

dr. Arató Balázs

**A közbeszerzési jog jogorvoslati rendszere;
speciális közbeszerzési jogviszonyok**

**System der Rechtsmittel im Vergaberecht; spezielle
vergaberechtliche Rechtsverhältnisse**

**Doktori tézisek
Thesen der Doktorarbeit**

Konzulens: Dr. Farkas Csaba egyetemi docens

**Szegedi Tudományegyetem
Állam- és Jogtudományi Kar Doktori Iskola**

Budapest-Szeged, 2015.

I.A kutatás témája és célja

Dolgozatomban elsődlegesen arra kerestem a választ, hogy napjaink gyakran alkalmazott szabályrendszere, a közbeszerzési jog, amely a nemzetközi szakirodalom által is vallottan, a közbeszerzési jog mára a tág értelemben vett gazdasági jog egyik legfontosabb területévé vált, hol helyezkedik el jogrendszerünkben, milyen jellemzők alapján határozhatjuk el más jogterületektől, illetőleg, melyek azok a sajátosságok, amelyek a közpénzekből lebonyolított beszerzések normarendszerének egyediségét, önálló jogszabályban való elkülönülését megalapozzák.

Dolgozatom gerincét a jogorvoslati eljárások elméleti és gyakorlati vonatkozásai alkotják, több fejezetet szenteltem a közbeszerzés jogorvoslati rendszerének, ideértve annak jellemzőit, történeti kialakulását, esetleg máig megoldatlan kérdéseit.

A jogorvoslati rendszernek szentelendő megkülönböztetett figyelmet nem csupán szubjektív szempontok indokolják, hanem az is, hogy a közbeszerzési jogorvoslati rendszer olyan belső logikával rendelkezik, melynek mentén egyértelműen elhatárolható az egyéb jogorvoslati eljárásoktól.

A vizsgálat során - részben a jogszabályszöveg, részben pedig konkrét jogesetek alapján - górcső alá vettem, hogy a több évszázados fejlődés eredményeképpen kikristályosodott és folyamatosan tovább kristályosuló közbeszerzési jog, mely önálló jogterületként még alig nagykorú, miként viszonyul más jogágakhoz, jogterületekhez.

Jellemzően és tudatosan olyan jogviszonyokat állítottam vizsgálatom középpontjába, amelyek megítéléséhez egyidejűleg többféle jogterület szabályainak alkalmazása szükséges, és igyekeztem iránymutatást adni azon jogviták, jogi dilemmák megoldásához, amelyekben – legalábbis látszólag – többféle törvény, esetleg alapelv ütközik egymással.

Elemzésem során különösen a közbeszerzési jog polgári, közigazgatási, alkotmányjogi, versenyjogi és gazdasági jogi vonatkozásait érintettem, hiszen a jogorvoslati eljárások tapasztalatai itt hívják fel a figyelmet a legérdekesebb határterületekre, metszéspontokra.

A jogi dilemmák kapcsán nem szorítottam a probléma pusztá felvetésére és elemzésére, hanem, ahol a jogalkalmazói, esetleg jogalkotói álláspont nézeteimmel ellenkezik, véleményyt nyilvánítottam, javaslatokkal éltem. A közbeszerzési jogorvoslati rendszer anomáliáinak

definiálása, e jelenségek mélyreható vizsgálata, elemzése, az ezekre adott megoldási alternatíváim egyben a közbeszerzési rendszer lehetséges fejlődési irányait is előrevetítik.

Mivel a közbeszerzési jog és más jogterületek metszéspontjait vizsgáltam, ezért átfogó és rendszerező vizsgálat alá vontam a közbeszerzési jog kikristályosodását, a többi jogterülettől való elkülönülése folyamatát.

Ezen történeti vizsgálat mentén ismerhetők fel azon igények, amelyeknek köszönhetően a közbeszerzési normarendszer önálló jogterületté fejlődött, továbbá ezek az igények határozzák meg azon alapelveket, amelyek társadalmi közmegegyezésből kell, hogy merítsék létjogukat, hiszen a közpénzek ellenőrzött felhasználása ösztársadalmi (nem csupán ajánlatkérői és ajánlattevői) érdek, és amelyeket a közbeszerzési törvénynek mindenkor tükröznie kell.

II.A kutatás során alkalmazott módszerek

A dolgozat írása során a logika által előírt sorrendet követve elemzésemet a történeti áttekintéssel kezdtem. Főbb mozzanataiban ismertettem a közbeszerzési jog kialakulását, mai közbeszerzési törvényünk közvetlen és régebbi előzményeit. A dolgozat ezen részében a történeti szemlélet érvényesült, amely során kronologikus sorrendben ismertettem a közbeszerzési jogot érintő fő jogtörténeti, társadalmi vonatkozásokat.

Mindezt azért tartottam fontosnak, mert kizárólag a történeti szemlélet segíthet annak megértésében, hogy egyáltalán miért is támadt igény a beszerzésekre vonatkozó szabályrendszer kidolgozására, illetőleg, hogy a ma már rutinszerűen alkalmazott egyes jogintézmények milyen állami, osztársadalmi megfontolásokból merítik létjogosultságukat.

A dolgozat lényegi részét képező, jogorvoslati eljárást vizsgáló részekben elemzésre került maga a jogszabálysöveg – illetve a jogszabály változásai - valamint a jogi normák gyakorlati kivételése során megvalósuló joggyakorlat is. Mindkét terület vizsgálata során külön figyelmet fordítottam a közösségi jog vonatkozó normáira, joggyakorlatára.

A hatályos jogszabályok során nemzetközi összehasonlítást is végeztem, amely során más államok közbeszerzési jogával vettem össze a magyar szabályozást, így a klasszikus összehasonlító jogi szempont is helyet kapott a dolgozatban.

Összegezve a jogorvoslati eljárás kutatása során alkalmazott módszereket, elsősorban a jogforrasi és a joggyakorlati elemzést végeztem egymásra vetítve a pozitív jog és a bírói jog rétegét, így feltárva az esetleges gyakorlatban megmutatkozó visszasságokat, jogi dilemmákat.

A jogi dilemmák kutatása során módszerem az ok-okozati összefüggések feltárása, a gyakorlati igények meghatározása volt. Ezek alapján kidolgoztam a lehetséges alternatívákat, valamint a felmerülő probléma megoldására tett javaslatokat.

Mindent egybevetve a módszereket illetően elmondható, hogy több kutatási módszer ötvöződött a dolgozatban. Érvényesült a történeti szemlélet, ami segített kronologikusan felvázolni a jogterület fejlődési ívét. A hatályos joganyagot illetően a jogalkotói-jogalkotási valamint a jogalkalmazói gyakorlatot kutattam, kitekintve az uniós forrásokra is.

A pozitív jogi réteg és a bírói-jogalkalmazói réteg egymásra vetítésével, pedig komplex képet kaphattam a jogág helyzetéről, ami alapján, de lege ferenda javaslatokkal éltem, olyan tapasztalatok felhasználásával, amiket Ügyvédi pályám során szereztem.

Álláspontom szerint így reális, átfogó képet alkothattam a jogág múltjáról, jelenéről, jogalkotási és jogalkalmazási tendenciáiról, elméleti és gyakorlati háttéréről egyaránt.

III.A kutatás során felállított tézisek

Értekezésemben megállapítottam, hogy a magyar jog viszonylag új fejleménye a közbeszerzési jog. A közbeszerzés valójában a köz érdekében álló beszerzés, vagyis olyan tevékenység, amely közpénzek felhasználásával elégíti ki a köz bizonyos szükségleteit. A közbeszerzésnek éppen ebből a rendeltetéséből ered, hogy a közhatalom gyakorlója magának tartja fenn a közbeszerzési jogviszonyok ellenőrzésével és szabályozásával kapcsolatos jogokat.

Természetesen egyik klasszikus jogág, jogterület sem különíthető el a másiktól oly módon, hogy bizonyos tekintetben felismerhető ne lenne kölcsönhatásuk, mégis konkrét igények és sajátosságok állnak az önálló szabályrendszer hátterében.

Az önálló, vagy legalábbis elkülönülő jogterület jellemzője a saját terminológia. Megállapítottam, hogy a közbeszerzési törvény - legyen szó az elmúlt évtizedekben hatályos bármely Kbt.-ről - valóságos tárháza a közbeszerzésre vonatkozó speciális és csak ebben a körben használatos fogalmaknak. E fogalmak többsége az ajánlatkérő és az ajánlattevő jogviszonyában értelmezhető, vagyis egy speciális jogviszony speciális fogalmai mentén rajzolódik ki a közbeszerzési jog.

A Kbt., mint a Ptk.-hoz képest speciális rendelkezéseket tartalmazó jogszabály, árnyaltan szabályozza, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötendő szerződésnek mit kell tartalmaznia, illetőleg, hogy az ajánlatkérő a szerződés tartalma körében milyen előírásokat fogalmazhat meg.

Megállapítható, hogy a Ptk.-nak a szerződésekre vonatkozó szabályai vagy rendkívül korlátozott mértékben vagy legalábbis speciálisan érvényesülnek a közbeszerzési szerződéseknél.

A Kbt. kógens módon, kötelező erővel határozza meg a felek közbeszerzési eljárás során tett jognyilatkozataira és az azokhoz fűződő joghatásokra vonatkozó szabályokat.

A felek alapvetően polgári jogi jellegű, de legalábbis ilyen jegyeket bőven hordozó jogviszonyát egyfajta közigazgatási keretbe szorítja a közbeszerzési törvény.

A közbeszerzési jog a törvény alkalmazási körében mintegy felülírja a Polgári Törvénykönyvből is levezethető általános elvet, miszerint a felek egymással szabadon köthetnek szerződéseket.

Abban a kérdésben tehát, hogy kivel köt szerződést az ajánlatkérő, polgári jogi alapon, a szerződéses szabadság jegyében dönteni nem lehet, a felek közötti jogviszony azonban főbb jegyeit tekintve mégis polgári jogi jellegű.

Megvizsgáltam, hogy a Kbt. a szerződési szabadság elvét korlátozva milyen további előírásokat fogalmaz meg a közbeszerzési eljárás alapján kötendő szerződés tartalmára nézve.

A polgári jogban és a hagyományos kötelmi jogi jogviszonyokban teljes egészében ismeretlen a szerződéskötési moratórium jogintézménye, melynek jelentősége a közbeszerzési jogban nem hangsúlyozható eléggé.

Az érvénytelenség kérdéskörét illetően a Kbt. és a Ptk. egymáshoz való viszonya abban ragadható meg, hogy bár az irányelvi rendelkezések átültetésével a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés érvénytelenségének speciális szabályai is vannak, ez mégsem zárja ki, hogy a Kbt.-ben nevesített eseteken kívül más jogsértésekre tekintettel is semmisnek minősüljön a szerződés a régi Ptk. 200. §-a (2) bekezdése, illetőleg az új Ptk. 6:95§-a alapján a Kbt. szerint akkor, ha a közbeszerzésre, illetve a közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályba ütközés esete forog fenn.

A Ptk. szerinti szerződéses szabadság elvének érvényesülését a Kbt. a közbeszerzés specialitásaira figyelemmel a közbeszerzési eljárás alapján kötendő szerződés időtartama tekintetében is korlátozza.

Megállapítottam, hogy a polgári jogot átható szerződési szabadság leglényegesebb tartópillére, a szerződésre lépő alanyok akaratának jogi értelemben vett kötetlensége, a közbeszerzésben nem áll fenn.

A közbeszerzési eljárásban a szerződő felek a jogviszony jellegéből adódóan speciális jogállásúak, ugyanis a közbeszerzési ajánlatkérő a megkötendő szerződés alanya lesz mindenféleképpen.

Ugyanakkor az ajánlatot tevő fél oldalán a szerződési szabadság korlátozottabban értelmezhető csak, ugyanis amennyiben az ajánlattevő ajánlatot tesz, közelebb kerül a szerződés megkötéséhez, de annak csak nyertessége esetén válik alanyává.

Míg a polgári jogban általános elvként érvényesül a szerződés alanyainak mellérendelt viszonya, addig ez a közbeszerzési eljárásban legalábbis megkérdőjelezhető. Nem túlzás kijelenteni, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötésre kerülő szerződés tervezete jellemzően az ajánlatkérő szándékait tükrözi és az ajánlatkérő érdekeit szolgálja.

Az eljárások zömében arra sincs lehetőség, hogy a leendő felek egyeztessék szerződéses akaratukat, és a legtöbb esetben a nyertes ajánlattevő a szerződést olyan tartalommal kénytelen megkötni, amilyen tartalommal azt az ajánlatkérő összeállította.

A közbeszerzési eljárásban szerződési formakényszer érvényesül, hiszen egyáltalán nem lehetséges a szerződés szóban vagy ráutaló magatartással történő megkötése, hanem a törvény erejénél fogva kötelező az írásbeliség.

A közbeszerzési eljárásban a szerződéskötés folyamata és a megkötött szerződés tekintetében egyaránt biztosítani kell a nyilvánosságot és az ellenőrizhetőséget, mert ez következik, a közbeszerzési törvény általános elveiből, tételes szabályaiból. Ezzel függ össze az is, hogy az üzleti titok védelme is csupán korlátozottan érvényesül a közbeszerzési jogban.

A nemzetközi összehasonlítások során megállapítottam, hogy a jelenleg hatályos törvénnyel kialakított nemzeti eljárásrend számottevő hasonlóságot mutat a francia szabályozással. Valószínűsíthetően a jogalkotó a francia mintát vette alapul, amikor nemzeti eljárásrendben szabad kezet adott az ajánlatkérőnek a lefolytatandó eljárás szabályainak meghatározásában azzal, hogy az ajánlatkérő választása szerint az uniós eljárásrendet is követheti.

A közelmúlt érdekes fejleménye, hogy a jogalkotó a jogorvoslati eljáráshoz kapcsolódó díjak számítási módjának jelentős díjtétel-növekedést eredményező megváltoztatásával igyekezett elejét venni a közbeszerzési eljárások rosszhiszemű megakasztására irányuló, alaptalan kérelmek előterjesztésének, e törekvésnek azonban – megítélésem szerint – számos mellékzöngéjére derült fény a jogszabály hatályba lépése óta eltelt időszakban. Ezt a jogorvoslati eljárások gyakorlati tapasztalatainak ismertetésével igyekeztem szemléltetni.

Ügyvédi hivatásom gyakorlása során számos alkalommal voltam tanúja olyan esetnek, amikor a törvényes jogaiban ténylegesen sérelmet szenvedett fél kizárólag azért nem terjesztett elő jogorvoslat iránti kérelmet, mert nem tudta előlegezni a több tízmilliós nagyságrendű igazgatási szolgáltatási díjat.

Álláspontom szerint tehát a jelenleg hatályos díjtétel nem egyeztethető össze a jogorvoslati jog alapelveivel, melynek tartalmát mindenképpen az irányadó alkotmánybíróági határozatok fényében kell megállapítani.

Véleményem szerint a helyes irány az lenne, ha a jogalkotó nem a jogorvoslati eljárás kezdeményezését „szankcionálná” a drasztikus díjakkal, hanem az utóbb jogerősen (nyilvánvalóan) alaptalannak minősített jogorvoslati kezdeményezésekhez fűzne kártérítési jogkövetkezményt vagy bírságot. A német jogban például önállóan szabályozott kártérítési tényállást valósít meg a jogorvoslati joggal való visszaélés, mely különösen akkor állapítható meg, ha a jogorvoslati kérelem eleve alaptalan, ha valótlan adatokon alapszik, ha a közbeszerzési eljárás megakasztását célozza, illetőleg, ha azt a kérelmező azért terjeszti elő, hogy később pénz vagy egyéb előny ellenében visszavonja.

A következőket ítélezési gyakorlat szerint a bírósághoz fordulás eljárási szabályai, amelyek célja, hogy biztosítsák az uniós jog által a jogalanyoknak biztosított jogok védelmét, nem tehetik gyakorlatilag lehetetlenné vagy rendkívül nehézé az uniós jogrend által biztosított jogok gyakorlását.

A közbeszerzési jogorvoslat közelmúltban végbement igen jelentős drágulásában ezen alapelv sérelmét látom nem csupán elméleti síkon, hanem gyakorlati tapasztalataim alapján is.

Végül az elmúlt két évtized közbeszerzési törvényeinek jogorvoslati szabályait megvizsgálva megállapítottam, hogy mindenképpen üdvös és szükséges volt a közelmúltban végbement átfogó változtatás, ám természetesen ez sem tudott minden gyakorlati problémára megoldást adni, továbbá újabb dilemmákat, értelmezési és jogalkalmazási bizonytalanságokat is hozott.

Értékeltem a Közbeszerzési Döntőbizottság elmúlt 20 évben végzett szakmai tevékenységét, és arra jutottam, hogy a szerv széles körű jogosítványokkal rendelkezik, melyeket rendkívül hatékonyan alkalmaz eljárása során.

Áttekintettem a szakmai kamarák, mint érdekképviselői szervek, közbeszerzési törvény biztosította jogosítványait, és azt a véleményt fogalmaztam meg, hogy a kamaráknak is igen előnyös lenne, ha szakmai működésüket kiterjesztenék a közbeszerzési eljárásokra.

A kamarák által kezdeményezhető előzetes vitarendezés a gyakorlatban jelenleg fennálló viszonyok között kiüresedett jogintézmény, ez azonban a kamarák valóban érdekképviselői fellépése, szerepvállalása eredményeként gyökeresen változhatna, hiszen a jogalkotó nem véletlenül ruházta fel őket különböző jogosítványokkal.

A jogorvoslati eljárások kapcsán helytelenítem, hogy költségvetési pénzből gazdálkodó ajánlatkérői szervezetek ezen költségvetési pénzből fizetik meg a közbeszerzési bírságokat. Véleményem szerint az erre jogosult hatóságok által nyilvánvalónak és súlyosnak minősített közbeszerzési visszaélések esetében közvetlenül meg kellene nyitni a felelős személyek magánvagyonához vezető utat.

Nemzetközi kitekintésben vettem górcső alá az előzetes vitarendezés jogintézményét, és arra a megállapításra jutottam, hogy ez a lehetőség a vele szemben támasztott jogalkotói elvárásoknak akkor tudna igazán megfelelni, ha az ajánlattevő kérelmét figyelmen kívül hagyó ajánlatkérői magatartásnak szankciója lenne.

Elemzésemben bemutattam, hogy a gyakorlatban miként, mely szervek munkája során kristályosodik, tökéletesedik a közbeszerzési jog, valamint, hogy milyen - szinte megoldhatatlan - feladat elé állítják a jogalkotót a különböző irányokból megfogalmazódó, a közbeszerzési szabályrendszerrel szemben támasztott igények.

Egyrészt, mivel a közbeszerzés a jogszabály kikerülésére irányuló magatartások táptalajának tekinthető, gondoskodni kell arról, hogy a szabályozás kellően részletes, egyszersmind egzakt, és ne túlbonyolított legyen.

Alapvető tétel ugyanakkor, hogy valamennyi élethelyzetet egyetlen törvény sem képes szabályozni, és erre törekedni sem szabad, így a közbeszerzési jogvitákat elbíráló szervek gyakorlatában is megfigyelhető az alapvető jogalkalmazás, az alapelvekben és a jogalkotó feltehető vagy kinyilvánított szándékában támpontot kereső döntéshozatal.

Legfontosabb megállapításaimat, vizsgálataim eredményét összegezve kijelenthető, hogy a közbeszerzési jog különleges helyet foglal el jogrendszerünkben. Annak ellenére, hogy viszonylag új jogterület, mára a tág értelemben vett gazdasági jog egyik legfontosabb elemévé vált. Részben viszonylagos újdonsága, részben az Európai Unió követelményei miatt rendkívül dinamikusan fejlődött az elmúlt évtizedekben.

Kijelenthető továbbá, hogy a közbeszerzési jog önálló helyet foglal el a jogterületek között. A közbeszerzési jog olyan önálló jogterület, amelyben rendkívül sajátosan vegyülnek a közjogi és a klasszikus polgári jogi elemek.

A közbeszerzési jog átfogó elméleti és gyakorlati elemzése folytán elsősorban a jogorvoslati eljárás díjtételeinek jogalkotó általi emelése kapcsán véltem diszharmóniát felfedezni, ugyanis a jogalkotó cél, a rosszhiszemű jogorvoslatok visszaszorítása azt eredményezte, hogy a

jogosan sérelmet szenvedett fél gyakran anyagi okok miatt esik el a jogorvoslat lehetőségétől, ami egy fontos jogállami garanciától foszthatja meg a sérelmet szenvedett feleket.

Mindent egybevetve kijelenthető, hogy az elmúlt két évtized közbeszerzési törvényeinek jogorvoslati szabályait összegzően áttekintve, üdvös és szükséges volt a közelmúltban végbement átfogó változtatás, finom-hangolásra azonban még szükség van a meglévő problémák kiküszöbölésére.

I. Thema und Zweck der Forschung

In erster Linie habe ich in meiner Doktorarbeit Antwort auf die Fragen gesucht, welche Stelle das heutzutage oft angewandte Regelsystem, das Vergaberecht, welches auch durch die internationale Fachliteratur anerkannt mittlerweile eines der wichtigsten Gebiete des in weitestem Sinne aufgefassten Wirtschaftsrechts geworden ist, in unserem Rechtssystem einnimmt, aufgrund welcher Merkmale es von anderen Rechtsgebieten abgegrenzt werden kann, bzw. welche Eigenschaften die Eigentümlichkeit und das selbständige Geregeltwerden dieses Normensystems der mittels öffentlicher Gelder abgewickelten Beschaffungen begründen.

Im Mittelpunkt meiner Arbeit stehen die theoretischen und praktischen Bezüge der Rechtsmittelverfahren, dementsprechend habe ich mehrere Kapitel dem Rechtsmittelsystem des Vergaberechts gewidmet, einschliesslich dessen Eigenschaften, Entwicklungsgeschichte und der bis heute ungelösten Fragen.

Die dem Rechtsmittelsystem zugewandte besondere Aufmerksamkeit entspringt nicht nur subjektiven Hinsichten, sondern wird auch dadurch begründet, dass dem Rechtsmittelsystem im Vergaberecht eine innere Logik eignet, anhand deren es von anderen Rechtsmittelverfahren eindeutig abgegrenzt werden kann.

Während der Analyse - teils aufgrund Gesetzestexte, teils konkreter Rechtsfälle - habe ich es unter die Lupe genommen, in welchem Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten das als Ergebnis mehrere Jahrhunderte umfassender Entwicklung sich herauskristallisierte und sich fortwährend weiter kristallisierende, als selbständiges Rechtsgebiet noch kaum volljährige Vergaberecht steht.

Überwiegend und bewusst habe ich Rechtsverhältnisse in den Mittelpunkt meiner Untersuchungen gestellt, während derer Beurteilung die Regeln verschiedener Rechtsgebiete gleichzeitig zur Anwendung kommen, und ich habe mich bemüht, zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten und Rechtsdilemmata, wo zumindest mehrere Gesetze, vielleicht auch Grundsätze miteinander kollidieren, eine Richtschnur zu geben.

Während meiner Analyse habe ich hauptsächlich die zivil-, verwaltungs-, verfassungs-, wettbewerbs- und wirtschaftsrechtlichen Bezüge des Vergaberechts berührt, denn die

Erfahrungen der Rechtsmittelverfahren machen uns hier auf die interessantesten Grenzgebiete, Schnittpunkte aufmerksam.

Bezüglich der Rechtsdilemmata habe ich mich nicht auf das bloße Aufwerfen und Analysieren des Problems beschränkt, sondern dort, wo der rechtsanwendende oder gesetzgeberische Standpunkt meinen Ansichten zuwiderläuft, habe ich Meinung gebildet und geäußert, Vorschläge artikuliert. Das Bestimmen der Anomalien im Rechtsmittelsystem des Vergaberechts, die eingehende Untersuchung dieser Erscheinungen, meine darauf gegebenen Lösungsalternativen kündigen zugleich auch die möglichen Entwicklungsrichtungen des Vergabesystems an.

Die Schnittpunkte des Vergaberechts und anderer Rechtsgebiete analysierend, habe ich die Entwicklung des Vergaberechts und den Vorgang seiner Abgrenzung von den anderen Rechtsgebieten umfassender Untersuchung unterzogen. Anhand dieser geschichtlichen Analyse können die Ansprüche erkannt werden, denen zu verdanken das Normensystem des Vergabewesens sich zu einem selbständigen Rechtsgebiet entwickelt hat, und diese Ansprüche bestimmen die Grundsätze, die ihre Daseinsberechtigung aus allgemeinem gesellschaftlichem Einvernehmen schöpfen müssen, weil an der kontrollierten Nutzung öffentlicher Gelder gesamtgesellschaftliches Interesse besteht, und jene vom jeweiligen Vergabegesetz widerspiegelt werden müssen.

II. Die während der Forschung angewendeten Methoden

Während Abfassung meiner Doktorarbeit habe ich meine Analyse der von der Logik vorgeschriebenen Reihenfolge entsprechend mit der geschichtlichen Übersicht begonnen. Anhand bedeutenderer Entwicklungsmomente habe ich das Zustandekommen des Vergaberechts, das unserem heutigen Vergabegesetz unmittelbar und früher Vorhergehende beschrieben. In diesem Teil meiner Arbeit ist die geschichtliche Betrachtungsweise zur Geltung gekommen, unter welcher ich das Vergaberecht betreffende wichtigste rechtsgeschichtliche, gesellschaftliche Bezüge, Veränderungen in chronologischer Reihenfolge beleuchtet habe. Das alles habe ich deshalb für wichtig gehalten, weil ausschliesslich die geschichtliche Betrachtungsweise uns zum Verständnis dessen verhelfen kann, warum überhaupt ein Anspruch sich auf die Ausarbeitung eines Regelsystems bezüglich der öffentlichen Beschaffungen erhoben hat, bzw. dass aus welchen staatlichen, gesamtgesellschaftlichen Erwägungen die heutzutage schon routinemässig angewendeten einzelnen Rechtsinstitutionen ihre Daseinsberechtigung schöpfen.

In den das Rechtsmittelverfahren untersuchenden, den wesentlichen Teil meiner Arbeit bildenden Abschnitten werden der Gesetzestext - bzw. dessen Abänderungen - und die während der praktischen Anwendung von Rechtsnormen erscheinenden Tendenzen der Rechtsanwendung analysiert. Während der Untersuchung beider Gebiete gilt für die einschlägigen Normen und die Rechtsprechung des Unionsrechts besonderes Augenmerk.

Während der Untersuchung der geltenden Rechtsnormen habe ich auch einen internationalen Vergleich durchgeführt, in dessen Rahmen ich die ungarische Regelung mit dem Vergaberecht anderer Länder verglichen habe, und so wurde auch dem klassischen rechtsvergleichenden Blickwinkel in meiner Arbeit Rechnung getragen.

Die während der das Rechtsmittelverfahren betreffenden Forschung angewendeten Methoden zusammenfassend kann festgestellt werden, dass ich in erster Linie eine Rechtsquellen- und Rechtsprechungsanalyse durchgeführt habe, die Schicht des positiven Rechts und die des Richterrechts aufeinander projizierend und die in der Praxis sich zeigenden Anomalien und Rechtsdilemmata auf diese Weise zum Vorschein bringend.

Während der Forschung der Rechtsdilemmata ist meine Methode das Erschliessen der kausalen Zusammenhänge und Bestimmen der Ansprüche der Praxis gewesen. Auf dieser Grundlage habe ich die möglichen Alternativen und meine Vorschläge auf die sich ergebenden Probleme erarbeitet.

Alles zusammen, kann es bezüglich der Methoden festgestellt werden, dass mehrere Forschungsmethoden in meiner Arbeit gleichzeitig anwesend sind. Es ist die historische Betrachtungsweise zur Geltung gekommen, die mir geholfen hat, den Entwicklungsbogen des Rechtsgebietes chronologisch darzulegen. Bezüglich des geltenden Rechtsmaterials habe ich die gesetzgeberische und die gesetzesanwendende Praxis mit Ausblick auch auf das Unionsrecht unter die Lupe genommen.

Durch Aufeinander-Projizieren der positivrechtlichen und der richterrechtlichen Schicht habe ich mir über die Lage des Rechtszweigs ein komplexes Bild verschaffen können, aufgrund dessen ich de lege ferenda Vorschläge artikuliert habe, mit Einbeziehung solcher Erfahrungen, die ich während meiner rechtsanwaltlichen Tätigkeit erworben habe.

Meinem Standpunkt nach ist es mir so gelungen, ein reales und umfassendes Bild über die Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft und Tendenzen des Rechtszweiges in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung und auch über dessen praktischen und theoretischen Hintergrund zu schaffen.

III. Die während der Forschung aufgestellten Thesen

In meinen Betrachtungen habe ich festgestellt, dass das Vergaberecht eine verhältnismässig neue Erscheinung des ungarischen Rechts ist. Die öffentliche Beschaffung ist in der Wirklichkeit eine im Interesse der Gemeinde stehende Beschaffung, eine Tätigkeit also, die durch Nutzung öffentlicher Gelder gewisse Bedürfnisse der Öffentlichkeit befriedigt. Es quellt eben aus dieser Bestimmung der öffentlichen Beschaffungen, dass der Träger und Ausübler der öffentlichen Macht sich die Rechte bezüglich der Kontrolle und Regelung vergaberechtlicher Verhältnisse vorbehält.

Naturgemäss kann keiner der klassischen Rechtszweige und keines der klassischen Rechtsgebiete dermassen vom anderen abgegrenzt werden, dass ihre Wechselwirkung im gewissen Sinne nicht zu erkennen wäre, es stehen aber trotzdem konkrete Ansprüche und Eigentümlichkeiten im Hintergrund des selbständigen Rechtssystems. Dem eigenständigen, zumindest aber sich abgrenzenden Rechtsgebiet eignet eine Terminologie. Ich habe festgestellt, dass das Vergabegesetz – sei es das in den letzten Jahren geltende beliebige – eine wahre Fundgrube von bezüglichlichen speziellen und nur in diesem Kreise benutzten Begriffen darstellt. Die Mehrzahl dieser Begriffe sind im Verhältnis des Auftragstellers und des Antragstellers zueinander auszulegen, also zeichnet sich das Vergaberecht entlang spezieller Begriffe eines speziellen Rechtsverhältnisses ab.

Das ungarische Vergabegesetz, als eine entgegen dem Zivilgesetzbuch spezielle Verordnungen beinhaltende Rechtsnorm, regelt abgestuft und ausführlich, was die aufgrund des Vergabeverfahrens zu schliessenden Verträge enthalten müssen, bzw. welche Vorschriften der Auftraggeber den Inhalt des Vertrags betreffend bestimmen darf. Es kann festgestellt werden, dass die Verträge betreffenden Regelungen des ungarischen Zivilgesetzbuches bei den vergaberechtlichen Verträgen entweder in einer ausserordentlich beschränkten Masse oder zumindest speziell zur Geltung kommen. Das Vergabegesetz bestimmt die Regeln der Willenserklärungen von Parteien des Verfahrens und der sich daran knüpfenden Rechtswirkungen kogent, also mit verbindlicher Kraft. Das Rechtsverhältnis der Parteien grundsätzlich zivilrechtlicher, zumindest aber solche Merkmale reichlich aufzeigender Prägung wird durch das Vergabegesetz in eine Art verwaltungsrechtlichen Rahmens gedrängt. Das Vergabegesetz in seinem Anwendungskreise quasi prävaliert, überwiegt den auch aus dem Zivilgesetzbuch abzuleitenden allgemeinen Grundsatz, nach dem die Parteien miteinander uneingeschränkt Verträge abschliessen dürfen. Die Frage, mit wem

der Auftraggeber einen Vertrag abschliessen darf, kann nicht auf zivilrechtlicher Grundlage, im Zeichen der Vertragsfreiheit entschieden werden, das Rechtsverhältnis der beiden Parteien trägt aber angesichts dessen wichtigster Merkmale doch ein zivilrechtliches Gepräge.

Ich habe untersucht, welche weiteren Vorschriften das Vergabegesetz im Hinblick auf den Inhalt des aufgrund des Vergabeverfahrens abzuschliessenden Vertrags den Grundsatz der Vertragsfreiheit einschränkend festlegt.

Im Zivilrecht und in den traditionellen Rechtsverhältnissen des Schuldrechts ist die Rechtsinstitution des Vertragsmoratoriums, deren Bedeutung im Vergaberecht kaum genug betont werden kann, völlig unbekannt.

Angesichts der Frage der Ungültigkeit kann das Verhältnis des Vergabegesetzes und des Zivilgesetzbuches darin ergriffen werden, dass zwar auch spezielle Regelungen die Ungültigkeit des aufgrund des Vergabeverfahrens geschlossenen Vertrages infolge Implementation der Richtlinienverfügungen betreffen, dies aber nicht ausschliesst, dass der Vertrag ausser der im Vergabegesetz verankerten auch aufgrund anderer Rechtsverletzungen für ungültig zu erklären sei gemäss Vergabegesetz im Hinblick auf § 200 Abs. (2) des früheren und § 6:95 des neuen Zivilgesetzbuches, wenn die Verletzung einer auf die öffentliche Beschaffung, bzw. das Vergabeverfahren sich beziehenden Vorschrift vorliegt.

Das Vergabegesetz schränkt die Gültigkeit des Grundsatzes Vertragsfreiheit laut Zivilgesetzbuch mit Rücksicht auf die Spezialitäten der öffentlichen Beschaffung auch hinsichtlich der Zeitdauer des aufgrund des Vergabeverfahrens abzuschliessenden Vertrags ein.

Ich habe festgestellt, dass der bedeutendste Tragpfeiler der das Zivilrecht durchdringenden Vertragsfreiheit, nämlich die im rechtlichen Sinne genommene Ungebundenheit der vertragschliessenden Parteien im Vergaberecht nicht besteht.

Im Vergabeverfahren haben die vertragschliessenden Parteien eine spezielle, sich aus dem Charakter des Rechtsverhältnisses ergebende Rechtstellung, es wird nämlich der Auftragsteller notwendigerweise Subjekt des zu schliessenden Vertrags, während die Vertragsfreiheit aufseiten der antragstellenden Partei eingeschränkter ausgelegt werden kann, denn der Antragsteller, wenn er einen Antrag stellt, rückt zwar näher zum Vertragsabschluss, aber ein Subjekt dessen wird er nur im Falle der ihn für Gewinner erklärenden Entscheidung im Vergabeverfahren.

Während im Zivilrecht die Nebengeordnetheit der Vertragsparteien als allgemeiner Grundsatz gilt, ist es im Vergaberecht zumindest unter Fragezeichen zu stellen. Es ist keine Übertreibung zu behaupten, dass der Entwurf des aufgrund des Vergabeverfahrens abzuschliessenden Vertrags kennzeichnenderweise die Interessen des Auftragstellers berücksichtigt. In der Mehrzahl der Verfahren besteht nicht einmal die Möglichkeit für die Parteien, ihren Vertragswillen miteinander abzustimmen, und in den meisten Fällen ist der Gewinner genötigt, den Vertrag mit dem vom Auftragsteller bestimmten Inhalt abzuschliessen. Das Vergabeverfahren ist von Formenzwang durchdrungen, denn der mündliche oder durch konkludentes Verhalten vonstattengehende Vertragsabschluss ist ausgeschlossen, und die Schriftlichkeit muss kraft des Gesetzes als verbindlich betrachtet werden.

Im Vergabeverfahren, hinsichtlich sowohl des Vertragsabschlussprozesses, als auch des abgeschlossenen Vertrags, muss die Öffentlichkeit und Kontrollierbarkeit gewährleistet werden, weil es nämlich aus den allgemeinen Grundsätzen und einzelnen Verfügungen des Vergabegesetzes folgt. Damit hängt es auch zusammen, dass der Schutz des Geschäftsgeheimnisses im Vergaberecht auch nur eingeschränkt zur Geltung kommt.

Es ist eine interessante Erscheinung der jüngsten Vergangenheit, dass der Gesetzgeber mit der eine bedeutende Gebührensaterhöhung mit sich bringenden Veränderung der Rechnungsweise bei Rechtsmittelgebühren angestrebt hat, den auf Hemmung der Verfahren abzielenden, unredlichen und unbegründeten Rechtsmitteln vorzubeugen, meiner Meinung nach aber sind zahlreiche negative Aspekte dieses Bestrebens seit Inkrafttreten der Norm sichtbar geworden. Dies versuchte ich durch Schilderung der praktischen Erfahrungen der Rechtsmittelverfahren anschaulich zu machen. Während Ausübung meiner rechtsanwaltlichen Tätigkeit habe ich mehrmals Fälle erlebt, wo die in ihren gesetzlich verankerten Rechten verletzte Partei nur deshalb auf das Rechtsmittel verzichtet hat, weil sie die Gebühr in der Grössenordnung von mehreren Millionen HUF nicht vorstrecken konnte. Meinem Standpunkt nach sind die jetzigen Gebührensätze nicht vereinbar mit dem Grundsatz Recht zum Rechtsmittel, dessen Inhalt auf jeden Fall im Lichte der einschlägigen verfassungsgerichtlichen Beschlüsse festgelegt werden muss. Meiner Meinung nach wäre es die gute Richtung, wenn der Gesetzgeber nicht das Anregen des Rechtsmittelverfahrens mit drastischen Gebühren sanktionierte, sondern an die nachher rechtskräftig für (offensichtlich) unbegründet erklärten Rechtsmitteln die Rechtsfolge der Schadenersatzpflicht oder der Geldstrafe knüpfte. Im deutschen Recht zum Beispiel ist der Missbrauch des Rechtes zum Rechtsmittel ein selbständig geregelter Schadenersatztatbestand, welcher besonders dann vorliegt, wenn das

Rechtsmittel von vornherein unbegründet ist, wenn es auf wahrheitswidrigen Angaben beruht, wenn es auf die Hemmung des Vergabeverfahrens abzielt, oder wenn der Gesuchsteller davon deshalb Gebrauch macht, um es später gegen Geld oder anderen Vorteil zu widerrufen. Der konsequenten Rechtsprechung zufolge dürfen die verfahrensrechtlichen Regelungen des Sich an das Gericht Wendens, deren Ziel die Gewährleistung der von der EU für die Rechtssubjekte garantierten Rechte ist, die Geltendmachung der in der europäischen Rechtsordnung verankerten Rechte nicht unmöglich machen oder erschweren.

In der neulich eingetretenen Verteuerung des Vergaberechtsmittels sehe ich die Verletzung des erwähnten Grundsatzes, nicht nur auf theoretischer Ebene, sondern auch aufgrund meiner praktischen Erfahrungen.

In Betreff der Rechtsmittelverfahren halte ich es für inakzeptabel, dass die von öffentlichen Geldern haushaltenden antragstellenden Organisationen die Geldstrafen im Vergabeverfahren zu Lasten, also unter Anwendung dieser Geldmittel bezahlen. Meiner Meinung nach sollte im Falle vergaberechtlicher Missbräuche, die von den zuständigen Behörden für offensichtlich und schwerwiegend erklärt worden sind, der Weg zur privaten Haftung der Verantwortlichen eröffnet werden.

Die sich auf das Rechtsmittel beziehenden Regelungen der letzten zwei Jahrzehnte untersuchend habe ich festgestellt, dass die in der jüngsten Vergangenheit vonstattengegangene umfassende Gesetzesänderung durchaus lobenswert und nötig gewesen ist, aber auch dies war natürlich nicht imstande, Lösungen auf alle Probleme der Praxis zu finden, und hat sogar weitere Dilemmata und Ungewissheiten in der Rechtsanwendung hervorgebracht.

Ich habe die in den letzten 20 Jahren entfaltete Tätigkeit der Schiedskommission bewertet, und bin darauf gekommen, dass die Behörde über ausgebreitete Befugnisse verfügt, welche sie während ihrer Arbeit auch ausserordentlich wirksam anzuwenden fähig ist. Die augenfälligste Eigenschaft der Arbeitsweise der Schiedskommission ist die Schnelligkeit, welche mit der gleichzeitig zur Gültigkeit kommenden fachlichen Gründlichkeit Rechtssicherheit schafft.

Bezüglich der vorherigen Streitschlichtung, als pre-Rechtsmittelverfahren, habe ich die im Vergabegesetz verankerten Befugnisse der Berufskammern, als Interessenvertretungsorgane, überblickt, und die Meinung geäußert, dass es auch für die Kammern von Vorteil wäre, wenn sie ihre fachliche Tätigkeit auch auf die Vergabeverfahren ausbreiteten. Das von den

Kammern anregbare vorherige Streitschlichtung ist unter den in der heutigen Praxis herrschenden Verhältnissen eine ausgehöhlte (genauer gesagt: brachliegende) Rechtsinstitution, dies aber könnte durch das wirklich interessenvertretende Auftreten der Kammern grundsätzlich geändert werden, der Gesetzgeber hat diese nämlich nicht von ungefähr mit ihren Befugnissen ausgestattet.

In internationaler Ausschau habe ich das deutsche Gegenstück der vorherigen Streitschlichtung unter die Lupe genommen, und festgestellt, dass dieses zur Verfügung stehende Mittel den ihm gegenüber gestellten Erwartungen des Gesetzgebers nur dann vollkommen genügen kann, wenn die rechtswidrige Nichtbeachtung von Seiten des Anfragestellers, die einen auf vorherige Streitschlichtung gerichteten Antrag betrifft, mit einer Sanktion geahndet würde.

In meiner Analyse habe ich dargestellt, wie und während der Tätigkeit welcher Organe sich das Vergaberecht kristallisiert, vervollkommnet, und vor welche – fast unlösbare – Aufgabe gestellt sich der Gesetzgeber durch die aus verschiedenen Richtungen gegenüber dem Regelsystem des Vergaberechts erhobenen Ansprüche findet. Einerseits, weil das Vergaberecht als Nährboden der auf die Umgehung der Gesetzesvorschriften gerichteten Verhaltensweisen betrachtet werden kann, gilt es dafür zu sorgen, dass die Regelung ausführlich genug, zugleich aber präzise und nicht überkompliziert sein soll. Es ist eine grundsätzliche These, dass sämtliche Lebenslagen zu regeln kein einziges Gesetz imstande ist, und es ist auch nicht ratsam, danach zu trachten, und in Zusammenhang mit dem ist die sich auf die Grundsätze stützende, in der annehmbaren oder eben artikulierten Absicht des Gesetzgebers Anhaltspunkte suchende Rechtsanwendung und Entscheidungsfindung auch in der Praxis der für die Beurteilung vergaberechtlicher Streitigkeiten zuständigen Organe zu beobachten.

Meine wichtigsten Feststellungen, das Ergebnis meiner Untersuchungen zusammenfassend, kann festgelegt werden, dass das Vergaberecht in unserem Rechtssystem eine besondere Stelle einnimmt. Trotzdem, dass es ein verhältnismässig neues Rechtsgebiet darstellt, ist es mittlerweile eines der wichtigsten Elemente des im weiten Sinne aufgefassten Wirtschaftsrechts geworden. Teils wegen seiner verhältnismässigen Neuheit, teils aber infolge der Forderungen der EU, hat es sich in den vergangenen Jahrzehnten ausserordentlich dynamisch entwickelt.

Es kann weiterhin deklariert werden, dass das Vergaberecht eine selbständige Stelle unter den Rechtsgebieten einnimmt. Das Vergaberecht ist ein solches selbständiges Rechtsgebiet, auf welchem die klassisch zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Elemente sich eigenartig miteinander vermengen.

Alles zusammengenommen und die Rechtsmittelregelungen in den Vergabegesetzen der letzten zwei Jahrzehnte überblickend, kann behauptet werden, dass die in der jüngsten Vergangenheit vonstattengegangene umfassende Gesetzesabänderung vonnöten gewesen ist, dies aber mindestens so viele neue Fragen hat auftauchen lassen, wie es zu beantworten bestrebt gewesen ist. Im Lichte der Praxis äussere ich den Standpunkt, dass weitere Modifizierungen in Kürze erforderlich sein werden, und dieses Bedürfnis bleibt solange erhalten, bis sich der Gesetzgeber auf die Betrachtungsweise verlegt, dass das Vergabegesetz frei von störenden Rückhinweisen, kristallklar und einfach, grundsatzzentrisch abgefasst werden soll. Das Vergabegesetz kann nur dann seiner Bestimmung zugeführt werden, wenn es die Eigentümlichkeiten der Funktionsweise der in seinem Geltungsbereich befindlichen Rechtssubjekte und die Erwartungen der Gesellschaft weitgehend berücksichtigt.