

Mérlegelési és diszkrecionális jogkörön alapuló döntések a közbeszerzések területén¹ II. Decisions based on weighing and discretionary powers in the field of public procurement II.

Dr. Pfeffer Zsolt PhD, Egyetemi adjunktus, PTE ÁJK Pénzügyi és Gazdasági Jogi Tanszék

DOI: 10.37371/KEP.2020.6.2

Címszavak: közbeszerzés, jogalkotás, mérlegelési jogkör, bírságkiszabás, joggyakorlat

Absztrakt

A jogalkotó alapvetően közens jogi normákkal szabályozza a közbeszerzések területét, ami azt jelenti, hogy eltérést meg nem engedő módon megfogalmazza az adott tényállás megvalósulása esetén a hatósági, az ajánlatkérői, valamint a gazdasági szereplők részéről megvalósítandó cselekvések tartalmát. A jogalkotó akarata ilyen esetben a jogszabály értelmezésével (az értelmezések különböző módszereinek alkalmazásával) állapítható meg. Hogy mi a jogszerű és mi a jogellenes, azt ezen tevékenység eredménye határozza meg, még akkor is, ha a jogszabály túlságosan általános fogalmakat, rendelkezéseket tartalmaz. Vannak azonban olyan helyzetek, amikor a jogalkotó szabad belátáson vagy mérlegelésen alapuló döntési jogköröket biztosít: ilyen esetben többféle jogszerű döntés hozható. Mérlegelés esetében azonban vizsgálni kell az előírt szempontokat, és a törvényi keretek között azok megfelelő értékelésével és indokolásával kell a döntést meghozni. A tanulmány ezen döntési lehetőségek határait és jogi problémáit elemzi.

Jelen cikk a Közbeszerzési Értesítő Plusz 2020. évi V. számában megjelent írás folytatása. A cikk második részében az eljárási költségek vizsgálatának alapvető jellemzői, a mérlegelésre épülő határozatok indokolásának, valamint az ajánlatkérők döntési mozgásterének főbb problémái kerülnek áttekintésre.

Abstract

The legislator basically regulates the field of public procurement by means of cogent legal rules, which means that the content of actions to be taken by public authorities, contracting authorities, and economic operators should be defined in a non-discriminatory manner. The intention of the legislator in such a case can be established by interpreting the law (by using different methods of interpretation). What is legal and what is illegal is determined by the result of this activity, even if the legislation contains far too general concepts and provisions. However, there are certain situations in which the legislator grants weighing or discretionary powers: in this case, several lawful decisions can be made. However, in the case of weighing, it is necessary to examine the required criteria and, within the legal framework, to make the decision with the appropriate assessment and justification. This study analyzes the limits and legal problems of these alternatives. This article is a continuation of the article published in the V issue of the *Közbeszerzési Értesítő Plusz* (Public Procurement Bulletin Plus) of 2020. The second part of the article reviews the essential features of the examination of procedural costs, the main problems in the reasoning of discretionary decisions and the decision-making latitude of contracting authorities.

1. A mérlegelési jogkörben hozott határozat indokolása

Az eljárásjogokban (a közigazgatási hatósági eljárásokban, polgári és büntető bírósági eljárásokban, az adóigazgatási eljárásokban stb.) meghozott hatósági

(bírói) döntések esetében alapvető követelmény, hogy a döntéseket (különösen az ítéleteket, illetve az ügydöntő határozatokat) megfelelő módon indokolják. Az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (Ákr.) 81. §-a nevesíti a rendelkező részt és

¹ A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar által szervezett, 2020. március 2. napján „Közigazgatás és közbeszerzések” címmel Budapesten megrendezett konferencián a „Diszkrecionális és mérlegelési jogkörön alapuló ajánlatkérői és közigazgatási hatósági (döntőbizottsági) döntések” címmel megtartott előadás szerkesztett változata.

az indokolást, az indokolás tartalmi elemei körében pedig kiemeli a mérlegelés kérdését is.

A határozathozatal, valamint annak indokolása szoros kapcsolatban áll az Alaptörvényben garantált *tisztességes eljáráshoz való joggal*. Ez számos, a joggyakorlat által kimunkált elemet (kötelezettséget) foglal magában, így például a következőket: a hatóság a tényállást kellőképpen feltárja, azt bizonyítja, a bizonyítékokat meggyőzően indokolja,² az érintett szereplők észrevételeit kellő mélységben figyelembe veszi, ezek értékeléséről a döntésben számot ad,³ az ügyfél (vagy éppen az eljárás alá vont személy) javá-*ra* és nemcsak a terhére szolgáló körülményeket is értékeli, a szükséges tájékoztatásokat megadja, lehetőséget teremt az ügyfél számára arra, hogy jogszerű keretek között az eljárás menetét számára kedvezően alakítsa, az eljárást pártatlanul⁴ (elfogulatlanul) folytatják le, valamint hogy az ügyféli jogállást biztosítani kell a jogosultaknak.⁵ Ugyanakkor az, hogy egy adott ügyben irányadó hatályos jogszabályi rendelkezést miként alkalmaznak, nem hozható összefüggésbe a tisztességes eljáráshoz való joggal.⁶

A határozat indokolása egyrészt az ügyféli és jogorvoslati jogok gyakorlása szempontjából kiemelkedő jelentőségű, hiszen ebből ismerhetik meg az ügyfelek (és az egyéb érdekelték), hogy az eljáró hatóság milyen tényállást állapított meg, milyen bizonyítékokat hogyan vett figyelembe (és melyeket nem vett figyelembe és miért), hogyan értelmezte az alapul fekvő jogkérdéseket és azokat milyen jogszabályi rendelkezések, joggyakorlati támpontok⁷ alapján ítélte meg. Az indokolás részletezi – egyebek mellett – az eljárási költségeket, valamint a kiszabott szankciók körében mérlegelt körülményeket.

Másrészt a jogorvoslati fórumok számára is rendkívül fontos, hiszen ezek alapján tudják elvégezni az ügy felülvizsgálatát. A bírósági joggyakorlatban e kettős követelmény a következőképpen jelenik meg: „Az indokolásból világosan és egyértelműen ki kell tűnnie az érvelésnek oly módon, hogy az érdekelték a jogaik védelme érdekében megismerhessék a meghozott intézkedés indokait, és meggyőződhetnek arról, hogy a döntés megalapozott-e, vagy sem, másrésztől, hogy a döntés vizsgálatára jogosult fórumok az indokok alapján a döntés felülvizsgálatát elvégezhesék.”⁸

A mérlegelés szempontjából kiemelkedő jelentőségű az indokolás azon része, amelyik azt tárgyalja, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság (KDB) a bírság kiszabása körében milyen szempontokat hogyan értékelt. Fontos az általános határozatszerkesztési szempontok megtartása is: „A határozat egésze értékelendő a bírság kiszabásának jogszerűsége vizsgálata során. A határozat szerkezetéből következik, hogy pl. a jogsértések súlyát, terjedelmét és részletes indokolását a határozat jogi indokolásának első része tartalmazza, míg az ennek eredményeként alkalmazott bírság mértékének megállapításánál elegendő ezekre csak utalni, de megismételni felesleges, mert az a határozat szerkezetét megbontaná.”⁹ Ennek a megközelítésnek azért van jelentősége, mert nyilván a mérlegelés körülményei a rendszerint alkalmazott megfogalmazásból nem ismerhetők meg kellő alapossággal, a döntéshozó értékelési folyamata nem válik nyilvánvalóvá, külső szemlélők számára teljes körűen megismerhetővé, átláthatóvá. Az valóban nem várható el a hatóságtól, hogy egyfajta „árjegyzék-ként” tételesen beárazza az egyes szempontokat, majd a végén azokat összeadva állapítsa meg a végösszeget, ha

² Ld. pl. az Emberi Jogok Európai Bíróságának az Ajdarić kontra Horvátország ügyben hozott döntését [(20883/09), 2011. december 13., 36–53. bekezdés].

³ Ld. a 7/2013. (III. 1.) AB határozatot.

⁴ „Az Alkotmánybíróság már több határozatában kifejtette, hogy a pártatlanság tényleges érvényesülését elsősorban az eljárási törvények kizárési szabályai biztosítják [25/2013. (X. 4.) AB határozat, Indokolás [29], 34/2013. (XI. 22.) AB határozat, Indokolás [30]]” 3342/2017. (XII. 20.) AB határozat, Indokolás [48].

⁵ 5/2018. (V. 17.) AB határozat, Indokolás [16]. Ld. pl. a KDB D.444/5/2019. sz. határozatát, amikor ügyfélként bevonták az alvállalkozói bejelentés teljesítését elmulasztó konzorciumi partnert.

⁶ Ld. a 3306/2017. (XI. 24.) AB határozatot, Indokolás [64].

⁷ „Az ítélezési gyakorlatra hivatkozás nem jogalapja, csupán támasza a konkrét ügyben hozott döntésnek.” A Legfelsőbb Bíróság Bfv. III. 636/2011. sz. ítélete (EBH2011. 2394.).

⁸ A Fővárosi Bíróság 13.K.34.619/2008/17. sz. ítélete.

⁹ A Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.243/2003/4. sz. ítélete.

a bíróság kiszabása mellett döntött. A vonatkozó indokolás tehát a határozat egyéb részeinek figyelembevételével együttesen értelmezendő, az elkövetett (a megállapított tényállásban leírt) jogsértés jellege (súlya) és az egyéb mérlegelt szempontok alapján lehet arra következtetni, hogy miért tartotta a KDB az adott bírságot indokoltnak. Ugyanakkor szembesülni kell a mérlegelési jogkörben kiszabott bírság indokolásához kapcsolódó korlátokkal, hiszen – nyilvánvalóan okszerűtlen, kellően alá nem támasztott indokolás esetét leszámítva – többféle (ha nem sokféle) bírságösszeg lehet megalapozott.

Fontos, hogy ha hiányos az indokolás, mert a KDB csak például egy szempontot vett alapul, akkor az a határozat jogsértő, a döntőbizottsági mérlegelés jogszerűsége nem állapítható meg, így ilyen esetben – mivel a bíróság nem végezheti el az elmaradt megfelelő mérlegelést egy közigazgatási per keretei között – a KDB döntésének megsemmisítésével új eljárásra kötelezés valósul meg, és a megismételt eljárásban a KDB-nek kell elvégeznie ezt a feladatot.¹⁰ Ennek megfelelően arra is van példa, hogy a bíróság döntése (instrukciója) nyomán azt is értékelte a KDB, hogy az elkövetett jogsértés ellenére a számlák ellenértéke az alvállalkozók részére kifizetésre került. Ha viszont a bírósági ítélet nem tartalmaz egy adott szempont tekintetében iránymutatást, és így tiltást sem, akkor nincs annak akadálya, hogy a KDB a megismételt eljárásban egy jogsértést súlyossá minősítsen.¹¹

Érdekesen alakul az indokolás vizsgálatának kérdése, ha a közigazgatási perben hozott bírósági döntés a KDB-t új eljárásra utasítja, mert úgy ítéli meg, hogy a KDB döntése nem volt jogszerű, mert például valamilyen, az ügy szempontjából releváns körülményt nem vagy tévesen vett figyelembe. Ilyenkor az új eljárásra nézve adott bírósági instrukciókat a hatóság köteles végrehajtani, a megadott szempontokat nem értelmezheti át.¹²

Egy esetben a KDB által a megismételt eljárásban hozott döntését a bíróság újfent jogsértőnek ítélte, mert a bíróság új eljárásra utasító ítélete nem jogosította fel a KDB-t arra, hogy az ajánlatkérővel szemben kiszabott bírság összegét 100.000,- Ft-ról 500.000,- Ft-ra emelje. A bíróság megállapította, hogy KDB a bírságot megalapozó tények, körülmények tekintetében új tény, körülményt nem tárt fel, új bizonyítékokat nem szerzett be, továbbá a perbeli és az előzményi határozat bírságot megalapozó indokolása szó szerint megegyezett. Ezzel a döntésével pedig a KDB a bírósági iránymutatásokat nem tartotta meg.¹³

2. A bírósági felülmérlegelés határai a közigazgatási perekben

Az előzőekben említett példák átvezetnek egy további lényeges kérdéshez, nevezetesen ahhoz, hogy a bíróságnak milyen lehetőségei vannak a KDB által kiszabott bírság felülvizsgálatához kapcsolódóan, azaz, mikor érhetnek el eredményeket a bírsággal sújtott jogalanyok a bírság összezszerűségének mérséklése körében. Az ilyen törekvéseket behatárolja a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (Kp.) 85. § (5) bekezdésében foglalt azon szabály, amely szerint a „Mérlegelési jogkörben megvalósított közigazgatási cselekmény jogszerűsége körében a bíróság azt is vizsgálja, hogy a közigazgatási szerv hatáskörét a mérlegelésre való felhatalmazásának keretei között gyakorolta-e, a mérlegelés szempontjai és azok okszerűsége a közigazgatási cselekményt tartalmazó iratból megállapíthatóak-e.”¹⁴ A Kp. 85. §-ához fűzött indokolás ezt azzal egészíti ki, hogy „Az eljárási szabályok megtartása – és azon belül az indokolás – minden közigazgatási cselekmény esetén követelmény, ezek külön nevesítését a törvény ehelyütt nem tartalmazza, azt a bíróság –

¹⁰ Ld. pl. a Fővárosi Törvényszék 30.K.700.209/2019/11. sz. ítéletét vagy a Kúria Kfv.III.37.953/2017/5. sz. ítéletét, [37].

¹¹ Ld. a KDB D.89/5/2019. sz. határozatát.

¹² Ld. a Kúria Kfv.I.35.303/2011/5. és a Kfv.I.35.417/2011/6. sz. ítéleteit. Ld. még: „A Kúria a BH2016. 155. számú eseti döntésében rámutatott arra, 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.” (A Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.27.271/2016/25. sz. ítélete.)

¹³ Ld. a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.27.271/2016/25. sz. ítéletét.

¹⁴ Ld. még a régi polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény 339/A. és 339/B. §-át.

megfelelő kereseti kérelem esetén – minden ügyben vizsgálja.”

E törvényi korlátok alapján a bíróságok nem jogosultak általánosságban felülbírálni (felülmérlegelni) a KDB bírságot kiszabó döntését, erre rendszerint csak kirívó, okszerűtlen, vagy hiányos indokolás esetében kerül sor. Önmagában a szubjektív vélemény, nevezetesen, hogy magas-e a kiszabott bírság vagy sem, nem bír relevanciával, a figyelembe vett szempontokat és a határozat indokolását kell vizsgálni.

Vagyis ha a KDB a tényállást kellő mértékben feltárta, az eljárási szabályokat betartotta, a mérlegelés szempontjai megállapíthatóak, és a határozat indokolásából a bizonyítékok mérlegelésének okszerűsége kitűnik, akkor a határozat jogszerűnek tekintendő. Amennyiben a bírság kiszabását megalapozó jogsértés megtörtént, és a bírság kiszabásának indokoltságát és összegét a KDB a jogszabályi keretek között állapította meg, „a mérlegelésnél irányadó valamennyi szempontot helyesen alkalmazta, és azokat megfelelően indokolta, akkor a bíróságnak nincs jogszabályi lehetősége a mérlegelés szempontjainak felülmérlegelésére, és a kiszabott bírság mellőzésére vagy mérséklésére. A jogorvoslati eljárásban kiszabott bírság mellőzésére vagy összegének megváltoztatására akkor kerülhet sor, ha [a KDB] mérlegelési jogkörben hozott döntése nem felel meg a [...] törvényi követelményeknek, vagy a bíróság olyan új tényt vagy körülményt állapít meg, amely a bírság mellőzését vagy összegének mérséklését indokolhatja. Jogszabályi felhatalmazás hiányában a bíróságnak nincs lehetősége méltányosság gyakorlására sem.”¹⁵ Másképpen fogalmazva: „Ha az eljáró bíróság ítéletében megállapítja, hogy a hatóság a mérlegelési jogkörében eljárva a tényállás kellő feltárása, az eljárási szabályok betartása, a mérlegelés szempontjainak értékelése, valamint a határozata indokolása tekintetében helyesen járt el, a bíróságnak nincs felülmérlegelési jogköre.”¹⁶

Ha a KDB több jogsértést állapít meg, és a döntését felülvizsgáló bíróság egy jogsértést töröl (mert megállapítja, hogy az nem róható az ajánlatkérő terhére), akkor a bírságot nem feltétlenül matematikailag ezzel arányosan mérsékeli (azaz ha négy jogsértésből egyet töröl, akkor nem biztos, hogy a bírság 25%-kal lesz kevesebb). Egy bírósági eljárásban az ajánlatkérő a bírság törlését a jogsértés hiányára tekintettel kérte, a KDB mérlegelését nem vitatta. A másodfokú bíróság a jogsértések közül egyet törölt és ennek megfelelően mérsékelt a bírságot. A Kúria álláspontja szerint nem a jogsértések száma, hanem a súlya alapján került kiszabásra az eredeti bírságösszeg, ebből adódóan „a másodfokú bíróságnak akkor, amikor a négy jogsértés közül csak egyet törölt, *nem matematikai műveletet kellett elvégeznie a bírság tekintetében*, és nem annak $\frac{1}{4}$ részét kellett törölnie, hanem továbbra is a fennmaradó jogsértések súlyára tekintettel kellett a bírságot megállapítania. Mivel változatlanul megállapítható, hogy a fennmaradó jogsértések alapvetően érintették a részvételi jelentkezők jogainak gyakorlását, és a megfelelő mennyiségű részvételi határidő biztosításának hiánya, a kiegészítő tájékoztatáskérés elnehezülése és a szakmai alkalmassági követelmények megsértése továbbra is fennáll, így az [ajánlatkérő] magatartása súlyos jogsértésnek minősül. Nem vitatható a közbeszerzés rendkívül magas becsült értéke, a jogsértés reparálásának lehetetlensége, a jogsértés ismétlődése. Ennek alapján a bírságösszeg $\frac{1}{8}$ részének törlése a kieső jogsértéssel arányban áll, így a Kúria nem látott okot a bírságösszeg további mérséklésére.”¹⁷

3. Az ügyvédi (a megbízási) díjak mérséklése a jogorvoslati eljárásban

A közbeszerzési jogorvoslati eljárás meglehetősen súlyos pénzügyi hatásokkal járhat. Felmerülhet a bírság, az igazgatási szolgáltatási díj, valamint a másik (a nyertes) fél jogi képviselőjét (szakértőjét) megillető megbízási díj és egyéb költségek megtérítésére való kötelezés. A tételes jogi kiindulópontot egyrészt az Ákr. 129. §-a,

¹⁵ A Fővárosi Bíróság 19.K.35.204/2007/4. sz. ítélete. Ld. még: BH 2004. 487., BH2004. 343. Ld. még pl. a Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 10.K.27.264/2016/41. sz. ítéletét: „A bírság alapjául szolgáló tényállást feltárta [a KDB], az eljárási szabályok nem sérültek, a mérlegelés szempontjai megállapíthatók és ezeket a szempontokat okszerűen mérlegelte. A bírság összege pedig messze elmarad a kiszabható maximális mértéktől, a közbeszerzés tárgyi értékéhez viszonyítva minimálisnak mondható.”

¹⁶ EBH 2004. 1188.

¹⁷ A Kúria Kfv.II.37.667/2013/15. sz. ítélete.

másrészt pedig az eljárási költségekről, az iratbetekintéssel összefüggő költségterítésről, a költségek megfizetéséről, valamint a költségmentességről szóló 469/2017. (XII. 28.) Korm. rendelet jelenti.

A mérlegelési jogkör általános megalapozását az Ákr. 129. § (3) bekezdése végzi el a következőképpen: „A hatóság az indokolatlanul magas eljárási költség helyett alacsonyabb összeget állapít meg.” Ez azt jelenti, hogy a fél által bemutatott és igazolt (például bizonylattal, számlával, költség-, illetve tevékenységkimutatással, szerződéssel)¹⁸ költséget a KDB felülbíráhatja, és nem a teljes összeget rendeli megtéríteni, hanem annak csak egy részét. Vagyis ugyan a megbízási díj az ügyfél és a jogi képviselője között létrejött, a magánjogi szerződési szabadság elvén nyugvó megállapodáson alapul, azonban „amennyiben indokolatlanul magas, azt nem köteles elfogadni, jogszabályi felhatalmazás alapján mérlegelési jogkörben leszállíthatja” a KDB. Másképpen fogalmazva: a jogszabály „nem biztosít alanyi jogot a pernyertes ügyfélnek arra, hogy az eljárással felmerült költségei teljes mértékben megtérüljenek. [...] „Nem jogszabálysértő tehát, ha a hatóság a fél és jogi képviselője igazolt megállapodásától eltérően [...] mérlegeléssel a megállapodottnál alacsonyabb összegben határozza meg az ügyvédi munkadíjat. Az ügyvédi munkadíj megállapításánál ugyanis arra is figyelemmel kell lenni, hogy milyen volt a kifejtett ügyvédi tevékenység idő- és munkaigényessége, színvonala. Más oldalról figyelemmel kell lenni arra is, hogy a kirívóan magas összegben, a kifejtett munkavégzés mértékétől aránytalanul eltérő ügyvédi munkadíj sérteti a társadalom értékétét.”¹⁹

Fontos ugyanakkor, hogy mi tekintendő egyáltalán „eljárási költségnek”, vagyis hogy mit sorol az említett kormányrendelet normatív meghatározása ebbe a körbe. Nem kérhető ugyanis olyan költség megtérítésére való kötelezés, amely nem a jogorvoslati

eljáráshoz, hanem az alapul fekvő közbeszerzési eljáráshoz kapcsolódott. Így például a KDB egy esetben megállapította, hogy az *iratbetekintésre* a közbeszerzési eljárás során került sor, nem pedig a hatósági eljárásban, ezért az ahhoz kapcsolódóan felmerült költség nem minősült a 469/2017. (XII. 28.) Korm. rendelet 1. § (1) bekezdésének 7. pontja szerinti eljárási költségnek, így annak viseléséről nem döntött.²⁰ Ugyancsak nem vettek figyelembe 4 óra költségkimutatást egy másik esetben, mert az az *előzetes vitarendezéshez* kapcsolódott, az pedig szintén nem része a jogorvoslati eljárásnak.²¹

A mérlegelési jogkör tartalmának vizsgálatakor meg kell határozni azokat a szempontokat, amelyeket a KDB figyelembe vesz (vehet) a döntése meghozatalakor (azaz, hogy jogosnak, arányosnak tartja-e a kért munkadíjat vagy azt leszállítja). A vonatkozó joggyakorlatban a következő szempontok szoktak felmerülni azzal, hogy az utóbbi időben rendszerint az utolsó franciabekezdésben említett formulát emeli be a KDB a döntése indokolásába:

- az elkészített beadványok száma, terjedelme, ezek minősége, az elutasított kérelmi elemek száma, (lényegi kérelmi elem került-e elutasításra), az ügy bonyolultsága, a beadványok hasonlósága (pl. több kérelmező vett részt több párhuzamos jogorvoslati eljárásban);²²
- az eldöntendő jogkérdés jellege;²³
- a beadványok elkészítésére fordított idő, e beadványok jogi indokolása, tárgyalás tartására sor került-e, és ha igen, az milyen hosszú volt;²⁴
- fenntartotta-e a kérelmező teljes terjedelmében a jogorvoslati kérelmét, illetve módosította-e azt;²⁵
- ügyvédjelölt vagy ügyvéd képviselte-e a tárgyaláson a felet;²⁶

¹⁸ Ld. a KDB D.183/21/2009. sz. határozatát, vö. D.885/16/2016. sz. határozattal.

¹⁹ A Fővárosi Ítéletábrta 4.Kf.27.459/2007/7. sz. ítélete. Ld. még a KDB D.190/4/2011. sz. határozatát.

²⁰ A KDB D.348/22/2019. sz. határozata.

²¹ A KDB D.276/21/2018. sz. határozata.

²² Ld. a KDB D.788/17/2010. sz. határozatát.

²³ Ld. a KDB D.31/16/2010. sz. határozatát.

²⁴ Ld. a KDB D.657/15/2009. és a D.891/17/2015. sz. határozatait.

²⁵ Ld. a KDB D.189/12 /2008. sz. határozatát.

²⁶ Ld. a KDB D.201/7/2009. sz. határozatát.

- a képviseleti munka színvonala;²⁷
- a beadványok megszerkesztésének időigényessége, a beadványok és a tárgyalási nyilatkozat terjedelme, valamint az azokban kifejezésre juttatott jogi érvelés bonyolultságának foka és helyállósága.²⁸

Vizsgálható, hogy a KDB általában mennyire tartja megalapozottnak a megjelölt munkadíjat, illetve mennyiben él a leszállítás lehetőségével. A következő táblázatban a hozzávetőlegesen 10 évvel ezelőtti gyakorlat kerül áttekintésre:

A döntés száma	Igényelt ügyvédi munkadíj összege (Ft)	Megtérített ügyvédi munkadíj (Ft)
D.829/14/2011.	50.000,- Ft (+ 20.000,- útiköltség)	50.000,- Ft (+ 20.000,- útiköltség)
D.772/18/2011.	110.000,- + ÁFA	30.000,- Ft + ÁFA
D.650/15/2011.	80.000,- Ft + ÁFA (+ 20.360,- Ft egyéb költség)	50.000,- Ft + ÁFA (+ 20.360,- Ft egyéb költség)
D.588/8/2011.	150.000,-	50.000,- + ÁFA
D.404/19/2011.	300.000,- Ft + ÁFA	50.000,- Ft + ÁFA
D.342/16/2011.	105.000,-	105.000,-
D.317/8/2011.	375.000,- + ÁFA	100.000,- + ÁFA
D.312/8/2011.	136.000,- + ÁFA	100.000,- Ft + ÁFA
D.801/11/2010.	150.000,- + ÁFA	50.000,- + ÁFA
D.788/17/2010.	350.000,-	50.000,-
D.73/25/2010.	340.000,- + ÁFA	50.000,-
D.23/17/2010.	150.000,- + ÁFA	40.000,- Ft + ÁFA
D.88/9/2010.	60.000,- + ÁFA	0 Ft ²⁹
D.48/12/2010.	112.000,- Ft. + ÁFA	40.000,- Ft
D. 31/16/2010.	50.000,- Ft + ÁFA	30.000,- Ft + ÁFA
D.85/7/2010.	60.000,- + ÁFA	0 Ft ³⁰

²⁷ Ld. a KDB D.416/17/2017. sz. határozatát.

²⁸ Ld. pl. a KDB D.2/17/2019. sz. határozatát.

²⁹ „Ajánlatkérő jogi képviselője 60.000,- Ft+ÁFA ügyvédi munkadíjat kért, amelyre a Magyar Államot kérte kötelezni. Ajánlatkérő jogi képviselőjének az eljárás költségeire vonatkozóan előterjesztett kérelmét a Döntőbizottság elutasította, aminek indoka az, hogy ajánlatkérő és a jogi képviselő közötti megbízási szerződés és az abban foglalt összeg a felekre tartozik, és nem hárítható át az ügyvédekről szóló 1998. évi XI. törvény 9. § (1) és (2) bekezdésében foglaltakra is figyelemmel a Magyar Államra. A Döntőbizottság ezért elutasította az ügyvédi megbízási díj kifizetésére vonatkozó kérelmet.”

³⁰ Ld. az indokolást az előző lányszövegben.

A második táblázatba foglalt adatokból pedig az újabb döntésekben megjelenő tendenciák olvashatók ki:

A döntés száma	Igényelt ügyvédi munkadíj összege (Ft)	Megtérített ügyvédi munkadíj (Ft)
D.569/13/2019.	350.000,- Ft + ÁFA	300.000,- Ft + ÁFA
D.522/24/2019.	317.500,-Ft + ÁFA	157.000,- Ft + ÁFA
D.393/18/2019.	250.000,- Ft + ÁFA	100.000,- Ft + ÁFA
D.382/19/2019.	300.000,- Ft + ÁFA	300.000,- Ft + ÁFA
D.331/24/2019.	150.000,- Ft + ÁFA	75.000,- Ft + ÁFA
D.151/41/2019	300.000,- Ft + ÁFA	200.000,- Ft + ÁFA
D.2/17/2019.	250.000,- Ft + ÁFA	40.000,- Ft + ÁFA
D. 34/18/2019.	400.000,- Ft + ÁFA	200.000,- Ft + ÁFA
D.104/27/2019.	200.000,- Ft + ÁFA	200.000,- Ft + ÁFA
D.163/22/2019.	345.000,- Ft + ÁFA	150.000,- Ft + ÁFA
D.316/18/2019.	591.667,-Ft + ÁFA	300.000,- Ft + ÁFA
D.563/10/2019.	250.000,- Ft + ÁFA	100.000,- Ft + ÁFA
D.405/17/2018.	350.000,- F+ ÁFA	350.000,- F+ ÁFA
D.303/24/2018.	350.000,- F+ ÁFA	350.000,- F+ ÁFA
D.138/19/2018.	500.000,- Ft + ÁFA	220.000,- Ft + ÁFA
D.146/19/2018.	250.000,- Ft + ÁFA	250.000,- Ft + ÁFA

A fenti két táblázatban rögzített számadatok egyértelműen mutatják, hogy a KDB csak a legritkább esetben fogadja el a kért teljes összeget, vagyis általában él azzal a jogával, hogy mérlegeléssel állapítja meg leszállítás útján azt az értéket, amelyet végül a másik féllel megtérített. (A hozzávetőlegesen 10 év különbséget az is kiválón szemlélteti, hogy korábban kivételes volt az, amikor százezer forintnál magasabb összeget rendeltek megtéríteni, míg az újabb joggyakorlatban már pont az

számít kivételesnek, ha nem éri el a megtéríteni rendelt összeg ezt az értéket.)

Különösen fontos, hogy a KDB megfelelő módon ítélje meg a költségek jogosságát, ugyanis garanciális okokból nyilván gátat kell szabni az indokolatlan követeléseknek, ugyanakkor ténylegesen biztosítani kell azt, hogy a minőségi szolgáltatások ellenértékéhez hozzájuthasson a fél.

4. Az ajánlatkérői mozgástér és a döntésekhez való kötöttség

A hatósági, bírósági oldal döntési kereteinek részletes tárgyalását követően érdemes megvizsgálni röviden azt, hogy az ajánlatkérői oldalon miképpen jelenhetnek meg a diszkrecionális, többféle döntési alternatívát kínáló jogi felhatalmazások és az azokra épülő döntések jogi problémái. Ennek megfelelően – a rendelkezésre álló keretekre tekintettel – a teljesség igénye nélkül kerül nevesítésre néhány olyan terület, amikor nem pusztán jogértelmezési feladatot kell elvégeznie az ajánlatkérőnek, hanem tényleges mozgástér illeti meg.

Elsőként említhető a *fedezethiányra alapított eredménytelenségi ok* [Kbt. 75. § (2) bekezdés b) pont], vagyis amikor az igazolt fedezet nem elegendő arra, hogy az ajánlatkérő szerződést kössön a legkedvezőbb ajánlatot tevővel, mert az abban rögzített ellenszolgáltatás meghaladja az ajánlatkérő részéről a szerződés teljesítéséhez rendelkezésre álló anyagi fedezet mértékét, és pótlólagos fedezet bevonására sincs pénzügyi lehetőség. (A fedezet megemelésére vonatkozó jogi lehetőség biztosított.)³¹ Az alapvető kérdés az, hogy kikényszeríthető-e a fedezet megemelése az ajánlattevők részéről vagy sem? A kiindulópont az, hogy az *ajánlatkérő autonóm döntése a fedezet meghatározása*,³² vagyis az ajánlatkérő nem kényszeríthető arra, hogy a fedezetet a közbeszerzési eljárásban megemelje, ezt a nyertes pozícióban lévő ajánlattevő nem kényszerítheti ki a következetes joggyakorlat szerint: „Az ajánlattevőnek nincs arra jogi lehetősége, hogy az általa ajánlott ár teljesítéséhez szükséges fedezeti összeg előállítását követelje, illetve

ezzel kapcsolatban igénnyel lépjen fel.”³³ Ugyanakkor kivételesen alapvető sérelem került megállapításra egy esetben akkor, amikor az ajánlatkérő megemelte a fedezetet 15%-kal, majd a nyertes ajánlatot érvénytelenre nyilvánította. A második helyezett 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, és az egyik ajánlattevő esetében gondoskodott pótlólagos fedezet bevonásáról, a másik esetben pedig nem.³⁴ Vagyis alapvetően az ajánlatkérő döntési kompetenciájába tartozik, hogy dönt-e a fedezet megemeléséről vagy sem, alapesetben az nem kényszeríthető ki, ugyanakkor az alapelveket e döntések meghozatala során sem szabad figyelmen kívül hagyni.

A második példa ugyancsak az *eredménytelenségi okok* köréből említhető, nevezetesen, hogy az ajánlatkérő rendelkezhet úgy a közbeszerzési dokumentumokban, hogy az eljárást eredménytelenné nyilvánítja, *ha nem került benyújtásra legalább két ajánlat* (részvételi jelentkezés). Ezen ok alkalmazása az ajánlatkérő döntésétől függ főszabály szerint, kizárólag a közbeszerzésekért felelős miniszter által jogszabály alapján ellenőrzött beszerzés vonatkozásában írhatja elő ezen eredménytelenségi ok alkalmazását kötelező jelleggel. Ennek ellenére a támogatott közbeszerzések utóellenőrzését végző szervezetek részéről időnként megfogalmazásra kerül ehhez kapcsolódó kifogás. Egy esetben a következőket fogalmazták meg: „A felhívás szerint Ajánlatkérő nem alkalmazza a Kbt. 75. § (2) bekezdés e) pontját. Kérjük, hogy a jövőben építési beruházások esetén szíveskedjenek előírni a hivatkozott rendelkezés alkalmazását, a verseny szélesítése érdekében.” Ezt kiegészítette azzal, hogy az ajánlatkérő a fenti „hibákkal” folytatta le az eljárást, valamint hogy „az eljárás eredményét befolyásoló, alapvető sérelmekkel járó jogsértés nem történt.” Ezen állásponttal szemben azonban megfogalmazható, hogy semmilyen hiba vagy jogsértés nem történt, hiszen ha a közbeszerzési eljárás nem tartozik a miniszteri

³¹ Ld. CSAPLÁROS Diána: A fedezet felemelése a közbeszerzési eljárásban – „A megkerült fedezet”. Jog Állam Politika, 2014/1. 151–163. o.

³² Ld. a KDB D.22/14/2014. sz. határozatát, valamint a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.33.629/2013/9. sz. ítéletét.

³³ A KDB D.332/10/2016. sz. határozata.

³⁴ Ld. a Kúria Kfv.III.38.069/2015/3. sz. ítéletét (BH2016. 185.)

központi ellenőrzés hatálya alá, akkor szabadon dönthet az ajánlatkérő ezen eredménytelenségi ok előírásáról. Az ilyen megfogalmazások tehát nem szerencsések. Ha az ajánlatkérő megfogadná az ilyen tanácsokat, akkor esetleg a későbbiekben szembesülhet komoly problémákkal. Egy esetben a KDB súlyos jogsértést állapított meg, mert az ajánlatkérő rögzítette a felhívásában az eredménytelenségi ok alkalmazását, azonban annak ellenére nem nyilvánította az eljárást eredménytelenné (és kötötte meg a szerződést), hogy csak egy ajánlat érkezett. A KDB szerint ezen ajánlatkérői előírást is terhelte az ajánlati kötöttség, így jogsértő módon tekintett el az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás eredménytelenné nyilvánításától.³⁵ Vagyis ha az ajánlatkérő önkéntesen alávetette magát az eredménytelenségi ok alkalmazásának, akkor a saját mozgásterét adta fel, és később hiába változtatná meg a döntését, az ajánlati kötöttség folytán erre már nem lesz az eljárás későbbi szakaszában lehetősége, nem veheti figyelembe, hogy egy újabb költség-, illetve időigényes eljárást kell lefolytatnia (és például sürgetné a projekt megvalósítási határideje). Így minden esetben körültekintően és nem pedig az ellenőrzési jelentésekben foglalt észrevételek alapján kell automatikusan döntést hoznia az ajánlatkérőnek ebben a kérdésben.

A jogalkotó időről időre szűkítheti vagy bővítheti azokat a területeket, amelyekben az ajánlatkérőket döntési szabadság illeti meg. Például 2020. február 1-jétől megszűnt a Kbt. 113. §-a szerint indítható közbeszerzési eljárás, viszont bevezetésre került a Kbt. 114/A. §-ának (az ún. egylépcsős bírálatnak) az alkalmazási lehetősége. Ez utóbbi helyes lépés volt, azonban a Kbt. 113. §-a szerinti *összefoglaló tájékoztatáson alapuló eljárás megszüntetése* nem támogatandó, a jogalkotó a 2019. április 1-jétől hatályos, döntési alternatívát biztosító [Kbt. 113. § (5) bekezdés *d* pont] megoldást fenntarthatta volna. Az ajánlatkérőnek így lehetősége lehetett volna megvizsgálni a saját helyzetét, lehetőségeit, és ennek tudatában dönthetett volna úgy, hogy hirdetmény vagy pedig összefoglaló tájékoztatás közzétételét választja.

A megszüntetés alapjául szolgáló indokok az alábbiak szerint egyébként vitathatóak: 1. valóban jelentős korlátozást jelentett, hogy az összefoglaló tájékoztatásban közzétett adat a közzétételt követően – így az eljárás megindítását követően sem – volt módosítható, így ha az ajánlatkérő számára ilyen módosítási igény merült fel, akkor a közbeszerzéstől való visszalépés (visszavonás) maradt az egyetlen lehetősége. Erre a problémára azonban a hirdetménnyel induló eljárási konstrukció sem jelent teljes körű megoldást, hiszen a Kbt. 55. § (6) bekezdése ugyancsak korlátok közé szorítja a felhívás és az egyéb közbeszerzési dokumentumok módosításának lehetőségét, nem egy jogvitát (jogorvoslati eljárást) kiváltva ezzel.³⁶ 2. Az eljárás valóban időigényesebb volt az érdeklődés jelzésére biztosítandó határidőre tekintettel, de ha az ajánlatkérő számára nem sürgős a szerződéskötés, akkor miért ne dönthetne úgy, hogy ezt a lassabb utat választja. 3. Az öt munkanap elegendő időnek kellett, hogy bizonyuljon egy érdeklődés jelzésére, hiszen az ajánlatok elkészítésére sem kell sokkal több időt biztosítani alapesetben egy nemzeti eljárásban.

Összegezve mindezt: az ajánlatkérőre kellett volna továbbra is bízni, hogy melyik megoldást választja, indokolatlan volt megszüntetni ezt az alternatívát, hiszen egy hirdetményes eljárás sokkal költség- és munkaigényesebb, mivel hirdetményellenőrzési díjak kapcsolódnak a felhíváshoz és a korrigendumokhoz, egy határidőhosszabbítás esetében nem elegendő a gazdasági szereplők közvetlen értesítése, hanem külön hirdetményt kell közzétenni stb., miközben a Kbt. 113. §-a szerinti eljárás sem volt zárt, hiszen nemcsak az ajánlatkérő által felhívott gazdasági szereplők tehettek ajánlatot.

Vannak továbbá olyan döntések, amelyeket az ajánlatkérőnek meg kell hoznia, és a jogalkotó nem rendel hozzá indokolási kötelezettséget. Például az ajánlatkérő eldönti – és a felhívásban rögzíti –, hogy alkalmazza-e a nyílt eljárásban a fordított értékelést [Kbt. 81. § (4)-(5) bekezdés],³⁷ előírja-e fakultatív kizáró okok

³⁵ Ld. a KDB D.369/12/2019. sz. határozatát. A határozatot keresettel támadták.

³⁶ Ld. pl. a KDB D.608/6/2017. sz. vagy a D.160/16/2019. sz. határozatát.

³⁷ A Közbeszerzési Hatóság állásfoglalása szerint „amennyiben az ajánlatkérő a Kbt. 81. § (5) bekezdése szerint az eljárást megindító felhívásban akként rendelkezik, hogy az ajánlatok bírálatát az ajánlatok értékelését követően végzi el, akkor nem tekinthet el ennek alkalmazásától. [...] A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a Kbt. 81. § (5) bekezdésének alkalmazása feltételeken nem írható elő.” (Közbeszerzési Értesítő Plusz, 2020/3. sz., 16. o., a 9. és a 10. kérdésekre adott válaszok.)

alkalmazását is a kötelezően érvényesítendő kizáró okokon túlmenően, előírja-e már az eljárásban az ismert alvállalkozókra vonatkozó adatok megadását [Kbt. 66. § (6) bekezdés]. Említhető olyan helyzet, ahol a jogalkotó azon a téren kínál választási lehetőséget, hogy az ajánlatkérő az adott információt hol rögzíti: a felhívásban vagy a kiegészítő közbeszerzési dokumentumokban. Ilyen például az építési beruházások esetében az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (Épköz.) 26. §-a szerinti felelősségbiztosításra vonatkozó követelmények megadása. E tekintetben a jogszabály egyértelműen választási lehetőséget kínál: azaz vagy a felhívásban, vagy a közbeszerzési dokumentumokban kell az adatokat megadni. Sajnos az *ellenőrzési tapasztalatok* azt mutatják, hogy az ellenőrzést végző szervezetek igényt tartanak az indokolásra, illetve jogszabályon túlmutató hibát állapítanak meg, annak ellenére, hogy a jogszabály kifejezetten az ajánlatkérő szabad belátására bízta a döntést. Néhány, a gyakorlatban ténylegesen megjelent ellenőrzési észrevétel:

1. „Kérjük Ajánlatkérőt szíveskedjen nyilatkozni, hogy a felelősségbiztosítás mértéke az ajánlattételi felhívásban miért nem került feltüntetésre.” A gyakorlatban érthetetlen módon rendszerint megkövetelik, hogy a felhívásban szerepeljen ez az érték, annak ellenére, hogy jogszabály [pl. a Kbt. 50. § (2) bekezdése] nem határozza meg mint a felhívás kötelező tartalmi elemét. Ha pedig nem ott jelenik meg, azt „hibaként” is megállapíthatják. Sajnos ezek azok a megközelítések, amelyek folytán a hirdetményeket tele kell zsúfolni olyan elemekkel, amelyek meghatározása elegendő lenne a közbeszerzési dokumentumokban is. Ha pedig mind a felhívásban, mind pedig a közbeszerzési dokumentumokban szerepelnek, akkor növekszik a hibázás lehetősége, hiszen ha az egyik helyen az ajánlatkérő még a megjelenést megelőzően javít, akkor lehet, hogy adminisztratív tévedés (figyelmetlenség) okán a másik helyen ezt már nem teszi meg, és ellentmondás keletkezik (amelyet szerencsés esetben – adott esetben díjköteles korrigendummal – javíthat is), ha pedig erre az ajánlati kötöttség beálltát megelőzően nem kerül sor, akkor később szembesülhet ennek problémáival. Ezen túlmenően a „mindent a

felhívásba” elv vezet azokhoz az áttekinthetetlen, rövidítésekkel teletűzdelt, a lényegét csak nehezen kiolvasható módon tartalmazó hirdetményekhez, amelyek a „jogorvoslati információk” körében folytatják a kizáró okok vagy alkalmassági követelmények részletezését, mert máshol a terjedelmi korlátok miatt erre már nincs lehetőség. Ezzel a gyakorlattal szemben éppen ezért támogatandó az a megközelítés, amely már lehetővé teszi számos elemnél, hogy azt már nem kell a felhívásban megadni, hanem elegendő a közbeszerzési dokumentumokban. (Ld. a 2019. évi CXX. törvény által bevezetett módosításokat.)

Erre tekintettel az ellenőrzési megközelítéseket is új alapokra kellene helyezni, ugyanis amíg az az elvárás, hogy jogszabályi hivatkozásokkal, a jogszabályban egyébként is szereplő tartalmakkal (szó szerinti idézetekkel) kell kitölteni a felhívásokat, addig a lényegi információk kiolvasása fokozottabb odafigyelést igényel. Ebből adódóan érdemes megemlíteni a *redundancia* jelenségét. A redundancia azt jelenti, hogy egy adott közlés felesleges, információtovábbító funkciót nem teljesít: „Abból a tételből indulhatunk ki, hogy az információ tartalmi és formai terjedelmét tekintve akkor optimális, ha minden szükségeset kifejez és minden szükségtelent mellőz. Az informált tehát kellően tájékozott, s ugyanakkor az információ-észlelés és-feldolgozás feleslegesen nem terheli. Minden olyan szó vagy egyéb jel, amely az adott összefüggésben nem teljesít információtovábbító funkciót: redundáns. (A latin redundancia túlaradó bőséget jelent.)”³⁸

2. „Kérjük Ajánlatkérőt szíveskedjen nyilatkozni, hogy a „Bírálatnál kapcsolatos információk rögzítése” elnevezésű eljárási cselekmény az EKR rendszerben időben miért előzi meg a „Számítási hiba javítására történő felhívás”-t!” Ez az a kérdés, amely rámutat igazán arra, hogy még ezen semmi által nem kötött döntési jogkörök (az ajánlatkérő mikor hozza létre a cselekményt az EKR-ben) gyakorlását is alá kell támasztani. Értelemszerűen a bontást követően egyszer létre kell hozni ezt az eljárási cselekményt is (különösen, ha például sor kerül egy bírálóbizottsági jegyzőkönyv feltöltésére a számítási hiba javítását megelőzően). De az ellenőrzést végző szervezet szerint ez a „különösen jelentős” döntés is indokolásra szorul.

³⁸ HORVÁTH Imre: Közigazgatási szervezés- és vezetéstán (Dialog Campus, Budapest-Pécs, 2002), 126. oldal.

3. „Kérjük Ajánlatkérőt szíveskedjen nyilatkozni, hogy az ajánlattételi felhívás V.2) pont 5. alpontja alapján, a Kbt. 66. § (6) bekezdés szerinti nyilatkozat benyújtására miért nem volt szükség, szemben a szerződés X. fejezet 61, 62. pontjaiban foglaltakkal.” Az ajánlatkérő előírhatja az alvállalkozókra vonatkozó nyilatkozat csatolását, de semmi nem kötelezi erre. Legkésőbb a Kbt. 138. § (3) bekezdése alapján a nyertes ajánlattevőnek úgyszintén nyilatkoznia kell, és e kötelezettsége a szerződés teljesítése során is végig fennáll az új alvállalkozók tekintetében.

Vannak azonban olyan döntések, amelyeknek indokát rögzíteni kell, így például ha az ajánlatkérő kizárja a részajánlattétel lehetőségét, akkor ennek indokait meg kell adnia a közbeszerzési dokumentumokban [Kbt. 61. § (4) bekezdés]. Ilyen esetekben nyilván a megalapozottság vizsgálata indokolt az ellenőrzést végzők részéről, azonban ehhez kapcsolódóan kifejezetten a törvény írja elő az indokolás rögzítését.

Végezetül megemlíteném, hogy vannak olyan helyzetek, amikor az ajánlatkérő döntéséhez való kötöttsége nem a Kbt. 81. § (11) bekezdésében szabályozott ajánlati kötöttségen,³⁹ hanem azon alapul, hogy az eljárás során egy kifejezetten számára felkínált döntési lehetőséggel élt, és e döntésből eredően a másik döntési alternatíva eleynszett. Két példa említhető ebben a körben. Az első eset ahhoz kapcsolódik, amikor a KDB megsemmisíti az ajánlatkérő eljárási döntését, és az ajánlatkérő új döntést kíván hozni. Ha erről tájékoztatja az ajánlattevőket, hogy új döntést kíván hozni és felszólítja őket a fenntartásról szóló nyilatkozatok benyújtására, majd (2 nappal később) tájékoztatja őket, hogy e levél „semmis”, akkor a KDB szerint jogsértő módon jár el. „A Döntőbizottság álláspontja szerint ajánlatkérőnek a fentiek szerint három lehetősége van a körben, hogy valamely ajánlatkérői döntés – akár az eljárást lezáró döntés – megsemmisítése esetén meghatározza, hogy ezt

követően mit kíván tenni. A Döntőbizottság fontosnak tartja annak kiemelését, hogy ajánlatkérőnek a Kbt.-ben meghatározott lehetőségek közül választania kell, és ezen választását követően, annak megfelelően kell eljárnia. A Kbt. kogenciájából fakadóan, illetve az erre vonatkozó megengedő szabály hiányában ajánlatkérőnek nincs lehetősége az egyik alkalmazandó lehetőségről áttérnie a másik, eredetileg nem választott lehetőségre. A Kbt. a lehetőségeket ugyan vagylagosan határozta meg, azonban azt nem tette lehetővé, hogy ajánlatkérő ne az általa kiválasztott megoldás alapján hozza meg az eljárást lezáró döntését.”⁴⁰

Bár már évek óta nincs ilyen konstrukció, érdemes azonban megemlíteni második példaként ebben a körben, hogy a korábban hatályos közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (Második Kbt.) a 2008. évi CVIII. törvény hatályba lépését megelőzően biztosította azt a lehetőséget az ajánlatkérőnek, hogy *nyílt eljárásban tárgyalást kezdeményezzen* az ajánlatok bírálatát követően meghatározott esetekben (például akkor, ha egyik ajánlattevő sem vagy az összességében legelőnyösebb ajánlatot tevő sem tett – az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet mértékére tekintettel – megfelelő ajánlatot).⁴¹ Az ajánlatkérő egy esetben tájékoztatta az ajánlattevőket arról, hogy tárgyalást kíván tartani a nyílt eljárásban, azonban később a tárgyalást mégsem tartotta meg. A KDB a következőket fogalmazta meg, miután határozatának felülvizsgálatát a Kúria elvégezte: „A Kúria ítéletében kifejtette, hogy az ajánlatkérő által tett 2009. május 6-ai tájékoztatás olyan egyértelmű szándéknyilatkozat volt, amely a Kbt. szerinti választási lehetőséget megszüntette és kötöttséget teremtett az ajánlatkérő számára a tárgyalás kezdeményezésére vonatkozóan. A [Második] Kbt. 254. § (1) bekezdés a) és b) pontjaiban rögzített feltételek fennállása esetén lehet a nyílt eljárásban tárgyalást kezdeményezni, melynek törvényi feltételei fennállására és az ajánlatkérő nyilatkozatára figyelemmel az ajánlatkérő köteles lett volna a tárgyalást szabályosan kezdeményezni és lefolytatni.”⁴² A hatályos szabályozás „ellentétes irányú” megközelítést

³⁹ Az ajánlati kötöttség kérdéséről részletesen ld. PFEFFER Zsolt: Az ajánlati kötöttség jogi problémái az ajánlatok bírálatakor. *Közbeszerzési Értesítő Plusz*, 2019/9., 34–45. o..

⁴⁰ A KDB D.699/15/2011. sz. határozata.

⁴¹ Az egyes eseteket a Második Kbt. 254. § (1) bekezdése tartalmazta (ld. a 2009. április 1-jét megelőzően hatályos jogszabályi szöveget).

⁴² A KDB D.438/9/2012. sz. határozata. Ld. még a Kúria Kfv.II.37.377/2011/3. sz. ítéletét.

ismer, azaz a tárgyalásos eljárásban – ha az ajánlatkérő ezt a felhívásban jelezte – dönthet úgy, hogy mégsem tart tárgyalást, és az első ajánlatokat bírálja el és értékeli; e döntéséről haladéktalanul értesítenie kell az ajánlattevőket.⁴³ A fent leírtak tehát e döntéshez való kötöttség megítéléséhez is támpontot nyújthatnak.

Megjegyzendő, hogy a tárgyalás mellőzését a Kbt. a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban nem teszi lehetővé, vonatkozó utaló rendelkezést a törvény nem tartalmaz a Kbt. 87. § (6) bekezdésére: „a Kbt. kógcenciájára tekintettel az ajánlatkérő a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárásban nem tekinthet el a tárgyalás lefolytatásától”,⁴⁴ tehát önkényesen, jogszabályi felhatalmazás hiányában az ajánlatkérő nem terjesztheti ki a döntési jogkörét egy másik eljárásfajta is.

5. Záró gondolatok

A jogalkotó alapvetően kógens jogi normákkal szabályozza a közbeszerzések területét, azaz egyoldalúan, eltérést meg nem engedő módon meghatározza az adott tényállás megvalósulása esetén a jogalkalmazói, az ajánlatkérői, valamint a gazdasági szereplők részéről megvalósítandó cselekvések tartalmát. A jogalkotó akarata ilyen esetben a jogszabály *értelmezésével* (az értelmezések különböző módszereinek alkalmazásával) állapítható meg. Hogy mi a jogszerű és mi a jogellenes, azt ezen tevékenység eredménye határozza meg, még akkor is, ha a jogszabály túlságosan általános fogalmakat, rendelkezéseket tartalmaz.

Eltérő megítélés alá esnek azok a kivételes esetek, amikor a jogalkotó kifejezetten döntési mozgásteret biztosít. Egyrészt szabályozhat *diszkrecionális* (szabad belátáson) *alapuló jogkört*, ami azt jelenti, hogy nincs kötve a döntéshozó kényszerítő jelleggel valamilyen döntési

alternatívához, többféle megoldás közül választhat. Az ajánlatkérők esetében különösen fontos a választott megoldáshoz való kötöttség, amely nem a Kbt. 81. § (11) bekezdése szerinti ajánlati kötöttségen alapul.

Másrészt döntési mozgásteret biztosíthat a jogalkotó úgy, hogy *mérlegelési jogkört* határoz meg a jogalkalmazó hatóság számára. A mérlegelés olyan hatósági, bírósági tevékenység, amelynek gyakorlására a jogszabály a keretek meghatározásával és általában a döntés alapjául szolgáló, értékelendő szempontok exemplifikatív felsorolásával ad felhatalmazást. A mérlegelés nem szabad belátáson alapuló művelet, hiszen a szempontokat érdemben kell értékelni (vizsgálni) és a döntést teljes körűen indokolni kell a határozatban (ítéletben). A közbeszerzések területén példaként a KDB által kiszabható bírság vagy a megtéríteni kért eljárási költség leszállítása említhető a jogorvoslati eljáráshoz kapcsolódóan.

Rendkívül fontos – különösen egy súlyos pénzügyi joghátrányt jelentő bírság kiszabásakor –, hogy a mérlegelésen alapuló döntés indokolása megfelelő legyen, abból ugyanis megállapíthatónak kell lennie, hogy a hatóság jogszerűen, a rendelkezésére álló kereteket megtartva, a releváns szempontokat megfelelő módon értékelve gyakorolta a mérlegelési jogkörét. Mivel nem lehet minden egyes alapul fekvő szempontot tételesen „beárzni” egy bírság kiszabása során, ezért a szubjektív értékítélet (a bírság eltúlzott mértékűnek vélelése) is további – némely esetben parttalan – jogvitákhoz (közigazgatási perekhez) vezethet. A tanulmány az említett mozgásterekhez kapcsolódó jogi problémákat tárgyalta a vonatkozó joggyakorlat részletes elemzésével.

⁴³ Ld. a Kbt. 87. § (6) bekezdését.

⁴⁴ A KDB D.166/9/2017. sz. határozata.