

A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés lehetséges biztosítékai és az azokhoz kapcsolódó gyakorlati szabályok



DR. MIKLÓS GYULA



2012. MÁJUS 22.

A szabályozás jellege



A közbeszerzési szerződések tartalmára vonatkozó szabályozás jellege

- Egyes közbeszerzési szabályok a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés tartalmára vonatkozó **polgári anyagi jogi normák**, azaz a közbeszerzési szerződés megkötését követően, azok részeként is tovább élnek (ld. Pl. szerződés módosítására, teljesítési igazolásra, fizetésre vonatkozó rendelkezések stb.)
- A **kógens szabályok** az esetlegesen ellentétesen megfogalmazott szerződéses rendelkezéseket érvénytelenné teszik (beszámításnak csak egynemű, lejárt és elismert követelés esetén van helye, ajánlatkérő szerződésszegése esetére irányadó jogkövetkezmények alkalmazása), mások a helyükbe is lépnek, mint a közbeszerzési szerződések kötelező tartalmi elemei (pl. Kbt. 131. § előleg)

Mely eseteket kell mellékkötelezettséggel biztosítani?



- A **nem szerződészerű teljesítés** körébe tartozó eseteket, azaz tipikusan a szerződésszegéseket és azok következményeit (okozott költség, tényleges kár, elmaradt haszon stb.)
- Mi a szerződésszegés?
 - **Ptk. szerinti esetekben törvény erejénél fogva (mögöttes szabály)** a késedelem, a hibás teljesítés, a teljesítés megtagadása, felróható lehetetlenülés.
 - Minden olyan magatartás, mulasztás, **amely nem szerződészerű**, azaz a szerződésben megfogalmazott kötelezettség nem (megfelelő) teljesítése, vagy valamely olyan magatartás vagy mulasztás, **amelyet a felek kifejezetten szerződésszegésnek minősítenek** (nem áll a másik oldalon pozitív teljesítési kötelezettség, de ha ezt teszed, szerződést szegsz),
 - **Bírói gyakorlat: a felek általános együttműködési kötelezettségének megsértése önmagában szerződésszegésnek minősülhet akkor is, ha nem volt az adott magatartással kapcsolatos kifejezett rendelkezés a szerződésben.**
- A szerződésszegés **alapvetően jogellenes**, de azért, illetőleg annak következményeiért **akkor felel a szerződést megszegő fél**, ha a szerződésszegésben **vétkes, azaz neki felróható** (ehhez az szükséges, hogy ne úgy járjon el, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható),

A szerződésszegés



- A felek a szerződésben **korlátozhatják felelősségüket** (kivéve az ajánlatkérőt, aki kizárólag szigorúbb felelősséget vállalhat, de azt nyilván nem fog! – egyoldalú kógenca) **vagy szigorúbb, akár objektív felelősségi eseteket is meghatározhatnak** (ilyen pl. a jótállás, ahol a kimentési lehetőség egyetlen körülményre szűkül– ha a hiba oka bizonyítottan a teljesítés után keletkezett, mentesül, más esetben helytállni köteles)
- **Helytállnia** azonban **akkor kell a szerződésszegésért felelős félnek**, ha a szerződésszegés **kárt, költséget okozott vagy kárátalány jár** (megdönthetetlen). Kár alatt érthető vagyoni és nem vagyoni kár is, továbbá tényleges kár és elmaradt haszon is, külön a bírói gyakorlatban kimunkált feltételek esetén.
- Az **okozati összefüggésnek adekvátnak** kell lennie az ok (szerződésszegés) és az okozat (kár, költség) között
- **Ptk. 318. § (1) bekezdés** - A szerződésszegésért való felelősségre, valamint a kártérítés mértékére **a szerződésen kívül okozott károkért való felelősség szabályait kell alkalmazni** azzal az eltéréssel, hogy a kártérítés mérséklésének - ha a jogszabály kivételt nem tesz - nincs helye.

Kötelező igényérvényesítés!



- Ptk. 318. § (2) bekezdése szerint:
 - A szerződésszegésen alapuló igények érvényesítése kötelező, ha a szerződésben kikötött ellenszolgáltatás teljesítése **egészben vagy részben az állami költségvetésből** történik. A jogosult az igény érvényesítésétől - jogszabály eltérő rendelkezése hiányában - **eltekinthet**, ha a rendelkezésre álló adatok alapján meggyőződést szerzett arról, hogy **a szerződésszegés olyan körülményekre vezethető vissza, amelyekért a kötelezett nem felel**, vagy **ha a szerződésszegés a nemzetgazdaság, továbbá a felek együttműködése szempontjából jelentéktelen.**
- A Ptk. 318. § (3) bekezdése továbbá kimondja, hogy
 - ha a szerződésszegésen alapuló igények érvényesítése kötelező, és a jogosult e kötelezettségének **indokolatlanul** nem tesz eleget, a pénzkövetelésre (kártérítés, kötbér, árleszállítás) irányuló igényt a **kifizetéseket a költségvetésből teljesítő pénzügyintézet az állam javára érvényesítheti.**

Szerződési biztosítékok



- **Szerződést megerősítő mellékkötelezettségek**, melyek különféle - elsősorban anyagi - hátrányok kilátásba helyezésével igyekeznek a kötelezettet a szerződésszerű teljesítésre rászorítani – **teljesítési készséget fokozó biztosítékok**

Foglaló, kötbér, jogvesztés kikötése, tartozáselismerés

- **Teljesítési képességet erősítő biztosítékok**: a szerződés vagy a szankciós mellékkötelezettség teljesítésének képességét fokozzák
- nem a kötelezett anyagi helyzetén javítanak, azt célozzák, hogy a kötelezett előre lekössön olyan forrásokat, amelyeket a jogosult a szerződésszerű teljesítés elérése érdekében fel tud használni, le tud hívni.
- Személyi és dologi biztosítékok,
Óvadék, fedezetlekötés, zálogjog (dologi), bankgarancia, kezesség, biztosítás (személyi)
- Szerződést gyengítő kikötés: **bánatpénz** – a jogszerű elállás ára.

Foglaló I.



- **Teljesítési készséget fokozó biztosítékok:**

1. **Foglaló:**

- A szerződéskötéskor, annak jeléül adható,
- pénz vagy más dolog is lehet, ha pénz, és a szerződést a foglalót kapó fél teljesíti, az ellenértékbe beszámít,
- Ha neki felróhatóan nem teljesít, kétszeres összeget kell visszafizetnie - kárátalány
- Adásvételi, szállítási szerződések esetén tipikus, de elvileg más szerződés esetén is alkalmazható, nincs alakszerűséghez kötve,
- **Jelenleg a közbeszerzési eljárások esetén kivételes**, mivel ellenszolgáltatás nélkül is elveszíthető, ha a megrendelőnek felróható a szerződés lehetetlenülése, illetőleg kétszeres összegben követelhető, ha a vállalkozónak felróható,

Foglaló II.



- Akkor lehetne szélesebb körben alkalmazni, ha a szabályozás lehetővé tenné, hogy az előleg helyett vagy azon felül, bizonyos mértékig foglalóval is lehessen a munkakezdet és a költségeket előre finanszírozni a megrendelő által,
- abban az esetben azonban, ha a szerződés szerű teljesítés a vállalkozónak felróható okból megghiúsul, a foglaló összegének kétszerese illetné meg az ajánlatkérőt kárátalány jelleggel – ebben az értelemben az adott előleg összegének erejéig kiválthatná a megghiúsulási kötbért,
- Jelenleg és korábban sem tiltotta semmi, sőt a teljesítési biztosíték és megghiúsulási kötbér együttes alkalmazásának tilalma sem vonatkozott rá,
- Hátránya, hogy csak szerződéskötéskor adható, azaz később a szerződés aláírását követően, a teljesítés során már nem, ekkor csak előleg adható – bár diszpozitív a szabályozás!!

Kötbér I.



2. Kötbér (Ptk. 246. – 247. §§) = a kötelem bére!

- Alkalmazása **nagyon gyakori** a közbeszerzési szerződések esetén, mivel szinte bármely szerződéstípushoz illik és a szerződést fizikailag teljesítő fél, azaz tipikusan az ajánlattevő tartozik vele,
- **Járuvékos jellegű**, azaz a főkötelezettség semmissége esetén a kötbérikötés is semmis,
- **Fő típusai:** késedelmi, minőségi vagy hibás teljesítési, megghiúsulási stb.
- Meghatározott pénzösszeg, amelyet **felróható szerződésszegés**, lehetetlenülés vagy a teljesítés megtagadása esetén követelhet a jogosult, azaz tipikusan az ajánlatkérő.
- **Alapját és/vagy mértékét minden esetben előre, írásban meg kell határozni:** százalékosan vagy fix összegben, vagy kombinálva is: pl. a szerződésszegéssel érintett teljesítésért járó ellenszolgáltatás nettó összegének 2%-a naponta, de minimum 100.000 Ft.
- **Adott részteljesítés értékére csak akkor lehet alapítani, ha a szolgáltatás osztható,** egyébként a teljes szerződéses ellenszolgáltatás lehet csak az alapja!

Kötbér II.



- **Kárátalányként** is szolgál, azaz elvileg az adott szerződésszegéssel arányban állónak kell lennie,
- A kötelezett **a polgári jogi szabályok szerint kimentheti magát**, melyhez bizonyítania kell, hogy úgy járt el, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható volt - azaz nem objektíve jár, hanem mindig a szerződésben előírt felelősségi alakzathoz igazodva.
- **Fontos: a meghiúsulási kötbér érvényesítése a teljesítés egyidejű követelését kizárja!**
- **Bírói gyakorlat:**
 - **a kötelezett hibás teljesítése miatt nem lehet egyidejűleg hibás teljesítésre és késedelemre alapított kötbérigényt érvényesíteni (EBH 2005.1205)**
 - Lehet valamennyi vagy csak egyes szerződéses kötelezettségek kötbérrel való biztosítása, de **ha valamennyi kötelezettséget biztosítani kívánnak a felek, erre a szerződésnek egyértelműen és kifejezetten utalnia kell**, mert a kötbér csak írásban köthető ki! (BH1998.139)
 - **Ha a vállalkozási szerződés építési ütemtervet és részteljesítési határidőket is tartalmaz, a késedelmi kötbérfizetési kötelezettség kifejezett eltérő rendelkezés hiányában kizárólag a részteljesítési határidőkhöz kapcsolódik (BH2010.276)**

Kötbér III.



- A **garantálás szó jótállást jelent**, így, ha a felek ilyen ígérethez kapcsolják a szerződésben a kötbérfizetési kötelezettséget, a kimentés is a jótállási szabályokhoz igazodik, azaz a kötelezett csak akkor mentesül, ha bizonyítja, hogy a jogosult hibájára vezethető vissza a szerződésszegés (BH2010.16)
- A szerződésnek a **teljesítési póthatáridő** lejárta után bekövetkezett meghiúsulása esetén a jogosult a **késedelmi és a meghiúsulási kötbért is érvényesítheti**. (BH1991.115.)
- Ptk. 247. § (1) bek. - A túlzott mértékű kötbér összegét **a bíróság mérsékelheti**, erre azonban csak a kötbér érvényesítése esetén, a konkrét szerződésszegés súlyosságának, az okozott kárnak és a szerződés szerint érvényesíthető kötbér összegének ismeretében van lehetőség, nem pedig általánosan és előre.
- A késedelmes teljesítés esetére **napi 1%-os mértékű kötbér kikötése nem túlzott**, önmagában ezen az alapon kötbérmérséklésnek nincs helye. (BH1992.260)
- Ha kártérítési kötelezettségként **a kötelezett a hibát kijavítja**, akkor ebbe a javításba a **kötbért beszámítottak kell tekinteni**, azaz a hibajavítás mellett külön nem követelhető (BH1989.66)
- A vállalkozó a késedelmének kimentése céljából **nem hivatkozhat sikeresen olyan akadályokra, amelyek a szerződés módosítása előtt merültek fel**, és amelyekre tekintettel a szerződésmódosítás kapcsán a teljesítési határidő meghosszabbítását nem kezdeményezte (BH1986. 286)

Jogvesztés kikötése

Ptk. 250. §



- Ptk. 250. § (1) A felek írásban megállapodhatnak abban, hogy a szerződésszegésért felelős fél elveszít valamely jogot vagy kedvezményt, amely őt a **szerződés alapján** megilletné.
- **Szankciós jellegű** szerződést megerősítő, teljesítési készséget fokozó biztosíték, amelyre az **5%-os korlátozás értelemszerűen nem vonatkozik**,
- Előnye a **sokfélesége** és hogy alkalmazási körét, az alkalmazásához szükséges bizonyítandó körülményeket és a bizonyítási terhet a felek, közbeszerzési eljárás esetén az **ajánlatkérő szabadon határozhatja meg a szerződésben**
- Szokásos szerződési gyakorlatban ilyen lehet pl. első késelelemnél az előleg azonnali visszafizetésének kötelezettsége, részletfizetési kedvezmény megvonása stb.
- **Azonban a Kbt. vagy végrehajtási rendeletei által kógens jelleggel előírt ajánlattevői, alvállalkozói jogosultságok esetére nem alkalmazható, így éppen az előlegre vonatkozó jogosultságnál vagy a részletfizetési kedvezménynél alkalmazása kizárt.**
- Maradnak azok a területek, amelyeket a Kbt. nem szabályoz kötelező erővel

Tartozáselismerés

Ptk. 242. §



- **Nem szankciós jellegű, véleményem szerint szerepe a közbeszerzési szerződések esetén elsősorban abban nyilvánulhat meg, hogy esetleg kiválthat konkrét fizetési kötelezettséget, miáltal a kkv-k helyzete javítható és a későbbi hibamentes teljesítés esélye jobban megőrizhető**
- Ptk. 242. § (1) bek.: A tartozás elismerése a tartozás jogcímét nem változtatja meg, de **az elismerőt terheli annak bizonyítása, hogy tartozása nem áll fenn**, bírósági úton nem érvényesíthető, vagy **a szerződés érvénytelen**.
- A tartozáselismerés a másik félhez intézett írásbeli nyilatkozattal történik.
- Pl. egyik alkalmazási területe lehet, ha **az ajánlattevő valamely részteljesítési határidőt elmulasztja**, de a végteljesítés lehetséges, ajánlatkérő nem érvényesíti közvetlenül egyébként jogos késedelmi kötbér igényét, hanem **annak megfizetése vagy teljesítési biztosítékból való lehívása helyett** – amely nyilván elnehezítheti az ajánlattevő pénzügyi helyzetét, likviditását, így egyéb kötelezettségeinek teljesítését is – **elfogadja az ajánlattevő tartozáselismerő nyilatkozatát** a kötbérvisszatérítés fennállásáról, amely alapján a végteljesítés ellenértékébe beszámíthatóvá válik a kötbérvisszatérítés, ily módon mindkét fél jól járhat
- Ajánlatkérő a bizonyítás terhétől szabadul, ajánlattevő a közvetlen pénzügyi nehézségektől, és megőrzi annak lehetőségét, hogy a szerződésszerű teljesítést helyreállítsa. Ajánlatkérő nem sérti meg a Ptk. 318. §-át.

Teljesítési képesség biztosítékai

Óvadék – Ptk. 270. § - 271/A. §



- Szerződés és a pénz, értékpapír, bankszámla-követelés, egyéb pénzügyi eszköz feletti rendelkezési jog átadása keletkezteti
- Fontos, hogy az ajánlatkérő számára közvetlen rendelkezési jogot keletkeztessen
- **Külön megállapodás alapján a jogosult használhatja** az óvadék tárgyát és rendelkezhet is vele, de az óvadékkal biztosított követelés esedékessé válásáig egyenértékű fedezettel kell előállnia – mivel **a pénz korlátlanul helyettesíthető eszköz**, ezért ez a rendelkezés a nem pénzbeli, értékpapír és bankszámla-követelésekre vonatkozik, amely **nem tipikus, de mint elfogadható** biztosítéki forma elvileg **előírható** a közbeszerzési eljárásokban (Kbt. 126. § (6) bekezdés)
- Kielégítési joga megnyílásakor a **jogosult az óvadékkal biztosított követelését az óvadék tárgyából közvetlenül kielégítheti**, ha az óvadék tárgya pénz, bankszámla-követelés, nyilvánosan jegyzett piaci árral vagy egyébként az adott időpontban a felektől függetlenül meghatározható árral rendelkező értékpapír vagy egyéb **pénzügyi eszköz**. Egyéb értékpapír, hitelkövetelés vagy pénzügyi eszköz esetében a jogosult a közvetlen kielégítés jogát akkor gyakorolhatja, ha erről a felek szerződésükben megállapodtak és az **értékelés módját szerződésükben meghatározták**.

Teljesítési képesség biztosítékai

Óvadék II. – Ptk. 270. § - 271/A. §



- A jogosult minden esetben köteles a kötelezettel ésszerű időn belül elszámolni, és a követelését és annak járulékait meghaladó fedezetet, illetve - értékesítés esetén - a követelését, annak járulékait és az értékesítéssel kapcsolatos költségeket meghaladó bevételt a kötelezett részére **kiadni**.
- **Járulékos jellegű**, azaz az alapjogviszony megszűnése közvetlenül kihat az óvadékra is, ez esetben az alapjogviszony megszűnésének pillanatában visszajár és esedékessé válik. (Innentől kezdve késedelmi kamat jár a visszafizetés késedelme esetén az ajánlattevőknek). A szavatossági idő elteltét követően visszajár, azaz ekkor már nem hívható le.
- **Nem kárátalány jellegű**, azaz az igény összegét és jogosságát bizonyítani kell a jogosultnak
- Harmadik személy őrzésére is bízható, letétbe is helyezhető!
- **Bírói gyakorlat:** az óvadék összegét **nem kell lekötött betétben elhelyezni** a kamatok realizálása végett, mivel ez funkciójával ellentétben áll (BH2003.278) – célszerű a szerződésben kikötni, hogy ajánlatkérő nem köteles az óvadék összege után kamatot fizetni!

Teljesítési képesség biztosítékai

Kezesség I. – Ptk. 272. § - 276. §



- Egy törvényen alapuló esete (Kbt. 55. § (6) bekezdés c) pontja) áll fenn, méghozzá a pénzügyi-gazdasági alkalmasság más gazdasági szereplő kapacitásaira történő támaszkodás esetén, ha az alkalmassági minimumkövetelmény jellegénél fogva olyan, hogy effektíve nem bocsátható az ajánlattevő, jelentkező rendelkezésére
- Ez esetben a más szervezet alkalmassági igazolása abban az esetben fogadható el, ha az ajánlattevő (részvételre jelentkező) ajánlatában (részvételi jelentkezésében) benyújtja az alkalmasság igazolásában részt vevő más szervezet nyilatkozatát, amelyben e más szervezet **az ajánlattevő fizetéseképtelensége esetére** kezességet vállal az ajánlatkérő **mindazon kárának megtérítésére**, amely az ajánlatkérőt az ajánlattevő teljesítésének elmaradásával vagy hibás teljesítésével összefüggésben érte, és **amely más biztosítékok érvényesítésével nem térült meg.**
- A Kbt. 126. § (6) bekezdése alapján az egyik nevesített biztosítéki forma a biztosítási szerződés alapján nyújtott készfizető kezességvállalást tartalmazó kötelezvény

Teljesítési képesség biztosítékai

Kezesség II. – Ptk. 272. § - 276. §



- **Személyi biztosíték:** Az adós kötelezettségeinek teljesítésére más is kötelezettséget vállal. „Kezességi szerződéssel a kezes arra vállal kötelezettséget, hogy **amennyiben a kötelezett nem teljesít, maga fog helyette a jogosultnak teljesíteni.**”
- A kezes a **jogosult, hitelező irányába vállalja** a teljesítés kötelezettségét és mindig ingyenesen és mindig írásban.
- A kezes a **főadóssal szemben visszterhesen is és ingyenes is vállalhatja** a helytállást.
- A kezesség elfogadása a jogosult által már történhet szóban vagy ráutaló magatartással is, amely körülmény jelentőségét a Kbt. indokolása kifejezetten kihangsúlyozza a Kbt. 55. § (6) bekezdés c) pontjában írt lehetőséggel összefüggésben, hiszen ajánlatkérőnek így nem kell az ajánlatban foglalt kezességvállalásra írásbeli elfogadó nyilatkozatot küldenie a kezesnek

Teljesítési képesség biztosítékai

Kezesség III. – Ptk. 272. § - 276. §



- **Járu lékos jellegű**, azaz érvényes főkötelezettséget feltételez és igazodik a főkötelezettség mértékéhez, **terhesebb nem lehet**, mint az elvállaláskor volt
- A kötelezett **ajánlattevő kifogásait érvényesítheti**, a kezesnek megtérítési igénye keletkezik a főadóssal szemben, addig a mértékig, amíg teljesített. Biztosítékok átszállnak a teljesítő kezesre.
- Fajtái: **sortartó** és **készfizető**
- **Sortartó kezesség**: elsőként a főadóstól és más megelőző vagy rá tekintet nélküli kezességvállalóktól kell megkísérelni a behajtást és csak akkor, ha ez nem lehetséges, akkor lehet vele szemben fordulni
- Kbt. 55. § (6) bekezdés c) pontja, fizetési kötelezettsége a jogszabályhely megfogalmazása alapján **másodlagos**,
- Ha korábban fordulnak vele szemben, **ún. sortartási kifogással élhet**, ha ilyennel azonban nem él, akkor jogszerűen marasztalható és fizetnie kell,
- Egyszerre lehet perelni a főadóssal akkor is, ha él sortartási kifogással, ilyenkor az ítélet rendelkező részében feltételesen és akként marasztalják a kezeset, hogy fizetési kötelezettsége abban az esetben áll be, ha a követelés az őt megelőző kötelezettekől behajthatatlan (**ún. pergazdaságossági szempont**)

Teljesítési képesség biztosítékai

Kezesség IV. – Ptk. 272. § - 276. §



- **Készfizető kezesség:** nincs sortartási kifogás, a jogosult közvetlenül fordulhat a főadóshoz vagy akár a kezeshez is, egyetemlegesen kötelesek helytállni, azaz egyetemlegesen marasztal adott esetben a bíróság
- A Ptk. 272. § (2) bekezdése meghatározza t örvényen alapuló készfizető kezességi eseteket:

A kezes nem követelheti, hogy a jogosult a követelést először a kötelezettől hajtsa be (készfizető kezesség), ha

- *a)* a felek így állapodtak meg,
- *b)* **a kezességet kár megtérítéséért vállalták,**
- *c)* a kezességet bank vállalta.
- A kezes felszabadul, amennyiben a jogosult lemond a követelést biztosító olyan jogról, amelynek alapján a kezes a reá átszálló követelésre kielégítést kaphatott volna, vagy amennyiben a követelés a jogosult hibájából egyébként behajthatatlanná vált.

Teljesítési képesség biztosítékai

Kezesség V. – Ptk. 272. § - 276. §



Összevetve a b) pontot a Kbt. 55. § (6) bekezdés c) pontjában foglaltakkal, felmerül, hogy a **Ptk. és a Kbt. konkurál egymással**, hiszen a kár megtérítéséért vállalt kezesség a Ptk. alapján minden esetben készfizető kezesség. Kérdés, hogyan oldható fel az ellentmondás?

- **„az ajánlattevő fizetése képtelensége esetére”** mit jelent? Felszámolás vagy elegendő, ha nem fizet? A jogszabály nem írja elő kifejezett feltételként a felszámolási eljárás elrendelését, továbbá a kezes helytállásának fogalmi előfeltétele a főadós nem fizetése.
- **„amely más biztosítékok érvényesítésével nem térült meg”** megfogalmazás – nem mondja ki a jogszabály, hogy ajánlatkérő köteles a kezeshez fordulást megelőzően megkísérelni valamennyi egyéb biztosíték érvényesítését, így úgy is érthető, hogy a kezes nem köteles helytállni azért a tartozásért, amely időközben más biztosíték érvényesítésével megtérült. Ez az értelmezés összhangban áll a kezességvállalás általános jogi szabályozásával is.

Teljesítési képesség biztosítékai

Kezesség VI. – Ptk. 272. § - 276. §



- Ha a Kbt. 55. § (3) bekezdés c) pontja szerinti kezességet sortartásos kezességnek tekintjük is, értelmezési problémák akkor is adódhatnak.
- Ptk. 275. § Ha **ugyanazért a kötelezettségért egyidejűleg vagy egymásra tekintettel többen vállalnak kezességet, a kezesek kétség esetében egyetemlegesen felelnek.**
- E rendelkezésnek ott lehet nagy jelentősége, ahol a Kbt. 55. § (6) bekezdés c) pontja alapján **több kezességvállaló kapacitást biztosító más szervezet** jelenik meg az ajánlatban.
- Ha **nem egyidejűleg vagy egymásra tekintettel és a kezesség sortartásosnak minősül, akkor az dönti el a helytállási sorrendet, hogy mely gazdasági szereplő vállalta először!!** Ha pl. az egyik az ajánlatban, a másik hiánypótlás keretében csatolja, az utóbbi a helytállás tekintetében jobban jár.
- Kérdés, hogy ilyen esetben meghatározhatják-e jogszerűen a kapacitást biztosító szervezetek, hogy melyikük mely kötelezettségért, milyen mértékig köteles helytállni. Ilyen kikötésre jogszabályi felhatalmazás hiányában álláspontom szerint nincs mód.
- További kérdés, hogy a Kbt. 55. § (6) bekezdés c) pontjában foglalt „más biztosítékok alkalmazásával nem térül meg” megfogalmazás mit jelent abban az esetben, ha több kapacitást nyújtó gazdasági szereplő vállal kezességet. Azaz ilyen esetben a két különállóan kezességet vállaló gazdasági szereplő kezessége a másik szempontjából „más biztosítéknak” minősül-e? Ha igen, akkor egyiktől sem lehet soha követelni semmit sem, mert a jogszabály szerinti azon szabály, hogy más biztosítékot kell először igénybe venni, mindkettőre egyidejűleg vonatkozik!

Teljesítési képesség biztosítékai

Bankgarancia– Ptk. 249. §



- A bank kötelezettséget vállalhat arra, hogy meghatározott feltételek - így különösen **bizonyos esemény beállta vagy elmaradása**, illetőleg **okmányok benyújtása - esetében és határidőn belül** a kedvezményezettnek a **megállapított összeghatárig** fizetést fog teljesíteni.
- **Hárompólusú jogviszony, amely két szerződést feltételez:**
 - **Alapjogviszony** (bármilyen szerződés, amely alapján a kötelezettet fizetési kötelezettség terheli a jogosult irányába)
 - **Bank részére adott megbízás** a kötelezett részéről (visszterhes és tipikusan fedezethez, viszontbiztosítékhoz kötött)
 - **Garans bank és az alapjogviszony jogosultja** közötti egyoldalú jogviszony, amelyet a **bankgarancia-nyilatkozat** keletkeztet, elfogadás nem szükséges hozzá szemben a kezességgel.
- **Fogalmi elemei**
 - Kizárólag bank vállalhatja, tudomással kell bírnia az alapjogviszonyról,
 - Meghatározott kedvezményezett javára vállalható, a kedvezményezett megjelölését tartalmaznia kell,
 - meghatározott jogvesztő határidőig érvényes, további feltétel nélkül kell teljesítenie a banknak és visszavonhatatlan a lejárat határidőig, alkalmanként meghosszabbítható, postai kockázat a kedvezményezetté
 - meghatározott összeghatárig érvényes.
 - a bank fizetési kötelezettsége csak akkor áll be, ha a kötelezett nem vagy nem megfelelően teljesít,
 - a banknak megtérítési igénye keletkezik, amelyet azonnal beszed a kötelezett számlájáról,
 - Hitelképességi vizsgálat előzi meg

Teljesítési képesség biztosítékai

Bankgarancia– Ptk. 249. §



- A bankgarancia **absztrakt jogviszony** független az alapjogviszonytól, önálló kötelezettségvállalás a bank részéről, ez különbözteti meg a kezességtől alapvetően, éppen ezért **a bank által megszabott feltételekhez igazodik**, így eltérhet az alapjogviszony szerinti teljesítési feltételektől, továbbá a bank a kötelezetti kifogásokra nem hivatkozhat. Az is igaz ugyanakkor, hogy **annyiban járulékos természetű**, hogy az alapszerződés érvényessége nélkül, vagy annak megszűnését követően nem jöhet létre.

Bírói gyakorlat:

- A garans bank **nem köteles vizsgálni a hozzá benyújtott okmányok, nyilatkozatok valóságtartalmát**, csak ésszerű gondossággal kell vizsgálni a beadott okmányok megjelenését. (BH2009.251)
- A bankgarancia-nyilatkozat **kiadását követően a garans bank a kötelezett érdekét nem veheti figyelembe**, annak fizetést tiltó rendelkezése ellenére is köteles fizetni (BH2003.473)
- A bank **kizárólag a főadós által meg nem fizetett részt köteles kifizetni** a vállalt garancia alapján, a garantőr ezért jogosult vizsgálni az adós teljesítését a fizetést megelőzően. (BH1999.267)
- A bank által adott **szándéknyilatkozat** arról, hogy meghatározott feltételek esetén bankgaranciát nyújt - a feltételek bekövetkeztének hiánya esetén -, sem bankgarancia, sem tartozásátvállalás jogcímén nem jogosítja fel az jogosultat arra, hogy a garantált összeget a banktól követelje (BH1992. 120)

Teljesítési képesség biztosítékai

Zálogjog, Biztosítás



Zálogjog (Ptk. 251. § - 269. §):

- A közbeszerzési szerződések esetében teljesen atipikus, ritkán alkalmazott
- Ajánlatkérői követelések biztosítékául szolgálhatnak azok a vagyontárgyak, amelyeket ajánlattevő vagy alvállalkozó pl. az építési területen elhelyezett.

Biztosítási szerződés (Ptk. 536. §-tól kezdődően):

- felelősségbiztosítás is lehet a kezességvállalás mellett, amely kifejezetten a biztosított károkozó magatartása esetére, a biztosított helyetti helytállásra szolgál, ez is személyi biztosíték és szólhat a teljesítés felróható elmaradására vagy hibás teljesítésből eredő kárkövetelések biztosítására is.
- a biztosítót a károsult vagy a biztosított hívja fel teljesítésre a biztosítási szerződésben előírt feltételek szerint, információk megadásával, de a károsult igényét közvetlenül a biztosítóval szemben nem érvényesítheti
- amennyiben a biztosított a kárt szándékosan vagy súlyos gondatlansággal okozza, a biztosítónak a teljesítését követően ún. regress igénye keletkezik, azaz kérheti a kifizetett kártérítés összegének megtérítését.

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (1)-(3)



- Az ajánlatkérő **jogosult** a nyertes ajánlattevővel kötendő szerződésben **biztosítékot kikötni**, ezt a tényt, továbbá a biztosíték(ok) **körét és mértékét** az eljárást megindító **felhívásban közölni kell**. (tárgyalási meghívóban, ha rendkívüli sürgősség az eljárás jogalapja)
- A szerződés **teljesítésének elmaradásával** kapcsolatos **igények biztosítékkaként** legfeljebb a **szerződés szerinti**, áfa nélkül számított **ellenszolgáltatás** öt százalékát elérő biztosíték köthető ki. A teljesítés megtagadása vagy az ajánlattevőnek felróható megrendelői elállás, a szerződés lehetetlenülésének esetei tartoznak ide.
- A szerződés **hibás teljesítésével** kapcsolatos jótállási és szavatossági **igények biztosítékkaként** legfeljebb a **szerződés szerinti**, áfa nélkül számított **ellenszolgáltatás** öt százalékát elérő biztosíték köthető ki.
- Valamennyi eljárástípus alapján kötendő szerződésre kiterjed

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései -

126. § (1)-(3)



- Mely biztosítékokra vonatkozik a (2) és (3) bekezdésben foglalt korlátozás?
- A kérdés jogos, fontos a törvény szóhasználatának pontos elemzése, mert csak ebből és egy két elejtett megjegyzésből lehet következtetni a mögöttes szándéokra:
 - A biztosítékokra vonatkozó szabályozás megfogalmazása szerint az fennálló, vagy majd a jövőben keletkező **igények biztosítékaul** szolgál és
 - Meghatározott időpontban kell **rendelkezésre bocsátani!**
- Mindebből az következik, hogy **ezek a biztosítékok a szerződés teljesítési képesség biztosítékai**, azaz azok a biztosítékok, amelyek az adott szerződéssel kapcsolatos teljesítés érdekében előre lekötik a nyertes ajánlattevő anyagi erőforrásait, azaz tipikusan
 - Óvadék (visszatartási jog), Bankgarancia, Biztosítási szerződésen alapuló készfizető kezességvállalás, Egyéb kezességvállalás stb.
- Azaz a jogszabály megfogalmazása alapján a **kötbér és egyéb szankciós jellegű, teljesítési készséget fokozó biztosítékok nem tartoznak a korlátozás hatálya alá**, hiszen nem igényt biztosítanak, hanem maguk is igények, szankciós jogkövetkezmények, továbbá előzetesen nem bocsáthatók rendelkezésre! A 2003. évi CXXIX. Törvény 53/A.§-a kifejezetten ki is mondta, hogy a késedelmi kötbér és a hibás teljesítési kötbér nem minősül teljesítési biztosítéknak. Ugyanakkor nem mondta ki ezt a meghiúsulási kötbérről! A mostani jogi szabályozás alapján, legalábbis a törvény megfogalmazása szerint a meghiúsulási kötbér sem tartozik a Kbt. 126. §-a szerinti biztosítékok körébe.
- **A teljesítési képesség biztosítékai a teljesítési készség fokozását szolgáló biztosítékok mögötti fedezet biztosítására is szolgálhatnak, ily módon azonban már a két együttesen előírt biztosítéki formára valóban vonatkozik az 5%-os törvényi korlát!!!**

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (1)-(3)



Ajánlati/részvételi felhívás hirdetmény mintája:

III. SZAKASZ: JOGI, GAZDASÁGI, PÉNZÜGYI ÉS MŰSZAKI INFORMÁCIÓK

III.1) Az alvállalkozói szerződéssel kapcsolatos feltételek

III.1.1) A szerződést biztosító mellékkötelezettségek: (adott esetben)

- Ez a forma és tartalom közvetlenül hatályos EU jogforrásból fakad, azaz a Bizottság 842/2011/EU végrehajtási rendeletének 2. számú melléklete.

Nemzetközi gyakorlat I.



- **Francia építési beruházás**

III.1) Conditions relatives au contrat

III.1.1) Cautionnement (Kaució, óvadék) et garanties (biztosíték)

exigés: L'engagement de l'entrepreneur à garantir au maître de l'ouvrage la bonne et complète exécution des travaux est couvert par une retenue de garantie égale à 2 % du montant du marché. cette retenue de garantie peut être remplacée par une garantie à première demande.

Elvárt óvadék, kaució és garancia (biztosíték): A vállalkozó megfelelő és teljes kivitelezésére vonatkozó kötelezettségvállalását a műszaki ellenőr irányába egy, a teljes vállalkozási díj 2%-áig terjedő visszatartási jog biztosítja, amely helyettesíthető/kiváltható egy első fizetési felszólításra történő fizetési garanciával.

Nemzetközi gyakorlat II.



- Angol javítási, karbantartási munka

III.1) Conditions relating to the contract

III.1.1) **Deposits (kaució, óvadék) and guarantees (garancia, biztosíték) required:** A parent company guarantee will be required (if applicable).

Anyavállalati garancia szükséges (amennyiben alkalmazható.)

- Német építési beruházás:

III.1.1) **Geforderte Kautionen (Óvadék) und Sicherheiten (Biztosíték):**

— Vertragserfüllungsbürgschaft 5 %, (szerződés teljesítési garancia)

— Gewährleistungsbürgschaft 5 %. (jótállási kötelezettség biztosítéka)

- Gyakori az is, hogy egyszerűen a dokumentáció tartalmára utalnak az ajánlatkérők és meg sem jelölik az elvárt biztosítékokat.

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (2)-(3)



- A biztosítékok rendelkezésre bocsátása körében figyelemmel kell lenni ajánlatkérő előírásaira, amellyel kapcsolatban fel kell hívni a figyelmet a **Kbt. 36. § (3) bekezdésében** foglaltakra.
- E szerint, ahol e törvény vagy e törvény, illetve a felhatalmazása alapján megalkotott külön jogszabály alapján az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás során valamely dokumentum benyújtását írja elő, a dokumentum - ha jogszabály eltérően nem rendelkezik - egyszerű másolatban is benyújtható. **Az ajánlatkérő előírhatja az olyan nyilatkozat eredeti vagy hiteles másolatban történő benyújtását, amely közvetlenül valamely követelés érvényesítésének alapjául szolgál (különösen: bankgarancia vagy kezességvállalásról szóló nyilatkozat).**
- A biztosítékok **körének előzetes közlése** a biztosíték jellegének megadását is magában foglalja, azaz olyan esetben, ha a biztosíték megnevezése alapján, **a polgári jog szerint mindenki számára ismert kell, hogy legyen**, hogy az adott megnevezés milyen jellegű biztosítékok jelent, ez elegendő.
- A biztosítókkal kapcsolatos szabályoknak vissza kell köszönni a szerződéstervezetben, szerződéses feltételekben, ahol a biztosítókkal kapcsolatos részletes szabályozást meg kell adni.

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (2)-(3)



- Mivel azonban a **Ptk. diszpozitív** szabályozást tartalmaz és e körben a Kbt. sem korlátozza ajánlatkérők fantáziáját, **felmerülhet atipikus biztosíték alkalmazása**, amelynek megnevezése nem hordozza feltétlenül annak tényleges tartalmát. Ez esetben a felhívásban le kell írni, hogy mit ért az adott biztosítéki forma alatt ajánlatkérő!
- Azáltal, hogy a törvény kimondja, hogy **a mértékét közölni kell előre, kizárttá teszi, hogy bírálati szempontot képezzen**, hiszen a mérték ebben a megfogalmazásban fix, előre meghatározott értéket kell jelentsen.
- Ha úgy értelmezzük, hogy a mérték közlésének minősül **egy –től –ig érték meghatározása is**, amelyen belül ajánlattevők jogosultak különböző vállalásokat tenni, akkor ezen korlátozással lehet bírálati szempont, de ez már egy megengedőbb értelmezés, amely nem valószínű, hogy a KDB és a bíróságok értelmezésével is találkozik.
- **Konklúzió: a kötelezően megadandó biztosítékok közé nem tartoznak a nem előre rendelkezésre bocsátandó, szankciós biztosítékok (kötbér és társai), így ezek bírálati szempontként értékelhetőek.**
- A kötelezően megadandó biztosítékok közé tartozik azonban a visszatartási jog, az óvadék, a bankgarancia és a biztosítási szerződés alapján történő kezességvállalás, egyéb kezességvállalás.

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (2)-(3)



- A **százalékos** formában meghatározott biztosíték esetén **annak alapját is közölni kell**, amennyiben az eltér a **szerződés szerinti** nettó ellenszolgáltatástól! Pl. a szerződés valamely részteljesítésének ellenértékéhez kapcsolódó biztosíték esetén ez az ellenérték lesz az alapja a százalékos számításnak és nem a teljes ellenszolgáltatás. Ezt mindenképpen jelezni kell. **Ez a százalék így magasabb is lehet 5%-nál, ha a teljes biztosíték összege nem haladja meg a teljes ellenszolgáltatás 5%-át.** Ajánlatkérő ugyanakkor nem ismeri előre a teljes ellenszolgáltatás és az egyes részteljesítésekre megajánlott ellenszolgáltatások arányát sem.
- Ezt akár a szerződéses feltételek között akként is lehet kezelni, hogy **egy általános megfogalmazást** tesz az ajánlatkérő, amely szerint „Ajánlattevőként szerződő fél (vállalkozó stb.) a jelen szerződés alapján a jótállási és szavatossági igények biztosítására legfeljebb összesen a teljes ellenszolgáltatás 5%-át kitevő biztosíték rendelkezésre bocsátására köteles..”

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (2)-(3)



- Az abszolút felső határ a **szerződés szerinti nettó ellenszolgáltatás** 5%-a, de a teljesítés elmaradására és a hibás teljesítésre külön-külön érvényesül ez a korlátozás!
- Bár a jogszabály nem írja, ez a **teljes ellenszolgáltatást** jelenti!
- **Kérdésként merülhet fel, hogy a szerződés szerinti ellenszolgáltatásba a tartalékkeret is beletartozik-e?** Álláspontom szerint nem zárja ki semmi sem. Minden, ami a szerződés alapján kifizethető, mint ellenszolgáltatás beletartozik!
- Mi a helyzet **keretszerződés vagy keretmegállapodás** esetén? A teljes keretösszeg, vagy mindig a már konkrétan lehívott keretösszeg a felső határ? A jogszabály céljának az utóbbi felel meg, azaz ez esetben célszerű százalékos formában meghatározni az egyedi szerződésre, megrendelésre, mert ebben az esetben a felső határ értelemszerűen az adott egyedi szerződés szerinti ellenszolgáltatás 5%-a, amely könnyebben kezelhető és ellenőrizhető !

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (2)-(3)



- **A Kbt. hallgat arról, hogy megkövetelhető-e a biztosíték kiegészítése annak igénybevétele esetén.** E körben arra kell figyelemmel lenni, hogy mind a Kbt., mint a Ptk. alapelve a **rendeltetésszerű joggyakorlás elve.**
- **205/A. § (1)** Általános szerződési feltételnek minősül az a szerződési feltétel, amelyet az egyik fél **több szerződés megkötése céljából egyoldalúan**, a másik fél közreműködése nélkül előre meghatároz, és amelyet a felek egyedileg nem tárgyaltak meg. **(2)** Az általános szerződési feltételt használó felet terheli annak bizonyítása, hogy a szerződési feltételt a felek egyedileg megtárgyalták. **(Keretszerződés, keretmegállapodás, rendszeresen visszatérő szerződések.)**
- **209. § (1)** Tisztességtelen az általános szerződési feltétel, illetve a fogyasztói szerződésben egyedileg meg nem tárgyalt szerződési feltétel, ha **a feleknek a szerződésből eredő jogait és kötelezettségeit a jóhiszeműség és tisztesség követelményének megsértésével egyoldalúan és indokolatlanul a szerződési feltétel támasztójával szerződést kötő fél hátrányára állapítja meg.** **209/A. § (1)** Az általános szerződési feltételként a szerződés részévé váló tisztességtelen kikötést **a sérelmet szenvedett fél megtámadhatja.**

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (2)-(3)



- **A Ptk. 199. §-a** alapján **egyoldalú nyilatkozatból** csak a jogszabályban megállapított esetekben keletkezik jogosultság a szolgáltatás követelésére; az egyoldalú nyilatkozatokra - ha a törvény kivételt nem tesz - a szerződésre vonatkozó szabályokat kell megfelelően alkalmazni. Az egyik fél egyoldalú jognyilatkozatából a másik fél kötelezettsége nem következhet.
- A biztosíték már a szerződés kezdetétől a teljes szerződéssel kapcsolatos valamennyi igény biztosítékául szolgál, így igénybevétele esetén **kiegészítésre való felhívás nem jogszerű** álláspontom szerint, ha teljeskörűen lehívta az ajánlatkérő a biztosítékot, **egyéb jogkövetkezménye lehet**, pl. az elállás, azonnali hatályú felmondás jogának megnyílása és egyéb, bírósági úton érvényesíthető követelések támasztása lehetséges.

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései -

126. § (4)



- A teljesítés elmaradásával kapcsolatos igényekre kikötött biztosítékot a **szerződéskötéskor**, a jótállási igények teljesítésére kikötött biztosítékot a **jótállási kötelezettség kezdetének időpontjában**, a szavatossági igények teljesítésére kikötött biztosítékot a **jótállási időtartam lejártakor** vagy amennyiben a szerződésben jótállást nem kötöttek ki, a **teljesítés időpontjában kell** rendelkezésre bocsátani. Az egyéb biztosítékot - a szerződésben foglalt feltételek szerint - abban az időpontban kell rendelkezésre bocsátani, amelytől kezdve a **biztosítékkal biztosított esemény bekövetkezhet, de legkorábban a szerződéskötés időpontjában.** (lényegében azonos a korábbi szabályozással)
- Ajánlatban csak ajánlattevői nyilatkozat kérhető!! (lényegében azonos a korábbi szabályozással) – alkalmassági követelményként nem írható elő!
- A szerződéskötéskor azt is jelenti, hogy a **szerződés megkötésének feltételeként** is kezelhető!

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései -

126. § (4)



- Felmerül, hogy **pontosan mi a szerződéskötés időpontja?** Kölcsönös és egybehangzó akaratnyilatkozat. Írásban kötött szerződés esetén az az időpont, amikor **mindkét fél ebben a formában fejezi ki szerződéskötési akaratát**, tehát amikor a másik fél is aláírja a szerződést! Ily módon nem probléma, ha ajánlatkérő úgy írja alá, hogy ajánlattevő még nem bocsátotta rendelkezésre a biztosítékot, de célszerűbb, ha először ajánlatkérő ajánlattevőt kéri fel az aláírásra és a saját aláírásának időpontjára bekéri a biztosíték rendelkezésre bocsátását igazoló dokumentumot!
- **Mi a következménye, ha a nyertes ajánlattevő az előírt időpontban nem bocsátja rendelkezésre a biztosítékot?**
- Ennek szankcióját a közbeszerzési szerződésben kell meghatározni. Lehet elállás, azonnali hatályú felmondás és a meghiúsulási kötbér igénylése.
- **A szerződéskötéskor rendelkezésre bocsátandó biztosíték esetén lehet, hogy célszerű lett volna, ha maga a jogalkotó rendelkezik arról, hogy ebben az esetben vagy ha rövid póthatáridőn belül sem bocsátja rendelkezésre, úgy kell tekinteni, mintha visszalépett volna a szerződéstől.**
- **Ebben az esetben ugyanis ajánlatkérő újabb közbeszerzési eljárás nélkül a második helyezettel köthetett volna szerződést, ha az ajánlati felhívásban ezt a lehetőséget megjelöli.**

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései - 126. § (6)-(7)



- A biztosítékok törvény által szabályozott formái (óvadék, bankgarancia, biztosítási szerződés) is megegyeznek a korábbi szabályozással.

Új rendelkezés:

- **Visszatartási jog:** Ajánlatkérő a szerződésben **lehetővé teheti**, hogy a fizetési számlára történő befizetés helyett a biztosíték vagy annak meghatározott része az ajánlattevőnek a **(rész)teljesítésért járó ellenértékből levonás útján kerüljön biztosításra**.
- A visszatartással a visszatartott összeg **gyakorlatilag óvadékká változik**, hiszen a visszatartott összeg a szerződés alapján megilletné a jogosultat, ugyanakkor, ha a teljesítéssel összefüggésben jogos igénye merül fel, a Megrendelő ezen igényét a visszatartott összegből közvetlenül kielégítheti.
- Ez a lehetőség nyilván **csak a teljesítést követően esedékes, azaz a hibás teljesítéssel összefüggő biztosítéokra lehet alkalmazható**, hiszen csak ebben az esetben illeti meg ellenszolgáltatás ajánlattevőként szerződő felet, amiből lehetőség van a visszatartásra, másrészt
- a szabály megfogalmazása alapján csak lehetővé teszi ajánlatkérő, ezért **az ajánlattevőként szerződő fél választhat** – javasolt előírni, hogy a választással kapcsolatban meddig kell nyilatkoznia, hiszen a számlakiállítás is ennek megfelelően kell, hogy történjen.

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései -

126. § (8)



- Új rendelkezés: a szerződés teljesítésének létszakában is **áttérhet** az ajánlattevőként szerződő fél egyik biztosítéki formáról a másikra, de a **folyamatosságot** a biztosíték rendelkezésre állásában **biztosítani kell!**
- A folyamatosság a szerződésben meghatározott időtartamig és összegben kell, hogy teljesüljön!
- Azt azonban, hogy a folyamatosság hiányának mi a szankciója, a Kbt. nem rendezi!
- Tipikusan egy olyan **polgári anyagi jogi előírás**, amely valamely fél számára közvetlen kötelezettséget állapít meg, de jogkövetkezményt nem rendel hozzá. Ezért ajánlatkérőknek kell a szerződésben meghatározni a folyamatosság hiányának szankcióját, ennek során a polgári jog teljes eszköztárából válogathatnak.
- Kérdés: Döntőbizottság előtti jogorvoslati eljárás indítható-e emiatt ajánlattevőként szerződő fél ellen?

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései –

Kbt. 133. § (2)



- Kbt. 133. § (2) bekezdés: A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződéssel kapcsolatos jogvita - **kivéve a szerződésnek az e törvénybe, illetve az e törvény felhatalmazása alapján alkotott kormányrendeletbe ütköző módosítása vagy teljesítése miatti jogvitát** -, valamint a közbeszerzési eljárással kapcsolatos polgári jogi igények elbírálása a bíróság hatáskörébe tartozik.
- Kbt. 165. § (1) bekezdés: A 161. § (1) bekezdésében és a 164. § (1) bekezdésében foglalt esetek kivételével a **közbeszerzésre, illetve a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok megsértésére alapított bármely polgári jogi igény érvényesíthetőségének feltétele, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság, illetve - a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatának felülvizsgálata során - a bíróság a jogsértést jogerősen megállapítsa.**
- A biztosíték folyamatos rendelkezésre állásával kapcsolatos jogvita tipikusan a szerződés e törvénybe (Kbt.) ütköző teljesítése miatt jogvita lenne. Kérdés, hogy a hatásköri kikötés miatt bírósághoz nem is lehet fordulni csak a Döntőbizottsághoz ilyen ügyben?? Az ilyen szerződésszegéssel kapcsolatos polgári jogi igény csak a KDB előzetes közbeszerzési jogsértés tárgyában hozott határozata alapján terjeszthető elő polgári bíróság előtt? **Inkább a jogkövetkezményi oldalról lenne célszerű szabályozni a hatásköri kérdéseket, hiszen ezek határozzák meg, hogy a KDB milyen jogorvoslatot képes biztosítani!**

Új Kbt. biztosítékokra vonatkozó rendelkezései

– Kbt. 133. § (2)



- E szerint minden olyan igény, amelyet e törvény (Kbt.) és a felhatalmazása alapján alkotott kormányrendeletekbe ütköző magatartásra vagy mulasztásra alapítanak, és
- amelynek célja, hogy a Kbt. 152. §-a szerinti jogkövetkezmények vagy azok valamelyikének alkalmazása,
- a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik.
- A polgári jogi igények elbírálása a polgári ügyekben eljárni jogosult bíróságok hatáskörébe tartozik, azzal, hogy a közvetlenül a Kbt. vagy a felhatalmazása alapján alkotott kormányrendeletekbe ütköző magatartásra vagy mulasztásra alapított polgári jogi igény érvényesítésének előfeltétele, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság, illetve – határozatának felülvizsgálata esetén – a bíróság a jogsértést jogerősen megállapítsa.

Építési beruházások speciális szabálya a biztosítékokkal összefüggésben I.



- Az építési beruházások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 306/2011. (XII.23.) Korm. rendelet 11. §-a az ajánlattevő és alvállalkozója viszonylatában tartalmaz a szerződési biztosítékok mértékére vonatkozó előírást.
- Az ajánlattevőként szerződő félre vagy felekre tartalmaz kötelezettséget, amelynek alapján az **alvállalkozóval kötött szerződésben** a teljesítés elmaradásával vagy hibás teljesítésével összefüggésben **legfeljebb** a szerződés szerinti nettó ellenszolgáltatás **10-10%-át elérő biztosíték** köthető ki.
- Egy könnyedebb megfogalmazása a Kbt. 126. §-ában foglalt szabálynak, hiszen ebből is látszik, hogy a 10-10% külön-külön vonatkozik a teljesítés elmaradásával és a hibás teljesítéssel kapcsolatos esetkörökre.
- **Jogkövetkezmény: érvénytelen** a súlyosabb kikötés, de érdemes lenne a rendeletben explicite kimondani, hogy annak szabálya **mögöttes szabály** és az érvénytelen kikötés helyébe lép!!! Ez jelenleg a polgári jogi szabályozás jellegéből vezethető le, mivel csak az engedélyezett mértéket meghaladó rész ütközik jogszabályi tilalomba.

Építési beruházások speciális szabálya a biztosítékokkal összefüggésben II.



- A teljesítés elmaradásának biztosítéka leginkább a **meghiúsulási kötbér (nem azonos a bánatpénzzel) lehet**, hiszen a fővállalkozó a nem teljesítő alvállalkozó helyett a tevékenység elvégzésével mást bízhat meg, nyilván sürgős munkavégzést jelent és így drágább is, amely a fővállalkozónál többletkiadásként, kárként jelentkezik. Ezt kompenzálhatja a meghiúsulási kötbér. **A Kbt. 126. §-ában foglaltakkal szemben itt azért vonatkozik a szabályozás a meghiúsulási kötbérre, mint biztosítékra is, mivel a jogszabály nem tartalmaz előírást a biztosíték nyertes ajánlattevő részére történő előzetes rendelkezésre bocsátás időpontjaira vonatkozóan.**
- A **hibás teljesítés (jótállás, szavatosság) biztosítéka** ebben az esetben is leginkább a kötbér és legfeljebb ennek fedezeti biztosítékaként a visszatartási jog óvadékként vagy a bankgarancia vagy biztosítási szerződés alapján készfizető kezesség, esetleg egyéb kezességvállalás
- A teljesítés elmaradása, hibás teljesítése itt is **az alvállalkozó számára felróható eseteket jelenti**, bár ezt a szabályozás nem emeli ki külön. Tehát az alvállalkozó is jogosult magát kimenteni, ha úgy járt el, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható vagy az adott szerződésben előírt más felelősségi alakzat szerint.

Építési beruházások speciális szabálya a biztosítékokkal összefüggésben III.



- **Más pénzbeli fedezeti biztosíték közvetlen előírása azért nem jön igazán szóba,** mert fővállalkozó nem pénzbeli, hanem fizikai teljesítést vár el az alvállalkozójától. Ilyen esetben, ha pénzügyi fedezetet nyújtó biztosítékot írnak elő, a jogvita lényege akkor is az lenne, hogy a fővállalkozó jogosan vette-e igénybe alvállalkozó biztosítékát (pénzét) annak érdekében, hogy adott esetben egy drágább munkát megfinanszírozzon. Azaz ez végső soron oda vezetne, hogy a vizsgálat tárgya ugyanaz lenne, mint a kötbér kikötés esetén, **csak míg a kötbér kárátalány jellegű, addig ez esetben csak az alvállalkozói magatartással ténylegesen okozati összefüggésben előálló kár összegére terjedhetne ki** a jogszerű fővállalkozói igény.
- Fedezeti biztosítékként bankgarancia, óvadék vagy más **pénzügyi fedezetet jelentő biztosítéki formák az esetleges szerződésszegésből fakadó igények, azaz pl. a kötbérkövetelések biztosítására szólhatnak tehát,** amelyek akkor jöhetnek szóba, ha az ajánlattevőként szerződő fél megítélése szerint a szerződésszegés valamely szerződésben vagy Ptk-ban foglalt esete merül fel. Ebben az esetben, ha biztosíték áll rendelkezésére, nem az ajánlattevőnek kell pert indítania a kötbér megfizetésére, hanem **lehívja a pénzügyi biztosítékot és alvállalkozó kerül igényérvényesítő helyzetbe.** Azaz, ha alvállalkozó szerint a biztosíték lehívása nem volt indokolt vagy jogszerű, akkor pert indíthat a lehívott összeg visszafizetése iránt az ajánlattevő ellen.

Építési beruházások speciális szabálya a biztosítékokkal összefüggésben IV.



A rendelet 11. §-a kifejezetten az alvállalkozókra terjed ki, azaz vizsgálandó a Kbt. 4. § 2. pontjában foglalt fogalom meghatározás, amely szerint

- *alvállalkozó*: az a gazdasági szereplő, aki (amely) a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében az **ajánlattevő által bevontan közvetlenül vesz részt, kivéve**

a) azon gazdasági szereplőt, amely tevékenységét **kizárólagos jog alapján** végzi,

b) a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt **gyártót, forgalmazót, alkatrész- vagy alapanyag szállítót,**

c) építési beruházás esetén az **építőanyag-szállítót;**

- A kivételek esetében a Korm. rendelet 11.§-ában foglalt biztosítéki korlátozás nem érvényesül, azaz érvényesen lehet magasabb mértékű biztosítékot is alkalmazni!
- Ún. **al-alvállalkozó**, tehát az alvállalkozó által megkötött szerződés alapján bevont további gazdasági szereplőre sem érvényesül a korlátozás!

**A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés
lehetséges biztosítékai és az azokhoz kapcsolódó gyakorlati
szabályok**



Kérdések!



Köszönöm megtisztelő figyelmüket!