

KÖZBESZERZÉSI IRÁNYTÚ

A szerződés-ellenőrzés kérdései – Útfelújítástól a Kúriáig Második rész

Questions of the control of public contracts – from road reconstruction to the Supreme Court 2nd part

Dr. Bakos Balázs, főosztályvezető, Közbiztosági Hatóság

DOI: 10.37371/KEP.2023.4.4

Címszavak: közbiztosítás, szerződés, szerződés-ellenőrzés, ellenőrzési gyakorlat, jogorvoslat, jogkövetkezmény

Absztrakt

A szerződés-ellenőrzési tevékenységet a Közbiztosági Hatóság a Közbiztosítási törvény 2015. évi hatálybalépése óta végzi – de milyen megfontolások és elrendő célok vezérlik? Melyek azok az irányvonalak, melyek napjainkig tartó folyamatos fejlődése olyanná formálta az ellenőrzés gyakorlatát, amilyennek azt ma ismerhetjük? A szerző ezekre a kérdésekre kísérel meg választ adni egy saját maga által lefolytatott ellenőrzésén keresztül, melynek kezdete szinte egybeesik az ellenőrzést végző főosztály történetének kezdetével – és amelynek végére alkotmánybírói határozatokkal és kúriai ítéletekkel lehettünk gazdagabbak.

A cikk a Közbiztosítási Értesítő Plusz 2022. IV. évfolyam 6. számában megjelent cikk¹ folytatása, annak ismerete jelentősen megkönnyíti a bemutatásra kerülő jogeset megértését.

Abstract

The Public Procurement Authority has been carrying out the control of public contracts since the entering into force of the Public Procurement Act in 2015 – but what are its considerations and objectives? What are the guidelines, the continuous evolution of which to this day has shaped the practice of control as we know it today? The author endeavours to answer these questions by example of a control conducted by himself, which started almost simultaneously with the history of the department for the control of contracts - and by the end of which we became richer with constitutional court decisions and Curia judgements.

The article is the continuation of the article published in the Public Procurement Bulletin Plus 2022, Vol. IV, No. 6, familiarity with the first part considerably facilitates understanding the case presented herein.

Előszó

Jelen cikk a Közbiztosítási Döntőbizottság (a továbbiakban: Döntőbizottság) D.401/2017. számon lefolytatott jogorvoslati eljárását (és D.401/25/2017. számon hozott határozatát) dolgozza fel, melyet az e cikk első részében bemutatott szerződés-ellenőrzési eljárás alapján kezdeményezett a Közbiztosítási Hatóság (a továbbiakban: Hatóság, a jogorvoslati eljárással összefüggő cselekményeknél a továbbiakban: Hivatalbéli Kezdeményező) elnöke.

Fontos kiemelni, hogy noha a bemutatásra kerülő jogsértések a közbiztosításokról szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: régi Kbt.) anyagi hatálya alá tartoznak, azok olyan jellegűek (alapelvek, szerződés-módosítás), hogy - kisebb változtatásokkal - a jelen szabályozás kereteiben is visszaköszönnének, és a közbiztosításokról szóló 2015. évi CXLIII. törvény (a továbbiakban: Kbt.) alapján számonkérhetőek.

Kiemelendő továbbá az is, hogy a határozatot utóbb megtámadták, de ezen felülvizsgálati eljárás eredmé-

¹ Közbiztosítási Értesítő Plusz 2022. IV. évfolyam 6. szám 36-46. oldal, DOI: 10.37371/KEP.2022.6.4

nyéről a harmadik cikk fog szólni, mindazonáltal a jogeset kiválóan alkalmas annak bemutatására, hogy - legalábbis a szerződés-ellenőrzés életében - újdonságnak számító tényállást miként igyekezett megragadni a Hatóság és mennyiben fogadta el érveit a Döntőbizottság.

A jogorvoslati kezdeményezés

A szerződés-ellenőrzés központi eleme a kirendelt igazságügyi szakértő szakvéleménye volt, az abban foglaltak közbeszerzési jogi értelmezése okozott némi fejtörést a Hatóságnak. A közbeszerzési szerződés (a továbbiakban: szerződés) tárgya útfelújítás volt, a szakértőnek pedig arra kellett választ adnia, hogy szerződésszerű volt-e a teljesítés, eltértek-e a közbeszerzési eljárásban megversenyeztetett műszaki tartalomtól, ha igen, milyen mennyiségi/minőségi mértékben, valamint ezek az eltérések Forintban kifejezve milyen értéket képviselnek. A szakvélemény alapján eltérések mutatkoztak a teljesített szerződés, és az eredetileg megkötött szerződés tartalma között. Bizonyos tételek beépítésére nem talált bizonyítékot a szakértő (AC22-es kötóréteg) más tételek nem akkora mennyiségben készültek el, mint ahogy azt a műszaki leírás/költségvetés szerint az ajánlatkérő megrendelte (AC11-es kopóréteg kisebb felületen lett terítve, árokprofilozás nem készült el teljes terjedelmében), valamint voltak minőségbeli eltérések is (AC11-es kopóréteg burkolati hézaga nem volt megfelelő). Voltak viszont olyan tételek is, melyek egyáltalán nem szerepeltek a szerződésben, mégis elkészültek. A szakértő azt mutatta ki, hogy a műszaki tartalomcsökkentés értéke összesen nettó 49.325.482,- Ft volt, ami a szerződés eredeti értékéhez képest (nettó 105.256.140.-Ft) számottevőnek mondható. Viszont ami lényeges, hogy a műszaki tartalomcsökkentést nem követte az ellenérték arányos csökkentése, a teljes eredeti szerződéses értéket kifizette az ajánlatkérő.

Önmagában az, hogy a teljesítés során a felek eltérnek a szerződéstől, nem feltétlen probléma, de az eltérések megfelelő jogi értékeléséről és dokumentálásáról gondoskodnia kell a feleknek, tekintettel arra, hogy a (rég) Kbt. kógcenciája szűkíti a polgári jog által biztosított szerződéses szabadság kereteit - és ez akkor is érvényes, ha egyébként (mint jelen esetben is) átalánydíjas szerződésről van szó.

Ahogy arról az első részben is szó esett, itt is megemlítendő, hogy a szerződés megkötésére és teljesítésére a régi Kbt. hatálya alatt került sor, a Kbt. 2015. november 1-i hatálybalépésének idejére a kivitelezés és a kifizetés is befejeződött. A Kbt. 197. § (1)-(2) bekezdésére tekintettel azonban a szerződés ellenőrzésére utóbb sor kerülhetett és az így megindított jogorvoslati eljárásra is irányadóként a Kbt. szabályait kellett alkalmazni. Anyagi jogi viszonylatban azonban kizárólag olyan szabályok betartását lehetett számon kérni, melyek már a régi Kbt. hatálya alatt is rendelkezéseket tartalmaztak a felek teljesítésére nézve.

A jelenlegi szabályozás a következők szerint épül fel. A Kbt. 142. § (1) bekezdése rendezi, hogy az ajánlatkérőnek ellenőriznie és dokumentálnia kell a teljesítést, a Kbt. 142. § (2) bekezdése előírja, hogy szerződésszegés esetén ebből eredő igényeit mikor kötelező az ajánlatkérőnek érvényesíteni, és amely igényérvényesítés elmaradása esetén jogorvoslati eljárásban alapvető jog sértés elkövetése miatt marasztalható, a Kbt. 142. § (3) bekezdése pedig rögzíti azokat az eseteket, amikor a szerződés módosítása semmisnek minősül. Utóbbiak közül kiemelendő az az eset, amikor azért módosítják a szerződést, hogy látszólag ne álljon fenn ajánlatkérőnek a Kbt. 142. § (2) bekezdése szerinti igényérvényesítési kötelezettsége - azaz a felek azért módosítják a szerződést, hogy az ajánlattevő szerződésszegését elleplezzék, kimentsék. A jelenlegi szabályozás egy koherens rendszert alkot: ha az ajánlatkérő észleli, hogy a teljesítés nem szerződésszerű, igényérvényesítési kötelezettsége áll fenn, kivéve, ha az ajánlattevő kimenti magát a szerződésszegés alól. Tilos azonban egy leplezett szerződésmódosítással megkerülni ezt a szabályt, a jogalkotó gondoskodott arról, hogy ezek a szerződésmódosítások semmisnek minősüljenek (akkor is, ha egyébként a Kbt. alapján fenn is állna valamely, a Kbt. 141. §-a szerinti jogalap).

A Hatóság a szerződés-ellenőrzés eredményeként juthat arra a következtetésre, hogy a felek szerződést módosítottak a Kbt. 142. § (3) bekezdés tilalma ellenére, és kérheti a Döntőbizottságtól az alkalmazott Kbt. 141. § szerinti jogalap jogszerűtlenségének kimondását, egyúttal a felek marasztalását, valamint ezzel párhuzamosan Bíróság előtt kezdeményezheti a Kbt. 175. § szerinti pert a szerződésmódosítás semmisségének

megállapítása érdekében (1. eset)². Ha a felek azonban nem éltek szerződésmódosítással, de úgy tértek el a teljesítés során a szerződéstől, hogy azzal megvalósították a Kbt. 142. § (2) bekezdésében foglaltakat (és az ajánlatkérő nem érvényesített igényt az ajánlattevővel szemben), akkor a Hatóság *csak az ajánlatkérővel szemben* indít jogorvoslati eljárást a Döntőbizottság előtt, még hozzá alapelvi jogsértés (elsősorban felelős gazdálkodás alapelve) elkövetése miatt (2. eset).

A fenti kettő eset egyike sem volt explicit szabályozva a régi Kbt.-ben, az azonban kétségtelennek tűnt, hogy azoknak megfeleltethető magatartás nem minősülhet jogszerűnek. A Hatóságnak a régi Kbt. anyagi hatálya alá tartozó rendelkezések közül kellett megtalálnia a megfelelőt a felek vélt jogszerűtlen magatartásának értékelésére.

Mindezek alapján a Hatóság az alábbi öt kérelmi elemében látta megvalósulni a szerződés tartalmától eltérő és ezen túlmenően jogsértő teljesítést:

1. a régi Kbt. 2. § (1) és (3) bekezdésének megsértése az ajánlatkérő és nyertes ajánlattevő által,
2. a régi Kbt. 2. § (4) bekezdésének megsértése az ajánlatkérő által,
3. a régi Kbt. 39. § (1)-(2), 48. § (1)-(2) és 49. § (1)-(2) bekezdéseinek ajánlatkérő általi megsértése,
4. a régi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjának ajánlatkérő és ajánlattevő általi megsértése,
5. a régi Kbt. 132. § (1) bekezdés c) pontjának ajánlatkérő és ajánlattevő általi megsértése.

A kérelmi elemek részletes indokolása az első részben olvasható.

A jogorvoslati kezdeményezés benyújtására 2017. augusztus 8-án került sor.

A jogorvoslati eljárás

A továbbiakban kérelmi elemenként kerül bemutatásra, hogy mi történt a jogorvoslati eljárás során, azokkal kapcsolatban hogy vélekedtek a felek és nem utolsósorban a Döntőbizottság. A kérelmi elemek sorsa igen változatosan alakult, de mielőtt erre rátérhetnénk, ismertetni szükséges röviden a felek által hivatkozott eljárási kifogásokat³.

A felek hivatkoztak arra, hogy

1. a Döntőbizottságnak nincs hatásköre eljárni egyes kérelmi elemek esetén,
2. bizonyos kérelmi elemek időelőttiek,
3. a jogsértésekről a Hatóság nem feladatköre ellátása körében szerzett tudomást,
4. a hivatalbóli kezdeményező a jogorvoslatra nyitva álló határidőt elmulasztotta, azaz elkésett.

Ami a Döntőbizottság hatáskörének hiányát illeti, az összefoglalható abban, hogy a felek szerint alapvetően polgári jogi természetű kérdésről, szavatossági igények érvényesítéséről/érvényesíthetőségéről szól a jogeset, és ezekről a Döntőbizottságnak nincs felhatalmazása dönteni. Azzal a Hatóság is egyetértett, hogy lehet ilyen vetülete a jogesetnek, már csak azért is, mert a Kbt. 142. § (2) bekezdése is ilyen megközelítéssel él⁴, és ehhez kapcsol egyértelmű közbeszerzési jogsértést az ajánlatkérő oldaláról, amennyiben az igényérvényesítés elmarad. A kérelmi elemek célja azonban nem az volt, hogy a Döntőbizottság elbírálja a szavatossági, vagy egyéb polgári természetű igényeket, vagy, hogy az ajánlatkérőt marasztalja egy efféle igényérvényesítés elmaradása miatt - a kérelmi elemek arra épültek, hogy

² Megjegyzendő, hogy nem szükségképpen jár együtt Kbt. 141. § valamely bekezdésének megsértése a Kbt. 142. § (3) bekezdésének megsértésével - sőt, legtöbb esetben kizárólag a szerződésmódosítás jogalapjának fenn nem álltat kéri számon a Hatóság a feleken, Bírósági eljárásra pedig nem kerül sor. A jelenlegi szabályozás ismeretéhez és a megfelelő jogalkalmazáshoz elengedhetetlen annak tudatosítása, hogy a semmisség esetkörei és a szerződésmódosítás klasszikus értelemben vett jogalapi meg nem felelősége párhuzamosan vizsgálendő és számonkérhető.

³ Az eljárási kifogások - különösen az elkészettségre vonatkozó kifogás - rendszerese a Hatóság által kezdeményezett jogorvoslati eljárásokban, ezek ismertetése már csak azért is célszerű, hogy a felek felismerjék, mely esetekben lehetnek ezek megalapozottak és melyekben nem.

⁴ Természetesen elméleti szinten és a jövőre nézve beszélhetünk a Kbt. 142. § (2) bekezdésének alkalmazhatóságáról, hiszen a tárgyi ügyben a régi Kbt. anyagi szabályai voltak irányadók. Az alapelvek azonban a két Kbt. esetén párhuzamosságot mutatnak, és ezek képezik az alapját az új Kbt. 142. § (2) bekezdésének is, ezért nem volt valóságtól elrugaskodott elképzelés az alapelvi jogsértésekre történő hivatkozás.

közbeszerzési jogsértés, (elsősorban a felelős gazdálkodás elvéből levezetve) megvalósult-e azáltal, hogy a szerződés nem az eredeti tartalommal teljesült. Erre a Döntőbizottság is rámutatott a határozatában és nem adott helyt az eljárás kifogásnak: „a szerződés teljesítése során bekövetkezett mulasztások... is a szerződések törvénybe ütköző teljesítése körében értékelendők”.⁵

Az időelőttiség kérdésköre is a fentihez kapcsolódik, ugyanis - maradva szavatossági kérdéseknél - az ajánlatkérőnek a polgári jog szabályai szerint van még lehetősége és ideje igényt érvényesíteni, és ameddig ez fennáll, addig az ezzel kapcsolatos kérelmi elemek időelőttiek. Ehelyütt rá kell világítani arra, hogy a Hatóság a jogsértést leginkább abban látta, hogy a műszaki tartalomcsökkentést nem követte arányos ellenszolgáltatás-csökkentés - hiszen az ajánlatkérő már kifizette a szerződéses ellenértéket, a kifizetést megelőzően pedig kiállította a teljesítésigazolást - melyben az ajánlatkérő a teljesítést, mint szerződés szerűt, elfogadta. Ezen körülményeket együttesen értékelve nem számított arra a Hatóság, hogy bárminemű igényérvényesítés a teljesítés el nem fogadásával kapcsolatban felmerülhet még az ajánlatkérő részéről. A Döntőbizottság hasonlóképp érvelt⁶.

A Hatóság feladatkörének ellátásával összefüggésében arra hívták fel a figyelmet, hogy a jogorvoslat kezdeményezésére a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján került sor, amely kimondja, hogy ennek a Hatóság a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti eljárásának eredményeként, különösen a Kbt. 142. § (2) bekezdése szerint elkövetett jogsértés esetén van helye. A Hatóság a szerződés ellenőrzését hatósági ellenőrzés keretében, a 187. § (2) bekezdés j) pontjában foglaltaknak megfelelő módon folytatta le, és a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére okot adó körülmények is mind ezen eljárás keretében jutottak a tudomására. Noha a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja nevesít egy esetet, a „különösen” jelző⁷ arra utal, hogy ez csak egy példa azon (egyébként számos) eset közül, amikor a kezdeményezésnek helye lehet.

Az eljárás kifogások közül az elkésztésre hivatkozás az, ami a legtöbb szót érdemli, tekintettel arra, hogy a

kérelmi elemek közül volt olyan, amivel szemben az erre való hivatkozás jogos volt, és akár valamennyi tekintetében is fennállhatott volna.

Érdemes kettéválasztani a kérdést a szubjektív és objektív határidők megtartottsága szerint, különösen azért, mert a közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos régi Kbt. és a jogorvoslati eljárás megindításakor hatályos Kbt. eltérő objektív határidőket állapított meg. Az esetleges összeütközésből fakadó problémakör egyébként 2020. márciusában - más, nem a cikk tárgyát képező ügyben, de ugyancsak szerződés-ellenőrzési eljárás alapján - az Európai Unió Bíróságának (a továbbiakban: EUB) C-496/18. és C-497/18. sz. egyesített ügyekben hozott ítéletben is megjelent. Az ítélet lényege, hogy a jogbiztonság elvével ellentétes az, ha a módosított nemzeti szabályozás által megteremtett újabb határidő alapján indul meg jogorvoslati eljárás olyan ügyben, ahol a *jogorvoslatra nyitva álló jogvesztő határidő a szabályozás módosításakor már lejárt*. Végülis tehát az ítéletből az olvasható ki, amihez hasonló álláspont egyébként az Alkotmánybíróság 3060/2017. (III.31.) határozatában is megjelenik, hogy nem ütközik a visszamenőleges hatályú jogalkotás tilalmába az a szabályozás, amely alapján a jogorvoslati határidő a korábbi határidőhöz képest *meghosszabbodik, és nem* pedig egy már lejárt jogorvoslati határidő *éled újra*.

A jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő a jogsértés megtörténtétől számítandó, emiatt kérelmi elemként vizsgálandó, hogy az abban foglalt magatartás mikor valósult meg. Az öt kérelmi elem közül a harmadik, a közbeszerzési eljárás nem megfelelő előkészítésére vonatkozó kilóg a sorból, mivel annak esetleges megvalósítása a közbeszerzési eljárás megindításakor már megtörténik, míg a többi kérelmi elemmel kifogásolni kívánt magatartás csak a szerződés teljesítése vonatkozásában, tehát a közbeszerzés egy későbbi létszakában valósulhat meg. A közbeszerzési eljárás 2014. május 30-án indult, amikor is legkésőbb megvalósulhatnak lehetne tekinteni a közbeszerzési eljárás nem megfelelő előkészítését, csakhogy a Döntőbizottság ezt a kérelmi elemet nem vizsgálta - nem is tehetette, mert a Hatóság az erre vonatkozó kérelmi elemet visszavonta. Ennek oka az volt, hogy a

⁵Ld. D.401/25/2017. sz. határozat 28. pontját

⁶Ld. D.401/25/2017. sz. határozat 29. pontját

⁷Ld. D.401/25/2017. sz. határozat 27. pontját

2014. május 30-án hatályos régi Kbt. szerinti 1 éves objektív határidő (amely 2015. május 30-án járt volna le), 2015. január 1-jén 3 évre módosult (tehát a jogszabály módosításakor még le nem járt határidő nem újraéledt, csupán meghosszabbodott), amely azonban legkésőbb 2017. május 30-án így is lejárt. A Hatóság csak a jogorvoslati eljárás megindítása után észlelte, hogy a felek eljárásjogi kifogása e kérelmi elemmel szemben alapos lehet (tekintettel a jogorvoslati eljárás 2017. augusztus 8-i megindítására), ezért annak visszavonása mellett döntött. A visszavont kérelmi elem vonatkozásában a Döntőbizottság megszüntette a jogorvoslati eljárást, érdemben tehát nem vizsgálta.

Más a helyzet azonban a teljesítéssel kapcsolatos jogsértésekkel, mivel azok feltételezett megvalósulása 2014. szeptember 2-ára volt tehető, ezért az ezekre vonatkozó - fentiekben ismertetettek szerint - 3 évre felemelt jogorvoslatra nyitva álló objektív határidő csupán 2017. szeptember 2-án járt (volna) le - a hivatalbóli kezdeményező tehát időben kezdeményezte a jogorvoslati eljárást.

Hasonlóképp kérdés merült fel a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló szubjektív határidő megtartottságával kapcsolatban, azaz a hivatalbóli kezdeményező elkésztően nyújtotta-e be 2017. augusztus 8-án kezdeményezését, tekintettel a tudomásszerzésre.

Azt már korábban rögzítettük, hogy a szubjektív határidőre vonatkozó rendelkezéseket a Kbt. és nem a régi Kbt. rendelkezései között kell keresnünk - erre tekintettel a hivatalbóli kezdeményezőnek a jogsértésről való tudomásra jutását követő 60 napon belül kellett az

eljárást kezdeményeznie⁸. De mely időpont számít a tudomásszerzés kezdő időpontjának?

Az ajánlatkérő és az ajánlattevő jogorvoslati eljárás során benyújtott észrevételei alapján a Döntőbizottságnak az alábbi időpontokat kellett megvizsgálnia (kérelmi elemenként):

- Közérdekű bejelentés Hatósághoz történő megérkezésének napja;
- Szerződés-ellenőrzés soráni kérdésfeltevések (tényállásbiztató végzések kibocsátásának) első alkalombeli napja;
- Az ezekre első ízben adott válaszok megérkezésének napja;
- A szakértőnek feltett kérdések megküldésének napja;
- A szakvélemény elkészültének napja;
- A szerződés-ellenőrzési eljárás lefolytatására irányadó 90 napos határidő lejártának napja.

A szerződés-ellenőrzési eljárás megindításának alapjául szolgáló közérdekű bejelentést a Döntőbizottság is megvizsgálta, és megállapította, hogy az a közbeszerzési szerződésben résztvevő alvállalkozók bevonásával, valamint kifizetésével kapcsolatban tartalmazott, általános jellegű kijelentéseket. Nem tartalmazott azonban olyan jogsértésre utaló tényállítást⁹, amelyet a hivatalbóli kezdeményező a jogorvoslati eljárás tárgyává tett volna. Emiatt kizárt volt, hogy már a közérdekű bejelentésből tudomást szerzett volna valamely jogsértésről. Megjegyzendő, hogy nem kizárt már a közérdekű

⁸ A Kúria Kfv.II.39.215/2010/4. számú döntése alapján a jogsértésről való tudomásszerzés ténykérdés, így ellenkező bizonyításig azt az időpontot kell a tudomásra jutás időpontjának tekinteni, melyet a hivatalbóli kezdeményező megjelölt. A Fővárosi Bíróság 25.Kpk.45588/2006/3. számon hozott eseti döntése nyomán kialakult következetes döntőbizottsági és bírósági gyakorlat szerint a Kbt. nem követeli meg a jogorvoslati kérelem megdönthetetlen bizonyítékokkal való alátámasztását. A Kúria Kfv.VI.35.802/2012/5. számon hozott döntésében elvi élel állapította meg, hogy a tudomásszerzés nem az a nap, amikor a jogellenesség teljes bizonyosságban a kezdeményező tudomására jut, hanem az a nap, amikor az eljárás megindításához szükséges tényekről értesül. A vizsgálat tárgya tehát az volt, hogy a hivatalbóli kezdeményező legkorábban mikor értesülhetett a jogorvoslat tárgyává tett jogsértésekről, és ehhez képest megtartotta-e a rendelkezésére álló 60 napos határidőt.

⁹ Megjegyzendő, hogy a jogsértés feltételezéséhez, gyanújához azonban nem elegendő önmagában valamely megalapozatlan körülmény bizonyítás nélküli állítása - megalapozott tényismeret szükséges a jogsértés feltételezéséhez. A szerződés-ellenőrzési eljárás - legalábbis közérdekű bejelentések esetén - épp ezt szolgálja: az abban foglalt állítások megalapozottságának kivizsgálása, a tényismeret megszerzése. Jelen esetben épp a közérdekű bejelentésben foglaltakat nem sikerült alátámasztani, nem merült fel arra utaló körülmény, hogy az alvállalkozókkal kapcsolatban közbeszerzési jogsértés történt volna (ezért nem is terjedt ki erre a jogorvoslati kezdeményezés). A Hatóság azonban nem kizárólag a bejelentésekben foglaltakra tekintettel végzi el a vizsgálatot, hanem maga által kialakított általános ellenőrzési metodika alapján - amely alkalmazása önmagában ugyancsak nem jelenti, hogy valamely jogsértés elkövetéséről lenne a Hatóságnak tudomása.

bejelentés alapján tudomást szerezni jogsértésről, de ahogy a gyakorlat is mutatja, a tényállításnak dokumentumokkal alátámasztottnak kell lennie, amely alapján a hivatalbóli kezdeményező legalábbis feltételezheti, hogy jogsértés történt. Általánosságban elmondható, hogy bejelentővédelmi okok miatt a közérdekű bejelentésbe az iratbetekintést a felek számára a hivatalbóli kezdeményező nem engedi. Ezért nem példanélküli - és teljesen érthető - ha azok akikre nézve hátrányos kijelentéseket tartalmazhat a közérdekű bejelentés, jogorvoslati eljárásban kívánják jogos érdeküket - jelen esetben elkésettiségre hivatkozással - érvényesíteni.

A kérelmezettek a közérdekű bejelentésen túl feltételezték, hogy a jogorvoslati kezdeményezés benyújtását több, mint 60 nappal megelőzően, már szerződés-ellenőrzési eljárás során tudomást szerezhetett a Hatóság a jogsértésről. Feltételezésüket arra alapították, hogy a Hatóság kérdései - tényállásbiztosító végzései - álláspontjuk szerint voltak annyira konkrétak, hogy valamilyen - jogsértésre vonatkozó - többletinformáció birtokában lehetett, melyet csupán megerősíteni kívánt az ellenőrzési eljárás köntösébe bújtatva. Hasonlóképp vélekedtek a kérelmezettek az általuk adott válaszok információtartalmáról: ha a kérdések mögött nem is húzódott tudomásszerzés, az azokra adott válaszok alapján az már bizonyosan megtörtént! Nem így volt. A Hatóság a szerződés-ellenőrzés lefolytatásának idején - és azóta is - általánosságban, de az adott szerződés tárgyához - és nem utolsósorban a számon kérhető jogszabályhelyek szövegéhez - igazítva tesz fel típuskérdéseket, amelyekre adott válaszokat összességükben és együttesen értékeli. Az kétségekívül igaz, hogy a tudomásszerzés nem a válaszok kiértékelésének idejéhez igazodik (hisz az könnyedén visszaélésre adhatna okot), de jelen esetben az ügyfelek által szolgáltatott adatok nem voltak olyanok, melyekből önmagukban lehetett volna következtetni a teljesítés - a megkötött szerződéshez képesti - mennyiségi és egyúttal minőségi eltéréseire. Ehhez elengedhetetlen volt a később kirendelésre kerülő szakértő nem átvitt értelemben vett feltáró munkája, laborvizsgálatai. A Döntőbizottság sem találta ezt másképp.

Az igazságügyi szakértő kirendelésére épp azért került sor, mert az ügyfelek által szolgáltatott nyilatkozatok, dokumentumok ellentmondásosak voltak: a szerződés-ellenőrzés során ugyanis az útépitéshez használt aszfaltmennyiség-felhasználást olyan szállítólevelekkel

is kívánták igazolni, melyek kiállításának dátumai nem minden esetben estek egybe a teljesítés időszakával. Önmagában ez nem feltétlen jelenti, hogy jogsértés történt (főleg nem átalánydíjas szerződés esetén), de másként nem lehetett meggyőződni arról, hogy csupán téves dokumentumok kerültek-e megküldésre, vagy csakugyan kisebb mennyiségű aszfaltot használtak-e fel az előírtnál - és mégha az utóbbi is igazolódna be, az egyáltalán nem jelenti azt, hogy az eredmény ne valósult volna meg. Az eredmény megvalósulása (még ha az kevesebb aszfaltból is történik) ugyanis szerződés szerinti teljesítést jelent. De mi számít eredménynek? A Hatóság álláspontja szerint a mai napig az, ha a teljesítés megfelel a közbeszerzési eljárásban kiírt feltételek szerinti minőségnek. Egy úttest megvalósítása esetén sokféleképp meg lehet határozni, hogy mi számít ilyen minőségűnek, de a lényeg az, hogy az úttest hosszútávon is közlekedhető legyen és ahhoz ne kelljen „hozzányúlni” - tehát általános igénybevétel mellett ne kelljen arra számítani, hogy idő előtt újabb közbeszerzési eljárást kell kiírni útburkolat felújítása céljából.

A Hatóság erre volt kíváncsi: a felújított úttest mennyiségi és minőségi paraméterei megfelelnek-e a kiírásnak: az ajánlati felhívásnak, műszaki leírásnak, a szerződésnek. Ezek a paraméterek lettek kérdésként a szakértőnek feltéve: az úttest geometriai tulajdonságaira, burkolati hézagra, burkolati rétegre, árokprofilozás megvalósult folyóméterére és számos egyéb, a teljesítés számszerűsíthető értékére volt kíváncsi a Hatóság. Ahogy az ellenőrzött szervezeteknek feltett kérdések sem bírtak többletjelentés-tartalommal, úgy a szakértőnek feltettek sem bírtak ilyennel - a kérdések azt szolgálták kideríteni, van-e egyáltalán olyan eltérés a teljesítésben, mely a régi Kbt. szerint szankcionálandó - így a szakértő kirendelése önmagában nem alapíthatott tudomásszerzést.

Ahogy a szakvélemény elkészültének a napja sem: a szakértő ugyanis az Igazságügyi Minisztérium nyilvántartásában szereplő - a kirendelő Hatóságtól is - független igazságügyi szakértő volt - ráadásul a tárgyi ellenőrzésben már a harmadik a sorban (a korábbi szakértők a kirendelést vagy nem vállalták, vagy visszamondták felkérésüket). A Hatóságnál nem álltak rendelkezésre saját szakértők, ahogy az a megfelelő speciális szakértelem sem, mely az úttestek fenti paramétereinek vizsgálatához elégséges lenne. Egy a Hatóságtól független szakértő által készített (végleges) szakvélemény elké-

szülnének a napja nem jelenthet egyet a tudomásrajutás napjával (kivéve, ha aznap meg is érkezik a kirendelő Hatósághoz). A szakértő nem a Hatóság munkavállalója, így az általa elkészített szakvélemény ugyanolyan dokumentum, melyet az ellenőrzött szervezetek is szolgáltatnak: ugyanúgy érkeztetendő, iktatandó¹⁰, értékelendő és végső soron figyelembe veendő, ahogy azt a joggyakorlat bármely más iratnál megkívánja a tudomásszerzéshez.

Végsősoron kérdésként merült fel, hogy a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendeletben (a továbbiakban: 308/2015. Korm. rendelet) meghatározott ellenőrzési határidő (90 nap) tulajdonképpen jogvesztőnek számít-e és annak lejártá megnyitja-e a szubjektív határidő kezdőnapját vagy sem. Ennek azért tulajdonítottak jelentőséget a kérelmezettek, mivel álláspontjuk szerint jócskán meghaladta az ellenőrzés határidejét a jogorvoslati eljárás kezdeményezése. Fel kell azonban hívni a figyelmet egy lényeges körülményre: a szerződés-ellenőrzési eljárás lefolytatásának idején irányadó (háttér)jogszabályként kellett figyelembe venni a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvényt (a továbbiakban: Ket.), melynek 33. § (3) bekezdése számos esetet sorol, melyek nem számítanak bele az ügyintézési határidőbe: többek között ilyen a hiánypótlásra, illetve a tényállás tisztázásához szükséges adatok közlésére irányuló felhívástól az annak teljesítéséig terjedő idő, vagy a szakértői vélemény elkészültének a napja¹¹. Az ügyintézési határidőbe nem számítandó tételek „nettósítják” a 308/2015. Korm. rendelet szerinti határidőt, mely tekintettel az ellenőrzésben kibocsátott tényállástisztázó végzések kibocsátásától azok megválaszolásáig terjedő időtartamra, illetve a szakvélemény elkészültének idejére, megtartottnak minősült. A Döntőbizottság ezt a körülményt nem vizsgálta, tekintettel arra, hogy hatáskörrel nem rendelkezik a Hivatalbóli Kezdeményező eljárásainak törvényességi ellenőrzésére, de ehelyütt mindenképp kiemelendő ez a körülmény is. A Döntőbizottság kizárólag azt vizsgál-

hatta, hogy mikor történt meg a tényleges tudomásszerzés: és ezt 2017. június 9-ében határozta meg, mely a szakvélemény Hatósághoz történő megérkezésének napja volt - választ adva ezzel az elkészettséggel kapcsolatos vitás kérdésekre.

Ehelyütt érdemes kitérni arra, hogy a hatályos jogszabályi keretek között sem egyszerű annak eldöntése, hogy a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést miként kell értékelni. Kétségtelen, hogy ennek alapvetően van egy klasszikus, tisztán polgári jogi vetülete, ahogy arra a felek helyesen fel is hívták a figyelmet a hatásköri kérdések kapcsán. Van azonban közbeszerzési jogi vetülete, melyet a Kbt. hatálybalépésével a jogalkotó igyekezett megragadni, kibogozni, és ezzel egyúttal azt a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt is marasztalhatóvá tenni.

Az egyik eset ezek közül, ha a szerződésszerű teljesítés elmaradását nem követi az ajánlatkérő igényérvényesítése - erről szól a Kbt. 142. § (2) bekezdése. Ez azonban tipikusan azokra az esetekre vonatkozik, amikor az ajánlatkérő az ajánlattevő szerződésszegéséről való tudomásszerzés után nem érvényesíti a szerződésből fakadó igényét. Elképzelhető azonban, hogy az objektív szerződésszegés (eltérő teljesítés) megléte esetén sem áll fenn az ajánlatkérőnek igényérvényesítési kötelezettsége: a késedelmes teljesítés esetére kikötött kötbér nem követelhető az ajánlattevőtől, ha arra azért került sor, mert az ajánlatkérő nem biztosította a leszállítandó áru átvételére a megfelelő területet - a jogosulti (ajánlatkérői) késedelem kizárja a kötelezetti késedelmet.¹² De ugyanígy kizárt olyan szerződésszegésből eredő kár érvényesítése, melyre nézve a Ptk. 6:142. §-a szerinti mentesülési okok beállnak. Úgy tűnik, hogy a Kbt. 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés esetén nem beszélhetünk klasszikus szerződésmódosításról, ugyanis a szerződésmódosítást megelőző akarategyezség hiányzik.

A másik eset a tényleges szerződésmódosítás esetköre, mely a Kbt.-be ütközhet, ha annak feltételei nem állnak fenn. Ez a megközelítés alapjaiban nem változott a Kbt. korábbi változataihoz képest, viszont a jelenleg hatályos Kbt. részletesebben kifejti azokat a lehetőségeket, amelyek fennállása esetén a szerződésmódosítás jogszerű,

¹⁰ Itt elsősorban a hétköznapi értelemben vett, a Hatósághoz történő tényleges megérkezésre kell gondolni, melyet az érkeztetés/iktatás dátuma csupán igazol - a tudomásszerzésnek nem feltétele az iratkezelési szabályok betartása.

¹¹ Ld. Ket. 33. § (3) bekezdését.

¹² Ld. Ptk. 6:156. § (2) bekezdését.

ahelyett, hogy kizárólag a tilalmazott esetkörre világítana rá, ahogy azt a régi Kbt. tette.

Nem ad azonban a Kbt. választ arra, hogy az igényérvényesítés elmaradásával, azaz az eltérő teljesítésbe való ajánlatkérői „belenyugvás”-sal egyúttal jóváhagyottnak tekinthető-e a „szerződésmódosítás”, utólagosan az akaratgyűség megállapítható-e. Amennyiben igen, úgy a határ elmosódik az ajánlatkérői igényérvényesítés elmaradása és a tényleges szerződésmódosítás (és annak potenciális jogszerűtlensége között) - többek között ennek elhatárolása is feladata a Hatóságnak, legalábbis a Döntőbizottság előtt kezdeményezett jogorvoslati eljárásokban, és az azt megelőző szerződésellenőrzési eljárásokban. Némi fogódzót nyújt, ha az eltérő teljesítést megelőzően a felek között volt kommunikáció, amelyből megállapítható, hogy az ajánlatkérő már azelőtt tudott az eltérő teljesítés valószínűségéről, hogy az bekövetkezett volna. Ha ekkor az ajánlatkérő nem tiltakozik az eltérő teljesítés ellen, majd azt a teljesítésigazolás kiállításával aztán jóvá is hagyja, akkor a jelenlegi - hatósági - álláspont szerint inkább beszélhetünk szerződésmódosításról, mint a 142. § (2) bekezdés szerinti jogsértésről, és a Kbt. szerződésmódosítási jogalapjainak vizsgálata az indokolt.

A tárgyi ügyben az ajánlatkérőt a teljesítés során a műszaki ellenőr reprezentálta, aki az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 16. § (2) bekezdése szerint „az építőipari kivitelezési tevékenység teljes folyamatában elősegíti és ellenőrzi a vonatkozó jogszabályok, hatósági előírások, szabványok, szerződések és a kivitelezési dokumentáció betartását”. A Hatóság álláspontja szerint a műszaki ellenőr feladata a közbeszerzési szerződéstől eltérő teljesítés észlelése, ennek során az ajánlattevő és ajánlatkérő figyelmének erre történő felhívása. Arra

utaló körülmény, hogy ezen feladatát ne látta volna el a teljesítés során, nem merült fel, ezért a hivatalbóli kezdeményező abból indult ki, hogy az ajánlatkérő - legalábbis áttételesen - észlelhette a szerződéstől eltérő, csökkentett műszaki tartalommal megvalósuló teljesítést, és ezzel együtt az eredeti szerződéses áron fizette ki az ajánlattevőt. Mindezt a Hatóság szerződésmódosításként értékelte. A jogorvoslati eljárásban egyébként megerősítést nyert, hogy a felek folytathattak tárgyalásokat az eltérő teljesítésről, mivel a szakvélemény hiányosságát vélték felfedezni abban, hogy az nem vette figyelembe, hogy az ajánlattevő az alapréteget „az AC22 aszfalttal teljesen egyenértékű mart aszfalttal kiváltotta”. Kiváltásról/helyettesítésről akkor beszélhetünk, ha az eredeti termék helyett mást építenek be - ennek tényét a felek nem tagadták, sőt megerősítették a jogorvoslati eljárás során, és a hivatalbóli kezdeményező is ekként vette figyelembe.¹³

A következő kardinális kérdés az, hogyha meg is valósult a szerződésszegés/ szerződésmódosítás, akkor a csökkentett műszaki tartalom jogszerűtlensége támadható-e, hiszen átalánydíjas szerződésről lévén szó, nem az számít, hogy milyen a szerződésben meghatározott mennyiségű építőanyagból, hanem egyáltalán megvalósult-e az elvárt eredmény: az átadott úttest ott volt, és évek óta használták. A felek álláspontja szerint ugyanis a költségvetési tételek utólagos tételes vizsgálata ellentétes a szerződés átalánydíjas jellegével. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint azonban elsősorban nem az volt a kérdés, hogy az egyes tételek abban a mennyiségben (annyi köbméter aszfaltból, annyi db/folyóméter szegélyből stb.) valósultak-e meg, mint amit az ajánlatkérő az árazatlan költségvetésben rögzített¹⁴. A kérdés az volt, hogy mi is az elvárt eredmény és ehhez képest mi valósult meg - ami alapvetően nem mennyiségi, hanem minőségi kérdés. Az ajánlatkérők

¹³ Tekintettel azonban arra, hogy teljes kétséget kizáróan nem lehetett kizárni, hogy az ajánlatkérő esetleg mégsem szerzett tudomást az eltérő teljesítésről, pl. azért, mert a műszaki ellenőrtől nem kapott teljes körű tájékoztatást a nem szerződésszerű teljesítésről, az alapvető jogsértésekre hivatkozást a Hivatalbóli Kezdeményező sem mellőzhette. Ugyanis, ha a szerződésmódosítás alapvető eleme, az akaratgyűzőség a Döntőbizottság szerint mégsem állna fent, akkor utóbb (elkésztés miatt) a felelős gazdálkodás alapvető követelményeinek megsértése (igényérvényesítés elmaradása a régi Kbt. szerint is levezethető a generálklauzulákból) érdemben már nem lenne hivatkozható. Ugyanezen megfontolásból került a többi alapvető sérelem is a jogorvoslati kezdeményezésbe.

¹⁴ Másodsorban azonban kérdés lett volna, ugyanis felveti az ajánlatkérő felelősségét a közbeszerzési eljárást megelőző előkészítés során tanúsított magatartását illetően. Ha kevesebb mennyiségű alapanyagból is megépíthető az elvárt eredmény, és feleolyan összegből is megvalósítható a szerződéses tartalom, akkor a nem megfelelő előkészítés miatt (túló mennyiségek és ezek beárazása az ajánlattevő által) sokkal jobban megterhelte a költségvetést, mint ami indokolt lett volna, és ami a felelős gazdálkodás alapjába belefért volna. Sajnos a fentiekben kifejtettek miatt ezek vizsgálatára nem került sor.

ezt meghatározhatják a szerződésükben utalva az általuk elvárt minőségi kritériumokra, szabványokra, stb., ezek hiányában azonban a Ptk. szolgáltatás minőségére vonatkozó rendelkezései adhatnak támpontot¹⁵. Ez utóbbi kritériumrendszer elég általános, ennél fogva bizonyos termékeknél nehezebben alkalmazható, és ez alapján a szolgáltatás meg nem felelő mivolta nehezebben is számon kérhető.

A Döntőbizottság is arra az álláspontra helyezkedett, hogy a szerződés, a műszaki leírás és az árazatlan költségvetés tételeinek vizsgálata elengedhetetlen ahhoz, hogy meg lehessen határozni, mi volt az ajánlatkérő által elvárt eredmény, és ezzel kell összevetni azt, ami megvalósult. Átánydíjjal kapcsolatban kiindulópont, hogy „ha a felek a vállalkozói díjat a szerződés megkötésekor végleges jelleggel - a vállalkozó előzetes kalkulációjának eredményeként - egy összegben, átánydíjra határozzák meg, a szerződés teljesítését követően a megállapított fix díjtól sem felfelé, sem lefelé nem lehet eltérni. A vállalkozót ilyen esetben megillető díj - a szerződés módosításának minősülő pótmunkavégzés esetétől eltekintve - a szerződésben kikötött díjjal egyezik meg, ezt az összeget a megrendelő az esetleg alacsonyabb költségekre hivatkozással sem csökkentheti, és a vállalkozó sem számíthatja hozzá a díjhoz a többletmunka költségvonzatát. Abban az esetben, ha a vállalkozó nem szerződés szerűen teljesített, az elszámolás akként történhet, hogy az elmaradt munkarésszel kapcsolatos díjtételeket az átánydíjból levonásba kell helyezni, és a vállalkozó az átánydíj arányos részére tarthat igényt.”¹⁶

A Döntőbizottság tehát a kezdeményezésben megjelölt tételeket, mint a hivatalbóli kezdeményező véleménye szerint csökkentett/elmaradt műszaki tartalmat, egyenként¹⁷ megvizsgálta, annak megállapítása érdekében, hogy történt-e szerződéstől eltérő teljesítés, megvalósult-e vagy sem az elvárt eredmény. Számos esetben nem látta megalapozottnak a szerződéstől való eltérést, és ezekre tekintettel nem is állapított meg jogsértést. Azonban az aszfaltrétegek nem megfelelő (csekélyebb)

mennyiségben és egyúttal minőségben történő megvalósítása (vékonyabb kötő/kopórétegek hamarabb tönkremennek), az AC22-es aszfalttal egyenértékűnek nem tekinthető (más szemcseméretű, nehezebben tömöríthető, szabványok szerint önálló réteggént nem használható) mart aszfalttal történő helyettesítés, burkolati hézagok nem megfelelősége, árokprofilozás hiányosságai miatt megalapozottnak látta a kezdeményezést. A burkolati hézagok esetében kitért arra is a határozat, hogy mivel a szerződés csupán 1. osztályú minőségben való teljesítést várt el, a Ptk. szolgáltatás minőségére vonatkozó rendelkezések vizsgálata érdekében az útügyi előírások, mint támpontok figyelembe veendőek. Rámutatott arra is, hogy noha 3 év eltelt a teljesítéstől, a burkolati hézagok változása ennyi idő alatt nem megengedett¹⁸. Ebből arra lehet következtetni, hogy nem az idő múlása/elhasználódás miatt tértek el az értékek a szerződésben foglaltaktól, hanem azért, mert eredetileg sem szerződés szerűen valósultak meg.

A fentiekre tekintettel tehát az elvárt eredmény nem valósult meg, így az eredeti szerződéses ellenértékre, az átánydíjra mint egészre az ajánlattevő sem tarthatott volna igényt, és a megvalósult csökkentett tartalmú szolgáltatással arányosan csökkentett díj járt volna. Tekintettel azonban arra, hogy az elvárt munkaeredménnyel nem volt arányos a kifizetett ellenszolgáltatás, megállapítható, hogy a gazdasági egyensúly a nyertes ajánlattevő javára billent, ami a régi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjába ütközik. A Döntőbizottság nem vizsgálta az eltérés mértékét, mert nem ettől függ a jogsértés megtörténte, a régi Kbt. 132. § (3) bekezdésének kiegészítőszempontként való figyelembe vétele nem volt szükséges. A jogsértés megállapítása mellett a felekkel szemben bírságszabásra került sor, mely a kiszabható mérték felső határát csaknem elérte. A Döntőbizottság súlyosnak ítélte a jogsértést, mivel a szolgáltatás-ellenszolgáltatás arányának indokolatlan megváltozása a Kbt. alapelveit és céljait sérti, valamint a közbeszerzési eljárásban közölt feltételek utólagos módosulása egyúttal azok relativizálásával jár.¹⁹

¹⁵ Ld. Ptk. 6:123. §

¹⁶ Ld. D.401/25/2017. sz. határozat 34. pontját

¹⁷ Valamennyi tétel ismertetésére terjedelmi korlátok miatt nem kerül sor, az érdeklődők ezeket a D.401/25/2017. sz. határozatban megtalálhatják.

¹⁸ Ld. D.401/25/2017. sz. határozat 45-48. pontját

¹⁹ Ld. D.401/25/2017. sz. határozat 59. pontját

Ugyanezen vizsgált költségvetési tételek vonatkozásában a Döntőbizottság nem állapította meg a régi Kbt. 132. § (1) bekezdés c) pontja szerinti jogsértést, mivel a felek új elemre nem terjesztették ki a szerződéses tartalmat, valamint nem vizsgálta az alpelvi jogsértések elkövetését sem, mivel tételes jogsértés megjelölése mellett a hivatalbóli kezdeményező többlettényállási elemet nem adott elő. A következőes döntőbizottsági gyakorlat szerint, ami a Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.197/2008/6. döntésén alapul, az alapelvek önmagukban csak akkor válhatnak a jogszerű eljárás fokmérőivé, ha valamely magatartás a tételes rendelkezések szerint nem ítéltető meg - jelen esetben azonban megítélhető volt a régi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontja alapján.

A Döntőbizottság határozata a szerződéstől eltérő teljesítés értékelése szempontjából mérföldkőnek számít, mert nem klasszikus, könnyen megragadható, külön dokumentumba foglalt szerződésmódosításról beszélhetünk, hanem a teljesítés dokumentumaiból kirajzolódó, szakvélemény alapján rekonstruálható teljesítéstől történő eltérésről - mellyel szerződés-ellenőrzéseink során a mai napig gyakran találkozunk.

A felek a döntés ellen jogorvoslattal éltek, melynek eredményéről a cikksorozat következő részében számolunk be.