



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG
1026 Budapest, Riadó u. 5.
Tel.: 06-1/882-8594
Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.274/15/2021

A tanács tagjai: Dr. Andriská Szilvia közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bankóné Nagy Helga közbeszerzési biztos, Dr. Schaller Emil közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Pénzügyminisztérium Regionális Fejlesztési Programokért Felelős Helyettes Államtitkárság Jogi és Felülvizsgálati Főosztálya (Budapest, Váci út 81-83.)

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Járady Györgyi Hédi jogtanácsos

Az ajánlatkérő: Nagyrada Község Önkormányzata (Nagyrada, Kossuth út 51.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Fröhlich Klára ügyvéd (Nagykanizsa, Ady u. 35/B.)

A kérelmezett: Bauterc-Prizma Kft. (Nagykanizsa, Ady u. 50.)

A beszerzés tárgya, értéke: Nagyrada község belterületi vízrendezése 47.263.500.-Ft

A Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban: Döntőbizottság) a Közbeszerzési Hatóság nevében meghozta az alábbi

H A T Á R O Z A T - ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (4) bekezdés c) pontját és a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság a kérelmezettel szemben 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja az ajánlatkérőt és a kérelmezettet, hogy a bírság összegét a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbeszerzési Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-01040360-00000000 számú központosított beszedési számlájára átutalással teljesítse.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható annak kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet a Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. A hivatalbóli kezdeményező jogelődje (Nemzetgazdasági Minisztérium Regionális Fejlesztési Operatív Programok Irányító Hatósága), mint támogató a Terület-és Településfejlesztési Operatív Program keretén belül TOP-2.1.3-15 Települési környezetvédelmi infrastruktúra-fejlesztések tárgyú felhívást tett közzé, melyre az ajánlatkérő TOP-2.1.3-15-ZA1-2016-00004 azonosító számon regisztrált támogatási kérelmet nyújtott be. A támogató a kérelmet elbírálta, melyet a 2017. május 3-án kelt támogatói döntése szerint támogatásban részesített. A támogatási szerződés tárgya „Nagyrada község belterületi vízrendezése” című TOP-2.1.3-15-ZA1-2016-00004 azonosító számú projekt megvalósítása volt. A támogatási szerződés a hivatalbóli kezdeményező jogelődje, mint támogató képviselőjében eljáró Magyar Államkincstár Zala Megyei Igazgatósága, mint közreműködő szervezet (a továbbiakban: közreműködő szervezet és az ajánlatkérő, mint kedvezményezett között jött létre 2017. június 2-án.

2. Az ajánlatkérő 2018. július 20-án a Kbt. Harmadik Rész 115. § (1) bekezdés szerinti közbeszerzési eljárást indított a bevezető részben meghatározott építési beruházás tárgyában. Az ajánlatkérő az ajánlattételi felhívást és a közbeszerzési dokumentumokat közvetlenül küldte meg az általa kiválasztott öt gazdasági szereplőnek.

3. Az ajánlattételi felhívás jogorvoslat szempontjából releváns részei:

A felhívás II.1.4) pontja szerint a közbeszerzés mennyisége:

„Az építés célja a Nagyrada település észak-nyugati külterületeire lehulló csapadékvíz károkozás nélküli átvezetése a településen a befogadóig. Befogadó a Radai patak (Radai malomárok) alsó szakasza, majd a Kis-Balaton. A mértékadó vízhozam $Q_{3\%} = 3,97 \text{ m}^3/\text{s}$. A kialakítandó meder legkisebb vízszállító képessége $5,2 \text{ m}^3/\text{s}$. A vízilétesítmény főbb műszaki jellemzői Radai patak mederrendezése az 1+591 – 3+412 km szelvények között Helye: Nagyrada belterülete Hossza: 1.821 m Fenékszélesség: 0,80 m 1+591 – 2+401 km szelvények között 0,60 m 2+401 – 3+412 km szelvények között Rézsúhajlás: 1:1,5 Esés: 0,23 – 2,02 % Burkolat: betonba rakott terméskő 1+692 – 1+913 km szelvények között 2+940 – 3+412 km szelvények között + a hidak környezetében gyepesített földmeder a többi szakaszon Befogadó: Radai malomárok 1+591 km szelvénye”

A felhívás II.1.5) és II.2.7.) pontja szerint a szerződés teljesítésének határideje 2018. november 30-a volt. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy a szerződés nem meghosszabbítható.

A felhívás II.1.6) pontja szerint a teljesítés helye:

„Nagyrada helység: Helyrajzi számok: 26,47/7, 70, 71 78, 83,84, 85, 86, 121, 140, 141, 150, 151, 167, 173, 174, 175/1, 238, 244, 251.”

4. Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumok részeként elkészítette a benyújtandó iratok jegyzékét, iratmintákat, a műszaki specifikációt és az árazatlan költségvetést.

A műszaki specifikáció jellemzően a 2017. októberi dátumú vízjogi engedélyes tervet és műszaki leírást, valamint a 2018. május 10-én jogerőre emelkedett vízjogi létesítési engedélyt tartalmazta.

A műszaki leírás rögzítette, hogy

- az érintett patakszakasz kezelését a Nyugat-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság átadta Nagyrada Önkormányzatának;
- a tervezési munka kezdetén a tervezők szabatos geodéziai felmérést végeztek, felmérték a meglévő patak nyomvonalát és a meglévő vízi műtárgyakat. A felmérést helyszíni szemlék során pontosították,
- az érintett patakszakasz jogi státusza szerint részben az építető önkormányzat kezelésében és tulajdonában van. Az idegen területek feletti rendelkezési jogot a beruházó megszerzi.

5. Az ajánlattételi határidőre három ajánlattevő nyújtott be ajánlatot. Az ajánlatkérő 2018. augusztus 22-én megküldte az eljárást lezáró összegezést, mely szerint az eljárás eredményes volt, a nyertes ajánlattevő a Bauterc-Prizma Kft. (a továbbiakban: kérelmezett) lett.

6. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2018. augusztus 28-án kötötték meg a vállalkozási szerződést, melyben a vállalkozási díj összege 47.613.950.-Ft + 12.855.766.-Ft Áfa volt.

A vállalkozási szerződésnek a teljesítés határidejére vonatkozó IV. pontja szerint:

„1. Szerződés teljesítésének véghatárideje: 2018.11.30. Megrendelő előteljesítést elfogad. Ezen időtartamon belül a hiba és hiánymentes átadás-átvételi eljárást is le kell bonyolítani. Munkaterület biztosítása: jelen szerződés hatályba lépésétől számított legkésőbb 5 napon belül.”

„3. A Vállalkozó köteles a műszaki ellenőrt és Megrendelőt haladéktalanul értesíteni, amennyiben akadályoztatva van a jelen szerződésben foglalt bármely kötelezettségének szerződés szerinti teljesítésében.”

A vállalkozási szerződésnek a fizetési feltételekre vonatkozó VII. pontja szerint:

„5. Megrendelő részszámlázást biztosít. Vállalkozó 1 db részszámlát és 1 db végszámlát nyújthat be a megrendelő megbízottja, műszaki ellenőr által igazolt teljesítést követően az alábbiak szerint:

I. részszámla (nettó szerződéses érték 50%-a, határidő: 2018.10.15.

Értéke: nettó 23.806.975.-Ft + 6.427.883.Ft 27% Áfa, Összesen: bruttó 30.234.858.-Ft

Végszámla

Értéke: nettó 23.806.975.-Ft + 6.427.883.Ft 27% Áfa, Összesen: bruttó 30.234.858.-Ft”

A vállalkozási szerződésnek a késedelemre és a határidő módosításra vonatkozó XI. pontja szerint:

„1. A Vállalkozó, ha önhibáján kívül a szerződés szerinti kötelezettségében várhatóan késedelembe esik, akkor erről köteles a Megrendelőt haladéktalanul írásban értesíteni.

2. A Vállalkozó az alábbi késedelmi okok miatt válhat jogosulttá határidő módosításra:

i. bármilyen, a Megrendelő által kibocsátott felfüggesztési utasítás, kivéve, ha azt a Vállalkozó szerződés súlyos szegése miatt bocsátották ki,

ii. vis major esetén

iii. a vonatkozó jogszabályi rendelkezések alapján szerződésmódosítást megalapozó körülmények bekövetkezése esetén,

iv. a Megrendelő általi súlyos szerződésszegés esetén.”

7. A szerződéskötést követően – az építési naplóban foglaltak szerint – a munkaterület átadására 2018. szeptember 19-én került sor.

8. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a vállalkozási szerződést 2018. október 11-én módosították. A szerződésmódosítás a szerződés teljesítési határidőre vonatkozó IV.1. pontját, illetőleg a fizetési feltételekre vonatkozó VII.5. pontját érintette. A szerződés teljesítésének véghatárideje az eredeti 2018. november 30-i időpontról 2019. május 31-re módosult. A szerződés fizetési feltételekre vonatkozó VII.5. pontjában az I. részszámla kibocsátásának határideje az eredeti 2018. október 15-ei dátumról 2018. november 30-ra változott. A szerződésmódosítás sem a szerződésmódosítás jogalapját, sem annak indokát nem jelölte meg.

9. A szerződésmódosításról az ajánlatkérő által 2018. október 31-én közzétett tájékoztató hirdetmény VI.2.2) pontja a módosítás okai között az alábbiakat tüntette fel:

„x Módosítási igény olyan körülmények miatt, amelyet a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő nem láthatott előre.

A munkaterület átadását követően a munkagépek részére szükséges ideiglenes területigénybevétel egyeztetése a tulajdonosokkal elhúzódott – amelyet a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő nem láthatott előre – így a 3. mérföldkő és a további mérföldkövek módosítása vált szükségessé a Támogatóval, mely módosítások átvezetése a felek egyetértésével a Vállalkozási szerződésben jelen szerződésmódosítás keretében történik.”

A módosítás jogszabályi alapjaként a Kbt. 141. § (6) bekezdése került megjelölésre.

10. A vállalkozói szerződésmódosítás alapján, azt alapul véve, az ajánlatkérő kezdeményezte a támogatási szerződés módosítását a közreműködő szervezetnél (1. számú támogatási szerződésmódosítás). Az ajánlatkérő a közreműködő szervezet részére 2018. október 12-én töltötte fel a szerződésmódosítást az EPTK felületen, mint támogatási szerződés-módosítási igényt. Az igénybejelentés melléklete volt a vállalkozói szerződés módosítása.

A támogatási szerződés 1. számú módosítása 2019. április 29-én került aláírásra a közreműködő szervezet és az ajánlatkérő által. Törlésre került a támogatási szerződés 3.3.1. pontja, helyére a projekt fizikai befejezésének tervezett napjaként 2019. június 30. napja került, továbbá törlésre került a támogatási szerződés 3.3.2. pontja, helyére a záró kifizetési igénylés benyújtása határidejének napjaként 2019. szeptember 28. napja került. Módosultak 3. és 5. mellékletben szereplő mérföldkövek és projekt indikátorok dátumai is, illeszkedve a módosított befejezési dátumhoz.

11. Az ajánlatkérő a szerződésmódosítás utólagos ellenőrzése során a közreműködő szervezet hiánypótlási felhívására a szerződésmódosítás indokaként hivatkozott arra, hogy a kivitelezési munkák közül az árok földmunkáinak végzését nehezítette az ideiglenes területek igénybevétele oly módon, hogy a gépek részére az árok megközelítéséhez szükséges helyeken kerítések, illetve olyan lejtésviszonyok voltak, amik az azonnali munkavégzés megkezdését nem tették lehetővé. Ehhez szükséges volt a tulajdonosokkal való egyeztetésre, a kerítések bontására és a terület terepviszonyainak rendezésére a gépek beállításának biztosításához. Ezek után tudott csak elkezdődni a területen a munkavégzés.

Továbbá a patakmeder rendezése kivitelezése során az 1+600-3+412 szelvények között 1812 fm hosszúságban mindkét parton a munkaterület biztosítása anyagátárolás, beszállítás, kitermelt iszap, letermelt cserje elhelyezése, a gépek mozgása céljára vált szükségessé. Az előre nem látható körülményt az árterületeken való mozgás akadályoztatását esetenkénti nem várt felázott talajviszonyok indokolták.

12. A hiánypótlás során benyújtott nyilatkozatában az ajánlatkérő a módosítása jogalapjaként a Kbt. 141. (4) bekezdés c) pontját is megjelölte. A jogalaphoz való megfelelést azzal indokolta, hogy a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre. A munkagépek részére szükséges ideiglenes területigénybevétel egyeztetése a tulajdonosokkal elhúzódott, amelyet a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő nem láthatott előre. A módosítás nem változtatta meg a szerződés általános jellegét tekintettel arra, hogy a módosítás a szerződés tárgyában, az elvégzendő munkákban, a szerződéses feltételekben, az eredeti szerződésben foglalt ajánlattevői kötelezettséghez képest új elemet nem tartalmazott. Az ellenérték növekedése nem haladta meg az eredeti szerződés értékének 50%-át, tekintettel arra, hogy a módosítás ellenérték növekedéssel nem járt.

13. A közreműködő szervezet a szerződésmódosítás utólagos ellenőrzéséről nem támogató tartalmú jogi állásfoglalást bocsátott ki, mert a szerződésmódosítás jogszerűsége körében nem tartotta megalapozottnak sem a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti, sem pedig a Kbt. 141. § (4) bekezdése c) pontja szerinti jogalaphoz való megfelelést, és 2021. április 1-jei dátummal szabálytalansági gyanúbejelentőt nyújtott be a hivatalbóli kezdeményező részére.

14. A hivatalbóli kezdeményező 2021. április 23-án kelt levelében értesítette az ajánlatkérőt, hogy a közreműködő szervezet szerződésmódosítás utólagos ellenőrzése során tett szabálytalansági gyanúbejelentése alapján szabálytalansági eljárást indított.

A hivatalbóli kezdeményezés

15. A hivatalbóli kezdeményező 2021. június 2-án hivatalbóli kezdeményezést nyújtott be az ajánlatkérővel szemben. A kezdeményezői jogosultság alátámasztásaként előadta, hogy a közbeszerzés a TOP-2.1.3-15-ZA1-2016-00004 azonosító számú uniós forrásból finanszírozott projektet érint. A TOP (Terület- és Településfejlesztési Operatív Program) vonatkozásában a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 3. számú melléklete értelmében a Pénzügyminisztérium látja el az irányító hatósági feladatokat.

16. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés dátumaként 2018. október 11-ét, a szerződésmódosítás aláírásának napját, a tudomásszerzés dátumaként pedig 2021. április 23-át a szabálytalansági eljárás megindításának napját jelölte meg.

17. A hivatalbóli kezdeményező kezdeményezésében ismertette a szerződésmódosítás tartalmát, és az ajánlatkérő által a szerződésmódosításról szóló tájékoztató hirdetményben, illetőleg az utólagos ellenőrzés során tett hiánypótlásban megjelölt szerződésmódosítási indokokat. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a szerződésmódosítás sem a Kbt. 141. § (6) bekezdésében, sem pedig a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában meghatározott jogalap feltételeinek nem felelt meg, ezért az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglaltakat.

18. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a szerződésmódosítás során a teljesítési határidő 2018. november 30. napjáról 2019. május 31. napjára módosult. (Az eredeti teljesítési határidő 94 nap volt, majd a módosítás alkalmával ez 182 nappal meghosszabbításra került.) A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti jogalap feltételei nem álltak fenn a teljesítési határidő hosszabbítása tekintetében, mivel a 3 hónapos teljesítési határidő 6 hónappal történő meghosszabbítása lényeges módosításnak minősül.

19. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott továbbá arra, hogy az a tény, hogy a munkálatokhoz kapcsolódó területen mások tulajdonát is érinti a gépeknek szükséges felvonulási terület, a tereprendezési munkák szükségessége, illetve a kedvezőtlen terepviszonyok nem tekinthetők olyan körülménynek, amelyet az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott volna előre. Ezért szerinte a teljesítési határidő módosításához vezető körülmény nem minősül kellő gondossággal eljárva előre nem láthatónak, így a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalap feltételei sem állnak fenn.

20. Az ajánlatkérő elkésettségi kifogására vonatkozóan a hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a jogsértésről való tudomásra jutás napját továbbra is 2021. április 23. napjában jelöli meg, a Kbt. 152. § (2a) bekezdésére tekintettel, mely kimondja, hogy a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja szerinti szervezet esetében a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának napját és figyelembe véve a 272/2014. (XI.5.) Korm. rendelet 156. § (9) bekezdését, miszerint a szabálytalansági eljárás kezdete az a nap, amelyen az irányító hatóság az eljárás megindításáról döntött. Jelen esetben a szabálytalansági eljárás elrendelésére 2021. április 23 - án került sor, melyet a kezdeményezéshez már csatolt okirat igazol.

21. A fentiek megdöntésére az ajánlatkérő által előadottak álláspontja szerint nem alkalmasak, az alábbiakra tekintettel.

A hivatalbóli kezdeményezésben rögzítésre került, hogy a közbeszerzés TOP (Terület- és Településfejlesztési Operatív Program) uniós forrásból finanszírozott projektet érint, melynek vonatkozásában a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet (továbbiakban: Rendelet) 3. számú mellékletének 9. pontja értelmében a Pénzügyminisztérium látja el az irányító hatósági feladatokat. A Rendelet ugyanezen melléklete kijelöli a TOP vonatkozásában a Magyar Államkinctárt, mint közreműködő szervezetet, az irányító hatóság és a közreműködő szervezet személye tehát beazonosítható, az egyes intézmények jogszabályi kijelölés alapján látják el feladataikat.

A támogatási szerződés módosítására vonatkozó kérelmek elbírálása nem tartozik az irányító hatóságként eljáró kezdeményező kizárólagos hatáskörébe a Rendelet alapján, szemben a szabálytalansági eljárások lefolytatásával. A Rendelet 23. § (2) bekezdése rögzíti, hogy a közreműködő szervezet a rendelet által az irányító hatóság feladatkörébe utalt feladatok közül az erre vonatkozóan megkötött megállapodásban meghatározottakat látja el. Megjegyezte, hogy nem minden operatív program esetében került kijelölésre közreműködő szervezet, ekképpen a jogszabály a fentiekben hivatkozottakon túl szükségszerűen az irányító hatóság fordulatot használja a támogatót érintő rendelkezései során. Jelen esetben a hivatkozott 1. sz. támogatási szerződés módosításának kérelmét a Magyar Államkinctár, mint közreműködő szervezet bírálta el, mely okirattal igazolható. Álláspontja alátámasztásaként csatolta a közreműködő szervezetnek az ajánlatkérő részére a támogatási szerződésmódosítás elfogadása tárgyában kelt 2019. április 25-ei dátummal megküldött tájékoztatását.

22. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő által hivatkozott Általános Szerződési Feltételek 4.1. pontja a szerződés módosítására vonatkozó általános rendelkezés a közös megegyezés szabályának írásba foglalásával, és a módosítási folyamat indításának rögzítésével.

Az Általános Szerződési Feltételek 4.2 pontja sem arról rendelkezik, hogy szerződésmódosítási kérelem tárgyában megalapozott döntés csak az irányító hatóság jóváhagyásával lenne meghozható. A 4.2. pont arra az esetre vonatkozik, ha a módosítás egyébként a támogatás feltételeinek olyan változására vonatkozik, amelyhez előzetes

jóváhagyás szükséges. (Pl. Általános Szerződési Feltételek 10.4. pontja: A támogatott beruházással létrehozott vagyon a záró projekt fenntartási jelentés elfogadásáig csak a Támogató előzetes jóváhagyásával és a foglalkoztatási, illetve a szolgáltatási és az egyéb kötelezettségek átvállalásával, átruházásával idegeníthető el, adható bérbe, illetve terhelhető meg.)

Ezen rendelkezések tehát nem döntenek meg azt a tényt, hogy a szerződésmódosítási kérelem elbírálását nem a kezdeményező végezte.

23. A hivatalbóli kezdeményező azt is hangsúlyozta annak kapcsán, hogy az ajánlatkérő a FAIR SSO rendszerbe feltöltötte a szerződésmódosítási kérelmét és annak mellékleteit, hogy a rendszer több alrendszerből áll, ami a fejlesztési források felhasználására vonatkozó eljárások során keletkező adatok egységes nyilvántartására szolgál. Minden egyes FAIR alrendszer használata csak magánszemélyként vagy szervezet meghatalmazottjaként történő regisztrációt követően lehetséges, tekintettel arra, hogy a rendszerben végzett minden tevékenység folyamatosan megfigyelésre és rögzítésre is kerül. A felhasználói szabályzat értelmében „valamely szervezet nevében eljáró Felhasználó kizárólag azon szervezet nevében regisztrálhat, amelynek hivatalos, okiratba szerkesztett meghatalmazásával rendelkezik”. Fentiek alapján, a támogatási rendszerhez kötődő feladatok kizárólag az intézményi illetve munkaköri (felhasználói vizsgálathoz kötött) jogosultságokhoz kapcsolódó tevékenységekként végezhetőek a megfelelő alrendszerek felületein történő személyes azonosítást követően.

Az ajánlatkérő észrevétele

24. Az ajánlatkérő a 2021. július 21-én előterjesztett észrevételében eljárásjogi kifogást terjesztett elő, melyben elsődlegesen kérte a jogorvoslati eljárás elkésettség miatti megszüntetését.

25. Az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy a 9/2020 (V.28.) AB határozat 46. pontja szerint a Kbt. 152. § (2a) bekezdésében meghatározott szubjektív tudomásszerzési határidő megdönthető vélelem.

Előadta, hogy a közreműködő szervezet felé 2018. október 12-én töltötte fel a szerződésmódosítást az EPTK felületen, mint támogatási szerződésmódosítási igényt. Az igénybejelentés melléklete volt a vállalkozói szerződés 1. számú módosítása.

A folyamat ezt követően úgy zajlott, hogy a közreműködő szervezet kizárólag az irányító hatóság jóváhagyása mellett jogosult a támogatási szerződésmódosítás elfogadására, vagyis a közreműködő szervezethez beérkező módosítási igény az irányító hatóság részére felterjesztésre került, majd az irányító hatóság megküldte a döntését a közreműködő szervezetnek, amely ennek alapján írta alá a támogatási szerződésmódosítást. Mivel a támogatási szerződés 1. számú módosítása 2019. április 29-én került aláírásra, az ajánlatkérő álláspontja szerint a hivatalbóli kezdeményező, mint irányító hatóság legkésőbb a módosított támogatási szerződés aláírásakor, vagyis 2019. április 29-én, legkorábban 2018. október 12-én már olyan helyzetben volt, hogy szükség szerint a Rendelet szerinti intézkedéseket meg tudta volna tenni.

26. Az ajánlatkérő kiemelte, hogy jelen ügyben az intézkedési lehetőség szempontjából irreleváns, hogy az EPTK informatikai rendszerén belül az adott okirat (vállalkozói szerződés 1. számú módosítása) hova került feltöltésre, mivel a passzív tudomásul vételen túl, konkrét engedélyező, jóváhagyó aktus - támogatási szerződésmódosítás jóváhagyása, hatályba lépésről szóló tájékoztatás - is társult a közreműködő szervezet részéről, amelynek

alapidokumentuma a vállalkozói szerződésmódosítás volt, vagyis az irányító hatóság részéről aktív jogcselekményre került sor a vállalkozói szerződés 1. számú módosítása kapcsán.

A jogbiztonság elvét szem előtt tartva, a Kbt. 152. § (2a) bekezdés alkalmazása nem eredményezheti a jogorvoslat kezdeményezési határidők parttalaná válását, és nem eredményezheti a folyamatok ellenőrzési körön kívüliségét.

A fentiek alapján - mivel a hivatalbóli kezdeményezés a 60 napos szubjektív jogvesztő határidőn túl került benyújtásra - kérte a kezdeményezés elutasítását.

Az ajánlatkérő az előadottak alátámasztásaként csatolta az 1. számú támogatási szerződés módosítását, az Általános Szerződési Feltételeket, továbbá a támogatási szerződésmódosításhoz benyújtott dokumentumokról készült képernyőképet, továbbá az EPTK felületéről kinyert, a támogatási szerződésmódosítási igény elbírálásához kapcsolódó adatokat, amely tartalmazta a döntés típusát, a döntés rögzítésének dátumát, a szerződésmódosítást alátámasztó dokumentumok listáját és azok feltöltésének időpontját.

27. Az ajánlatkérő másodlagosan kérte a hivatalbóli kezdeményezés elutasítását az alábbi érdemi észrevételek alapján.

A hivatalbóli kezdeményező a szabálytalansági eljárás megindításáról szóló értesítő levelében a Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatójára hivatkozva kívánta alátámasztani, hogy a határidő módosítás lényeges módosításnak minősült. A hivatkozott útmutató a tárgyi szerződésmódosítást (2018.10.11.) követően több mint egy évvel később (2019.11.26.) került kiadásra, ezért visszamenőleges alkalmazása jogilag kétséges.

Az ajánlatkérő szerint a szerződésmódosítás a határidő módosításra vonatkozóan nem tekinthető lényeges módosításnak, mivel a kivitelezésre alkalmas napok száma - a munkavégzésre alkalmatlan téli hónapok kiesésével - jelentősen nem változott. A hivatalbóli kezdeményező a szerződésmódosítás során a határidő jelentős megnövekedésének ítélte és beszámította a téli időszak kivitelezésre alkalmatlan három hónapját is.

28. Az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy a szerződésmódosítás jogszerűségét nem befolyásolja, ha a jogcím tévesen, vagy egyébként nem kerül feltüntetésre a módosító okiratban, amennyiben az alapul szolgáló tényállás, körülmény indokoltá teszi a szerződésmódosítást. Jelen módosító okiratban a jogcím ugyan nem került feltüntetésre, de a módosítást megalapozó körülmények indokoltá tették az eredeti feltételek változtatását.

A közbeszerzési eljárás ellenőrzése kapcsán előadott - a hivatalbóli kezdeményező által is ismertetett - körülményekkel az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva sem számolhatott, mivel:

a.) a kivitelezés során különböző gépekkel, géplánccal dolgoznak a kivitelezők, ez adott esetben az igénybevett idegen terület nagyságát is befolyásolja. Az eljárás során szigorú organizációs előírásokkal az ajánlatkérő korlátozta volna az ajánlattételt, ezért csak a nyertes ajánlattevő a szerződéskötést követően volt abban a helyzetben, hogy a tulajdonosokkal az egyeztetést lefolytassa, ami viszont elhúzódott, és ez előre nem látható akadályt jelentett,

b.) a teljesítési határidő hosszabbítása a gyakorlatban azt jelentette, hogy a téli időszakra tehető munkavégzés miatt gyakorlatilag csak plusz 90 nap volt az, ami konkrétan munkavégzés céljából igénybe vehető volt.

29. A jogorvoslati eljárás tárgyalásán a Döntőbizottság által feltett kérdésekre vonatkozóan az ajánlatkérő az alábbiak szerint nyilatkozott.

Az ajánlatkérő a határidő módosítás szükségességét arra alapozta, hogy az érintett ingatlantulajdonosokkal a munkaterület igénybevitelével kapcsolatos egyeztetések elhúzódtak, amiket azért nem tudott előzetesen lefolytatni, mert az építéshez szükséges terület nagyságát a nyertes ajánlattevő vezérgépe és annak vezérgéplánca befolyásolta.

Hivatkozott arra, hogy a közbeszerzési ajánlat során nem vizsgálta az ajánlattevő gépparkjának műszaki paramétereit. Mindegyik ajánlattevő az ajánlata során felelősséget vállalt a munka teljeskörű elvégzésére. A kivitelezés megkezdését követően derült ki a kivitelező és az ajánlattevő részére is, hogy a projekt megvalósítása során a munkaterületszakaszok talajadottságai (vizes, ingoványos talajviszony) jelentősen befolyásolják az alkalmazható munkagépek típusát. A kérelmezett rendelkezett a mederkialakításához szükséges forgó-kotró géppel, azonban egyes szakaszokon a kitermelt anyag kiközelítéséhez speciális, gumikerekes helyett láncos szállító járműveket kellett alkalmazni. Ezek a speciális gépjárművek munkába állítása a munkaterületen szervezést és ezzel jelentős időtöbbletet is jelentett.

Azokon a helyeken ahol az adottságok megfelelőek voltak szűkebb nyomtávú gépekkel végezte a munkát a kivitelező (ott kellett szűkebb nyomtávú gép, ahol a patak közelében helyezkedtek el az épületek). Ahol a patak mélysége hosszabb gémkinyúlást igényelt, ott szélesebb nyomtávú, nagyobb önsúlyú és nagyobb hatótávolságú (8-10m) gépek alkalmazására került sor.

A patak melletti 5 méteres sávban ezek a gépek a munkavégzés során nem fértek el, így a munkaterület igénybevételhez újbóli tulajdonosi egyeztetések kellettek.

A kivitelező által alkalmazott speciális munkagépek (szélesnyomtáv, gumikerekes gép helyett láncos gép) munkaterületre történő bejutása, munkaterületen történő munkavégzéshez szükséges területigénybevétel (munkavégzés kizárólag magántulajdonú terület igénybevételével történhetett) nagyságát a munkagépekhez kellett igazítani. Volt ahol a patak mellett csak 5 méteres sávot kellett igénybevenni, de volt ahol 10 méteres sáv igénybevétele vált szükségessé a magánterületen.

A fenti körülmények megalapozták az előre nem láthatóságot.

30. Az ajánlatkérő nyilatkozott arra vonatkozóan, hogy a kivitelezés során organizációs és felmérési terv nem készült, csak a vízjogi létesítési engedély kiadásához szükséges engedélyezési terv készült, valamint a kivitelezés befejezése után megvalósulási tervdokumentáció készült. A munkák ütemezésére vonatkozó ütemterv sem készült.

31. Arra vonatkozóan, hogy az eltérő tulajdonviszonyok hogyan okoztak problémát, és miért húzódtak el az ingatlantulajdonosokkal való egyeztetések az ajánlatkérő előadta, hogy a kivitelezés során minden egyes ingatlantulajdonossal külön kellett egyeztetni az ajánlatkérőnek és a kivitelezőnek is a munkagépek általi területigénybevételről. Egyes magántulajdonosokkal történt helyszíni egyeztetés során került leegyeztetésre, hogy a már említett széles nyomtávú speciális géppark viszonylatában nagyobb terület igénybevételre lesz szükség. Ezt az egyeztetési folyamatot minden egyes magántulajdonossal először az ajánlatkérőnek kellett lefolytatnia. Különösen a munkák igénybevételéhez rendelkezésre álló szűk helyvel rendelkező területeknél illetve a külföldi tulajdonosoknál okozott problémát az egyeztetés.

Az ingatlantulajdonosokkal kapcsolatos egyeztetések miatti akadályközléssel a kérelmezett csak szóban élt, írásos formában erre nem került sor.

32. Az ajánlatkérő nyilatkozott arról, hogy a vízjogi engedélyezési eljáráshoz szükséges volt a tulajdonosi hozzájárulások beszerzése, melyek az engedélyezési folyamat során csatolásra kerültek. Ezek a tulajdonosi hozzájárulások a projekt megvalósításához adtak csak hozzájárulást, hogy a patakmeder kialakítása során az érintett ingatlanuk területét is érinti a nyomvonal. Ezen tulajdonosi nyilatkozatok nem a kivitelezés során igénybe vehető területek összességére szóltak, csupán arra, hogy a patak nyomvonala kialakítható legyen az engedélyezési terv szerint.

33. A fentiekre tekintettel az ajánlatkérő kérte a hivatalbóli kezdeményezés elutasítását.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

34. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő tárgyi közbeszerzési eljárását 2018. július 20-án indította meg, ezért a kezdeményezésben foglaltakra a Kbt. ezen időpontban hatályban volt anyagi jogi rendelkezései, míg a jogorvoslati eljárás lefolytatására a kezdeményezés benyújtásának idején, azaz 2021. június 2-án hatályos Kbt. eljárásjogi rendelkezései az irányadók.

35. A Döntőbizottság elsőként - az ajánlatkérő elkésettségi kifogására tekintettel - az eljárásjogi feltételek között a hivatalbóli kezdeményezés előterjesztésére nyitva álló szubjektív határidő megtartottságát vizsgálta.

36. A Döntőbizottság az elkésettségi kifogás elbírálása során az alábbi jogszabályi rendelkezésekre volt figyelemmel.

A Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja szerint:

(1) a Döntőbizottság hivatalból indított eljárását a következő szervezetek vagy személyek kezdeményezhetik, ha a feladatkörük ellátása során a közbeszerzésekről szóló törvénybe, illetve a közbeszerzésekről szóló törvény felhatalmazása alapján alkotott rendeletbe ütköző magatartás vagy mulasztás jut tudomásukra:

g) a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezet.

A Kbt. 152. § (2) bekezdése szerint:

(2) A Döntőbizottság hivatalból való eljárását az (1) bekezdés szerinti személy vagy szervezet a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napon belül, de

a) legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül,

b) közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén az a) ponttól eltérően a szerződés megkötésének időpontjától vagy, ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől számított legfeljebb öt éven belül, vagy

c) támogatásból megvalósuló beszerzés esetén az a) és b) ponttól eltérően az adott támogatás folyósítására és felhasználására vonatkozó külön jogszabályban előírt iratmegőrzési kötelezettség időtartamán belül, de legalább a jogsértés megtörténtétől – közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén a szerződés megkötésének időpontjától, vagy ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől – számított öt éven belül kezdeményezheti.

A Kbt. 152. § (2a) bekezdése szerint:

(2a) Az (1) bekezdés g) pontja szerinti szervezet esetében a (2) bekezdés szerinti határidő számításakor a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának napját.

A 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 156. § (2) bekezdése és (9)-(10) bekezdései szerint:

(2) A szabálytalansági eljárást az irányító hatóság folytatja le, abban az esetben is, ha közreműködő szervezet kerül kijelölésre.

(9) A szabálytalansági eljárás kezdete az a nap, amelyen az irányító hatóság vagy a kifizető ügynökség vezetője az eljárás megindításáról döntött, jogorvoslati eljárás esetén a jogorvoslati kérelemnek a jogorvoslati eljárás lefolytatására jogosult szervhez történő megérkezését követő nap.

(10) A szabálytalansági eljárás az irányító hatóság, a jogorvoslati eljárás a jogorvoslati eljárást lefolytató szervezet vezetőjének döntésével zárul.

37. A Döntőbizottság megállapította, tekintettel arra, hogy a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja szerinti szervezet kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalból való eljárását és a közbeszerzés támogatásból valósult meg, hogy a kezdeményezés benyújtására nyitva álló szubjektív határidőt a Kbt. 152. § (2) bekezdésének első fordulata (a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan nap), az objektív határidőt a Kbt. 152. § (2) bekezdésének c) pontja rögzíti.

38. A 2019. január 1. napjától hatályos Kbt. 152. § (2a) bekezdése alapján az (1) bekezdés g) pontja szerinti szervezet esetében a (2) bekezdés szerinti határidő számításakor a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának napját.

39. A hivatalbóli kezdeményező az ajánlatkérő 2018. október 11. napján kelt szerződésmódosítása tekintetében állította a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megsértését. A jogsértésről való tudomásszerzés időpontját pedig a szabálytalansági eljárás megindításának napjában, azaz 2021. április 23. napjában jelölte meg és kiemelte, hogy a szabálytalansági eljárás megindítására a közreműködő szervezet által 2021. április 1. napján megküldött gyanúbejelentése alapján került sor. A felek közötti lényeges vita tárgyát a hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzésének időpontja képezte. Ugyanis az ajánlatkérő vitatta a szabálytalansági eljárás megindításának napjára alapított tudomásszerzést azon az alapon, hogy egyrészt a kezdeményezéssel érintett szerződésmódosítás már sokkal korábban, 2018. október 12-én feltöltésre került az EPTK felületére, másrészt a szerződésmódosítás szükséges mellékletét képezte az 1. számú támogatási szerződés módosításának. Ennek körében arra kívánt rámutatni, hogy a hivatalbóli kezdeményező – a közreműködő szervezettől függetlenül – már a támogatási szerződés módosítása iránti kérelme beérkezésekor, annak elbírálásakor ismerhette a vitatott módosítást, így – függetlenül a Kbt. 152. § (2a) bekezdésétől és figyelemmel az Alkotmánybíróság 9/2020. (V. 28.) AB határozatában foglaltakra – a tudomásszerzés nem köthető csak és kizárólag a szabálytalansági eljárás megindításához. Ennek körében csatolta az EPTK rendszerből kinyert és a támogatási szerződés módosítási igényének elbírálására vonatkozó döntési adatokat.

A hivatalbóli kezdeményező az ajánlatkérői állásponttal szemben ugyanakkor azt hangsúlyozta, hogy a támogatási szerződés módosítására irányuló igény elbírálását nem a hivatalbóli kezdeményező, hanem a közreműködő szervezet végezte el. Ennélfogva az ajánlatkérő által hivatkozottak az irányító hatóság tudomásszerzését nem alapozhatják meg, így bizonyítottan látta a szabálytalansági eljárás napjának megindítására alapított tudomásszerzést. Álláspontja igazolásaként csatolta a közreműködő szervezet ajánlatkérő részére a támogatási szerződés módosítás elfogadása tárgyában kelt 2019. április 25. napján megküldött tájékoztatását.

40. A Döntőbizottság – a jelen határozat 37-38. pontjában foglaltakra tekintettel – a törvényi vélelem alkalmazása körében tehát azt vizsgálta meg, hogy a hivatalbóli kezdeményező tudomására juthatott-e a feltételezett jogsértés az általa megjelölt időpontnál korábbi időpontban. A Döntőbizottság ezen vizsgálata körében figyelemmel volt mind a

hivatalbóli kezdeményező, mind az ajánlatkérő által előterjesztett iratokra, melyek vizsgálatát követően az alábbi megállapításra jutott.

41. Az ajánlatkérő észrevételében maga is úgy nyilatkozott, hogy a közreműködő szervezet felé 2018. október 12-én töltötte fel a vállalkozási szerződésmódosítást az EPTK felületen, mint támogatási szerződésmódosítási igényt. A támogatási szerződésmódosításra vonatkozó igénybejelentés mellékletét képezte a vállalkozási szerződés módosítása. Az ajánlatkérő által az EPTK felületről becsatolt képernyőképek is csupán a közreműködő szervezet felé történő dokumentumok benyújtását igazolják, amelyek kizárólag a közreműködő szervezet jogsértésről való tudomásszerzésének időpontját valószínűsítik.

Arra vonatkozó bizonyítékokat az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során nem terjesztett elő, hogy a közreműködő szervezethez beérkező módosítási igény az irányító hatóság részére felterjesztésre került, és hogy az irányító hatóság jóváhagyásával történt a támogatási szerződésmódosítás elfogadása, melynek során az irányító hatóság a vállalkozási szerződésmódosításról tudomást szerzett volna. Az ajánlatkérő által az EPTK rendszerből kinyert, a támogatási szerződésmódosítási igény elbírálásához kapcsolódó adatokat tartalmazó dokumentum nem tartalmazott arra vonatkozó tényeket és bizonyítékokat, hogy a módosítási igény az irányító hatóság részére felterjesztésre került, és hogy a támogatási szerződés módosításának elfogadásához az irányító hatóság hozzájárult volna.

42. Ezzel szemben a hivatalbóli kezdeményező hivatkozott arra, hogy a támogatási szerződés módosítására vonatkozó kérelmek elbírálása nem tartozik az irányító hatóságként eljáró hivatalbóli kezdeményező kizárólagos hatáskörébe a Rendelet alapján. A Rendelet 23. § (2) bekezdése rögzíti, hogy a közreműködő szervezet a rendelet által az irányító hatóság feladatkörébe utalt feladatok közül az erre vonatkozóan megkötött megállapodásban meghatározottakat látja el, és megjegyezte, hogy mivel nem minden operatív program keretében került kijelölésre közreműködő szervezet, ezért a jogszabály szükségszerűen az irányító hatóság fordulatot használja a támogatót érintő rendelkezései során. Hangsúlyozta, hogy jelen esetben az 1. számú támogatási szerződés módosításának kérelmét a Magyar Államkincstár, mint közreműködő szervezet bírálta el, melyet a közreműködő szervezetnek az ajánlatkérő részére a támogatási szerződésmódosítás elfogadása tárgyában kelt 2019. április 25-ei dátummal megküldött tájékoztatásával igazolt.

Hivatkozott továbbá arra is, hogy az ajánlatkérő által az Általános Szerződési Feltételek 4.2. pontja sem arról rendelkezik, hogy a szerződésmódosítási kérelem tárgyában megalapozott döntés csak az irányító hatóság jóváhagyásával lenne meghozható. A 4.2. pont arra az esetre vonatkozik, ha a módosítás egyébként a támogatás feltételeinek olyan változására vonatkozik, amelyhez előzetes jóváhagyás szükséges.

43. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a Fővárosi Törvényszék 104.K.708.281/2020/15. számú ítélete a Kbt. 152. § (2a) bekezdése, mint törvényi vélelem megdönthetőségével kapcsolatban kimondta, hogy:

„(24) [...] A törvényi vélelem megdöntése azonban nem az alperes, hanem a felperes érdekkörébe esik, az azzal kapcsolatos releváns tényeket ezért neki kellett volna megjelölnie és azokra vonatkozóan bizonyítási indítvánnyal élnie. Sem a Kbt. vonatkozó rendelkezéseiből, sem az AB határozatból nem következik, hogy az alperesnek hivatalból, bizonyítást lefolytatva kellene megkísérelnie a törvényi vélelem megdöntését. Éppen ellenkezőleg, a törvényi vélelemnek az a célja, hogy a nem bizonyított tény – jelen esetben a tudomásszerzés időpontját – az ellenkező bizonyításáig mindenki valóságnak fogadja el. A vélelem megdöntésére az a fél köteles, akinek az érdekében áll, azaz a tudomásszerzés törvényi

vélelemtől eltérő korábbi időpontjára a felperesnek kellett volna még a jogorvoslati eljárásban kifejezetten hivatkoznia és állításait bizonyítékokkal alátámasztania.”

44. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő által előadottak, illetőleg az általa csatolt dokumentumok nem alkalmasak a Kbt. 152. § (2a) bekezdés szerinti törvényi vélelem megdöntésére tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő által becsatolt bizonyítékok nem alkalmasak annak bizonyítására, hogy a támogatási szerződésmódosítási igény és annak mellékleteként a vállalkozási szerződésmódosítás az irányító hatóság részére felterjesztésre került, és így a hivatalbóli kezdeményező a vállalkozási szerződésmódosításról a szabálytalansági eljárás megindítása előtt tudomást szerzett volna.

45. Tekintettel arra, hogy az előbbiek alapján a hivatalbóli kezdeményezésben foglaltak érdemi vizsgálatának nincs eljárásjogi akadálya, a Döntőbizottság a továbbiakban érdemben vizsgálta a kezdeményező iratban foglaltakat.

46. A Döntőbizottságnak a hivatalbóli kezdeményezés alapján abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a vállalkozási szerződés módosítása megfelelt-e a Kbt. 141. § (6) bekezdése, illetőleg a 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti előírásoknak.

47. Az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást folytatott le építési beruházás tárgyában a Kbt. 115. § (1) bekezdése alapján, melyre tekintettel az alábbi jogszabályi rendelkezések az irányadók.

A Kbt. 2. § (7) bekezdése szerint e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi. E törvény rendelkezéseinek alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése, illetve a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos jogorvoslati eljárás során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.

A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerint a 15. § (1) bekezdése szerinti értékhatárokat elérő értékű közbeszerzési szerződés, illetve építési vagy szolgáltatási koncesszió megkötése érdekében az 5-7. §-ban ajánlatkérőként meghatározott szervezetek az e törvény szerinti közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárást kötelesek lefolytatni.

A Kbt. 141. § (1) bekezdése szerint ezen alcím rendelkezéseit alkalmazni kell a szerződés felek - vagy az erre jogosult valamelyik fél - általi módosítására, valamint a felek jogviszonyának a szerződésben foglalt rendelkezéseknek megfelelő változására (a továbbiakban együtt: szerződésmódosítás).

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerint a (2) bekezdésben szabályozott esetek mellett a szerződés - a (6) bekezdésben foglalt feltételek vizsgálata nélkül - új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül módosítható, illetve módosulhat az alábbiak közül bármely esetben:

c) a következő feltételek együttes teljesülése esetén:

ca) a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre;

cb) a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét;

cc) az ellenérték növekedése nem haladja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át. Ha egymást követően több olyan módosításra kerül sor, amelyek a ca) alpont szerinti több,

egymással nem összefüggő körülmény miatt merültek fel, ez a korlátozás az egyes módosítások nettó értékére alkalmazandó. Az egymást követő módosítások nem célozhatják a rendelkezés megkerülését.

A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül, a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

a) olyan feltételeket határoz meg, amelyek ha szerepeltek volna a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárásban, az eredetileg részt vett ajánlattevőkön (részvételre jelentkezőkön) kívül más ajánlattevők (részvételre jelentkezők) részvételét vagy a nyertes ajánlat helyett másik ajánlat nyertességét lehetővé tették volna;

b) a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg; vagy

c) a módosítás a szerződés tárgyát az eredeti szerződésben foglalt ajánlattevői kötelezettséghez képest jelentős új elemre terjeszti ki.

A Kbt. 141. § (8) bekezdése szerint a szerződés az e §-ban foglalt eseteken kívül csak új közbeszerzési eljárás eredményeként módosítható. Amennyiben a szerződés módosítására közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kerül sor, a módosítás a 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis.

48. A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek beszerzésüket közbeszerzési eljárás útján kötelesek megvalósítani, különösen a Kbt. 4. § (1) bekezdéséből és a Kbt. 141. § (4) bekezdés felvezető mondatából következően minden beszerzés előtt, így a szerződés módosítása útján megvalósult beszerzést megelőzően is, közbeszerzési eljárás lefolytatása kötelező. Az egyébként kivételes – közbeszerzési eljárás mellőzésével megvalósított - szerződésmódosítás feltételeit a jogszabályok taxatívén sorolják fel, amelyek értelmezésekor a Kbt. 2. § (7) bekezdés első mondata szerinti kógenciára is figyelemmel kell lenni. A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a közbeszerzési szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges, és mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alkalmazhatósága abban az esetben merül fel, amennyiben a szerződésmódosítás lényeges.

49. Az ajánlatkérő a vállalkozási szerződés módosításáról feladott tájékoztató hirdetményben a módosítás jogszabályi alapjaként a Kbt. 141. § (6) bekezdését jelölte meg, ezért a Döntőbizottság először a szerződésmódosítás lényeges minősége kérdésében foglalt állást.

50. A 2018. október 11-én aláírt szerződésmódosítás a teljesítési határidőt, és az I. részszámla benyújtási határidejét érintette. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott arra, hogy a 3 hónapos teljesítési határidő 6 hónappal történő meghosszabbítása lényeges módosításnak minősül.

A Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata szerint a szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 50. § (2) bekezdés g) pontja a szerződés időtartamát, a teljesítési határidőt olyan lényeges érdemi feltételnek minősíti, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni kell, és az ajánlatkérő mindezt a felhívás II.1.5) pontjában rögzítette is, a szerződés teljesítési határidejét 2018. november 30-ában határozta meg. Ez alapján a szerződés hatályba lépésétől

számítva a teljesítési véghatáridőig a kérelmezettnek 94 nap állt rendelkezésre a szerződésben vállalt feladatok teljesítésére. A szerződésmódosítás értelmében a teljesítési véghatáridő 2019. május 31. napjáig meghosszabbításra került, azaz az eredetileg 94 napos teljesítési határidő további 182 nappal meghosszabbításra került.

Amennyiben a teljesítési határidő másképp került volna meghatározásra, az ajánlatkérő másféle ajánlattevői kört is felhívhatott volna, illetve nem kizárható, hogy a teljesítési határidő hossza az ajánlati árakat befolyásolta.

A Döntőbizottság álláspontja szerint tehát a jelen esetben nincs helye a Kbt. 141. § (6) bekezdése alkalmazásának a szerződésmódosítás teljesítési határidőre vonatkozó módosítása körében, tekintettel arra, hogy az eredeti 3 hónapos teljesítési időtartam 6 hónappal történő meghosszabbítása az alapszerződéshez képest lényegesen eltérő érdemi feltételeket eredményezett. Amennyiben az ajánlatkérő által hivatkozott határidő hosszabbítás téli időszakra eső 3 hónapját nem vesszük figyelembe, mert akkor munkavégzés nem volt végezhető, az eredeti teljesítési határidő duplájára emelése is az alapszerződéshez képest lényegesen eltérő érdemi feltételeket eredményezett.

A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy a felek a szerződésmódosítás során megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

51. Mivel a módosítást a fentiek szerint lényegesnek kell tekinteni, a Döntőbizottság megvizsgálta, hogy a szerződésmódosítás egyébként mely, a Kbt. ezt lehetővé tevő rendelkezésének felel meg. Ebben a körben az ajánlatkérő arra hivatkozott, hogy a szerződésmódosítás a Kbt. 141. § (4) bekezdése c) pontja alapján jogszerűnek tekinthető.

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja három feltétel együttes teljesülése esetén teszi lehetővé a szerződés módosítását. Bármelyik feltétel hiánya jogsértővé teszi a szerződés módosítását. A Kbt. 141. § c) pontjában meghatározott három együttes feltétel közül a cb) és a cc) alpontok szerinti feltételek fennállásának hiányára a hivatalbóli kezdeményező nem hivatkozott, így azokat a Döntőbizottság nem vizsgálta. Az első ca) alpont szerinti feltétel alapján akkor fogadható el jogszerűnek a szerződésmódosítás, ha azt olyan körülmények tették szükségessé, amelyet az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre.

52. A hivatalbóli kezdeményező cáfolta a jogszabály szerinti konjunktív feltételek közül a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja szerinti feltétel fennállását a teljesítési határidő módosítása körében. Hivatkozott arra, hogy az a tény, hogy a munkálatokhoz kapcsolódó területek mások tulajdonát is érintik, a tereprendezési munkák szükségessége, illetve a kedvezőtlen terepviszonyok nem tekinthetők olyan körülménynek, amelyet az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott volna előre. Ezért szerinte a teljesítési határidő módosításához vezető körülmény nem minősül kellő gondossággal eljárva előre nem láthatónak.

53. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja szerinti előre nem láthatóság követelménye alapvetően akkor valósulhat meg, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra az ajánlatkérő a legnagyobb gondosság mellett a beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott.

Az ajánlatkérő a teljesítési határidő módosítása körében arra hivatkozott, hogy a munkaterület átadását követően a munkagépek részére szükséges ideiglenes munkaterület igénybevétel egyeztetése a tulajdonosokkal elhúzódott. Az árok földmunkáinak végzését nehezítette, és az azonnali munkavégzés megkezdését akadályozta, hogy a megközelítéséhez szükséges helyeken kerítések, illetve olyan lejtésviszonyok voltak, amiket rendezni kellett. Hivatkozott arra is, hogy csak a szerződéskötést követően került abba a helyzetbe, hogy az igénybe vett idegen területek nagyságáról az érintett tulajdonosokkal egyeztetést kezdeményezzen, mert a

nyertes ajánlattevő gépparkja befolyásolta az igénybe vett terület nagyságát. Mindezen körülményeket a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő nem láthatta előre.

54. A döntőbizottsági és bírósági gyakorlat több esetben is rámutatott arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpont szerinti előre nem láthatóság a szerződés megkötésének időpontjára, illetve a szerződést megelőző előkészítési szakaszra vonatkozatható, ezért a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata során nem hagyható figyelmen kívül, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során a kellő gondosságot tanúsította-e.

A Kbt. 28. § (1) bekezdése különös hangsúlyt fektet az ajánlatkérő felelősségére a közbeszerzési eljárás megfelelő alaposágú előkészítése tekintetében a teljesítési határidő meghatározására. E felelősségi körben az ajánlatkérő köteles úgy meghatározni a teljesítésre nyitva álló határidőt, hogy megelőzze a szerződésmódosításokat. A közbeszerzésre irányuló eljárás megkezdése előtt törekednie kell az ajánlatkérőnek arra, hogy a kellő gondosság mellett minden, a közbeszerzést befolyásoló körülményt feltárjon, melyek hatással vannak a szerződés teljesítésére, és azok a szerződés teljesítésének megkezdését biztosítják, vagy annak időigénye a teljesítésre nyitva álló határidőbe be legyen építve. Így tárgyi esetben az ajánlatkérő már a közbeszerzési eljárás előkészítése során tudomással bírt arról, hogy a patakmeder rendezése során a gépek mozgása idegen területeket és érinteni fog, az ajánlatkérőnek számolnia kellett volna a gépek lehetséges verzióival és ennek megfelelően fel kellett volna mérnie, hogy a munkagépek mozgása milyen terület igénybevétellel fog jární, illetőleg, hogy a gépek milyen akadályokba ütközhetnek a kivitelezés során. A kivitelezésről és annak lehetséges területigényéről már előzetesen tájékoztatnia kellett volna az érintett ingatlan tulajdonosokat. Számolnia kellett volna előzetesen a tulajdonosokkal folytatandó egyeztetések időigényével és ezt figyelembe kellett volna vennie a teljesítéshez szükséges időtartam meghatározásánál.

Az eljárás előkészítése során az is elengedhetetlen, hogy az ajánlatkérő megfelelő módon felmérje az építési beruházás megvalósításának valós időszükségletét, és a szerződés teljesítésére rendelkezésre álló időtartamot annak ismeretében határozza meg. Feltételezhető, hogy a kivitelezési munka elhúzódását nem csak az ingatlan tulajdonosokkal folytatott egyeztetések időigénye befolyásolta, hanem az ajánlatkérő részéről az eljárás előkészítése során nem megfelelően került felmérésre a kivitelezési munka valós időszükséglete sem. A vállalkozási szerződés 3 hónapos teljesítési határidőt határozott meg az építési munka elvégzésére, ezzel szemben az E-főnapló adatai szerint (a műszaki átadás-átvétel időpontja 2019. augusztus 15.) közel 1 éves időtartam alatt készült el a patak mederrendezése.

A jogorvoslati eljárás során benyújtott dokumentumok nem igazolták kétséget kizáró módon, hogy az ajánlatkérő számára nem volt előre látható a határidő hosszabbítás szükségessége, illetőleg, hogy a kivitelezési munkák elhúzódását az ingatlan tulajdonosokkal történő egyeztetések és a terepviszonyok problémái okozták, mivel erre vonatkozó akadályközléseket, naplóbejegyzéseket az E-főnapló nem tartalmazott.

55. Ugyanakkor a Döntőbizottság álláspontja szerint a teljesítési határidő módosításának szükségességét nem csak a fentebb leírt késleltető körülmények indokolták, hanem az építési beruházási közbeszerzési szerződések tipikusnak mondható problémái, úgymint a vállalkozó késedelme, a munkák nem megfelelő ütemezése és a vállalkozói kapacitásproblémák.

A jogorvoslati eljárás során megküldött E-főnapló adatai alapján megállapítható, hogy mind a kérelmezett, mind pedig a műszaki ellenőr elmulasztotta az építési napló folyamatos vezetését. Az építési munkák utólag, jelentős késedelemmel kerültek rögzítésre. Ez

nehezítette azt, hogy a kivitelezés során bekövetkező a vállalás szerződéstől való eltérések, késedelmek nyomon követhetők és számon kérhetők legyenek.

Az E-főnapló bejegyzések alapján a műszaki ellenőr többször kérte a kivitelezési munkák ütemtervének elkészítését, amit a kérelmezett nem készített el. A műszaki ellenőr többször sürgette a munkák elvégzését és nagyobb erőforrások bevonását annak érdekében, hogy a kivitelezési munkák a megfelelő ütemben haladjanak. Az E-főnapló bejegyzések alapján voltak olyan időszakok, amikor munkavégzés egyáltalán nem történt (pl. 2018.11.10. és 2018.12.10. között, 2018.12.20. és 2019.02.11. között).

Az ilyen rövid teljesítési határidővel rendelkező építési kivitelezési munkák esetében különösen fontos, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett szorosan együttműködjenek a teljesítés során, a kérelmezett megfelelően ütemezze a munkákat, és elegendő erőforrást biztosítson ahhoz, hogy a kivitelezést a szerződéses határidőre be tudja fejezni.

56. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerinti feltétel megköveteli egyrészt, hogy a szerzőmódosítás szükséges legyen, másrészt az ajánlatkérő kellő gondossággal történő eljárását. Mindezen konjunktív törvényi feltételek jelen esetben nem álltak fenn, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során a kellő gondosságot nem tanúsította akkor, amikor nem mérte fel előzetesen, hogy a munkagépek mozgása milyen akadályokba ütközhet a kivitelezés során, illetőleg nem került sor előzetes egyeztetésre az ingatlantulajdonosokkal a területek igénybe vételével kapcsolatban, továbbá a teljesítési határidő meghatározásánál nem jól mérte fel a kivitelezés valós időszükségletét. Továbbá a szerzőmódosítás nem volt szükséges sem, mert a teljesítési határidő módosítását nem csak a tulajdonosokkal elhúzódó egyeztetések, hanem a kérelmezett késedelme, nem megfelelő munkaszervezése és kapacitás problémái is előidéztek.

Amennyiben a fenti indokok nagymértékben hozzájárulnak ahhoz, hogy a kérelmezett a szerződésben vállalt teljesítési határidőre a munkát elvégezni nem tudja, úgy nem a szerzőmódosítás, hanem a szerzősszegésre irányadó szerződéses előírások megfelelő alkalmazása jelenthet a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő számára megoldást.

57. Mindezek alapján a Döntőbizottság arra a következtetésre jutott, hogy a szerzőmódosításhoz szükséges Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti konjunktív feltételek közül a ca) alpontban előírt feltétel nem állt fenn.

Így a szerzőmódosítás ajánlatkérő által megjelölt Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalapja is megdőlt, és mivel nem merült fel arra vonatkozó körülmény, hogy a szerzőmódosítás a Kbt. egyéb rendelkezése alapján esetleg jogszerűnek minősülhet, a Döntőbizottság megállapította, hogy a felek jogsértően módosították a szerződést, mert az sem a Kbt. 141. § (6) bekezdése, sem pedig a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalapnak nem felelt meg.

58. A Döntőbizottság nem állapította meg a Kbt. 141. § (8) bekezdés megsértését és ezzel összefüggésben a szerzőmódosítás Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerinti semmisségét, mert az ügy egyedi körülményeit vizsgálva megállapítható volt, hogy a teljesítési határidő meghosszabbításával új beszerzési igény nem merült fel, a módosítás ellenérték-változással nem járt, így a közbeszerzési eljárás mellőzésének feltételei nem álltak fenn.

59. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (3) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja szerint a rendelkező részben meghatározott jogsértést állapította meg, és a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pont szerinti jogkövetkezményként bírságot szabott ki.

60. A Döntőbizottság joggyakorlata töretlen és egységes a tekintetben, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés Kbt.-be ütköző módosítása esetén a szerződő felek mindegyike tekintetében bírságot szab ki.

61. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerint amennyiben a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában jogsértést állapít meg bírságot szabhat ki a jogsértő szervezettel vagy személlyel, valamint a jogsértésért felelős személlyel vagy szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben.

A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerinti bírság összege - a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével - a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb 10%-a.

A Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

- a) a jogsértés súlyát,
- b) a közbeszerzés tárgyát és értékét,
- c) a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását,
- d) az e törvénybe ütköző magatartásnak az adott közbeszerzés vonatkozásában történt ismételt tanúsítását,
- e) a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot,
- f) támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat figyelembe veszi. A bírság összegének és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

62. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (11) bekezdése szerinti mérlegelési jogkörében eljárva a bírság indokoltsága és összegének meghatározásakor tekintettel volt arra, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett súlyos jogsértést valósítottak meg azzal, hogy a köztük fennálló vállalkozási szerződést úgy módosították, hogy annak Kbt.-ben meghatározott feltétele – a Kbt. 141. § (6) bekezdés szerinti, illetve a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti – nem állt fenn. A Döntőbizottság figyelembe vette, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett részéről elkövetett jogsértés nem reparálható. A Döntőbizottság tekintettel volt a közbeszerzési eljárás tárgyára és becsült értékére (47.263.500.-Ft). A Döntőbizottság a bírság kiszabása során értékelte, hogy az adott közbeszerzési eljárás vonatkozásában jogsértés megállapítására korábban nem került sor. A Döntőbizottság figyelembe vette, hogy a közbeszerzés támogatásból valósult meg, így a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság mindezen tényezőket együttesen mérlegelve a bírság összegét a rendelkező részben meghatározott mértékben állapította meg.

63. A Döntőbizottság az eljárási költségek viseléséről az Ákr. 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett.

64. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdése b) pontja

alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2021. augusztus 19.

***Dr. Andriska Szilvia sk
közbeszerzési biztos
a tanács elnöke***

***Bankóné Nagy Helga sk
közbeszerzési biztos***

***Dr. Schaller Emil sk
közbeszerzési biztos***

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Kezdeményező képviselője, kizárólag elektronikus úton
2. Ajánlatkérő képviselője, kizárólag elektronikus úton
3. Kérelmezett, kizárólag elektronikus úton
4. Miniszterelnökség, kizárólag elektronikus úton
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága, kizárólag elektronikus úton