

A szerződéstervezeteknek, szerződéses feltételeknek a közbeszerzési eljárás előkészítése körében történő, megfelelő kidolgozását elősegítő szakmai iránymutatás

I.

Bevezetés

Jelen szakmai iránymutatás (a továbbiakban: Iránymutatás) a Kormány által elfogadott, a közbeszerzésekben a verseny szintjének növelését célzó intézkedésekről (2023-2026) szóló cselekvési tervről szóló 1118/2023. (III. 31.) Korm. határozat (a továbbiakban: Korm. határozat) 17. pontja alapján, a Miniszterelnökséggel (a továbbiakban: ME) egyeztetve került kiadásra.

Az Iránymutatás elsődleges célja, hogy a kiszámíthatatlan piaci körülmények hatékony kezelése, valamint a nyertes ajánlattevőt terhelő üzleti kockázatok arányosabbá tétele érdekében támogassa a közbeszerzési szerződéses feltételek/a szerződéstervezetek megfelelő kidolgozását. Ennek érdekében az Iránymutatásba beépítésre kerültek a közbeszerzési eljárások ellenőrzését végző szervezetek ellenőrzési tapasztalatai is.

A Korm. határozatban foglaltakkal összhangban, a szerződéstervezetek megfelelő – az utóbbi évek rendkívüli eseményeit és a nyertes ajánlattevő által vállalt észszerű kockázatot figyelembe vevő – előkészítése elősegítené a potenciális ajánlattevők nagyobb ajánlattételi hajlandóságát és a közbeszerzési verseny intenzitását, összességében ezt az elérni kívánt eredményt szolgálja az Iránymutatás.

Jelen Iránymutatás a közbeszerzési eljárások előkészítése körében kizárólag egyes – a potenciális ajánlattevő szemszögéből az ajánlattételi szándékot adott esetben befolyásoló, gazdasági típusú kockázati tényezőket magában hordozó – szerződéses feltételekkel kapcsolatos iránymutatásokra fókuszál, de emellett fontos felhívni a figyelmet különösen

- a közbeszerzési eljárások előkészítésével összefüggésben¹,
- az összeférhetlenséggel kapcsolatban²,
- a becsült érték számítása, a részekre bontás tilalma és a beszerzési igények mesterséges egyesítése tárgyában³, valamint
- a közbeszerzési szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről szóló⁴,

a Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács által kiadott útmutatókban foglaltakra is, mely útmutatók nem csak a szerződéstervezetet illetően, hanem általánosságban szolgálnak segítséggel a jogalkalmazók számára egy közbeszerzési eljárás előkészítési szakaszában is.

¹ A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatója a közbeszerzési eljárások előkészítésével kapcsolatban (2023. február 20., a továbbiakban: Előkészítési Útmutató)

² A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatója az összeférhetlenséggel kapcsolatban (2023. május 25.)

³ A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatója a becsült érték számítása, a részekre bontás tilalma és a beszerzési igények mesterséges egyesítése tárgyában (2021. szeptember 30.)

⁴ A Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatója a közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről (2023. május 25., a továbbiakban: Szerződésmódosításokkal kapcsolatos Útmutató)

Emellett, a közbeszerzési eljárások előkészítését illetően az uniós alapokból származó támogatások felhasználásával megvalósuló közbeszerzések dokumentumainak előkészítésére vonatkozó útmutatásokról szóló, ME által kiadott közlemény⁵ (2022. október 4., a továbbiakban: ME közlemény) is hasznos információkat tartalmaz, ezért javasolt az ajánlatkérő számára az ebben foglaltak megismerése is.

Fontos rögzíteni továbbá, hogy jelen Iránymutatás központjában kifejezetten a közbeszerzési eljárások eredményeképpen létrejövő közbeszerzési szerződések vannak, és az Iránymutatás nem tér ki a koncessziós beszerzési eljárás eredményeképpen létrejövő szolgáltatási vagy építési koncessziókra, figyelemmel azok speciális szabályaira, és az ezekben megjelenő, közbeszerzési szerződésektől lényegesen eltérő kockázatelosztásra.

Mivel a kockázatok elosztása a közbeszerzésben lényegesen befolyásolhatja a szerződésért kialakuló verseny intenzitását, javasolt, hogy az ajánlatkérők a beszerzések előkészítése körében mérjék fel az adott beszerzéshez fűződő kockázatokat és azok lehetséges kezelésének módját. A közbeszerzési dokumentumok elkészítése során pedig – minta dokumentumok automatikus alkalmazása helyett - fordítsanak figyelmet az adott szerződés kockázatainak észszerű, a versenyt támogató elosztására.

II.

A közbeszerzési szerződésekről általában

A közbeszerzési szerződés a Kbt. szerinti ajánlatkérő által írásban megkötött, árubeszerzésre, szolgáltatás megrendelésre vagy építési beruházásra irányuló visszterhes szerződés⁶.

Eredményes közbeszerzési eljárás esetén a szerződést a nyertes ajánlattevővel – közös ajánlattétel esetén a nyertes ajánlattevőkkel – kell írásban megkötni a közbeszerzési eljárásban közzétett végleges feltételek, szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően⁷.

A közbeszerzési szerződésekben foglaltak általában – a leggyakrabban alkalmazott, nyílt közbeszerzési eljárás szabályait alapul véve – az ajánlatkérő által egyoldalúan meghatározott feltételrendszert jelenítenek meg, és nem a polgári jogban általánosságban érvényesülő, konszenzusos alapon, kölcsönösen kialakított rendelkezéseket tartalmazzák. A gazdasági szereplőknek, illetőleg a beszerzés tárgyához szakmailag hozzáértő személyeknek az eljárás megindítását követően – a kiegészítő tájékoztatás kérés keretében feltett kérdésektől eltekintve – már nincs lehetőségük érdemi javaslattal élni a szerződéses feltételek alakítását illetően, ebből is adódik, hogy különösen a szerződés tervezetének⁸ – valamint a műszaki specifikációnak – a megfelelő tartalommal való előkészítése kulcsfontosságú lehet a közbeszerzési eljárás eredményességét illetően.

Egyes eljárásfajták (tárgyalásos eljárás, hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás, versenypárbeszéd) ugyan lehetővé teszik az ajánlatkérő(k) és az ajánlattevő(k) közötti

⁵ <https://www.palyazat.gov.hu/informacio/kozbeszerzes>

⁶ A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 3. § 24. pontja

⁷ Kbt. 131. § (1) bekezdés

⁸ Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során fősabályként szerződéstervezetet készít, de a Kbt.-ben meghatározott esetekben, szűk körben lehetséges az ajánlatkérő által - szerződéstervezet készítése helyett - az ismert szerződéses feltételek meghatározása is.

tárgyalások lefolytatását, amelynek keretében lehetőség van a szerződéses feltételek – jogszabályi rendelkezéseknek is megfelelő – alakítására, egyeztetésére és módosítására, azonban ezen eljárásfajták jogszerű választásának lehetősége korlátozott, figyelemmel arra, hogy alkalmazhatóságuk a Kbt.-ben foglalt szigorú feltételekhez kötött. Kiemelt jelentősége van tehát egy szerződéstervezet megfelelő előkészítésének a megfelelő ajánlattétel, a szélesebb körű verseny, a szerződés későbbi szerződésszerű teljesítésének, teljesíthetőségének biztosítása szempontjából is.

A szerződéstervezet – és összességében az eljárást megindító felhívás (különösen pl. az alkalmassági követelmények előírása), valamint az egyéb közbeszerzési dokumentumok (így különösen pl. a műszaki tartalom) – megfelelő előkészítése alapvető jelentőségű a fentiek mellett arra tekintettel is, hogy az eljárás ajánlattételi szakaszában minél kevesebb kiegészítő tájékoztatás kérés – és/vagy adott esetben előzetes vitarendezési kérelem – érkezzon a potenciális gazdasági szereplők részéről. Ezáltal elkerülhető lehet az eljárás lebonyolításának időbeli elhúzódása, vagy – amennyiben módosítás lenne szükséges a felhívás, illetőleg az egyéb közbeszerzési dokumentumok tartalmát illetően, de a Kbt. 55. § (6) bekezdésében foglalt korlátra tekintettel ez nem lehetséges – az eljárás visszavonása. (A Kbt. az eljárást megindító felhívás, és a felhívást kiegészítő közbeszerzési dokumentumok módosításának a számát nem korlátozza, azonban a jelentős számú módosítás felveti annak a lehetőségét, hogy a beszerzés tárgya vagy a szerződés feltételei jelentősen módosulnak, amely nem felel meg a Kbt. 55. § (6) bekezdésének.⁹)

Fontos megjegyezni, hogy a közbeszerzési szerződések esetében a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) mögöttes háttérjogszabályként funkcionál. Mivel – a Kbt. kógcenciájából adódóan – a Kbt. szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben a Kbt. az eltérést kifejezetten megengedi, és – a Kbt. 2. § (8) bekezdésével összhangban – a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre csak a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel lehetséges a Ptk. rendelkezéseit alkalmazni, ezért a közbeszerzési szerződések esetén elsődlegesen a Kbt.-ben foglalt rendelkezések irányadók.

A szerződésekkel kapcsolatosan irányadó, tételes rendelkezéseket kifejezetten a Kbt. Ötödik Része tartalmazza, emellett a Kbt. 2. § (7) bekezdése rögzíti azon szerződésekkel összefüggő általános elvárást is, hogy a Kbt.-ben nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési szerződés megkötése és teljesítése során – a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban – a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.

Amennyiben tehát a Kbt.-ben nincs kifejezetten egy adott kérdést érintően rendelkezés, és a Kbt. alapelvei is betartásra kerültek, abban az esetben lehetnek irányadók a Ptk. vonatkozó szabályai.

⁹ A Miniszterelnökség Közbeszerzési Felügyelért Felelős Helyettes Államtitkárságának Közbeszerzési Felügyeleti Főosztálya (a továbbiakban: KFF), mint ellenőrző szervezet által az ellenőrzést végző szakértők részére kiadott szabályossági útmutató, (feltöltve: 2022.08.17.), 35. oldal, <https://www.palyazat.gov.hu/informacio/kozbeszerzes>

III.

Az ajánlattételi szándékra hatással bíró egyes szerződéses feltételek, gazdasági kockázatok, illetőleg az ezek kiküszöbölését szolgáló javaslatok

Vannak olyan, az ajánlattétel szempontjából kiemelt relevanciával bíró körülmények, illetőleg szerződéses feltételek, amelyeknek a megfelelő módon történő meghatározása, illetőleg a szerződéstervezetben történő szerepeltetése növelheti a potenciális ajánlattevők ajánlattételi szándékát, figyelemmel arra, hogy ezen szempontok ajánlatkérő általi szem előtt tartása és a közbeszerzési eljárás előkészítése körében történő kezelése elősegítheti a szerződő felek közötti esetleges gazdasági típusú aránytalanságok kiküszöbölését, és ösztönözheti a minél szélesebb körű verseny biztosítását.

Ebben a körben főként arra szükséges kitérni, hogy a közbeszerzési eljárások előkészítési szakaszában, illetőleg a szerződéstervezet elkészítése körében milyen speciális kérdésekre, kockázati tényezőkre és szerződéses feltételekre javasolt különösen figyelemmel lenni, emellett célszerű megvizsgálni az adott rendelkezés megfelelő módon történő meghatározását elősegítő iránymutatásokat is.

III.1. Sablonszerződések használata, szerződések egyéniesítése

A szerződésminták alkalmazásának vannak előnyei, ugyanakkor nem javasolt kizárólag egy már meglévő szerződésminta szövegezésére hagyatkozni oly módon, hogy az az adott beszerzési tárgyra jellemző specifikus kérdéseket ne venné figyelembe.

Amennyiben az ajánlatkérő az újonnan felmerülő beszerzési igényét érintően az ugyanezen tárgyban korábban már megkötött szerződés tervezetét kívánja felhasználni az új közbeszerzési eljárás során is, abban az esetben javasolt figyelemmel lenni minimum az alábbiakra:

- célszerű a szerződéstervezet azon legutolsó, végleges - későbbi ajánlati kötöttséggel érintett - verzióját alkalmazni, amelybe már beépítésre kerültek a korábbi, esetleges kiegészítő tájékoztatás kérések miatti változtatások, tehát az ajánlatkérőnek javasolt úgy eljárnia, hogy ne automatikusan a korábbi közbeszerzési eljárás közbeszerzési dokumentumainak részeként kiküldött szerződéstervezetet vegye alapul az új közbeszerzési eljárásának előkészítése során;
- adott esetben javasolt lehet a beszerzési tárgyra vonatkozó, előző közbeszerzési eljárásban beérkezett valamennyi kiegészítő tájékoztatás kérésben foglaltakat is átnézni;
- javasolt a korábbi szerződéstervezet teljes tartalmának ellenőrzése, felülvizsgálata;
- kerüljenek aktualizálásra a szerződésben szereplő, illetőleg az abban hivatkozott jogszabályok (amennyiben azok kifejezetten szerepelnek a szerződésben), valamint kerüljenek beépítésre az adott esetben időközben hatályba lépett, vonatkozó új szabályok is;
- ne térjen el az adott piaci lehetőségektől a szerződéstervezet;
- az aktuális eljárást megindító felhívásban, illetőleg közbeszerzési dokumentumokban lévő, ugyanakkor a szerződéstervezetben is szereplő rendelkezések (pl. a szerződés biztosítékai, az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételei), illetőleg a közbeszerzési

dokumentumokon – és a szerződéstervezeten – belüli szabályok legyenek egymással összhangban, tehát fontos figyelmet fordítani arra is, hogy a közbeszerzési eljárás dokumentumaiban ismétlődő elemek tekintetében ne álljon fenn ellentmondás;

- ha felmerült az előző közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése során olyan helyzet, esetleges probléma, amellyel összefüggésben nem/nem kellő részletezettséggel szerepeltek szabályok a szerződésben, vagy a teljesítés során azok nem voltak tarthatók, akkor – szerződéses rendelkezések formájában, a jogszabályoknak is megfelelő módon – az ezzel kapcsolatos tapasztalatokat is be lehet építeni az új szerződéstervezetbe.

Amennyiben – pl. árubeszerzés esetén – egy már meglévő szerződésmintát nem ugyanarra a termékre vonatkozóan kíván kiindulópontként felhasználni egy ajánlatkérő, abban az esetben – a fentiek felül – rendkívül fontos lépés az is, hogy a szerződés tartalma az adott beszerzési tárgyhoz legyen igazítva, és az ezzel kapcsolatos esetleges speciális szabályokat is tartalmazza. Emellett külön kiemelendő az adott piaci helyzet figyelembe vétele is a szerződéstervezet tartalmának kialakítása során.

A fentiek alapján fontos tehát a szerződéstervezet adott körülményeket és a konkrét helyzetet is figyelembe vevő módon történő előkészítése, így pl. amennyiben egy építési beruházás esetén a szerződés teljesítése során várni szükséges egy közmű szolgáltatóra, abban az esetben erre vonatkozó, ezt szabályozó rendelkezések is szerepeljenek az adott szerződés tervezetében.

III.2. A beszerzési igény, illetőleg a szerződés tárgya meghatározásának megfelelősége

Általánosságban elmondható, hogy rendkívül fontos az ajánlatkérő beszerzési igényének, illetőleg a szerződés tárgyának a pontos meghatározása az ajánlattétel szempontjából. Ez az eljárás iránt érdeklődő gazdasági szereplők számára egy olyan támpontot jelent, amely alapján előzetesen fel tudják mérni, hogy az adott közbeszerzési eljárás érdekes lehet-e számukra, a szerződés teljesítésére alkalmasak lehetnek-e. Másrésztől fontos olyan szempontból is, hogy amit és ahogyan az ajánlatkérő előzetesen előír és meghatároz, annak megvalósítására kerülhet csak sor a szerződés teljesítése során.

Egyes sajátos beszerzési igények (pl. speciális építményekre irányuló építési beruházások, vagy az egészségügyi termékek, szolgáltatások beszerzésére irányuló szerződések) esetén a szerződés tárgyával kapcsolatban mindig javasolt előzetesen felmérni és vizsgálat alá vetni az esetleges ágazati jogszabályokat, előírásokat, és ezeknek a közbeszerzési jogszabályokkal való kapcsolatát, annak érdekében, hogy egyértelműek, teljes körűek, megfelelően átgondoltak és egymással koherenciát mutató szerződéses rendelkezések kerüljenek kialakításra.

Különösen fontos lehet annak vizsgálata is, hogy az adott beszerzés megvalósítása milyen más beszerzéseket érint, az egyes beszerzések hogyan hathatnak egymásra, vagy, hogy pl. egy építési beruházáshoz kapcsolódik-e adott esetben egy olyan árubeszerzés, vagy szolgáltatásmegrendelés, amelynek az ütemezését a megfelelő teljesítés érdekében egymáshoz szükséges igazítani. Ez olyan szempontból is fontos lehet, hogy gyakran az ezzel összefüggő szerződéses feltételek a későbbiekben nem kezelhetők a Kbt. 141. § szerinti szerződésmódosítással, figyelemmel arra, hogy ezek olyan, a szerződés teljesítését befolyásoló

tényezők, amelyek már a közbeszerzési eljárás előkészítése körében is ismertek voltak/lehettek volna az ajánlatkérő számára.

Gondot jelenthet tehát közbeszerzések esetében a tervezettség hiánya, vagy több együtt futó projekt teljesítéseinél (ami sokszor akár 10–15 projektet is jelent) az összehangolás hiánya. Adott esetben nem áll rendelkezésre megfelelő idő a részletkérdések kidolgozására, az elvárások megfogalmazása elmarad, és csak a teljesítés időszakában merülne fel további igény valamire az ajánlatkérő részéről (pl. beszámolási kötelezettség előírása), ekkor azonban ilyen elvárásokat már nem lehet támasztani a nyertes ajánlattevőként szerződő fél felé.

III.3. Pontatlan, hiányos műszaki tartalom

Elsődlegesen nem a szerződéstervezet kifejezett tartalmaként szokott megjelenni, de egy közbeszerzési eljárás, és a közbeszerzési dokumentumok szerves – a potenciális ajánlattevők szemszögéből talán legfontosabb – része az ajánlatkérő által rendelkezésre bocsátott műszaki specifikáció. Ennek okán rendkívül fontos, hogy az ajánlatkérő a beszerzési igényét képező műszaki tartalom lehető legpontosabb és teljes körű meghatározására, megfogalmazására törekedjen. Vannak olyan ajánlatkérők, akiknek az oldalán egyes esetekben nem áll rendelkezésre olyan szakember, aki képes az adott beszerzési igényhez illeszkedően – a rá vonatkozó speciális szabályokat, jellemzőket is figyelembe véve – kellő pontossággal és részletezettséggel meghatározni az ajánlatkérő beszerzési igényét. Ebből adódóan gyakori, hogy a közbeszerzési eljárás megindítását követően a gazdasági szereplők részére rendelkezésre bocsátott pontatlan, hiányos műszaki tartalom okán az ajánlattételi szakaszban az érdekelt gazdasági szereplők kiegészítő tájékoztatás kérések által próbálják felhívni a figyelmet a műszaki tartalom hibáira, azok kijavításának szükségességére. Ezek a hibák adott esetben – a Kbt. 55. § (6) bekezdésére figyelemmel – az eljárás ezen szakaszában már nem orvosolhatók, és az ajánlattétel elmaradásához, vagy az eljárás visszavonásához is vezethetnek, vagy ha orvosolhatók is ezek a hibák, akkor az eljárás lefolytatásának időbeli elhúzódnását eredményezhetik. Amennyiben a műszaki tartalom pontatlanságából eredő problémák csak a szerződéskötés után merülnek fel, tehát ekkor szembesül vele a nyertes ajánlattevőként és az ajánlatkérőként szerződő fél, abban az esetben – a nem megfelelő előkészítésből fakadó hibák orvoslására – nem alkalmazható jogszerűen szerződésmódosítás.

Egy – még az eljárás előkészítésének szakaszában – megfelelően kidolgozott, kellő pontosságú műszaki tartalom ajánlatkérő általi összeállítása érdekében egyik megoldási lehetőségként felmerülhet az előzetes piaci konzultáció (a továbbiakban: EPK) alkalmazása (Iránymutatás V.2. pontja), vagy, ha az ajánlatkérő még az eljárás előkészítésébe bevon olyan – az adott beszerzési tárgyat ismerő és megfelelő kompetenciával bíró – szakembert, aki ténylegesen alkalmas a műszaki leírás megfelelő összeállítására (Iránymutatás V.1. pontja).

III.4. A kiszámíthatatlan piaci körülmények miatti árváltozás

A szerződés hatálya alatt bekövetkező árváltozás kérdésköre egy rendkívül fontos befolyásoló tényező lehet a gazdasági szereplők oldaláról tekintetben, hogy nyújtanak-e be ajánlatot, illetőleg, amennyiben igen, abban az esetben milyen ajánlati áron teszik ezt meg.

Az ajánlatkérőknek egyre komolyabb nehézséget jelent a beszerzési árak gyors változása, és az ajánlattevők is nagy kockázatot látnak ebben az ajánlattétel mérlegelésekor. Az orosz–ukrán

háború kitörése óta csökkent az ajánlattevők száma, illetve megnövekedtek az árváltozással kapcsolatos szerződésmódosítási igények, amely a közbeszerzések jelenlegi legnagyobb kihívását jelenti.

Ennek a kockázati tényezőnek a megoldási lehetőségeiről az Iránymutatás V. pontja tartalmaz további információkat.

III.5. A közbeszerzési eljárással, illetőleg a szerződés teljesítésével kapcsolatos, időtartamon alapuló kockázati tényezők

III.5.1. A beszerzési igény vizsgálatának időbeli elhúzódnása, a közbeszerzési eljárás késedelmes előkészítése

Közvetlenül nem szerződéses rendelkezést érintő, azonban közvetett módon a szerződés teljesítésére rendelkezésre álló időintervallumot csökkentő – és a rövidebb, illetőleg bizonytalanabb teljesítési határidő miatti, adott esetben árfelhajtó hatású – kockázati tényezőként jelenhet meg, ha az ajánlatkérő által – a beszerzés tárgyához mért teljesíthetőséghez képest – később kezdődik meg az adott eljárás előkészítése. Ez befolyásolhatja az ajánlattételi határidőt, a szerződés időtartamát, a teljesítésre rendelkezésre álló határidőt – annak esetleges ütemezését, illetőleg mérőföldköveinek meghatározását is –, ezáltal a potenciális ajánlattevők számára rövidebb idő állhat rendelkezésre a szerződés teljesítésére.

Fentiek okán fontos, hogy ha pl. az adott beszerzési tárgyat érintően az ajánlatkérőnél van egy hatályban lévő szerződés (pl. egy 2023. december 31. napjáig hatályos, takarítási szolgáltatásra irányuló szerződés), akkor annak véghatáridejét nyomon követve, a későbbi, ugyanezen tárgykörre irányuló beszerzési igényét időben felismerve gondoskodjon a következő időszakra irányuló eljárás előkészítésének megfelelő időben történő megkezdéséről.

Ugyanígy, ha pl. az ajánlatkérő már 2023 januárjában tisztában van vele, hogy 2023. novemberében egy nagyszabású rendezvényt kíván megvalósítani, akkor mielőbb szükséges megvizsgálnia a beszerzési igényét és elvégeznie azokat az előkészítés körében kívánatos teendőket, eljárási cselekményeket (pl. műszaki specifikáció meghatározása, a becsült érték Kbt. 19. § (3) bekezdésének figyelembe vételével történő meghatározása), amelyek ahhoz szükségesek, hogy eldönthető legyen a beszerzési igény Kbt. hatálya alá tartozása, és ennek megfelelően a Kbt. rendelkezéseinek megfelelő eljárásrend, eljárástípus megválasztásával történő közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettsége. A tervezést – így a közbeszerzési eljárás megfelelő időben történő előkészítését – segítheti a közbeszerzési terv¹⁰ is, amelyet ugyan legkésőbb az adott év március 31. napjáig szükséges elkészíteni, de ettől függetlenül annak sincs akadálya, hogy az ajánlatkérő már ezt megelőzően átgondolja közbeszerzéseit. Sőt, az ajánlatkérő már a közbeszerzési terv elkészítése előtt is indíthat közbeszerzési eljárást, ebben az esetben ezt a közbeszerzési tervben szintén megfelelően szerepeltetni kell¹¹.

¹⁰ A Kbt. 5. § (1) bekezdésében meghatározott ajánlatkérők – a központi beszerző szervek kivételével – a költségvetési év elején, legkésőbb március 31. napjáig éves összesített közbeszerzési tervet (a továbbiakban: közbeszerzési terv) készítenek az adott évre tervezett közbeszerzéseikről. A közbeszerzési tervet az ajánlatkérő legalább öt évig megőrzi. A közbeszerzési terv nyilvános. /Kbt. 42. § (1) bekezdés/

¹¹ Kbt. 42. § (2) bekezdés

III.5.2. A közbeszerzési eljárás lefolytatásának időbeli elhúzódnása

Nem csak a beszerzési igény vizsgálatának időbeli elhúzódnása, illetőleg az eljárás késedelmes előkészítése, hanem a közbeszerzési eljárás lefolytatásának időigénye is hordoz magában bizonytalansági tényezőt (pl. a megnövekedett kiegészítő tájékoztatás kérések száma miatt, vagy egy folyamatba épített ellenőrzés okán), ezért is szükséges az arra való törekvés már az eljárás előkészítésekor, hogy az eljárást megindító felhívás, illetőleg az egyéb közbeszerzési dokumentumok a jogszabályoknak megfelelően, valamint a lehető legpontosabban, és kellő részletezettséggel kerüljenek kidolgozásra.

Problémát jelenthet, ha hosszabb idő eltelik a projekt benyújtása és a megvalósítás között (amely megváltoztatja az árakat, elérhető alapanyagokat, műszaki lehetőségeket), illetve sok esetben a későbbi szerződésmódosítások okozója a hibás nyilvántartások rendelkezésre állása (pl., ha egy többször felújított épületben, az építési területen a közművezetékek nem a nyilvántartásokban szereplő nyomvonalon futnak a valóságban).

III.5.3. A szerződés időtartama

A közbeszerzési eljárást megindító felhívásban szerepeltetni kell a szerződés időtartamát vagy a teljesítés határidejét.¹²

Több okból is fontos, és a Kbt. alapján rögzíthető elvárás, hogy – amennyiben a szerződés tárgya, a választott szerződéses konstrukció, a hozzá kapcsolódó fizetési feltételek vagy a nyertes ajánlattevő által eszközölt befektetés ezt nem indokolja, akkor – a Kbt. alapján megkötni kívánt szerződés időtartama ne legyen határozatlan idejű, vagy olyan aránytalanul hosszú határozott időtartamú, amely a verseny fenntartása és a közpénzek hatékony elköltésének céljával ellenkezik.¹³ Ez a szabály biztosíthatja azt, hogy az ajánlatkérő vonatkozásában egy adott beszerzési tárgyra irányulóan ne legyen indokolatlanul hosszú időre kizárt a gazdasági szereplők közötti verseny, emellett fontos lehet olyan tekintetben is, hogy az időközben felmerült piaci (ár)változások jobban lekövethetők legyenek a közbeszerzési eljárást igénylő szerződések szintjén is.

A Kbt. egyes esetekre vonatkozóan tartalmaz konkrét szabályokat a szerződések időtartamát érintően. Ennek megfelelően pl.:

- építési vagy szolgáltatási koncesszió csak határozott időtartamra köthető (5 évet meghaladó időtartam esetén számításokkal való alátámasztás szükségessége)¹⁴,
- keretmegállapodás legfeljebb négy évre köthető (ennél hosszabb időtartam esetén kellő indokoltság szükséges, valamint ennek közbeszerzési dokumentumokban való feltüntetése)¹⁵.

Amennyiben a szerződés hosszabb időtartama miatt – vagy akár a beszerzés tárgyára, jellegére tekintettel – indokolt, illetőleg, ha a kiszámíthatatlan piaci körülmények ezt szükségessé teszik, abban az esetben mindenképpen célszerű és javasolt még a közbeszerzési eljárás

¹² Kbt. 50. § (2) bekezdés g) pont

¹³ Kbt. 133. § (1) bekezdés

¹⁴ Kbt. 133. § (2) bekezdés

¹⁵ Kbt. 104. § (6) bekezdés

előkészítésekor egy árváltozásra irányuló változáskezelési mechanizmust beépíteni a szerződés tervezetébe (erről további információkat az Iránymutatás V.3. pontja tartalmaz).

III.5.4. A szerződés teljesítésének határideje

Kiemelten fontos, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítésének határidejét reálisan, a teljesítéshez ténylegesen szükséges időtartamhoz mérten, a beszerzési tárgyhoz, illetőleg a beszerzési igény terjedelméhez igazodva, annak esetleges specifikumait is figyelembe véve határozza meg. Ha pl. egyértelműen nem megfelelő – vagyis a szerződéses kötelezettségekkel szemben nyilvánvalóan aránytalan – módon kerül meghatározásra egy teljesítési határidő, akkor ez azt is eredményezheti, hogy az érdekelt gazdasági szereplő nem fog ajánlatot benyújtani, mert nem lesz képes a megadott határidőig a szerződésszerű teljesítésre, amely kimenetel nem kedvező sem az ajánlatkérői oldalnak, sem a gazdasági szereplők számára. Egyes érintett beszerzési tárgyak esetében gyakran előfordul, hogy egy gyártótól függ, hogy a nyertes ajánlattevő mikor tud szállítani. Különösen gyakori eset pl. árubeszerzéseknél vagy a keretmegállapodás megkötésére irányuló közbeszerzési eljárás második szakaszánál (különösen közvetlen megrendelésnél), hogy még több a bizonytalanság a megrendelés idejét illetően, nagyon rövid szállítási határidők vannak, amiket a gazdasági szereplők ezért nem mernek vállalni.

Egy irreálisan meghatározott teljesítési határidő a fentiek mellett árfelhajtó hatással is bírhat, valamint az is elképzelhető, hogy a teljesítéshez szükséges tényleges időtartam a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó rendelkezései alapján a későbbiekben nem, vagy csak az esetek kisebbik részében kezelhető, mely által előfordulhat az is, hogy egy új közbeszerzési eljárás lefolytatása válik szükségessé¹⁶.

Amennyiben lehetséges, javasolt lehet a szerződés teljesítésének határidejét nem egy konkrét dátumban (pl. 2023. december 31.) megadni, hanem napokban, hónapokban (pl. a szerződéskötés időpontjától számított „x hónap”) meghatározni, mert így adott esetben elkerülhető lehet, hogy – pl. az eljárás lefolytatásának elhúzódása okán – a ténylegesen rendelkezésre álló teljesítési határidő irreálisan kevés legyen.

A KFF tapasztalatai szerint az ajánlatkérők gyakran azzal indokolják a konkrét határidő meghatározását, hogy a támogatási szerződés alapján a szerződést eddig az időpontig teljesíteniük kell ahhoz, hogy az még elszámolható legyen. Ez méltányolható, azonban nem elegendő indok ahhoz, hogy az ajánlattevőknek aránytalanul rövid időn belül kelljen megkezdeniük a szerződés teljesítését, ugyanis az aránytalanul rövid teljesítési határidő befolyásolhatja az eljárás iránt érdeklődő gazdasági szereplőket, ezáltal – mint ahogyan azt a fentiekben is jeleztük – árfelhajtó hatással is bírhat. A teljesítési határidővel, illetőleg annak eljárást megindító felhívásban, valamint a szerződéstervezetben történő szerepeltetésével összefüggésben a KFF felhívja a figyelmet arra, hogy a teljesítési határidőt a beszerzés megvalósításához szükséges, adott időigényt alapul véve kell meghatározni, amelynek időtartama nem függhet a támogatási szerződés szerinti határidőtől.¹⁷

¹⁶ A Kbt. 141. § (8) bekezdése alapján.

¹⁷ A KFF ajánlatkérő szervezetek részére kiadott minőségellenőrzési útmutatója (feltöltve: 2022.05.04., a továbbiakban: Minőségellenőrzési útmutató), 77. oldal, <https://www.palyazat.gov.hu/informacio/kozbeszerzes>

Részletkérdésnek tűnhet, de érdemes lehet figyelni arra is, hogy pl. egy keretmegállapodás megkötésére irányuló közbeszerzési eljárás második szakaszaként történő közvetlen megrendelés esetén – amennyiben a szerzési tárgy jellegét figyelembe véve ez lehetséges – a teljesítési határidő, illetőleg a megrendelés elküldésére, valamint annak visszaigazolására szánt időtartam „x nap” helyett inkább „x munkanap”-ban kerüljön meghatározásra, így elkerülhetők lehetnek pl. a munkaszüneti napok, illetőleg az ünnepek miatti esetleges késedelmek, vitás helyzetek.

Építési beruházás esetén a teljesítési határidő meghatározásakor fontos figyelembe venni a szerződés hatályba lépésének idejét, a munkaterület átadásának időpontját, a műszaki átadás-átvétel lefolytatásának menetét, annak időtartamát, a készre jelentés határidejét, és az esetleges mérőföldköveket (teljesítési részhatáridőket) is. Ezek részletszabályait, illetőleg a teljesítési szakaszokra irányadó rendelkezéseket mindenképpen javasolt beépíteni a szerződés tervezetébe oly módon, hogy azok érthetően, logikusan, egymással koherenciát mutatva, egymásra épülve, egy egyértelműen szabályozott rendszert alkotva segítsék elő a szerződésszerű teljesítést. Ha a teljesítésre vonatkozó kockázatelemzés alapján időbeli hatású akadályok várhatók a szerződés teljesítése során, akkor ezekre irányulóan javasolt előzetesen – a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjával összhangban – specifikált klauzulák szerződésstervezetben történő rögzítése, mert ezáltal csökkenhet a nyertes ajánlattevő kockázata. Ezzel összefüggésben felhívjuk a figyelmet arra is, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja alkalmazásának jogszabályi feltételei okán – miszerint előre megismerhető módon, egyértelműen rögzíteni kell a későbbi változás pontos feltételeit – a határidő hosszabbítás lehetősége nem rögzíthető olyan feltétellel, ami az ajánlatkérő számára korlátlan felhatalmazást ad arra, hogy a későbbiekben egyoldalúan, igénye szerint hosszabbítsa meg a határidőt.

III.6. Feltételes közbeszerzés

A feltételes közbeszerzéseknek a gazdasági szereplők oldaláról az egyik legnagyobb gazdasági jellegű kockázata, hogy nem lehet tudni, hogy hatályba lép-e, és ha igen, akkor pontosan mikor fog ténylegesen hatályba lépni a – teljesítési kötelezettséggel járó – szerződés, így nem tudható előre az sem, hogy mely időszakban szükséges rendelkezésre állnia a nyertes ajánlattevőként szerződő fél kapacitásainak a szerződésszerű teljesítés elérése érdekében. Ez adott esetben rendkívüli árfelhajtó hatással bírhat, vagy akár idővel a teljesítés meghiúsulásához is vezethet, ezért csak a ténylegesen indokolt és szükséges esetekben javasolt feltételes közbeszerzést indítani.

III.7. A teljesítés helye

Tekintettel arra, hogy a teljesítés helye nagymértékben befolyásolhatja a gazdasági szereplő ajánlattételi szándékát, valamint figyelemmel arra is, hogy a teljesítés helye kihatással lehet az ajánlattevő árképzésére, ezért javasolt a teljesítés helyét a lehető legpontosabban meghatározni mind az eljárást megindító felhívásban, mind pedig a szerződésstervezetben. A teljesítés helyét illetően – amennyiben a szerzés tárgyát figyelembe véve ez releváns – célszerű lehet rögzíteni a közbeszerzési dokumentumokban azt is, hogy a teljesítés helye milyen, a teljesítésre befolyással bíró jellemzőkkel, specifikumokkal bír, pl. a megközelíthetőség,

folyamatos gyalogos forgalom, vagy egyéb speciális körülmények (parkolási, behajtási korlátozások) terén.

III.8. Biztosítékok és szankciórendszer

A teljesítési képességet fokozó, azt megerősítő biztosítékokra vonatkozóan a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel (Kbt. 134. § (2) és (3) bekezdés) a Ptk. rendelkezései irányadók. Ugyanez a szabály a szerződést megerősítő mellékkötelezettségek (pl. kötbér) tekintetében is, melyek esetében egyes, Kbt.-ben foglalt irányadó rendelkezésektől (Kbt. 135. § (11) bekezdés, Kbt. 135. § (6) bekezdés, Kbt. 142. § (2) bekezdés) eltekintve szintén a Ptk.-ban foglaltak alkalmazandók.

A szerződésben szereplő biztosítékok, illetőleg szankciórendszer vonatkozásában a legfontosabb feladat, hogy összességében olyan rendelkezések kerüljenek a szerződéstervezetben előírásra, amelyek – az adott piac jellemzőit is figyelembe véve – a szerződésszerű teljesítést ösztönzik, de nem teszik a nyertes ajánlattevő számára a szerződés teljesítését számottevően nehezebbé, illetőleg nem jelennek meg az ajánlati árat növelő tényezőként sem.

A közbeszerzési szerződésekre általában jellemző, hogy – figyelemmel arra is, hogy ezek tartalma fő szabály szerint kizárólag az ajánlatkérő által kerül kialakításra – főként az ajánlatkérő érdekeit részesítik előnyben, neki kedveznek, ezáltal adott esetben aránytalanság mutatkozhat az ajánlatkérőre, illetőleg a nyertes ajánlattevőre irányadó, szerződéstervezetben szereplő jogok és kötelezettségek tekintetében.

A szerződés teljesítésének elmaradásával, illetve a szerződés hibás teljesítésével kapcsolatos igények biztosítékaként a Kbt. alapján legfeljebb a szerződés szerinti, tartalékkeret és áfa nélkül számított ellenszolgáltatás 5%-át elérő biztosíték köthető ki¹⁸. Ezzel kapcsolatban megfigyelhető a gyakorlatban, hogy ezen biztosítékok előírása esetén az ajánlatkérők jellemzően a maximum %-os mértéket szokták szerepeltetni a szerződéstervezetekben.

Annak érdekében, hogy az ajánlatkérő megfelelő módon éljen a szerződéses feltételek meghatározására vonatkozó jogosítványával, kifejezetten rendelkezik a Kbt. arról is, hogy semmis – a késedelmi kamat tekintetében a Ptk. 6:155. § (4) bekezdésében lehetővé tett eset kivételével – a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés azon rendelkezése, amely kizárja vagy korlátozza az ajánlatkérő szerződésszegése esetére irányadó jogkövetkezmények alkalmazását¹⁹.

Természetesen fontos, hogy az ajánlatkérő is védve legyen egy szerződés teljesítése során, ugyanakkor hangsúlyos az is, hogy a szerződésben ne szerepeljenek a nyertes ajánlattevőre nézve a szerződés tárgyához képest túlzó mértékű/arányú kötelezettségek, pl. a kötbérek²⁰ érintően. Így például egy keretszerződés esetén, amennyiben az ajánlatkérő a keretszerződés tárgyát érintően csak annak egy minimális részére vonatkozóan ad le megrendelést, és ezt az adott megrendelést a nyertes ajánlattevőként szerződött fél késedelmesen/hibásan teljesíti,

¹⁸ Kbt. 134. § (2) és (3) bekezdés

¹⁹ Kbt. 135. § (11) bekezdés

²⁰ A kötbér egy olyan szerződést megerősítő biztosíték, amely abban az esetben érvényesíthető, ha a nyertes ajánlattevő olyan okból, amelyért felelős, megszegi a szerződést. Mentessül a kötbérfizetési kötelezettség alól, ha szerződésszegését kimenti. /Ptk. 6:186. § (1) bekezdés/

abban az esetben nem arányos és nem jogszerű, ha ekkor a késedelmi/hibás teljesítési kötbér vetítési alapjaként az ajánlatkérő a szerződés tárgyát képező teljes mennyiséget alapul véve kalkulálja a késedelmi/hibás teljesítési kötbér mértékének megfelelő összeget. Ilyen esetben javasolt a kötbér számításának vetítési alapjaként a késedelemmel/hibás teljesítéssel érintett megrendelést megjelölni a szerződéstervezetben. Ugyanígy, ha egy keretszerződésben meghiúsulási kötbér kerül kikötésre, abban az esetben sem javasolt a meghiúsulási kötbér vetítési alapját a teljes keretösszeg %-os értékében megadni, hanem a keretösszegeből fennmaradó (teljesítési kötelezettséggel még nem érintett) keretösszeg %-os értékében célszerű ezt meghatározni.

A kötbérek mértékének meghatározása esetében az ajánlatkérőnek figyelemmel kell lennie a bírói gyakorlat által elfogadott maximum mértékre (30%), tehát az érvényesített kötbér összege nem haladhatja meg az ellenszolgáltatás 30%-át. A kötbérek mértékét tekintve az ajánlatkérőnek olyan mértéket kell meghatároznia, amely alkalmas a kötbér, mint biztosíték szerepének betöltésére, vagyis kellő súlyú joghátrányt jelent. A minimum érték megfelelőségénél nem csupán a kötbér %-os, vagy összegszerű mértéke, hanem az az időtartam is releváns, amely alatt a kötbér a maximumát eléri. Nem elfogadható az az eset, amely során pl. a 2 hónapos teljesítési határidőt az ajánlatkérő 2 hónap alatt elérő 30%-os kötbérmaximummal biztosítja, mint ahogyan az sem, ha pl. építési beruházás esetén minimális időszak alatt eléri a kötbér a maximumát (például 5 nap késedelem alatt 30%-ot).²¹

Amennyiben egy ajánlatkérő jótállás²² vállalását írja elő, abban az esetben figyelemmel kell lennie arra, hogy az a Ptk. – vagy az esetleges ágazati jogszabály(ok) – rendelkezéseinek megfelelő és kellő részletezettségű legyen, valamint ebben az esetben is tekintettel kell lenni arra, hogy a jótállás terjedelme ne legyen aránytalanul terhes az ajánlattevőre nézve.

A szerződések feltételrendszerének aránytalanságából eredő kockázatok következménye lehet, hogy erre való tekintettel az érdeklődő gazdasági szereplő(k) végül nem nyújt(anak) be ajánlatot (vagy ha be is nyújt(anak), akkor az ajánlati ár adott esetben úgy kerülhet kialakításra, hogy ezek az aránytalanságból eredő kockázatok is beárazásra kerülnek az ajánlattevő(k) által). Kiemelten fontos ezért, hogy a szerződéses biztosítékok és szankciók egy komplex, következetes rendszert alkossanak, amely nem jelent aránytalanul nagy többletterhet, illetőleg gazdasági kockázatot a nyertes ajánlattevőként szerződő félre nézve.

Álláspontunk szerint nem lehet beszerzési tárgytól függetlenül, általános érvénnyel meghatározni a szerződésekben szereplő, nyertes ajánlattevőt terhelő kötelezettségek rendszerét (így pl. a kötbérek számításának alapját és mértékét), ezeket az ajánlatkérőnek mindig az adott szerződés tárgyához igazodóan, az abban szereplő, teljesítendő feladatot és az egyéb szerződéses feltételeket figyelembe véve, arányos módon szükséges meghatározni, és kialakítani az erre vonatkozó részletszabályokat.

²¹ Minőségellenőrzési útmutató, 84. oldal

²² A jótállás a szerződés hibás teljesítése esetére vállalt helytállási kötelezettséget jelenti, amely szerződés vagy jogszabály alapján állhat fenn. /Ptk. 6:171. § (1) bekezdés/

III.9. A Ptk. diszpozitív szabályaitól a gazdasági szereplő hátrányára való eltérés

Mint ahogyan az a fentiekben már jelzésre került, a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel a Ptk. rendelkezéseit kell alkalmazni. A Ptk. szabályozása ugyanakkor diszpozitív, tehát az ajánlatkérő – kivéve az olyan szabályokat, amelyektől a felek a Ptk. alapján nem térhetnek el, vagy azokban a kérdésekben, mellyel kapcsolatban a Kbt. kifejezett szabályozást tartalmaz – a Ptk.-ban foglaltaktól eltérő rendelkezéseket is megállapíthat a közbeszerzési szerződés előkészítése során. Ennek okán előfordulhat, hogy az ajánlatkérő egyes kérdések tekintetében a nyertes ajánlattevőként szerződő félre nézve a Ptk. szabályaitól eltérő, szigorúbb szabályokat állapít meg. Ezek ugyan nem ellentétesek a közbeszerzési szabályokkal, azonban az ajánlattevő számára olyan többlet kötelezettséget, illetőleg terhet jelenthetnek, amelyek adott esetben célszerűtlen, illetőleg gazdaságilag – a nyertes ajánlattevő számára – kedvezőtlen beszerzési eredményt hozhatnak, vagy végsősoron az ajánlatadás mellőzéséhez is vezethetnek. Erre való tekintettel, a közbeszerzési szerződésekre – a Ptk. által szabályozható kérdésekben – csak szűk körben, valóban indokolt és kivételes esetben javasolt a Ptk. – egyebekben megengedő – szabályaitól a szigorúbb irányba eltérni.

IV.

A Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési tapasztalatai

A Közbeszerzési Hatósághoz (a továbbiakban: KH) számos olyan kérdés érkezik gyakorlati jogalkalmazóktól, amelyek az eljárások előkészítésével kapcsolatosak. Közbeszerzési szerződésekkel kapcsolatos kérdések jellemzően inkább a Kbt. 141. § szerinti szerződésmódosítások körében merülnek fel.

A KH tapasztalatai megerősítik, hogy a közbeszerzési eljárások előkészítésénél megfigyelhetők hiányosságok, amelyek leginkább az időhiányra vezethetők vissza. A támogatási források rendelkezésre állása nem kiszámítható, és ezek olyan határidőkkel kerülnek meghirdetésre, ami nem teszi lehetővé a közbeszerzési eljárások alapos előkészítését, mert a projekt megvalósítás időszaka beszűkül. Ezért fennáll az a helyzet, hogy a szabálytalan szerződésmódosítások 90 %-a a műszaki előkészítés nem megfelelő voltából fakad, különösen építési beruházások esetén, de szolgáltatásokra is jellemző ez. Ezáltal az egyik legfőbb probléma a tapasztalatok szerint az eljárások nem megfelelő műszaki előkészítése.

A közbeszerzési eljárás előkészítési szakaszában a KH álláspontja szerint a közbeszerzés tárgya szerinti bírálóbizottsági tagok, közreműködők felelőssége hangsúlyos. A szerződéstervezeteket a jogász és a közbeszerzés tárgya szerinti szakértő közösen kellene, hogy elkészítse, mert a teljesítés során felmerülő problémák túlnyomó többsége műszaki-szakmai jellegű, és jellemzően megelőzhető lenne, ha alaposabb lenne az előkészítés. Ehhez képest az a gyakorlat, hogy a szerződés szinte függetlenül készül az eljárás egyéb dokumentumaitól. Ugyanez a probléma a teljesítés során felmerülő változáskezeléssel. Hiába vannak meg a közbeszerzési és polgári jogi jogintézmények (tartalékkeret, Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pont, pótmunka), általában az a tapasztalat, hogy ezek nem utólag felmerülő változások, hanem már az előkészítés során kellett volna kezelni őket.

A KH tapasztalatai alapján egyértelműen érezhető a szerződés teljesítésének ellenőrzése körében, hogy az ellenőrzések tapasztalatait mind az ajánlatkérők, mind az ajánlattevők beépítik a gyakorlatukba.

A hirdetmény-ellenőrzési tevékenység körében – a közbeszerzési eljárások mielőbbi lefolytatása érdekében – a közbeszerzési és tervpályázati hirdetmények feladásának, ellenőrzésének és közzétételének szabályairól, a hirdetmények mintáiról és egyes tartalmi elemeiről, valamint az éves statisztikai összegezésről szóló 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet (a továbbiakban: 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet) 12. § (6) bekezdés b) pontjának megfelelően, amennyiben a megküldött hirdetmény hiánypótlást követően továbbra sem felel meg a közbeszerzésekkel kapcsolatos jogszabályoknak, abban az esetben a KH a hirdetményt az ajánlatkérő által megküldött tartalommal teszi közzé. A KH ugyanakkor rendelkezik azokkal a jogkörökkel, amelyek alapján fel tud lépni a hiánypótláson átesett, de továbbra is jogsértő hirdetmények közzétételét kérő ajánlatkérőkkel szemben. Ilyen esetben a KH hirdetmény-ellenőrzésért felelős szervezeti egysége köteles jelzéssel élni a KH elnöke felé, azaz elkerülhetetlen a KH elnökének értesítése, az ún. szignalizáció. A hirdetményellenőrzési tevékenység keretében elsősorban ez a szignalizáció az, ami nagyban hozzájárul a jogszerűség betartásához, mert ennek eredményeképpen, szükség esetén a KH elnöke által a Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban: KDB) jogorvoslati eljárása kezdeményezhető.

V.

A közbeszerzési eljárás megindítását megelőzően, preventív jelleggel alkalmazható lehetőségek, javaslatok

Fentiekben bemutatásra kerültek a szerződéstervezetek előkészítésével, illetőleg egyes szerződéses feltételek meghatározásával kapcsolatban azok a legfontosabb – főként gazdasági jellegű – kockázati tényezők, amelyek befolyással lehetnek a potenciális ajánlattevők ajánlattételi szándékára. Emellett kifejezetten az adott szerződéses feltételt érintően olyan javaslatok, valamint a joggyakorlatokat elősegítő ajánlások is megfogalmazásra kerültek, amelyek ajánlatkérő általi figyelembe vétele nagymértékben javíthatja a potenciális gazdasági szereplők közbeszerzési eljárásokban való tényleges részvételének arányát.

Jelen pontban már nem az egyes szerződéses feltételek, illetőleg az ezekhez szorosan kapcsolódó iránymutatások kerülnek előtérbe, hanem azok a közbeszerzési eljárás megindítását megelőzően, preventív jelleggel az ajánlatkérő által alkalmazható lehetőségek kerülnek részletezésre, amelyekkel az ajánlatkérő – amennyiben él ezekkel – egyrészt egyszerre több, fentiekben is jelzett kockázati pontot kiküszöbölhet a szerződések előkészítése körében, másrészt lehetősége lesz pl. az időközbeni átváltozás kiszámíthatatlansága okán ajánlatot tenni nem kívánó gazdasági szereplők tekintetében előzetesen megoldást kínálni a megfelelő szerződéses rendelkezések szerződéstervezetbe történő beépítése által.

A jelen pontban vázolt lehetőségek ugyan nem nyújtanak – nem is nyújthatnak – megoldást generális jelleggel valamennyi, a szerződés előkészítése során felmerülő problémát érintően, azonban több esetben, főként a kiemelt jelentőségű kockázatok tekintetében eredményesen alkalmazhatók lehetnek.

V.1. A közbeszerzési eljárás előkészítésébe – főként a közbeszerzés tárgya szerinti – megfelelő szakértelemmel rendelkező személyek, illetőleg szervezetek bevonása

A közbeszerzési eljárás előkészítése, a felhívás és a közbeszerzési dokumentumok elkészítése, valamint az ajánlatok értékelése során és az eljárás más szakaszában az ajánlatkérő nevében eljáró, illetve az eljárásba bevont személyeknek és szervezeteknek együttesen rendelkezniük kell a közbeszerzés tárgya szerinti szakmai, közbeszerzési, jogi és pénzügyi szakértelemmel.²³

Az ajánlatkérők a szerződések előkészítése során többségében a jogi szaktudással bíró szakemberekre/a közbeszerzési szakértőre támaszkodnak, és kevésbé vesznek részt a szerződéstervezetek előkészítésében a Kbt. által egyébként kötelezően előírt további szakértelmet biztosító személyek (a közbeszerzés tárgya szerinti, illetve a pénzügyi szakértelm). Van olyan ajánlattevői tapasztalat is, amely szerint előfordul, hogy az ajánlatkérők nem ismerik kellő alaposággal azokat a speciális szabályokat, amelyek a beszerzés tárgyára vonatkoznak (pl. a képzések áfa tartalma), ami így problémákhoz vezethet. Ezért célszerű és javasolt is, hogy az ajánlatkérő már a közbeszerzési eljárás előkészítési szakaszába az adott beszerzés tárgyához hozzáértő szakember(eke)t is vonjon be annak érdekében, hogy az ő aktív részvételük által több olyan kockázati pontként értékelhető szerződéses feltétel is megfelelő módon kerülhessen kialakításra, amely a gazdasági szereplők ajánlattételi hajlandóságára nagyfokú befolyással lehet.

Amellett, hogy lehetőség van a közbeszerzés tárgya szerinti műszaki-szakmai szakértelemmel rendelkező személyek vagy szervezetek általános jelleggel történő bevonására is a közbeszerzési eljárás előkészítése – és a szerződéstervezet elkészítése – körében, fontos megjegyezni azt is, hogy nincs arra vonatkozó jogszabályi megkötés sem, hogy a bírálóbizottság megalakítására legkorábban mikor kerülhet sor. Adott esetben célszerű lehet ezt már a közbeszerzési eljárás előkészítési szakaszában megtenni, mert ezáltal lehetőség nyílik – már az adott közbeszerzési eljárás előkészítése körében – azoknak a szakembereknek az összehangolt, közös párbeszédére, szakmai álláspontjainak, javasolataiknak együttes megvitatására, akik a későbbiekben kötelesek lesznek az ajánlatok Kbt. szerinti elbírálására és értékelésére²⁴.

Lényeges, hogy a gyakorlatban lehetnek olyan beszerzések is, amelyeknél több műszaki-szakmai szakember együttes, összehangolt munkája lenne szükséges a műszaki tartalom megfelelő kidolgozásához (pl. önmagában egy építési projektmenedzser nem biztos, hogy elegendő tapasztalattal bír egy építési beruházás műszaki tartalmának kidolgozásához, vagy a beszerzési igénytől függően lehet, hogy egy építészmérnök mellett szükség lenne egy villamosmérnök szakemberre is).

Fontos lehet az is, hogy az ajánlatkérő ne általános jelleggel válassza meg a szakértőként bevont személyeket/szervezeteket/bírálóbizottsági tagokat, vagyis ne olyan alapon, hogy pl. egy másik eljárásban is az az adott személy biztosította a szakértelmet. Különösen fontos ez a közbeszerzés tárgya szerinti műszaki-szakmai szakértelmet biztosító szakértő esetében,

²³ Kbt. 27. § (3) bekezdés

²⁴ Az ajánlatkérő legalább háromtagú bírálóbizottságot köteles létrehozni az ajánlatok – szükség esetén a hiánypótlás, felvilágosítás vagy indokolás [Kbt. 71-72. §] megadását követő – Kbt. szerinti elbírálására és értékelésére. /Kbt. 27. § (4) bekezdés/

hiszen tényleges, érdemi segítséggel kizárólag olyan személy/szervezet tud szolgálni, aki valóban ért a konkrét beszerzési igényhez és a később megkötni kívánt szerződés tárgyához, ezáltal tisztában van azokkal a piaci jellemzőkkel, műszaki specifikumokkal, amelyeknek az eljárás előkészítése során történő, megfelelő meghatározása számtalan későbbi, az eljárás megindítását követően adott esetben bekövetkező olyan problémát (pl. a műszaki tartalom hibája, pontatlansága, hiányossága, irreális teljesítési határidők, szállítási feltételek szerződésben történő szerepeltetése) megelőzhet, amelyek az ajánlattételi hajlandóságot akadályozzák. Azért is nagyon fontos ezen problémák előzetes kezelésére kiemelt hangsúlyt fektetni, mert később – a módosítási korlátok miatt – ezeket jellemzően már nincs lehetőség orvosolni.

Az eljárás előkészítésébe bevont személyekkel, szervezetekkel, illetőleg a bírálóbizottsággal összefüggésben, valamint a tagok által biztosított szakértelemmel kapcsolatos további iránymutatásokat, részletszabályokat az Előkészítési Útmutató tartalmazza, melyet mindenképpen javasolt az ajánlatkérőnek megismernie, és az abban foglaltaknak megfelelően eljárnia.

V.2. Az előzetes piaci konzultáció

Az előkészítés körébe tartozik az EPK is, amely elsősorban a műszaki leírás és a szerződéses feltételek pontosítását szolgáló jogintézmény.

Az EPK-ra irányuló rendelkezéseket a Kbt. (különösen annak 28. § (4)–(6) bekezdése), a kötelező alkalmazásának eseteit és feltételeit pedig az egyajánlatos közbeszerzések számának csökkentését szolgáló intézkedésekről szóló 63/2022. (II. 28.) Korm. rendelet tartalmazza. Emellett további, az EPK-ra vonatkozó iránymutatások tekintetében az Előkészítési Útmutató ad eligazítást.

Fentiek okán itt csak az EPK szélesebb körben történő alkalmazásának lehetőségére szeretnénk felhívni a figyelmet, mert az EPK adott esetben megfelelő lehet arra, hogy az ajánlatkérők szert tehessenek releváns piaci ismeretekre és mind a műszaki leírás, mind a szerződéstervezet, illetőleg az egyes szerződéses feltételek tekintetében akár a gazdasági szereplők által jelzett észrevételek is beépítésre kerülhessenek. Ezáltal elősegíthető, hogy szakmai szempontból a szerződési feltételek összeegyeztethetők legyenek a piaci feltételekkel, illetőleg, hogy minél pontosabban kerüljenek meghatározásra ezek a dokumentumok, és valóban reális teljesítési feltételek, határidők kerüljenek előírásra az ajánlatkérő által későbbiekben megindított közbeszerzési eljárásban.

V.3. A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja szerinti, előre rögzített módosulási mechanizmus szerződéstervezetbe történő beépítése, szélesebb körben történő alkalmazása

A gyakorlatban – a benne rejlő lehetőségekhez képest – rendkívül keveset alkalmazott szerződésmódosulási jogalap a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pont szerinti lehetőség, pedig adott esetben, az ajánlatkérő által az előkészítés során a verseny minél szélesebb körben való biztosítása melletti – és az árfelhajtó hatás elleni – küzdelem egyik leghatékonyabb eszköze lehetne. A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja tehát hasznos lehetne mind a rendes üzleti kockázat körét meghaladó esetekben (pl. árindexálás meghatározott költségváltozás felett),

mind pedig az üzleti kockázatok elosztása terén (pl. szélesebb körben lehetnének alkalmazhatók a fix díjas konstrukciók helyett a mozgó áras szerződések).

A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja alapján egy közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül – automatikusan – módosulhat, ha a közbeszerzési eljárás előkészítési szakaszában – a jogszabályhelyben foglaltaknak megfelelően – az ajánlatkérő a szerződés tervezetében rögzítette az erre vonatkozó szabályokat.

Amennyiben tehát az ajánlatkérő – oly módon, hogy az nem okozza a szerződés általános jellegének megváltoztatását – minden ajánlattevő számára előre megismerhető módon, egyértelműen rögzíti a szerződés meghatározott tartalmi elemei későbbi változásának pontos feltételeit és tartalmát, akkor ezen módosulási mechanizmus által kezelhetővé válhatnak azok a gazdasági szereplő szempontjából legkritikusabb kockázati pontoknak számító tényezők, amelyek az ajánlattételi hajlandóságot, és az ajánlati ár mértékét befolyásolhatják. Ilyen előre rögzíthető, változtatható tartalmi elem lehet pl. az ár, vagy a teljesítési határidő is.

A Szerződésmódosítással kapcsolatos Útmutatóval összhangban, az árak változását az indexálás rögzítésével, illetve az erre vonatkozó szabályok, módszerek előre meghatározásával lehet a szerződésekbe beépíteni, lehetővé téve azt, hogy a későbbi áremelkedéseket a szerződéses árak automatikusan kövessék, és ne kelljen a szerződést emiatt több alkalommal is módosítani. Erre különösen a hosszabb távra kötött, vagy kifejezetten ár érzékeny tárgyú szerződések esetén lehet szükség. A határidő meghosszabbítása esetén szükséges rögzíteni előzetesen azt is, hogy milyen esetben és mennyivel hosszabbítható meg a szerződés teljesítésének határideje, időbeli hatálya, az általánosságban meghatározott feltételek nem elegendők.

A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja szerinti jogalappal összefüggő további rendelkezéseket, az indexálásra vonatkozó részletszabályokat, képletekre vonatkozó példákat, valamint további, a gyakorlati alkalmazást bemutató eseteket a Szerződésmódosítással kapcsolatos Útmutató tartalmazza, melynek megismerése, áttanulmányozása szintén javasolt az ajánlatkérők számára.

V.3.1. Árváltozás miatti kockázatok megosztása

A fentiekben már szó esett arról, hogy a szerződő felekre vonatkozó, szerződésben szereplő jogok és kötelezettségek tekintetében törekedni kell arra, hogy a szerződéses rendelkezések ne jelentsenek aránytalan többletterhet a nyertes ajánlattevőként szerződő félre nézve.

A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja szerinti szerződésmódosulási mechanizmus körében, az indexálással összefüggésben – a Szerződésmódosítással kapcsolatos Útmutatóban foglaltakkal összhangban – érdemes külön kiemelni, hogy a szerződésben rögzíthető az is, hogy csak bizonyos mértéket meghaladó árváltozás esetén nyílik meg az indexálás lehetősége, ezen mértékig a nyertes ajánlattevő kockázata az árváltozás. Ezen árváltozási mérték fölött van arra lehetőség, hogy a felek megosszák a kockázatot egymás között. A rendes üzleti kockázat körét meghaladó árváltozás mértékét az ajánlatkérőnek a beszerzés tárgya szerinti szakértelemmel rendelkező szakember segítségével, a beszerzés tárgyának függvényében, az adott eset összes

körülményét mérlegelve kell meghatározni. A szerződésben adott esetben rögzíthető az is, hogy csak bizonyos termékek árváltozását figyelik a felek.

A felelős gazdálkodás és az arányosság elvéből következően érdemes megfontolni, hogy az ajánlatkérő – észszerű határon belül – vállaljon az eddiginél több kockázatot, mert akkor több és/vagy kedvezőbb árú ajánlatot kaphat.

V.3.2. Építési beruházások esetén irányadó további előzetes változáskezelési lehetőség: a tartalékkeret

Építési beruházások esetén az ajánlatkérőnek joga van tartalékkeretről rendelkezni a szerződés tervezetében. A tartalékkeret lehetővé teszi az építési beruházás teljesítéséhez, a rendeltetésszerű és biztonságos használathoz szükséges munkák szerződésmódosítás nélkül történő elvégzését, amennyiben valamennyi, ehhez kapcsolódó jogszabályi kritérium²⁵ megvalósul, így különösen az, hogy az ajánlatkérőnek a szerződésben egyértelműen, minden ajánlattevő számára előre megismerhető módon rögzítenie kell a tartalékkeret felhasználásának lehetséges eseteit és pénzügyi feltételeit. Ebből is látszik, hogy a gyakorlati tapasztalatok alapján az építési beruházások – különösen a nagyobb értékű, hosszabb időtartamú szerződések – teljesítése során ténylegesen felmerülhetnek olyan módosítási igények, amelyek alapvetően az eredeti beszerzési igény megvalósítását szolgálják. Ezeknek a felmerülő munkáknak a szerződés keretében történő elvégzése kezelhető a tartalékkeret révén.

Gyakori hiba azonban, hogy a tartalékkeret felhasználási feltételei nem elég pontosak a szerződésben, ezért – annak ellenére, hogy alapvetően módosítás nélkül lehetne alkalmazható – a módosítás mégsem mellőzhető.

A tartalékkeret jogintézményéről szóló további információk tekintetében az építési beruházás tárgyú közbeszerzési eljárások szabályairól szóló, a Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatója (2023. május 25.) adhat eligazítást.

V.4. A tervező rendelkezésre állása és támogatása a kivitelezés teljes időtartama alatt

Tervezési szolgáltatás megrendelése esetén kiemелendő az a – jogszabályi alapon az ajánlatkérő számára fennálló – lehetőség²⁶, mely szerint – amennyiben az ajánlatkérő rögzítette ezt a tervezővel megkötendő szerződésben – a tervező a kivitelezés teljes folyamata alatt rendelkezésre fog állni és támogatni fogja az ajánlatkérőt. Az erre irányuló rendelkezéseket, illetőleg azt, hogy ennek keretében – illetőleg adott esetben ezen túlmenően – pontosan mire terjed ki a tervező kötelezettsége (pl.: kiegészítő tájékoztatás kérések esetén a műszaki-szakmai kérdések megválaszolása, szükség esetén a tervek módosítása, beérkezett ajánlatok, illetőleg árazott költségvetések műszaki-szakmai szempontú vizsgálata) javasolt kifejezetten szerepeltetni a szerződés-tervezetben, figyelemmel arra, hogy ezáltal a tervezőnek lehetősége lesz ezen feladatok elvégzésének kötelezettségére és a rendelkezésre állás meghosszabbított időtartamára való tekintettel megadni árajánlatát, illetőleg a részletes feladatmeghatározás és

²⁵ 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet, 20. §

²⁶ Az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet), 10. § (3) bekezdés

a rendelkezésre állás időtartamának szerződésben való rögzítése által elkerülhetők lehetnek a későbbi vitás helyzetek is.

VI. Összegzés

Jelen Iránymutatásban foglaltak alapján is látható, hogy milyen kiemelt jelentősége van egy közbeszerzési eljárás előkészítési szakaszának, a közbeszerzési dokumentumok – különösen a műszaki tartalom, valamint a szerződéstervezetek – előkészítésének, illetőleg a szerződés részét is képező feltételek megfelelő módon történő meghatározásának. Ezáltal ösztönözhető, hogy – adott esetben a piaci viszonyok kiszámíthatatlansága ellenére is – minél több gazdasági szereplő nyújtson be ajánlatot, mely által fokozódni tud a közbeszerzések terén a gazdasági szereplők közötti verseny.

Annak érdekében tehát, hogy a gazdasági szereplők szemszögéből a szerződéses feltételekben rejlő kockázati tényezők az ajánlatkérő által még az előkészítés során kiküszöbölésre kerüljenek, kiemelten fontos az ajánlatkérő arra való törekvése, hogy a jelen Iránymutatásban vázolt lehetőségeknek, javaslatoknak megfelelően járjon el.

Röviden összefoglalva:

- ✓ Sablonszerződések használata esetén azok szerződés tárgyához történő igazítása, egyéniesítése, a szerződésminták – több szempontból történő – felülvizsgálata;
- ✓ A beszerzési igény, illetőleg a szerződés tárgyának pontos meghatározása;
- ✓ Egyértelmű és hiánytalan műszaki tartalom összeállítása, ennek érdekében már az eljárás előkészítési szakaszában a bírálóbizottság megalakítása, közbeszerzés tárgya szerinti szakértő aktív bevonása;
- ✓ A kiszámíthatatlan piaci körülmények miatti esetleges árváltozás szerződéstervezet előkészítése körében való kezelése, Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjának alkalmazása;
- ✓ A felmerülő beszerzési igény ajánlatkérő általi mielőbbi vizsgálata, illetőleg a közbeszerzési eljárás lehető legkorábban történő előkészítése;
- ✓ A beszerzés tárgyától függően az EPK lehetőség szerinti alkalmazása;
- ✓ A közbeszerzési eljárás időben történő lefolytatásának elősegítése érdekében az eljárás dokumentumainak megfelelő előkészítésére való törekvés;
- ✓ Egyes – műszaki-szakmai szakértelmet is igénylő – szerződéses feltétellel kapcsolatos kérdésekben a közbeszerzés tárgya szerinti szakértő aktív bevonása;
- ✓ A szerződés időtartamának, illetőleg a szerződés teljesítési határidejének észszerű – és a szerződés szerinti teljesítéshez szükséges időkerethez mérten arányos – megállapítása, irreális teljesítési határidők meghatározásának elkerülése;
- ✓ A teljesítés helyének – és adott esetben a teljesítésre befolyással bíró, teljesítési helyszínnel összefüggő egyéb körülmények, jellemzők – lehető legpontosabb módon történő meghatározása;
- ✓ A szerződő felek közötti gazdasági egyensúly szerződéses feltételek általi megteremtése, a nyertes ajánlattevőt terhelő túlzó biztosítékok és szankciórendszer kerülése;
- ✓ Háttérjogszabályként – a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel – a Ptk. szerződésre vonatkozó szabályainak alkalmazása, ettől – a gazdasági szereplő hátrányára – való eltérés mellőzése.