

KÖZBESZERZÉSI IRÁNYT Ű

Bíró alkotta jog a közbeszerzésekben – jogvitákból jogalkotás?¹ III. rész

Judge made law in public procurement – From litigation to legislation? 3rd part

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.2022.2.3

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.

6. Az Európai Unió Bíróságának (EUB) hatása a nemzeti jogalkotásra

6. 1. Az EUB döntéseinek általános hatása a nemzeti jogalkotásra és jogalkalmazásra

Az EUB ítéletei rendkívül fontos iránymutatásokat tartalmaznak egyes jogi kérdések megítélésére, amelyeket rendszerint előzetes döntéshozatali eljárások, vagy éppen kötelezettségszegési eljárások eredményeként

fogalmaz meg. Az egyes döntésekre a közbeszerzésekben érintett felek is hivatkozhatnak: „Mint azt a Kúria Kfv.IV.37.642/2013/11. számon hozott ítéletében elvi éllel rögzítette, a Közbeszerzési Hatóság autonóm államigazgatási szerv. Az autonóm államigazgatási szerv jogállása nem zárja ki, hogy az ilyen szerv eljárása során az Európai Unió jogát alkalmazza és értelmezze, nem zárja ki, hogy döntése alátámasztására az Európai

¹ 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.

Unió Bíróságának döntéseire hivatkozzon.”² Meg kell azonban jegyezni, hogy egyes esetekben a KDB úgy foglalt állást, hogy „A jogalkalmazói jogértelmezés a közösségi jogra történő figyelembevétel kapcsán sem mehet túl a jogalkotó által egyértelmű szövegezésben meghatározott tartalom.”³

A jogalkotó igyekszik rendszerint az EUB által megfogalmazott követelményekhez igazítani a hazai szabályozást is, ennek megfelelően módosítja időnként a jogszabályok szövegét. Nem szükségszerű azonban az, hogy minden egyes értelmezési álláspontot szó szerint átültesse, vannak olyan területek, ahol a megfogalmazott megközelítés az adott ítéletre történő hivatkozással épül be a jogalkalmazásba. Ilyen például a nyertes ajánlattevőként szerződő fél bírságolásának lehetősége a szerződés Kbt.-be ütköző módosítása esetén: „A szerződésmódosítások ténye nem volt vitatott, az erre irányuló konszenzus létrejött a felek között, ennek megfelelően a szerződés módosítással kapcsolatban hivatkozott jogsértések vizsgálatát a Döntőbizottság mindhárom, módosításban tevélegesen részt vevő féllel szemben folytatta le, a tiltott szerződésmódosítás jogkövetkezményeit is mindhárom félnek, mint nyertes ajánlattevőként szerződő feleknek, és mint a módosításban résztvevő feleknek viselniük kell.”⁴ Ebből adódóan „A Döntőbizottság joggyakorlata töretlen és egységes a tekintetben, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés Kbt.-be ütköző módosítása esetén a szerződő felek mindegyike tekintetében bírságot szab ki. Ezzel azonos álláspontra helyezkedett az Európai Bíróság a C-263/19. számú ügyben.”⁵

Érdekes kérdésként merülhet fel a fenti logika alapján, hogy a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötött szerződés esetében a szerződő gazdasági szereplő bírságható-e, vagy pedig kizárólag a beszerző sújtható pénzügyi jogkövetkezéssel. A joggyakorlatban – a vonatkozó EUB-ítélet alapján – a jogellenes

szerződésmódosítás kapcsán a gazdasági szereplő is bírságható, hiszen ő is részese a speciális jogviszonynak. Ez a megközelítés azonban a jogellenes mellőzésre vonatkozó joggyakorlatba nem épült be, annak ellenére, hogy ebben az esetben is két fél közös megegyezése a kiindulópont. Ennek indoka az lehet, hogy a közbeszerzési kötelezettség megítélése elsősorban az ajánlatkérő ismeretei alapján lehetséges (például a részekre bontás tilalmával érintett egyéb beszerzéseit és az egybeszámítás feltételeit ő ismerheti), a gazdasági szereplőtől összetettebb vizsgálatok nem várhatók el (például a Kbt. által szabályozott kivételek körében).

A következőkben olyan esetek, jogintézmények, példák kerülnek bemutatásra, amikor az EUB által megfogalmazott álláspontok, megközelítések beépültek a jogi szabályozásba.

6. 2. Az összeférhetetlenség

A Kbt. *alapvető elvként (követelményként)* fogalmazza meg, hogy „Az ajánlatkérő köteles minden szükséges intézkedést megtenni annak érdekében, hogy elkerülje az összeférhetetlenséget és a verseny tisztaságának sérelmét eredményező helyzetek kialakulását.”⁶ Az idézett rendelkezéshez normatív értelmezés nem kapcsolódik, így a KDB is általános jelleggel csak annyit fogalmazott meg, hogy „A verseny tisztaságának sérelmét eredményező helyzet kialakulásának fogalmát a Kbt. nem definiálja, az mindig az adott ügy specifikumaira tekintettel állapítható meg, ahhoz azonban nem szükséges, hogy a verseny tisztaságának sérelme ténylegesen bekövetkezzen.”⁷

Az összeférhetetlenségre vonatkozó szabályok megállapításához kapcsolódó *jogalkotói szemléletmód* jelentős változáson ment keresztül az elmúlt években, tekintettel arra, hogy a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény [a továbbiakban: Második Kbt.] még meglehetősen részletes, taxatív szabályozást

² A KDB D.130/7/2016. számú határozata. A Kúria hivatkozott ítélete: BH2016. 50.

³ A KDB D.224/11/2012. számú döntőbizottsági határozata.

⁴ A KDB D.223/19/2018. számú határozata.

⁵ A KDB D.455/7/2020. számú határozata.

⁶ A Kbt. 25. § (1) bekezdése.

⁷ A KDB D.469/14/2012. számú határozata.

tartalmazott e tárgykörre nézve.⁸ A korábbi összeférhetlenségre vonatkozó szabályozás objektív volt, azaz a tényállási feltételek megvalósulása attól függetlenül érvénytelenséget eredményezett, hogy az érintett szervezet, személy által való közreműködésből származott-e előny vagy azonos feltételrendszer mellett, többletinformációk nélkül vehetett részt a versenyben egy érintett gazdasági szereplő. Ezzel szemben már a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvényben [a továbbiakban: régi Kbt.] rögzített új szabályok lehetőséget biztosítottak az érintett szervezetnek, személynek annak bizonyítására, hogy az ajánlatkérő nevében eljárva képes funkcióinak pártatlan és tárgyilagos ellátására, illetve az eljárásban való részvétele ajánlattevőként, részvételre jelentkezőként, alvállalkozóként vagy az alkalmasság igazolásában részt vevő szervezetként nem jár a verseny tisztaságának sérelmével.⁹

A szabályozás újragondolása egyébként az EUB ítélezési gyakorlatának megfelelően történt, hiszen a Bíróság abból indul ki, hogy *megdönthetetlen vélelmek felállítása nem egyeztethető össze az EU-s szabályozással* tekintettel arra, hogy az meghaladja a tagállami jogharmonizáció lehetőségének határait. Az EUB szerint a jogharmonizációnak az egyik alapvető célja, hogy kizárják annak kockázatát, hogy a nemzeti ajánlattevőket előnyben részesítsék, valamint annak kizárása, hogy az ajánlatkérőt az érintett szerződés szempontjaitól eltérő megfontolások vezéreljék. A tagállamoknak biztosítani kell mozgásteret olyan intézkedések elfogadására, amelyek az egyenlő bánásmód, valamint az átláthatóság elve tiszteletben tartásának biztosítását célozzák, így a „[k]özösségi joggal nem ellentétes az olyan nemzeti intézkedések elfogadása, amelyek célja [...] közbeszerzési eljárásokban az olyan, átláthatóságot veszélyeztető és versenyt torzító gyakorlat

kockázatának kiküszöbölése.” Ugyanakkor a Bíróság álláspontja szerint a bizonyítást nem engedő, megdönthetetlen vélelmeken alapuló szabályozás „[m]eghaladja azt a mértéket, amely az állítólagosan követett átláthatóság és egyenlő bánásmód céljainak eléréséhez szükséges, mivel [...] közbeszerzési eljárásokból kizárja a vállalkozások egy egész kategóriáját.”¹⁰ A KDB összegezése szerint pedig „Az összeférhetlenségi szabályokat, a konkrét eset összes körülményeit figyelembe véve a közbeszerzés alapelveire és a törvény szabályainak az uniós joggal összhangban álló értelmezésére tekintettel kell alkalmazni. Ennek lényeges eleme az, hogy az érintett szervezetek, személyek bizonyíthatják, hogy képesek funkciójuk pártatlan és tárgyilagos ellátására, illetve egyébként az eljárásban való részvételük nem jár a verseny tisztaságának sérelmével.”¹¹

A hatályos Kbt. 25. § (4) bekezdésében található olyan szabályok, amelyek bizonyos személyek, illetve általuk, vagy velük közös háztartásban élő hozzátartozó tulajdonában álló szervezetek számára tiltják meg a részvételt. Viszont – tekintettel az EUB követelményére – ugyanezen § (8) bekezdése alapján meg kell adni a lehetőséget arra, hogy az érintett bizonyíthassa, hogy a közbeszerzési eljárás előkészítésében való részvétele az esélyegyenlőséget és a verseny tisztaságát nem sérti, vagy arra, hogy az összeférhetlenségi helyzetet más módon elhárítsa.

6. 3. Az in-house beszerzések

A kivételek között kerülnek nevesítésre az ún. in-house (azaz „házon belüli”) beszerzések, valamint a különböző ajánlatkérők közötti, közszolgáltatások ellátására irányuló együttműködési megállapodások megkötése. Az *in-house beszerzések lényege*, hogy az ajánlatkérő „házon belül” is tudja biztosítani az adott

⁸ Ld. a Második Kbt. 10. §-át. Ld. pl. még a KDB D.1005/6/2016. számú határozatát: „A bíráló bizottság egyik tagja M. L., aki a bontási eljáráson és az ajánlatok bírálata során az ajánlatkérő nevében eljár, az ajánlatkérő által lefolytatott jelen közbeszerzési eljárás időszakában. Az ajánlatkérő a fentiek alapján megsértette a [Második] Kbt. 10. § (1) bekezdés c) pontját [...]. A Döntőbizottság a jelen esetben nem ítélte indokoltnak bírság kiszabását, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérővel szemben megállapított jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre befolyása nem volt, az érintett érdekelt gazdálkodó szervezet ajánlatot nem nyújtott be.”

⁹ A régi Kbt. javaslati állapotához fűzött indokolás.

¹⁰ C-213/07. sz. ügy 5. pont. Ld. még a C-21/03. és C-34/03. szám alatt egyesített ügyeket.

¹¹ A KDB D.182/13/2014. számú határozata. A felülvizsgálatáról (a kereset elutasításáról) ld. a Szekszárdi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 4.K.27.070/2014/9. számú ítéletét. Az ügy tényállása szerint a korábbi tervezőt jelölte meg egy ajánlattevő alvállalkozóként, és az ajánlatkérő összeférhetlenséget állapított meg a felvilágosításkérésre adott nyilatkozatok, valamint az áririndoklásban foglaltak alapján, a KDB pedig ezt az álláspontot elfogadta.

szükséglet kielégítését, vagyis nincs szükség versenyeztetésre, mert egy olyan szervezettel lehet szerződést kötni, amely bár nem képezi az ajánlatkérő szerv szervezeti egységét, függetlensége azonban mégis erőteljesen megkérdőjelezhető, ugyanis az csak látszólagosnak tekinthető.¹² A Kbt. meghatározza azokat a feltételeket – például meghatározott irányítási, ellenőrzési jogosítványok, bizonyos, az ajánlatkérőtől származó árbevételi arány fennállását –, amelyeknek teljesülniük kell ahhoz, hogy az ajánlatkérő és a szervezet között közbeszerzési eljárás nélkül lehessen szerződést kötni. Ha azonban ilyen konstrukció létrejön, akkor az a szervezet, amellyel az ajánlatkérő in-house beszerzési viszonyt valósít meg, maga is ajánlatkérővé válik, és a további beszerzései – ha annak a Kbt.-ben meghatározott általános feltételei fennállnak – a Kbt. hatálya alá kerülnek (e szabály biztosítja azt, hogy in-house beszerzésekkel ne lehessen a Kbt.-t megkerülni).

Az in-house beszerzés, mint kivételi kör szabályozásának alapját a szerződés polgári jogi fogalmának egyik immanens eleme képezi, nevezetesen az, hogy a szerződéshez legalább kettő, egymástól független félre van szükség, ugyanis közöttük a kölcsönös és egybehangzó akaratnyilvánítás folytán a szolgáltatás és ellenszolgáltatás lényeges elemeiről megegyezés jön létre. Ha azonban a jogviszony alanyai egyetlen szándék és akarat megtestesítői önálló jogi személyiségük ellenére, akkor a polgári jogi megállapodás egyik lényegi vonása hiányzik. Az EUB az ún. Teckal-ügyben¹³ akként foglalt állást, hogy bár formálisan két független jogi személy között jön létre jogviszony, de az adott szolgáltatás nyújtására vállalkozó jogi személy helyzete nem tér el attól, mint amikor az a megrendelő részeként működik. Ha pedig így van, nem teljesül a szerződéses jogviszony elvi jelentőségű alapfeltevése, vagyis hogy a megállapodás két fél egybehangzó akaratán nyugszik: valójában egy fél, egy szereplő található a szerződéses jogviszony mindkét oldalán.¹⁴ Ennek megfelelően a Második Kbt. nem a kivételek körében

nevesítette az in-house megállapodásokat, hanem a közbeszerzési kötelezettség általános definícióját követően úgy fogalmazott, hogy nem minősülnek szerződésnek azok a megállapodások, amelyek megfelelnek a leírt kritériumoknak.¹⁵ A későbbi közbeszerzési törvények már a kivételek körében határozták meg az in-house tényállásokat, nem a szerződés dogmatikai jellemzőit vették alapul a vonatkozó szabályozás megalkotásakor, az EUB pedig a későbbiekben tovább pontosította a feltételeket. A *Stadt Halle* ügyben meghozott ítéletében¹⁶ az Európai Bíróság a következő kérdést vizsgálta: kötelező-e közbeszerzési eljárást lefolytatni azon társaságokkal kötendő szerződésre nézve, amelyekben az ajánlatkérő többségi részesedéssel rendelkezik, és magánvállalkozás csak kisebbségi részesedéssel bír. A Bíróság az előzetes döntéshozatali kérelem folytán meghozott határozatában a következőket mondta ki: ha magánvállalkozás akár csak kisebbségi részben is tulajdonos az adott szervezetben, az kizárja az olyan kontroll lehetőségét, mint amelyet az ajánlatkérő saját szervezeti egysége felett gyakorolhat, így az nem minősülhet in-house beszerzésnek.¹⁷ A Kbt. nem írja elő – összhangban a vonatkozó irányelvi rendelkezésekkel¹⁸ –, hogy az ajánlatkérőnek százszázalékos tulajdonában kell lennie a másik félnek, de az követelmény, hogy közvetlen magántőke-részesedés ne álljon fenn.

6. 4. Az alvállalkozók bevonására vonatkozó ajánlattevői szabadság

Az irányelvek által biztosított alapvető szabadság, hogy az ajánlattevők alvállalkozókat jelöljenek meg és vonjanak be a szerződés teljesítésébe, ez a lehetőség csak és kizárólag a törvényben meghatározott keretek között korlátozható, így a Kbt. 65. § (10) bekezdése alapján valóban lehetőség van előírni azt, hogy bizonyos alapvető fontosságú feladatokat maga az ajánlattevő vagy – közös ajánlattétel esetén – a közös ajánlattevők egyike végezzen el. Ilyen esetben az e feladatokra vonat-

¹² Juhász Ágnes: In-house (köz)beszerzés – Kivétel vagy kibúvó? Miskolci Jogi Szemle 2009/1, 88–89. o.

¹³ Az EUB C-107/98. számú ügyben hozott ítélete, ECLI:EU:C:1999:562

¹⁴ A 2005. évi XXIX. törvény 1. §-ához fűzött indokolás.

¹⁵ Ld. a Második Kbt. 2/A. §-át.

¹⁶ Az EUB C-26/03. számú ügyben hozott ítélete, ECLI:EU:C:2005:5

¹⁷ Juhász Ágnes: i. m. 90. o.

¹⁸ Ld. a 2014/24/EU irányelv 12. cikkét.

kozó alkalmassági feltételek igazolása körében nem lehet más szervezet kapacitására támaszkodni, és a teljesítés során e feladatokat nem végezheti alvállalkozó. Ha az ajánlattevő ezen ajánlatkérői előírással ellentétes módon megjelöl az ajánlatában alvállalkozókat, és az ajánlatkérő felhívására sem oldja fel az ebből fakadó ellentmondást, akkor az érvénytelenség jogszerűen megállapítható.¹⁹ A jogszabály az „alapvető fontosságú feladat” kitéltet használja, így ha utóbb megállapítást nyer, hogy a teljesítéshez szükségtelen szakembert (túlzott alkalmassági követelményt) írt elő az ajánlatkérő, akkor az ahhoz kapcsolódó, a Kbt. 65. § (10) bekezdése szerinti korlátozás is jogsérvő.²⁰

Az alvállalkozók mértékének korlátozására irányuló szándékok időről időre felmerülnek az indokolatlan alvállalkozói láncok kialakulásának megelőzése vagy éppen a szükséges erőforrásokkal egyáltalán nem rendelkező, és ennél fogva a tényleges teljesítést lényegében kizárólag másokkal végeztető vállalkozások részvételének megakadályozása érdekében. (Ezen előírások, illetve törekvések „[c]élja a szerződések teljesítésében ténylegesen részt nem vevő, ún. 'táskás cégek' visszaszorítása”).²¹ A magyar közbeszerzési jog történetében is lehetett találkozni olyan kísérletekkel, amikor százalékos arányú korlátozást emeltek a jogszabály szövegébe. A Második Kbt. 304. § (2) bekezdése 2009. április 1-jétől úgy fogalmazott, hogy „Az ajánlattevőnek vagy a közös ajánlattevőknek legalább a közbeszerzés értékének ötven százalékát saját maguk kell, hogy teljesítsék.” Ezt a szabályt – mivel számos összetettebb szerződés teljesítése kapcsán annak betarthatósága kétséges volt – már 2009. október 1-jétől hatályon kívül helyezték. Másik példaként a Kbt. 138. § (3) bekezdése említhető, amely eredetileg akként rendelkezett, hogy „Építési beruházás és szolgáltatás megrendelése esetén az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a nyertes ajánlattevő (ajánlattevők) saját teljesítésének arányát”, 2017-től a 2018-as módosításáig pedig úgy fogalmazott, hogy az „Építési beruházás

esetén az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a szerződés értékének 65%-át.” E korlátozást azonban a jogalkotó eltörölte, amelynek háttere kettős: „Egyrészt az uniós bírósági joggyakorlat és az irányelvek értelmezése alapján vitatott a rendelkezés uniós joggal való teljes összhangja. Az ehhez potenciálisan kapcsolódó kockázatok elkerülése érdekében a rendelkezés hatályon kívül helyezésre kerül. Másrészt az ajánlattevők az építőipar kapacitásainak telítettsége miatt egyre nehezebben tudnak megfelelni a törvényben rögzített követelménynek, amely több egy ajánlatos eljáráshoz, vagy ajánlattétel nélküli eljáráshoz vezethet, melynek elkerülését elősegíti a korlátozás kivezetése.”²² Az általánosságban hivatkozott uniós bírósági joggyakorlat kapcsán megemlíthető a C-406/14. számú ítélet, amely akként fogalmazott, hogy „[a] 2004/18 irányelvet úgy kell értelmezni, hogy az ajánlatkérő nem jogosult építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés ajánlattételhez szükséges dokumentációiban előírni, hogy a szerződés nyertes ajánlattevője az említett szerződés tárgyát képező munkák meghatározott százalékát saját eszközeivel teljesítse.”²³

Megjegyzendő, hogy az említett korábbi korlátozások hatálya alá eső szerződések esetében vizsgálható, hogy nem lépték-e túl a megszabott arányokat,²⁴ illetve a szükséges ellenőrzést elvégezték-e,²⁵ de az is vitákra adhat okot, hogy alvállalkozónak minősül-e a bevont szervezet (egy kapacitást nyújtó szervezet), megfelelt-e a Kbt. vonatkozó értelmező rendelkezésében megállapított fogalomnak vagy sem.²⁶

6. 5. A részekre bontás tilalma

Az EUB döntései a részekre bontás tilalmára (korábbi, bevett elnevezéssel: egybeszámítási kötelezettségre) vonatkozó szabályozás alakítására is jelentős hatást gyakoroltak, átalakítva a korábban ismert és alkalmazott szempontokat. A régi Kbt. uniós követelmé-

¹⁹ Ld. a KDB D.558/10/2020. számú határozatát.

²⁰ Ld. a KDB D.286/8/2021. számú határozatát.

²¹ A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény módosításáról szóló 2018. évi LXXXIII. törvény 48. §-ához fűzött indokolás.

²² A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény módosításáról szóló 2018. évi LXXXIII. törvény 48. §-ához fűzött indokolás.

²³ Az EUB C-406/14. számú ügyben hozott ítélete, ECLI:EU:C:2016:562, [37]

²⁴ Ld. pl. a KDB D.640/8/2017. vagy a D.210/13/2018. számú határozatát.

²⁵ Ld. pl. a KDB D.281/16/2018. számú határozatát.

²⁶ Ld. pl. a KDB D.408/11/2018. vagy a D.287/37/2018. számú határozatát.

nyekhez igazodó reformja ezen a téren a 2013. július 1-jén hatályba lépő módosítással valósult meg, amelynek „Célja az volt, hogy megváltoztassa a magyar jogban az uniós jogi megközelítéstől eltérő egybeszámítási szemlélet nem közösségi jog-konform alkalmazását. Az Európai Unió közbeszerzési irányelvei és a hozzájuk kapcsolódó uniós bírósági gyakorlat ugyanis azt követelte meg, hogy az ajánlatkérő – értékét tekintve – ne bontson részekre olyan közbeszerzéseket, amelyek funkcionális megközelítésben egy egységes beszerzésnek minősülnek. [...] Az uniós, valamint a nemzeti joggyakorlat már egységesen az egy cél megvalósítását szorgalmazó, funkcionális megközelítést alkalmazza. Ez a szabályozás élt tovább a Kbt. 19. § (1)-(3) bekezdéseiben.”²⁷

Megjegyzendő, hogy a korábbi törvény megalkotásakor a jogalkotó az építési beruházásokhoz kapcsolódóan már figyelembe vehette a C-16/98. sz. ítélet megállapításait, építési beruházások esetében ezért már a régi Kbt. akkori szabályai is lehetővé tették az uniós gyakorlattal összhangban történő funkcionális értelmezést. Mivel a szolgáltatás-megrendelések tekintetében az EUB irányadónak tekinthető C-574/10. sz. ítélete később, 2012. március 15-én született, ezért a 2013-as módosítás szolgálta azt a célt, hogy a hazai jogalkalmazásban is az uniós megközelítéssel megegyező értelmezés legyen alkalmazható, és a hazai szabályok e tekintetben se térjenek el az irányelvek által támasztott követelményektől. Az EUB fenti ítéletéből az következik, hogy a korábban építési beruházások tekintetében alkalmazott funkcionális megközelítés szempontjai más beszerzési tárgyakra is alkalmazandóak. (A C-574/10. sz. ítéletben az Európai Bíróság úgy ítélte meg, hogy az ajánlatkérő költségvetési tervezésével összefüggő indokok nem meghatározóak egy beszerzés funkcionális egységét illetően.)²⁸

Fontos azonban, hogy a részekre bontás tilalmára vonatkozó szabályok megfelelő alkalmazása, értelmezése rendkívül összetett feladat, nemcsak az uniós, hanem a hazai fórumok, illetve ellenőrzést végző

szervezetek által kimunkált elveknek, iránymutatósoknak is meg kell felelni. Némely esetben értelmezhetetlen viták bontakoznak ki egyes fórumok előtt elméleti példák elemzésével. Egy esetben a „gőzmozdony” és a „mázsza gyufásdoboz” egybeszámításának elméleti kérdéseit elemezte az elsőfokú bíróság, amelyet a másodfokú bíróság nem tudott értelmezni,²⁹ így arra is említhető példa, amikor egy vonatkozó bírósági döntés a jogalkalmazás céljától, eszközeitől eltávolodik.

7. Záró, összegző gondolatok

A közbeszerzési jog alkalmazása, a tényállások helyes megítélése összetett tevékenység, mivel kizárólag a közbeszerzési jogszabályok (a tételes jog) alapján számtalan esetben a felmerült jogkérdésre nem lehet választ adni. A jog korlátaiból adódóan nem terjedhet ki minden egyes részletkérdésre az absztrakt szabályozás. („A közbeszerzési eljárásban lehetségesen előforduló helyzeteket, az azokból eredő magatartástípusokat felleltározni nem lehet.”)³⁰ Ebből adódóan felértékelődik a fórumok döntéseinek jelentősége, a kimunkált elvek, megközelítések beépülhetnek a joggyakorlatba, későbbi jogviták megítélésénél vagy jogszabálymódosításnál kiindulópontként szolgálhatnak.

a) Az első kérdés, amelyet vizsgálni szükséges, az a szabályozás, a szabálytalálás feladatrendszerének létrehozása, az e téren kialakítható munkamegosztás a jogalkotás és a jogalkalmazó fórumok között. Alapvetően a jogalkotó döntése, hogy milyen mélységű, részletezettségű, mennyire kazuisztikus szabályozást alakít ki. Mivel lehetetlen feladat valamennyi lehetséges tényállást előzetesen felmérni, pontosan szabályozni, ezért valamilyen megoldást kell kínálni azokra az esetekre is, amikor nincs kifejezett előírás. Ennek megfelelően alkothat a törvényhozás egy általános felhatalmazó klauzulát, amely lényegében a fórumra bízta az irányadó szabály megalkotását. A Kbt. 2. § (7) bekezdésének

²⁷ A Fővárosi Törvényszék 103.K.707.682/2020/9. számú ítélete.

²⁸ 2013. évi CXVI. törvény 4. §-ának indokolása.

²⁹ „Íránymutatását az elsőfokú bíróság megismételt eljárása során figyelmen kívül hagyta és filozófiai értekezésbe bocsátkozott arról, hogy az általa megjelölt példában írt gőzmozdonyt és gyufát ‘filozófiai’, vagy ‘elvi értelemben’ képes-e ugyanaz a gyártó előállítani, érvelése a [Második] Kbt. 40. § (2) bekezdése vizsgálata szempontjából értelmezhetetlen.” (A Fővárosi Ítéletábra 3.Kf.27.647/2008/5. számú ítélete.)

³⁰ A Fővárosi Bíróság 3.Kf.27.181/2010/3. számú ítélete.

második mondata egy ilyen rendelkezés: megjelöli azokat a lehetséges forrásokat (a törvény céljai, a közbeszerzés alapelvei), amelyekre támaszkodva meg lehet ítélni egy tényállás jogszerűségét, illetve amelyeket fel lehet használni az ajánlatkérőknek a jogilag nem rendezett kérdések megválaszolására.³¹ Míg a fórum lényegében a szabad jogtalálás talaján állhat, addig az ajánlatkérőnek e szabály alapján olyan döntést kell hoznia, amelyet egy későbbi jogorvoslati eljárásban is elfogadhatónak, helyesnek minősítenek.

Alapvető jelentőségű tehát, hogy mennyire részletes (kazuisztikus) az alkalmazandó jogszabály. A túlságosan általános, kevés értelmező rendelkezést, alapelvekre hivatkozó jogi megoldásokat használó jogi norma szükségszerűen nagyobb teret enged arra a fórumnak, hogy saját maga határozza meg azokat a szabályokat, elveket, amelyek alapján a felmerülő tényállásokat, elbírálandó jogkérdéseket megítéli. Ilyen esetben a jogalkotó lényegében megosztja a szabályozási (a szabályalkotási) feladatokat a fórummal (voltaképpen kiszervezi a jogalkotást). Mivel a közbeszerzési eljárásokban a téves jogértelmezésnek meglehetősen súlyos jogkövetkezményei lehetnek, ezért a részletesebb szabályozás iránya támogatható. A jogalkotó is számos részletszabályt – így például szakemberek önéletrajzában rögzített vállalások hiánypótlása, a Kbt. 65. § (5) bekezdése szerinti felső határok megfogalmazása egyes alkalmassági követelményekhez kapcsolódóan vagy a Kbt. 69. § (4)-(5) bekezdése szerinti igazolások kezelése – pontosított, alkotott. Így a jogalkalmazás számára több támpont áll rendelkezésre a vitás esetek megítéléséhez, azonban még így is számtalan kérdés maradt nyitva, e rendelkezéseket is újabb és újabb tartalommal töltik

meg a fórumok. Azt is szükséges megemlíteni, hogy egy-egy tételes jogi szabály adott ügyben történő alkalmazását (a fórum döntését) az is alapvetően befolyásolhatja, hogy az ajánlatkérő milyen szabályokat alakított ki az adott közbeszerzési eljárásban, hiszen a Kbt. 66. § (1) bekezdése felhatalmazza az ajánlatkérőket, hogy – a jogszabály keretei között – meghatározzák az eljárás feltétel-rendszerét, de akár saját maguk is kialakíthatnak saját eljárásrendet a Kbt. 117. §-a szerint. Ennek megfelelően kell, illetve lehet vizsgálni azt, hogy korábbi döntések-ben megfogalmazott tartalmak mennyiben alkalmazhatók az adott konkrét ügyben.

b) Nemcsak a jogalkotás határozhatja meg a jogalkalmazást, hanem a jogalkalmazás is alapjaiban befolyásolhatja a jogalkotást, ezért vizsgálni kell e két terület sajátos kapcsolatát, kölcsönhatását. A jogalkotó is megismerheti joggyakorlat-elemzői tevékenység által, hogy a jogszabály hogyan hatályosul, képes-e a jogi norma megfelelően működni. Ha ellentmondást, hiányosságot vagy bizonytalanságot tapasztal, akkor lehetősége nyílik a beavatkozásra, ez azonban nem szükségszerű. Alapvetően négy megközelítést alkalmazhat: beemelés (alkalmazkodás), eldöntés, felülírás, vagy tartózkodás.

A jogalkotó beemelheti a tételes jog szintjére a különböző döntésekben kimunkált elveket, megközelítéseket, elfogadja a fórum álláspontját. Így például a tárgyalásos eljárás részletszabályainak megalkotása vagy az ajánlati kötöttség konszenzuson alapuló további kiterjesztésére vonatkozó lehetőség törvényi szintre emelése említhető

³¹ Ld. pl. a KDB D.36/13/2018. számú határozatát: „A Döntőbizottság nem fogadta el az ajánlatkérő azon álláspontját, hogy a kérelmező az alapelvek megsértését követte volna el azzal, hogy csupán a végleges ajánlatában adott versenyképes árat, az alap ajánlatában az a becsült értéket jóval meghaladta. Az alapelvek érvényesülése a közbeszerzési eljárásban valóban nagyon fontos és az afelett való örökösök többek között az ajánlatkérő egyik legfőbb feladata, azonban a jelen esetben a Döntőbizottság szerint a kérelmező nem követte el azok megsértését ezen eljárásával.”

ebben a körben.³² A beemelés sajátos esete az *alkalmazkodás*, amikor a jogalkotó elfogadja a *contra legem* jogértelmezést is, és ahhoz igazítja a norma szövegét. (Például az előzetes vitarendezés kötelező jellegének feloldása 2010-ben.) Az *eldöntés* azt jelenti, hogy egy olyan kérdést, amelyben ellentmondó gyakorlatot észlel, jogszabályi úton rendezni kíván, azaz a jogi norma szövegét úgy módosítja, hogy a rendelkezésre álló alternatívák közül az egyiket kiválasztja, és azt fogja a jövőben követendőnek tartani. Ilyen például a Kbt. 69. § (5) bekezdésének pontosítása arra az esetre, ha egyáltalán nem nyújtott be dokumentumot a felhívott ajánlattevő, de még ez sem tekinthető teljes értékűnek, hiszen további feladatok hárulnak a fórumokra a normaszöveg tartalmának konkretizálása terén. *Felülírásról* lehet beszélni abban az esetben, ha a jogalkotó nem kívánja elfogadni a fórum álláspontját, és kifejezetten azzal ellentétes jogi rendelkezést alkot. Ilyen például a korábbi eredménytelenségre alapított hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás alanyi körének kijelölésére vonatkozó lehetőség szűkítése (a „mindazon és csak azon” kitétel alkalmazása). Vannak olyan esetek is azonban, amikor a jogalkotó nem a fórum gyakorlatát kívánja felülbírálni, hanem más sajátosság miatt kénytelen a jogi normát módosítani. Ilyen például annak törvényi deklarálása, hogy tárgyalásos eljárásokban kötelező a végleges ajánlat benyújtása az EKR technikai sajátosságai okán, hiába foglalt úgy állást korábban a KDB, hogy ennek elmulasztása esetén a korábbi ajánlatot kell fenntartottnak tekinteni. Ebben az esetben nem jogi nézetkülönbség, hanem technikai szükségszerűség okozta a fórum álláspontjának elvetését. A *tartózkodás* esetében a jogalkotó nem kíván beavatkozni a joggyakorlat folyásába, alakulásába, továbbra is a fórumokra bízva az adott terület, jogi probléma részletezését, kibontását, alakítását, pedig

megtehetné, hogy egy-egy terület elemzését követően legalább néhány főbb szabályt beemel a tételes jogba. Ilyen terület lehetne például a hiánypótlás korlátainak vagy az ügyfélképesség szabályainak a részletezése a Kbt.-ben, hiszen mindkét területhez igen gazdag esetjog kapcsolódik. Elsősorban a hiánypótlás kapcsán lenne különösen indokolt további támpontokat megfogalmazni jogszabályi szinten, bár kétségtelen, hogy a szakemberek többléptasztalatának értékelése (a vonatkozó dokumentumok hiánypótlása) körében a jogalkotó valóban törekedett a szabályok pontosítására, rugalmasabbá tételére.

c) Érdekes jogfejlődési irány az *ajánlatkérőkkel, illetve az ajánlattevőkkel szembeni erőteljesebb (szigorúbb) jogalkalmazás megvalósítása*. Ebben a körben említhető például a jogellenes szerződésmódosítások esetében a nyertes ajánlattevőként szerződő fél bírságolására vonatkozó lehetőség beemelése a joggyakorlatba az EUB vonatkozó ítélete alapján. A szerződő fél bírságolásának lehetőségét viszont a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével megvalósított jogsértésekre nem terjesztették ki kifejezetten, pedig ugyanúgy két fél döntésén alapul a szerződéses jogviszony létrehozása is, továbbá a jogszabály ezt sem zárna ki, mint ahogyan korábban sem szűkítette le a bírságolás körében a törvény, hogy kizárólag az ajánlatkérő lenne sújtható ilyen jogkövetkezménnyel. Ugyancsak megemlíthető, hogy nem mentesít a jogsértés megállapítása alól az, ha a felek a szerződésmódosítást közös megegyezéssel megszüntetik (felbontják), míg korábban erre volt példa. Végül szintén a szigorodás körében említhető a szerződésmódosításról szóló tájékoztató hirdetmény tartalmának konstitutív jelleggel történő felruházása. Az említett esetekben a joggyakorlat a tételes jog módosítása nélkül változott, pedig lehetne akár az enyhébb, a reparációt, korrekciót lehetővé tevő értelme-

³² Ld. a Kbt. 70. § (2a) bekezdését, illetve pl. a KDB D.32/15/2019. számú határozatát. Vö. a Fővárosi Törvényszék 104.K.702.215/2021/11. számú ítéletének [34] bekezdésével: „A bíróság megjegyzi, hogy a Kbt. 70. § (2) és (2a) bekezdéseinek 2021. február 1. napján hatályba lépett módosítása valóban lehetőséget biztosít az ajánlati kötöttség 120 napon túli fenntartására. E törvénymódosítás azonban nem teszi az [ajánlatkérő] eljárását visszamenőleges hatállyal jogszerűvé, tekintettel arra, hogy a perbeli közbeszerzési eljárás lefolytatása idején hatályos Kbt. erre nem adott lehetőséget.” Vagy ld. még a Fővárosi Törvényszék 104.K.702.237/2021/17. számú ítéletét: „A bíróság tudomásul veszi [a KDB] és az érdekelt által hivatkozott ‘gyakorlat’ gazdasági szereplők közötti alkalmazásának tényét, amely szerint az ajánlati kötöttség lejártát követően is sor kerülhet a szerződés megkötésére, azonban hangsúlyozza, hogy ez a ‘gyakorlat’ nem jelenti az ajánlati kötöttség törvényi határidőn túli meghosszabbítását, mivel arra a jogszabály a Kbt. 70. § (2) bekezdésén kívül nem ad lehetőséget. A bíróság összességében megállapította, hogy [a KDB] által hivatkozott, törvényi kereteken kívül létező szokásjogi gyakorlat jogszerűségét – jogszabályi alap hiányában – sem a bíróság, sem [a KDB] mint a közbeszerzési jogorvoslati eljárásért felelős közjogi szerv nem ismerheti el.” Ld. még a KDB D.464/14/2021. vagy a D.539/10/2021. számú határozatát.

zést is elfogadni. Különösen a szerződésmódosítások utólagos alátámasztása – más, nem hivatkozott indokok elfogadhatósága – kapcsán merülhet fel a jogalkotói beavatkozás szükségességének alátámasztottsága, a jogszabályi szinten való rendezettség igénye.

d) A fórum jogi gondolkodása, érvelésének alapja a döntés *indokolásából* derül ki. A bizonytalan tartalmú, többféleképpen értelmezhető jogi rendelkezések – különösképpen az alapelvek, illetve a felhatalmazó klauzula – alkalmazása esetén nem feltétlenül alkalmas eszköz arra, hogy meggyőzze a feleket a fórum álláspontjáról, hiszen a több döntési alternatíva közül bármelyik alátámasztható, levezethető, megindokolható. Az ítéletek indokolásával szembeni szélsőségesnek mondható álláspontot fogalmazott meg a XX. század elején *Hermann Kantorowicz*, aki nem fogadta el az indokolási kötelezettség szükségességét. Abból indult ki, hogy a jogalkalmazás történetében hosszú korszakok voltak, amikor ezt a kötelezettséget nem ismerték, amely egyrészt a bizalom, másrészt pedig a tekintély hiányának a jele. Úgy fogalmazott, hogy „A hívő nem követel indokolt döntéseket az utolsó ítélettől”, „a nyertes fél bármilyen indokolás nélkül is elégedett lenne, a vesztes pedig mindenből csak azt hallja, hogy ‘nem’”.³³

A határozatokhoz kapcsolódó indokolási kötelezettség alapvető jelentőségű követelmény, hiszen nemcsak a feleket szükséges meggyőzni a döntéshozó álláspontjáról (bár a meggyőzés elmaradhat), hanem a fellebbezési, illetve a rendkívüli perorvoslatot végző fórumnak is fontos megismerni a döntést megalapozó körülményeket. „Az a jogerős ítélet, amely nem állapít meg tényállást, nem tartalmaz jogi indoklást, nem tárja fel a bizonyítékokat és a mérlegelés szempontjait, nem alkalmas felülvizsgálatra.”³⁴ Megismételt eljárás a kö-

vetkezménye annak is, ha a KDB döntésének indokolása nem megfelelő (hiányos): „A bíróság rámutat arra, hogy a Kúria a Kfv.V.35.706/2013/12. számú ítéletében kimondta, hogy [...] az indokolás célja az érdemi döntés ténybeli és jogi megalapozása, abban az esetben azonban ha az indokolásból nem állapítható meg a döntés jogszerűsége, akkor a határozat nem alkalmas érdemi felülvizsgálatra. A Kúria KGD2013. 47. számú eseti döntése szerint pedig, ha az indokolásból nem állapítható meg a döntés jogszerűsége, a határozat felülvizsgálatra alkalmatlan.”³⁵

e) Különböző *konfliktusok merülhetnek fel az egyes fórumok között* is, vagyis vita bontakozhat ki, hogy melyikük mennyire van kötve a másik által megfogalmazott elvekhez vagy éppen konkrét iránymutatásokhoz. Egyes esetekben a másodfokú bíróság nem tud mit kezdeni az elsőfokú bíróság ítéletével (ld. a gőzmozdony és a gyufásdoboz értékének egybeszámítására vonatkozó ítéletet),³⁶ más esetben viszont a KDB rögzíti, hogy a törvényszék azonosította be tévesen a kérelemben állított jogsértést (pedig a bíróság szerint a KDB tett így), és a megismételt eljárásban sincs abban a helyzetben az ítélet alapján, hogy a jogorvoslati kérelmet érdemben elbírálja, megállapítva azt is, hogy a tudomásszerzéssel összefüggésben a törvényszék [s]emmilyen vizsgálatot nem végzett, csupán a kérelmező által megjelölt időpontot tekintette kész ténynek, az egész ítéleti érvelés ebből került levezetésre.”³⁷

f) Vizsgálható, hogy melyek azok a fórumok által kidolgozott követelmények, elvek, megközelítések, amelyek *ténylegesen hasznosíthatók* (mert hasznosak) és melyek azok az elemek, amelyeket célszerű lenne valamilyen módon felülrni, mert nem járulnak hozzá az eljárások sikerességéhez, vagy éppen rontják azt. Példaként említhető a hiánypótlási időszak indokolatlan

³³ „Jedes Urteil muß motiviert werden! Wir verkennen keineswegs den großen Wert dieses Postulats. Aber wir haben lange Epochen der Rechtsprechung gehabt, die es nicht kannten, dieses Postulat, das immer ein Zeichen von mangelndem Vertrauen auf der einen, von mangelnder Autorität auf der andern Seite ist. Der Gläubige verlangt nicht vom jüngsten Gericht motivierte Entscheidungen! ... [d]ie obsiegende Partei, die aber auch ohne jede Begründung zufrieden wäre, die unterliegende aber hört aus allem nur das – nein.” KANTOROWICZ, Hermann: Der Kampf um die Rechtswissenschaft (Winter, Heidelberg, 1906), 42. o.

³⁴ A Kúria Kfv. I. 35.165/2012/8. számú ítélete.

³⁵ A Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.27.323/2016/30. számú ítélete.

³⁶ „Iránymutatását az elsőfokú bíróság megismételt eljárása során figyelmen kívül hagyta és filozófiai értekezésbe bocsátkozott arról, hogy az általa megjelölt példában írt gőzmozdonyt és gyufát ‘filozófiai’, vagy ‘elvi értelemben’ képes-e ugyanaz a gyártó előállítani, érvelése a [Második] Kbt. 40. § (2) bekezdése vizsgálata szempontjából értelmezhetetlen.” (A Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.647/2008/5. számú ítélete.)

³⁷ A KDB D.544/9/2019. számú végzése.

lezárása: minél korábbra teszi a jogalkotó a hiánypótlás lehetőségét magában foglaló időszak lezárását, annál nagyobb a felesleges eljárási hibák, indokolatlan jogorvoslati eljárások, szankciók kockázata. Két eset említhető ebben a körben: a Kbt. 89. § a) pontjának utolsó mondata, amely szerint „Az ajánlatban foglalt egyéb nyilatkozatokkal, dokumentumokkal kapcsolatos hiányokat a tárgyalások befejezéséig kell pótolni.” Ennek a rendelkezésnek a szükségessége nem támasztható alá a korábbi közbeszerzési törvények időszakában kimunkált elvekkkel, ilyen jellegű igény nem fogalmazódott meg. Célszerű lenne tehát e rendelkezés hatályon kívül helyezésének lehetőségét megvizsgálni. A másik a Kbt. 69. § (4) bekezdése szerinti felhívás kibocsátását követő hiánypótlási lehetőség. A KDB még 2017-ben úgy foglalt állást, hogy a Kbt. 69. § (4) bekezdése szerinti felhívást megelőzően dönteni kell az ajánlat megfelelőségéről, szükség szerint gyakorolni kell a Kbt. 71. § és 72. §-a szerinti eljárási cselekményeket, adott esetben dönteni kell az érvénytelenné nyilvánításról és ennek megfelelően értesíteni kell az érintett ajánlattevőt ennek tényéről és indokairól.³⁸ Viszont – ahogyan arról korábban szó volt – a Közbeszerzési Hatóság útmutatója kitért erre a kérdésre, és ezt a problémát remélhetőleg ezzel megoldották. (Ez a példa azt mutatja, hogy egy KDB-döntésben megfogalmazott megközelítés útmutatóval is felülírásra kerülhet, még jogalkotói beavatkozás sem szükséges.)

g) A folyamatos reformok, jogszabályi változások miatt a közbeszerzési jog feldolgozása is erőteljes korlátokba ütközik. *Julius von Kirchmann* 1848-ban, a „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft” című munkájában, a gyakori változásokból adódóan például egyenesen a jogtudomány értékét, tudományjellegét kérdőjelezi meg: rámutatott arra, hogy a jogalkotó néhány módosító szava nyomán egész könyvtárak mehetnek a zúzdába.³⁹ *Georg Hegel* is megfogalmazta, hogy a jog a társadalmi viszonyok állandó,

végtelen alakulása folytán nem tekinthető lezártnak, mindenkorra késznek; minden törvénykönyv még jobb lehet, „mert a legnagyobb, legmagasabb, legszebb még nagyobb, magasabbnak és szebbnek gondolható. ... Egy nagy régi fa egyre inkább elágazik anélkül, hogy azért új fa lenne belőle; balgaság lenne azonban nem ültetni fát azért, mert új ágak jöhetnek.”⁴⁰ Mind a tételes jog, mind pedig a rá épülő gyakorlat fejlődése egy nyitott folyamat, újabb módosítások, újabb szabályok újabb jogalkalmazási kérdéseket vetnek fel. A folytonos változások alapján át kell gondolni, mi az, ami a korábban hatályos szabályozásra épülő joggyakorlatból áttemelhető, illetve használandó, és melyek azok az eredmények, megközelítések, amelyek tényleg „mehetnek a zúzdába.” Elegendő ebben a körben például az előre nem láthatóságra épülő szerződésmódosításhoz kapcsolódóan tárgyalatra (összekapcsolás, áttemelés) utalni. Míg azonban a jogszabályt kifejezett módon hatályon kívül helyezik vagy módosítják, addig a „bíró alkotta jogot” nem, tehát összetett feladat megtalálni a korábbi és a hatályos között a kapcsolatot, vagy azt megítélni, hogy a tételes jog valamilyen mértékű megváltoztatása mennyiben érinti, érintheti a joggyakorlatban kimunkált elvek alkalmazhatóságát.⁴¹ Megjegyzendő, hogy ez a kérdés (a korábbi jogszabályra épülő joggyakorlat továbbélése) más területeken is felmerülhet. A Kúria szerint például „A mérlegelési jogkörben hozott döntés jogszerűsége körében a korábbi szabályokat is alapul vevő egységes, következetes bírói gyakorlat alakult ki, amely így az integráló Kp. 85. § (5) bekezdése tekintetében is változatlanul alkalmazható.”⁴²

h) A jogszabályok, jogszabálymódosítások indoklásai igen eltérőek mélységüket, részletezettségüket illetően, így változó annak megismerhetősége, hogy milyen megfontolások, joggyakorlati fejlemények, ellentmondások vezették a jogalkotót egy-egy rendelkezés megfogalmazásakor. Bár „A miniszteri indoklás

³⁸ Ld. a KDB D.74/13/2017. számú határozatát.

³⁹ „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur”. Kirchmann, Julius Hermann von: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (Verlag BSA, Dornbirn, 2003, utánnomás), 21. o.

⁴⁰ Peschka Vilmos: Hegel jogalkotás-elméleti koncepciója. In Peschka Vilmos: Jog és jogfilozófia (Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1980), 19. o.

⁴¹ Ld. pl. a Második és a régi Kbt. közötti különbségtételt a jogorvoslati ügyfélképesség körében: „Nem vitásan a korábbi szabályozás igazolható jog-, illetve érdeksérelemhez kötötte az ügyféli státust. A jogalkotó azonban – kiindulva a nemzetközi hazai jogalkalmazói gyakorlat eredményeiből – a Kbt.-ben új szabályozással élt.” A Kúria Kfv.II.37.674/2015/6. számú ítélete.

⁴² A Kúria Kfv.VII.37.130/2020/5. számú ítélete. [15]

[...] nem a jogszabály része, annak normatív kötelező ereje nincs”,⁴³ a jogalkalmazás számára rendkívül értékes támpontokat nyújthatnak, továbbá – feltéve, hogy meg-felelő részletezettségű indokolást készítenek – megis-merhető belőlük a joggyakorlati fejleményekről kialakított jogalkotói vélemény. Fontos szempontként említhető meg, hogy nemcsak a hatályos jogszabályokhoz csatolt indokolások bírhatnak jelentőséggel, hanem korábbi törvények, törvénymódosítások indokolásai is, ugyanis a jogalkotó nem feltétlenül ismétli meg azokat a leírásokat, amelyeket korábbi jogszabályokhoz kapcsolódóan már egyszer megfogalmazott.

i) Végső, záró konklúzióként megfogalmazható, hogy „A jogszabály tartalmának ismerete, a jogértelmezés és jogmagyarázat hozzátartozik a jogalkalmazással együtt a jog fogalmához.”⁴⁴ Vagyis önmagában a jogszabályból nem minden esetben lehet egyértelműen megállapítani, hogy mi a jogszerű és mi a jogellenes, a joggyakorlatban részletezett egyes elemek ismerete elengedhetetlen, hiszen csak a legkritikább esetben, nyilvánvaló kollízió esetén szolgálhat kiindulópontként az a megközelítés, amely szerint „[a] nem egyértelmű jogszabályi rendelkezések nem eshetnek az ajánlatkérő terhére.”⁴⁵

Szükségszerű, hogy a jogalkotó valamilyen módon megossza a feladatait a jogalkalmazó fórumokkal, a kérdés az, hogy mekkora teret enged számukra ezen a téren, milyen esetekben hogyan ítéli meg a beavatkozás szükségességét. Ha túlságosan tág kereteket engednek a jogalkalmazásnak, akkor *René David* aggályai joggal merülhetnek fel, hiszen ilyen esetben „[a] törvény rendelkezéseit végül is elfojtja a bírói határozatok tömege, amelyek a törvényi szövegek helyébe lépnek. Fennáll annak a veszélye, hogy a döntések útvesztőjében, amelyeknek mindegyike csak egy részletkérdést volt hivatva eldönteni, feledésbe merül a törvény általános szelleme, s az általa elérni kívánt célt szem elől tévesztik.”⁴⁶ Ilyen feltételek mellett felértékelődik magának az ismeretnek a megszerzése is, hiszen követni, figyelni kell a joggyakorlati fejleményeket, a közzétett döntéseket, valamint azt is, hogy e döntéseket valamilyen módon megváltoztatták-e felsőbb fórumok. És még ez sem nyújt teljes értékű biztonságot, hiszen a korábbi döntéseket sem kötelező feltétel nélkül követnie a fórumoknak, tehát számos kockázattal szükséges számolni ezen a téren is.

⁴³ A Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 34.Kpk.45.869/2013/2. számú ítélete.

⁴⁴ Moór Gyula: Jogfilozófia (Püski Kiadó, Budapest, 1994), 198. o.

⁴⁵ A KDB D.139/13/2016. számú határozata.

⁴⁶ David: i. m. 310. o.