

A fedezet felemelése a közbeszerzési eljárásban – „A megkerült fedezet”^[1]

I. BEVEZETÉS

A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. tv. hatályba lépésével garanciális elemként szabályozásra került az ajánlatkérő fedezet ismertetési kötelezettsége az ajánlatok bontásakor. Ennek egyik jelentősége a 2013. július 1. napján hatályba lépett módosulásig az aránytalanul alacsony ár meghatározásában volt, amit a módosítást követően már a becsült értékhez viszonyítottan kell meghatározni. A fedezetnek az ajánlatok bontásakor történő ismertetése azt a másik célt szolgálja, hogy az ajánlattevők számára ellenőrizhetővé és kiszámíthatóvá váljon az eljárás esetleges fedezethiány miatti eredménytelenné nyilvánításának alkalmazása. Fontos, hogy az ajánlatkérő ne alkalmazhassa ezt az eredménytelenségi okot abban az esetben, ha a fedezet valójában rendelkezésre áll, azonban más okból nem kíván a nyertes ajánlattevővel szerződést kötni, azaz, hogy az eredményről történő döntéskor utólag a nyertes ajánlatánál alacsonyabb fedezetet ne jelenthessen be annak érdekében, hogy eredménytelenné nyilvánítsa az eljárást.

A közbeszerzési eljárásokban ajánlatkérői oldalon gyakori problémát okoz a pótlólagos fedezet bevonásának problémája. Sem a jogirodalom, sem a Döntőbizottság gyakorlata nem ad egységes állásfoglalást a kérdésben. A probléma abban az esetben áll fenn, ha közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő által előre meghatározott fedezet túl alacsonynak bizonyul. Ilyen eset állhat elő például, ha az ajánlatkérő elektronikus árlejtést helyezett kilátásba, az ajánlattevők ezt figyelembe vették az ajánlatban megadott ár kialakításánál, azonban egyéb okokból kizárólag egy érvényes ajánlat marad, mely esetben az árlejtés a 257/2007. (X. 4.) Korm. rendelet (E-árlejtés Krend.) 17. § (6) bekezdés alapján már nem alkalmazható. Így az egyetlen érvényes ajánlattevő által megajánlott ár magasabb annál, amit ő maga is megajánlani kívánt végső ajánlatként. Az ajánlatkérőnek nagy szüksége van az eljárás tárgyának beszerzésére, nyilvánvalóan magát a közbeszerzési eljárást is emiatt indította. Pótlólagos fedezet bevonását ajánlatkérő megoldhatná átcsoportosítással vagy akár hitelfelvétellel is, azonban ekkor általában kérdésként merül fel, hogy megteheti-e az ajánlatkérő jogszerűen, hogy felemeli a rendelkezésre álló és bontáskor kihirdetett fedezetet,

[1] Rejtő Jenő: A megkerült cirkáló c. műve nyomán.

mivel a kógens szabályokat tartalmazó közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 76. § (1) bekezdése úgy fogalmaz, hogy „eredménytelen az eljárás ha (...)” az összes ajánlat a fedezethez képest túl drága. Eredménytelenné kell-e nyilvánítani az eljárást, vagy a fedezet felemelésével eredményes lehet a közbeszerzési eljárás?

A tanulmány fent ismertetett alaptémáját kiegészítve röviden kitérek a fedezettel kapcsolatban felmerült egyéb járulékos kérdésekre, melyekben a Közbeszerzési Hatóság, Döntőbizottság vagy Bíróság már állásfoglalását adta, mivel a probléma vizsgálatához előbb tisztázni szükséges a fedezet fogalmát, viszonyát a becsült érték fogalmához, valamint a fedezet összegére, rendelkezésre állására vonatkozó szabályokat. Bemutatom a fedezet ismertetésének időpontjával kapcsolatos állásfoglalásokat, a 2013. július 1-jén hatályba lépett módosításokat, majd az eredménytelenné nyilvánítás fedezettel kapcsolatos szabályait. Ezt követően bemutatom érveimet a fedezet felemelésének lehetősége mellett, valamint két Közbeszerzési Döntőbizottsági határozatot, amely a témával kapcsolatban született.

II. A FEDEZET FOGALMA, ÖSSZEJE, ELHATÁROLÁSA A BECSÜLT ÉRTÉKTŐL

A becsült értékkel ellentétben a Kbt. nem határozza meg a fedezet fogalmát, azt a bírói gyakorlat igyekszik meghatározni, különösen a becsült érték fogalmától történő elhatárolás útján.

A Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.670/2008/6 sz. jogerős ítélete szerint „A fedezet gazdasági-pénzügyi fogalom, a vállalkozás jövőbeli, adott időszakra eső jövedelemtermelő képességére, bevételi forrására, annak volumenére utal. Jellegénél fogva nem egy egzakt szám, hanem egy becsült érték, amelyet ellenőrizhető módon kell dokumentálni. Az ajánlatkérőnek ezért rendelkeznie kell olyan egyértelmű, a kívülálló számára is elfogadható okiratokkal, amelyből az erre vonatkozó kalkulációja utólag visszakövethető. A fedezet meghatározásának (és utólagos kontrolljának) alapja lehet a közbeszerzési eljárás előkészítő szakaszában a pénzügyi adattartalommal bíró okirat, vagy annak alapján készített, előrevetített üzleti terv.”

Ezzel egyezően foglalt állást a Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.451/2007/1. sz. határozata, mely még hozzátette: „A fedezet meghatározása ajánlatkérő autonóm döntése, annak nagyságát az ajánlat által befolyásolni nem lehet. (...) A becsült értékkel ellentétben a fedezetnek számszakilag kimutathatónak kell lennie, a pénzügyi jövőbeli rendelkezésre állása vagy forrásmegjelölés formájában. Az ellenérték az, amit az ajánlatkérő fizetni akar, a fedezet pedig ennek a forrása.”

A fentiekből megállapítható, hogy mind a fedezet, mind a becsült érték egy tulajdonképpen becsléssel megállapított összeg. A Kbt. 11. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzés értéken a közbeszerzés megkezdésekor annak tárgyáért általában kért vagy kínált – általános forgalmi adó nélkül számított, a 12-18.

§-ban foglaltakra tekintettel megállapított – legmagasabb összegű teljes ellenszolgáltatást kell érteni. A teljes ellenszolgáltatásba bele kell érteni az opcionális részt tartalmazó ajánlatkérés esetén az opcionális rész értékét. A becsült értéket piackutatás, vagy korábbi beszerzési tapasztalatok alapján lehet meghatározni. Míg a becsült értéknél a becsléshez a fogalom meghatározásban támpontot ad a törvény, addig a fedezethez ilyen támpont nincs. Mi alapján határozza meg tehát az ajánlatkérő, hogy mennyi forrást különítsen el egy beszerzésre?

A Közbeszerzési Döntőbizottság D.435/11/2007 sz. határozatában rámutatott arra, hogy „a fedezet meghatározásának célszerűségi szempontjai körülhatárolhatóak a konkrét közbeszerzés tárgyának, lényeges jellemzőinek, műszaki tartalomnak, a szerződéses feltételeknek a segítségével.” E támpontok azonban nem eléggé konkrétak a fedezet összegének meghatározásához.

A fedezet meghatározza, hogy mennyi forrással rendelkezik az ajánlatkérő a beszerzés megvalósításához. A gyakorlatban azonban az ajánlatkérő általában annyi forrást fog előteremteni, elkülöníteni, amennyire a beszerzés megvalósításához becslése alapján szüksége lesz. E gondolatmenet alapján próbálja meghatározni fedezetét, e tekintetben azonban ugyanazokra a tapasztalataira támaszkodhat, mint a becsült érték meghatározása során, így a fedezeti érték meghatározásához általában a becsült értékből tud az ajánlatkérő kiindulni. Emiatt nehéz a gyakorlatban e két fogalmat elhatárolni.

A becsült érték végső soron arra a kérdésre ad választ, hogy „véltetően legfeljebb milyen összegű ellenértéket kell kifizetni a beszerzés sikeressége esetén?“, a fedezet pedig arra, hogy „mennyi pénzem van a beszerzésre?“, azonban valójában annyi pénzt fog ajánlatkérő elkülöníteni a beszerzésre, amennyibe az véltetően kerülni fog. Sem sokkal többet, sem sokkal kevesebbet nem volna ésszerű megjelölni.

Állami költségvetésből gazdálkodó szervezeteknél természetesen kötött lehet, hogy a költségvetés alapján mekkora fedezete van, azonban a költségvetés kialakításánál előre számolni kell valamiképpen a beszerzéssel.

Ideális esetben az ajánlatkérő hozzávetőleg olyan összeget biztosít a költségvetésében, amely a becsült értéket eléri.^[2]

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint „a beszerzés becsült értéke és a megvalósítás érdekében elkülönített anyagi fedezet nyilvánvalóan eltérhet egymástól. Mivel a két fogalom között nincs jogszabályi összefüggés, ezért az eltérés mértékét jogi háttér nem befolyásolja.”^[3] Ennek ellenére az ajánlatkérő a fenti gyakorlati összefüggések alapján a becsült érték összegében, vagy ahhoz közel álló összegben számítja általában a szükséges fedezetet.

A Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.451/2007/18. sz. határozatában kiemelte, hogy a fedezet meghatározás része a közbeszerzési eljárás előkészítésének, az felfogható

[2] Közbeszerzési Szemle. 2012. 2. évf. 1. sz. 9. kérdés. 47.

[3] Közbeszerzési Szemle. 2012. 2. évf. 3-4. sz. 15. kérdés. 21.

a Kbt. 4. § 13. pontja szerinti (pénzügyi) helyzet felméréseként. Rögzítette továbbá az ajánlatkérő írásbeli dokumentálási kötelezettségét.

A Fővárosi Bíróság 25.K.32.070/2007/4 sz. döntése is rávilágított arra, hogy a Kbt. a közbeszerzési eljárás megindításának feltételeként már nem írja elő az anyagi fedezet meglétének szükségességét, és az ajánlatkérőnek arra is lehetősége van, hogy akár támogatásból, akár kölcsönből vagy más forrásból fizesse majd meg az ellenszolgáltatás összegét.

III. A FEDEZET ISMERTETÉSÉNEK IDŐPONTJÁVAL KAPCSOLATOS EGYES KÉRDÉSEK

A Kbt.-ben a fedezet két esetben játszik fontos szerepet. A fedezet bontáskor történő ismertetése, valamint az eredménytelenség megállapítása esetén.

Amint azt korábban is említettem, a fedezet bontáskor történő ismertetése azt a célt szolgálja, hogy az ajánlattevők számára ellenőrizhetővé és kiszámíthatóvá váljon a fedezetihiány miatti eredménytelenségi ok alkalmazása. Az ajánlatkérő ne alkalmazhassa ezt az eredménytelenségi okot abban az esetben, ha a fedezet valójában rendelkezésre áll, azonban más okból nem kíván a nyertes ajánlattevővel szerződést kötni.

A gyakorlatban azonban kérdést vetett fel az ajánlatok felbontása előtti közvetlen ismertetés alkalmazhatósága olyan esetben, amikor az ajánlatkérő a tárgyalások menetét úgy határozza meg, hogy a tárgyalások addig folytatódnak, amíg a legkedvezőbb ajánlat már nem változik, avagy az eljárás során elektronikus árlejtés kerül alkalmazásra.

A 2013. július 1. napján hatályba lépett jogszabályi módosulásokat megelőzően jogszabály nem rendezte a kérdéseket. Az elsőre vonatkozóan a Közbeszerzési Szemle 2012. 2. évfolyam 3-4. szám 19. oldalán olvasható 14. kérdésre („hogyan értelmezhető ez a rendelkezés abban az esetben, ha ajánlatkérő a tárgyalások menetét úgy határozza meg, hogy a tárgyalások addig folytatódnak, amíg a legkedvezőbb ajánlat már nem változik”) adott állásfoglalásban kapunk választ.^[4] Az itt olvasható választ ismételte meg az elektronikus árlejtésre vonatkozó kiegészítéssel a Közbeszerzési Hatóság a fedezet elektronikus árlejtés alkalmazása esetén történő ismertetésének megfelelő ideje kapcsán T/1236-1/2012-003 számon egyedi megkeresésre kiadott állásfoglalásában. Ebben a Hatóság kifejtette, hogy az ajánlatkérőnek – amennyiben az ajánlattételi felhívás erre vonatkozóan nem adott pontos információt – egyértelműen előzetesen az ajánlattevők tudomására kell hoznia, hogy mikor fogja a tárgyalásokat lezárni. A tárgyalások lezárásaként az ajánlatkérő – amennyiben a változások nagyságrendje indokolja, új dokumentáció rendelkezésre bocsátásával – az ajánlattevőket felhívhatja egy

[4] Közbeszerzési Szemle. 2012. 2. évf. 3-4. sz. 14. kérdés. 19.

végleges ajánlat írásban történő beadására (Kbt. 92. § (7) bek.). Előzőeknek megfelelően az ajánlatkérőnek pontosan meg kell határoznia – legalább az eljárás során – a tárgyalások befejezésének időpontját, végleges ajánlattételre felhívással, vagy anélkül. Tekintettel arra, hogy a Kbt. 92. § (7) bekezdése alapján az ajánlatkérő a tárgyalásokat lezárhatja végleges ajánlattételre felhívással, vagy anélkül, amennyiben előbbire kerül sor, az ajánlatkérőnek – a Kbt. 62. §-ának (4) bekezdésében foglalt kógens rendelkezés alapján – a végleges ajánlatok ismertetése előtt közvetlenül kell az ajánlattevők tudomására hoznia a szerződés teljesítéséhez rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét, ezután köteles megállapítani, hogy mely ajánlatok érvényesek/érvénytelenek, és az érvényes végleges ajánlatokat kell értékelnie, majd ezt követően alkalmazhatja az elektronikus árlejtést. Ennek megfelelően az ajánlatkérőnek a szerződés teljesítéséhez rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét még az elektronikus árlejtés megkezdése – pontosabban a végleges ajánlatok bontása – előtt ismertetnie kell.^[5]

Ha az ajánlatkérő nem írja elő végleges ajánlat írásbeli benyújtását, figyelemmel arra, hogy a Kbt. 92. § (8) bekezdése értelmében ebben az esetben az utolsó tárgyalás befejezését követően két munkanapon belül kell az ajánlattevőkkel ismertetnie az ajánlatoknak – a Kbt. 62. § (3) bekezdésében foglalt adatait, vagyis – azokat a számszerűsíthető adatait, amelyek az értékelési szempont (részszempont) alapján értékelésre kerülnek, a szerződés teljesítéséhez az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet összegének ismertetésére ezzel egyidejűleg kell, hogy sor kerüljön.^[6]

Az ajánlatkérőnek a szerződés teljesítéséhez rendelkezésre álló anyagi fedezet összege ismertetésének előírása a nyilvánosság biztosítását szolgálja, az ajánlattevők a közbeszerzési eljárás Kbt. 76. §-a (1) bekezdésének c) pontja alapján történő eredménytelenné nyilvánításának jogszerűségét akkor is ellenőrizhetik, ha ezen összeg ismertetésére az elektronikus árlejtés előtt kerül sor. Sőt, esetlegesen elkerülhető, hogy az ajánlatkérőnek az anyagi fedezet mértékére tekintettel nem megfelelő ajánlatok miatt eredménytelenné kelljen nyilvánítania az eljárást.^[7]

A Kbt. Nagykommentárja továbbá megállapítja, hogy abban az esetben, ha az ajánlatkérő az ellenszolgáltatás valamely eleme tekintetében önálló értékelési szempontot határozott meg, úgy – a Kbt. alapelveire is tekintettel – a bontás során az adott elemre vonatkozó anyagi fedezet összegét is javasolt ismertetni, tekintettel arra, hogy ebben az esetben az esetlegesen aránytalanul alacsony ár megítélése szempontjából az érintett elem (is) vizsgálendő [Kbt. 69. §].^[8]

A 2013. július 1-jén hatályba lépett Kbt. és kapcsolódó rendeletek módosítása egyértelműen állást foglalt a fenti kérdésben: A Kbt. 62. § (4) bekezdése szerint az ajánlatkérő az ajánlatok – tárgyalásos eljárásban a végleges ajánlatok – bontásának

[5] T/1236-1/2012-003 számon egyedi kérdésben kiadott állásfoglalása.

[6] Uo.

[7] Uo.

[8] Complex Jogtár Nagykommentár a Kbt. 62. §-ához.

megkezdésekor, az ajánlatok felbontása előtt közvetlenül ismerteti a közbeszerzés – a 18. § (2) bekezdésének alkalmazása nélkül számított – becsült értékét és a szerződés teljesítéséhez rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét, részajánlattétel biztosítása esetén részenként. Ha tárgyalásos eljárásban az ajánlatkérő végleges ajánlatok írásbeli benyújtását nem kéri, akkor a közbeszerzés becsült értékét és a szerződés teljesítéséhez rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét – részajánlattétel biztosítása esetén részenként – az utolsó tárgyalás alkalmával azt követően kell ismertetnie, hogy valamennyi ajánlattevő megtette végleges ajánlatát.

A közbeszerzési eljárásokban elektronikusan gyakorolható eljárási cselekmények szabályairól, valamint az elektronikus árlejtés alkalmazásáról szóló 257/2007. (X. 4.) Korm. rendelet (E-árlejtés Krend.) 24. § (3) bekezdése eltérést enged a Kbt. idézett rendelkezésétől, mely szerint az elektronikus árlejtés lezárásakor az ajánlatkérő az árlejtés során érvényes ajánlatot tett ajánlattevőket elektronikus úton tájékoztatja az elektronikus árlejtés során az ellenszolgáltatás mértéke, illetve az értékelési szempontok tekintetében kialakult rangsorról. Az ajánlatkérő továbbá a Kbt. 62. § (4) bekezdésétől eltérően ebben a tájékoztatásban ismerteti a közbeszerzés becsült értékét és a szerződés teljesítéséhez rendelkezésre álló anyagi fedezet összegét.

Az E-árlejtés Krend 17. § (6) bekezdése szerint az ajánlatkérő nem folytathat le elektronikus árlejtést, amennyiben egyetlen érvényes ajánlat került benyújtásra.

Ennek alapján joggal vetődik fel a kérdés, hogy mi történik abban az esetben, ha ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban jelzi, hogy elektronikus árlejtésre kerül sor, azonban kizárólag egy ajánlattevő jelentkezik, vagy több ajánlattevő nyújt be ajánlatot, azonban a hiánypótlások és az értékelés végén ezek közül kizárólag egy ajánlat érvényes.

Elektronikus árlejtés alkalmazása esetén a fedezet és becsült érték kihirdetése szempontjából az alábbi esetek lehetségesek nem tárgyalásos eljárás esetén: 1. Bontáskor látható, hogy mindössze egy ajánlat érkezett, ekkor azonnal a bontáson ismerteti ajánlatkérő a fedezetet és a becsült értéket a Kbt. 62. § (4) bekezdés alapján. 2. Bontáskor több ajánlat van, az értékelés végeredményeképpen azonban csak egy érvényes. Ekkor nem lehet lefolytatni árlejtést, a bontáson pedig természetesen még nem került sor a fedezet és becsült érték kihirdetésére. Ebben az esetben a legközelebbi lehetőség a fedezet és becsült érték ismertetésére maga az eljárás eredményéről szóló összegzés, avagy ha külön határoz ajánlatkérő az érvénytelenné nyilvánításról (ami nem kötelező), akkor az arról szóló tájékoztató. 3. Amennyiben több érvényes ajánlat van, ajánlatkérő lefolytatja az árlejtést és a hivatkozott 24. § alapján ismerteti a fedezetet és becsült értéket.

E rendelkezéseket azonban a jogszabályváltozások hatályba léptető szabályozásából kifolyólag kizárólag a 2013. július 1. napján vagy azt követően indult eljárásokban lehet alkalmazni.

IV. EREDMÉNYTELENNÉ NYILVÁNÍTÁS

A Kbt. 76. § határozza meg azokat az eseteket, amikor a közbeszerzési eljárás eredménytelennek minősül, azaz nem kerül sor a nyertes ajánlattevő kiválasztására, illetve szerződéskötésre.^[9] A törvény megfogalmazása szerint: 76. § (1) Eredménytelen az eljárás, ha c) egyik ajánlattevő sem vagy az összességében legelőnyösebb ajánlatot tevő sem tett – az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet mértékére tekintettel – megfelelő ajánlatot; 3. § E törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi. E törvény rendelkezéseinek alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban, a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.

Tekintettel arra, hogy a törvény kógens (Kbt. 3. §), és a 76. § alapján az adott feltételek mellett „eredménytelen az eljárás”, kérdés, hogy egyes esetekben van-e mégis mérlegelési lehetősége az ajánlatkérőnek, hogy az eljárást eredménytelené nyilvánítja-e.

Avagy másik kérdés, hogy mely időpontban kell fennállnia a törvényi feltételeknek ahhoz, hogy az eljárás eredménytelen legyen?

1. Ha a korábban elegendő fedezetből elvonásra került sor

A Kbt. 77. § (3) bekezdése szerint a Kbt. 76. § (1) bekezdés d) pontja szerinti eredménytelenségi esetben az ajánlatkérő köteles tájékoztatást adni a közbeszerzésre tervezett anyagi fedezet összegéről, továbbá adott esetben arról, hogy az mikor és milyen okból került átcsoportosításra. A hivatkozott jogszabályhely tartalmában – a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX törvény 96. § (1) bekezdéséből levezethetően is – a Kbt. 76. § (1) bekezdés c) pontjával összefüggésben értelmezhető és alkalmazandó.^[10] Ezen álláspontot a Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Szemle 2012. 2. évfolyam 3-4. szám 20. oldalán található 14. kérdésre adott állásfoglalásában is rögzítette. Meglepő azonban, hogy a Kbt. 2013. július 1. napjától hatályos módosítása ezt a törvényszerkesztési hibát nem orvosolta.

2. Ha a fedezet pótlólagos bevonása szükséges

Az eddigiekben kifejtettekből azt látjuk, hogy a törvény kógens rendelkezése szerint az eljárás eredménytelen, ha egyik ajánlat sem megfelelő a rendelkezésre álló fedezetre tekintettel, azaz ha minden ajánlat túl drága. Amennyiben ilyen eset áll fenn – mert a fedezet átcsoportosításra került –, az ajánlatkérő köteles

[9] Complex Jogtár Nagykommentár a Kbt. 76. §-ához.

[10] Közbeszerzési Szemle. 2012. 2. évf. 3-4. sz. 14. kérdés. 20.

ennek idejéről és okáról tájékoztatást adni. Azonban ha nem utóbb lett kevesebb a fedezet, hanem már eleve a bontáskor nem volt elegendő, akkor vajon erre tekintettel ebben az időpontban „eredménytelen az eljárás”, és ennek okán mindenképpen ki kell nyilvánítani az eredménytelenséget, avagy az eredménytelenségről történő döntésig történhet fedezetbevonás.

2.1. A Kbt. 76. § esetében a Nagykommentár^[11] a legtöbb esetben azt írja, hogy eredménytelen az eljárás. Azonban a c) pont – és egyébként az e) pont esetében is^[12] – a kögens törvény rendelkezését enyhébben értelmezi, ezekben az esetekben a Nagykommentár szerint az ajánlatkérőnek nem kötelezettsége, hanem lehetősége van az eljárás eredménytelenné nyilvánítására: „Az ajánlatkérő eredménytelenné nyilváníthatja a közbeszerzési eljárást, ha (...)”.

Ugyanígy a törvényi szabályozásban az eredménytelenné nyilvánítás lehetőségét látja Pfeffer Zsolt A közpénzek hatékony elköltésének pénzügyi jogi biztosítékai című cikkében, ahol határozottan úgy fogalmaz: „A Kbt. lehetőséget biztosít arra, hogy eredménytelenné nyilvánítsa (...)”.^[13]

2.2. Azonban miképpen az a 3. pont bevezetőjében olvasható, a Kbt. nem lehetőségként, hanem tényként fogalmazza meg az eljárás eredménytelenségét, nem állapítja meg azonban, hogy mely időpontban „nem elég a fedezet”. A Kbt. 76. § (1) bekezdésének c) pontjában szereplő fedezet csökkenéséről szóló szabályozásból azonban kitűnik, hogy a jogalkotó is úgy gondolta, hogy a nyilvánosságra hozott fedezet változhat.

2.3. A Kbt. szigorúan nyelvtanilag értelmezhető lenne úgy, hogy abban a pillanatban eredménytelenné válik az eljárás, amint nyilvánvalóvá válik, hogy a fedezet nem elegendő. Ekkor kérdéses egy vegyes szituáció megítélése, miszerint a bontáskor volt elegendő fedezet, amit ismertettek, ezt követően került sor átcsoportosításra, és ekkor csökkent a fedezet, viszont később ismét szereztek forrást, mely elég fedezetet nyújtott.

Abban a pillanatban nem kellett az eljárást eredménytelenné nyilvánítani, amikor lecsökkent a fedezet, illetve utólag sem kellett eredménytelenné nyilvánítani az eljárást, mert az adott fedezet valami okból ingadozott egy rövid időre, azonban az eredeti fedezeti összeg ismételten rendelkezésre állt. Ilyen esetben az az ésszerű, ha folytatódnak az eljárási cselekmények, és sikeresen befejeződhet az eljárás. (A Kbt. és a Hatóság állásfoglalásai alapján az mindenképpen fontos, hogy minden cselekményt és történést az eljárás során végig dokumentáljanak, és számszakilag kimutatható legyen.)

[11] Complex Jogtár Nagykommentár a Kbt. 76. §-ához.

[12] Kbt. 76. § e) „Az ajánlatkérő eredménytelenné nyilváníthatja a közbeszerzési eljárást, ha valamelyik ajánlattevőnek vagy részvételre jelentkezőnek az eljárás tisztaságát, vagy a többi ajánlattevő, illetve részvételre jelentkező érdekeit súlyosan sértő cselekménye miatt az ajánlatkérő az eljárás eredménytelenné nyilvánítása mellett dönt.”

[13] Pfeffer, 2012, 91.

2.4. A Közbeszerzési Döntőbizottság D.155/12/2007 sz. alatt hozott döntésében kimondta: „Ennek (fedezet) hiányában (az ajánlatkérő) érdekei sérülnek, az eredménytelen közbeszerzés neki okoz többletköltséget, a beszerzés időben elhúzódik. Az ajánlatkérő felelőssége, hogy körültekintően tervezze meg adott beszerzés megvalósulásának feltételeit.”

A pótlólagos fedezet bevonásának lehetősége melletti érv továbbá az is, hogy a közbeszerzési eljárás célja alapvetően az ajánlatkérő beszerzési igényét kielégítő szerződés megkötése.

2.5. A törvényhozó célja az volt azzal a rendelkezéssel, hogy az ajánlatok felbontása előtt ismertetni kell a fedezetet, hogy ne lehessen utóbb arra hivatkozva eredménytelenné nyilvánítani az eljárást, hogy nincs elég fedezet, amikor nem az esetlegesen preferált ajánlattevő nyerné a közbeszerzést. Amennyiben a fedezet utóbb módosítható felfelé, akkor az azt a lehetőséget adja, hogy eleve nagyon alacsony fedezetet ad meg az ajánlattevő, hogy arra az esetre, ha nem a preferált ajánlattevő adja a legjobb ajánlatot, könnyedén, indoklás nélkül eredménytelenné tudja nyilvánítani az eljárást. Ha mégis az ő ajánlata lenne a legjobb, akkor pedig talál az ajánlatkérő utóbb fedezetet. Fordított logika alkalmazásával tehát a rendelkezés célja kijátszható volna. Ebben az esetben természetesen vizsgálható a rendeltetésszerű joggyakorlás, a jóhiszeműség követelménye elveinek való megfelelés a fedezet meghatározására vagy átcsoportosítására vonatkozó dokumentációk alapján. Amennyiben a dokumentációból nem derül ki, hogy visszaélés volt az eredeti cél, elméletileg maga a pótlólagos fedezet bevonás nem jelenthet problémát.

2.6. Önmagában az a tény, hogy az ismertetett fedezet mértéke rendkívül alacsony (pl. a becsült értékhez, ajánlatokhoz képest) megalapozhatja-e azt, hogy az ajánlatkérő nem az alapelveknek megfelelően járt el? A fedezet alacsony mértékének értékelésekor azonban felmerül a kérdés, hogy mi minősül egyáltalán túl alacsony fedezetnek, hiszen az első pontban a fedezet fogalmánál leírtak alapján a fedezet összege nem egyértelműen meghatározható, az is egy becsült összeg. A gyakorlatban ugyan a fedezet értéke a becsült értékhez igazodik, azonban mivel fogalmilag nincs összefüggés a becsült érték és a fedezet között, attól rendkívül nagy arányban is eltérhet. Vajon sikeresen hivatkozhatna-e jogorvoslati eljárásban a kérelmező esetleg arra, hogy alapelvbe ütközik, ha kimutathatóan magasabb összeg is a rendelkezésre állt az eljárás megindításakor, mint ami fedezetként megjelölésre került?

A 2.1. pontban feltett kérdésekre válaszként a fenti indokok alapján alapvetően azt az álláspontot tartom elfogadhatónak, hogy a Kbt. 76. § (1) c) pontban foglalt feltételnek az eljárás eredményhirdetésekor kell fennállnia, tehát a bontást követően a fedezet összege utóbb felemelhető. Aggályos azonban továbbra is, hogy a törvényi kógenciába belefér-e annak ekképpen történő értelmezése, illetve, hogy a szabályozás visszaélések elkerülésére irányuló célja mennyiben teljesül.

V. KAPCSOLÓDÓ JOGORVOSLATI DÖNTÉSEK

A döntőbizottsági határozatok között számos esetet találni, ahol a fedezet elvonásra került és emiatt indította a kérelmező a jogorvoslatot. Kevés olyan döntés van azonban arra az esetre, amikor pótlólagos fedezet kerül bevonásra. Egyfelől ennek oka lehet az, hogy ilyen eset arányosan ritkábban fordul elő, illetve talán kevésbé áll érdekében az ajánlattevőknek ezen indokra alapítva megtámadni az eljárást, hiszen az végül tulajdonképpen sikeres lesz. Két, a témában született döntés azonban ellentétes értelmezést tartalmaz a Kbt. 76. § (1) c) pont alkalmazásának kötelező jellegével kapcsolatban.

1. A Közbeszerzési Döntőbizottság D.571/40/2012 sz. döntése (Rudas és Társa Bt. által BKK Zrt. ajánlatkérő ellen indított eljárás) „Hivatásforgalmú menetrendszerinti hajójárat üzemeltetése” tárgyban az egyik döntés, melyben a jogorvoslat kérelmezője az általam korábbi pontokban kifejtett érvekre támaszkodva nyújtotta be kérelmét egy olyan ügyben, ahol az eljárás során az ajánlatkérő nem nyilvánította az eljárást eredménytelenné amiatt, hogy a bontáskor kihirdetett fedezet minden ajánlatnál alacsonyabb volt. Az alábbiakban e határozatot és körülményeit mutatom be, melyben a Döntőbizottság egyértelműen állást foglal arra vonatkozóan, hogy a Kbt. 76. § (1) c) pont alkalmazása mindössze lehetőség és a pótlólagos fedezet bevonás jogszerű: Ajánlatkérő a 2012.07.11-én megtartott bontáson a Kbt. 62. § (4) bekezdése alapján tájékoztatta az ajánlattevőket a rendelkezésre álló fedezet mértékéről (107.000.000.-Ft)”.

Kérelmezőn kívül a Captain Daniel Kft. és a Panoráma Deck Hajózási Kft. ajánlattevők nyújtottak be ajánlatot. A nyertes ajánlattevő a Panoráma Deck Hajózási Kft. lett.

A kérelmező 2012.09.21-én vitarendezést kezdeményezett a Panoráma Deck Hajózási Kft. ajánlatával összefüggésben, annak érvénytelenségét állítva. Kifogásolta továbbá, hogy az ajánlatkérő nem nyilvánította eredménytelenné az eljárást amiatt, hogy nem rendelkezik a szerződés megkötéséhez szükséges anyagi fedezettel a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötendő szerződéshez. Az előzetes vitarendezés során ajánlatkérő nem adott igazat kérelmezőnek, aki így jogorvoslat keretében a Döntőbizottsághoz fordult.

A Döntőbizottság a következőket rögzítette: „A közbeszerzési eljárásban az ajánlattevők annak érdekében vesznek részt, nyújtanak be ajánlatot, hogy nyertes ajánlattevőként kiválasztásra kerüljenek. A Kbt. 76. §-a értelmében ajánlatkérő kizárólag a törvényben taxatív meg határozott okok alapján nyilváníthatja eredménytelenné a közbeszerzési eljárását. Ez pedig azt jelenti, hogy amennyiben nem állnak fenn a törvényben meghatározott eredménytelenségi okok, az ajánlatkérő kötelezettsége, hogy a közbeszerzési eljárását eredményesnek minősítse és kiválassza a nyertes ajánlattevőt. A Kbt. 76. § (1) bekezdés c) pontja alapján az eljárás eredménytelen, amennyiben egyik ajánlattevő sem,

vagy az összességében legelőnyösebb ajánlatot tevő sem tett – az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet mértékére tekintettel – megfelelő ajánlatot. A Kbt. 76. § (1) bekezdés c) pontja szerinti eredménytelenségi ok a Döntőbizottság álláspontja szerint nem egy automatikusan alkalmazandó eredménytelenségi ok, ellentétben például a Kbt. 76. § (1) bekezdés a) vagy b) pontjában rögzített eredménytelenségi okokkal. Az ajánlatkérő eredménytelennek kell, hogy nyilvánítsa az eljárást például akkor, ha nem nyújtottak be ajánlatot vagy részvételi jelentkezést (Kbt. 76. § (1) bekezdés a) pont), vagy kizárólag érvénytelen ajánlatokat vagy részvételi jelentkezéseket nyújtottak be (Kbt. 76. § (1) bekezdés b) pont), ugyanakkor a c) pont esetében, ha az ajánlatkérő más forrásból – átcsoportosítással stb. – tudja biztosítani a szerződés fedezetét, nem kell, hogy kötelezően alkalmazza ezen eredménytelenségi indokot. Ez a jogszabályhely tehát csupán a lehetőségét teremti meg annak, hogy az ajánlatkérő abban az esetben, ha az anyagi fedezet mértékére tekintettel nem megfelelő ajánlatok érkeztek, akkor az eljárást eredménytelenné nyilvánítsa.”

2. A Döntőbizottság az 1. pontban részletesen ismertetett döntésével ellentétes állásfoglalást olvashatunk a D.123/23/2013. sz. döntőbizottsági határozatban. A Döntőbizottság az Autoglas-Metal Kft. (a továbbiakban: kérelmező) által a MÁV Magyar Államvasutak Zrt. (a továbbiakban: ajánlatkérő) „Különféle nagyvasúti hevederek beszerzése” tárgyú közbeszerzési eljárásában a Döntőbizottságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő jogszerűen módosította-e az ajánlatok elbírálásáról szóló összegezését.

„Az ajánlatkérő 2013. január 31-én tájékoztatta az ajánlattevőket a szerződés teljesítéséhez szükséges fedezet 78.000.000 Ft-os mértékéről, majd 2013. február 13-án megküldött összegezésében – a fedezet összegét meghaladó 105.001.060 és 117.199.280 Ft-os végső ajánlati árak ellenére – a közbeszerzési eljárást az 1. részre vonatkozóan is eredményessé nyilvánította. 2013. február 26-án az ajánlatkérő az 1. rész tekintetében eredménytelenné módosította eljárást lezáró döntését, melynek indokolásaként a Kbt. 76. § (1) bekezdés c) pontját jelölte meg tekintettel arra, hogy egyik ajánlattevő sem tett – az ajánlatkérő rendelkezésére álló anyagi fedezet mértékére tekintettel – megfelelő ajánlatot. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő jogszerűen járt el akkor, mikor a nyitva álló húsz napos határidőn belül módosította jogsértő döntését. Az ajánlatkérő eljárása akkor lett volna jogsértő, ha a jogsértését – a rendelkezésre álló fedezet mértékét meghaladó ajánlati árak ellenére eredményessé nyilvánítást – a törvényes határidőn belül, az erre hivatott jogintézmény keretein belül nem orvosolta volna.”

A határozatból egyértelműen kitűnik, hogy az 1. pontban leírt döntőbizottsági határozattal ellentétben ebben az esetben a Kbt. 76. § (1) c) pontot kötelezően alkalmazandónak tekintette a Döntőbizottság döntéshozó képviselője.

VI. ÖSSZEGRZÉS

A fedezet kihirdetésének időpontjával kapcsolatos kérdésekben elmondható, hogy a 2013. július 1-jén hatályba lépett jogszabálymódosítás megoldást adott a gyakorlatban korábban felmerült kérdésekre. Célszerűbb szabályozást alkalmaz a módosított jogszabály az aránytalanul alacsony ár esetében is, ahol a fedezet-hoz történő viszonyítás helyett a törvény már becsült értéktől való 20%-os eltéréshez méri az aránytalanul alacsony árat.

A bemutatott két döntőbizottsági határozat eltérően foglalt állást abban, hogy kötelezően alkalmazandó-e a Kbt. 76. § (1) c) pontjában szabályozott eredménytelenségi feltétel. Kérdés azonban, hogy a bemutatott második ügyben (D.123/23/2013) a Döntőbizottság abban az esetben is jogsértőnek találta volna az eljárás eredményessé nyilvánítását, ha ajánlatkérő az összegzésben közli, hogy a fedezetet 106.000.000 Ft-ra felemelte, és ennek megfelelően a nyertes ajánlat már nem túl drága. Állásponatom szerint ekkor az eredményessé nyilvánítás már nem lehet kétséges, hiszen az eredményről történő döntés és annak közlése időpontjában már nem áll fenn a Kbt. 76. § (1) c) pontban szabályozott eset. A D.123/23/2013. sz. esetben állásponatom szerint az a probléma, hogy a pótlólagos fedezet bevonására ténylegesen nem került sor. A fedezet felemelésére tehát véleményem szerint van lehetőség, amennyiben az eljárást lezáró döntés megelőzően történik.

Sajnos továbbra is nyitott kérdés marad a visszaélések lehetősége. Elgondolkodtató, hogy milyen mértékben adhat lehetőséget visszaélésre az, hogy a fedezetet az ajánlatkérő a becsült értékhez (avagy a várható ajánlatok reális mértékéhez) képest sokkal alacsonyabb összegben is meghatározhatja, és azt utóbb a nyertes személyének függvényében emeli fel.

A levont következtetések alapján megoldást találhatunk egy másik problémára is. Az eljárás részekre bontása estén nincs lehetőség a fedezet utólagos átcsoportosítására az egyes részek között. A Fővárosi Bíróság 25.K.32.070/2007/4. sz. határozatában kifejtette, hogy „az egy közbeszerzési eljárásban történő különböző tárgyú beszerzések nem eredményezhetik a külön-külön rendelkezésre álló összegek összevonhatóságát. Amennyiben tehát az ajánlatkérő a beszerzés tárgyát részekre bontja, úgy részenként kell írásban dokumentálnia azt, hogy az egyes szerződések teljesítésére milyen értékű anyagi fedezet áll rendelkezésre.”^[14] Amennyiben az egyik rész esetében túl kevés a fedezet, a másik rész pedig eredménytelen, és az eredménytelen rész fedezete ezáltal „felszabadul”, a felszabadult fedezet elméletileg fedezetet biztosíthatna a másik résznek, ahol az nem elegendő. A fedezet utólagos átcsoportosításának tilalma azonban kimonodottan ezt a megoldást nem engedi. Kérdés, hogy átcsoportosításnak minősül-e, ha a felszabadult fedezet megjelenik az ajánlatkérő nyilvántartásaiban, majd az

[14] Közbeszerzési Szemle. 2012. 2. évf. 3-4. sz. 15. kérdés. 23.

alacsony fedezetű rész vonatkozásában pótlólagos fedezet bevonására kerül sor. Ez, mint „közvetett átcsoportosítás” álláspontom szerint ilyen formában már elfogadható lehet, pótlólagos fedezet bevonásként, nem pedig részek közötti átcsoportosításként értelmezhető, mivel az már az ajánlatkérő egyéb forrásából történik, nem pedig ugyanabban az eljárásban szereplő másik részfeljárásból.

IRODALOM

- Pfeffer Zsolt (2012): *A közpénzek hatékony elköltésének pénzügyi jogi biztosítékai*. Jura. 18. évf. 1. sz. 88-99.

Közbeszerzési Döntvények:

- Közbeszerzési Szemle. 2012. 2. évf. 1. sz.
- Közbeszerzési Szemle. 2012. 2. évf. 3-4. sz.
- Complex Jogtár Nagykommentár.
- T/1236-1/2012-003 számon egyedi kérdésben kiadott állásfoglalása.

Határozatok:

- Fővárosi Bíróság 25.K.32.070/2007/4.
- Fővárosi Bíróság 25.K.32.070/2007/4.
- Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.670/2008/6.
- Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.451/2007/1.
- Fővárosi Ítéltábla 3.Kf.27.451/2007/18.
- Közbeszerzési Döntőbizottság D.435/11/2007.
- Közbeszerzési Döntőbizottság D.155/12/2007.
- Közbeszerzési Döntőbizottság D.538/3/2012.
- Közbeszerzési Döntőbizottság D.571/40/2012.



●
Roncsolt gesztusok I, 2012