



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

Az ügy iktatószáma: D.391/22/2021.

A tanács tagjai: Dr. Kenessey Réka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bonifert Zsolt közbeszerzési biztos, Uherné Dr. Laczi Orsolya közbeszerzési biztos

A kezdeményező: Pénzügyminisztérium, mint a Gazdaságfejlesztési Programok Végrehajtásáért Felelős Irányító Hatóság (Budapest, József Nádor tér 2-4)

A kezdeményező képviselője: Hágen Andrea felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

Az ajánlatkérő: Hirschler László egyéni vállalkozó (Sopron, Ipar krt 24.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Gömöri Ákos ügyvéd (Budapest, Monda utca 3/b. II. em. 12.)

A kérelmezett: PLC Szoftverfejlesztő Kft. (Sopron, Seltenhofer F. u. 2. D. ép)

A közbeszerzés tárgya: „Üvegmegmunkáló gyártósor beszerzése a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 operatív program keretén belül”

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

V É G Z É S –t.

A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást megszünteti.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A végzés ellen fellebbezésnek nincs helye. A végzés elleni közigazgatási perben kereseti kérelem terjeszthető elő, a végzés kézbesítésétől számított nyolc napon belül. A kereseti kérelmet a Fővárosi Törvényszékhez kell címezni, de a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő 2018. március 13-án Támogatási szerződést kötött a Nemzetgazdasági Minisztériummal, abban rögzítésre kerültek az alábbiak:

„1. Előzmények

A Támogató a Gazdaságfejlesztési és Innovációs Operatív Program (a továbbiakban: GINOP) kereten belül „Mikro-, kis- és középvállalkozások termelési kapacitásainak bővítése” tárgyú felhívást tett közzé, melyre Kedvezményezett GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számon regisztrált, 2017.02.13. napon támogatási kérelmet nyújtott be, a Szerződés fizikailag nem csatolt mellékletét képező felhívás szerint, amelyet a Támogató 2017.11.10. napon kelt támogatási döntés szerint támogatásban részesített. A Támogató döntése alapján Kedvezményezett vissza nem térítendő támogatásban részesül.”

„2. A Szerződés tárgya

2.1. A Szerződés tárgya a(z) Üvegmegmunkáló gyártósor beszerzése a Hirschler Üvegipari Vállalkozásnál című GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számú, a támogatási kérelemben és annak mellékleteiben rögzített projekt (a továbbiakban: Projekt) elszámolható költségeinek az Európai Regionális Fejlesztési Alapból és hazai központi költségvetési előirányzatból vissza nem térítendő támogatás formájában történő finanszírozása.”

„4. A Projekt összköltsége, elszámolható összköltsége, a támogatás forrása, összege

4.1. A Projekt összköltsége

A Projekt összköltsége 645 580 000 azaz hatszáznegyvenötmillió-ötszáznyolcvanezer forint.

4.2. A Projekt elszámolható összköltsége

A Projekt elszámolható bruttó összköltsége 645 580 000 Ft, azaz hatszáznegyvenöt-millió ötszáznyolcvanezer forint.

A Projekt költségvetését a Szerződés 1. számú melléklete tartalmazza. [...]

4.4. A támogatás összege és intenzitása

A Projektre megítélt támogatás összege 225 953 000 Ft, azaz kétszázhuszonötmillió-kilencszázötvenháromezer forint.

A támogatás intenzitása a Projekt elszámolható összköltségének 35%-a.[...]

4.5. Támogatás igénylése

4.5.1 A támogatási előleg összege és mértéke

Az igényelhető támogatási előleg legmagasabb összege 976 500 Ft, azaz száztizenkétfélmillió kilencszázhetvenhatezer-ötszáz forint.”

2. Az ajánlatkérő a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 113. § szerinti, nyílt közbeszerzési eljárást indított, amely eljárás összefoglaló tájékoztatója 2018. június 18. napján került közzétételre az EKR rendszerben. Az eljárás iránti érdeklődés jelzésének határideje 2018. június 26. napja volt. A határidőre senki sem jelezte az érdeklődését.

3. Az ajánlatkérő az eljárás ajánlattételi felhívását 2018. június 26-án küldte meg a PLC Szoftverfejlesztő Kft., a SOMATECH Kft. és a Veszprémi Mechanikai Művek Célgépgyártó Kft. gazdasági szereplők részére.

4. A felhívás releváns rendelkezései a következők voltak:

A felhívás II.1.4) pontjában a közbeszerzés mennyisége a következők szerint került meghatározásra:

1 db Üvegmegmunkáló gyártósor a következő elemekből:

1) Automata szitanyomó gép

2) Lineáris robotrendszer (négy elemből)

3) Száritó/adagoló rendszer (egy kétutas és egy háromutas elemből)

- 4) Edzőzónás üveghajlító préskemence
- 5) Hajlított üvegmosó berendezés
- 6) Szélvédő fóliázó célgép Magyar nyelvű gépkönyv.

A 16/2008. (VIII.30.) NFGM rendelet szerint a gyártósor összes gépének rendelkeznie kell CE tanúsítvánnyal. A nyertes ajánlattevő feladatát képezi a berendezés helyszínre történő szállítása, összeszerelése, beüzemelése, ide értve a 20 munkanap próbaüzemet is, valamint 12 fő kezelőszemélyzet betanítását a próbaüzem alatt.

A felhívás III.1.5) Az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételei és/vagy hivatkozás a vonatkozó jogszabályi rendelkezésekre pontjában az ajánlatkérő az alábbiakat rögzítette:

„Az ellenszolgáltatás teljesítésének pénzügyi fedezete valamennyi rész tekintetében: a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számú pályázat alapján áll rendelkezésre. A támogatásból megvalósuló pénzügyi teljesítés utófinanszírozás alapján történik, a támogatás mértéke: 35 %. A vételi ár a Kbt. 135. §-a és a Ptk. rendelkezései alapján, az ott meghatározott határidőn belül, az igazolt teljesítést követően benyújtott számla ellenében kerül megfizetésre a vonatkozó egyéb hatályos jogszabályi rendelkezések szerint, valamint a hatályos Támogatási Szerződésnek megfelelően. Ajánlatkérő a szállítási díjat részletekben utólag, banki átutalással teljesíti.

Ajánlatkérő a vételi ár összegéből a nyertes ajánlattevő részére 30 % előleget biztosít. Nyertes ajánlattevő 1 db részszámlát és 1 db végszámlát nyújthat be az alábbiak szerint: 1) Részszámla: 30% a termékek leszállítását követően, 2) Végszámla: 70% az összeszerelés, beüzemelés, próbaüzemet és a kezelők betanítása után, a sikeres átadás-átvétel után”.

5. Ajánlattételi határidőre egyedül a kérelmezett nyújtott be ajánlatot.

6. Az ajánlatkérő 2018. július 12-én küldte meg az eljárást lezáró döntését, melyben az eljárást eredményesnek nyilvánította és a kérelmezettet hirdette ki az eljárás nyerteseként.

7. Az adásvételi szerződés megkötésére 2018. augusztus 3-án került sor. A szerződés releváns rendelkezései a következők voltak:

„5. Szerződő felek rögzítik, hogy a Vételi Ár megfizetése az alábbiak szerint történik:
[.] Vevő a vételi ár összegéből az Eladó részére 30% előleget biztosít. A szerződés hatályba lépését követő 8 napon belül kiállított előlegszámla ellenében. Vevő az előleget legkésőbb az előlegbekérő visszaigazolásától számított 15 napon belül fizeti ki. Az előleg nyújtása biztosíték nyújtása nélkül történik.

Eladó 1 db részszámlát és 1 db végszámlát nyújthat be az alábbiak szerint:

Részszámla: mértéke a szerződéses ár 30%

kibocsátás esedékessége: a Termék leszállítását követően, de az összeszerelés, beüzemelés, ide értve a próbaüzemet is, valamint a kezelőszemélyzet betanítását megelőzően.

Végszámla: mértéke 70%

kibocsátás esedékessége a 3.2. pontjában meghatározott teljesítést követő sikeres átadásátvétel után.

Az előlegszámla összege a végszámlából kerül el számolásra.

A Eladó által benyújtott számla kötelező melléklete a Vevő által kiadott teljesítésigazolás.”

8. A felek 2018. augusztus 15-én egyeztetést folytattak, amely egyeztetésről készült feljegyzés egyebek mellett az alábbiakat rögzíti:

„Az alvállalkozók jelezték a kivitelezőnek, hogy rajtuk kívül álló okok miatt, nem tudják tartani az eredeti fizetési feltételeket részben az alapanyagár emelése, részben pedig az időközben megváltozott kapacitás csökkenés miatt. A kivitelező azonnal jelezte a

megrendelőnek a problémát, amely a megrendelő és a kivitelező közötti fizetési ütemezésre is hatással lehet.

A kivitelező megkeresett több speciális gépgyártással foglalkozó vállalkozást, de sem időben, sem árban nem tudtak kedvező ajánlatot adni annak érdekében, hogy az ajánlati kötöttség szerinti feltételek alapján legyen teljesíthető a projekt. A kivitelező által biztosított adatok alapján mindez tehát azt jelentené, hogy a közbeszerzési eljárásban tett ajánlat esetén mind az ajánlati ár 10%-os megemelésével mind pedig a teljesítési határidő 5 hónappal történő meghosszabbításával kell számolni. Látható tehát, hogy speciális egyedi gépgyártásról van szó, amely egyedi gyártási eljárást igényel, a helyettesíthetőség nem megoldható.

A Hirschler Üvegipari Vállalkozás képviselője kijelentette, hogy a projekt többletfinanszírozását, nem tudják biztosítani, mivel egyrészt a többlettámogatásra irányuló igényt várhatóan elutasítaná a támogató, másrészt pedig a finanszírozás banki hitel felvételével történő pótlása vélhetően további több hónapos időbeli csúszást eredményezne. Egyebekben hitel igénylésem jelentené automatikusan a hitel biztosítását, a szerződés ez esetben ellehetetlenül. A teljesítési határidő meghosszabbítása továbbá közvetett veszteséget idéz elő a megrendelői oldalon, hiszen időben elhúzódik a gyártósor beüzemelése. Így a kapacitás bővítése nélkül versenyhátrányt realizál társaságnak. Fentiek alapján tehát sem a határidő, sem pedig a költségek esetében a megrendelőnek nem áll módjában módosítani a szerződést.

Kivitelező a gépgyártás előfinanszírozhatóságának biztosítása és az eredeti határidő, vételár tartására vonatkozóan az alábbi javaslatot terjesztette elő. Kivitelező álláspontja szerint a patthelyzet feloldását biztosítaná, amennyiben a fizetési feltételek az előrehaladáshoz kapcsolódóan kerülnének meghatározásra figyelemmel arra, hogy a gyártósor összesen 6 részegységből tevődik össze. Az előrehaladáshoz kapcsolódóan a kivitelező folyamatosan anyagi forráshoz jutna, és előfinanszírozni tudja a gyártást, melynek okán elvárható a felmerült likviditási probléma. A következő táblázat tartalmazza a kölcsönösen elfogadható finanszírozási ütemtervet a készülségnek megfelelően.

I. számla	Automata szitázógép gyártásba adása	30 000 000 Ft+áfa
II. számla	Hajlított üvegmosó berendezés, Szélvédő fóliázó célgép gyártásba adása	30 000 000 Ft+áfa
III. számla	Edzőzónás prés kemence gyártásba adása	30 000 000 Ft+áfa
IV. számla	Szárító-/adagoló-rendszer gyártásba adása	30 000 000 Ft+áfa
V. számla	Edzőzónás préskemence 25% készültetés (Vázszerkezet, asztalépítő elemek)	40 000 000 Ft+áfa
VI. számla	Lineáris robotrendszer gyártásba adása	40 000 000 Ft+áfa
VII. számla	Automata szitázógép készre jelentése, Szárító-/adagoló-rendszer 50% készülség (Vázszerkezet, vezérlés)	50 000 000 Ft+áfa
VIII. számla	Edző zónás préskemence 50% készülség (Elektromos vezérlés, szabályozó és hajtás rendszerek)	50 000 000 Ft+áfa
IX. számla	Hajlított üvegmosó berendezés, Szélvédő fóliázó célgép készre jelentése	30 000 000 Ft+áfa
X. számla	Edző zónás préskemence 75% készülség (Belső szerkezet, fűtőrendszer)	50 000 000 Ft+áfa
XI. számla	Lineáris robotrendszer, Szárító-/adagoló-rendszer készre jelentése	50 000 000 Ft+áfa
XII. számla	Edzőzónás préskemence készre jelentése	100 000 000 Ft+áfa
XIII. számla	Gyártósor sikeres próbaüzem	115 580 000 Ft+áfa
Összesen		645 580 000 Ft+áfa

A fenti körülmények ismeretében a jelenlévők szükségesnek tartják a 2018.08.03. napján létrejött szerződés módosítását, olyan módon, hogy az eredeti 30-70%-os fizetési ütemezés helyett készülségi foknak megfelelő számlázást hajtsanak végre. Erre a változtatásra elengedhetetlenül szükség van, mert ellenkező esetben ellehetetlenül a kapacitásbővítés megvalósítása.

A szerződő felek egyetértettek abban is, hogy a módosítást haladéktalanul elvégzik a fentiekben javasolt ütemezés alapján azzal, hogy a módosítás sem a teljesítésihatáridőt, sem pedig az az eladási árat nem módosítja.”

9. A felek 2018. augusztus 15-én Szerződésmódosítást írtak alá az alábbiak szerint:
 „A GINOP-1 .2.1,16-2011-00594 sz. „Üvegmegmunkáló gyártósor előlegfizetési módosítás.
 Az alapszerződés szerves része.

A Felek közös megegyezéssel módosítják az alapszerződésben leírt előlegfizetést oly módon, hogy az a készültségi foknak megfelelően történjen. A készültségi fok egyeztetést Hirschler László úr, mint Megrendelő és Lócsi Elemér, mint a PLC Szoftverfejlesztő Kft. ügyvezetője a személyes üzembejárásukkal és közös megegyezéssel végzik.”

10. A szerződésmódosításról szóló 2020. augusztus 12-én megjelent, KÉ-13895/2020. számú hirdetményben az ajánlatkérő megjelölte, hogy olyan igény miatt került sor módosításra, amelyet az ajánlatkérő nem láthatott előre. A módosítás jogszabályi alapjaként a Kbt. 141. § (2) bekezdése került feltüntetésre.

A hirdetmény VI.2.2. pontjában az indokok körében az alábbiak kerültek rögzítésre:
 „a PLC Szoftverfejlesztő Kft. (székhely: 9400 Sopron, Seltenhofer Frigyes u. 2/d) hivatalos képviselőjére jogosult személy nyilatkozott, hogy az „Üvegmegmunkáló gyártósor beszerzése a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 operatív program keretén belül” tárgyú szerződés módosítása feltétlenül szükség, mert előre nem várt drasztikus szállítói anyagár emelkedés következett be, mindezen túl néhány szállító az előzetes egyeztetés ellenére előre fizetést kért, így a szállítók rövid határidős számláinak kiegyenlítéséhez, elengedhetetlenül szükséges volt a készültségi foknak megfelelő számlázás, ezért fentiek miatt előre nem látható okok következtében, közös megállapodás alapján készült a szerződés módosítás a számlázás ütemezésére vonatkozóan, ugyanis ellenkező esetben a gyártás folyamatosságát veszélyeztettük volna, és megvalósulása veszélybe került volna, mely ajánlatkérőnek jelentős anyagi veszteséget okozott volna.”

A kezdeményezés és a kezdeményező észrevételei

11. A 2021. szeptember 8. napján benyújtott kezdeményezésében a kezdeményező rögzítette, hogy a közbeszerzés a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számú, uniós és hazai forrásból finanszírozott projektet érinti. A 2014-2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI.5.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 272/2014. (XI.5.) Korm. rendelet) 3. számú melléklete alapján a Gazdaságfejlesztési és Innovációs Operatív Programok tekintetében a Kormánynak az európai uniós források felhasználásával kapcsolatos irányító hatósági feladatok ellátására kijelölt tagja a pénzügyminiszter, ezért jelen ügyben az általa vezetett Pénzügyminisztérium jogosult eljárni. A Pénzügyminisztérium a Kbt. 152. § (1) bekezdésének g) pontja értelmében a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezetnek minősül.

12. A kezdeményező a jogsértés időpontjaként 2018. augusztus 15. napját, míg a tudomásszerzés időpontjaként 2021. szeptember 6. napját, a szabálytalansági eljárás megindításának napját jelölte meg.

13. Előadta, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás dokumentumait 2021/03/Á/01193/Á-1-1 számon, 2021. április 9. napján töltötte fel ellenőrzés céljából. A 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 97. § (1) bekezdése alapján, tekintettel a közbeszerzési eljárás 671.728.200 Ft összegű becsült értékére, a közbeszerzési eljárás ellenőrzésére a Közbeszerzési Felügyeleti Főosztály (a továbbiakban: KFF) volt jogosult, aki az ellenőrzését 2021. július 28-án zárta le. A közbeszerzési eljárás ellenőrzésére a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 109. § (1) bekezdése alapján utólagos ellenőrzés keretében került sor, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő megszegte a 108. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettségét, mivel a

közbeszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés módosításának dokumentumait a szerződésmódosítást követően, utólagosan töltötte fel ellenőrzésre. A KFF 2021. július 28. napján állította ki a támogató tartalmú utólagos ellenőrzésről készült jelentését.

14. A KFF 2021. július 29. napján szabálytalansági gyanúbejelentőt küldött a kezdeményezőnek, amelyben az alábbiakat állapította meg. „Kedvezményezett jelen módosítása az előlegfizetésre, valamint a részszámlák számának jelentős számú emelésére irányult. Az előlegfizetési, illetve részszámlázási szabályok célja a nyertes ajánlattevő teljesítésének megsegítése, a teljesítés megkezdése során jelentkező finanszírozási nehézségek kiküszöbölése és enyhítése, ezért megállapítható, hogy az előleg, illetve részszámlák számának jelentős számú növelése, illetve megváltoztatása az eljárás megindításakor a verseny szélesítését eredményezhette volna, vagyis ennek következtében több gazdasági szereplő érdeklődött volna az eljárás iránt, mely a Kbt. 2. §-ában foglalt alapelvek sérelmét vonhatja maga után. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerinti követelménynek történő megfelelés, azaz, hogy a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre, csupán vélelmezhető.

A KFF jelezni kívánja, hogy az előlegfizetés -, valamint a részszámlák számának jelentős mértékű emelése - az ajánlati kötöttség rövid idejére tekintettel -, és az előre nem láthatóság közötti valós és közvetlen ok-okozati összefüggést a KFF pénzügyi szempontú kompetencia hiányában nem tudta kétséget kizáróan megállapítani.

Fenti indokok miatt a KFF szükségesnek tartja az emelés mértékének vizsgálatát az illetékes Irányító Hatóság által.”

15. A kezdeményező megvizsgálta a közbeszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés módosításához kapcsolódó, valamint az alapeljárás dokumentumait és megállapította, hogy az ajánlatkérő 2017. januárban indikatív árajánlatokat kért a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számú pályázatban tervezett üvegmegmunkáló gépsor piaci árának alátámasztásához. Ajánlatkérő egy évvel később a pályázathoz benyújtott, az ajánlatot adók által fenntartott árajánlatokat használta a közbeszerzési eljárás előkészítése során is. Az indikatív árajánlatok mindegyike tartalmazott információt a fizetési feltételekre vonatkozóan, amelyekben az ajánlatot adók 70-80% közötti előleg+részszámla fizetési igényt jelöltek meg, ellenben a felhívásban meghatározott 60%-os mértékkel. Ajánlatkérő azáltal is szigorúbb fizetési feltételeket határozott meg, hogy már az első részszámla kiállítását is a teljes legyártáshoz és leszállításhoz kötötte, készülségi foknak megfelelő részszámla kiállítását nem biztosította. Ajánlatkérő részére - a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számú pályázathoz kapcsolódóan - 2018. április 12-én 112.976.500 Ft összegű támogatás folyósítása történt meg, előleg jogcímén.

16. A nyertes ajánlattevő, mint indikatív árajánlatot adó az ajánlatát 1,5 éven keresztül fenntartotta majd a 2018. augusztus 3. napján történt szerződéskötést követő 12 napon belül mégis azt jelezte az ajánlatkérő felé, hogy az árajánlatban megadott fizetési feltételeket már nem tudják tartani, így az áremelés elkerülése érdekében az eredetileg vállalt fizetési ütemezés módosítása szükséges. Az EUR árfolyam 2018 májusától jelentős emelkedést mutatott (a 2017 januári 308 Ft/EUR árfolyamról 322 Ft/EUR árfolyamra változott), amelynek a közbeszerzés tárgyát képező gyártósor árának 10%-os áremelkedését kellett volna eredményeznie, viszont nyertes ajánlattevő az ajánlattételkor is tartotta a 2017-ben adott árakat.

Az ajánlatkérő az alapszerződés, valamint az alvállalkozó javaslatához képest is jelentős mértékben módosította az előlegfizetésre, illetve számlázásra vonatkozó szerződéses feltételeket, annak ellenére, hogy az ajánlati kötöttség viszonylag rövid ideig állt fent,

valamint az egyik – akadályoztatást is bejelentő – alvállalkozó (SOMATECH Kft.) a szükséges munkákkal már jóval alvállalkozóként történő bevonása előtt tisztában volt, tekintettel arra, hogy részére az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárásban közvetlen ajánlattételi felhívást küldött ki, illetve az eljárás előkészítése során indikatív árajánlatot nyújtott be.

Nyertes ajánlattevő a szerződésmódosítás indítványozásakor nem nyújtott be az ajánlatkérő részére olyan dokumentumokat, amely alátámasztaná, hogy az ajánlat megtételét követően olyan lényeges módosítás történt volna, amelyet megfelelő gondossággal nem láthatott előre. Jelentős körülmény, hogy a nyertes ajánlattevő 1,5 éven keresztül fenntartja ajánlatát, úgy, hogy a bevont alvállalkozó is megjelenik, mint felkért ajánlattevő a közbeszerzési eljárásban. Fentiek alapján megállapítható, hogy a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket a szerződő felek kellő gondossággal eljárva előre láthattak, így ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontjában foglaltakat.

17. A kezdeményező utalt arra, hogy Döntőbizottság számos határozatában rögzíti - így többek között a D.165/2020. számú határozatában is -, hogy az elszámolási könnyítés az alapszerződéshez képest lényegesen eltérő érdemi feltételeket eredményez, amely a gazdasági egyensúlyt a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg. Azáltal, hogy szerződő felek a 2018. augusztus 15. napján kelt szerződésmódosításukkal az 1 db 30%-os mértékű előlepszámla, 1 db 30%-os mértékű részszámla és az 1 db 70%-os mértékű végszámla kiállítását lehetővé tevő fizetési ütemezést 13 db részszámla kiállítására módosították, olyan új feltételeket határoztak meg, amely lehetővé tette volna, hogy az eljárásban más potenciális ajánlattevők is megjelenjenek, valamint a részt vevő ajánlattevők az ajánlatukban szereplő ajánlati árnál kedvezőbb ajánlatot tegyenek. A lényegesen kedvezőbb pénzügyi feltételek lehetővé teszik, hogy egy kevésbé tőkeerős ajánlattevő is nyerhessen a közbeszerzési eljárás során. Az indikatív árajánlatot adó cégek átlagos árbevétele jelentősen elmaradt a közbeszerzés tárgyát képező beszerzés becsült értékétől, így egy kedvezőbb fizetési ütemezés növelte volna a potenciális ajánlattevők körét és az ajánlattételi hajlandóságot.

18. A fizetési ütemezés a nyertes ajánlattevőt az eredeti ajánlatához viszonyítva is kedvezőbb gazdasági helyzetbe hozta, figyelemmel arra, hogy a 13 db számla kiállításával jelentősen javult a nyertes ajánlattevő szállítással kapcsolatos finanszírozási pozíciója. Az eredetileg, mindenki számára rögzített feltételektől eltérő kifizetés alkalmas volt arra, hogy a vállalkozó likviditását javítsa, a teljesítéssel járó költségek saját forrásból történő megelőlegezésének igényén jelentősen könnyítsen. A kifizetni vállalt számlák mértéke alapvető árfolyásoló tényező a közbeszerzési eljárásban megajánlandó ár meghatározása során. Minél kedvezőbb feltételekkel jut az ajánlattevő a teljesített szolgáltatása ellenértékéhez, annál kisebb mértékben és költséggel szükséges pótlólagosan saját vagy külső forrás bevonása a teljesítés előfinanszírozásához.

A módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát indokolatlanul a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg.

19. Azáltal, hogy szerződő felek a szerződéskötést követő 12 napon belül 13 db számla kiállítását tartották indokoltnak, ellentmond a szokásos piaci gyakorlatnak és a verseny tisztaságának, így megsértették a Kbt. 2. § (1) bekezdésében foglaltakat.

Az ajánlatkérő azzal, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatása során az összes gazdasági szereplő számára meghatározott szerződéses feltételektől jelentősen eltért a későbbi nyertes ajánlattevő javára, és ezzel a tényleges teljesítés során az eredeti feltételekhez képest jelentősen kedvezőbb helyzetet teremtett számára, megsértette a Kbt. 2. § (2) bekezdésében az esélyegyenlőséggel és az egyenlő bánásmóddal kapcsolatos alapvető rendelkezéseket.

20. A kezdeményezés hiánypótlásában a kezdeményező rögzítette, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdésének ca) pontja és az alapelvi jogsértés tekintetében az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő, PLC Szoftverfejlesztő Kft. jogsértését állítja, tekintettel arra, hogy ha a szerződésmódosítás létrejött, az akaratgegyezőségre tekintettel valamennyi szerződő felet felelősség terheli.

Rögzítette továbbá, hogy a nyertes ajánlattevőnek az ajánlattétel előtt felül kellett volna vizsgálnia ajánlatát, elsősorban a fizetési feltételek vonatkozásában, tekintettel arra, hogy a 2017. januárjához képest elindult piaci változások 2018. augusztusára már átlagosan 2,8%-os áremelkedést mutattak (<https://www.mnb.hu/letoltes/6-np-makrogazdasagi-es-penzugyi-piaci-fejlemenyek-2018-augusztus.pdf>; <https://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/idoszaki/mo/mo2018.pdf>), amely folyamat nem a szerződéskötést követő 12 napon belül volt realizálható. A nyertes ajánlattevő az indikatív árajánlatában is 50%-os mértékű előleget jelölt meg, szemben az ajánlatkérő által az ajánlati felhívásban meghatározott 30%-os mértékkel. Mindezek arra engednek következtetni, hogy nyertes ajánlattevő az ajánlata benyújtásakor nem járt el megfelelő gondossággal. Annak ténye, hogy nyertes ajánlattevő 1,5 éven keresztül fenntartotta ajánlatát a piaci változások okán bír jelentőséggel. Jelen esetben a korábbi árajánlatok tartalma alapján megállapítható, hogy nyertes ajánlattevő figyelmen kívül hagyta egyrészt saját elvárásait (50%-os előleg), másrészt az időközben bekövetkező gazdasági, piaci változásokat az ajánlattétel során.

21. A kezdeményező a hiánypótlásában kiemelte, hogy az alvállalkozó, a Somatech Kft. a 2018. augusztus 9-én kelt nyilatkozatában az alábbiakra hivatkozik:

„A közöttünk lévő megállapodás-árajánlat adás óta olyan sok idő eltelt, hogy az árajánlatban, megadott fizetési feltételekkel sajnos már nem tudjuk teljesíteni az adott projektet. Kérésünket az alábbiakkal szeretnénk indokolni:

Alapanyag beszállítónk, a Frankstahl, jelezte, hogy a feladatokhoz gyártott speciális zártszelvények árát 25%-kal megemeli, ami jelentős költségnövekedést jelent.

Továbbá, időközben egyéb munkákat is elvállaltunk, és szűkültek a likviditási lehetőségeink.

Úgy tudjuk az eredeti árakat tartani, a munka gördülékeny fennakadás nélküli elvégzéséhez, a projekt előrehaladásának megfelelően, több előlegszámlát nyújtunk be.”

Az alvállalkozó indoklásából egyértelműen megállapítható, hogy egy 2017. évben kötött megállapodásra (Ajánlat szám: SMT2017/0115) hivatkozik vissza, ezért használja alvállalkozó azt a szófordulatot, hogy „A közöttünk lévő megállapodás-árajánlat adás óta olyan sok idő eltelt”, hiszen, ha az ajánlati felhívás megjelenésétől (2018. június 26.) az alvállalkozói jelzésig számított időt (2018. augusztus 09.) 44 napot vesszük figyelembe, akkor a piaci viszonyokra is tekintettel ez nem nevezhető hosszú időnek, főleg nem egy 671 millió forint becsült értékű beruházás tekintetében.

A Somatech Kft. alvállalkozó a tárgyi közbeszerzési eljárás ajánlattételre is felkért gazdasági szereplője volt, így a közbeszerzéssel érintett beruházás műszaki elvárásait, teljesítési és fizetési feltételekre vonatkozó előírásait már az ajánlati felhívásból megismerhette, hiszen az közvetlenül megküldésre került részére az ajánlatkérő által. Fentiekre tekintettel a Somatech Kft. esetében már alvállalkozóként történő bevonása előtt is ismert volt, hogy a beruházás 2018. augusztus-szeptember hónapban megkezdődik, így tervezhető is volt számára a vállalt feladat.

Az ajánlati kötöttség rövid időtartama egy ekkora volumenű beruházás tekintetében nem indokol előre nem látható megrendeléseket és az arra kiható piaci változásokat.

A Kbt. 50. § (2) bekezdés i) pontja az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit olyan lényeges érdemi körülménynek minősíti, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban

rögzíteni kell. Az ellenszolgáltatás teljesítése, így az előleg mértéke, illetve annak elszámolásának módja a közbeszerzési szerződés lényeges, érdemi feltétele.

Tekintettel arra, hogy a fizetési feltételek módosítása az alapszerződéshez képest lényegesen eltérő érdemi feltételeket eredményezett, és a gazdasági egyensúlyt a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg, így az nem felelt meg a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglalt feltételnek, figyelemmel a (6) bekezdés b) pontjára. Fentiekre tekintettel ajánlatkérő és nyertes ajánlattevő megsértette a Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontját.

A szerződésmódosítás tekintetében megállapítható, hogy a módosítás a Kbt. 141. § (2) bekezdésében foglaltaknak nem volt megfeleltethető, mivel a módosítás nem eredményezte a szerződéses érték változását. A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjában foglalt feltétel fennállása sem volt megállapítható, figyelemmel arra, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban nem vetítette előre a szerződésmódosítás pontos feltételeit és tartalmát. A Kbt. 141. § (4) bekezdés b) pontja szerinti jogalap jogszerű alkalmazása a tárgyi eljárás körülményeire tekintettel sem állt fenn, ugyanis jelen esetben a szerződésmódosítás nem érintette az alapszerződés körében meghatározott feladatok körét.

22. A kezdeményező rögzítette, hogy csak abban az esetben kéri a kezdeményező iratban rögzített alapelvek megsértésének vizsgálatát, ha a kezdeményező iratban a hiánypótlásban részletezett tételes jogszabályi rendelkezések megsértése nem állapítható meg.

23. A kezdeményező jogorvoslati eljárás során tett észrevételében rögzítette, hogy a két ajánlatkérői eljárásjogi kifogás kizárja egymást.

24. Előadta, hogy a kezdeményező a tárgyi közbeszerzési eljárás vonatkozásában kizárólag műszaki, elszámolhatósági, támogathatósági ellenőrzést végez. A támogatásból megvalósuló közbeszerzések ellenőrzését a 272/2014. (XI.5.) Korm. rendelet XVI. fejezete szabályozza. A 272/2014. (XI.5.) Korm. rendelet 97. § (1) bekezdése rendelkezik arról, hogy a közbeszerzési eljárás részekre bontás tilalmának figyelembevételével megállapított becslült értéke alapján, mely szervezet végzi a közbeszerzés-jogi szempontú ellenőrzést. Amennyiben a közbeszerzési eljárás Kbt. 16–20. §-ainak figyelembevételével meghatározott becslült értéke eléri az uniós értékhatárt, abban az esetben kezdeményező kizárólag műszaki, elszámolhatósági, támogathatósági ellenőrzést végez a közbeszerzési eljárás, illetve annak eredményeként kötött szerződés módosítása vonatkozásában, a közbeszerzés-jogi szempontú ellenőrzés a közbeszerzésekért felelős miniszter, a Miniszterelnökség Közbeszerzési Felügyeleti Főosztály hatásköre. A közbeszerzési eljárás dokumentumainak az elektronikus pályázatkezelő felületre történő feltöltése nem tekinthető automatikusan az irányító hatóság, így a kezdeményező tudomásszerzésének, ezt semmilyen jogszabály nem támasztja alá.

A 2021/03/01193/Á számú ellenőrzés vonatkozásában az ajánlatkérő az ellenőrzést 2021. április 9. napján kezdeményezte, amely ellenőrzés eredményeként a műszaki, elszámolhatósági, támogathatósági vizsgálat 2021. június 22. napján, a közbeszerzés-jogi szempontú vizsgálat 2021. július 29. napján zárult. Kezdeményező a műszaki, elszámolhatósági, támogathatósági ellenőrzés során a közbeszerzési dokumentumok kizárólag ezen szempontoknak történő megfelelését vizsgálja. Tekintettel arra, hogy a jelen ügy tárgyát képező közbeszerzési eljárás vonatkozásában kezdeményező közbeszerzés-jogi szempontú ellenőrzést nem végzett és nem is végezhet, így a tudomásszerzése is az ellenőrzésre hatáskörrel rendelkező szerv által megküldött szabálytalansági gyanúbejelentő dátumához köthető (2021. július 29., 5. számú melléklet). A közbeszerzési eljárás vonatkozásában a közbeszerzés-jogi szempontú vizsgálat 2021. július 29. napján zárult, így kezdeményező csak a KFF szabálytalansági gyanúbejelentőjéből értesült a kezdeményező iratában részletezett jogsértésről, ezért ez a nap a tényleges tudomásszerzés napja. Kezdeményező a KFF által

küldött szabálytalansági gyanúbejelentőben foglaltaknak megfelelően folytatta le vizsgálatát és kezdeményezte a jogorvoslati eljárást.

A Kbt. 152. § (2a) bekezdése szerinti tudomásszerzési időpont nem egyezik meg automatikusan hivatalbóli kezdeményező által indított szabálytalansági eljárás napjával, amely időpont szükségszerűen későbbi, mint a saját észlelés napja, hiszen a szabálytalansági eljárás megindítása külön formalizált hatósági aktust igényel, amely csak az észlelést követően bocsátható ki.

Fentiekre tekintettel a Kbt. 152. § (2a) bekezdése szerinti tudomásszerzési időpont, azaz a szabálytalansági eljárás megindításától (2021. szeptember 06.) a jogorvoslati eljárás kezdeményezéséig (2021. szeptember 08.) eltelt idő a jelen ügy tekintetében nem lépte túl a Kbt. 152. § (2) bekezdésében meghatározott 60 napos szubjektív határidőt. A kezdeményező a tényleges tudomásszerzés (2021. július 29.) időpontjához számítva sem lépte túl a 60 napos szubjektív határidőt, tekintettel arra, hogy a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló határidő 2021. szeptember 27. napján járt volna le, így a jogorvoslati kérelem nem tekinthető elkésztettnek.

25. A szerződésmódosítás közbeszerzés-jogi szempontú ellenőrzésére hatáskörrel rendelkező KFF az ellenőrzése során jogsértést nem állapított meg. A KFF az ellenőrzése eredményeként a kezdeményezésben idézettek vizsgálatát kérte a kezdeményezőtől.

26. Kezdeményező figyelemmel a 272/2014. (XI.5.) Korm. rendelet 159. § (1) bekezdésében foglaltakra, továbbá a KFF szabálytalansági gyanúbejelentőjében is hivatkozott 3. § 47. pontjára, megkezdte a gyanúbejelentőben jelzett észrevételek vizsgálatát. A szabálytalansági eljárás megindítására a KSZ-53/1516/3/2021 iktatószámú szabálytalansági gyanúbejelentőben foglaltak kivizsgálásának eredményeként került sor.

Ajánlatkérő a 2018. március 23. napján hatályba lépett Támogatási Szerződés 2.2 pontjában – a 2014-2020 programozási időszakban – az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet) rendelkezésit magára nézve kötelezőnek ismerte el, így álláspontunk szerint ezen Rendelet előírásai is irányadóak.

A Támogatási Szerződés megkötésekor, még a Nemzetgazdasági Minisztérium szerepelt Támogatóként. A Nemzetgazdasági Minisztérium neve a Magyarország minisztériumainak felsorolásáról szóló, valamint egyes kapcsolódó törvények módosításáról szóló 2018. évi V. törvény 1. § j) pontja, 43. § (8) bekezdése, valamint a Kormány tagjainak feladat- és hatásköréről szóló 94/2018. (V.22.) Korm. rendelet 162. § (1) bekezdés a) pontja értelmében Pénzügyminisztériumra változott.

A Támogatási Szerződés alapján egyértelműen megállapítható, hogy a Pénzügyminisztérium, mint Hivatalból kezdeményező jelen beszerzés kapcsán – figyelemmel a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendeletre – Irányító Hatóságnak, továbbá a Szerződés szerint Támogatónak minősül, mely jogalanyiség rögzítésre került a Támogatási Szerződésben, ami a felek közötti jogviszony alapját képezi.

A Támogatási Szerződés 1. Előzmények pontja szerint a Támogató a GINOP keretén belül, a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számú támogatási kérelmet támogatásban részesítette.

A Támogatási Szerződés alátámasztja, hogy a Pénzügyminisztérium (Hivatalból kezdeményező), támogatást nyújt, nyújtott az ajánlatkérő részére.

A Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontjában a jogalkotó a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezeti jogalanyisághoz kötötte a hivatalbóli kezdeményezési jogosultságot. Ebből következően a közbeszerzéshez támogatást nyújtó illetve a közreműködő szervezet is jogosult jogorvoslati kezdeményezést benyújtani. A Kbt. fenti rendelkezése alapján az Irányító Hatóság, azaz

Hivatalbóli kezdeményező az öt megillető jogok alapján, mint „a közbeszerzéshez támogatást nyújtó szervezet” kezdeményezte a jogorvoslati eljárást.

27. Kezdeményező rögzítette, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzés eredményeként kötött szerződésben 18 hónapos teljesítési határidőt rögzített, viszont a fizetési könnyítések hatására a beruházás 13 hónap alatt megvalósult.

28. Ajánlatkérő a szerződésmódosítás során valóban nem módosította a szerződéses árat, viszont a fizetési feltételek változtatására az áremelkedések és a több hónapos teljesítési határidő hosszabbítás elkerülése érdekében került sor. A fizetési ütemezés alapvető árbefolyásoló tényező a közbeszerzési eljárásban megajánlandó ár meghatározása során. Minél kedvezőbb feltételekkel jut az ajánlattevő a teljesített szolgáltatása ellenértékéhez, annál kisebb mértékben és költséggel szükséges pótlólagosan saját vagy külső forrás bevonása a teljesítés előfinanszírozásához.

29. A kezdeményező kiemelte, hogy az ajánlatkérői nyilatkozat, amely szerint az alvállalkozói kör változása egyrészt több hónapos határidő hosszabbítást eredményezett volna, mivel a várható befejezés 5 hónapos csúszást eredményezett volna másrészt pedig az alvállalkozók költségének változása 9,35%-os növekedést generált volna, illetve hogy ajánlatkérő gazdasági működésére hátrányosan hatott volna a határidő és ajánlati ár változása, alapján megállapítható, hogy a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát indokolatlanul a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg.

A nyertes ajánlattevő az indikatív árajánlatában is 50%-os mértékű előleget jelölt meg, szemben az ajánlatkérő által az ajánlati felhívásban meghatározott 30%-os mértékkel. Az ajánlattevő kiegészítő tájékoztatás kérés keretében sem jelezte ajánlatkérő felé, hogy számára nem felelnek meg az ajánlati felhívásban rögzített fizetési feltételek, ezáltal elfogadta azokat. Mindezek alapján vélelmezhető, hogy nyertes ajánlattevő rendelkezett a beruházás megvalósításához szükséges fedezettel. Ugyanakkor a nyertes ajánlattevő éves átlagos árbevétele jelentősen elmaradt a közbeszerzés tárgyát képező beszerzés becsült értékétől.

A közbeszerzési eljárás lebonyolítása 46 nap alatt fejeződött be, amely rövid időtartam a nagyberuházások esetében nem indokol előre nem látható változásokat, viszont ehhez képest indokolatlanul korán (12 napon belül) került sor a szerződésmódosítás kezdeményezésére.

Jelen közbeszerzés tárgya egy 671.728.200 Ft becsült értékű gépsor beszerzése volt, amely esetében egyértelműen megállapítható, hogy az árak stabilak, nem jellemző a havi szintű árváltozás, amelyet alátámaszt annak ténye is, hogy a beruházás pályázatban rögzített 2017-es értéke 1 évvel később sem változott. A nagyberuházások esetében az árváltozások hosszabb folyamatok, amelyek a beruházások előkészítési fázisában prognosztizálhatóak. Nyertes ajánlattevő alvállalkozója (H.F. egyéni vállalkozó) az acéllemezek és idomok árának áremelkedésére hivatkozott az „igényelt előleg módosítása iránti kérelmében”. Az acéllemezek árára hatással van az acél világgpiaci árának változása is, amely emelkedése jelen esetben már 2018 első negyedében elkezdődött, ebből kifolyólag az acéllemezek árváltozása is látható volt már a közbeszerzési eljárás megindítása előtt. Az árváltozást generáló folyamatok már a közbeszerzési eljárás megindítása előtt elindultak, így azoknak nem az ajánlattételt követő egy hónapon belül kellett jelentkezniük.

Fentiek alapján megállapítható, hogy egyrészt nyertes ajánlattevő nem járt el megfelelő gondossággal az ajánlattétel során, továbbá az is, hogy a szerződés módosítását egy előre látható körülmény indokolta.

Az ajánlatkérő észrevételei

30. Az ajánlatkérő elsődlegesen eljárásjogi kifogásokat terjesztett elő, másodlagosan pedig jogsértés hiányának megállapítását kérte.

31. Az ajánlatkérő az eljárásjogi kifogásként elsődlegesen elkésettségre, másodlagosan a nem a jogosult kezdeményező általi benyújtásra hivatkozott. Rögzítette, hogy a jelzett eljárásjogi kifogások egymástól függetlenül, külön-külön alkalmasak a tárgyi jogorvoslati eljárás érdemi vizsgálat nélküli elutasítására.

32. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kezdeményezést a rendelkezésre álló hatvan napos objektív határidőn túl nyújtották be, ezért az elkésett. Az ajánlatkérő 2021. április 9-én 2021/03/01193/Á számon utólagos ellenőrzést kezdeményezett. Kezdeményező a 2021. június 21-i keltezésű állásfoglalásában az alábbiakat állapította meg: „A szerződésmódosítás a műszaki, elszámolhatósági, és támogathatósági feltételeknek megfelel”. Kezdeményező ugyanakkor a tudomásra jutás időpontját tévesen 2021. szeptember 6-ával jelölte meg. Figyelemmel az Alkotmánybíróságnak „a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény 152. § (2a) bekezdésére és a 197. § (10) bekezdésére vonatkozó alkotmányos követelmény megállapításáról” tárgyú 9/2020. (V. 28.) számú határozatában foglaltak 46. pontjára, a tudomásra jutás időpontja „olyan törvényi vélelem, amellyel szemben helye van bizonyításnak”, a tényleges tudomásszerzés időpontja tehát eltérően megállapítható. Tényként állapítható meg, hogy a jogorvoslati eljárás megindítására nyitva álló hatvan napos objektív határidő kezdő időpontja 2021. április 9-én az utólagos ellenőrzés megindításának napján kezdődött, és 2021. június 8-án letelt. Abban az esetben pedig amennyiben a tudomásra jutás kezdő időpontjának 2021. június 21-ét tekintjük - mely napon határozott kérelmező a szerződésmódosítás megfelelőségéről - úgy a jogorvoslati eljárás megindítására nyitva álló hatvan napos objektív határidő utolsó napja 2021. augusztus 23-án telt le. Az ajánlatkérő hivatkozott a D.342/6/2021 számú határozatra is.

Ajánlatkérő kiemelte, hogy a kezdeményező a 272/2014. (XI.5.) Korm. rendeletre történő hivatkozásának ellentmond, hogy a kérelmező utólagos ellenőrzése körében 2021. április 12-én kiadott hiánypótlási felhívás, amelynek keretében egyéb kérdések mellett kezdeményező közbeszerzés-jogi kérdések tisztázására is felhívta ajánlatkérőt:

„Kérjük, szíveskedjenek nyilatkozni, hogy a szerződésmódosításra a Kbt. mely rendelkezésére hivatkozással került sor. Továbbá kérjük, szíveskedjenek nyilatkozni, hogy a vonatkozó Kbt. rendelkezés miért nem került rögzítésre a szerződésmódosításban.

Tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítás azt nem tartalmazza, kérjük, szíveskedjenek nyilatkozatukban részletesen kifejteni, hogy mi indokolta a szerződésmódosítást.

Kérjük, szíveskedjenek dokumentumokkal alátámasztani, hogy a módosításra okot adó körülmények mikor merültek fel. Továbbá kérjük, szíveskedjenek csatolni a módosítás kapcsán valamennyi alátámasztó dokumentumot: Eladói tájékoztatás(ok), Vevői tájékoztatás(ok), Eladó beszállítóinak tájékoztatásai, egyéb dokumentumok.

Kérjük, - az ajánlattételi felhívásban, és a közbeszerzési dokumentáció részét képező szerződéstervezetben foglaltakra is figyelemmel - szíveskedjenek nyilatkozni, hogy a módosítás hogyan felel meg a Kbt. vonatkozó rendelkezéseinek.

Kérjük, szíveskedjenek benyújtani a Kbt. 43. § (1) bekezdése alapján a szerződés teljesítésével kapcsolatos információk közzétételét igazoló dokumentumot (EKR, és Core).”

A kezdeményező hiánypótlási felhívása túlmutatott a műszaki, elszámolhatósági, illetőleg támogathatósági ellenőrzés keretein. A hiánypótlási felhívásra adott válaszok alapján kezdeményező a szerződésmódosítás körülményeit illetően további tájékoztatást kapott, ugyanakkor annak tényét, hogy a szerződő felek módosították a számlázási feltételeket -

amely által a számlázás a beruházás előrehaladásához igazodott - már ismert volt a hiánypótlási felhívás megküldésének időpontjában is. Kezdeményező kérdése erre egyértelmű igazolást ad. A kérelmezői ellenőrzést követő KFF utólagos ellenőrzés további - kezdeményező számára korábban ismeretlen - információkat nem tárt fel.

A kezdeményező által előadott 2021. július 29-i tudomásra jutás időpontja tehát téves következtetéseken alapul, a tudomásra jutás időpontja nem lehet későbbi, mint 2021. június 21. amely időpont a kezdeményező műszaki, elszámolhatósági, és támogathatósági ellenőrzését lezáró támogató tartalmú nyilatkozat kiállításának napja.

A szabálytalansági eljárás megindítása – figyelemmel a Kr. 109.§-ában foglaltakra - nem jelentheti automatikusan a Döntőbizottság előtti jogorvoslati eljárás kezdeményezését, hiszen a közbeszerzés-jogi ellenőrzést végző KFF „jogszerűnek” minősítette a szerződésmódosítást, így a szabálytalansági eljárás jogorvoslatindítási jogosultságot nem keletkeztetett. A KFF „pénzügyi szempontú kompetencia” hiányában kezdeményezte a Kérelmező eljárását, mely véleményünk szerint nem tekinthető közbeszerzés-jogi szempontú vizsgálatnak.

33. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kezdeményező nem jogosult jelen jogorvoslati eljárás kezdeményezésére.

A 2014-2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet 109. § (1) bekezdése értelmében, az utólagos ellenőrzés lefolytatása (ami 2021. április 9-én kezdődött) két szakaszban zajlik. Az első szakaszban a kezdeményező (Irányító Hatóság) a dokumentumokat támogathatósági, elszámolhatósági, valamint műszaki szempontból köteles megvizsgálni. A kezdeményező, 2021. június 21-i keltezésű állásfoglalásában rögzítette, hogy „A szerződésmódosítás a műszaki, elszámolhatósági, és támogathatósági feltételeknek megfelel.” (Ajánlatkérő megjegyezte, hogy a hivatkozott támogató tartalmú állásfoglalást a kezdeményező azon képviselője írta alá, aki jelen kezdeményezést is előterjesztette.)

34. Az utólagos ellenőrzés második szakaszában a közbeszerzésekért felelős miniszter (KFF) ellenőrzésére kerül sor, mely ellenőrzés keretében a szerződésmódosítás közbeszerzési-jogi szempontú ellenőrzése történik meg. Ajánlatkérő a KFF ellenőrzését 2021. június 24-én kezdeményezte az EPTK közbeszerzés felületen. Az ellenőrzés 2021. július 29-én az alábbi megállapítással zárult: „Mellékelten megküldöm az „Üvegmegmunkáló gyártósor beszerzése a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 operatív program keretén belül” tárgyú közbeszerzési eljárás eredményeként kötött adásvételi szerződés 1. számú módosítására vonatkozó közbeszerzési-jogi szempontú utólagos ellenőrzéséről készült jelentést, amely tartalmát tekintve jogszerű.” (4. sz. melléklet)

A Kr. 109. § értelmében nem kezdeményező, hanem a közbeszerzésekért felelős miniszter jogosult jogorvoslati eljárás kezdeményezésére. A közbeszerzésekért felelős miniszter is kizárólag abban az esetben kezdeményezhet jogorvoslati eljárást amennyiben az ellenőrzése eredményeként nem értett egyet a szerződésmódosítással. Jelen esetben ugyanakkor az utólagos ellenőrzés során, a KFF közbeszerzés jogi szabálytalanságot nem állapított meg, a kezdeményező – annak ellenére, hogy utólagos ellenőrzése a Kr. 109. § alapján sem közbeszerzés-jogi szempontú ellenőrzésre, sem pedig jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nem terjed ki – mégis jogorvoslati eljárást kezdeményezett jogszabályi felhatalmazás nélkül.

Ajánlatkérő álláspontja szerint a Kr. egyrészt nem teszi lehetővé jogorvoslati eljárás kezdeményezését olyan esetben, amikor a támogató szervezet ellenőrzése az adott ellenőrzés tekintetében feltételezett közbeszerzés-jogi szabálytalanságot nem állapított meg, másrészt pedig a Kr. 109. § (1) bekezdés szerinti utólagos ellenőrzés keretében a kezdeményező nem jogosult közbeszerzési jogsértésre hivatkozással jogorvoslati eljárást kezdeményezni.

35. Érdemben az ajánlatkérő rögzítette, hogy az alapszerződés megkötését követően a kérelmezett 2018. augusztus 13-án jelezte igényét a biztosított előleg megemelésére. Szerződő felek a bejelentést követően egyeztetést tartottak a helyzet tisztázása érdekében, melyről feljegyzést készítettek. Az előleg igénylését a vállalkozó alvállalkozóinak (Somatech Kft. és H.F. egyéni vállalkozó) bejelentései indokolták, mely egyrészt az alapanyag árak (acéllemezek és idomok) 2018. szeptember 1-jei gyártói áremelésre, és a Somatech Kft. időközbeni kapacitás szűkösségével indokoltak. A PLC Kft. annak érdekében, hogy elkerülje a szerződésmódosítást tájékoztatta az ajánlatkérőt, hogy más alvállalkozók, alapanyag gyártók bevonását helyezte kilátásba annak érdekében, hogy biztosítsa a munkát a közbeszerzési ajánlatban vállalt feltételek alapján. A PLC Kft. egy összefoglaló táblázatot is készített a bekért ajánlatok alapján, melyből megállapítható, hogy az alvállalkozói kör változása egyrészt több hónapos határidő hosszabbítást eredményezett volna, mivel a várható befejezés 5 hónapos csúszást eredményezett volna másrészt pedig az alvállalkozók költségének változása 9,35%-os növekedést generált volna.

Az ajánlatkérő ugyanakkor kifejtette, hogy további forrás bevonása nem megoldott mely további költségnövekedést, és csak önmagában az esetleges pénzügyintézés több havi időbeli csúszást generált volna. Összességben ajánlatkérő gazdasági működésére (termelés kiesés), a projektben tett vállalások teljesítésére, és nem utolsósorban a támogatás megfelelő felhasználására hátrányosan hatott volna a határidő és ajánlati ár változása. Megoldási javaslatként felmerült tehát a szerződés teljesítés nélküli megszüntetése, vagy a fizetési feltételek átstrukturálása oly módon, hogy felek az előre haladáshoz igazodva határozzák meg a számlázás rendjét. Annak érdekében tehát, hogy az eredeti vállalásokat a felek tartani tudják, a fizetési feltételek módosításában állapodtak meg.

A fentiek ajánlatkérő részletesen dokumentáltan rendelkezésre bocsátotta az ellenőrző szervezetek részére is. A felmerült kérdéseket hiánypótlás keretében tisztázta ajánlatkérő, melyet mindkét ellenőrző szervezet elfogadott.

36. Az ajánlatkérő kiemelte, hogy a szabálytalansági gyanú nem közbeszerzés-jogi szempontú szabálytalanságra vonatkozik, tekintettel arra, hogy a KFF „pénzügyi kompetencia” hiányának okán fogalmazott meg szabálytalansági gyanút, ami nem feleltethető meg közbeszerzés-jogi jogsértésnek. Kezdeményező továbbá kizárólag olyan tényeket sorakoztat fel, melyeket ajánlatkérő a 2021/03/01193/Á számú utólagos ellenőrzés során már tisztázott mind a kezdeményező, mind pedig a KFF kifejezett felhívására.

37. A kezdeményező továbbá tényként közli a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontjában foglaltak megsértését annak ellenére, hogy a kezdeményező 2021/03/01193/Á-1-1/1 számú, illetőleg a KSZ-53/1516/2/2021 számú KFF szabályosságot megállapító okirata ilyen megállapítást nem tett.

38. Ezen túl a kezdeményezés, illetőleg annak hiánypótlása továbbra is hiányos, mivel a kezdeményező tényszerűen nem sorakoztatott fel olyan érdemi információkat, melyek a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontjában foglaltak megsértését támasztják alá. Kérelmező jórészt a piaci árak 2017. január és 2018 közötti változására hivatkozik annak ellenére, hogy a szerződés 1. sz. módosítása az ajánlati ár változásával nem járt, így az érvelésnek a kérelem tekintetében nincs relevanciája.

Kezdeményező, a szerződésmódosítást megelőzően a KFF-fel együtt előzetesen ellenőrizte az ajánlatkérő közbeszerzési eljárását. Az ex ante ellenőrzések során az indikatív árajánlatokat a kezdeményező és a KFF is megismerte. Az eljárás lefolytatásához hozzájárultak, annak szabályosságát megállapították.

39. A kezdeményező azon állítása, hogy a Somatech Kft.-nek számolnia kellett azzal, hogy a beruházás 2018. augusztus-szeptember között megkezdődik egyszerű feltételezés. A Somatech Kft.-t az ajánlatkérő ajánlattételre ugyan felhívta, ugyanakkor ajánlatot a tárgyi közbeszerzési eljárásban nem tett. Ennek okán semmilyen közvetlen információja nem lehetett arról, hogy a közbeszerzési eljárásnak mekkora lesz az időigénye (pl. folyamatba építette ellenőrzés időigénye, jogorvoslati eljárás stb.) vagy egyáltalán eredményes lesz-e a közbeszerzési eljárás. Ahogyan azt az utólagos ellenőrzés során is előadta ajánlatkérő, a gazdasági szereplők döntéseiket racionálisan, a piaci igényeknek megfelelően hozzák meg. Bizonytalan kimenetelű közbeszerzési eljárás eredménye helyett logikusan a biztos megrendelést részesítik előnyben.

40. Alaptalan továbbá a Kbt. 141. § (6) bekezdése megsértésére történő hivatkozás. A szerződésmódosítás utóellenőrzése során egyértelműen hivatkozott az ajánlatkérő arra, hogy a módosítás a Kbt. 141.§ (4) bekezdés c) pontjára tekintettel került sor.

41. Téves következtetéseket vont le a tekintetben is a kezdeményező, hogy a módosítás egyrésztől lehetőséget biztosított volna más potenciális ajánlattevők eljárásban történő részvételére, valamint arra is, hogy a szerződés gazdasági egyensúlya a módosítás okán a nyertes ajánlattevő javára változott meg. Ajánlatkérő a Kbt. 113. §-a szerinti nemzeti nyílt eljárást folytatott le. A Kbt. 113.§ szerinti eljárás specialitása abban állt, hogy az eljárást megindító felhívást közvetlen megküldését összefoglaló tájékoztató előzte meg. Az ajánlattételi felhívás megküldésére, az összefoglaló tájékoztató útján érdeklődő gazdasági szereplők, illetőleg az ajánlatkérő által felhívni kívánt legalább három gazdasági szereplő részére történhetett meg.

42. A kezdeményező, illetőleg a KFF által is jóváhagyott összefoglaló tájékoztatásban az ajánlatkérő nem tette közzé sem a fizetési feltételeket, sem pedig annak lehetőségét, hogy előleg/részszámla kibocsátására lesz lehetősége a nyertes ajánlattevőnek. Az érdeklődéseket tehát annak fényében lehetett megtenni, hogy nem volt ismert a 30%-os előleg és a részszámlázási lehetőség. Ezért téves az a feltevés, mely a pénzügyi feltételek változása egyéb gazdasági szereplők eljárásban való részvételét tette volna lehetővé, vagy bármely gazdasági szereplő számára versenyelőnyt biztosított volna. Egy gazdasági szereplőnek más gazdasági szereplővel szembeni tényleges – nem pedig feltételezett – versenyelőny biztosítása valósíthatja meg a gazdasági egyensúly eltolódását, mely jelen esetben nem állapítható meg. Az érdeklődésre nyitva álló határidőig előzetesen egyetlen egy gazdasági szereplő sem jelezte érdeklődését. Az ajánlattételi felhívás kizárólag annak a három gazdasági szereplőnek került kiküldésre, akiket ajánlatkérő saját hatáskörben kívánt felhívni.

Az ajánlattételre felhívott ajánlattevők közül, egyedül a PLC Szoftverfejlesztő Kft. nyújtott be ajánlatot. Ajánlatkérő a jogorvoslati eljárást megelőző szabálytalansági eljárásra tekintettel megkereste az ajánlatot be nem nyújtó ajánlattételre felhívott gazdasági szereplőket, és kérte nyilatkozataikat, a tekintetben, hogy az eljárásban miért nem került sor ajánlattételre. A gazdasági szereplők válaszai alapján egyértelműen megállapítható, hogy nem az előírt fizetési feltételek okozták távolmaradásukat a közbeszerzési eljárástól. Megállapítható, hogy ajánlatkérőtől teljesen független önálló piaci döntések vezettek ahhoz, hogy végül ajánlatot nem nyújtottak be. Következésképp ez azt is jelenti, hogy fogalmilag kizárt, hogy a tárgyi eljárásban más gazdasági szereplők részvételére lett volna lehetőség abban az esetben, amennyiben már eredetileg is 13 számlázási periódusra kerülhetett volna sor.

43. A szerződésmódosítás megalapozottsága körében az utólagos ellenőrzés keretében is rögzítette azt az ajánlatkérő, hogy az ajánlati ár emelkedésével, illetőleg az időbeli ütemezés

csúszásával kellett szembenéznie ajánlatkérőnek abban az esetben, amennyiben a fizetési ütemezés módosítására nem kerül sor. Ajánlatkérő álláspontja szerint éppen az ajánlati ár, és a határidő megváltozása okozott volna egyensúlyi eltolódást a nyertes ajánlattevő javára, továbbá ezen módosítás tette volna lehetővé más ajánlattevők esetleges részvételét a közbeszerzési eljárásban. Ajánlatkérő maximálisan szem előtt tartotta a támogatás megfelelő felhasználására vonatkozó előírásokat, a saját, illetőleg az EU pénzügyi érdekeit is, hiszen a felhívásban előírt határidőben, a nyertes által vállalt értékben került sor a szerződés teljesítésére.

44. A kezdeményező által hivatkozott D.165/2020. sz. határozat tényállása a jelen esettől eltér.

45. Téves továbbá az a kezdeményezői következtetés, mely szerint a szerződő felek havi számlázási periódusban állapotok voltak volna meg.

46. Az ajánlatkérő álláspontja szerint az előre nem látható körülmények jellege pontosan abban mutatható ki, hogy a feleknek nincs ráhatása arra, hogy azok mikor, milyen körülmények fennállása okán merülnek fel. A szerződésmódosítás időbeli bekövetkeztének nincs piaci gyakorlata, ezért a kérelmező Kbt. alapelveinek megsértésére vonatkozó megállapítása pusztán spekuláció. Ilyen körülmények beállása a szerződés teljesítésének első napjától kezdve az utolsó napig bármikor bekövetkezhetnek. Az ajánlatkérő rendelkezésre bocsátotta a módosítást megalapozó tényezőket az utólagos ellenőrzés során, melyet mindkét ellenőrző hatóság elfogadott.

47. Az ajánlatkérő kiemelte, hogy a kezdeményező az indikatív árajánlatok és ajánlattételi felhívás előleggel kapcsolatos rendelkezései tekintetében tesz megállapításokat, mely vizsgálatot az ex ante ellenőrzés során (2018/04/Á/03105) a közbeszerzési eljárás megindítását megelőzően - 2018. május 10-én - kiállított támogathatósági nyilatkozatában nem kifogásolt. Másrészt pedig nem veszi figyelembe, hogy az árváltozás mellett, a termelési kapacitások szűkössége is alapját képezte a szerződésmódosításnak. A nyertes ajánlattevőként szerződő félnek a szerződés teljesítésére 18 hónap állt rendelkezésre, az előteljesítést az ajánlatkérő nem zárta ki.

48. Az ajánlattételre felhívott gazdasági szereplőkkel kapcsolatosan az ajánlatkérő utalt arra, hogy egyrészt a jelen jogorvoslati eljárásban továbbításra kerültek a nyilatkozatok, de az már 2021. szeptember 17-én is megküldésre került a szabálytalansági eljárásban.

49. Az ajánlatkérő csatolta az EPTK Fair közbeszerzési rendszerről készített képernyőfelvételt. Aszerint az ellenőrzés indításának dátuma 2021. április 9., a kijelölt felelős ellenőrző szervezet a PM Gazdaságfejlesztési Programok Végrehajtásáért Felelős Helyettes Államtitkárság, az ellenőrzés szakasza: szerződésmódosítás tervezet szakmai ellenőrzése (utólagos). 2021. április 12-én hiánypótlási felhívás kibocsátására került sor, amelynek a teljesítésére 2021. június 9-én került sor. A tanúsítvány megküldése pedig 2021. június 22-én történt.

50. A kezdeményező 2021. április 12-én hiánypótlási felhívást bocsátott ki az ajánlatkérő felé, amelyben egyebek mellett, az alábbiakra hívta fel az ajánlatkérőt:

„Kérjük, szíveskedjenek nyilatkozni, hogy a szerződésmódosításra a Kbt. mely rendelkezésére hivatkozással került sor. Továbbá kérjük, szíveskedjenek nyilatkozni, hogy a vonatkozó Kb.t rendelkezés miért nem került rögzítésre a szerződésmódosításban.

Tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítás azt nem tartalmazza, kérjük, szíveskedjenek nyilatkozatukban részletesen kifejteni, hogy mi indokolta a szerződésmódosítást.

Kérjük, szíveskedjenek kifejteni, hogy mit jelent pontosan a készütségi foknak megfelelő előlegfizetés, és ezáltal az eredeti szerződés melyik pontja és mire módosult.

Kérjük, szíveskedjenek nyilatkozni, hogy a szerződésmódosítás miért nem tartalmaz konkrét rendelkezéseket arra nézve, hogy az előlegfizetés/számlázás pontosan hogyan, milyen módon módosult (pontos ütemezés, százalék, időpont, előleg-rész-vég számlák darabszáma stb.), az eredeti szerződés mely pontja és milyen rendelkezése módosult.

Kérjük, - az ajánlattételi felhívásban és a közbeszerzési dokumentáció részét képező szerződéstervezetben foglaltakra is figyelemmel – szíveskedjenek nyilatkozni, hogy a módosítás hogyan felel meg a Kbt. vonatkozó rendelkezéseinek.”

51. Az ajánlatkérő a kezdeményező részére 2021. június 9-én EPTK rendszerbe feltöltött, 2021. június 8-i keltezésű hiánypótlásában csatolta az eredeti szerződést. Nyilatkozott továbbá, hogy a „szerződésmódosítás jogcímét a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapozta meg. A Kbt. illetőleg a vonatkozó jogszabályok tételesen nem rögzítik, hogy szerződésmódosítás esetén a szerződést módosító okiratnak milyen tartalmi követelményeknek kell megfelelniük.”. Rögzítette továbbá, hogy „A szerződés módosítását az alábbiak indokolták: A nyertes ajánlattevő arról tájékoztatta ajánlatkérőt a szerződés megkötését követően, hogy az egyes beszállítók a korábbi vállalás ellenére már nem tudják biztosítani azokat a feltételeket melyekben a nyertes ajánlattevő az ajánlatának elkészítésekor megállapodott. A beszállítók részben alapanyagáremeléssel, részben pedig a gyártói kapacitás konkrét lekötésével magyarázták a feltételek megváltozását, ugyanis a nyertes ajánlattevő csak közbeszerzési eljárás lezárását követő szerződéskötését követően kerülhetett olyan pozícióba, hogy felkérje alvállalkozóit a konkrét együttműködésre. A feltételek megváltozása miatt a nyertes ajánlattevő olyan finanszírozási hátrányba került, melyre tekintettel a gyártás előfinanszírozása a 18 hónapos teljesítési határidő alatt nem lett volna biztosított, melynek okán a nyertes ajánlattevő képtelenné vált volna a szerződés teljesítésére. A nyertes ajánlattevő az ajánlatában eredetileg vállalt feltételek biztosítása érdekében alternatív gazdasági szereplőket próbált felkutatni, ugyanakkor az alvállalkozói kör változása a teljesítési határidő legalább 5 hónapos csúszásával, és az ajánlat mintegy 10%-os drágulásával járt volna. Ajánlatkérő a teljesítési határidő elhúzóásával nyilvánvaló gazdasági hátrányt realizált volna, illetőleg mintegy 10%-os költségnövekedést önmagában sem tudta volna sajáterőből, vagy egyéb forrásból (pl. bankhitelből) kiegyesíteni. A finanszírozási probléma megoldása pedig további több hónapos időbeli csúszást eredményezett volna a jelzett 5 hónapon felül. A nyertes ajánlattevő tehát kizárólag abban az esetben tudta biztosítani az ajánlati ár változatlanosságát, illetőleg az időbeli ütemezés csúszásának megakadályozását, amennyiben változatlan beszállítói kör mellett, több fizetési szakaszra bontva (előrehaladáshoz alkalmazkodva) biztosítja a gyártósor megvalósítását. Így a nyertes ajánlattevő egyrészt folyamatosan előfinanszírozni tudta a gyártást, ugyanakkor az idő, és költség szükségletet az eredeti feltételek mellett biztosíthatta. Fenti indokok alapján került sor a szerződésmódosítására, ezáltal vált biztosítottá a projekt határidőben, vállalt költség szinten történő megvalósulása, és a támogatás megfelelő felhasználása”. Akként nyilatkozott továbbá az ajánlatkérő, hogy a módosításra okot adó körülmények a szerződéskötést követően merültek fel, és csatolta az alátámasztó dokumentumokat. Akként nyilatkozott továbbá az ajánlatkérő, hogy a „részszámlázási mérőföldkövek a szerződő felek között tartott egyeztetés alkalmával kerültek megállapításra a nyertes ajánlattevő javaslata alapján, melyet ajánlatkérő elfogadhatónak tartott. Összesen tehát 12 részszámla és 1 db vég számla kiállítására kerülhetett sor. A felek közötti egyeztetés alkalmával határozták meg a konkrétumokat. (Az egyeztetésről készült feljegyzés feltöltése megtörtént). A szerződésmódosítás Kbt.

rendelkezéseinek való megfelelésére irányuló kérdésre az ajánlatkérő rögzítette, hogy „A Kbt. 141. § (4) c) pontja alapján ajánlatkérő úgy véli, hogy a módosítás jogszerű volt. A szerződéskötést követően felmerült előre nem látható körülmények tették lehetővé a szerződésmódosítását. A gyártás előfinanszírozására kiható nyertes ajánlattevő likviditását, működését közvetlenül érintő – alvállalkozói feltétek változására, a megváltozott piaci folyamatokra ajánlatkérő sem közvetlenül, sem közvetve nem lehetett ráhatással. Ajánlatkérő a módosítással a támogatás szabályszerű felhasználását kívánta biztosítani. A nyertes ajánlattevőként szerződő fél az adott helyzetben elvárható módon igyekezett olyan helyzetet teremteni, hogy a szerződés módosításra e kerüljön sor, azonban ezt a lehető legnagyobb gondossággal sem lehetett elkerülni. Az adásvétel alapját képező műszaki tartalom (üveggyártó sor) valósult meg az ajánlattevő ajánlata szerint, melyre tekintettel a szerződés általános jellegének megváltozására sem került sor. A szerződésmódosítást lehetővé tevő harmadik feltétel is megvalósult, ugyanis a szerződés ellenértéke nem változott.”

52. Csatolásra került egy 2021. június 21-i IH előzetes jogi állásfoglalás tárgyú levél, amelyet a kezdeményező küldött – elektronikusan a kezdeményező képviselője által aláírva – a kérelmezőnek, amely szerint a szerződésmódosítás műszaki, elszámoltathatósági, támogathatósági feltételeknek megfelel.

53. Az ajánlatkérő csatolta az EPTK rendszerről készült másik képernyőfelvételt is. Aszerint az ellenőrzés indításának dátuma 2021. június 24., a kijelölt felelős ellenőrző szervezet ME Közbeszerzési Felügyeleti Főosztály, az ellenőrzés szakasza: szerződésmódosítás tervezet közbeszerzési-jogi minőségellenőrzése (utólagos). A záró szabályossági döntés: szabályos meghozatalára a kivonat szerint 2021. augusztus 2-án került sor. A szerződésmódosítás utólagos ellenőrzéséről készült jelentés szerint a közbeszerzési-jogi felülvizsgálat jogszerűnek találta a módosítást.

54. Az ajánlatkérő csatolta 2021. szeptember 16-i megkeresését a közbeszerzési eljárásban felhívott, de ajánlatot nem tette ajánlattevőkhöz. Válaszukban egyrészt hivatkoztak arra, hogy a közbeszerzési eljárás feltételrendszere az ajánlattétel elmaradásában nem játszott szerepet, illetve, hogy az előfinanszírozás nem jelentett volna olyan problémát, amely miatt ne tudtak volna ajánlatot tenni.

A kérelmezett észrevételei

55. A kérelmezett az eljárásban nem tett észrevételt

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

56. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő a vizsgált közbeszerzési eljárását 2018. június 26. napján indította meg, ezért a kezdeményezésben foglaltakra a Kbt. ezen időpontban hatályban volt anyagi jogi rendelkezései az irányadók.

57. A kezdeményezéssel érintett szerződésmódosításra 2018. augusztus 15-én került sor. A kezdeményező azzal összefüggésben elsődlegesen a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontjának, illetve a Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontjának a megsértését állította. Másodlagosan pedig a Kbt. 2. § (1) és (2) bekezdése megsértésére hivatkozott arra az esetre, ha az elsődleges kérelem kapcsán a Döntőbizottság jogsértés hiányát állapítaná meg.

58. Az ajánlatkérő egyrészt, illetve elsődlegesen a kezdeményezés elkészítségét állította, másrészt, illetve másodlagosan pedig a kezdeményező kezdeményezési jogosultságát vitatta, továbbá érdemben is jogsértés hiányának a megállapítását kérte.

59. A Döntőbizottság elsőként – az ajánlatkérő elsődleges elkészítési kifogására is tekintettel – az eljárásjogi feltételek között a hivatalbéli kezdeményezés előterjesztésére nyitva álló szubjektív határidő megtartottságát vizsgálta.

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

61. A Kbt. 197. § (22) bekezdés utolsó mondatára figyelemmel („E törvénynek a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény és egyes kapcsolódó törvények módosításáról szóló 2020. évi CXXVIII. törvénnyel megállapított 152. § (2) bekezdését a hatálybalépését követően megvalósult jogsértések miatt kezdeményezett jogorvoslati eljárásokra kell alkalmazni”), mivel a kezdeményezéssel érintett jogsértés 2021. február 1-jét megelőzően megvalósult, ezért a Kbt. 152. § (2) bekezdésének az alábbiak szerinti rendelkezései az irányadóak a jelen jogorvoslati eljárásra:

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 „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.”

62. A fentiek alapján a kezdeményezőnek a kezdeményezését a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napos szubjektív, illetve a c) pontra tekintettel az adott támogatás folyósítására és felhasználására vonatkozó külön jogszabályban előírt iratmegőrzési kötelezettség időtartamán belül, de legalább a jogsértés megtörténtétől számított öt éves objektív határidőn belül kell benyújtania azzal, hogy a Kbt. 152. § (2a) bekezdése alapján a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának a napját.

63. Az Alkotmánybíróság a 9/2020. (V. 28.) AB határozatban rögzítette, hogy a Kbt. 152. § (2a) bekezdésében rögzített törvényi vélelem a bírósági eljárásokban megdönthető jellegűnek minősül.

64. A fentiek figyelembevételével vizsgálta meg a Döntőbizottság a kezdeményezés határidőben való előterjesztettségét.

65. A 2014–2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet) releváns rendelkezései a következők:

3.§ 47. szabálytalanság: az 1303/2013/EU európai parlamenti és tanácsi rendelet 2. cikk 36. pontjában foglaltak, az EMVA forrás esetén a KAP rendelet 2. cikk (1) bekezdés g) pontjában foglaltak, továbbá nemzeti jogszabály, a támogatási szerződés, az 1303/2013/EU európai parlamenti és tanácsi rendelet 38. cikk (7) bekezdésében meghatározott finanszírozási megállapodás vagy a végső kedvezményezett és a pénzügyi közvetítő között kötött szerződés, illetve a végső kedvezményezett javára kiadott kezességvállalási nyilatkozat alapján a végső kedvezményezettet terhelő kötelezettségek megsértése, amelyek eredményeképpen Magyarország pénzügyi érdekei sérülnek, illetve sérülhetnek,

23. § (2) A közreműködő szervezet az e rendelet által az irányító hatóság feladatkörébe utalt feladatok közül az erre vonatkozóan megkötött megállapodásban meghatározottakat látja el.

97. § (1) Az uniós értékhatárokat el nem érő becsült értékű közbeszerzési eljárás, továbbá építési beruházás, építési koncesszió esetén a háromszázmillió forintot el nem érő becsült értékű közbeszerzési eljárás során a 98-100. §-t, az uniós értékhatárokat elérő vagy meghaladó becsült értékű közbeszerzési eljárás, továbbá építési beruházás, építési koncesszió esetén a háromszázmillió forintot elérő vagy meghaladó becsült értékű közbeszerzési eljárás esetében a 101-109. §-t, a Kbt. 19. § (4) bekezdésének alkalmazásával lefolytatott eljárás során a 98-100. §-t kell alkalmazni. Az eljárás becsült értékét a Kbt. 16-20. §-ainak figyelembevételével kell meghatározni, különös tekintettel a részekre bontás tilalmának szabályaira.

100. § (1) A támogatást igénylő, illetve a kedvezményezett a szerződésmódosítást, valamint a szerződésmódosítást alátámasztó valamennyi dokumentumot a szerződésmódosítást követő két munkanapon belül utóellenőrzés céljából megküldi az irányító hatóság részére. Az irányító hatóság a dokumentumok beérkezését követő tizenöt munkanapon belül elvégzi a közbeszerzési-jogi és elszámolhatósági szempontú ellenőrzést.

108. § (1) A támogatást igénylő, illetve a kedvezményezett az uniós értékhatárokat elérő vagy meghaladó becsült értékű közbeszerzési eljárás, továbbá építési beruházás, építési koncesszió esetén a háromszázmillió forintot elérő vagy meghaladó becsült értékű közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés módosításával kapcsolatban - a módosításra vonatkozó megállapodás megkötését megelőzően - az irányító hatóság és azt követően a közbeszerzésekért felelős miniszter írásbeli véleményét kéri a monitoring és információs rendszeren keresztül. A támogatást igénylő, illetve a kedvezményezett a szerződést, a módosítás tervezetét, a módosítás indokolását, az indokolást alátámasztó valamennyi dokumentumot megküldi az irányító hatóság részére.

109. § (1) Ha a közbeszerzési eljárás, dinamikus beszerzési rendszer ajánlattételi szakasza, valamint a szerződésmódosítás kapcsán utólagos ellenőrzés szükséges, a dokumentumokat támogathatósági, elszámolhatósági, valamint műszaki szempontból az irányító hatóság, közbeszerzési-jogi szempontból a közbeszerzésekért felelős miniszter ellenőrzi az ellenőrzés lefolytatásához szükséges valamennyi dokumentum kézhezvételét követően. Az utólagos ellenőrzés mind a közbeszerzési eljárás, mind a szerződésmódosítás vonatkozásában a 108. §-ban meghatározott eljárási cselekmények megfelelő alkalmazásával történik, azzal az eltéréssel, hogy az utólagos ellenőrzés során a közbeszerzésekért felelős miniszter jelentést állít ki, amely ellen a támogatást igénylő vagy a kedvezményezett a 108. § (8) bekezdése szerint terjesztheti elő részletes írásbeli indokolását, a közbeszerzésekért felelős miniszter további észrevételt nem küld. A közbeszerzésekért felelős miniszter egyet nem értése esetén dönt a szabálytalansági eljárás kezdeményezéséről, és a megítélése szerint szabálytalanság megállapítására okot adó közbeszerzési jogsértés esetén jogorvoslati eljárás kezdeményezéséről. Utólagos ellenőrzésre akkor kerül sor, ha a támogatást igénylő vagy a kedvezményezett megszegte a 101-106. §-ban vagy a 108. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettségét, vagy az utólagos ellenőrzés lefolytatását jogszabály lehetővé teszi, illetve dinamikus beszerzési rendszer ajánlattételi szakaszában és az ennek keretében megkötött szerződések módosítása vonatkozásában. Ha a támogatást igénylő vagy a kedvezményezett megszegte a 101-106. §-ban meghatározott vagy a 108. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettségét, a közbeszerzésekért felelős miniszter kezdeményezheti a kedvezményezett ellen szabálytalansági eljárás lefolytatását.

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.

159. § (1) Az e rendelet hatálya alá tartozó szervezet azon tagja, akinek a támogatási folyamat bármely - a támogatási szerződés megkötését követő - szakaszában szabálytalanság gyanúja jutott tudomására, a tudomásra jutástól számított nyolc napon belül írásban rögzíti a szabálytalanság gyanúját, és azt haladéktalanul megküldi az irányító hatóság szabálytalanság-felelősének.

(2) A szabálytalanság-felelős a kézhezvételtől számított öt napon belül a szabálytalanság gyanúját rögzíti a monitoring és információs rendszerben, és megküldi az irányító hatóság vezetőjének a szabálytalansági gyanúról kapott tájékoztatást, a kapcsolódó dokumentumokat és véleményét, javaslatot téve az ügy kivizsgálására vagy annak mellőzésére.

(3) Az irányító hatóság vezetője a kézhezvételtől számított három napon belül dönt - a (4) bekezdésben meghatározott kivétellel - a szabálytalansági eljárás megindításáról vagy az arra irányuló javaslat elutasításáról, amelyről tájékoztatja a szabálytalansági gyanú bejelentőjét, kivéve azon szervezetet, amelyeknek van hozzáférése a szabálytalansági ügyeket nyilvántartó információs rendszerhez.

160. § (4) A szabálytalansági eljárás során a szabálytalansági eljárás vezetője betekinthez minden olyan dokumentumba, amely a szabálytalansági gyanú megítéléséhez szükséges, a projekt megvalósítási helyszínén ellenőrzést végezhet és lehetősége van a kedvezményezett

személyes meghallgatására. Közbeszerzési jogsértés gyanúja esetén a szabálytalansági eljárás vezetője kezdeményezheti a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból történő eljárását, melyről egyidejűleg tájékoztatja a közbeszerzésekért felelős minisztert.

66. A jelen esetben az ajánlatkérő feltöltötte az EPTK Fair rendszerbe szerződésmódosítással kapcsolatos dokumentumokat 2021. április 9. napján a kezdeményező részére, aki azokkal összefüggésben 2021. április 12. napján hiánypótlási felhívást bocsátott ki, majd a hiánypótlás teljesítését követően 2021. június 21-i dátummal 2021. június 22. napján támogathatósági, elszámoltathatósági, műszaki szabályossági tanúsítványt állított ki. Ezt követően került sor a Miniszterelnökség KFF által a közbeszerzési-jogi utóellenőrzésre, majd a támogató tartalmú tanúsítvány kibocsátását követően a kezdeményezőnél szabálytalansági gyanúbejelentésre 2021. július 29. napján, és a szabálytalansági eljárás megindítására 2021. szeptember 6. napján. A kezdeményező 2021. szeptember 8. napján nyújtotta be a kezdeményezést.

67. A tudomásszerzés tekintetében azt kell vizsgálni, hogy a hivatalból kezdeményező mikor értesült az eljárás megindításához szükséges tényekről. Az eljárás megindításához kellő tények szükséges mértéke körében a Kbt., illetve a kialakult joggyakorlat szolgál iránymutatással.

68. A Kúria Kfv.VI.35.802/2012/5. sz. ítéletében rögzítette, hogy „a tudomásszerzés időpontja [...] nem az a nap, amikor a jogellenesség teljes bizonyosságában, illetve a határozat meghozatalához szükséges mértékben a hatóság tudomására jut, hanem az a nap, amikor az eljárás megindításához szükséges tényekről értesül”.

A Fővárosi Bíróság 25.Kpk.45588/2006/3. számon hozott eseti döntése nyomán kialakult gyakorlat szerint a Kbt. nem követeli meg a jogorvoslati kérelem megdönthetetlen bizonyítékokkal való alátámasztását.

A vonatkozó joggyakorlat alapján a tudomásszerzés ténykérdés, független a vizsgálódás fókuszától, vagy a jogsértés felismerésének időpontjától. (Izd. pl. Legfelsőbb Bíróság Kfv.II.39.215/2010/4 szám ítélete, a Fővárosi Törvényszék 104.K.703.419/2021/15. sz. ítéletét)

69. A jelen esetben a kezdeményező előadása, illetve a 272/2014. (XI. 5.) Korm. rendelet hivatkozott előírásai alapján a kezdeményező végezte a támogathatósági, elszámoltathatósági, valamint műszaki szempontú utóellenőrzést, míg az ME KFF a közbeszerzési-jogi utóellenőrzést az érintett szerződésmódosítással összefüggésben.

70. A rendelkezésre bocsátott dokumentumokból az volt megállapítható, hogy a kezdeményező az általa végzett ellenőrzési részben a tárgyi szerződésmódosítást megismerte, és azzal összefüggésben hiánypótlást bocsátott ki, amely hiánypótlás kifejezetten rákérdezett a módosítás tartalmára, valamint arra is, hogy a módosítás hogyan felel meg a Kbt. vonatkozó rendelkezéseinek, majd a - szerződésmódosítással összefüggő körülményeket feltáró - hiánypótlást követően kiállította a támogató tartalmú tanúsítványt. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy a támogató tartalmú nyilatkozatot a kezdeményező jelen eljárásban is eljáró képviselője írta alá.

71. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság azt kellett, hogy megállapítsa, hogy a kezdeményező a saját vizsgálata során megismerte a tárgyi szerződésmódosítást, a szerződésmódosítás indokait, így az azzal kapcsolatos tények kapcsán a tudomásszerzése bekövetkezett.

72. A Döntőbizottság hivatkozik továbbá a Fővárosi Törvényszék 104.K.703.419/2021/15. sz. ítéletére, amely - a kezdeményező vonatkozásában - rögzíti, hogy „a Kbt. 152. § (1) bekezdése a feladatkör ellátását nem korlátozza a felperes által hivatkozott, a Támogatási rendelet XVI. vagy XXI. fejezete szerinti eljárásra, ezen törvényi fordulatnak bármely, a hivatalbóli kezdeményezők számára a jogszabályban meghatározott feladatkör ellátása eleget tehet. Tehát az a körülmény, hogy a felperes kizárólag a vállalkozási szerződés 1. számú módosításának támogatáspolitikai vizsgálatát végezte el, és a közbeszerzési célú vizsgálatát mellőzte, a tudomásszerzéshez szükséges tények birtokába kerülését nem zárja ki, mivel a Kbt. 152. § (1) bekezdésének bevezető mondatrésze a feladatkör ellátása során történő tudomásra jutás fordulatot használja”.

73. A Döntőbizottság rámutat arra, hogy a tudomásra jutás időpontja nem azonos az ajánlatkérői döntések jogsértő jellegéről és azok bizonyítékairól való tudomásszerzés időpontjával. Tudomásra jutás alatt a jogsértő tények kezdeményező (illetve kérelmező) általi megismerését kell érteni, annak nincs jogi relevanciája, hogy azokat a kezdeményező (kérelmező) mikor és hogyan értelmezi, illetve, hogy milyen további bizonyítékok, okiratok rendelkezésre állását, milyen okiratok, jogcselekmények ellenőrzését tartja szükségesnek ahhoz, hogy meggyőződjön az ajánlatkérői magatartás jogszerűtlenségéről. Amennyiben a kezdeményező szükségesnek tartja további iratok beszerzését, illetve az általa vélelmezett jogsértések további bizonyítékokkal való alátámasztását, úgy ezt a kezdeményezés (kérelem) előterjesztésére nyitvaálló határidőn belül teheti meg. A Döntőbizottság kiemeli továbbá, hogy tudomásszerzésre egy alkalommal, az iratok, nyilatkozatok első megismeréskor kerülhet sor, nem lehetséges az, hogy ugyanarról a tényről többször szerezzünk tudomást.

74. A Döntőbizottság álláspontja szerint a jelen esetben a kezdeményezésben szereplő jogsértésről a kezdeményező legkésőbb 2021. június 9. napján, az ajánlatkérő kezdeményező által végzett ellenőrzési eljárásban eszközölt hiánypótlása teljesítésével tudomást szerzett.

75. A Döntőbizottság a fentiekre figyelemmel megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményező a 60 napos szubjektív jogvesztő határidőt túllépve nyújtotta be 2021. szeptember 8. napján a kezdeményezését, hiszen a vélt jogsértésről már 2021. június 9. napján tudomást szerzett. Minderre tekintettel a hivatalbóli kezdeményezés érdemi vizsgálatának eljárásjogi akadálya áll fenn, ezért a Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezést érdemben nem vizsgálta.

76. A Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint a Döntőbizottság eljárására az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) rendelkezéseit kell alkalmazni e törvény, valamint az e törvény felhatalmazása alapján alkotott végrehajtási rendelet kiegészítő vagy eltérő rendelkezéseinek figyelembevételére

77. Az Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontja szerint a hatóság a kérelmet visszautasítja, ha az eljárás megindításának jogszabályban meghatározott feltétele hiányzik, és e törvény ahhoz más jogkövetkezményt nem fűz.

78. Az Ákr. 47. § (1) bekezdés a) pontja szerint a hatóság az eljárást megszünteti, ha a kérelem visszautasításának lett volna helye, annak oka azonban az eljárás megindítását követően jutott a hatóság tudomására.

79. A Döntőbizottság mindezekre figyelemmel a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontjára tekintettel, az Ákr. 47. § (1) bekezdés a) pontja alapján a jogorvoslati eljárást megszüntette.

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

81. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(6) bekezdésein alapul.

82. A végzés elleni önálló jogorvoslat lehetőségét az Ákr. 114. § (1) bekezdésére tekintettel a Kbt. 169. § (1) bekezdése biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen végzés közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdése és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdés 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. december 7.

Dr. Kenessey Réka sk.
közbeszerzési biztos
az eljáró tanács elnöke

Bonifert Zsolt sk.
közbeszerzési biztos

Uherné Dr. Laczi Orsolya sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják: (kizárólag elektronikus úton)

1. Hágen Andrea felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
2. Dr. Gömöri Ákos ügyvéd
3. PLC Szoftverfejlesztő Kft.
4. Miniszterelnökség