles [...] mérlegelést tesznek lehetővé. (Az utóbbiak tartalmi kiszámíthatóságát a jogállamban különféle – többek között jogegységi – intézmények szolgálják).”<sup>11</sup> Ezen túlmenően „Az Alkotmánybíróság megítélése szerint nemcsak a túlzottan általánosan (elvonatan) megfogalmazott szabályok sértik a jogbiztonság elvét, de az is, ha a jogalkalmazói döntés jogszabályi kereteit a jogalkotó egyáltalán nem, vagy olyan túlzottan tágan határozza meg, hogy a jogalkalmazó szinte teljes egészében saját belátása szerint hozhat döntést. Ez ugyanúgy megnyitja az utat a szubjektív, önkényes jogalkalmazás előtt, mint mikor a jogalkotó a normavilágosságot sértő

<sup>7</sup> David, René: A jelenkor nagy jogrendszerei. Összehasonlító jog (Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1977), 295. o.

<sup>8</sup> Visegrády Antal: Angolszász jog és politika (Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 1999), 25. o.

<sup>9</sup> David: i. m. 306–310. o.

<sup>10</sup> A 2019. évi CXXVII. törvény általános indokolása.

<sup>11</sup> 9/1992. (I. 30.) AB határozat.

módon alkotja meg az alkalmazandó norma szövegét.”<sup>12</sup>

Ha a jogi norma nem egyértelmű, hiányoznak a szükséges tételes jogi vagy értelmező rendelkezések, akkor az említett követelmények sem érvényesülhetnek, hiszen azon jogkeresők, akik egy adott helyzetet kívánnak megítélni, nem tudják megállapítani, hogy mi a jogszerű és mi a jogszerűtlen. Ha pedig téves döntést hoznak, akkor annak jogkövetkezményeit viselniük kell, így például a bírságot közbeszerzési jogsértés esetében, amely objektív jogkövetkezmény.<sup>13</sup> („A meghatározott jogkövetkezmények objektívek, alkalmazásukhoz felróhatóság, szándékosság, célzatosság nem szükséges”,<sup>14</sup> bár említhető olyan kivételes eset, amikor valóban a bírság kiszabásától „téves jogértelmezés” okán tekintettek el.)<sup>15</sup>

Mindezek tükrében érdemes egy korábbi (2009-es) megközelítést is megvizsgálni, lehetséges kodifikációs irányt jelenthet ugyanis a tételes jogi szabályok arányának csökkentése is. „A közbeszerzési szabályozásban mindenekelőtt arra kell törekedni, hogy a jelenleginél lényegesen nagyobb körben legyen lehetősége a jogalkalmazóknak az alapelvek mérlegelésére, illetve ezek alapján az adott szituációban a legmegfelelőbb döntés meghozatalára, ahelyett, hogy ezt a jogszabály próbálja meg taxatív jelleggel előírni számukra. Ez egyszerre szolgálná ugyanis a közbeszerzésekkel együtt járó adminisztratív terhek csökkenését, valamint a hatékony közpénzelköltségek szempontjait.”<sup>16</sup> Ez az a megközelítés, amelynek érvényre juttatása a közbeszerzések területén sem tűnik célravezetőnek: a gyakorlati tapasztalatok – és a későbbiekben bemutatott esetek – azt mutatják, hogy az „alapelvek mérlegelése” igen nehezen, és leginkább már csak utóbb, konkrét jogvita eredményeként tölthető meg tartalommal. Azonban ha helytelenül végzik el, akkor viselni kell annak valamennyi hátrányos jogkövetkezményét. Tehát helyes megoldás-e az, hogy kevesebb taxatív szabályra épülő szabályozással párhuzamosan nagyobb kockázatokat,

és ezzel együtt felelősséget állapítsanak meg? Erre a kérdésre nemleges válasz adható.

Az említett modell legfeljebb a bírságolásra vonatkozó szabályok, illetve gyakorlat újragondolása, megváltoztatása mellett működhetne megfelelően. Ugyanis mindaddig, amíg az eseti jogsértések súlyos jogkövetkezményekkel járnak és mindaddig, amíg a nyilvánvaló jogi tévedés, téves értelmezés nem vehető figyelembe a bírságkiszabásra irányuló döntőbizottsági mérlegelés során, addig méltánytalan lenne elvárni a szereplőktől, hogy alapelvekből levezethető megoldásokkal, érvekkel kísérletezzenek. Hiszen ha nem járnak sikerrel – márpedig a tévedés lehetősége kevesebb részletszabály mellett jelentősen nagyobb –, akkor szembesülniük kell a joghátrányokkal. Támpontként legfeljebb a fórumok által korábban kimunkált elvek szolgálhatnának számukra (ha egyáltalán rendelkezésre áll ilyen egy adott tényálláshoz kapcsolódóan, és ilyenről tudomásuk is van), azonban – ahogyan az később látható lesz – azok is mellőzhetők egy-egy konkrét jogvita elbírálása során a fórum részéről. E megközelítés a bíró alkotta jog jelentőségének felértékelődésére épül. Így hangsúlyosan merülhet fel ehhez kapcsolódóan az az említett dworkini kritika, amely szerint utólag mondja meg a fórum, hogy mi a jogszerű és mi jogszerűtlen, utólag derül ki, hogy mi a jog, mit is kellett volna követni.

A törvényhozás döntési kompetenciájába tartozik annak a meghatározása, hogy az egyes fórumok egyedi ügyben hozott döntései mennyiben köteleznek más fórumokat, illetve a későbbiekben saját magukat. Ez a kérdés az *ügyfélegyenlőség* szempontjából is vizsgálható. „Az államigazgatási eljárásban a törvény előtti egyenlőség azt jelenti, hogy az ügyfelek ügyeit minden megkülönböztetés és részrehajlás nélkül kell intézni. A törvény előtti egyenlőség elvének érvényesülése (az ügyfélegyenlőség) nem csorbul, ha a közigazgatási szerv a téves jogértelmezésen alapuló jogalkalmazói gyakorlatát utóbb megváltoztatja és a jogszabályoknak megfelelő törvényes gyakorlatot folytat.”<sup>17</sup> Másképpen fogalmazva: „Az ügyfélegyenlőség alapelveként érvé-

<sup>12</sup> 109/2008. (IX. 26.) AB határozat.

<sup>13</sup> A KDB D.415/5/2008. sz. határozata.

<sup>14</sup> A Kbt. javaslati állapotának 165. §-ához fűzött indokolás.

<sup>15</sup> Ld. a KDB D.557/13/2020. számú határozatát.

<sup>16</sup> A Közbeszerzések Tanácsa 2009. január 1. – december 31. közötti időszakban végzett tevékenységéről, a közbeszerzések tisztaságával és átláthatóságával kapcsolatos tapasztalatairól, valamint a jogorvoslati eljárásokról szóló beszámolója.

<sup>17</sup> 1/2002. számú Közigazgatási Jogegységi Határozat.

nyesülése nem járhat azzal a következménnyel, hogy a jogalkalmazó korábbi téves jogértelmezésén alapuló gyakorlatát ne változtathassa meg. Ez azt jelenti, ha a hatóság korábbi határozati érveivel ellentétes következtetésre jut más, de hasonló ügyben, pusztán ez nem eredményezheti a döntés jogszerűtlenségét.”<sup>18</sup> Vagyis a fórum elviekben nincs elzárva a későbbi korrekció lehetőségétől sem, hiszen még a korlátozott precedensrendszerben is indokolható, ha a korábbi gyakorlatot felül kívánják írni, tehát hiába áll rendelkezésre korábbi jogviták eredményeként kimunkált, más ügyekben is alkalmazhatónak (hivatkozhatónak) tűnő elvi tétel (tartalom, döntés), az még nem jelent teljes mértékben garanciát arra, hogy az arra épülő ajánlatkérői döntés (megoldás, jogértelmezés) kiállja egy jogorvoslati eljárás próbáját.

Adódik a kérdés, hogy melyik szervnek milyen jogosultságai vannak ezen a téren, „ki alkothat jogot”? Egyrészt vizsgálható mindez *eljárási oldalról*. A közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (Kp.) 86. § (4) bekezdés értelmében „A bíróság a közigazgatási szervnek határozott, a megállapított jogsértés orvoslásának valamennyi lényeges pontjára kiterjedő iránymutatást ad az ítéletben elrendelt új eljárás (a továbbiakban: megismételt eljárás) lefolytatására vagy cselekmény megvalósítására vonatkozóan.” A bíróság megadja azokat az *iránymutatásokat*, amelyeket a KDB-nek a megismételt eljárásban meg kell tartania. A Kúria a BH2016. 155. számú eseti döntésében kimondta, hogy „A bíróság új eljárásról szóló iránymutatása köti a hatóságot, így nem végezhet más irányú eljárást, mint amit a bíróság meghatározott, továbbá a Kúria Kfv.III.37.698/2015/13. számú ítéletében rámutatott arra is, hogy a megismételt eljárásban a hatóság a bíróság által megadott szempontokat kell, hogy érvényesítse, azokat nem értelmezheti át, mivel a megismételt közigazgatási eljárásban a jog az, amit a bíróság iránymutatása tartalmaz.”<sup>19</sup> A jog tehát az a konkrét ügyben, amit a bíróság az iránymutatásban megfogal-

maz, mindez eljárásjogi értelemben is köti a közigazgatási szervet.

Óhatatlanul felmerül tehát az *egyes fórumok közötti konfliktus lehetősége*, azaz vita támadhat, hogy kinek milyen feladatai vannak a felsőbb szintű fórum döntéseinek követése terén, a joggyakorlat egységesítése milyen módon valósulhat meg akkor, ha például egymásnak ellentmondó megállapításokat tartalmazó bírósági ítéletek „végrehajtása” a feladat egy megismételt jogorvoslati eljárásban. Egy esetben a KDB azzal szembesült, hogy „A Kúria két tanácsa ugyanazon ügyben eltérő döntést hozott.” Vagyis el kellett döntenie, hogy ezt a helyzetet miképpen kezelik: „[A]z egységes joggyakorlat a döntőbizottság felé is kötelező elvárás, ám az a két ítélet következtében nem valósulhat meg. Erre figyelemmel – tekintettel az egységes joggyakorlat követelményére – az ellentmondás csak úgy oldható fel, ha [a KDB] egyébként is az álláspontja szerint helyes ítéletet veszi figyelembe, és a megismételt eljárásban az eredeti elutasító határozata, valamint a Kúria Kfv.II.37.781/2014/5. szám alatt meghozott ítélete szerint dönt, azaz a kérelmet elutasítja.” Erre azonban a Kúria azt a választ adta, hogy „Az egységes joggyakorlat kialakítása a Kúria kizárólagos feladata [...], a joggyakorlat egységén, illetve egységesítésén ugyanis nem a közigazgatási szerveknek, hanem a Kúriának kell munkálkodnia.” Ebből adódóan a KDB-nek a konkrét ügyben meghozott kúriai döntést kellett alapul vennie a megismételt eljárásban, függetlenül a szakmai meggyőződésétől, mert „[e]setjogi szempontból kötött eljárása volt, legalábbis abban az értelemben, hogy a Kúriai ítéletben rögzített instrukcióktól nem térhetett el.”<sup>20</sup>

Említhetők olyan példák is, amikor a KDB nem fogadja el a bíróság iránymutatását. Egy esetben azt állapították meg, hogy a törvényszék azonosította be tévesen a kérelemben állított jogsértést (pedig a bíróság szerint a KDB tett így), és a megismételt eljárásban sem volt abban a helyzetben az ítélet alapján, hogy a jogorvoslati kérelmet érdemben elbírálja, rögzítve azt is, hogy a

<sup>18</sup> A Fővárosi Ítéletábrta 3.Kf.27.525/2011/4. számú ítélete.

<sup>19</sup> A Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.27.271/2016/25. számú ítélete.

<sup>20</sup> A KDB D.907/5/2015. számú végzése. Ld. még a Szekszárdi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 4.K.27.094/2015/3. számú ítéletét. Ehhez képest jelent elmozdulást az ún. korlátozott precedensrendszer bevezetése Magyarországon 2020. április 1-jétől, vagyis annak szabályozása, hogy milyen módon térhetnek el egyes bíróságok a Kúria által közzétett korábbi döntésekben megfogalmazott elvektől.

tudomásszerzéssel összefüggésben a törvényszék „semmilyen vizsgálatot nem végzett, csupán a kérelmező által megjelölt időpontot tekintette kész ténynek, az egész ítéleti érvelés ebből került levezetésre.”<sup>21</sup>

Ezekből az eljárási kérdésekből, törésvonalakból látható, hogy az egyes fórumok között lehetnek viták arra nézve, hogy melyik szervezet jogosult megállapítani, hogy mi legyen a tényleges vizsgálat iránya, eredménye, annak ellenére, hogy ebben az esetben a törvényi rendelkezések – így a Kp. említett 86. § (4) bekezdésében rögzítettek – kijelölik az alkalmazandó szabályokat.

Másrészt vizsgálható *anyagilag jogi oldalról* a fórumok általi jogalkotás. Ebben a körben két különálló területet kell elhatárolni: egyrészt rendkívül fontos, hogy a jogalkotó ad-e bármilyen felhatalmazást arra nézve, hogy a hiányzó jogi szabályozást miképpen pótolják. Erről a kérdéstről a következő fejezetben lesz részletesebben szó. Másrészt jogalkotói felhatalmazás nélkül, jogértelmezés eredményeként is születhet „új jog”, hiszen egy-egy jogvita eredményeként meghozott döntés beépülhet a joggyakorlatba.

### 2.3. A fórumnak szóló, jogalkotásra vonatkozó felhatalmazó klauzula

Ahogy arról történt említés, lehetetlen jogalkotói feladat lenne minden lehetséges eset előzetes felmérése és absztrakt szabállyal történő lefedése, tehát szükség-szerűen felmerül a szabályozatlan tényállások problémája. Ebből adódóan felmerül a kérdés, hogy mire ad, adhat felhatalmazást a jogszabály velük kapcsolatban?

A magánjogban sem idegen az az elgondolás, szabályozási megoldás, hogy a jogalkotó törvényi szinten ad felhatalmazást az eljáró fórumnak arra, hogy bizonyos elvek mentén saját maga ítélje meg a vitás ügyet. Az osztrák Általános Polgári Törvénykönyv (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) 7. §-a például úgy fogalmaz, hogy ha az ügyet sem a törvény szavai, sem természetes

értelme alapján nem lehet eldönteni, akkor más, törvényben meghatározott hasonló eseteket, illetve kapcsolódó törvényeket kell alapul venni. Ha pedig továbbra is kétséges az eset, akkor a természetes jogi elvek szerint kell eldönteni a gondosan összegyűjtött és alaposan megvizsgált körülmények alapján.<sup>22</sup> Ugyanígy lehet példaként említeni a német Bürgerliches Gesetz-buch első olvasatának kísérletét az analógia alkalmazására (a második olvasatból ez már hiányzott) vagy a Svájci Polgári Törvénykönyv, a Schweizerisches Zivil-gesetzbuch (ZGB) megoldását.<sup>23</sup> A ZGB 1. §-a úgy rendelkezik, hogy a törvény vonatkozik minden olyan jogkérdésre, amelyre nézve rendelkezést tartalmaz. Ilyen rendelkezés hiányában a bíróságnak azonban a szokásjog alapján kell döntenie, ha pedig abban sincs szabály, akkor olyan előírás alapján, amelyet jogalkotóként hozna létre, követve a bizonyított elveket és hagyományokat.<sup>24</sup>

Egy ilyen általános klauzula a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (Kbt.) rendszerében is megjelenik. A törvény kiinduló szabályozási elve a *kógencia*, amelyet a Kbt. 2. § (7) bekezdése a következőképpen fogalmaz meg: „E törvény szabálya-itól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.” Ugyanakkor e bekezdés második mondata úgy rendelkezik, hogy „E törvény rendelkezéseinek alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése, illetve a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos jogorvoslati eljárás során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.”

Az idézett bekezdés első mondata rögzíti tehát a kógenciát. A kógens előírások (ius cogens, kényszerítő jog) pedig „Kivétel nélkül, mindig, feltétlenül, eltérést nem engedve kötelezőek: ha a jogszabály hipotézisben körülírt tényállás megvalósul, akkor ez az adott esetre

<sup>21</sup> A KDB D.544/9/2019. számú végzése.

<sup>22</sup> „Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.”

<sup>23</sup> MEZEI Péter: A bírák szerepe a jogrendszerben – a XX. század első felének jogelméleti gondolkodói tükrében. Jogelméleti Szemle, 2002/3., [http://jesz.ajk.elte.hu/2002\\_3.html](http://jesz.ajk.elte.hu/2002_3.html) (2021. 10. 22.).

<sup>24</sup> „(1) Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. (2) Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. (3) Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.”

nézve kötelezően, kategorikusan irányadó, tehát az alanyok a kógens normának alávetettek.”<sup>25</sup> Mivel „A Kbt. szabályai kógensek, tilos azok kiterjesztő értelmezése” is,<sup>26</sup> nem lehet az ilyen rendelkezésnek „[o]ly módon kiterjesztő értelmezést sem adni, amire a jogalkotó szándéka eredetileg nem irányult. Amennyiben a jogalkotó erre módot engedett volna, a kógens rendelkezéstől maga tért volna el kivételszabály formájában, mint ahogy erre a Kbt.-ben számos példa akad.”<sup>27</sup>

Már a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (régii Kbt.) megalkotásakor a törvényhozás újragondolta a kógencia határait az előző törvény, a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvényben (Második Kbt.) rögzített szabályokhoz képest.<sup>28</sup> A kógencia meghatározásánál tehát már régóta jelenlévő elem, hogy a jogalkotó rögzíti a jogszabályban nem rendezett kérdésekre való utalást. Ez azt jelenti, hogy „Nem minden magatartás alapvetően tilos, amelyet a törvény nem szabályoz kifejezetten, feltéve, hogy valamely nem szabályozott kérdésben az eljárásban részt vevők magatartása a törvénnyel és annak alapelveivel nem ellentétes. Amennyiben azonban valamely kérdést a törvény kógens szabálya rendez, attól eltérni nem lehet, így pl. az ajánlatkérő nem nyilváníthat érvénytelenné egy ajánlatot olyan okból, amelyet a törvény nem szabályoz érvénytelenségi okként.”<sup>29</sup> A nem szabályozott kérdésekre vonatkozó kifejezett rendelkezést az indokolja, hogy „Minden élethelyzetet lefedő szabályokat alkotni nem lehetséges, szükséges ezért egyértelművé tenni, hogy amikor a jogalkalmazó nem talál kifejezetten arra

a helyzetre vonatkozó szabályt, amellyel a gyakorlatban szembesül, a törvény céljára és alapelveire figyelemmel kell eljárnia.”<sup>30</sup> Hogy ez a gyakorlatban pontosan mit is jelenthet, a későbbi példák bizonyítani fogják: nem egy esetben ugyanis az ajánlatkérő csak utólag, egy jogorvoslati eljárás eredményeként ismerheti meg (bírsággal és adott esetben más jogkövetkezésménnyel sújtva), hogy az általa hozott döntés helyes volt-e, illetve hogy mi is lett volna az a megoldás, amelyet alkalmaznia kellett volna. Vagyis lényegében a vonatkozó tényállásra alkalmazható szabályt utólag, az eljáró fórum jogosult megállapítani. Az osztrák magánjog végső soron természetes jogelvekre (*natürliche Rechtsgrundsätze*), a svájci szokásjogra (*Gewohnheitsrecht*) hivatkozik – kiegészítve a jogalkotóként való eljárással –, a magyar Kbt. a célokra és „közbeszerzési alapelvekre” utal mint a fórum által használható „jogforrásokra”. Lényegében a probléma ugyanaz, és voltaképpen szimbolikus, hogy mi az a végső, kiegészítő, előre nem definiált, utólag megismerhető, testet öltő norma (csoport), amely végül egy konkrét esetben nyeri el végső formáját a fórum általi deklaráció eredményeként.

Vannak olyan jogi kérdések, amelyek esetében a jogalkotó megfogalmazott részletszabályokat, szabályozni kívánja az adott területet, jogintézményt, azonban nem törekedett teljes körű szabályozás megalkotására, hanem bizonyos kérdésekben az alapelveket tette meg kiindulópontnak.<sup>31</sup> Így például a hiánypótlás és a felvilágosítás megadása<sup>32</sup> vagy az értékelési szempontok meghatározása nem sérthet bizonyos alapelveket.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> DRINÓCZI Tímea – PETRÉTEI József: Jogalkotástan (Dialog Campus, Budapest-Pécs, 2004), 63. o.

<sup>26</sup> A KDB D.298/18/2016. számú döntőbizottsági határozata.

<sup>27</sup> A KDB D.64/11/2021. számú határozata.

<sup>28</sup> A Második Kbt. annyit rögzített szintén a 3. §-ában, hogy „E törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.”

<sup>29</sup> A régi Kbt. javaslati állapotának 3. §-ához fűzött miniszteri indokolás.

<sup>30</sup> A régi Kbt. javaslati állapothoz fűzött miniszteri indokolás.

<sup>31</sup> Az alapelvek vizsgálatáról ld. pl. a KDB D.370/21/2021. számú határozatát, illetve a „hézagpótló funkcióról” ld. a KDB D.24/22/2017. számú határozatát.

<sup>32</sup> Ld. a Kbt. 71. § (8) bekezdés a) pontját. Ld. ennek megsértéséhez kapcsolódóan pl. a KDB D.460/19/2020. számú határozatát.

<sup>33</sup> Ld. a Kbt. 76. § (6) bekezdés c) pontját. Ld. ennek megsértéséhez kapcsolódóan pl. a KDB D.362/16/2019. számú határozatát (a kereset elutasításáról pedig a Fővárosi Törvényszék 103.K.700.429/2019/10. sz. ítéletét). A KDB álláspontja szerint „A kijelölt személyzet minősége jelentős hatással lehet a szerződés teljesítésnek a színvonalára, azt lényegesen befolyásolhatja. Viszont egy bizonyos szint fölötti meghatározása már nem járul hozzá a tevékenység színvonalának a javításhoz, csupán a versenyt torzíthatja. Nagyon fontos az értékelési szempontok meghatározása során az egyensúlyi pont megtalálása. [...] A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő az értékelési alszemponthoz előírt mértékű (144 hónap/72 hónap) többlettapasztalat előírásával megsértette a Kbt. 76. § (6) bekezdés c) pontját, mert nem biztosította a Kbt. 2. § verseny tisztaságára és esélyegyenlőség biztosítására vonatkozó alapelveinek betartását.”

Ennek megfelelően még exemplifikatív felsorolás sem áll rendelkezésre arra vonatkozó útmutatóként, hogy egyáltalán milyen szempontok merülhetnek fel, milyen magatartások lehetnek jogsértőek az említett kérdésekhez kapcsolódóan, így teljes egészében a fórumokra van bízva a vonatkozó joggyakorlat kialakítása, e döntések szolgálhatnak e rendelkezések valódi tartalmának megismerésére.

Az ilyen klauzulák a *szabad jogtalálásra* vonatkozó felhatalmazás megnyilvánulásai, vagyis a jogalkotó – feladva a minden lehetséges élethelyzetre kiterjedő normaalkotás igényét – a fórumra bízva egyrészt a helyes megoldás kidolgozását, alátámasztását (megindokolását), másrészt egy korábban nem létező szabály, követelmény számonkérését, szankcionálását. Az ajánlatkérők természetesen kénytelenek saját maguk is egy-egy nem szabályozott tényállást megítélni, azonban ez a később eljáró fórumot nem köti, az alapelvekből bármilyen álláspont, illetve annak az ellenkezője is levezethető. Alapvető jelentőségű kérdés tehát, hogy mekkora a fórum mozgásteré? Az erre adandó válasz tartalma attól függ, hogy mennyire konkrét a jogi szabályozás: ha túl általános, ha fontos kérdéseket szabályozatlanul hagy, akkor a jogalkalmazó fórumok szerepe nagyobb a jog tartalmának megállapításában. És mindez nemcsak a kifejezetten nem szabályozott kérdésekre vonatkozik, hanem azon normák értelmezésére is, amelyek tartalma bizonytalan, nem egyértelmű, mert a jogalkotó nem találta szükségesnek a részletezésüket, értelmező rendelkezéssel történő alátámasztásukat.

Az ilyen felhatalmazás forrása lehet tehát a *jog természetéből eredő tehetetlenség* (képtelenség felmérni előre az összes lehetséges tényállást, és arra mindenre kiterjedő részletes előzetes választ adni a jog korlátaiból, sajátosságaiból adódóan), de lehet szándékos is a jogalkotás *tudatos kiszervezése* a fórumok részére.

A kiszervezés melletti érv lehet *Rudolf Stamm*ler nézete, aki szerint „minél leszűkítettebben konkrét és kazuisztikus egy törvény, annál gyorsabban és biztosabban avul el és hagyja cserben a jogkeresőt”. Ezért célszerűbb az,

ha az adott területnek csak egy részét szabályozzák, a többi esetre nézve pedig mindössze „szerény utalásokat” tesznek. Ez utóbbi esetekben, valamint a külön nem említett tényállásokban, ha a jövőben vitás szituáció támad, „a feleknek, a tanácsadóknak és az *ítélkezőknek* maguknak kell megkeresniük és megtalálniuk az akkor adott jogkérdés *helyes* eldöntése módját.”<sup>34</sup>

A túl általános, hiányos, lényegi kérdéseket nem rendező jogszabály esetében viszont felértékelődik egyrészt a joggyakorlat, másrészt a különböző hatóságok által kiadott útmutatók, ajánlások, közlemények jelentősége, ezeknek kell ugyanis kitölteniük az így keletkezett űrt. Egy esetben a hivatalbóli kezdeményező arra hivatkozott, hogy a Miniszterelnökség egyik *közleményének* egy olyan pontját sértette meg az ajánlatkérő, amely az alkalmassági követelmények felső mértékére nézve állapított meg értékhatárt. A KDB a következőket fogalmazta meg: „E körben a kezdeményező egyrészt hivatkozott arra, hogy az ajánlatkérő nem tartotta be a Miniszterelnökség hivatkozott közleményében foglaltakat [...] Mint az fentebb részletesen kifejtésre került a Döntőbizottság a kezdeményező által megjelölt jogsértés általa megjelölt jogszabályba ütközését vizsgálhatja. A [rég]i Kbt. 140. §-a közbeszerzési jogsértést a Kbt.-be ütköző magatartás vagy mulasztásként határozza meg. *Ebből kifolyólag a Miniszterelnökségnek a támogatási jogviszony szabályosságának ellenőrzése keretében kiadott közleménybe ütközése nem tekinthető közbeszerzési jogsértésnek, így ennek vizsgálatát a Döntőbizottság mellőzi.*”<sup>35</sup> Egy másik esetben az ajánlatkérő eleget tett a Miniszterelnökség Minőségellenőrzési összefoglalójában foglalt azon elvárásnak, amely szerint folyamatos szolgáltatás esetén az ajánlatkérőnek a referenciakövetelmény körében elő kell írnia a referenciamunka kezdési időpontját, amelynek bele kell esni a vizsgált időtartamba. A jogorvoslati eljárásban az ajánlatkérő csatolta a hivatkozott oldalakat, azonban a KDB megállapította a jogsértést túlzott alkalmassági követelmény okán, és megfogalmazta az alábbiakat: „A Döntőbizottság nem tartotta irányadónak az ajánlatkérő által becsatolt összefoglaló hivatkozott pontjait, mivel ez egy ellenőrző hatóság belső dokumentuma, mely

<sup>34</sup> MEZEI: i. m.

<sup>35</sup> A KDB D.119/7/2016. számú határozata. Ld. még pl. az Alkotmánybíróság 60/1992. (XI. 17.) számú határozatát, amelyben megfogalmazták, hogy a jogalkotásra vonatkozó garanciális szabályok mellőzésével hozott minisztériumi és egyéb központi állami szervektől származó, jogi iránymutatást tartalmazó leiratok, körlevelek, útmutatók, iránymutatások, állásfoglalások és egyéb informális jogértelmezések kiadása, az ezekkel való irányítás gyakorlata alkotmányellenes.



nem jogforrás.”<sup>36</sup> E problémákra egyébként a jogalkotó is válaszolt: egyrészt a jogszabály külön rendezi a referenciamunka kezdési időpontjára vonatkozó ajánlatkérői előírások tárgykörét, másrészt pedig a Kbt. alapján nem szabható ki bírság, ha az ajánlatkérő a jogorvoslat tárgyává tett cselekményt a jogszabályban foglaltak szerint folyamatba épített ellenőrzést végző szervnek az érintett eljárásban adott előírása alapján teljesítette.<sup>37</sup> Viszont a törvény nem általános útmutatók, közlemények követése, hanem csak konkrét utasítások teljesítése esetén teszi lehetővé a bírság alóli mentesülést.

#### 2.4. A döntéshozatal egysége, korábbi döntések hivatkozása

A Kbt.-ben (168. §) külön szabályok találhatóak a KDB döntéshozatala egységének biztosítására nézve, így ebben a körben említhető például az összkollégium, kollégiumok működtetése, állásfoglalások közzététele, elvi kérdésekben hozott döntésekhez való igazodás. Ezen kívül egyes eseti döntésekben megfogalmazott tartalmakat a felek is hivatkoznak a jogorvoslati eljárásokban, nemcsak a KDB támaszkodhat korábban kifejtett álláspontokra. Ilyenkor az a fő kérdés, hogy mennyiben vehetők figyelembe az adott eljárástól függetlenül más esetekben hozott egyedi döntések, hogyan építhetők be a korábban megfogalmazott elvek, megközelítések az adott konkrét ügy megítélésének folyamatába.

Vannak olyan döntések, amelyek a *joggyakorlatra mint általános döntéshozatali körülményre hivatkoznak*: olyan elvek alkalmazásáról van szó ilyen esetben, amelyek állandósultak és általánosak. A KDB az ilyen döntésekben nem feltétlenül hivatkozik kifejezetten korábbi – saját vagy bírósági – döntésszámokra (bár ez is előfordulhat),<sup>38</sup> hanem általános jelleggel fogalmazza meg azt, hogy az adott kérdésben mi is valójában a jog-

gyakorlat. Az ilyen döntések fogalmazznak úgy például, hogy az „állandósult joggyakorlat szerint”,<sup>39</sup> a „Döntőbizottság következetes gyakorlata szerint”,<sup>40</sup> vagy „a töretlen döntőbizottsági és bírósági gyakorlat szerint.”<sup>41</sup> Az állandósultság, a következetesség, illetőleg a töretlenség olyan jelzők, amelyek egy-egy jogkérdés elbírálását megalapozó elv egyértelmű érvényesülésére utalnak.<sup>42</sup> A korábbi döntésekre általánosságban hivatkozó döntések azonban még nem feltétlenül használják a „töretlen” vagy „következetes” jelzőt egy-egy kérdés eldöntését megalapozó elvhez kapcsolódóan, mégis utalni kívánnak arra, hogy adott kérdés vonatkozásában mi is a KDB álláspontja. Ebbe a körbe sorolhatók azok a döntések például, amelyek úgy fogalmazzak, hogy „A Döntőbizottság már több határozatában is rámutatott arra, hogy...”<sup>43</sup> E döntések általában egy-egy részletkérdésre vonatkozhatnak, például: „[m]int arra a Döntőbizottság már több határozatában is rámutatott, az önéletrajzokban feltüntetett egyes munkák időtartama csak az átfedések nélkül vehető figyelembe, azaz egy meghatározott időszakban csak egy munkát lehet elfogadni a szakmai gyakorlat idejének számításánál.”<sup>44</sup> Lehet azonban olyan döntéseket is említeni, amelyek nem elvi kérdést részleteznek, hanem leíró jellegűek, és ezen leírásokból vonnak le következtetéseket, például: „A Döntőbizottság álláspontja szerint – melyre már több határozatában is rámutatott – a pénzügyi és gazdasági alkalmassági feltételeknek összetett rendeltetésük van...”<sup>45</sup> Olyan döntések is említhetők végül, amelyek *egyedi ügyszámokra és indoklásokra hivatkoznak*: „A Legfelsőbb Bíróság a Kfv. III. 37.279/2006/6. számú ítéletének indoklásában rámutatott arra, hogy az ajánlattevőnek nincs a közbeszerzési eljárásban olyan jogosultsága, hogy vizsgálat tárgyává tegye az ajánlatkérő anyagi fedezetének

<sup>36</sup> A KDB D.855/7/2016. számú határozata.

<sup>37</sup> Ld. a Kbt. 165. § (7c) bekezdését.

<sup>38</sup> „A döntőbizottsági és a bírósági töretlen gyakorlat szerint (D.226/19/2010. számú határozat) a jogorvoslati eljárásban utólag eszközölt hivatkozások, indokok, adatok az ajánlatkérői döntés jogszerűségének megítélése kapcsán nem vehetők már figyelembe.” A KDB D.347/13/2012. számú határozata.

<sup>39</sup> Ld. pl. a KDB D.658/26/2009. vagy a D.399/28/2011. számú határozatát.

<sup>40</sup> Ld. pl. KDB D.331/17/2011. vagy a D.760/7/2016. számú határozatát.

<sup>41</sup> Ld. pl. a KDB D.663/18/2011. vagy a D.845/6/2016. számú határozatát.

<sup>42</sup> Ld. pl. a KDB D.582/16/2011. számú vagy a D.331/17/2011. számú határozatát.

<sup>43</sup> Ld. pl. a KDB D.485/15/2012. számú végzését.

<sup>44</sup> Ld. pl. a KDB D.131/22/2012. számú határozatát.

<sup>45</sup> Ld. pl. a KDB D.100/14/2012. vagy a D.542/12/2011. számú határozatát.

forrásait, kimunkálását, képzését.”<sup>46</sup> Vagy „A Döntőbizottság figyelembe vette továbbá a Fővárosi Ítéletábra 4.Kf.27.459/2007/7. számú jogerős ítéletében foglalt, az ügyvédi megbízási díjra vonatkozó szempontokat. [...] A hatóságot mérlegelési jog illeti meg és a kifejtett ügyvédi tevékenység idő- és munkai igényessége, színvonala alapján állapítandó meg a megbízási díj összege.”<sup>47</sup> Vannak olyan esetek is, amikor a KDB saját korábbi döntéseire hivatkozik kifejezetten: „A Döntőbizottság az álláspontja kialakításánál figyelembe vette a D.417/36/2013. számú és a D.743/25/2016. számú határozatokat.”<sup>48</sup> Ez a hivatkozás egyébként egészen *egyedi beszerzési tárgyakhoz kapcsolódóan* egyedi szakkérdésekben megfogalmazott megközelítésekre is vonatkozhat.<sup>49</sup>

Vizsgálni kell azt, hogy egy-egy korábbi döntés milyen *jogszabályi*, vagy éppen *joggyakorlati környezetre* épült, hiszen ha a tételes jog vagy az ítélkezési gyakorlat időközben megváltozott, akkor a változás az adott jogkérdés megítélését érdemben befolyásolhatja. Példaként említhetők a következők: „A Döntőbizottság rámutat arra, hogy az új Kbt. a korábbi szóhasználatától sokkal egyértelműbben fogalmazza meg azt az elvárást, hogy az ajánlati biztosítékot az ajánlattevőnek kell az ajánlatkérő rendelkezésére bocsátani, így a korábbi Kbt.-n alapuló határozatokra való hivatkozásnak nincs helye.”<sup>50</sup> Egy másik példa: „A Döntőbizottság megvizsgálta a D.635/2010. számú jogorvoslati eljárásában 2010. augusztus 31. napján meghozott határozatot, és megállapította, hogy az azon döntés időpontjában hatályos jogszabályi és joggyakorlati háttér a tárgy szerintitől eltérő volt, mivel az Európai Bíróság a C-574/10. számú ítéletét 2012. március 15. napján hozta meg, és e döntésében állapította azt meg, hogy szolgáltatás megrendelések tekintetében is a műszaki-gazdasági funkcionális egység az irányadó szempont a

beszerzés egységének megítélésénél.”<sup>51</sup> Ha azonban az alapul fekvő jogszabályi környezet megegyezik egy korábbi közbeszerzési törvény szövegezésével, akkor nincs akadálya annak, hogy a korábbi jogszabályi rendelkezésen alapuló elvet, elgondolást felhasználják.<sup>52</sup> Az is lehetséges tehát, hogy közel 10 éves bírósági döntéseket hivatkozzanak akár a felek, akár a KDB, hiszen előfordulhat, hogy az akkori szabályozás elve, koncepciója, megszüvegezése ugyanaz, mint a hatályos törvényé. Fontos tehát a jogértelmezésnél a hatályos szöveg alapul vétele: „A Kúria megállapította, hogy csak az elsőfokú bíróság végezte el a hatályos szabályozás helyes értelmezését, míg az [ajánlatkérő] és a [KDB] is tévesen a korábbi szabályozás szövegéből indult ki.”<sup>53</sup> Ez azt jelenti, hogy egy-egy korábbi jogszabályi szövegre épülő joggyakorlatot felül kell vizsgálni, meg kell változtatni, ha arra jogszabálymódosítás miatt feltétlenül szükség van.

Ugyanakkor önmagában egy törvényi megoldás megváltoztatása, egy új törvényi alapra helyezése még nem feltétlenül érvényteleníti a korábbi döntésekben kimunkált elveket, értelmezéseket. Arra is említhető példa, amikor egyes területekre kidolgozott, korábban hatályos szabályozásra épülő értelmezést, megközelítéseket a jogalkalmazó fórum *áttemel* a hatályos környezetbe. Az „előre nem láthatóság” mint jogszabályi tényállási elem például több területen is megjelenik a törvényben, ennek jelentését számtalan döntésben vizsgálták. Ebből adódóan arra is van lehetőség, hogy az egyik területen kimunkált tartalmakat más jogkérdések megítéléséhez is felhasználják. Így például a régi Kbt.-hez kapcsolódóan, a korábban megkötött szerződésben nem szereplő, de előre nem látható körülmények miatt kiegészítő teljesítésre alapított hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás<sup>54</sup> kapcsán kidolgozott elvek alkalmazhatók az előre nem láthatóságra alapított szerződésmódosítások

<sup>46</sup> A KDB D.64/15/2011. számú határozata.

<sup>47</sup> A KDB D.243/11/2012. számú határozata.

<sup>48</sup> A KDB D.922/17/2016. számú határozata.

<sup>49</sup> Ld. pl. a KDB D.93/23/2011. számú határozatát szerves műszaki egységet képező építési beruházásokhoz (szennyvízhálózat kiépítése és a szennyvíztisztító telep megépítése) kapcsolódóan. Ld. még pl. a D.1033/10/2016. számú határozatot, amely a távközlési díjcsomagok keresztfinanszírozása körében idézi a D.494/15/2009. számú határozatot.

<sup>50</sup> A KDB D.925/19/2016. számú határozata.

<sup>51</sup> A KDB D.1023/13/2016. számú határozata.

<sup>52</sup> Ld. pl. a KDB D.245/13/2016. számú határozatát vagy a D.347/9/2014. számú végzését.

<sup>53</sup> A Kúria Kfv.II.37.674/2015/6. számú ítélete.

<sup>54</sup> A régi Kbt. a kiegészítő munkákat, szolgáltatásokat még kifejezetten a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárások jogalapjai körében szabályozta.

vizsgálata, értékelése körében is. A két terület tehát összekapcsolható, különös tekintettel arra, hogy semmilyen jogszabályi iránymutatás nem áll rendelkezésre az előre nem láthatóság tartalmát, definícióját illetően. „A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti esetben tehát első lépésként az előreláthatóságra vonatkozó feltétel vizsgálendő, amely tekintetében a hatályon kívül helyezett 2011. évi Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pont szerinti jogcímre alapozott hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárással kapcsolatban kialakult joggyakorlat irányadónak tekintendő.”<sup>55</sup> Ennek megfelelően a korábbi szabályozás értelmezése átemelhető egy, a hatályos szabályozás értelmében jogilag másképpen kezelendő területre annak ellenére, hogy nem hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárást kell ilyen helyzetben lefolytatni, hanem a szerződés módosítható.

A fórumok tehát rendszerint vizsgálódnak abban a körben, hogy milyen korábbi döntések hogyan vehetők figyelembe. Az első feltétel, hogy a *megítélendő tényállás, illetve jogkérdés azonos (hasonló)* legyen. Értelemszerűen akkor használható hivatkozási alapként egy-egy korábbi döntés, ha a korábbi döntés és a folyamatban lévő jogorvoslati eljárás alapjául szolgáló tényállás nem eltérő, illetve hasonló. Abban az esetben, ha az alapul fekvő tényállások különbözőek vagy más elkülönítő ismérvek merül fel a jogkérdés tekintetében, a KDB rendszerint visszautasítja a hivatkozott döntésben megfogalmazottak figyelembe vételét, és ezt az indokolásban – az indokok megemlékezésével – rögzíti is. Például „A kérelmező által hivatkozott D.1003/2016. számú ügyben született döntőbizottsági határozat jelen ügyre történő részletes elemzését a Döntőbizottság mellőzte, mert az említett ügy tárgyát az ajánlatkérő műszaki leírás meghatározásának jogszerűsége képezte, míg jelen jogorvoslati kérelem kizárólag az eljárást lezáró döntést, a bírálati cselekményeket érintette.”<sup>56</sup> Vagy „A Döntőbizottság megállapította, hogy a D.527/21/2017. számú határozatban foglalt tényállás

teljes mértékben eltér a jelen közbeszerzési eljárás tényállásától. A hivatkozott jogorvoslati eljárás során egy szolgáltatás hatósági ára vonatkozásában adott 0.-Ft megajánlást egy ajánlattevő.”<sup>57</sup> Említhetők azonban olyan esetek is, amikor a tényállás eltérésére vonatkozó részletesebb indoklás elmarad: „A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmező által hivatkozott döntőbizottsági határozatokat megvizsgálta és megállapította, hogy az azokban rögzített tényállás és a jelen eljárásban irányadó tényállás különböző, ezért az elbírálás során ezen Döntőbizottsági határozatokat nem vette figyelembe.”<sup>58</sup>

Vannak azonban olyan jogorvoslati eljárások is, amikor eltérő tényállás ellenére is alkalmazzák a korábbi döntésben kimunkált megközelítést: „A jogorvoslati eljárás során több ízben hivatkozott D.559/20/2011. számú határozat nem vitathatóan eltérő tényállás mellett született, annak általánosságban érvényesülő megállapítása azonban jelen eljárásban is helytálló.”<sup>59</sup> Az indokolásban rögzített egy-egy mondatra való hivatkozás azonban nem feltétlenül vezet eredményre. („A Döntőbizottság D.185/23/2016. számon kiadott döntése tekintetében kiragadott egy mondatból állított döntőbizottsági gyakorlatra történő hivatkozás alaptalan...”)<sup>60</sup>

Alapvető jelentőségű az a kérdés is, hogy a felek által hivatkozott – jellemzően egy döntőbizottsági – döntés nem került-e megváltoztatásra, illetve hatályon kívül helyezésre később egy felsőbb fórum által, ugyanis az is lehetséges, hogy az adott döntést valamelyik fél nem fogadta el, és igénybe vette a bírósági jogorvoslati eszközöket. Az is előfordulhat, hogy egy-egy jogvita csak évek múlva zárul le véglegesen, akár megismételt eljárások eredményeként, így az adott ügy teljes történetének áttekintése, megismerése vezethet el a tényleges joggyakorlat, a bíró alkotta jog tényleges megismerhetőségéhez.

<sup>55</sup> A KDB D.96/8/2020. számú határozata (a kereset elutasításáról ld. a Fővárosi Törvényszék 104.K.705.291/2020/15. számú ítéletét).

<sup>56</sup> A KDB D.370/21/2021. számú határozata.

<sup>57</sup> A KDB D.276/19/2020. számú határozata (a kereset elutasításáról ld. a Fővárosi Törvényszék 103.K.706.953/2020/7. számú ítéletét).

<sup>58</sup> A KDB D.362/16/2019. számú határozata.

<sup>59</sup> A KDB D.273/18/2012. számú határozata.

<sup>60</sup> A KDB D.732/12/2016. számú határozata.

### 3. A fórumok döntéseinek lehetséges csoportosítása

A bírósági, illetve a döntőbizottsági döntések különböző csoportokba sorolhatók abból a szempontból, hogy miképpen viszonyulnak a jogalkotáshoz, illetve a jogi norma szövegéhez, milyen jellegű következtetéseket vonnak le.

Ez a kérdés vizsgálható a jogfejlesztés szempontjából is, hiszen a fórumoknak alapvetően két feladatuk van: a jogszolgáltatás (jogalkalmazás) és a jogfejlesztés. Vagyis a fórumok nemcsak érvényesítik a jogszabályokban foglaltakat, nemcsak elbírálják, eldöntik a jogvitákat, hanem tovább is fejlesztik a jogot. Ez azt jelenti, hogy olyan értelemmel ruházzák fel a jogszabályokat, amely azok szövegében nem volt benne, így a tételes jogot át is értelmezhetik. A jogszolgáltatás a tételes jogi normákat érvényesíti, kikényszeríti, a létező jogot nem változtatja meg, míg a jogfejlesztés azonban már igen. A jogfejlesztés eredménye lehet *praeter legem*: ilyen esetben a fórum a törvény szövegén túlmegegy, olyan döntést hoz, amely nincs benne a tételes jogi norma szövegében, viszont abból levezethető, azzal nem ellentétes, a jogbiztonság elvét nem sértve eldönti a jogszabály által nyitva hagyott kérdéseket. Ezzel szemben a *contra legem* döntés kifejezetten ellentétes a jogszabály szövegével (és a jogbiztonság elvével); akkor kerülhet sor ilyen meghozatalára, ha a fórum nem lát más utat egy társadalmi szempontból helyteleníthető döntés elkerülésére.<sup>61</sup>

A fentieket felhasználva, bár egy eltérő megközelítést alkalmazva, a következő bekezdésekben meghatározott

főbb csoportok különíthetők el azon az alapon, hogy a fórum mennyire aktív ezen a téren.

a) A jogszabályt alkalmazó döntés esetében a jogszabályhoz fűződő viszony egyértelmű, a jogértelmezés nem vet fel különösebb kérdéseket, a tényállás megítélése viszonylag egyszerűen elvégezhető. Például megtartott-e valamilyen jogszabályi (így egy korrigen-dum feladására nyitva álló) határidőt az ajánlatkérő,<sup>62</sup> hivatkozta-e a kötelező jellegű kizáró okokat a felhívásban teljes körűen,<sup>63</sup> vagy építési beruházás esetében legfeljebb hetven százalékos arányban vette-e figyelembe az ajánlati árat értékelési részszerzőként.<sup>64</sup>

b) A jogszabályt konkretizáló döntés esetében már adott esetben értékes, a jövőbeni joggyakorlat számára is hasznosítható tartalmak is megjelennek, hiszen ilyen esetben a jogszabály által megadott fogalmakat részleteznek, jogintézményeket magyaráznak. Így például mit jelent a „közvetlenség” fogalma alvállalkozó esetében,<sup>65</sup> hogyan értelmezhető a Kbt. 71. § (8) bekezdésében alkalmazott korlátozások,<sup>66</sup> vagy hogyan írható le a további kiegészítő árendokolás-kérés folyamata, kötelezettsége.<sup>67</sup> Továbbá mikor állapítható meg (vagy nem állapítható meg) hamis adatszolgáltatás<sup>68</sup> vagy mikor sérti meg az ajánlatkérő a Kbt. 55. § (6) bekezdését,<sup>69</sup> mit jelent az ajánlati kötöttségből levezethető módon a biankó ajánlat, illetve annak tilalma.<sup>70</sup> Az alapul fekvő jogszabályi rendelkezések megfelelő alkalmazásához, értelmezéséhez ismerni célszerű az ilyen határozatokat, hiszen kibontják, részletezik egyes előírások, fogalmak tartalmát, illetve egyes rendelkezések összefüggéseit

<sup>61</sup> TÓTH J. Zoltán (szerk.): i. m. 43–44. o.

<sup>62</sup> Ld. pl. a KDB D.323/12/2018. számú határozatát.

<sup>63</sup> Ld. pl. a KDB D.63/11/2018. számú határozatát.

<sup>64</sup> Ld. pl. a KDB D.91/6/2020. vagy a D.42/10/2020. számú határozatát (a kereset elutasításáról ld. a Fővárosi Törvényszék 103.K.701.148/2020/14. számú ítéletét).

<sup>65</sup> Ld. pl. a KDB D.791/11/2010. számú határozatát (ehhez kapcsolódóan ld. még a Kúria Kfv.II.37.574/2013/4. számú ítéletét), a KDB D.657/21/2016. vagy a D.171/16/2017. számú határozatát.

<sup>66</sup> Ld. pl. a KDB D.414/14/2018. (nem a beszerzési igénynek megfelelő termékre tett ajánlat) vagy a D.326/10/2019. számú határozatát (a teljes árazott költségvetés nem volt hiánypótolható, mert a szerződés végrehajtásának módjára vonatkozott, vö. D.786/8/2015. számú határozattal: az ajánlatok tartalmazták a főösszesítőket, „csak” a költségvetéseket nem, viszont emiatt a hiánypótlás már jogszerű volt).

<sup>67</sup> Ld. pl. a KDB D.151/41/2019. számú határozatát: „A Döntőbizottság rámutat arra is, hogy az ajánlati árra vonatkozó indokoláskérés folyamata egy konzultációhoz hasonlít a felek között, ahol az ajánlatkérőnek nemcsak kérdeznie kell, hanem ezzel támpontokat is meg kell adnia, ha azt korábbi iratok nem tartalmazták.”

<sup>68</sup> Ld. pl. a KDB D.459/11/2019., a D.499/43/2019. vagy a D.67/27/2020. számú határozatát.

<sup>69</sup> Ld. pl. a KDB D.608/6/2017., a D.160/16/2019. vagy a D.89/7/2021. számú határozatát.

<sup>70</sup> Ld. pl. a KDB D.225/9/2009., a D.343/18/2018. vagy a D.67/27/2020. számú határozatát.

megvilágítják, rendkívül fontos értelmezési szempontokat fogalmaznak meg. Korábról (2007-ből) említhető olyan példa is, amikor a KDB is elismerte, hogy egy új szabályozással (a hiánypótlásra vonatkozó szabályok 2006-os átalakításával) kapcsolatban „[a] jogorvoslati eljárások eredményeként sem áll fenn még végleges gyakorlat, e tárgyban jogerős bírósági ítéletek sem foglaltak állást.” Ennek megfelelően a bírság alkalmazásának körében is levonták a szükséges következtetéseket: „A Döntőbizottság jelen esetben mérlegelési jogkörében – a jogsértés reparálhatóságán kívül – bírság kiszabását arra tekintettel nem ítélte indokoltnak, mert a Döntőbizottság hivatalbéli vizsgálata alapján jelen határozatában több kérdésben, különösen a hiánypótlás vonatkozásában a korábbi joggyakorlat teljes áttekintésére és egységesítésére törekedett, mely miatt nem érheti hátrány az ajánlatkérőt.”<sup>71</sup>

Valamilyen, a jövőben igazodási pontot jelentő tartalomképződés („jogképződés”) már megvalósul e döntések esetében. Különösen fontosak a fogalmakat magyarázó, meghatározó döntések, „Tekintettel arra, hogy a jogalkalmazás kiindulópontja mindig egy szöveg, s ez a szöveg a jogalkalmazó számára főszabály szerint megkérdőjelezhetetlen, a jogi vita főleg a normában szereplő fogalmakra koncentrálódik.”<sup>72</sup>

Nemcsak a jogalkalmazás, hanem a jogalkotás is felhasználhat különböző értelmezéseket, és beépítheti a norma szövegébe ezeket az egyértelműsítés, pontosítás szándékával. Így példaként említhető a Kbt. 27. § (3) bekezdése, amely a következőképpen rendelkezik: „A közbeszerzési eljárás előkészítése, a felhívás és a közbeszerzési dokumentumok elkészítése, valamint az ajánlatok értékelése során és az eljárás más szakaszában az ajánlatkérő nevében eljáró, illetve az eljárásba bevont személyeknek és szervezeteknek együttesen rendelkezniük kell a közbeszerzés tárgya szerinti szakmai, közbeszerzési, jogi és pénzügyi szakértelemmel.” E § (4) bekezdése pedig a bírálóbizottság esetében kifejezetten kiemeli (megismétli), hogy a (3) bekezdésben meghatározott szakértelemmel együttesen rendelkező, lega-

lább háromtagú bírálóbizottságot köteles létrehozni az ajánlatok elbírálására és értékelésére az ajánlatkérő. Adódik a kérdés, hogy miért volt szükség ennek a követelménynek az ilyen jellegű kiemelésére, egyértelműsítésére?

A kiindulópont a Második Kbt. hatályának időszakából eredeztethető. A Második Kbt. 8. § (3) bekezdése nem írta elő kifejezetten, hogy a bírálóbizottsági tagoknak milyen szakértelemmel kell rendelkezniük, a hatályos Kbt. 27. § (4) bekezdésének megfeleltethető utaló szabályt nem tartalmazott. A joggyakorlat viszont ennek hiányában is levezette a bírálóbizottság tekintetében irányadó követelményt: „Az ajánlatkérő szabad döntési jogosultsága nem terjedhet odáig, hogy szavazati joggal nem rendelkező személyek szakértelmére alapítsa döntését, ugyanakkor a megfelelő szakértelmet a Bíráló Bizottság szavazati joggal rendelkező tagjait érintően ne biztosítsa. Ez utóbbi a közbeszerzési eljárás szakszerűségének, megalapozottságának egyik fontos garanciális eleme.”<sup>73</sup> A Második Kbt.-vel ellentétben már a régi Kbt. is kifejezetten előírta, hogy a bírálóbizottság tagjainak kell rendelkeznie az előírt szakértelemmel, tehát a jogalkotó törvényi szintre emelte azt a követelményt, amelyet korábban a bírósági joggyakorlat nevesített, a hatályos Kbt. ezt a szabályozást pedig fenntartotta azzal pontosítva, hogy „együttesen” kell a tagoknak az említettekkel rendelkezniük.

c) A *jogszabályt kiegészítő* döntések esetében a jogszabály tartalmából közvetlenül nem következő kötelezettséget, szabályt állapítanak meg. Jellemző eset, amikor az alapelvekből vezetnek le olyan kötelezettségeket, amelyeknek ilyen módon semmilyen tételes jogi alapja nincs, vagyis bármilyen, lényegében előre nem látható döntés, jogértelmezés felmerülhet a fórum részéről. Mivel az alapelvek a jogalkalmazásban sajátos módon (különböző funkciókkal) jelennek meg,<sup>74</sup> ezért az ilyen döntések alapján lényegében kizárólag utólag lehet megmondani, hogy mi lett volna a helyes (a jogszerű) ajánlatkérő döntés, eljárás. Nem egyszer tehát olyan kötelezettségeket is megfogalmaznak, amelyek a

<sup>71</sup> A KDB D.98/17/2007. számú határozata. A felülvizsgálatról (a kereset elutasításáról) ld. a Fővárosi Bíróság 14.K.31505/2007/8. számú ítéletét.

<sup>72</sup> JAKAB András: Ki a jó jogász? Jura, 2005/1., 95. o.

<sup>73</sup> A Legfelsőbb Bíróság Kfv.VI.37.183/2009/7. számú ítélete.

<sup>74</sup> Ld. pl. a Fővárosi Törvényszék 104.K.700.903/2018/6. számú ítéletét, a KDB D.887/23/2016. vagy a D.207/15/2020. számú határozatát.

tételes jogból, de még az alapelvekből sem következnek, még közvetett módon sem. Ilyen szempontból érdekes a *kitanítási kötelezettség* kérdése, azaz, hogy az ajánlatkérőnek kell-e, és ha igen, akkor milyen felvilágosításokat kell adnia a gazdasági szereplőknek annak érdekében, hogy jogaikat gyakorolni tudják. „Kitanítási kötelezettség” sem a Kbt. szabályaiban, sem döntésekben így kifejezetten nem jelenik meg, azonban néhány esetben – egyes alapelvekből következően – alapelvekből kiindulva jogsértést állapítottak meg. Két példa említhető ebben a körben.

Az első eset kiindulópontja az volt, hogy a 2017 előtti jogszabályi rendelkezések nem rendezték az összefoglaló tájékoztatás közzétételét követően, a Kbt. 113. §-a alapján indítható – azóta megszüntetett – eljárásban azt a kérdést külön, hogy a gazdasági szereplő érdeklődésének jelzésére vonatkozik-e különleges követelmény az elektronikus aláírás kapcsán, ha elektronikus levélben küldte el az ajánlatkérőnek az érdeklődését tartalmazó üzenetet. Az ajánlatkérő úgy ítélte meg eltérő szabály hiányában, hogy a főszabályként előírt, legalább fokozott biztonságú elektronikus aláírással kellett volna ellátni a közlést, azonban mivel erre nem került sor, joghatályos érdeklődésnek az nem volt tekinthető, így mellőzte a gazdasági szereplőnek az eljárást megindító felhívás megküldését. A KDB álláspontja szerint valóban nem felelt meg az akkor hatályos jogszabályi rendelkezéseknek az érdeklődés jelzése, azonban az ajánlatkérőnek erről tájékoztatnia kellett volna a gazdasági szereplőt, aki ennek alapján korrigálni tudta volna a hibát. Ebből kifolyólag alapvető sérelmet állapított meg: „A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatkérőnek a Kbt. 2. § (7) bekezdésében foglalt rendelkezés alapján, összhangban azzal, hogy a közbeszerzési szabályozás célja a minél szélesebb körű verseny biztosítása, a Kbt. 2. § (3) bekezdése szerinti alapelv – jóhiszeműség – tiszteletben tartásával fel kellett volna hívnia a kérelmező figyelmét arra, hogy az érdeklődése nem felel meg a jogszabályoknak, azt figyelembe venni nincs lehetősége, ezért ezt tegye meg más formában. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő azzal, hogy a nem joghatályosan előterjesztett érdeklődésre nem adott visszajelzést, megsértette a Kbt. 2. § (3) és (7) bekezdéseit.”<sup>75</sup> A

jogalkotó 2017. január 1-jétől úgy módosította a Kbt. 113. § (1) bekezdését, hogy a Kbt. 41. §-ától való eltérést megengedő szabályt illesztett a normaszövegbe. („Az érdeklődés jelzésére a 41. § azzal az eltéréssel alkalmazandó, hogy az elektronikus úton tett nyilatkozatot a gazdasági szereplőknek nem szükséges elektronikus aláírással ellátni.”) A Kbt. 113. §-ának hatályon kívül helyezése (az összefoglaló tájékoztatás alkalmazási lehetőségének megszüntetése), illetve az Elektronikus Közbeszerzési Rendszer (EKR) bevezetése e jogi problémát már idejétmúlttá tette, azonban a tág jogalkalmazási keretek szemléltetésére kiválóan alkalmas az említett példa.

A második eset az *iratbetekintéshez* kapcsolódik. Az ajánlattevő e-mailt írt az ajánlatkérőnek, amelyben felvilágosítást kért, hogy milyen törvényes lehetősége van a versenytárs ajánlattevő felvilágosításának megtekintésére. Mivel indokolást nem tartalmazott ez a megkeresés, ezért az ajánlatkérő – mivel az nem felelt meg a Kbt. 45. § (1) bekezdésének – figyelmen kívül hagyta. Az ajánlattevő úgy vélte, hogy az ajánlatkérő jogsértő módon zárta el az iratbetekintés lehetőségétől, ezért a KDB-hez fordult. A KDB álláspontja szerint az e-mailből megállapítható volt, hogy az az írásbeli megkeresés iratbetekintésre irányult, ugyanakkor azt is megállapította, hogy ez a kérelem nem felelt meg a Kbt. 45. § (1) bekezdésének, mert nem tartalmazott indokolást, hogy milyen feltételezett jogsértés kapcsán milyen tartalmakat kíván megtekinteni, viszont az iratmegismerési szándék egyértelműen megállapítható volt. A KDB álláspontja szerint az ajánlatkérő a Kbt. 45. § (1) bekezdésének tételes szabályát nem sértette meg. „Az ajánlatkérő e magatartásával megsértette azonban a Kbt. 2. § (1), (3) bekezdésében rögzített alapelveket azáltal, hogy a kérelmezőnek kérése ellenére nem adott tájékoztatást a Kbt. 45. § (1) bekezdésében meghatározott iratbetekintési feltételekről, nem közölte a kérelmezővel az ajánlatkérő, hogy indokolással ellátott kérelmet nyújtson be az iratbetekintési kérelméről. [...] A fentiek alapján az ajánlatkérő a Kbt. alapelveibe ütközően jogsértést valósított meg, megsértette a Kbt. 2. § (1) és (3) bekezdésében rögzített alapelveket.”<sup>76</sup>

<sup>75</sup> A KDB D.361/12/2016. számú határozata (a kereset elutasításáról ld. a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.27.231/2016/43. számú ítéletét).

<sup>76</sup> A KDB D.962/19/2016. számú határozata.

Mindez érdekes megközelítés, hiszen felmerülhet annak a kérdése, hogy vajon az ajánlatkérőnek van-e kitanítási kötelezettsége, jogi tanácsokkal segítenie kell-e egy gazdasági szereplőt (a jogi helyzetről útmutatást kell-e adnia), adott esetben más gazdasági szereplőkkel szemben ilyen módon előnyben kell-e részesíteni, támogatnia kell-e a versenytársakkal szembeni felépést? Mindez mennyire egyeztethető össze az alapelvekkel? Úgy, hogy bármely gazdasági szereplőnek van lehetősége közbeszerzési szakértelemmel rendelkező személy bevonására, ha bizonytalan a jogi lehetőségeit, kötelezettségeit illetően. Egyes gazdasági szereplők élnek e lehetőséggel (és ennek ellenértékét megfizetik), míg mások ezt mellőzik, és az ajánlatkérőnek kell emiatt helyállni, különféle tanácsadási szolgáltatást nyújtania. Látható tehát, hogy bármelyik alapelveket alapul veheti az eljáró fórum, lényegében bármilyen követelmény utóbb tetszőlegesen levezethető, korábban nem definiált, jogszabályi szinten még csak nem is létező kötelezettség megsértése is szankcionálható.

Olyan bírósági ítélet is említhető ebben a körben, amely lényegében a törvényhozás szerepét átvéve önálló követelményeket állapított meg – utólagosan, de ennek lehetőségét a másodfokú bíróság nem fogadta el: „Mind az alperes, mind az elsőfokú bíróság nagyfokú bizonytalanságban volt, amikor arra kereste a választ, hogy milyen formában kell a beszerzőnek az alapvető rendelkezéseknek megfelelnie. [N]em a jogalkalmazó feladata [...] eljárási szabályok, magatartási formák »kitalálása«. [...] Bármiféle konkrét közbeszerzési magatartást előírni, azt számon kérni, be nem tartása esetére a jogsértést megállapítani és szankcionálni csak törvényi rendelkezés alapján lehetséges.”<sup>77</sup> Vagyis alapvető jelentőségű a kérdés, hogy hol húzódik a jogszabályértelmezési tevékenység határa,<sup>78</sup> meddig jogértelmezés, és mikortól már „kitalálás” – azaz jogalkotás – az adott döntést megalapozó jogi érvelés, utólag megalkotott követelmény?

d) A jogszabályt pótló döntések esetében hiányzik a tételes jogi alap, vagyis nem szabályozza a Kbt. az adott problémát, a jogkérdést azonban meg kell ítélni. Ilyen esetben a fórumnak kell megalkotnia lényegében az irányadó szabályt, amely alapján ez teljesíthető. Három példa említhető ebben a körben is.

A Kbt. nem szabályozza azt a helyzetet, ha az ajánlatkérő aránytalanul alacsony árra vonatkozó indokoláskérésére az ajánlattevő részletes, dokumentumokkal alátámasztott indokolást nyújt be, viszont az iratjegyzékben nevesített egyik mellékletet elmulasztja adminisztratív tévedésből kifolyólag csatolni. A jogkérdés ilyenkor az, hogy az ajánlatkérőnek kötelezettsége-e újra felhívni a kihagyott irat benyújtására az ajánlattevőt, vagy pedig erre nem adhat lehetőséget, és az érvénytelenséget meg kell állapítani? Az ajánlatkérő analógiaként hivatkozott a Kbt. 71. §-ára, vagyis hogy nem talált jogszerű lehetőséget arra, hogy a becsatolni elmulasztott dokumentum benyújtására ismételt felhívja a kérelmezőt. A KDB is elismerte, hogy „Nem vitásan a Kbt. tételes jogi szabályai nem tartalmazzak arra vonatkozóan feltételt, hogy mi a teendő, amennyiben az ajánlatkérő egy nagyon részletes, számos pontból álló, tételes csatolandó dokumentumlistát tartalmazó árindokolás-kérése alapján megadott indokolás egy dokumentumot nem tartalmaz, bár annak benyújtására az ajánlattevő részéről egyértelmű és kifejezett szándék volt.” Azonban az érvelést a Kbt. 2. § (7) bekezdésére hivatkozással akként folytatták, hogy „A Kbt. 2. § (3) bekezdése értelmében az ajánlatkérő is köteles a jóhiszeműség és a tisztesség követelményének megfelelően eljárni. Erre tekintettel a jelen eljárásban biztosított volt az ajánlatkérő számára annak lehetősége, hogy a kérelmező által bejelentett, ám az árindokoláshoz mellékelni elmulasztott árajánlatot bekérje, e hiányra sem alapíthatta jogszerűen a Kbt. 72. § (3) bekezdése szerinti ellenőrzési kötelezettsége teljesítésének mellőzését.”<sup>79</sup>

<sup>77</sup> A Fővárosi Ítéletábrla 3.Kf.27.440/2007/4. számú ítélete.

<sup>78</sup> E határok kérdése például a személyiségi jogi perek kapcsán is felmerülhet. Ahogy egy esetben a bíróság fogalmazott: „Önmagában a legalábbis sajátosan hangzó 'nem én kezdtem, ő kezdte' fordulat még senkit nem jogosít fel jogsértés elkövetésére. A bíróságoknak nyilvánvalóan nem feladata az, hogy józólést, illetve alapvető magatartási szabályokat közvetítsen felnőtt emberek számára.” (A Kúria Pfv.IV.20.044/2019/8. számú ítélete.)

<sup>79</sup> A KDB D.30/24/2021. számú határozata.

A másik példa az iratbetekintés biztosításához kapcsolódik, mégpedig oly módon, hogy miképpen kell azt a helyzetet kezelni, ha utóbb, az előzetes vitarendezési eljárásban az ajánlattevő feloldá egyes tartalmakat az üzleti titokká nyilvánítás alól. „Jelen esetben az a speciális helyzet állt elő, hogy az iratbetekintésre nyitvaálló határidő leteltét követően – az iratbetekintést követő előzetes vitarendezési eljárásban – az iratbetekintéssel érintett, és az iratbetekintést kérő kérelmező által megtekinteni kívánt, üzleti titokká nyilvánított dokumentumok jelentős részét a nyertes ajánlattevő feloldotta az üzleti titok alól. Azaz egy olyan joghelyzet merült fel a közbeszerzési eljárásban, amely a Kbt. által nem szabályozott. A jogkérdés eldöntéséhez a Döntőbizottság a Kbt. irányadó rendelkezéseinek komplex – azaz nemcsak nyelv-tani, hanem történeti, rendszertani, logikai, teleológiai – vizsgálatát az alábbiak szerint végezte el.” Az Alaptörvény 28. cikkét és a Kbt. 2. § (7) bekezdését alapul véve a jogsértést (az iratbetekintés jogellenes korlátozását) megállapították, azonban bírságot az ügyben felmerült jogkérdés „komplex jellegére” tekintettel nem szabtak ki.<sup>80</sup>

Végül megemlíthető a fedezet jellege, illetve a megemelésének lehetősége. A Kbt. egy igen lényeges pénzügyi kérdést, a fedezetet nem szabályozza kifejezetten, mindössze az eljárás eredménytelensége és a bontás körében tesz említést róla. Az alapkérdés, hogy megemelhető-e az eredetileg rendelkezésre álló fedezet legalább a nyertes ajánlatban megadott ellenszolgáltatásnak megfelelő összegűre annak érdekében, hogy az eljárást az ajánlatkérő eredményessé nyilváníthassa? Ha pedig igen, akkor milyen feltételek mellett?

A fedezet természetével, valamint megemelésének kérdésével a szakirodalomban is foglalkoznak,<sup>81</sup> ebben a körben csak a leglényegesebb kérdések kerülnek összefoglalásra. Mivel a Kbt. semmiféle támpontot nem ad sem a fedezet fogalmára, természetére, forrásának igazolási kötelezettségére, ezért a fórumoknak igen széles

körben kell választ adniuk a gyakorlatban felmerülő sokféle kérdésre. A legfontosabb tételek a következőkben foglalhatók össze: „A becsült érték jellegénél fogva egy prognosztizált összeg, mellyel ellentétben a fedezetnek számszakilag kimutathatónak kell lennie, a pénzüsszeg rendelkezésre állása vagy forrás megjelölése formájában.”<sup>82</sup> Az ellenérték az, amit az ajánlatkérő „fizetni” akar, a fedezet pedig annak forrása.<sup>83</sup> A fedezet megemelésének lehetőségére nézve kezdetben többféle választ adott a KDB. Az első, *elutasító álláspont* szerint – amelyet a KDB egyik korábbi döntésében megfogalmazott – „Az ajánlatkérőnek nincs mérlegelési lehetősége, hanem a feltételek bekövetkezése esetén az eljárás eredménytelensége megvalósul. Ebből a szempontból nincs jelentősége annak a ténynek, hogy az adott ajánlattevők által megajánlott ajánlati ár milyen mértékben haladta meg az ajánlatkérő rendelkezésére álló fedezetet. [...] A Döntőbizottság megállapította, hogy a verseny tisztasága, az átláthatóság elve nem sérült, mivel az ajánlatkérő jogszerűen nem módosíthatja az eljárás során a fedezet összegét.”<sup>84</sup> Egy másik esetben pedig a következőket fogalmazták meg: „A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő jogszerűen járt el akkor, mikor a nyitva álló húsz napos határidőn belül módosította jogsértő döntését. Az ajánlatkérő eljárása akkor lett volna jogsértő, ha a jogsértését – a rendelkezésre álló fedezet mértékét meghaladó ajánlati árak ellenére eredményessé nyilvánítást – a törvényes határidőn belül, az erre hivatott jogintézmény keretein belül nem orvosolta volna.”<sup>85</sup> Az az álláspont is megjelent a joggyakorlatban, amely szerint „Ha az ajánlatkérő más forrásból – átcsoportosítással stb. – tudja biztosítani a szerződés fedezetet, nem kell, hogy kötelezően alkalmazza ezen eredménytelenségi indokot. Ez a jogszabályhely tehát csupán a lehetőségét teremti meg annak, hogy az ajánlatkérő abban az esetben, ha az anyagi fedezet mértékére tekintettel nem megfelelő ajánlatok érkeztek, akkor az eljárást eredménytelenné nyilvánítsa.”<sup>86</sup>

<sup>80</sup> A KDB D.164/19/2021. és a D.227/23/2021. számú határozata.

<sup>81</sup> Ld. CSAPLÁROS Diána: A fedezet felemelése a közbeszerzési eljárásban – „A megkerült fedezet.” Jog, Állam és Politika, 2014/1, 151–163. o.

<sup>82</sup> A KDB D.968/15/2011. számú határozata, ld. még a D.578/5/2017. számú határozatát.

<sup>83</sup> A Fővárosi Ítéletábla 3.Kf.27.451/2007/18. számú ítélete.

<sup>84</sup> A KDB D.22/14/2014. számú határozata.

<sup>85</sup> A KDB D.123/23/2013. számú határozata.

<sup>86</sup> A KDB D.571/40/2012. számú határozata.



A régi Kbt.-hez kapcsolódóan a KDB külön kollégiumi állásfoglalást bocsátott ki [1/2014. (IV.4.) számú állásfoglalás], amely már egyértelműen tartalmazta a fedezet megemelésére vonatkozó álláspontot. Eszerint „Az ajánlatkérőknek a közbeszerzési eljárásban pótlólagos fedezet biztosítása esetén nem kell kötelezően [...] eredménytelenné nyilvánítaniuk a közbeszerzési eljárást, amennyiben az ajánlati összeg, vagy több ajánlat összege is meghaladja a bontási eljárás során ismertetett fedezet összegét. Az anyagi fedezet összege módosítható, emelhető az ajánlatok bontását követően az ajánlatkérő által, de a Döntőbizottság fokozottan vizsgálja, hogy története visszaélés, és az ajánlatkérőnek az összegezés megküldéséig a megemelt anyagi fedezet biztosítását dokumentálnia kell.”

A kollégiumi állásfoglalás fontos feltételként nevesíti a fedezet megemelése körében, hogy azt *megfelelően dokumentálni kell*. A KDB egy esetben megállapította a jogsértést azon az alapon, hogy a nyertes árak meghaladták az ismertetett fedezet összegét, ugyanakkor az ajánlatkérő az eljárást eredményessé nyilvánította annak ellenére, hogy a további fedezet rendelkezésre állására nézve nem állt rendelkezésre dokumentum.<sup>87</sup> Az ajánlatkérő autonóm döntése a fedezet meghatározása.<sup>88</sup> E tételből kiindulva az ajánlatkérő nem kényszeríthető arra, hogy a fedezetet a közbeszerzési eljárásban megemelje, ezt a nyertes pozícióban lévő ajánlattevő nem kényszerítheti ki. („Az ajánlattevőnek nincs arra jogi lehetősége, hogy az általa ajánlott ár teljesítéséhez szükséges fedezeti összeg előállítását követelje, illetve ezzel kapcsolatban igénnyel lépjen fel.”)<sup>89</sup> Ugyanakkor alapvető sérelem már megállapítást nyert egy olyan esetben, amikor az ajánlatkérő megemelte a fedezetet 15%-kal, majd a nyertes ajánlatot érvénytelenné nyilvánította. A második helyezett aján-

lattevő 1%-kal tett magasabb összegű ajánlatot, de azt már nem pótolta ki az ajánlatkérő, hanem az eredménytelenségről döntött: a Kúria szerint ez az egyenlő bánásmód elvét sértette, hiszen csekély volt a két érték között a különbség.<sup>90</sup> Látható, hogy még az a korábban következetes joggyakorlati tétel is, amely szerint a fedezet az ajánlatkérő autonómiájába tartozik, annak megemelése nem kényszeríthető ki az ajánlattevők által, áttörhető az alapelvekre hivatkozással új aspektusokat hozva a felszínre. Mivel a Kbt. semmiféle szabályt nem tartalmaz a fedezet kimunkálására, megemelésére, a kapcsolódó dokumentálási kötelezettségekre, ezért a korábbi jogi szabályozás kapcsán kialakított jogalkalmazói követelmények, elvárások, jogértelmezési megközelítések továbbra is komoly jelentőséggel bírnak, a jogalkotó ezekből nem kívánt törvényi szintre emelni egyetlen elemet sem.

e) Végül ötödik csoportként megemlíthetők a *jogszabályt rontó döntések* is, amelyek a jogalkotói céllal,<sup>91</sup> a jogszabály szövegével ellentétes konklúziókat vonnak le. Olyan határozatok, ítéletek sorolhatók ebbe a körbe, amelyek jogintézmények, jogi szabályok félreértésére és helytelen következtetésekre épülnek, és ebből kifolyólag olyan helyzetet teremtenek, amely csak megnehezíti, elbizonytalanítja a későbbi helyes jogértelmezést, némely esetben kifejezett jogalkotói beavatkozás igényét felvetve. Az e körbe tartozó példák hosszabb elemzésére a cikksorozat következő részében kerül sor, általánosságban azonban olyan döntések említhetők ebben a körben, amelyek olyan kötelezettségeket, jogsértéseket állapítanak meg, amelyeknek semmilyen alapvető vagy tételes jogi alapja nem határozható meg, azoktól teljes mértékben eltávolodnak, példákat állítva ezzel a klasszikus „bíró alkotta jognak.”

<sup>87</sup> Ld. a KDB D.274/10/2014. számú határozatát.

<sup>88</sup> Ld. a KDB D.22/14/2014. számú határozatát, illetve a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.33.629/2013/9. számú ítéletét.

<sup>89</sup> A KDB D.332/10/2016. számú határozata.

<sup>90</sup> Ld. a Kúria Kfv.III.38.069/2015/3. számú ítéletét (BH2016. 185.).

<sup>91</sup> A jogszabályok célja tekintetében ld. pl. a Kúria Kfv.III.37.298/2021/5. számú ítéletét: „A jogszabályok nem cél nélküliek, azt kell feltételezni, hogy egy előírásnak meghatározott célja van. Értelmetlen, cél nélküli kötelezettséget jogszabály nem ír elő a jogalanyoknak.”