

KÖZBESZERZÉSI IRÁNYTÚ

Alvállalkozó valóban szabadon bevonható a szerződés teljesítésébe? Is subcontractor really free to be involved in the performance of the contract?

Dr. Fazekas Szilvia, felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó, közbeszerzési menedzser

DOI: 10.37371/KEP.2020.9.1

Címszavak: közbeszerzés, szerződés, szerződés teljesítése, szerződésellenőrzés alvállalkozó

Absztrakt

„Alvállalkozó szabadon bevonható a szerződés teljesítésébe” – ezt a kijelentést gyakran hallhatjuk a közbeszerzési gyakorlatban. De vajon valóban igaz-e az állítás? Az alvállalkozókkal kapcsolatos cikksorozat első részének célja, hogy összegyűjtse és megvizsgálja azokat a jogi előírásokat, tényezőket, körülményeket, gyakorlati helyzeteket, amelyek az alvállalkozó bevonására vagy a bevonás mellőzésére vonatkozó döntési szabadságot biztosítják, korlátozzák vagy éppenséggel kizárják.

Abstract

‘Subcontractor is free to be involved in the performance of the contract’ - a statement often heard in public procurement practice. But is the claim really true? The first part of the series of articles relating to subcontractors aims to collect and examine the legal requirements, factors, circumstances and practical situations which ensure, restrict or, in fact, exclude the freedom to take decisions to involve or not to involve the subcontractor.

Bevezető gondolatok

„Az ajánlatkérő nem korlátozhatja az ajánlattevő jogosultságát alvállalkozó bevonására, csak akkor, ha az eljárás során a 65. § (10) bekezdése szerinti lehetőséggel él.” – így rendelkezik a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. tv. (továbbiakban: Kbt.) 138. § (3) bekezdése. Ez a rendelkezés, valamint a Kbt. azon módosítása, amely hatályon kívül helyezte a Kbt. 138. § (1) és (5) bekezdésekben foglalt konkrét korlátozó előírásokat, azt eredményezte, hogy a gyakorlatban tapasztalható egyfajta áthallás, miszerint ennek a rendelkezésnek a jelentése: „alvállalkozó szabadon bevonható a szerződés teljesítésébe”.

A cikk célja, hogy a Kbt. 138. § (3) bekezdésében foglalt rendelkezés helyes értelmezéséhez összegyűjtse és megvizsgálja azokat a jogi előírásokat, tényezőket, körülményeket, gyakorlati helyzeteket, amelyek befolyásolják, előírják vagy akár korlátozzák az alvállalkozók bevonására, a bevonás mellőzésére vagy új alvállalkozó bevonására vonatkozó döntés szabadságát. A cikknek nem célja az alvállalkozókra vonatkozó szabályozás teljeskörű ismertetése, kiindulópontként csak az

alvállalkozó fogalmát szerepeltetjük, amely fogalom minden elemének egyidejű teljesülése szükséges az alvállalkozói státusz megállapításához.

A Kbt. 3. § 2 pontja alapján „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 eladóját,
- c) építési beruházás esetén az építőanyag-eladót”.

A közbeszerzés rendszerében valamennyi létszakasz az előkészítéstől a közbeszerzési eljáráson át, a szerződéskötéstől a szerződés teljesítéséig egymással összefügg, a mind az ajánlatkérői mind az ajánlattevői oldalon elvégzett eljárási cselekmények, keletkezett dokumentumok, meghozott döntések egymásra visszahatnak, és végül determinálják az alvállalkozó bevonására, illetve a bevonás mellőzésére vonatkozó lehetőségeket avagy a kötelezettségeket. Ezért, ahogy más jogszabályból sem,

így a közbeszerzési szabályozásból sem lehet kiragadni egyetlen rendelkezést és önmagában értelmezni. Bár a szerződés teljesítésében résztvevők körének, így az alvállalkozók szerződés teljesítésébe való bevonásának szabályai főként a Kbt. XX. fejezetében, azon belül is többségében a Kbt. 138. §-ban találhatóak, de valójában már a közbeszerzési eljárás előkészítési, ajánlattételi, bírálati, értékelési, illetve szerződéskötési szakasz egyes rendelkezései végigkísérik a szerződés teljesítésének teljes szakaszát, mintegy kereteket, határokat képezve a szerződés teljesítésében közreműködők számára. Az átláthatóság, a nyilvánosság, az ellenőrizhetőség, a verseny tisztasága, a közpénzek ésszerű és hatékony felhasználása alapelvek a szerződés teljesítési szakaszában is jelentős szereppel bírnak.

A közbeszerzési szabályozás központi szereplői az ajánlatkérő és az ajánlattevő, ugyanakkor a közbeszerzési szabályozás a szerződés teljesítésébe bevont közreműködők közül kiemelt egy olyan csoportot, amely lényeges szerepet játszik a beszerzés megvalósításában, ezzel létrehozva az alvállalkozó szerepkört, amelyhez – a szerepkör fontosságát hangsúlyozva – saját fogalomrendszert, különböző rendelkezéseket, követelményeket, kötelezettségeket, lehetőségeket és elvárásokat kapcsolt. Az alvállalkozó szabad bevonásának lehetősége és egyben korlátozása nem a szerződéskötéssel kezdődik, hanem már a közbeszerzési eljárás előkészítése és a közbeszerzési eljárás során részben eldől, hogy a szerződést kötő feleknek milyen lehetőségük és kötelezettségük van a szerződés teljesítése szakaszában.

Az „alvállalkozás” a közbeszerzési szerződésekben olyannyira lényeges kérdéskör, hogy a Közbeszerzési Hatóság a 2019. évi beszámolója 68. oldalán¹ megjegyzi azt a tényt, hogy legnagyobb arányban az alvállalkozók nem szabályszerű bevonása miatt kerültek elmarasztalásra az ellenőrzött szervezetek a jogszerűtlen szerződésmódosítások mellett.

1.1. Alvállalkozás mint központi kérdés

De miért vált az alvállalkozók igénybevétele központi kérdéssé? Miért is érzékeny terület az alvállalkozók bevonására vonatkozó jogosultság?

A közbeszerzésben a beszerzési igény tartalma („mit” – „milyen tartalommal”) mellett általában a másik

lényeges kérdés a szerződést teljesítő gazdasági szereplők személye („ki” – „milyen jellemzőkkel”). A közbeszerzési eljárás legegyszerűbb megközelítése, hogy gyakorlatilag egy kiválasztási rendszer, a műszaki leírás tartalmi előírásaitól, az alkalmassági követelményeken át, az értékelési szempontokon keresztül, a szerződéskötési és -teljesítési feltételekig, minden a szerződést teljesítő gazdasági szereplő kiválasztására irányul. Az, hogy kinek kell teljesítenie a szerződést, illetve hogy egyáltalán ki, hogyan vehet részt a szerződés teljesítésében, akár ajánlattevői akár alvállalkozói szinten, mikor, milyen körülmények között, hogyan változtathatóak meg a teljesítésben résztvevők, mindig sarkalatos kérdés volt a közbeszerzésben.

A közbeszerzési szabályozás személyi és tárgyi hatályának eredményeként a közbeszerzési piac szerteágazó, az egyes szektorok számos piaci szereplője vesz részt a közbeszerzésben vagy törekszik a részvételre egy-egy közbeszerzési szerződés teljesítésében.

Az alvállalkozás *nem egyszerűen közbeszerzési kérdés, hanem azon túlnyúló, az egész nemzetgazdaságot érintő kérdés*, a gazdasági élet igen sok résztvevőjét érinti. Számos szektorban, különösen az építőiparban, a szolgáltatóiparban, több tényező (pl. a beszerzés összetettsége, tevékenység-szakosodás, a leterheltség, a munkaerőhiány, finanszírozási nehézségek) következtében a szerződések nagyobb részét nem képes egyetlen gazdasági szereplő teljesíteni, így közreműködők láncolata vesz részt a szerződés teljesítésében. Az elmúlt évtizedekben a gazdaság több szektorában, de leginkább az építési beruházások területén olyan negatív jelenségek alakultak ki, mint a valódi tevékenységet nem igazán végző, de a hasznot lefölöző tászkás vállalkozók, a leginkább a mikro- és kisvállalkozásokat sújtó kiszolgáltatottság, a lánc-, illetve körbetartozások megjelenése, amely létbizonytalanságot okoz a gazdasági szereplők számára. A közbeszerzésekhez való hozzáférési képesség vagy éppen a képesség hiánya azt eredményezte, hogy a piac szereplői szintekre rendeződtek, amely alvállalkozói láncolat sorozatát eredményezte. A közbeszerzési szabályozás jellemzően „megáll” az ajánlattevő és alvállalkozó közötti szerződés szintjének szabályozásánál. Az alvállalkozó

¹ Forrás: Közbeszerzési Hatóság honlapja (www.kozbeszerzes.hu) Éves beszámolók.

igénybevétele kérdéskör esetében is különböző érdekek ütköznek össze.

A kkv-k köréből kiemelve a mikro- és kisvállalkozásokat, ezek közvetlen részvétele önálló ajánlattevői szerepkörben sokszor akadályokba ütközik a pénzügyi, tárgyi és személyi erőforráshiányra való tekintettel, ezért a legtöbb esetben az alvállalkozói láncolat tagjaként kénytelenek megjelenni, így az alvállalkozók szabad bevonásának lehetősége alapvető fontosságú számukra. Ugyanakkor az egyfajta korlátozás jelenléte megteremti azt a lehetőséget számukra, hogy jobb tárgyalási pozícióból indulva ajánlattevői szinten akár közös ajánlattevőként vegyenek részt a közbeszerzési eljárásokban. A legtöbbször mikro- és kisvállalkozásokat magában foglaló alvállalkozói láncolat tagjai részéről kockázat, hogy az elvégzett munkáért az ellenszolgáltatás megtérítése elmarad, vagy a sok esetben alacsony áron elvállalt és megnyert munka „következményeit” az alvállalkozói láncolat tagjai fogják viselni, ezért többségük a fővállalkozói szerepkört preferálná, a közvetlen közpénzhez jutás érdekében.

Az alvállalkozók bevonását illetően az ajánlatkérők oldalán felfedezhető a teljesítés teljes vagy részleges elmaradásától való félelem, a nagy létszámú alvállalkozók vagy éppen a hosszú teljesítési láncolat tagjai közötti átláthatatlan felelősségi viszonyoktól és azok polgári jogi következményeitől (levonulás, jelzálog, pereskedés...) tartás. Az ajánlatkérő oldaláról a legfőbb kockázat, hogy a fővállalkozó és az alvállalkozói viszony alakulására nincs ráhatása ajánlatkérőnek. Ha a fővállalkozó és alvállalkozói láncolat között vitás helyzet áll fenn (akár a teljesítést, akár a kifizetést illetően), veszélyezteti a beszerzés megvalósulását, a kifizetési határidők betartását pl. egy uniós forrásból finanszírozott projekt esetében, mindamelllett, hogy a felelősség megállapítása is sokszor lehetetlen.

Az ajánlattevő oldalán a legfőbb érv a vállalkozás szabadságából eredő döntési jog szabad gyakorlása, de szükséges megemlíteni, hogy az alvállalkozói láncolat az ajánlattevőt is kiszolgáltatottá teszi, hiszen a teljesítésért való felelősség elsősorban őt terheli. Az ajánlattevő oldaláról az alvállalkozók szabad igénybevételére vonatkozó másik érv, hogy az összetettebb vagy nagyobb volumenű szerződések jelentősebb volumenű, vagy szerteágazóbb erőforrásokat igényelnek (gondoljunk egy építési beruházásra), amelyeknek folyamatos

rendelkezésre állása az ajánlattevő szervezetén belül nem vagy nehezen biztosítható, de nem is elvárható.

A korlátozó szabályokat ellenzők fő érve, hogy a vállalkozás szabadsága elvet kell irányadónak tekintetni, azaz nincs helye olyan szabályozásnak, amely a szerződés teljesítésének egyik fontos tényezőjére vonatkozó döntési jogot korlátoz: az ajánlattevő kivel akarja teljesíteni a szerződést.

Az Európai Bíróság, a Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Lombardia tartomány közigazgatási bírósága, Olaszország) előzetes döntéshozatal iránti kérelmében a Vitali SpA és az Autostrade per l'Italia SpA felek között folyamatban lévő eljárásra meghozott C-63/18. számú ítéletében kihangsúlyozza a lehető legszélesebb verseny, a kis- és középvállalkozásoknak a közbeszerzési szerződésekhez való hozzáféréseinek elősegítését az alvállalkozás intézményrendszer segítségével. Ennek elvi előzményeként hozható fel a sokat emlegetett C-406/14. számú ítélet is, amely a Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (varsói vajdasági közigazgatási bíróság, Lengyelország) előzetes döntéshozatal iránti kérelme tárgyában született a Wrocław – Miasto na prawach powiatu és a Minister Infrastruktury i Rozwoju felek között folyamatban lévő eljárás vonatkozásában. Az Európai Bíróság az ítéletében kifejezetten összeegyeztethetetlennek tartja az irányelvvel, amennyiben az alvállalkozók igénybevételét egy elvontan meghatározott arányban korlátozzák, függetlenül az alvállalkozók alkalmasságának vizsgálatától.

A korlátozó szabályokat ellenzők a korlátozó szabályok hátrányos következményeiként említik, hogy elveszi a szerződésekhez való hozzáférés lehetőségét olyan gazdasági szereplőktől, amelyek önállóan nem képesek ajánlattevőként részt venni az eljárásban vagy a kényszerű közös ajánlattételt, amely mögött valójában egyenlőtlen viszonyok vannak, de megemlítik az egyéb „megkerülő” megoldások megjelenésétől való félelmet, azaz a jogsértés elkövetésének lehetősége növekszik és csökken az átláthatóság, továbbá adminisztratív terhet jelent valamennyi fél számára. A korlátozást támogatók fő érve, hogy az alvállalkozói láncolat tagjainak több esélye van fellépni az ajánlattevői pozícióba, így közvetlenül hozzáférhetnek szerződésekhez, emellett a felelősség is koncentráltabb, ha kisebb számú közreműködő vesz részt a szerződés teljesítésében.

Az alvállalkozókkal kapcsolatos szabályozásnak mindig több indoka és célja volt, egyensúlyozva az egymással konkuráló különböző érdekek között az aktuális jogi, gazdasági és pénzügyi környezetben, de mindegyik szabályozás legfőbb motiváló tényezője a beszerzés sikeres megvalósítása, a kkv-k védelme, megelőzni, kezelni és visszaszorítani a piacon zajló egyes káros folyamatokat, észlelhető negatív jelenségeket a közpénz hatékony védelme érdekében.

1.2. Az alvállalkozók szabad bevonását korlátozó esetkörök megközelítése

Az alvállalkozók bevonására vonatkozó korlátozásokat képzeletbeli logikai csoportosításokkal, több oldalról lehet megközelíteni annak érdekében, hogy a kérdéskör komplexitását érzékelhessük.

A korlátozás megközelíthető *személyi*, illetve *tevékenység oldalról*: az ajánlatkérő, az ajánlattevő, az alvállalkozó személye vagy a szerződés teljesítéséhez szükséges adott tevékenység hordoz-e olyan jellemzőt, kapcsolódik-e hozzá olyan előírás, amely korlátot képez az alvállalkozó szabad bevonását illetően. A személyi megközelítésre jó példa a közbeszerzési eljárásban betöltött szerepkör jellege (pl. ajánlattevő, kapacitást biztosító szervezet, az ajánlat értékelésében meghatározó szervezet), de egyszerű példa a kizáró ok fennállása az alvállalkozóval szemben, míg a tevékenység felőli megközelítésre a Kbt. 65. § (10) bekezdés szabályozása a legjobb példa.

A korlátozás vizsgálható abból a szempontból is, hogy mire irányul a döntés az adott alvállalkozóval kapcsolatban. Akár az ajánlatban, akár a szerződéskötéskor, akár a szerződés teljesítése folyamán: ad1. egyáltalán *bevonható-e* alvállalkozó; vagy ad2. a már nevesített, illetve bevont alvállalkozó közreműködése a szerződés teljesítésében a továbbiakban szabadon *mellőzhető-e*; vagy ad3. szabadon *lecserélhető-e* másik alvállalkozóra; vagy ad4. egy korábban még nem nevesített *új* alvállalkozó egyáltalán *bevonható-e* a szerződés teljesítésébe. Mindegyik esethez a legjobb példa a Kbt. 138. § (2)-(4) bekezdésekben foglalt rendelkezések, amelyek egyszerre jelentik a bevonás, a mellőzés, a csere és az új alvállalkozó bevonásának kereteit.

Az alvállalkozók szabad bevonását korlátozó esetkörök megközelíthetőek akár abból a szempontból is, hogy *honnan erednek* a korlátozó rendelkezések: konkrét *jogszabályi előírásból* vagy az ajánlatkérő, illetve az

ajánlattevő valamely *eljárási cselekményének*, eljárással összefüggésben hozott *döntésének az eredménye*. Példákat hozva: az ajánlatkérő részéről befolyásoló tényező lehet a közbeszerzési dokumentumok tartalma, az ajánlattevő részéről az ajánlat tartalma, az árendokolás megadása lehet releváns.

Az eredményes közbeszerzési eljárást követően a szerződést a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, a szerződés-tervezet, illetve az ajánlat tartalma alapján kell megkötni (Kbt. 131. § (1) bekezdés). Ezek a dokumentumok, a közbeszerzési eljárásban megtett eljárási cselekmények a szerződés részévé válnak és végigkísérik a szerződés teljesítésének szakaszát. Ezért az ajánlatkérő és az ajánlattevő által a közbeszerzési eljárással összefüggésben hozott döntések determinálják a szerződés teljesítése szakaszában fennálló lehetőségeket. Az ajánlatkérő által közölt feltétel lehet a műszaki leírás, a kiválasztási vagy odaítélési szempontok, egy szerződéskötési vagy szerződésteljesítési feltétel. Az ajánlattevő részéről pedig az ajánlat, illetve az egyes eljárási cselekmények során tett nyilatkozatok, beadott dokumentumok tartalma befolyásolhatják a mozgásteret. Jogszabályi előírásra legjobb példa maga a Kbt. és a végrehajtási rendeletek, az ágazat-szakmai jogszabályok.

Ennek megfelelően egy alvállalkozó bevonását, egy már bevont alvállalkozó mellőzését, cseréjét vagy új alvállalkozó bevonását megelőzően vizsgálni szükséges, hogy a közbeszerzés-jogi, ágazat-szakmai környezet egyáltalán lehetővé teszi-e az alvállalkozóval kapcsolatos döntések meghozatalát. Így amennyiben az alvállalkozó olyan tulajdonságot hordoz, amely a közbeszerzési eljárásban előírás vagy tiltás volt, vagy éppen az adott alvállalkozó teljesítésbe való bevonása az ajánlat érdemi részét képezte, vagy szerződéskötési feltételt teljesítettek az adott alvállalkozóval, vagy fontos szerepe van a szerződésteljesítési képességben, akkor a szerződés teljesítésében való mellőzés, csere, illetve új alvállalkozó bevonása csak akkor lehet jogszerű, ha ajánlattevő az előírt „tulajdonságot” vagy saját maga vagy új alvállalkozóval biztosítja, tiltott tulajdonság esetén pedig nincs döntési szabadság. Ezért minden alvállalkozói bevonás vagy bevonás mellőzés esetén szükséges megvizsgálni a szerződés részét képező „közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek” teljesülését.

1.3. Jogtörténeti kitekintés

Az alvállalkozók szabályozása mindig lényegi része volt a közbeszerzési szabályozásnak. Az aktuális jogalkotói céloktól függően a hangsúly a szabályozás más-más elemére esik, de mindegyik közbeszerzési törvényben megtaláljuk a kizáró okok vizsgálatának kötelezettségét, az alvállalkozók bevonására vonatkozó rendelkezéseket, az alvállalkozókat támogató egyes jogintézményeket. A közbeszerzési szabályozástörténetben az alvállalkozókra vonatkozó szabályozás jellege ellentétes irányt mutat a szerződés teljesítési szakaszára vonatkozó szabályozás jellegével. Míg a korábbi közbeszerzési törvények² az alvállalkozók bevonására, cseréjére szigorúbb rendelkezéseket, korlátozásokat tartalmaztak, de a szerződés teljesítésével összefüggésben alig szabályoznak, addig a ma hatályos közbeszerzési törvényben³ az alvállalkozók igénybevételenek – mint látni fogjuk – viszonylagos szabadsága mellett hangsúlyosabbá válik a szerződés teljesítésének szakasza, részben a szerződés teljesítésért való felelősségre, részben a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési jogkörére vonatkozó rendelkezések révén. Jól érzékelhető az egyes időszakok összevetéséből, hogy a jogalkotás és a jogalkalmazás keresi azt az egyensúlypontot, ahol egyszerre biztosítható a közpénzből finanszírozott közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítése a közbeszerzési eljárásban közzétett végleges feltételek alapján, ugyanakkor a gazdasági szereplők vállalkozásának szabadsága is megvalósulhat.

Az Első Kbt. eltérő fogalmat használt az alvállalkozókra vonatkozóan, a fogalom alóli kivételi körök vagy kizárólagos joggal való rendelkezésre vagy bizonyos tárgyú szerződésre vonatkoztak. A közbeszerzési szabályozás aszerint alakult, hogy az alvállalkozók vagy a teljesítésben résztvevő egyéb szervezetek igénybevételenek mértéke meghaladta-e a közbeszerzés értékének tíz százalékát, az Első Kbt. azonban nem tartalmazott felső korlátot az igénybevételre vonatkozóan, bizonyos esetekben pedig a belföldi székhelyű alvállalkozók igénybevételét előnyben részesítette. A szabályozás jóval szigorúbb volt a tekintetben, hogy a kizáró okok mellett a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt

alvállalkozók szerződés teljesítésére való alkalmassága is vizsgálható volt, amely az alvállalkozók bevonásának egyfajta akadályát, ugyanakkor a hozzáértésről való meggyőződés lehetőségét jelentette. A legnagyobb korlátozást azonban a szerződés teljesítése szakaszára találhatjuk, nevezetesen a szerződés teljesítésébe csak az ajánlatban megjelölt, illetve az eredményről szóló tájékoztatóban szereplő szervezet, személy vehetett részt, ha az ajánlatkérő a felhívásban előírta az alvállalkozók, illetőleg a teljesítésben egyébként résztvevők megnevezését. Új szervezet, személy bevonására a szerződés teljesítésében csak a jól ismert „előre nem látható ok” alapján kerülhetett sor, ha a szerződéskötést követően – a szerződő felek által előre nem látható okból – beállott körülményre tekintettel a szerződés vagy annak egy része nem volna teljesíthető és az ajánlatkérő a más megjelölt szervezet, személy közreműködéséhez hozzájárult.

A Második Kbt. részben az első Kbt. tapasztalatai alapján, részben már az uniós csatlakozásra tekintettel készült. Az alvállalkozói fogalomnál kivételi körként már csak a kizárólagos jogot határozta meg. A 10%-os elhatárolás a szabályozás tekintetében, a kizáró ok vizsgálata, az alkalmassági követelmény előírására vonatkozó jogosultság, valamint a szerződés teljesítési szakaszára az alvállalkozók bevonására vonatkozó fenti korlátozás (ajánlatban megjelölt alvállalkozó, előre nem láthatóság) megmaradt, ez utóbbi annyiban változott, hogy „lényeges” körülmény beállása volt az előfeltétel. Már előírásra került, hogy az újonnan bevont szervezetnek, személynek meg kellett felelni a közbeszerzési eljárásban az alvállalkozókra meghatározott követelményeknek (pl. alkalmassági követelmény). A Második Kbt. is többlépcsős módosításon ment keresztül. A módosítások következtében az alvállalkozói fogalom nagyjából már a ma ismert alvállalkozói fogalmat takarta, a kivételi körökben található volt néhány eltérés. A legnagyobb változásnak cikkünk témája szempontjából az tekinthető, hogy megjelent az alvállalkozók bevonásának felülről történő korlátozása, mégpedig oly módon, hogy a szerződés teljesítésében a közbeszerzés értékének 25%-t meghaladó mértékben részt vevő gazdasági szereplőt nem lehetett alvállalkozónak minősíteni, hanem az ajánlatban és a szerződés

² 1995. évi XL. törvény (Első Kbt.), 2003. évi CXXIX. törvény (Második Kbt.), 2011. évi CVIII. törvény (Harmadik Kbt.).

³ 2015. évi CXLIII. törvény (Kbt.).

teljesítése során közös ajánlattevőként kellett megjeleníteni. A későbbi korlátozásokhoz képest ez az alvállalkozói fogalom alá tartozó gazdasági szerelőkre vonatkozó 25%-os korlát azonban másként értelmezendő: nem a bevonni kívánt alvállalkozók összesített arányát korlátozza (azaz összességében lehetőség nyílt 25% mérték felett alvállalkozót igénybe venni), hanem egyetlen gazdasági szereplő részvételi arányára vonatkozik. Emellett megjelenik a közbeszerzési eljárásban a kapacitást biztosító szervezet igénybevételére vonatkozó szabályozás is, valamint annak tilalma, hogy a közbeszerzési eljárásban az ajánlattevő a hiánypótlás során új, a közbeszerzés értékének tíz százalékát meghaladó mértékben igénybe venni kívánt alvállalkozót vagy erőforrást nyújtó szervezetet megjelenítse. A szerződés teljesítési szakaszára már vannak rendelkezések a szerződés teljesítésében résztvevők körére vonatkozóan (pl. kapacitást biztosító szervezet, megjelenik az alvállalkozókat támogató kétfélecsős kifizetési szabály valamennyi beszerzési tárgy esetében, a subalvállalkozók korlátozó szabályozása), az alvállalkozók lecserélése pedig az előre nem látható lényeges körülmény mellett az alvállalkozó bizonyítható hibás teljesítése miatt is lehetővé válik.

A Harmadik Kbt. szintén több változást hozott az alvállalkozók szabályozásában. Az alvállalkozói fogalom kisebb mértékben változott, megszűnt az alvállalkozókra meghatározott 10%-os elhatárolás (a 25%-os szabály még megmaradt) és az alvállalkozó alkalmasságának külön vizsgálata, lehetővé vált a korábban nem megnevezett új alvállalkozó bevonása a ma is ismert bejelentési és nyilatkozattételi kötelezettséggel. Az alvállalkozó vagy szakember megváltoztatására vonatkozó szigorú szabályok (előre nem látható lényeges körülmény, hibás teljesítés) már csak az alkalmasság igazolásában résztvevő alvállalkozókra, szakemberekre vonatkozott, továbbá megjelent az érintett szolgáltatás sajátos tulajdonságait figyelembe véve az értékeléskor meghatározó körülménynek minősülő alvállalkozó módosítására vonatkozó tilalom. A Harmadik Kbt. alapján az építési beruházásokra vonatkozó végrehajtási rendelet az alvállalkozók kifizetésére vonatkozó szabályokat is többször módosította, a kétfélecsős kifizetés az építési beruházásokra szűkült, a közvetett alvállalkozói kifizetés a közvetlen alvállalkozói kifizetéssel váltakozott.

Láthattuk, hogy az alvállalkozók bevonásának valamilyen korlátozása végigkíséri a közbeszerzési szabályozást. A ma hatályos rendelkezések inkább a közbeszerzés szereplőinek személye és a feladat tartalma felől közelítenek, szemben a korábbi közbeszerzési szabályozások alsó vagy felső mennyiségi vagy értékbeli korlátozást tartalmazó rendelkezéseivel. Szükséges azonban megjegyezni, hogy valamennyi korábbi közbeszerzési szabályozás alapján lehetnek még hatályban szerződések, ahol az alvállalkozókra vonatkozó korábbi szabályokat még figyelembe kell venni.

2. Az új Kbt. korábbi közbeszerzési szabályozásának még hatályos korlátozó rendelkezései

A jelenlegi Kbt. alvállalkozókkal összefüggő rendelkezései a hatálybalépés óta több alkalommal változtak. A Kbt. a hatálybalépésekor a szerződés teljesítésében résztvevők arányával összefüggésben tartalmazott korlátozó rendelkezéseket, amelyeket két nagy módosítás érintett: az első nagy módosítás a korlátozásokat először csak enyhítette, majd a másik nagy módosítás nagyrészt eltörölte. Ezek a módosítások különböző hatálybaléptető rendelkezéseket tartalmaztak, amelyek következtében az Első, Második és Harmadik Kbt. szerint megkötött szerződések mellett az új Kbt. alapján jelenleg három szabályozás él párhuzamosan annak függvényében, hogy az ajánlatkérő melyik hatályos Kbt. alapján folytatta le a közbeszerzési eljárást, illetve a szerződő felek melyik hatályos Kbt. alapján kötötték szerződésüket, és az egyes módosító törvények hogyan rendelkeztek a módosuló rendelkezés visszamenőleges alkalmazásának lehetőségéről.

Ezért, bár a „mai napon hatályos” Kbt. már nem tartalmazza a 138. § korlátozó rendelkezéseit, így látszólag már nincsenek kifejezett korlátozó szabályok, azonban a különböző hatálybaléptetési szabályok miatt minden szerződésre esetenként meg kell vizsgálni a korlátozó szabályozások körét.

2.1. 2015. évi CXLI. törvény a közbeszerzésekről

A Kbt. a hatálybalépésekor az alvállalkozóknak a szerződés teljesítésében való részvételének lehetőségét a teljesítésben való közreműködés aránya szerint korlátozta. A Kbt. 138. § (1) bekezdése árubeszerzésre nem szabályozta, de építési beruházás és szolgáltatás megrendelés esetére előírta, hogy az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatja meg a nyertes

ajánlattevő, közös ajánlattétel esetében a közös ajánlattevők saját teljesítésének arányát, azaz kvázi 50%-os mértékű korlátot írt elő. Ezen túlmenően nemcsak az ajánlattevő mint fővállalkozó-alvállalkozó arányát, azaz az első szintet, hanem az alvállalkozó-subalvállalkozó arányát, azaz a következő teljesítési szintet is hasonlóképpen szabályozta, nevezetesen a teljesítésben részt vevő alvállalkozó sem vehet igénybe saját teljesítésének 50%-át meghaladó mértékben további közreműködőt (Kbt. 138. § (5) bekezdés).

Ez azt jelentette, hogy mind a közbeszerzési eljárásban, mind a szerződés teljesítése szakaszában folyamatosan vizsgálni kellett, hogy egy új alvállalkozó bevonása, mellőzése, vagy már bevont alvállalkozó által végzett tevékenységi kör bővítése az összesített arányt hogyan alakítja.

2.2. 2016. évi CLX. törvény a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény és az azzal összefüggő egyes törvények módosításáról (Mód1. tv.)

A Mód1. tv. 2017. január 1-jén hatályba lépő módosításai a szerződés teljesítésében résztvevő alvállalkozókra, illetve subalvállalkozókra vonatkozó korlátozó rendelkezéseket úgy változtatták meg, hogy a Kbt. a szolgáltatás beszerzése esetére már nem tartalmazott korlátozásokat a bevonás mértékére, építési beruházás esetén pedig az ajánlattevő(k) részvételének saját arányára vonatkozó, kvázi 50%-os korlátot 65%-ra emelte, azaz az alvállalkozói teljesítés összesített aránya nem haladhatta meg a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértékének 65%-át. A viszonyítás alapja is pontosításra került: míg a korábbi rendelkezések a „teljesítést” nem definiálták, addig az új rendelkezések a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenszolgáltatásából való részesedés arányát határozták meg a viszonyítás alapjaként, ezzel egyértelműsítve a „teljesítés” jelentését, és így a százalékos korlát egyértelműen az alvállalkozói teljesítés összesített aránya tekintetében a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértékének 65%-ára vonatkozott. A subalvállalkozók bevonási arányának szabályozása ugyanígy átalakult: építési beruházás esetén a teljesítésben részt vevő alvállalkozó nem vehetett igénybe az alvállalkozói szerződés értékének 65%-át meghaladó mértékben további közreműködőt. Ami jogalkalmazási problémát okozhatott, hogy a tartalékkeret figyelembevételének módszerére, illetve a

subalvállalkozók esetében pedig az általános forgalmi adóra nem volt konkrét utalás az arány meghatározásakor. Az új rendelkezéseket a hatálybalépést követően megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárásokra, közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre és az azokkal kapcsolatban indított jogorvoslati eljárásokra kellett alkalmazni. A Mód1. tv. azonban lehetővé tette, hogy a megváltozott rendelkezéseket a szerződő felek a már megkötött szerződéseik esetében is – kvázi visszamenőleges hatállyal – alkalmazzák a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti szerződésmódosítás eredményeként, azaz a továbbiakban a szolgáltatások esetében mellőzzék a korlátozást, az építési beruházások esetében pedig a magasabb százalékos mértéket és a pontosított vetítési alapot vegyék figyelembe.

Annak eredményeként, hogy a Mód1. tv. a szerződő felek megegyezésére bízta a korlátozó rendelkezések további alkalmazását vagy mellőzését a hátralévő teljesítésben, azt eredményezte, hogy az új Kbt. alapján megkötött szerződések is már két részre osztoztak.

2.3. 2018. évi LXXXIII. törvény a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény módosításáról (Mód3. tv.)

A Mód3. tv. módosításai részben ugyancsak a Kbt. 138. § (1) és (5) bekezdésben foglalt rendelkezések megváltozására vonatkoztak. A Mód3. tv. 2018. november 29-ei hatálybalépéssel a § első bekezdésében lévő korlátozó rendelkezést, valamint az (5) bekezdést teljes mértékben hatályon kívül helyezte, a hatálybalépés után megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra, valamint a Mód3. tv. hatálybalépése után kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra vonatkozóan. Ennek megfelelően a Kbt. 138. §-ban már semmilyen százalékos korlátozás nem szerepel. Lényeges különbség azonban a Mód1. tv.-hez képest, hogy a korábbi rendelkezések alapján megkötött szerződésekre nincs külön „visszamenőleges” hatálybaléptetési rendelkezés, vagy utalás a „visszamenőleges” alkalmazhatóságra, a szerződésmódosítás lehetőségére vonatkozóan.

Ennek eredményeként a régi Kbt-k alapján megkötött szerződések mellett az alvállalkozók bevonására vonatkozó korlátozó szabályok mentén három csoportra

oszlának a jelenlegi Kbt. alapján megkötött szerződések (1. számú táblázat).

3. Az alvállalkozó bevonására vonatkozó döntés korlátozó tényezői

A sokféle logikai csoportosítási lehetőség közül választva, az alvállalkozók bevonására vonatkozó korlátozásokat elsőként a közbeszerzési eljárásban betöltött szerepkör, azt követően az ajánlatkérő és az ajánlattevő eljárási cselekményeinek, az eljárással összefüggésben hozott döntéseik eredményeként kialakult „közölt

végleges feltételek, ajánlat és a szerződés” tartalma oldaláról közelítem meg, majd a verseny tisztasága alapelv szerepének vizsgálatát követően végül kitekintést teszek az egyéb ágazat-szakmai előírásokra.

3.1. A közbeszerzési eljárásban betöltött szerepkör mint korlátozó tényező

Az ajánlattételi szakaszban a gazdasági szereplők döntéseket hoznak arra vonatkozóan, hogy milyen szerepkörben kívánnak ők maguk megjeleneni, illetve más gazdasági szereplőt megjeleníteni a közbeszerzési

1.A Kbt. 138. § (1) bekezdés és (5) bekezdés szabályozásának alakulása

	Kbt.	Mód1. tv.	Mód3 tv.
Hatálybalépés kezdete	2015.11.01.	2017.01.01.	2018.11.29.
„Visszamenőleges” alkalmazási lehetőség	nincs	van szerződésmódosítással	nincs
Ajánlattevő – alvállalkozó szinten az alvállalkozói teljesítés összesített arányának korlátozása (Kbt. 138. § (1) bekezdés)			
Árubeszerzés	-	-	-
Építési beruházás	van	van	nincs
	korlátozás mértéke: nyertes ajánlattevő(k) saját teljesítésének aránya (kvázi 50%)	korlátozás mértéke: 65%	
	vetítési alap: saját teljesítés	vetítési alap: szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértéke	
Szolgáltatás	van		nincs
	korlátozás mértéke: nyertes ajánlattevő(k) saját teljesítésének aránya (kvázi 50%)	nincs	
	vetítési alap: saját teljesítés		
Alvállalkozó – subalvállalkozó szinten a további közreműködő mértékének korlátozása (Kbt. 138. § (5) bekezdés)			
Árubeszerzés	-	-	-
Építési beruházás	van	van	nincs
	korlátozás mértéke: 50%	korlátozás mértéke: 65%	
	vetítési alap: alvállalkozó saját teljesítése	vetítési alap: alvállalkozói szerződés általános forgalmi adó nélkül számított ellenértéke	
Szolgáltatás	van		nincs
	korlátozás mértéke: 50%	nincs	
	vetítési alap: alvállalkozó saját teljesítése		

Forrás: saját szerkesztés

eljárásban. A közbeszerzési eljárásban betöltött ajánlattevői, kapacitás biztosító szervezet/személy, értékelés során meghatározó körülménynek minősülő szervezet/személy szerepkör determinálja a cselekvési lehetőségeket a szerződés teljesítésének szakaszában. A közbeszerzési eljárásban betöltött sajátos szerepük miatt ez a három szerepkör emelkedik ki a szerződés teljesítésében résztvevők közül, és a sajátos szerepükre tekintettel sajátos szabályok is vonatkoznak rájuk, amely egyúttal közvetett módon az alvállalkozók szabad bevonásának vagy a bevonás mellőzésének korlátozását is jelenti.

3.1.1. Ajánlattevői szerepkör

Az ajánlatkérő mellett a közbeszerzési eljárás legfontosabb résztvevője az a gazdasági szereplő, amely az ajánlatot benyújtja a közbeszerzési eljárásban, azaz az ajánlattevő.

3.1.1.1. Ajánlattétel, közös ajánlattétel, projektársaság

A Kbt. alapján az ajánlattevő a szerződés fő kötelezettje, a szerződés teljesítéséért való felelősség elsősorban őt terheli.

Szigorúbb szabályozás vonatkozik a közös ajánlattételre, illetve a projektársaságra. Egy gazdasági szereplő nemcsak önállóan tehet ajánlatot, hanem a Kbt. 35. § lehetőséget biztosít arra, hogy bizonyos szabályok mentén egy laza gazdasági együttműködés keretében közös ajánlattétel valósuljon meg, amelynek eredményeként a közös ajánlattevők egyetemleges felelősséggel tartoznak a szerződés teljesítéséért. A Kbt. 140. § szerint pedig egy szigorúbb jogi szabályozás alapján az ajánlattevő(k) kizárólagos részesedésével (adott esetben az ajánlatkérővel) létrehozott projektársasággal is lehetőség nyílik a szerződés teljesítésére. A Kbt. 131. § (1) bekezdés alapján az ajánlattevőknek, a közös ajánlattevőknek, illetve a projektársaságnak kell teljesítenie a szerződést, azaz részvételük kötelező a szerződés teljesítésében. Mind a közös ajánlattétel, mind a projektársaság esetén megtalálhatjuk azt a kötelező szabályt, hogy a közös ajánlattételben (Kbt. 35. § (7) bekezdés) a közös ajánlattevők, illetve a projektársaságban kizárólagos részesedéssel rendelkező ajánlattevők nem változhatnak meg (Kbt. 140. § (5) bekezdés). Erre való tekintettel a közös ajánlattétel és projektársaság esetén a későbbiek folyamán az ajánlattevői szinten fellépő gazdasági szereplő „kilépéssel” nem

válhat alvállalkozóvá, illetve az alvállalkozói szinten megjelenő gazdasági szereplő „belépéssel” nem válhat ajánlattevővé. A Kbt. 139. §, amely az ajánlattevői szinten fellépő gazdasági szereplő megváltozására vonatkozó lehetőségeket tartalmazza, annyiban árnyalja az előbb leírtakat, hogy a jogelőd ajánlattevő megszűnése nélküli jogutódlás (pl. beolvadás) esetei jogszerűen előfordulhatnak.

3.1.1.2. Fenntartott szerződések

Az ajánlattevői szerepkörrel összefüggő korlátozó tényezők közé sorolhatjuk a fenntartott szerződéseket is. A fenntartott szerződések közös jellemzője, hogy bizonyos feltétel fennállásától teszik függővé a közbeszerzési eljárásban való részvétel lehetőségét.

Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során jelezheti, hogy a közbeszerzési eljárás fenntartott szerződés megkötésére irányul. A fenntartott szerződés azt jelenti, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban való részvétel jogát fenntartja bizonyos gazdasági szereplők részére. Ilyen lehetőséget találunk a Kbt. 33. §-ban a védett foglalkoztatókkal kapcsolatban, ahol az ajánlattevővel szemben előírás, hogy 30%-ot meghaladó mértékben megváltozott munkaképességű, fogyatékos vagy hátrányos helyzetű munkavállalót kell foglalkoztatnia, a Kbt. 34. §-ban pedig az egészségügyi, szociális és kulturális szolgáltatások esetére vannak előírások a munkavállalókra vonatkozóan. Ezek a munkavállalókra, különösen a munkavállalói létszámmal összefüggő szabályok befolyásolják a szerződés teljesítésében résztvevők körébe további gazdasági szereplők bevonására vonatkozó döntést, mivel a jogszabályban előírt mértéket teljesíteni kell.

A fenntartott szerződések másik csoportját a Kbt. 114. § (11) bekezdés alkalmazásával érintett szerződések képezik. Az ajánlatkérő a Kbt. 114. § (11) bekezdése alapján jogosult fenntartani a részvétel jogát azon gazdasági szereplők számára, amelyek az előző évben, árubeszerzés és szolgáltatás esetén százmillió forint, építési beruházás esetén egymilliárd forint, általános forgalmi adó nélkül számított árbevétel nem értek el. A Kbt. 114. § (11) bekezdés a továbbiakban kifejezetten utal az alvállalkozóra és a kapacitást biztosító szervezetekre is, miszerint az ajánlattevők a feltételnek megfelelő alvállalkozót, illetve kapacitást biztosító szervezetet vehetnek csak igénybe.

Ezekben az esetekben az alvállalkozók bevonása vagy mellőzése esetén szükséges megvizsgálni, hogy a közbeszerzési dokumentumokban előírt feltételek továbbra is fennálljanak. Amennyiben az új alvállalkozó bevonása vagy alvállalkozó bevonásának mellőzése során az előírt feltételek még nem vagy már nem teljesülnek, akkor az alvállalkozó bevonása, illetve a bevonás mellőzése nem lehetséges.

3.1.2. Kapacitást biztosító személy/szervezet szerepkör

Az alvállalkozó bevonására vagy a bevonás mellőzésére vonatkozó korlátok egy csoportja a szerződés teljesítésére való alkalmassági követelmények előírásával összefüggő rendelkezésekre vezethető vissza.

Ajánlatkérő a Kbt. 65. § szerint rendelkezik azzal a kötelezettséggel, egyes esetekben döntési jogosultsággal, hogy a szerződés elnyerésére érdeklődést mutató gazdasági szereplők esetében megvizsgálhassa, hogy rendelkeznek-e azokkal a pénzügyi, műszaki és szakmai tulajdonságokkal (alkalmassági követelmények), amelyek az ajánlatkérő megítélése szerint szükségesek a szerződés teljesítéséhez. A verseny kiszélesítése érdekében az ajánlattevőket pedig megilleti az a jogosultság, hogy ezeknek az alkalmassági követelményeknek ne önállóan, hanem más szervezet/személy kapacitására támaszkodva feleljenek meg (Kbt. 65. § (7) bekezdés), azaz saját szerződés teljesítésére való alkalmasságuk hiányát „kipótolják” más szervezet erőforrásával. Ennek megfelelően – egy-egy esettől eltekintve – az ajánlattevőt általában megilleti a döntési szabadság a kapacitást biztosító szervezet/személy igénybevételét illetően. Az alkalmassági követelménynek való megfelelés vizsgálata a szerződés elnyerésében kiemelt szerepet játszik és a szerződés teljesítésével összefüggésben van, ezért szoros kapcsolat van a kapacitást biztosító szervezet/személy szabályozása, a szerződés teljesítésében való részvételre vonatkozó szabályok, illetve az alvállalkozóra vonatkozó rendelkezések között. A Kbt.-ben garanciális szabályok találhatóak arra vonatkozóan, hogy kapacitást biztosító szervezet/személy bevonása esetén a szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelménynek való megfelelés a szerződés teljes időtartama alatt biztosított legyen. Ezek a szerződés teljesítésébe való bevonásra és a lecserélésre vonatkozó külön szabályok jelentik a korlátozást az alvállalkozókkal kapcsolatos későbbi döntések meghozatalát illetően.

A szerződés teljesítéséhez szükséges alkalmassági követelmények előírására vonatkozó rendelkezésekből következő korlátozások két oldalról közelíthetők meg. Egyrészt meghatározzák azoknak a gazdasági szereplőknek egy csoportját, amelyek kötelesek részt venni a szerződés teljesítésében és mellőzésük, vagy helyettük más gazdasági szereplő igénybevétele csak meghatározott feltételekkel lehetséges. Másrészt a jogi szabályozás lehetőséget teremt arra, hogy ne is lehessen alvállalkozót bevonni bizonyos feladatokkal összefüggő egyes alkalmassági követelménynek való megfelelés érdekében.

3.1.2.1. Kötelező részvétel a szerződés teljesítésében

A kapacitást biztosító szervezet/személy szerződés teljesítésében való kötelező részvételének jellegét és mértékét egyrészt az határozza meg, hogy melyik alkalmassági követelmény teljesítésére veszik igénybe az erőforrását. A Kbt. 65. § (7) bekezdés alapján másrészt a kapacitást biztosító szervezet/személy igénybevétele esetén az ajánlatban csatolni kell a kapacitásait rendelkezésre bocsátó szervezet/személy kötelezettségvállalását tartalmazó okiratot. Az okirattal szemben tartalmi elvárás, hogy alátámassza a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állását a szerződés teljesítésének időtartama alatt, ennek megfelelően a szerződő feleknek figyelemmel kell lenniük a szerződés teljesítése során az okirat rendelkezéseire is, az abban foglalt megállapodásokra, vállalásokra a teljesítésben részvételt illetően.

A Kbt. a műszaki alkalmassági követelmények közül kiemeli a szakemberrel, a referenciával kapcsolatos alkalmassági követelményt, továbbá kiemeli a Kbt. 65. § (1) bekezdés c) pontja szerinti szakmai alkalmasság vizsgálatát.

A Kbt. a szakemberek végzettségére, képzettségére, valamint a referenciákra vonatkozó alkalmassági követelmények esetében kifejezetten előírja, hogy a kapacitást biztosító szervezetnek/személynek részt kell vennie a szerződés azon részének teljesítésében, amely teljesítéséhez az általa biztosított kapacitásra szükség van, a részvétel mértékének pedig akkorának kell lennie, hogy az ajánlattevővel közösen érvényesüljön az alkalmassági követelményben elvárt követelmény (Kbt. 65. § (9) bekezdés). A Kbt. 65. § (9) bekezdése továbbá előírja, hogy a § (1) bekezdés c) pont szerinti szakmai alkalmassági követelmény igazolására akkor vehető igénybe

más szervezet kapacitása, ha az adott szervezet valósítja meg azt a feladatot, amelyre vonatkozóan a nyilvántartásban szereplés, szervezeti tagság vagy engedéllyel rendelkezés kötelezettsége fennáll.

A szakemberek, a referencia, a szakmai alkalmassági követelmények esetében tehát nem elégséges a kötelezettségvállaló okirat tartalmát szem előtt tartani, sőt a kötelezettségvállaló okiratnak összhangban kell lennie a fenti szabályozással. A további alvállalkozó szabad bevonását illetően a két rendelkezés lényeges különbséget takar. Míg a szakember, referencia esetében csak „részt venni” (a Kbt. nem a teljesítés kifejezést használja) kötelező egy bizonyos mértékben, amely egyúttal lehetőséget teremt más alvállalkozó bevonásának lehetőségére is, addig a nyilvántartásban szereplésre, szervezeti tagságra vagy engedéllyel rendelkezésre vonatkozó szakmai alkalmassági követelmény esetén a kapacitást biztosító személynek kell megvalósítani az adott feladatot, amely viszont kizárja más alvállalkozó bevonásának lehetőségét az adott tevékenységre.

A további műszaki-szakmai alkalmassági követelmények (pl. műszaki-technikai felszereltség) esetében a kötelezettségvállaló okirat tartalma lesz irányadó a szerződés teljesítésében részvétel jellegében, tartalmában, mértékében.

A kapacitást biztosító szervezet/személy szerződés teljesítésében való részvétele maga után vonja, hogy az alvállalkozói szabályok alkalmazásának szükségességét is vizsgálni kell, azaz a kapacitást biztosító szervezet/személy alvállalkozónak minősül-e. Ez azért lényeges kérdés, mert behatárolja a szerződés teljesítése során alkalmazni szükséges jogszabályokat: csak az alkalmasság igazolása és a kapacitást biztosító szervezet/személy bevonása miatti szabályokat, vagy az alvállalkozókra vonatkozó rendelkezéseket is alkalmazni kell-e.

Vannak nézőpontok, amelyek a kapacitást biztosító szervezetek/személyek esetén szükségtelennek tartják az alvállalkozói státusz külön vizsgálatát, részben evidenciaként kezelve az alvállalkozói státusz meglétét, részben arra hivatkozással, hogy a kapacitást biztosító szervezet/személy szerepköre amúgy is szigorúbb szabályozás alá esik. Véleményem szerint szükséges az alvállalkozói státusz fennállásának vizsgálata, mivel az alvállalkozói fogalom sajátos elemeket (lásd pl. kivételi körök) tartalmaz, így előfordulhat az az eset, hogy a

kapacitást biztosító szervezet/személy nem minősül alvállalkozónak. Lényeges különbségek találhatóak a két státusz között: bár a kapacitást biztosító szervezet/személy lecserélésének többletkövetelményei vannak, így valóban szigorúbb a szabályozás, de pl. a Kbt. 65. § (10) bekezdés is külön említi a két szerepkört, a Kbt. 138. § (3) bekezdése alapján a kizáró ok fenn nem állására csak alvállalkozó bevonása esetén kell nyilatkozni, építési beruházás esetén a kétlépcsős kifizetési szabályokat kizárólag az alvállalkozók esetén kell alkalmazni, stb.. Ezért kiemelt jelentősége van annak, hogy mindkét szerződő fél pontosan tisztában legyen az alvállalkozók körével, és a szerződés teljesítésében résztvevő minden szervezet/személy státusza tisztázott legyen.

A műszaki és szakmai alkalmassági követelménynek való megfelelés érdekében bevont szervezet/személy a Kbt. 138. § (2) bekezdése alapján a szerződés teljesítési szakaszában is köteles részt venni a kötelezettségvállaló okirat tartalmának megfelelően vagy a Kbt. előírása alapján. A közbeszerzési eljárásban betöltött speciális szerepkörre tekintettel, a kapacitást biztosító szervezetek/személyek szerződés teljesítésébe való bevonásának mellőzésére, illetve helyettük más gazdasági szereplő bevonására külön szabályokat találhatunk. A Kbt. 138. § (2) bekezdés alapján az ajánlattevőnek a kapacitást biztosító szervezet/szakember nélkül vagy a helyette bevont új szervezettel/szakemberrel, (amennyiben a közbeszerzési eljárásban az adott alkalmassági követelmény tekintetében bemutatott adatok alapján az ajánlatkérő szűkítette az eljárásban részt vevő gazdasági szereplők számát, az eredeti szervezetekkel vagy szakemberrel egyenértékű módon), továbbra is meg kell felelnie az alkalmassági követelménynek, amelynek teljesítése érdekében a kapacitást biztosító szervezetet/szakembert bevonta. Ez a rendelkezés behatárolja az ajánlattevő döntési szabadságát, mivel ha nem képes saját maga vagy az új szervezettel/személlyel együtt továbbra is megfelelni az alkalmassági követelménynek, akkor az „eredeti” kapacitást biztosító szervezet/személy nem mellőzhető vagy új másik szervezetet/személyt kell bevonnia.

Szükséges kiemelni, hogy a kapacitást biztosító szervezet/személy esetében a Kbt. 139. § jogutódlási szabályai nem irányadóak, mivel azok az ajánlattevői és ajánlatkérői szintre vonatkoznak.

3.1.2.2. Kapacitást biztosító szervezet/személy bevonására vonatkozó tilalom

A Kbt. 138. § (3) bekezdése a Kbt. 65. § (10) bekezdés alapján lehetővé teszi, hogy az ajánlatkérő korlátozza a kapacitást biztosító szervezet/személy, valamint alvállalkozó bevonását. A rendelkezés alapján az ajánlatkérő előírhatja, hogy

- építési beruházásra irányuló szerződés esetén,
- szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés esetén,
- árubeszerzésre irányuló szerződéssel kapcsolatos beállítási vagy üzembehelyezési művelet esetén

bizonyos alapvető fontosságú feladatokat az ajánlattevőnek, közös ajánlattétel esetén a közös ajánlattevők valamelyikének kell elvégeznie. Ezekhez az alapvető fontosságú feladatokhoz kapcsolódó alkalmassági követelményeknek való megfelelés érdekében nem lehet kapacitást biztosító szervezetre/személyre támaszkodni, illetve a szerződés teljesítése során e feladatokat nem végezheti alvállalkozó.

A korlátozás súlypontja a „feladat” alapvető fontosságára tevődik. Láthattuk, hogy a korábbi közbeszerzési szabályozások valamilyen szerződéses érték, volumen alapján határozták meg az alvállalkozók bevonásának korlátait. A Kbt. 65. § (10) bekezdés azonban a tartalom oldaláról közelít, az ajánlatkérő konkrét, nevesített feladatok elvégzésére tilthatja meg kapacitást biztosító szervezet/személy, illetve alvállalkozó bevonását, amely feladatok pedig nem lehetnek jelentéktelenek, hanem a beszerzés tárgyának jellegére tekintettel csak valamilyen jelentős, alapvető fontosságú feladatok. A jogszabályhely árubeszerzés esetében további szűkítést tartalmaz az ajánlatkérő korlátozó előírása tekintetében, az alapvető fontosságú feladatnak a beállítási vagy üzembehelyezési művelethez kell kapcsolódnia. Azaz az ajánlatkérő általános jelleggel nem tilthatja meg kapacitást biztosító szervezet/személy, illetve alvállalkozó bevonását.

Ezzel a rendelkezéssel elérhető, hogy a szerződéses feladat ajánlatkérő által legfontosabbnak ítélt részeihez kapcsolódó szerződés teljesítésére való alkalmassági követelménynek is az ajánlattevő feleljen meg, illetve a szerződés tárgyát képező valamely lényeges feladat

elvégzésének kötelezettsége továbbra is az ajánlattevőt mint főkötelezettet terhelje.

3.1.2.3. Koncessziós beszerzési eljárás eltérő szabályozása

A koncessziós beszerzési eljárás vonatkozásában eltérő szabályozást találhatunk.

A Kbt. 124. § (3) bekezdése alapján koncessziós beszerzési eljárásban nem írható elő, hogy a szerződés meghatározott részét személyesen az ajánlattevő teljesítse. Ezzel összhangban a § (2) bekezdése nem rendeli el a Kbt. 65. § (10) bekezdésének alkalmazását. Az indokolás szerint ennek oka a koncessziós beszerzés eredményeként megkötött szerződések sajátossága, mivel ezek a szerződések nagyobb kockázatviselést, nagyobb önállóságot igényelnek, így a korlátozás túlzott versenykorlátozást eredményezhetne.

A sajátos tárgyú (Kbt. 3. mellékletben meghatározott szociális és egyéb szolgáltatások) koncesszióra irányuló beszerzési eljárásban viszont a Kbt. 129. § (4) bekezdés alapján az ajánlatkérő jogosítványai sokkal szélesebbek, mint más beszerzési tárgyak esetében. Az ajánlatkérő ugyanis jogosult azt előírni, hogy a szolgáltatás jellegére tekintettel az ajánlattevő a szerződést személyesen köteles teljesíteni és kizárhatja más gazdasági szereplőnek az alkalmasság igazolásába történő bevonását.

Az előbbi szabályozás gyakorlatilag az alvállalkozók bevonására vonatkozó jogosultságot is jelenti, míg az utóbbi rendelkezés az alvállalkozók bevonásának egyfajta tilalmát jelenti.

3.1.3. Ajánlat értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő személy/szervezet szerepkör

A Kbt. kiemel még egy csoportot az ajánlattevő által a közbeszerzési eljárás során bemutatott személyek/szervezetek közül, amely a szerződés teljesítésében kötelezően résztvevők körébe tartozik és mellőzésükre – hasonlóan az alkalmassági követelményeknek való megfelelés érdekében bevont személyek/szervezetek esetéhez – külön szabályok vonatkoznak. Ez a részvételre kötelezés, valamint mellőzésükre vonatkozó külön szabályok alkotják az alvállalkozók bevonási korlátjának következő csoportját.

A Kbt. 138. § (4) bekezdés alapján „az eljárás során az ajánlattevő által bemutatott valamely szervezet vagy

szakember bevonásától nem lehet eltekinteni olyan esetben, ha az érintett szerződés sajátos tulajdonságait figyelembe véve az adott személy (szervezet) igénybevétele a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősült”.

Tekintettel arra, hogy ezeknek a személyeknek/szervezeteknek a bevonása jogszabályi kötelezettség, esetükben is vizsgálni kell az alvállalkozói fogalom fennállását annak érdekében, hogy megállapítható legyen az alvállalkozókra vonatkozó rendelkezések alkalmazásának kötelezettsége. Az alvállalkozói fogalom (Kbt. 3. § 2. pont) tartalmát figyelembevéve előfordulhat olyan eset, hogy ezek a szervezetek/személyek nem minősülnek alvállalkozóknak, ezért lényeges a jogállásuk tisztázása.

A szerződés teljesítésébe való kötelező bevonásra vonatkozó rendelkezés alkalmazásához az alábbi elemek egyidejű teljesülése szükséges:

- az ajánlattevő a közbeszerzési eljárásban konkrétan bemutatott, azaz megnevezett egy szervezetet vagy szakembert, amelyet/akit igénybe kíván venni a szerződés teljesítése során, és
- ennek a konkrétan bemutatott szervezetnek vagy szakembernek az igénybevétele az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősült az érintett szerződés sajátos tulajdonságai alapján.

Az értékeléskor meghatározó körülményt mindig az adott beszerzés tükrében kell megítélni, de fontos kiemelni, hogy nem kizárólag az értékelési szempontra tett ajánlat minősül meghatározó körülménynek, annál tágabb kör tartozik ide (pl. szakmai ajánlat tartalma, a beszerzés teljesítésének bemutatása).

A fenti rendelkezés ezért nemcsak az adott szervezetet/személyt konkretizálhatja, hanem az általa elvégzett tevékenység tartalmát is. Amennyiben az ajánlattevő egy adott szervezetet/személyt az ajánlatban egy konkrét tevékenység elvégzése kapcsán mutatott be, akkor a „más” alvállalkozó bevonásának korlátját nemcsak az adott személy, hanem a tevékenység is jelenti.

A Kbt. 138. § (4) bekezdése alapján az értékeléskor meghatározó körülménynek minősülő szervezet/személy mellőzése szigorú szabályok szerint lehetséges: szervezet esetében csak jogutódlással, ha a jogutód

szervezet az értékeléskor figyelembe vett minden releváns körülmény tekintetében jogutód, szakember személye pedig csak akkor változtatható, ha minden releváns körülmény tekintetében az értékelttel legalább egyenértékű szakember kerül bemutatásra, továbbá szakember esetében szükséges az ajánlatkérő hozzájárulása.

Láthatjuk, hogy az alvállalkozó mellőzése, illetve más alvállalkozó bevonása csak a rendelkezésben feltüntetett feltételekkel lehetséges, amely igen szigorú korlátot jelent az alvállalkozó szabad változtatását illetően, hiszen az új alvállalkozónak teljesítenie kell szervezet esetében a jogutódlásra vonatkozó, szakember esetében az egyenértékűsége vonatkozó feltételt az ajánlatkérő hozzájárulása mellett. Azt is ki kell emelni, hogy jóval szigorúbbak a feltételek az alkalmassági követelményeknek való megfelelés érdekében igénybe vett szervezet/személy bevonási szabályaihoz képest, ezért mind ajánlatkérőnek, mind az ajánlattevőnek pontosan tisztában kell lennie, hogy az ajánlatban bemutatott szervezetek/személyek melyik kategóriába tartoznak. Ez különösen a személyi állomány esetében fontos, hiszen ez az a terület, amelynél a Kbt. kifejezetten enged alkalmassági követelményként és értékelési szempontként való egyidejű megjelölést a pontos elhatárolás megkövetelése mellett.

Leggyakoribb példa – ahogy a Kbt. is említi – a személyi állományra vonatkozó értékelési szempont, így pl. szakmai többletapasztalat, valamilyen képzettséggel, végzettséggel, jogosultsággal való rendelkezés, helpdesk/ügyfélszolgálat biztosítása, személyi állomány összetétele, szociális szempont vállalása (pl. védett korúak, hátrányos helyzetűek, tartós munkanélküliek bevonása), minőségbiztosítási feladat ellátása, szerviz- vagy üzemeltetési feladatok ellátásában közreműködők.

3.2. Közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, az ajánlat mint korlátozó tényezők

Az alvállalkozókkal kapcsolatos kötelezettségek, illetve lehetőségek körét az ajánlatkérő és az ajánlattevő eljárási cselekményei, az eljárási cselekmények során meghozott döntéseik, az eljárási cselekmények során készített dokumentumok, így a közölt végleges feltételek, az ajánlat is lényegesen befolyásolják.

A Kbt. 131. § (1) bekezdése alapján a szerződést a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, az

ajánlat, illetve a szerződéstervezet tartalma alapján kell megkötni, azaz a közbeszerzési eljárásban előírt követelmények, vállalások is a szerződés részévé válnak az ajánlati kööttség révén. Mindezen dokumentumok tartalmazhatnak olyan előírásokat, vállalásokat, amelyeknek teljesítése érdekében az ajánlattevő egy másik szervezet/személy bevonásáról dönt és ez a szervezet/személy alvállalkozónak minősül a Kbt. 3. § 2. pontja alapján.

Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumok részeként műszaki leírást készít vagy meghatározhat a beszerzéssel összefüggő „egyéb” követelményeket, illetve – ahogy az előző pontokból láthattuk – kiválasztási vagy odaítélési szempontokat ír elő. Az ajánlattevő az ajánlatában szakmai ajánlatot csatol az ajánlatkérő által előírt követelménynek való megfelelés bemutatása érdekében, az ajánlata részeként vállalatot tesz az értékelési szempontokra, az egyes eljárási cselekmények során nyilatkozik, így különösen felvilágosítást vagy árándokolást ad, valamint egyéb dokumentumokat bocsát ajánlatkérő rendelkezésére. Mindezen dokumentumokban a beszerzés jellegétől, illetve az ajánlatkérő által előírt követelményektől függően alvállalkozók igénybevitelét is ismertetheti, konkrét szervezeteket, személyeket és tevékenységeket nevesíthet a szerződés teljesítésébe bevonás érdekében. Ilyen eset lehet pl. ha az ajánlattevő a szolgáltatás teljesítését, a szolgáltatásban résztvevő szervezeteket, személyeket mutatja be szakmai ajánlatában.

Az ajánlatkérő továbbá meghatározhat szerződéskötési és szerződés teljesítési feltételeket is, amelyeket – amennyiben az ajánlatkérő azt lehetővé teszi – az ajánlattevő egy másik szervezet, személy bevonásával is teljesíthet. Ilyen gyakori szerződéskötési feltétel pl. minőségbiztosítási tanúsítvány, felelősségbiztosítás, névjegyzékben szereplés, szervizellátás bemutatása.

Az ajánlati kööttségre tekintettel, amennyiben az ajánlatkérő a szerződés teljesítésében résztvevőkre vonatkozóan a közbeszerzési dokumentumokban, a szerződésben követelményeket határozott meg, akkor ezeket a követelményeket a szerződés teljesítése során is biztosítani kell. Ugyanígy, amennyiben az ajánlattevő az ajánlata részeként vagy a közbeszerzési dokumentumokban előírt feltételeknek való megfelelés, egyes vállalások teljesítése érdekében alvállalkozó igénybevitelét ismertette, akkor az ajánlati kööttség alapján ez a vállalat is a szerződés részévé válik.

A szerződő feleknek az ajánlati kööttségre tekintettel fokozott gondossággal kell eljárniuk azon alvállalkozók esetében, amelyek a közbeszerzési eljárás során az ajánlatban vagy a szerződéskötéskor valamilyen „szerepet” töltöttek be, valamilyen feltételt teljesítettek, azaz nemcsak „egyszerű”, a szerződés teljesítésében résztvevő gazdasági szereplők.

A szerződő felek nem tekinthetnek el a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, az ajánlatban megített vállalások teljesítésétől, ezért az eljárásban valamilyen szerepkörben, valamilyen konkrét vállalat, bemutatás kapcsán nevesített szervezet/személy mellőzésére, cseréjére vagy a tevékenysége kapcsán új alvállalkozó bevonására irányuló szándék esetében a szerződő feleknek meg kell vizsgálniuk, hogy a Kbt. 138. § rendelkezései mellett a Kbt. más jogintézményét (pl. szerződésmódosítás) szükséges-e alkalmazni.

3.3. Szerződéses feltételek mint korlátozó tényezők

Az alábbi pontokban olyan jogszabályi rendelkezéseket ismertetünk, amelyek a szerződés tartalmával vannak összefüggésben és alkalmazásuk szintén az alvállalkozók bevonására vonatkozó döntési jog korlátozását eredményezheti.

3.3.1. Különleges szerződés teljesítési feltételek

A Kbt. 132. § alapján az ajánlatkérő sajátos feltételeket is meghatározhat a szerződés teljesítésére vonatkozóan, amelyek szintén befolyással lehetnek az alvállalkozók lehetséges körére. Ezeknek a különleges feltételeknek a szerződés tárgyához kell kapcsolódnuk és nem eredményezhetik az esélyegyenlőség, egyenlő elbánás, a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelő eljárás, joggal való visszaélés tilalma, nemzeti elbánás alapelvek sérelmét. A Kbt. példalózó felsorolásában ilyen különleges szerződés-teljesítési feltételeként említi a szociális feltételeket, amelyek esetében az ajánlatkérő bizonyos szociális tulajdonságok (pl. védett munkahely, álláskereső státusz, hátrányos helyzet, munkanélküliség, valamilyen családtag támogatásban részesülés stb.) fennállását írhatja elő. De ide tartozhat egy környezetvédelmi feltétel vagy innovációt ösztönző feltétel is, amely olyan követelményt ír elő, amelyet egy gazdasági szereplőnek teljesítenie kell (pl. környezetvédelmi szabványnak való megfelelés, alkalmazott technológia).

Tekintettel arra, hogy ezek a különleges szerződés teljesítési feltételek sok esetben a szerződés teljesítésében közreműködők „személyéhez” kapcsolódó sajátos jellemzők, alvállalkozó bevonására vagy egy már bevont alvállalkozó mellőzésére, vagy új alvállalkozó bevonására irányuló szándék esetén fokozott figyelemmel kell lenni arra, hogy a közbeszerzési eljárásban, a szerződésben és az ajánlatban közölt végleges feltételek továbbra is teljesüljenek.

3.3.2. Kifizetési szabályok

Ahogy a bevezetőben is említettük, a jelenleg hatályos Kbt. építési beruházás megvalósítása során az alvállalkozók támogatásának egyik eszközeként az ellenszolgáltatás kifizetésére sajátos szabályokat tartalmaz. Az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (továbbiakban: Építési beruházási rendelet)⁴ alvállalkozók bevonása esetén az ellenszolgáltatás kifizetésére meghatároz egy cselekvési sorrendet, amelynek lényege, hogy az ajánlatkérő az ajánlattevő által tett nyilatkozatok és a részletezett számla alapján elsőként az alvállalkozókat megillető részt fizeti ki, majd az alvállalkozók kifizetésének igazolását követően az ajánlattevőt megillető részt. Ajánlattevő csak az alvállalkozóval kötött szerződésben foglaltak szerint tarthatja vissza az alvállalkozói díj egy részét. A Kbt. kógcéjából következően az Építési beruházási rendeletben meghatározott lépések mindegyikét be kell tartani, attól eltérni csak akkor lehet, ha maga a Kbt. vagy az az alapján megalkotott jogszabály megengedi. Az ellenszolgáltatás kifizetési folyamatának kiindulási pontja az ajánlatkérő elismerése a teljesítésről, azaz a teljesítés igazolása. (Építési beruházási rendelet 32/A. § (1) bekezdés). Mivel a kifizetés kiindulási alapja a teljesítés elismerése és a kifizetési sorrend kógcens módon szabályozott, a kifizetési szabályok megsértése ugyanolyan közbeszerzési jogsértésnek számít,⁵ mint az alvállalkozók bejelentésével összefüggő szabályok megsértése annak minden jogkövetkezményével együtt. A kógcens szabályozás miatt a jogalkalmazók számára kérdésként merül fel, hogy az ajánlatkérőtől kapott előleget jogszerűen továbbadhatják-e

az alvállalkozók részére (hiszen ekkor még nincs teljesítés-elismerés) vagy saját döntésük alapján jogszerűen adhatnak-e előleget az alvállalkozók részére (hiszen az ajánlatkérőnek kell az alvállalkozók részét előbb kifizetnie) vagy saját döntés alapján engedhetnek-e részszámlázási lehetőséget, ha a közbeszerzési szerződés nem biztosítja vagy a visszatartási jog mekkora mértékű lehet. Ez a bizonytalanság és a jogsértés közbeszerzési jogkövetkezményeitől való félelem pedig visszatartó erőként jelentkezhet az alvállalkozó bevonását illetően akár az ajánlattevő, akár az alvállalkozásban gondolkodó gazdasági szereplő részéről.

Az Építési beruházási rendelet az alvállalkozó kifizetése során rendelkezik arról is, hogy a nettó 200.000 forintot meghaladó kifizetésnél az igénybe vett alvállalkozónak igazolnia kell köztartozásmentességét, amely szintén egy bevonásra vonatkozó döntést befolyásoló körülmény, és gyakorlatilag egy jogi korlát (Építési beruházási rendelet 32/B. § (1) bekezdés).

Végül az alvállalkozóként való megjelenésre vonatkozó döntést befolyásolja az a tény is, hogy az építési beruházáson kívül a többi közbeszerzési tárgy esetében nincsenek alvállalkozókat támogató kifizetési szabályok, pedig egyes szolgáltatások (pl. őrzés-védelem, takarítás) esetében nagyarányú lehet az alvállalkozói teljesítés.

3.3.3. Szerződésmódosítási szabályok

A Kbt. 138. § (2)-(4) bekezdései szabályozzák konkrétan az alvállalkozók bevonására, az egyes szerepkörökben megjelenő gazdasági szereplők (amelyek a legtöbb esetben alvállalkozónak minősülnek) megváltoztatására vonatkozó szabályokat, azonban nem lehet figyelmen kívül hagyni, hogy az alvállalkozók bevonása vagy éppen egy alvállalkozó bevonásának mellőzése egy közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítése során történik.

A Kbt. 131. § (1) bekezdés alapján a szerződést a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, a szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően kell megkötni, azaz a beálló ajánlati kötöttségre figyelemmel a közbeszerzési eljárás során tett valamennyi előírás, követelmény, megajánlás, vállalás stb. a szerződés részévé válik. A szerződést a szerződő feleknek e

⁴ A kézirat lezárásának ideje: 2020. szeptember 1., mely dátum az Építési beruházási rendelet hatálya tekintetében irányadó.

⁵ D.189/19/2017., D.664/16/2017., D.237/14/2018.

végleges feltételek alapján kell teljesíteniük. Vannak esetek, ahol nem lehet pusztán arról az oldalról közelíteni, hogy az adott gazdasági szereplő milyen szerepkört töltött be a közbeszerzési eljárás során, hanem azt is szem előtt kell tartani, hogy az adott gazdasági szereplő ezekkel a végleges feltételekkel milyen viszonyban áll. Amennyiben ugyanis a szerződő felek a szerződéstől eltérő tartalommal kívának teljesíteni, úgy felmerül a szerződésmódosítás szükségességének vizsgálata. A szerződést azonban kizárólag a Kbt. 141. §-ban meghatározott feltételek fennállása esetén lehet módosítani. Ennek megfelelően a szerződő feleknek minden esetben mérlegelniük kell, hogy a szerződés módosítására vonatkozó szabályokat is szükséges-e alkalmazni. Ezt a kérdést a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek függvényében esetenként kell megítélni. Példaként említhetjük a szakmai ajánlat, illetve az árandokolás tartalmát. Amennyiben a nyertes ajánlattevő a közbeszerzési eljárásban beadott árandokolásában egy adott alvállalkozó igénybeviteléről, az általa végzett tevékenységről, annak költségvonzatairól értekezett, vagy a nyertes ajánlattevő közbeszerzési eljárásban közölt szakmai ajánlatában egy vagy több nevesített gazdasági szereplő általi teljesítést ismerteti, már átléphetjük azt a határt, ahol szükséges figyelembe venni a szerződésmódosítási szabályokat. De ilyen eset az is, ha a szerződő felek a szerződés mellékletévé tették a részletes alvállalkozói, illetve az alvállalkozók által végzett tevékenységi jegyzéket, és nem utaltak a módosítás mellőzhetőségére, mint az a kapcsolattartási adatok esetében szokás.

Így a szerződő feleknek arra is kell ügyelniük, hogy ha új alvállalkozó bevonása, a már bevont alvállalkozó mellőzése a szerződéses tartalom („végleges feltételek”) megváltozásával jár és emiatt a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó szabályait is alkalmazni kell, de a szerződés a Kbt. 141. § alapján nem módosítható vagy a szerződő felek elmulasztják a szerződés módosítását, akkor akár a közbeszerzési eljárás mellőzése jogsértés valósulhat meg a Kbt. 141. § (8) bekezdés alapján, amely a módosítás semmiségét eredményezheti a Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján.

3.4. Verseny tisztasága alapelv

A Kbt-ben alapelvi szinten is megjelenik⁶ a verseny tisztasága és az esélyegyenlőség biztosítására vonatkozó kötelezettség.

Alvállalkozó szabad bevonásának korlátjaként jelölhetjük meg a Kbt. 25. §-ban foglalt *összeférhetlenségi szabályokat*, illetve a Kbt. 36. § (1) bekezdés szerinti *többes megjelenés tilalmára* vonatkozó rendelkezéseket.

Az összeférhetlenségi szabályok alapján nem vehet részt a közbeszerzési eljárás előkészítésében, a közbeszerzési eljárás lefolytatásában az ajánlatkérő nevében olyan személy vagy szervezet, amely vagy szubjektív okból (pártatlanság, tárgyilagosság, gazdasági érdek, egyéb érdek) vagy objektív okból (nevesített tisztségek betöltése, közös háztartásban élő hozzátartozó) összeférhetetlen. Az összeférhetlenségi szabályok megsértése a közbeszerzési eljárásban legtöbb esetben kizáró okként (Kbt. 62. § (1) bekezdés m) pont) is megjelenik, amely az ajánlattevő mellett az alvállalkozó és az alkalmasság igazolásában résztvevő gazdasági szereplőre is vonatkozik. A Kbt. 143. § (2) bekezdés alapján pedig kötelező felmondási, illetve elállási ok az ajánlatkérő részéről, ha a szerződés megkötését követően jut tudomására, hogy a szerződő másik fél tekintetében a közbeszerzési eljárás során kizáró ok állt fenn, és ezért ki kellett volna zárni a közbeszerzési eljárásból.

A többes megjelenés tilalma az ajánlattevői szerepkör irányából közelíti meg a kérdéskört, és azt szabályozza, hogy a verseny tisztasága érdekében ugyanabban a közbeszerzési eljárásban – részajánlattétel esetén ugyanazon rész tekintetében – az adott ajánlattevő egy másik ajánlatban milyen más szerepkörben nem jelenhet meg. A többes megjelenés tilalmára vonatkozó rendelkezések között találhatjuk azt, hogy az adott ajánlattevő nem vehet részt a közbeszerzési eljárásban más ajánlattevő alvállalkozójaként, illetve nem igazolhatja más ajánlattevő szerződés teljesítésére való alkalmasságát (Kbt. 36. § (1) bekezdés b)-c) pontja).

Mindkét fenti esetben lényeges tényező, hogy a közbeszerzési eljárás folyamatával bezáróan tartalmazzanak korlátozásokat. A Kbt. 37. § (2) bekezdés alapján a közbeszerzési eljárás az eredményről szóló tájékoztató hirdetmény közzétételével zárul. Az eredményről szóló tájékoztatót legkésőbb a szerződéskötést követő 3

⁶ Kbt. 2. § (1)-(2) bekezdés.

munkanapon belül kell megküldeni közzétételre (az eredménytelenné nyilvánítás esetére vonatkozó szabályok a cikk témája miatt most nem relevánsak). A közzétételre való megküldést követő hirdetményközvetítési folyamat még további napokat vesz igénybe a hirdetmény közzétételéig. Ez az esetek többségében azt jelenti, hogy a szerződő felek már szerződésteljesítési szakaszban vannak, de fogalmilag a közbeszerzési eljárás még tart. Ezért valamennyi olyan szabályt, amely a közbeszerzési eljárásra vonatkozik, a szerződő feleknek még be kell tartaniuk.

Az alvállalkozó bevonásának korlátját jelenti ezért, ha a nyertes ajánlattevőként szerződő fél az eredményről szóló tájékoztató megjelenése előtt az összeférhetlenség alatt álló személyt, szervezetet vagy a többes megjelenés esetében egy másik ajánlat ajánlattevőjét akarja alvállalkozóként bevonni. A Közbeszerzési Döntőbizottság D.443/12/2019. számú határozatában ez utóbbi esetre vonatkozó jogsértést állapított meg. A határozat további lényeges része az ajánlatkérő kötelezettségének kifejtése, miszerint a Kbt. 2. § (1) bekezdésében foglalt alapelvekre tekintettel az ajánlatkérőnek mindent meg kell tennie annak érdekében, hogy a jogsértő állapotot megszüntesse. Nem szabad elfeledkezni arról, hogy az összeférhetlenségi szabályok megsértése a közbeszerzési eljárásban rendszerint a kizáró okok, a verseny tisztaságának megsértése pedig az eredménytelenségi okok között szerepel. Így előállhat az a jogi helyzet, hogy a másik ajánlattevőnek a szerződés teljesítésébe „rossz ütemben” történő bevonása alvállalkozóként a kizáró ok hatálya alá kerülést eredményezi az adott szerződés nyertes ajánlattevője számára vagy új eljárást lezáró döntés meghozatalára kerül sor, mindezek viszont legalább a szerződés „elvesztését” vonják maguk után.

Arra, hogy egy másik ajánlattevő az eredményről szóló tájékoztató megjelenése után bevonható-e alvállalkozóként a szerződés teljesítésébe, kifejezett rendelkezést, tilalmat nem találunk a Kbt.-ben, ugyanakkor az olyan alapelvek mint a verseny tisztasága, a jóhiszemű és rendeltetésszerű joggyakorlás ebben az esetben is irányadók. Ezért az alvállalkozó bevonása előtt a szerződő feleknek, de különösen az ajánlatkérőnek szükséges fokozott gondossággal eljárnia és megvizsgálnia, hogy az alvállalkozóként bevonni kívánt „másik ajánlattevő” a közbeszerzési eljárásban milyen magatartást tanúsított, felmerül-e az összejárás, a

visszaélés, a kartell, végső soron a versenytisztaság megsértésének a gyanúja. Ilyen jelenség például, ha a „másik ajánlattevő” lett volna a nyertes ajánlattevő az értékelési szempont alapján, de nem nyújtott be hiánypótlást, indokolást, visszavonta az ajánlatát, visszalépett a szerződéskötéstől vagy a közbeszerzési eljárásban nem „valódi” ajánlatot tett.

Végül a verseny tisztaságához kapcsolódó korlátként említhetjük, hogy bár a Kbt. nevesítetten nem korlátozza, hogy több ajánlattevő ugyanazt az alvállalkozót nevezze meg a közbeszerzési eljárásban vagy vonja be kapacitást biztosító szervezetként, de a verseny tisztasága mint alapelv ebben az esetben is irányadó.

Mindkét szerződő fél vonatkozásában elvárt, hogy a konkrét rendelkezéseknek és a generálklauzulaként működő alapelveknek megfelelően járjanak el, de amennyiben az ajánlattevő ezt elmulasztja, az ajánlatkérőnek meg kell tennie a szükséges intézkedéseket az ajánlattevő szankcionálását, illetve az alvállalkozó bevonásának megakadályozását illetően.

3.5. Egyéb ágazat-szakmai előírások mint korlátozó tényezők

A közbeszerzési eljárás egy beszerzési igény megvalósítására irányul. A közbeszerzési eljárás, illetve egyáltalán maga a beszerzés nem „légtüres térben” zajlik, hanem egyéb ágazat-szakmai jogszabályok, előírások, kötelezettségek is vonatkoznak rá. Ezen előírások között találhatunk olyan követelményeket, amelyeket kötelező betartani és ezért befolyásolják a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében résztvevők körét, így akár az alvállalkozók bevonása szabadságának korlátozását eredményezik.

Ilyen korlátot tartalmazhatnak a közbeszerzési dokumentumok is, amikor maga az ajánlatkérő írja elő valamilyen tulajdonság meglétét akár ajánlattételi, akár szerződéskötési, akár szerződésteljesítési követelményként.

A közbeszerzésekben, példalozó jelleggel gyakori előírás egy tevékenység végzésére irányuló jogosultsággal, engedéllyel való rendelkezés (pl. tervezői, műszaki ellenőri, felelős műszaki vezetői, szakértői jogosultság), szervezeti tagság (pl. kamarai tagság), képzettségre/végzettségre vonatkozó követelmény (pl. műszaki ellenőr, felelős műszaki vezető, könyvvizsgáló),

névjegyzékben szereplés (pl. építőipari kivitelezési, tervezői, FAKSZ névjegyzék), felelősségbiztosítással rendelkezés (pl. tervezés, építési beruházás esetében). A példák végtelenségig sorolhatóak lennének, de ezzel a néhány példával rávilágíthatunk arra, hogy mindkét szerződő félnek tekintettel kell arra lenni, hogy az alvállalkozó feleljen meg a rá vonatkozó szükséges követelményeknek, amennyiben pedig valamely alapvető előírást teljesítő alvállalkozó a továbbiakban nem vesz részt a szerződés teljesítésében, akkor vagy más, az adott szerződés teljesítésében résztvevő teljesítse a követelményt vagy helyette olyan alvállalkozó kerüljön bevonásra, amellyel az előírásnak való megfelelés fenntartható.

4. Az ajánlatkérő és az ajánlattevő felelőssége

A közbeszerzési eljárás lezárását követően a szerződés-teljesítési szakaszban a közbeszerzési szakértelem rendszerint háttérbe szorul, a teljesítés műszaki-szakmai, pénzügyi és esetlegesen jogi aspektusai válnak központi kérdéssé, és gyakran elfelejtődik, hogy a szerződés teljesítése is a kógens közbeszerzési környezetben zajlik és ugyanúgy szigorú szabályok vonatkoznak rá, mint a közbeszerzés többi szakaszára a Ptk. diszpozitív szabályai mellett.

A hatályos Kbt. a szerződés teljesítéséért való felelősséget hangsúlyosabban kezeli, fokozottan érvényesül az ajánlattevők felelőssége is a szerződéses szakasz jogszerűségéért az ajánlatkérő felelőssége mellett. Hallhatóak még olyan megjegyzések, amely szerint „a Kbt. kizárólag az ajánlatkérő kötelezettsége”. A Kbt. szabályozási rendszere – különösen az ajánlati kötöttségen, a szerződés teljesítésében résztvevők szabályozásán és a közpénzekkel való felelős gazdálkodás elv érvényesítésének kötelezettségén keresztül – nyilvánvalóvá teszi, hogy a közbeszerzési szabályok betartása, így a szerződés teljesítésében résztvevőkkel, az alvállalkozók bevonásával összefüggő rendelkezések érvényesítése nemcsak az ajánlatkérő, hanem a szerződés teljesítésében közreműködő valamennyi gazdasági szereplő jogszabályi kötelezettsége, annak megsértése közbeszerzési jogsértésnek minősül. A Közbeszerzési Hatóság, illetve a Közbeszerzési Döntőbizottság is

következetes abban, hogy a szerződésszerű teljesítés mindkét fél, azaz nem kizárólag az ajánlatkérő, hanem az ajánlattevő felelőssége is. A Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési jogkörét szabályozó végrehajtási rendelet⁷ hatálya is ezt tükrözi, amely szerint az ellenőrzött szervek a szerződés szerződő felei, valamint a teljesítésben részt vevő gazdasági szereplők; a Közbeszerzési Hatóság szerződés-ellenőrzési, illetve kapacitás-ellenőrzési egysége pedig célirányosan ügyel a szerződésben résztvevők jogkövető magatartására. A Fővárosi Törvényszék előzetes döntéshozatali kérelmében hozott C-263/19. sz. ítéletben az Európai Bíróság kijelentette, hogy nem ellentétes az uniós joggal, ha nemcsak az ajánlatkérőnek, hanem a közbeszerzési szerződés nyertes ajánlattevőjének is megállapítják a jogsértésért a felelősségét. A közpénzekkel való felelős gazdálkodás elv érvényesítése a szerződés teljesítése során is kifejezett kötelezettség mindkét szerződő fél számára, amely nemcsak az alapelvek között (Kbt. 2. § (4) bekezdés), hanem tételes jogi rendelkezésként (Kbt. 142. §) is megjelenik.

4.1. Ajánlatkérő ellenőrzési kötelezettsége

A Kbt. és végrehajtási rendeletei az ajánlatkérő ellenőrzési kötelezettségére tartalmazznak konkrét rendelkezéseket, de sok esetben az ellenőrzés az erre irányuló kötelezettség előírása nélkül más ajánlatkérői kötelezettség teljesítésének előfeltétele.

A Kbt. 65. § (9) bekezdés alapján a kapacitást biztosító szervezet/személy bevonása esetén az ajánlatkérő a szerződés teljesítése során ellenőrizni köteles, hogy a teljesítésbe történő bevonás mértéke megfelel a jogi rendelkezésben, a kötelezettségvállaló okiratban foglaltaknak.

Az Építési beruházási rendelet 27. § (1) bekezdése alapján az ajánlatkérőként szerződő fél vagy a nevében eljáró személy (szervezet) a szerződés teljesítésének ellenőrzése során az építési napló adatai alapján ellenőriz, ez az ellenőrzés ajánlatkérő felelőssége.⁸

A Kbt. 142. § rendelkezései alapján az ajánlatkérő köteles ellenőrizni és dokumentálni a szerződés teljesítését, köteles a szerződésszegéssel kapcsolatos igényeket érvényesíteni. A dokumentálási és ellenőrzési körbe

⁷ 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről.

⁸ D.462/22/2019.

ugyanúgy beletartozik az, hogy az ajánlatkérő köteles figyelemmel kísérni az ajánlattevő alvállalkozókkal kapcsolatos tevékenységének jogszerűségét, miszerint az alvállalkozók bevonása, cseréje, a bevonás mellőzése valóban szabályszerű. Valamennyi olyan előírás betartását, különösen a Kbt. 138. § (2)-(4) bekezdésekben foglalt követelmények, a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, az ajánlatban vállaltak, az egyéb ágazat-szakmai jogszabályokban előírt feltételek betartását dokumentáltan ellenőrizni kell, amely a szerződés teljesítésében résztvevőkre, az alvállalkozókra vonatkozik. Ez azt is maga után vonja, hogy bár a Kbt. – egy-egy eset kivételével – kifejezett rendelkezést nem tartalmaz az ajánlatkérő jóváhagyási, egyetértési, hozzájárulási jogkörére vagy kötelezettségére vonatkozóan, de a Kbt. 142. § rendelkezéseiből valójában következik egyfajta ajánlatkérői jogosultság a „beeszelésre”.

Így például a Kbt. 138. § (2)-(4) bekezdései alapján dokumentáltan ellenőrizni kell, hogy a kapacitást biztosító vagy az ajánlat értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő szervezet/személy esetén az ajánlattevő az előírásnak megfelelően bevonja-e a szerződés teljesítésébe, ha mellőzi vagy új szervezet/személyt von be, azt jogszerűen teszi-e. Előbbi esetben teljesül-e továbbra is az alkalmassági, utóbbi esetben a jogutódlás vagy az egyenértékűség követelménye; az új alvállalkozó esetében pedig a bejelentésre és kizáró ok fenn nem állására vonatkozó szabályok érvényesülnek-e. Az ajánlatkérő dokumentálási, ellenőrzési és igényérvényesítési kötelezettsége valójában magában foglalja az alvállalkozóval kapcsolatos eljárási cselekmény (bevonás, mellőzés, csere) elutasításának lehetőségét is.

Az ajánlatkérők ugyanakkor nincsenek könnyű helyzetben, hiszen az esetek többségében nincs rálátásuk az ajánlattevő oldalán résztvevőkre vagy azok egy részére, a résztvevők ajánlattevőhöz fűződő jogviszonyának jellegére.

Az ajánlatkérőknek ezért az adott beszerzés jellegéhez igazodóan már a közbeszerzés előkészítési szakaszában szükséges kialakítaniuk azokat az ellenőrző és dokumentálási mechanizmusokat, akár a műszaki leírás, akár a szerződés részeként szabályozni, amellyel nyomon tudják követni a szerződés teljesítésében

közreműködőket és a hozzájuk kapcsolódó előírások betartását, a közbeszerzési eljárás során közölt végleges feltételek teljesülését, továbbá „kitanítani” a szerződés teljesítése során nevükben eljáró szervezeteket és személyeket. Az előkészítési szakaszra előírt⁹ „megfelelő alaposság” követelménye a teljesítés ellenőrzésének, az ellenőrizhetőség feltételeinek egyértelmű rögzítésére is vonatkozik, szól a D.452/13/2019. számú határozat. És mit értünk kitanításon? A közbeszerzési szakértelem általában akkor kerül ismét előtérbe, amikor már „baj van”. Ezért gyakorlati megoldás, hogy a közbeszerzési szabályzatok, belső folyamatleírások részévé kell tenni a szerződés-teljesítési szakaszra vonatkozó kötelezettségeket, ellenőrzési mechanizmusokat, a négy szakértelem követelményét, továbbá a szerződés teljesítésében résztvevő „más szakértelem” képviselőit is fel kell készíteni azokra a feladatokra, amelyet a közbeszerzési szabályozás ír elő.

Erre az egyik legjobb példa az építési naplóval kapcsolatos. Amennyiben az ajánlatkérő pl. a közbeszerzési dokumentumokban alkalmassági követelményként felelős műszaki vezetőre vonatkozó követelményt határozott meg, az ajánlattevő pedig az ajánlatában a felelős műszaki vezetőre vonatkozó követelményt egy kapacitást biztosító szervezet bevonásával teljesíti, amely alvállalkozónak minősül a Kbt. 3. § 2. pont szerinti fogalom alapján, akkor az ajánlatkérő nevében eljáró személynek (leggyakrabban a műszaki ellenőrnek) a teljesítés során „keresnie kell” az alvállalkozót felelős műszaki vezetői feladatkörben, továbbá észlelnie kell az „oda nem illő” alvállalkozót, mivel a kapacitást biztosító szervezet bevonásának mellőzése külön szabályokhoz¹⁰ kötött. Ezért a szerződés teljesítése során az ajánlatkérő oldalán eljáró személyeknek tisztában kell lenniük, hogy a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, az ajánlat, illetve a szerződés tartalma alapján mely alvállalkozók bevonása kötelező, mely alvállalkozó mellőzésére, illetve cseréjére vannak külön szabályok, vannak-e olyan feltételek, amelyeket az újonnan megnevezett alvállalkozóknak teljesítenie kell, vannak-e olyan tilalmak, amelyek megakadályozzák alvállalkozó bevonását. Amennyiben felmerül az alvállalkozók bevonására vonatkozó szabályok megsértésének lehetősége, az ajánlatkérő a helyzet tisztázásának

⁹ Kbt. 28. § (1) bekezdés.

¹⁰ Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdés.

eredményétől függően köteles felszólítani az ajánlattevőt, hogy szüntesse meg a jogsértő állapotot, és adott esetben jogosult a szerződés szankciórendszerét alkalmazni. A D.47/12/2020. számú határozat jó példa erre, ahol az ajánlatkérő az építési napló adatai alapján észlelte, hogy az ajánlattevő nem az ajánlatban kapacitást biztosító személyként, valamint értékelési szempontra megjelölt személyt jelölte meg felelős műszaki vezetőként, az ajánlatkérő nem tudta ellenőrizni a csere jogszerűségét, a szerződés pedig megszüntetésre került. A Közbeszerzési Döntőbizottság megállapította a jogsértést az ajánlattevő részéről.

Másik példa a manapság gyakrabban előforduló „hátrányos helyzet” szociális szemponttal kapcsolatos. Amennyiben az ajánlatkérő bizonyos számú hátrányos helyzetű személy foglalkoztatását írta elő és az ajánlattevő az előírt követelményt alvállalkozó bevonásával is teljesítheti, akkor az előkészítés részeként az ajánlatkérőnek szabályoznia kell, hogy hogyan fogják a szerződés felei dokumentálni és ellenőrizni egyrészt a létszámra, másrészt a hátrányos helyzetre, harmadrészt a részvételre vonatkozó kötelezettség teljesítését. Az ajánlatkérő oldalán a szerződés teljesítésében résztvevőknek figyelemmel kell kísérniük azokat az alvállalkozókat, amelyeket a követelmény teljesítésére vontak be, mellőzésük és/vagy cseréjük esetén pedig a követelmények fenntartását kell ellenőrizniük.

4.2 Ajánlattevő felelőssége

Az ajánlattevőként szerződő félnek sem szabad azonban elfelejteni, hogy figyelemmel kell lennie az alvállalkozók bevonásával kapcsolatos szabályozás betartására, a szabályozás összetettségére. Az ajánlattevőknek is szem előtt kell tartaniuk, hogy a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, az ajánlatban tett vállalások, a szerződés teljesítésében résztvevőkkel, az alvállalkozókkal kapcsolatos rendelkezések betartása az ő szerződéses és egyben közbeszerzési kötelezettségük is, annak megsértése súlyos jogsértésnek, legtöbb esetben súlyos szerződésszegésnek is minősül. Nem hagyható figyelmen kívül, hogy amennyiben az ajánlatkérő az ellenőrzési folyamat részeként észleli az alvállalkozókra vonatkozó szabályok megsértését, a jogsértés már megtörtént és rendszerint nem helyrehozható, az ajánlatkérő szankcionálási kötelezettsége miatt pedig a közbeszerzési jogkövetkezmények nem maradnak el.

Így az ajánlattevő esetében is fennáll az a kötelezettség, hogy megfelelő gondossággal járjon el a szerződés teljesítése során, legyen tudatában és biztosítsa a közbeszerzési szabályok betartását, a közbeszerzési szakértelem rendelkezésre állását és gyakorlatilag ugyanolyan dokumentálási, ellenőrzési és kitanítási mechanizmust állítson fel, mint az ajánlatkérő.

4.3 Szerződésszegés, szerződés megszüntetés

Ajánlatkérő legerősebb eszköze a Kbt. szerződésszegésre és szerződés megszüntetésére vonatkozó rendelkezéseinek alkalmazása. A Közbeszerzési Döntőbizottság gyakorlatilag az összes határozatában kijelenti, hogy a szerződés teljesítésében résztvevőkre, az alvállalkozókra vonatkozó szabályok megsértése, különös tekintettel a bevonásukra, bejelentésükre vonatkozó rendelkezések figyelmen kívül hagyása, *súlyos jogsértésnek* minősül. Az alvállalkozókkal kapcsolatos szabályok megsértése *súlyos szerződésszegésként* szokott megjelenni a szerződésekben. A bírság mellett a súlyos jogsértés, a súlyos szerződésszegés pedig további közbeszerzési jogkövetkezményekkel jár, a Közbeszerzési Hatóság részére történő bejelentésen keresztül (Kbt. 142. § (5)-(6) bekezdések), a kizáró ok fennállásának bekövetkezéséig (Kbt. 62. § (1) bekezdés q) pont, Kbt. 63. § (1) bekezdés c)-d) pontok). Az alvállalkozókkal kapcsolatos szabályok megsértése *szerződés megszüntetési okként* is gyakran megjelenik a szerződésekben. Maga a Kbt. 143. § (2) bekezdése is kifejezetten felmondási, illetve elállási lehetőségként nevesíti a Kbt. 138. §-ban foglalt rendelkezések betartásának elmulasztását.

Végül egy első olvasatra szokatlan gondolat, de valójában a szerződésszegésre, a szerződés megszüntetésére vonatkozó közbeszerzési szabályok is képeznek egyfajta döntési pontot az alvállalkozók bevonását illetően. Az alvállalkozókkal összefüggő szabályozás komplexitása számos esetben eredményez jogsértést, amelyet az ajánlattevők akarva-akaratlanul elkövet(het)nek, a súlyos jogkövetkezmények bekövetkezésének lehetősége pedig képezhet gátló tényezőt az alvállalkozók igénybevételére vonatkozó döntéshozatal során.

5. Végkövetkeztetés

„Az ajánlatkérő nem korlátozhatja az ajánlattevő jogosultságát alvállalkozó bevonására, csak akkor, ha az eljárás során a 65. § (10) bekezdése szerinti lehetőséggel élt.” – így rendelkezik a Kbt. 138. § (3) bekezdése.

A rendelkezés mögöttes értelmezése, hogy az ajánlattevőt valóban megilleti a döntési szabadság az alvállalkozó bevonását illetően, de ezt a döntési szabadságot mindig az adott beszerzés keretei között kell értelmezni. A közbeszerzési, az ágazat-szakmai jogi környezet, a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek tartalma, különösen a közbeszerzési dokumentumok előírásai, az ajánlatban tett vállalások, nyilatkozatok, valamint az ajánlatkérő és az ajánlattevő által elvégzett eljárási cselekmények mind be- és körülhatárolják azokat az esetköröket, amelyek az alvállalkozóra vonatkozó döntési szabadság kereteit meghatározzák.

Adott szerződés tekintetében az ajánlatkérőnek és az ajánlattevőnek esetenként kell megvizsgálniuk az alvállalkozó igénybevételének, a már bevont alvállalkozó mellőzésének, a lecserélésének vagy új alvállalkozó bevonásának jogszerűségét.

A Kbt. a közpénzekkel való felelős gazdálkodás elve érvényesülése érdekében a szerződő felek felelősségét is kihangsúlyozza az ajánlatkérőt terhelő dokumentálási, ellenőrzési és szankcionálási kötelezettség, az ajánlattevőknek az eljárás során tett vállalásaikért, a szerződés-szegésért való felelősség szabályain keresztül, amely a szerződés teljesítésében résztvevőkre vonatkozó előírások betartására is ugyanúgy vonatkozik, mint bármely más közbeszerzési kötelezettség teljesítésére.