



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

Az ügy iktatószáma: **D.86/12/2022.**

A tanács tagjai: Dr. Kéri Krisztina közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bankóné Nagy Helga közbeszerzési biztos, Dr. Hodnik Ákos közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Pénzügyminisztérium, mint a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program Irányító Hatósága
(Budapest, József nádor tér 2-4.)

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Járady Györgyi Hédi jogtanácsos
(Budapest, József nádor tér 2-4.)

Az ajánlatkérő: Cserdi Község Önkormányzata
(Cserdi, Fő utca 60.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Sirály Katalin ügyvéd
Sirály és Társa Ügyvédi Iroda
(Budapest, Szilágyi Dezső tér 1.)

A beszerzés tárgya, értéke: „Logisztikai bázis TOP-1.1.3-16-BA1-2017-00002”,
147.565.676.-Ft

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

H A T Á R O Z A T-ot.

A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezés alapján megállapítja, hogy az ajánlatkérő a 2. szerződmódosításával megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontját.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 400.000.-Ft, azaz négyszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja az ajánlatkérőt, 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 az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható, a határozat 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. A jogi képviselővel eljáró fél, illetve a belföldi székhellyel rendelkező gazdálkodó szervezet kizárólag elektronikus úton nyújthatja be a keresetet.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő és a Baranya Megyei Önkormányzati Hivatal 2018. március 1. napján konzorciumi együttműködési megállapodást kötött a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program keretében a TOP-1.1.3-16 jelű „Helyi gazdaságfejlesztés” tárgyú felhívásra TOP-1-1.3-16-BA1-2017-00002 azonosító számon regisztrált, majd 2017. augusztus 9. napján benyújtott támogatási kérelem 2017. december 13. napján kelt pozitív elbírálását követően. A konzorciumi együttműködési megállapodás a „Helyi termék, raktár, hűtőház, csomagoló és logisztikai bázis létesítése Cserdiben” című projekt megvalósítása érdekében jött létre. A tagok a konzorcium vezetőjévé az ajánlatkérőt tették meg és egyben meghatalmazták, hogy a támogatási szerződést, annak esetleges módosításait, valamint a kifizetési igénylés részeként benyújtandó dokumentumokat nevükben és helyettük benyújthassa. A konzorciumi szerződés 3.3. pontja alapján az ajánlatkérő a projekt megvalósítása érdekében – a projektben foglalt tevékenységekkel, mérföldkövekkel, műszaki szakmai tartalommal, illetve költségvetéssel összhangban – felelt (többek között) a közbeszerzési dokumentáció összeállításáért és a közbeszerzési tanácsadói tevékenységért. A hivatkozott pont szerint a tagok az általuk vállalt és az e pont alatt részletezett feladatok elvégzéséért feleltek.

2. A hivatalbóli kezdeményező, mint támogató és az ajánlatkérő között 2018. március 9. napján támogatási szerződés jött létre. A támogatási szerződés 2.1. pontja szerint a szerződés tárgya a „Helyi termék, raktár, hűtőház, csomagoló és logisztikai bázis létesítése Cserdiben” című TOP-1.1.3.-16-BA1-2017-00002 azonosító számú projekt megvalósítása. A támogatás intenzitása 100 %-os. A támogatói okirat értelmében a projekt megvalósításának kezdete 2018. március 1. napjában került meghatározásra.

3. Az ajánlatkérő 2019. június 19. napján a Kbt. Harmadik Része – a Kbt. 115. § (1) bekezdése – szerinti hirdetmény nélküli nyílt közbeszerzési eljárást indított az ajánlattételi felhívás (a továbbiakban: felhívás) öt gazdasági szereplőnek történő egyidejű megküldésével a bevezető részben meghatározott építési beruházás tárgyban. Az eljárás lefolytatására az Elektronikus Közbeszerzési Rendszeren (a továbbiakban: EKR) belül az EKR000767172019 szám alatt került sor.

4. Az ajánlatkérő a felhívás II.1.4) és II.2.4) pontjában a közbeszerzés mennyiségét az alábbiak szerint határozta meg:

„Helyi termék, raktár, hűtőház, csomagoló és logisztikai bázis létesítése Cserdiben az TOP-1.1.3-16-BA1-2017-00002-as azonosítószámú projekt keretében. A beruházás keretében 1 db termék raktár, hűtő- és logisztikai központ funkciójú épület kivitelezésére kerül sor. A telek területe: 5910,0 m² (tulajdoni lap szerint). Tervezett beépítés: 312 m². Tervezett gépjármű parkolóok száma: 3 db (ebből 1 akadálymentes). Tervezett kerékpár parkolóok száma: 10 db. Építmény magasság: 3,8 m.

Az épület fő teherhordó szerkezete méretezett acél váz, ami vasbeton gerendarácsra és pontalapokra támaszkodik. A gerendarács mezőiben méretezett vasbeton aljzatlemez készül. A vázszerkezetre kívül szendvicspanel burkolat kerül (tetőpanel és falpanel), PIR hab belső maggal. Az üzemtérben és az északi homlokzat vonalában betonozott (zsalukő) parapetfal

készül. Az udvar térkő burkolatot kap, tömörített zúzalék ágyazattal és CKT megerősítéssel. A közútsatlakozás és a bekötő út aszfalt burkolattal készül. A közút melletti nyitott árok lefedése beton cső átereszt kialakításával történik. A projekt keretében 45 kW-os napelemes rendszer kiépítésére kerül sor. A belső helyiségek természetes megvilágításáról tetőkupolák gondoskodnak. Az iroda és szociális helyiségek padlóburkolata gres lap lesz, míg az üzemtérben nagy kopásállóságú műgyanta padlóburkolat készül.

A részletes mennyiségeket és műszaki feltételeket a Dokumentáció tartalmazza.”

5. Az ajánlatkérő a felhívás II.5) pontjában a szerződés időtartanát 9 hónapban határozta meg. Az ajánlatkérő a felhívás II.1.7) pontjában a részajánlattétel lehetőségét nem tette lehetővé figyelemmel arra, hogy egyetlen logisztikai bázis kivitelezésére kerül sor, a munkák egy műszaki-funkcionális egységet alkotnak, az organizációs lehetőségek és a garanciális kötelezettségek érvényesíthetősége generál kivitelezés mellett biztosítható.

6. Az ajánlatkérő a felhívás II.2.5) pontjában az ajánlatok bírálati szempontjaként a Kbt. 76. § (2) bekezdés c) pontja szerint legjobb ár-érték arányt megjelenítő szempontrendszert jelölte meg. Az ajánlatkérő ennek keretében az egyösszegű nettó ajánlati árat (Ft) 70 súlyszámmal, míg a minőségi szempontokat 15-15 súlyszámmal kívánta értékelni. Minőségi szempontként egyrészt az ablakok üvegezésének (Ug) hőátbocsátási tényezője (Wm2K) (min.:0,9 max: 1,1), másrészt a környezetvédelmi-fenntarthatósági vállalások került meghatározásra, mely utóbbi tekintetében három alszempont került kialakításra. Az ajánlatkérő a környezetvédelmi-fenntarthatósági vállaláson belül a talajszennyezés csökkentése érdekében tett intézkedéseket (IGEN/NEM); a munkaterületen keletkezett kommunális hulladék szelektív gyűjtésének biztosítását (IGEN/NEM); valamint a munkaterületen esetlegesen keletkező veszélyes hulladékok arra alkalmas gyűjtő edényzetben történő tárolását (IGEN/NEM) kívánt értékelni 5-5-5 súlyszámmal.

7. Az ajánlatkérő a felhívás III.1.5) pontjában az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételei tekintetében az alábbiakat rögzítette: „A számla ellenértéke a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény 6:130. §-a szerint és az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 32/A. §-a szerinti – az alvállalkozói teljesítés 30 napos, a Kivitelező teljesítése 15 napos fizetési határidővel – átutalással kerül kiegyenlítésre.”

8. Az ajánlatkérő az ajánlattételi határidő és a bontás időpontja tekintetében módosította felhívását, valamint a hozzá 2019. június 20. napján érkezett – a jelen jogorvoslattal összefüggésbe nem hozható – kiegészítő tájékoztatás megválaszolásával egyidőben az egyéb közbeszerzési dokumentumokat is módosította. A módosítást követően az ajánlattétel határideje 2019. július 3. napjának 12:00 órájára, az ajánlatok bontásának időpontja 2019. július 3. napjának 14:00 órájára módosult.

9. Az ajánlatok bontásáról felvett jegyzőkönyv tanúsága szerint az ajánlattételi határidőre az ajánlattételre felhívott gazdasági szereplők közül ketten (Aszfaltdoktor Szolgáltató Kft., Tervező és Építő Kft.) nyújtották be ajánlatukat.

10. Az ajánlatkérő az eljárást lezáró döntését (összegezés) 2019. július 12. napján küldte meg az eljárás ajánlattevői részére, melynek tanúsága szerint az eljárás eredményes volt és a nyertes ajánlattevő az Aszfaltdoktor Szolgáltató Kft. (a továbbiakban: nyertes ajánlattevő) lett. Az ajánlatkérő az eljárás eredményéről szóló tájékoztató hirdetményt 2019. július 30. napján adta fel, mely a Közbeszerzési Értesítő 2019/149 számában 2019. augusztus 5. napján

a KÉ-14678/2019. szám alatt jelent meg.

11. Az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő (a továbbiakban együtt: felek) a kivitelezési szerződést (a továbbiakban: szerződés) 2019. július 29. napján megkötötték, melyben a kivitelezés díj mértékét nettó 158.277.825.-Ft összegben határozták meg.

A felek a szerződés 5.2. pontjában a teljesítés határidejét a szerződés hatálybalépésétől számított 9 hónapban (véghatáridő: 2020. április 29.) határozták meg.

A felek a szerződés 8.1-8.2.-8.3. pontjai alatt a szerződés biztosítékai tekintetében az alábbiakat rögzítették:

„8.1. Késedelmi kötbér: Ha a Kivitelező a teljes Beruházás megvalósítását a Kivitelezési Szerződés 5.1. pontjában rögzített Teljes befejezési határidőre nem vagy nem megfelelően teljesíti, akkor késedelmi kötbért köteles fizetni a Megrendelőnek a Kivitelezői Díj nettó összegének, mint kötbéralap 0,5%-ának megfelelő mértékben a késedelem minden naptári napja után. A késedelmi kötbér legnagyobb értéke 30 napi tételnek megfelelő összeg. A késedelmi kötbér a végszámlából kerül levonásra a Kbt. 135. § (6) bekezdésében foglaltak figyelembe vételével.

8.2. Felek megállapodnak abban, hogy a Kivitelezőnek felróható okból való, és 30 naptári napnál nagyobb késedelem esetén Megrendelő jogosult a Kivitelezési Szerződést azonnali hatállyal felmondani, és Kivitelező köteles Megrendelő minden ebből adódó igazolt kárát megtéríteni. Kivitelező köteles a Ptk. 355. § (4) bekezdése alapján kártérítésként megtéríteni Megrendelőnek a Kivitelező magatartása, illetve teljesítése miatt felmerült kárát, tehát a fenti kötbér megfizetése nem mentesíti a kártérítési kötelezettség fennállása alól. Kivitelező továbbá viselni tartozik a Kivitelezési Szerződés késedelmes vagy hibás teljesítéséből eredően, azzal összefüggésben a Megrendelő részéről felmerülő és a Megrendelő által jogosan érvényesíteni kívánt, igazolt kárigényt is. (...)

8.3. Hibás teljesítési kötbér: Ha a Kivitelező hibásan teljesít, és/vagy a Kivitelező a Megrendelő által a kivitelezési a jótállási időszakban közölt kifogást nem szünteti meg — beleértve, azt is, ha Kivitelező a szerződés 1. számú mellékletben az ajánlatok 3.1-3.3. értékelési szempontjai vonatkozásában tett vállalásait a szerződés teljesítése során nem teljesíti teljes körűen és megfelelően a szerződésben rögzített teljesítési határidőn, illetve a Megrendelő által jelzett kifogásban, műszaki átadási vagy jótállási felülvizsgálati jegyzőkönyvben rögzített határidőn belül, úgy Megrendelő hibás teljesítési kötbért követelhet Kivitelezőtől, a határidő lejártát követő naptól. A hibás teljesítési kötbér mértéke naponta 0,5%, alapja a hibás teljesítéssel érintett szolgáltatások nettó ellenértéke, illetve a 3.1-3.3. értékelési szempontok megsértése esetén vonatkozásában 10.000.-Ft/nap. A hibás teljesítési kötbér legnagyobb értéke 30 napi tételnek megfelelő összeg. (...)

A felek a szerződés 11.2. pontjában a pénzügyi elszámolás tekintetében az alábbiakat rögzítették: „A Kivitelező a teljesítés során a teljesítés fokával arányosan 3 db részszámlát (25%, 50 %, 75%) és 1 db végszámlát (100%) jogosult kibocsátani. A Kivitelező a Beruházás tárgyát képező munkálatok 25%, 50% és 75%-os előrehaladási szintjének elérésekor jogosult a nettó Kivitelezői Díj 25%-25%-25%-ának megfelelő összegű részszámlák (továbbiakban „Részszámla”), majd a sikeres műszaki átadás-átvételt követően 5% összegű végszámla benyújtására.”

A felek a szerződés 11.6. pontjában a számlafizetés tekintetében az alábbiakat rögzítették: „A számla ellenértéke a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény 6:130. §-a szerint és az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének

részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 32/A. §-a szerinti – az alvállalkozói teljesítés 30 napos, a Kivitelező teljesítése 15 napos fizetési határidővel – kerül kiegyenlítésre. (...)

12. A felek a szerződést két alkalommal módosították. A szerződés módosítására első alkalommal 2019. szeptember 24. napján került sor a Kbt. 141. § (6) bekezdésére tekintettel „Kivitelezési szerződés 1. sz. Kiegészítése” elnevezéssel. A felek módosítása a szerződés 4.1. és 11.8. pontjait érintette, mely pontok alatt rögzítésre került, hogy az ajánlatkérő nem tartozik a fordított ÁFA fizetésére vonatkozó jogszabályi rendelkezés hatálya alá. Az 1. számú módosítás tekintetében az utóellenőrzés 2020. március 23. napján jogi állásfoglalás és nyilatkozat kiállítása nélkül lezárult.

13. A felek második alkalommal 2020. április 23. napján a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára hivatkozással módosították szerződésüket „1. sz. Módosítás” (a továbbiakban: 2. szerződésmódosítás) elnevezéssel. A 2. szerződésmódosításról szóló hirdetmény a Közbeszerzési Értesítő 2021/114 számában KÉ-10524/2021 szám alatt 2021. június 16. napján jelent meg. A felek módosítása a szerződés 5.2. és 11.2. pontjában foglaltakat érintette az alábbiak szerint:

„5.2. A teljesítési véghatáridő: 2020. 07. 29. napja.”

„11.2. Kivitelező a teljesítés során az alábbiak szerint jogosult - mindösszesen 6 db részszámlát és 1 db részszámlát - benyújtani, az alábbiak szerinti összegekre: a beruházás tárgyát képező munkálatok

- 25%-os előrehaladási szintjének elérésekor, 50.253.210.-HUF bruttó összegre részszámlát,
- 40%-os előrehaladási szintjének elérésekor, 30.154.735.-HUF bruttó összegre részszámlát,
- 50%-os előrehaladási szintjének elérésekor, 20.101.283.-HUF bruttó összegre részszámlát,
- 60%-os előrehaladási szintjének elérésekor, 20.101.283.-HUF bruttó összegre részszámlát,
- 70%-os előrehaladási szintjének elérésekor, 20.101.283.-HUF bruttó összegre részszámlát,
- 80%-os előrehaladási szintjének elérésekor, 10.050.642.-HUF bruttó összegre részszámlát, végül
- 100%-os készülségi foknál – a sikeres műszaki átadás-átvételt követően 10.050.642.-HUF bruttó összegre végszámlát.”

A felek a módosítás útján a szerződés 11. pontját az alábbiakkal egészítették ki:

„Szerződő felek jelen szerződés aláírásával egyidejűleg megállapodnak, hogy a Kivitelező – jelen kivitelezési szerződésből eredő – fizetési kötelezettségeinek Cserdi Községi Önkormányzata általi teljesítésátvállalásához (Ptk. 6:205. §) hozzájárul, azt tudomásul veszi. A Kivitelező által kötött és/vagy a jövőben megkötésre kerülő alvállalkozói szerződéseket a Megrendelő záradékkal látja el, ezáltal a három fél között a PTK 6:206. §-ban foglaltak szerinti tartozáselvállalási jogviszony jön létre, mely Cserdi Községi Önkormányzat általi szerződés-záradékolással a PTK 6:205. §-ban foglalt teljesítésátvállalási jogviszonyt keletkeztet az alvállalkozó és a Cserdi Községi Önkormányzat között. A Megrendelő által teljesített közvetlen kifizetéseket felek az éppen következő előrehaladási szinthez tartozó kifizetésbe (részszámla és/vagy végszámla összegébe) beszámítják.”

A felek szerződésmódosításának 1. pontjában a szerződés 11. pontját érintő kiegészítés indokolása körében az alábbiakat rögzítették: „(...) Kivitelezési Szerződés nem tartalmazza a Megrendelő lehetőségét, hogy a kivitelező alvállalkozót közvetlenül kielégíthesse, melyre a megváltozott gazdasági, pénzügyi és jogi környezet hatásai miatt a kivitelezés biztonságos befejezhetősége – valamint az alvállalkozók által elvégzett munkák ellenértékének pontos és naprakész kiegyenlítése – érdekében szükség van.”

14. Az ajánlatkérő a 2. szerződésmódosításról feladott hirdetményének VI.2.2) pontjában a módosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját jelölte meg. A hirdetmény VI.2.1) pontja mindemellett a módosításra vonatkozó információk tekintetében az alábbiakat tartalmazta: „A Szerződés teljesítési határideje (2020.04.29.) meghosszabbításra került 2020.07.29. napjáig, továbbá a Szerződés 11.2. pontja szerinti részszámlázási szabályokat módosították a Felek. Az eredeti részszámlázási szabályok alapján a kivitelező 2 db részszámlát (25%, 50%, 75%) és 1 db végszámlát (100%) jogosult kibocsátani. A 2. Sz. szerződésmódosítás alapján a Vállalkozó 6 db részszámlát (25%, 40%, 50%, 60%, 70%, 80%) és 1 db végszámlát (100%) jogosult kibocsátani. A 2. Sz. szerződésmódosítás útján a Felek megállapodtak továbbá abban is, hogy a Kivitelező alvállalkozók irányában fennálló akkori és későbbi szerződéses fizetési kötelezettségeit átvállalja a Megrendelő a Ptk. 6:205. §-ában foglaltak alapján.”

15. Az eljárás megvalósulását követően az eljárás utóellenőrzését a Magyar Államkincstár Baranya Megyei Igazgatósága, mint közreműködő szervezet folytatta le, melynek keretében a hivatalbóli kezdeményező részére szabálytalansági gyanúbejelentést küldött az ellenőrzés során feltárt vélelmezett jogsértésekkel kapcsolatosan. A hivatalból kezdeményező a közreműködő szervezet szabálytalansági gyanú bejelentését 2022. január 11. napján vette át, melyre tekintettel a szabálytalansági eljárást 2022. január 20. napján megindította.

16. A nyertes ajánlattevő vonatkozásában 2021. június 8. napján felszámolási eljárás került megindításra. A Pécsi Törvényszék 7.Fpk.143/2020/64. számú végzése értelmében az egyszerűsített felszámolási eljárás a nyertes ajánlattevő megszűnésével befejeződött, a nyertes ajánlattevő a cégjegyzékből 2022. május 31. napján törlésre került.

A hivatalbóli kezdeményezés

17. A hivatalbóli kezdeményező, mint a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja szerinti szervezet 2022. március 2. napján hivatalbóli jogorvoslati eljárás lefolytatására irányuló kezdeményezést nyújtott be a Döntőbizottsághoz, melyben a 2. szerződésmódosítás tekintetében vélelmezte a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjának és a Kbt. 141. § (6) bekezdésének megsértését. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés megtörténtének időpontjaként 2020. április 23. napját, azaz a 2. szerződésmódosítás időpontját, míg a tudomásszerzés időpontját 2022. január 20. napjában, azaz a szabálytalansági eljárás megindításának időpontjában jelölte meg.

18. A hivatalbóli kezdeményezés kizárólag a szerződő felek által tett és a szerződés 11. pontját érintő kiegészítést érintette. Ezen új pont értelmében az ajánlatkérő a nyertes ajánlattevő által a teljesítéshez igénybe vett alvállalkozók részére történő közvetlen kifizetést lehetővé tette, mely rendelkezés rögzítését a kivitelezés biztonságos befejezhetősége indokolt a megváltozott gazdasági, pénzügyi és jogi környezet hatása miatt. Megjegyezte, hogy a módosításról feladott hirdetményben a szerződésmódosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja került megjelölésre. Figyelemmel ugyanakkor arra, hogy a szerződésmódosításban felhozott indokok a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltételek teljesülését nem igazolták, a módosítás nem felel meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjának. Emellett a módosítás lényeges szerződésmódosításnak tekintendő – hiszen az ajánlatkérő általi tartozásátvállalással a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változott meg –, így a módosítás a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe ütközik.

Az ajánlatkérő észrevételei

19. Az ajánlatkérő észrevételében vitatta a hivatalbóli kezdeményező által vélelmezett jogsértések tényét. Elsődlegesen kiemelte, hogy a 322/2015. (X.30) Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdésének megsértése nem merülhet fel a 2. szerződésmódosítás tekintetében, különös figyelemmel arra, hogy a szerződés 11. pontjának kiegészítésével kizárólag a kifizetés technikai részletei módosultak. Megjegyezte, hogy a módosítás a tartozás, illetve teljesítés átvállalásáról rendelkezett, nem szerződésátruházást rögzít, azaz az alvállalkozói teljesítés igazolását és ezzel az alvállalkozókat megillető díj nagyságára vonatkozó nyilatkozatokat a nyertes ajánlattevő volt köteles megtenni. A felek az ajánlatkérő által teljesített közvetlen kifizetéseket a következő előrehaladási szinthez tartozó kifizetésbe beleszámították, mely csak abban az esetben lehetséges, amennyiben a teljesítés elismerését követően kiállított számlában részletezésre kerül az alvállalkozói teljesítés és az ajánlattevői teljesítés mértéke. Az alvállalkozót megillető díj kiegyenlítése maradéktalanul teljesült a folyamatból kihagyva a nyertes ajánlattevőt, érintetlenül hagyva a folyamat kezdő és végpontját.

20. Az ajánlatkérő a szerződésmódosításról feladott hirdetményben megjelölt indokokhoz kiegészítést tett. Ennek körében előadta, hogy a gazdasági, pénzügyi és jogi környezet – a nyertes ajánlattevő és alvállalkozói közti vita kialakulása miatt – oly mértékben változott meg, hogy az már veszélyeztette a beruházás megvalósítását, illetve a kivitelezés határidőben történő befejezését. Így az ajánlatkérő tárgyalásokat folytatott le a felekkel, melynek során arra a megállapításra jutottak, hogy az alvállalkozók nyertes ajánlattevővel szembeni bizalmatlansága miatt a beruházás előrehaladása csak abban az esetben biztosítható, amennyiben az alvállalkozók kifizetése az ajánlatkérő által történik meg. Ellenkező esetben az alvállalkozók a teljesítést felfüggesztették volna, mely az ajánlatkérő számára gazdasági létfontosságú beruházást ellehetetlenítette volna. A módosítás alapját képező indokokat az ajánlatkérő kellő gondossággal sem láthatta előre, az ajánlatkérő a szerződés megkötésekor nem számíthatott arra, hogy a nyertes ajánlattevő és alvállalkozói közötti viszony annyira megromlik, hogy az veszélyezteti a beruházás megvalósulását. Az ajánlatkérő a módosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdésére alapította, így annak megítélése, hogy a szerződés módosítása lényegesnek tekinthető-e, a jogorvoslati eljárás során nem releváns, az ajánlatkérő nem sértette meg a Kbt. 141. § (6) bekezdését. Ugyanakkor kiemelte, hogy a tartozásátvállalásra vonatkozó szabályok szerződésbe való beemelésével a gazdasági egyensúly nem változott a nyertes ajánlattevő javára, hiszen az alvállalkozóknak járó díjat az ajánlatkérőnek a nyertes ajánlattevő számára is teljesíteni kellett volna, az nem képezheti a saját bevételét, így a tartozásátvállalással a nyertes ajánlattevő számára a teljesítés nem lett kedvezőbb.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

21. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárását 2019. június 19. napján indította meg, így a Döntőbizottság a jelen jogorvoslati eljárás során a Kbt. ezen a napon hatályos rendelkezéseire volt figyelemmel, mint irányadó rendelkezésekre.

22. A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezés kereti között abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő a szerződés 2. módosításával – és e tekintetben is kizárólag a szerződés 11. pontját érintő kiegészítéssel – megsértette-e a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában és a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglaltakat.

23. A Döntőbizottság döntése meghozatala során az alábbi jogszabályi rendelkezésekre volt figyelemmel.

A Kbt. 2. § (1)-(2) és (7)-(8) bekezdései szerint:

(1) A közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő köteles biztosítani, a gazdasági szereplő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát.

(2) Az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára.

(7) 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.

(8) A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre az e törvényben foglalt eltérésekkel a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni.

A Kbt. 50. § (2) bekezdés i) pontja szerint:

(2) A közbeszerzési eljárást megindító felhívás tartalmazza különösen:

i) az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit vagy a vonatkozó jogszabályokra hivatkozást.

A Kbt. 115. § (1) bekezdése szerint:

(1) Ha az építési beruházás becsült értéke nem éri el a háromszázmillió forintot, az ajánlatkérő – választása szerint – a közbeszerzési eljárást lefolytathatja a nyílt vagy a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás nemzeti eljárásrendben irányadó szabályainak a jelen §-ban foglalt eltérésekkel történő alkalmazásával is, kivéve ha a beszerzés európai uniós alapokból finanszírozott és Magyarország országhatárán átnyúló projekttel kapcsolatos. Az ajánlatkérő akkor alkalmazhatja az e § szerinti eljárást, ha a tisztességes verseny biztosításához e törvény által megkövetelt, megfelelő számú alkalmas gazdasági szereplőről van tudomása. Az ajánlatkérő az e bekezdés szerinti értékhatárt el nem érő értékű beszerzését is megvalósíthatja a 112. § (1) bekezdés a) pontja szerint hirdetménnyel, vagy a 112. § (1) bekezdés b) pontja szerinti szabályoknak megfelelően összefoglaló tájékoztatással vagy hirdetménnyel meghirdetett közbeszerzési eljárás útján. A nyílt eljárás szabályainak alkalmazása esetén a (2)-(4) és (6)-(7) bekezdésben foglaltak, a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás szabályainak alkalmazása esetén az (5)-(7) bekezdésben foglaltak szerint kell eljárni.

A Kbt. 135. § (1) és (3) bekezdése szerint:

(1) Az ajánlatkérőként szerződő fél a szerződés teljesítésének elismeréséről (teljesítésigazolás) vagy az elismerés megtagadásáról legkésőbb az ajánlattevőként szerződő fél teljesítésétől vagy az erről szóló írásbeli értesítés kézhezvételétől számított tizenöt napon belül írásban köteles nyilatkozni.

(3) Építési beruházások esetén a szerződésben foglalt ellenérték kifizetésére kormányrendelet a Ptk. 6:130. § (1)-(3) bekezdésétől eltérő, sajátos szabályokat állapíthat meg.

A Kbt. 141. § (1)-(2) bekezdése szerint:

(1) 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).

(2) A szerződés – a (4) vagy (6) bekezdésben foglalt feltételek vizsgálata nélkül – új

közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül módosítható, ha a módosítás eredményeként az ellenérték növekedése – vagy több módosítás esetén azok nettó összértéke - nem éri el az alábbi értékek egyikét sem

- a) az uniós értékhatárt elérő értékű eredeti szerződés esetén az uniós értékhatárt;
 - b) szolgáltatás, árubeszerzés és építési vagy szolgáltatási koncesszió esetén az eredeti szerződés értékének 10%-át, építési beruházás esetén az eredeti szerződéses érték 15%-át;
- valamint a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét és illeszkedik az eredeti szerződés jellegéhez.

A Kbt. 141. § (4) bekezdése szerint:

(4) 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:

a) ha a szerződés minden ajánlattevő számára előre megismerhető módon, egyértelműen rögzíti a szerződés meghatározott tartalmi elemei későbbi változásának (ideértve az opció gyakorlásának) pontos feltételeit és tartalmát. Az ilyen szerződéses feltételek azonban nem rendelkezhetnek olyan módosításokról, amelyek megváltoztatnák a szerződés általános jellegét;

b) az eredeti szerződő féltől további építési munkák, szolgáltatás vagy áruk beszerzése szükséges, amelyek nem szerepeltek az eredeti szerződésben, amennyiben a szerződő fél személyének változása

ba) nem megvalósítható gazdasági vagy műszaki okból, különösen az eredeti szerződéssel beszerzett, meglévő berendezésekkel, szolgáltatásokkal vagy létesítményekkel való felcserélhetőség vagy együttműködés miatt; és

bb) az ajánlatkérő számára jelentős hátránnyal vagy a költségek megsokszorozódásával járna. Az ellenérték növekedése - vagy több módosítás esetén azok együttes nettó értéke - azonban nem haladhatja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át;

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:

(6) 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:

(8) 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.

Az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet) 32/A. § (1)-(3) bekezdései szerint:

(1) Az ajánlatkérőként szerződő fél, valamint – európai uniós támogatás esetén szállítói kifizetés során – a kifizetésre köteles szervezet, ha az ajánlattevőként szerződő fél a teljesítéshez alvállalkozót vesz igénybe, a Ptk. 6:130. § (1)-(2) bekezdésétől eltérően a következő szabályok szerint köteles az ellenszolgáltatást teljesíteni:

a) az ajánlattevőként szerződő felek legkésőbb a teljesítés elismerésének időpontjáig kötelesek nyilatkozatot tenni az ajánlatkérőnek, hogy közülük melyik mekkora összegre jogosult az ellenszolgáltatásból;

b) az összes ajánlattevőként szerződő fél legkésőbb a teljesítés elismerésének időpontjáig köteles nyilatkozatot tenni, hogy az általa a teljesítésbe bevont alvállalkozók egyenként mekkora összegre jogosultak az ellenszolgáltatásból, egyidejűleg felhívja az alvállalkozókat, hogy állítsák ki ezen számláikat;

c) az ajánlattevőként szerződő felek mindegyike a teljesítés elismerését követően állítja ki számláját, a számlában részletezve az alvállalkozói teljesítés, valamint az ajánlattevői teljesítés mértékét;

d) a c) pont szerint a számlában feltüntetett alvállalkozói teljesítés ellenértékét az ajánlatkérőként szerződő fél – európai uniós támogatás esetén szállítói kifizetés során a kifizetésre köteles szervezet – tizenöt napon belül átutalja az ajánlattevőknek;

e) az ajánlattevőként szerződő fél haladéktalanul kiegyenlíti az alvállalkozók számláit, vagy az alvállalkozóval kötött szerződésben foglaltak szerint az alvállalkozói díj egy részét visszatartja;

f) az ajánlattevőként szerződő felek átadják az e) pont szerinti átutalások igazolásainak másolatait;

g) az ajánlattevőként szerződő felek által benyújtott számlában megjelölt, fővállalkozói teljesítés ellenértékét az ajánlatkérőként szerződő fél – európai uniós támogatás esetén szállítói kifizetés során a kifizetésre köteles szervezet – tizenöt napon belül átutalja az ajánlattevőként szerződő feleknek;

h) ha az ajánlattevőként szerződő felek valamelyike az e) vagy az f) pont szerinti kötelezettségét nem teljesíti, az ellenszolgáltatás fennmaradó részét az ajánlatkérő (vagy a kifizetésre köteles szervezet) őrzi, és az akkor illeti meg az ajánlattevőt, ha az ajánlatkérő részére igazolja, hogy az e) vagy az f) pont szerinti kötelezettségét teljesítette, vagy hitelt érdemlő irattal igazolja, hogy az alvállalkozó vagy szakember nem jogosult az ajánlattevő által a b) pont szerint bejelentett összegre vagy annak egy részére;

i) részben vagy egészben európai uniós támogatásból megvalósított közbeszerzés esetén a d) pont szerinti határidő harminc nap.

(2) A felek kizárólag az (1) bekezdés g) pontja szerinti ellenszolgáltatás halasztott teljesítésében állapodhatnak meg a Ptk. 6:130. § (3) bekezdésének megfelelően. A 32/B. § (2) bekezdését az ajánlattevőként szerződő féllel szemben csak az (1) bekezdés g) pontja szerinti összegre lehet alkalmazni.

(3) Ha az ellenszolgáltatást több részletben teljesíti az ajánlatkérőként szerződést kötő fél vagy a kifizetésre köteles szervezet, minden részlettel kapcsolatban alkalmazni kell az (1) és (2) bekezdést.

A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 6:130. § (1) és (2) bekezdése szerint:

[Pénztartozás teljesítésének ideje]

(1) Ha a felek a szerződésben a pénztartozás teljesítésének idejét nem határozták meg, a pénztartozást a jogosult fizetési felszólításának vagy számlájának kézhezvételétől számított harminc napon belül kell teljesíteni. Ha a pénztartozás fizetésére kötelezett szerződő hatóság, a szerződő hatóságnak nem minősülő vállalkozással kötött szerződése esetén pénztartozását a jogosult fizetési felszólításának vagy számlájának kézhezvételétől számított harminc napon belül köteles teljesíteni, ebben az esetben a számla kézhezvételének napja nem képezheti a felek között érvényes megállapodás tárgyát.

(2) A jogosult teljesítésétől számított harminc napon belül kell teljesíteni a pénztartozást, ha

- a) a jogosult fizetési felszólításának vagy számlájának kézhezvétele a jogosult teljesítését (vállalkozási szerződés esetén az átadás-átvételi eljárás befejezését) megelőzte;
- b) nem állapítható meg egyértelműen a jogosult fizetési felszólítása vagy számlája kézhezvételének időpontja; vagy
- c) a kötelezettnek fizetési felszólítás vagy számla bevárása nélkül teljesítenie kell fizetési kötelezettségét.

A Ptk. 6:205. §-a szerint:

[Teljesítésátvállalás]

Ha harmadik személy megállapodik a kötelezettel a kötelezett tartozásának átvállalásáról, a harmadik személy köteles lesz a kötelezett tartozását teljesíteni vagy a kötelezettet olyan helyzetbe hozni, hogy az lejáratkor teljesíthessen. A jogosult nem követelheti a tartozást a harmadik személytől.

Az Európai Parlament és a Tanács 2014/24/EU irányelve a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről (a továbbiakban: Irányelv) preambuluma (109) bekezdése az alábbiakat tartalmazza:

(109) Előfordulhat, hogy az ajánlatkérő szervek olyan külső körülményekkel szembesülnek, amelyeket a szerződés odaítélésekor nem láthattak előre, különösen, amikor a szerződés teljesítése hosszabb időszakot ölel fel. Ilyen esetben szükség van bizonyos fokú rugalmasságra, hogy a szerződést – új közbeszerzési eljárás nélkül – ezekhez a körülményekhez igazítsák. Az „előreláthatatlan körülmények” kifejezés olyan körülményekre utal, amelyeket az ajánlatkérő szerv – figyelembe véve a rendelkezésére álló eszközöket, az adott projekt természetét és jellemzőit, a szóban forgó terület jó gyakorlatát, valamint az eredeti odaítélés előkészítése során elköltött források és a várható érték közötti megfelelő viszony biztosításának az igényét – az eredeti odaítélés ésszerűen gondos előkészítése ellenére sem láthatott előre. Ugyanakkor ez nem érvényes azokban az esetekben, amikor a módosítás a beszerzés általános jellegének megváltozását eredményezi, például azáltal, hogy a megvalósítandó, illetve beszerzendő építési beruházásokat, árukat vagy szolgáltatásokat valami mással helyettesítik, vagy alapvetően megváltoztatják a beszerzés fajtáját, mivel ilyen helyzetben feltételezhető az eredményre gyakorolt hatás.

Az Irányelv 72. cikk „A szerződések módosítása azok időtartama alatt” rendelkezése többek között a következőket rögzíti:

(1) A szerződések vagy keretmegállapodások ezen irányelvvel összhangban új közbeszerzési eljárás nélkül módosíthatók az alábbiak közül bármely esetben:

c) amennyiben az alábbi feltételek mindegyike teljesül:

i. a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket egy kellő gondossággal

eljáró ajánlatkérő szerv nem láthatott előre;

ii. a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét;

iii. az árnövekedés nem haladja meg az eredeti szerződés vagy keretmegállapodás értékének 50%-át. Ha több egymást követő módosításra kerül sor, ez a korlátozás az egyes módosítások értékére alkalmazandó. Az egymást követő módosítások nem célozhatják ezen irányelv megkerülését.

24. A polgári jogi szerződésekkel ellentétben a közbeszerzési szerződések módosítására szigorú szabályok vonatkoznak annak érdekében, hogy a felek a módosítás által ne kerüljék ki a közbeszerzési szabályokat. A Kbt. 141. §-a foglalja össze a szerződésmódosítással kapcsolatos feltételeket, mely szabályrendszer 2014/24/EU irányelv mentén került kialakításra. Ennek értelmében a közbeszerzési szerződések módosítása három esetben lehetséges: a Kbt. 141. § (2) bekezdésében megjelenő „de minimis” jogalpra tekintettel, a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti nem lényeges módosítások körére, illetve a Kbt. 141. § (4) bekezdésében meghatározott körülmények fennállására alapítottn.

25. Lényeges ugyanakkor, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre a polgári jog szabályait a Kbt. szerinti eltérésekkel kell alkalmazni. Ennek értelmében amennyiben a közbeszerzési szerződésekkel összefüggésben a Kbt. a Ptk. szabályaitól eltérő rendelkezéseket fogalmaz meg, úgy azokra a szerződő feleknek figyelemmel kell lenniük és kötelező jelleggel alkalmazniuk kell.

26. A Kbt. 135-136. §-a a közbeszerzési szerződések teljesítésére sajátos szabályokról rendelkezik. E körben – építési beruházások esetében – kiemelt jelentősége van a Kbt. 135. § (3) bekezdése alapján alkalmazandó 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdésében foglaltaknak, melynek értelmében az ajánlatkérőként szerződő fél abban az esetben, amennyiben az ajánlattevőként szerződő szervezet a szerződés teljesítéséhez alvállalkozót vesz igénybe, a Ptk. 6:130. § (1)-(3) bekezdéseitől eltérő sajátos szabályokra kell figyelemmel lennie az ellenszolgáltatás kifizetése során. Ezen rendelkezés értelmében az ellenszolgáltatás megfizetése két lépcsőben történik; az ajánlatkérő elsőként az alvállalkozói teljesítések ellenértékét fizeti meg az ajánlattevő részére (az ajánlattevő által előzetes nyilatkozatában és a számlán feltüntetettek alapján), majd az ajánlattevői teljesítés megfizetésére csak abban az esetben kerülhet sor, amennyiben az ajánlattevő az ajánlatkérő felé igazolta, hogy az alvállalkozók részére a nekik járó ellenértéket megfizette, vagy annak visszatartására jogszerűen került sor. A hivatkozott rendelkezésben foglaltakat tehát mind az ajánlatkérő, mind az ajánlattevő köteles szem előtt tartani.

27. A Döntőbizottság rámutat, hogy 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 – többek között akkor is, ha a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg. Mindezek értelmében a szerződésmódosításnak érdemi feltételeket kell érintenie és azokat lényegesen eltérő módon kell megállapítania az eredeti feltételekhez képest. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja szerinti feltétel jogszerű alkalmazhatósága abban az esetben merül fel, amennyiben a szerződésmódosítás a Kbt. 141. § (6) bekezdésének nem felel meg. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában megjelenő feltételeknek azonban együttesen kell fennállnia, bármely feltétel hiánya megdönti a szerződésmódosítás jogszerűségét.

28. A Döntőbizottság több határozatában is rámutatott már arra, hogy a Kbt.-ben meghatározott jogalapok fennállta ténykérdés, a módosítás jogszerűségi vizsgálatát ezért valamennyi, a 141. §-ban foglalt rendelkezés figyelembe vételével el kell végezni, függetlenül attól, hogy a kezdeményező melyik rendelkezésre alapítottan kezdeményezte a jogorvoslati eljárást, illetőleg az ajánlatkérő a szerződésmódosításról milyen okra hivatkozott. Ebből következően a szerződésmódosítás bármelyik esete fennállásának hiányában a szerződés módosítása nem tekinthető jogszerűtlennek.

29. A rendelkezésre álló iratokból megállapítható volt, hogy az ajánlatkérő a 2019. június 20. napján indított közbeszerzési eljárásának eredményeként 2019. július 29. napján kivitelezési szerződést kötött a nyertes ajánlattevővel. A szerződés 11. pontja mintegy 11 különálló pontba foglalta a pénzügyi elszámolás,- teljesítés, -ütemterv és kifizetések teljesítésének kérdéskörét. A szerződés 11.6. pontja rendelkezett a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 32/A. § (1) bekezdésének alkalmazása felől. Ennek értelmében tisztázott volt, hogy alvállalkozói teljesítés igénybevétele esetében a kifizetés milyen ütemezés mentén teljesül, mely rendelkezések mind a részszámlák, mind a végszámla kiállítása körében értendők voltak. A szerződő felek szerződésüket két alkalommal módosították. A felek a 2. módosítással a szerződés 11. pontját további rendelkezéssel egészítették ki, mellyel a felek a Ptk. 6:205. § és 6:206. §-ára hivatkozásul lehetővé tették, hogy az alvállalkozói teljesítések megfizetése közvetlenül az ajánlatkérő által teljesüljön, kivéve így a kifizetések folyamatából a nyertes ajánlattevőt, mint az ajánlattevőként szerződő felet. A felek a módosítás indokaként a 2. szerződésmódosítás 1. pontjában azt rögzítették, hogy a módosítást a megváltozott pénzügyi, gazdasági és jogi környezet hatásai miatt a kivitelezés biztonságos befejezhetősége – valamint az alvállalkozók által elvégzett munkák ellenértékének pontos és naprakész kiegyenlítése – tette szükségessé. Az ajánlatkérő a 2. szerződésmódosításról feladott hirdetmény VI.2.2) pontjában a módosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját jelölte meg figyelemmel arra, hogy a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, melyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva sem láthatott előre. Az ajánlatkérő a módosításról feladott hirdetmény VI.2.1) pontjában a 2. szerződésmódosításba tett módosításokat hivatkozta, ellenben a 2. szerződésmódosítás 1. pontjában rögzített indokokat külön nem jelölte meg.

30. A hivatalbóli kezdeményező a 2. szerződésmódosítás tekintetében a szerződés 11. pontját érintő kiegészítés kapcsán vitatta, hogy a felek által felhozott indokok a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontjában foglalt feltételek teljesülését igazolják. Mindezek mellett arra is rámutatott, hogy az ajánlatkérő tartozásátvállalásával a szerződés gazdasági egyensúlya a nyertes ajánlattevő javára megváltozott, mely a Kbt. 141. § (6) bekezdése ütközik. Az ajánlatkérő mindezzel szemben arra hivatkozott, hogy a módosítással kizárólag a kifizetés technikai részletei módosultak, az alvállalkozók maradéktalanul kifizetésre kerültek, így jogsértés ténye nem merülhet fel.

31. A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezésben vélelmezett joghelyek megsértését egyenként vizsgálta meg, melynek kapcsán elsőként a szerződésmódosítás lényeges minősége körében foglalt állást.

32. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata szerint a szerződésmódosítás lényeges, ha az az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. Hangsúlyos, hogy a Kbt. 50. § (2) bekezdés i) pontja az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit olyan lényeges érdemi körülménynek minősíti, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni szükséges. A közbeszerzési

szerződésben megjelenő ellenszolgáltatás teljesítése, illetve annak elszámolási módja és üteme a fentebb hivatkozott rendelkezések okán lényeges érdemi feltételeknek minősülnek. A felek által megkötött szerződés 11.6. pontja az alvállalkozói teljesítés kiegyenlítése tekintetében a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 31/A. § (1) bekezdésében foglaltak alkalmazásáról rendelkezett, mely egyebekben az eljárást megindító felhívásban is megjelent. Ehhez képest a felek a 2. szerződésmódosítással a szerződés 11. pontját akként egészítették ki, hogy a Kbt. 135. § (3) bekezdése alapján alkalmazandó 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 31/A. § (1) bekezdése helyett az ajánlatkérő sajátos módon közvetlen kifizetést teljesít a nyertes ajánlattevő (már meglévő és a jövőben igénybe venni kívánt) alvállalkozói részére – a Ptk. 6:206. §-ának alkalmazására tekintettel. Ezzel a módosítással az ajánlatkérő lényegében belépett a nyertes ajánlattevő és alvállalkozói szerződéses viszonyába akként, hogy az ajánlatkérő az alvállalkozói szerződéseket záradékkal látta el, így az ajánlatkérő, a nyertes ajánlattevő és az alvállalkozók között tartozásvállalási jogviszony keletkezett. Mindez azt jelentette, hogy a szerződés lényeges feltételét a felek jelentős mértékben változtatták meg, ekként a módosítás nem tekinthető kizárólag technikai jellegű módosításnak, ahogy erre az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárásban hivatkozott.

33. A Döntőbizottság egyetértett a hivatalbóli kezdeményezővel a tekintetben, hogy az alvállalkozói teljesítések ajánlatkérő általi közvetlen kiegyenlítése előnyt generált a nyertes ajánlattevő oldalán, mely a jelen körülményekre tekintettel olyan mértékű változásnak, illetve előnynek minősül, mely a szerződés gazdasági egyensúlyát érdemben megváltoztatta. A Kbt. ugyanis nem ad arra lehetőséget, hogy az ajánlatkérő az ajánlattevőként szerződő fél és annak alvállalkozói közötti jogviták elrendezésében részt vegyen. Hangsúlyos, hogy a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet egyértelmű rendelkezést fogalmaz meg az alvállalkozói teljesítések kifizetése körében, mely a Kbt. 135. § (3) bekezdése alapján kötelezően alkalmazandó, az ettől való eltérést sem a Kbt., sem a Korm. rendelet nem teszi lehetővé. Továbbá figyelemmel arra, hogy a felek szerződésmódosítása egyértelműen akként fogalmazott, hogy a „három fél között a Ptk. 6:206. §-ában foglaltak szerinti tartozásvállalási jogviszony jön létre”, a nyertes ajánlattevő alvállalkozói és az ajánlatkérő között egyértelműen jogviszony keletkezett, ekképpen az alvállalkozók az ajánlatkérőtől jogosulttá váltak a teljesítés követelésére. Így lényegében a kötelezettséget vállaló személy köre változott meg, azaz az ajánlatkérő a szerződés alapján a nyertes ajánlattevőt terhelő kötelezettséget (az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozata alapján „tartozást, illetve teljesítést”) átvállalta. A Döntőbizottság megítélése szerint a kifizetések folyamatába történő ilyen jellegű beavatkozás lehetősége kizárt a Kbt. rendelkezései alapján, még abban az esetben is, amennyiben az az ajánlatkérő szándéka szerint valójában a kivitelezés biztonságos befejezését szolgálja. Minderre tekintettel az ajánlatkérő a Kbt. 141. § (6) bekezdésére alapítottnan – különös figyelemmel a Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondatában, valamint a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontjában foglaltakra – jelen esetben nem módosíthatta szerződését.

34. A Döntőbizottság a következőben azt vizsgálta meg, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti jogalapra tekintettel az ajánlatkérő jogszerűen módosította-e szerződését. A Döntőbizottság e körben előrebocsátja, hogy az ajánlatkérő a szerződésmódosításról feladott hirdetményében kizárólag a módosítás jogalapját, ellenben a módosítás indokait nem jelölte meg. A szerződés 11. pontjának kiegészítése körében tett módosítás indokai a 2. szerződésmódosítás 1. pontjában jelentek meg. Ennek körében az ajánlatkérő a kivitelezés biztonságos befejezésére hivatkozott, mégpedig az alvállalkozók által elvégzett munkák ellenértékének pontos és naprakész kiegyenlítése érdekében. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során a hirdetményben foglaltakat azzal egészítette ki, hogy a nyertes ajánlattevő és alvállalkozói között kialakult vitás helyzetre tekintettel szükségszerűen vállalta az

alvállalkozók közvetlen kifizetését annak érdekében, hogy az alvállalkozók teljesítésüket ne függesszék fel. Előadása szerint az ajánlatkérő ezzel a lépéssel tudta csak biztosítani a beruházása teljesülését. A Döntőbizottság e körben kiemeli, hogy a töretlen joggyakorlat szerint a módosításban hivatkozott ténybeli indokok később egy esetleges jogorvoslati eljárás során nem egészíthetők ki. E tekintetben foglal állást a Kúria Kfv.VI.37.948/2019/5. számú ítélete is, melynek 25. pontja az alábbiakat tartalmazza: „a szerződésmódosítás jogszerűségének megítélésénél csak azt lehet vizsgálni, hogy az ajánlatkérő milyen indokokat hozott fel szerződés módosítására. A hirdetményben nem közölt szerződésmódosításra okot adó körülmény akkor sem értékelhető, ha egyébként alátámasztaná a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontjában foglaltak fennállását.” Mindezek alapján a Döntőbizottság az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatát figyelmen kívül hagyva kizárólag a rendelkezésre álló közbeszerzési dokumentumokban megjelenő indokok alapján folytathatott vizsgálatot arra vonatkozóan, hogy azok megfelelően igazolták-e a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont pontjában – azon belül is a ca) alpontban – foglaltak teljesülését.

35. A Döntőbizottság rámutat, hogy az ajánlatkérőnek a szerződésmódosítás jogszerűsége alátámasztására olyan körülményeket kell igazolnia, amelyek egyrészt szükségessé teszik a módosítást, másrészt kellő gondossággal eljárva sem láthatott előre. Az ajánlatkérő az előre nem láthatóságot a nyertes ajánlattevő és alvállalkozói között kialakult vitás helyzettel magyarázta, melyre elsőként a jogorvoslati eljárás során hivatkozott és mely indok a tárgyi határozat 34. pontjában foglaltakra tekintettel nem volt figyelembe vehető. Mivel a hirdetmény a módosítás indokait nem hivatkozta, a Döntőbizottság kizárólag a 2. szerződésmódosítás 1. pontjában foglaltakat vizsgálhatta. A Döntőbizottság ennek körében ugyanakkor osztotta a hivatalbóli kezdeményező álláspontját a tekintetben, hogy a szerződésmódosításban megjelenő indokok nem igazolták a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontjában foglaltak teljesülését, így az ajánlatkérő szerződésmódosítását nem alapíthatta volna a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglaltakra. A Döntőbizottság visszautalva a tárgyi határozat 32. és 33. pontjaiban foglaltakra kiemeli, hogy az alvállalkozók általi teljesítések ellenértékének kiegyenlítése az ajánlattevőként szerződő fél (jelen esetben a nyertes ajánlattevő) kompetenciája. Ezen jogkört elvonni az egyébként közpénzzel gazdálkodó ajánlatkérői szervezetnek nem lehet még arra hivatkozással sem, hogy a kivitelezés biztonságos befejezése így biztosítható. Amennyiben a kivitelezés megghiúsulása vagy annak időbeli csúszása fenyeget, úgy e tekintetben késedelmi kötbér, megghiúsulási kötbér vagy hibás teljesítési kötbér megfizetésére válna kötelezetté az ajánlattevőként szerződő fél. Erre vonatkozó rendelkezéseket a felek szerződése is egyértelműen tartalmazott (szerződés 8.1-8.2.-8.3. pontjai), így ezen szankciók alkalmazása helyett a szerződés módosítása nem kínálkozhat lehetőségként a felek számára. A 2. szerződésmódosításba foglalt indokokat áttekintve pedig egyértelműen az volt kiolvasható, hogy a felek általi módosítás szükségességét – a kivitelezés biztonságos befejezése mellett – az alvállalkozói számlák „pontos és naprakész” kiegyenlítése indokolta, mely a fentebb már kifejtettek alapján az előre nem láthatóság körét nem meríti ki, a szerződés módosításának szükségességét nem igazolja.

36. A Döntőbizottság ezt követően megvizsgálta, hogy a szerződésmódosítás megfeleltethető-e a Kbt. 141. § (2) és (4) bekezdés a) és b) pontjában meghatározott feltételek valamelyikének.

37. A szerződésmódosítás körülményeire tekintettel megállapítható volt, hogy a módosítás jelen esetben a Kbt. 141. § (2) bekezdésében foglaltaknak nem volt megfeleltethető, figyelemmel arra, hogy a módosítás nem eredményezte a szerződéses érték változását. A Kbt.

141. § (4) bekezdés a) pontjában foglalt feltétel fennállta sem volt megállapítható, figyelemmel arra, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban nem vetítette előre a szerződésmódosítás pontos feltételeit és tartalmát. Mindezek mellett 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.

38. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (3) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a fenti indokokra tekintettel a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét és alkalmazta a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerinti jogkövetkezményt.

39. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerint amennyiben a 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. § (4) bekezdése szerint 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.

40. A Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint a 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.

41. A Döntőbizottság a bírság kiszabását indokoltnak tartotta tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő úgy módosította közbeszerzési szerződését, hogy annak jogalapja nem volt megállapítható. A Döntőbizottság előrebocsátja, hogy ugyan a joggyakorlat töretlen és egységes a tekintetben, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés Kbt.-be ütköző módosítása esetén a szerződő felek mindegyike tekintetében bírság szabható ki, azonban a Döntőbizottság a nyertes ajánlattevő 2022. május 31. napi törlésére tekintettel – részletesen a tárgyi határozat 16. pontjában – kizárólag az ajánlatkérővel szemben szabhatott ki bírságot.

A Döntőbizottság a bírság indokoltságának és összegszerűségének meghatározása során figyelemmel volt arra, hogy az ajánlatkérő súlyos jogsértést valósított meg azzal, hogy a közbeszerzési szerződést a kezdeményezésben vitatottak alapján úgy módosította, hogy annak Kbt.-ben meghatározott feltétele – azaz a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja – nem állt fenn. A Döntőbizottság figyelembe vette, hogy az elkövetett jogsértés nem reparálható, illetve azt, hogy a megállapított jogsértés természetére tekintettel az a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre befolyást nem gyakorolt. A Döntőbizottság tekintettel volt a közbeszerzési eljárás tárgyára, annak becsült értékére (nettó 147.565.676.-Ft), ahogy arra is, hogy a vizsgált

módosítással a szerződéses érték nem változott meg. A Döntőbizottság figyelembe vette azon körülményt, hogy korábban az ajánlatkérővel szemben nem szabott ki bírságot, illetve nem értékelt az ajánlatkérő terhére többszörös jogsértést. A Döntőbizottság tekintettel volt arra, hogy a jelen közbeszerzés támogatásból valósult meg, ezért a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság mindezek mellett értékelte, hogy a jogsértés szándékos volta nem volt megállapítható, az ajánlatkérőt a módosítás során azon szándék vezérelte, hogy a beruházása problémamentesen megvalósulhasson.

A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fentebb összefoglalt szempontok kifejezett mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott mértékű bírság kiszabását tartotta indokoltnak az ajánlatkérővel szemben.

42. A Döntőbizottság a költségek viseléséről a Kbt. 145. § (1) bekezdés alapján alkalmazandó, az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (Akr.) 125. § (1) bekezdés szerint rendelkezett.

43. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(5) bekezdésein alapul.

44. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy a jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdése 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, 2022. június 22.

Dr. Kéri Krisztina sk.
közbeszerzési biztos
az eljáró tanács elnöke

Bankóné Nagy Helga sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Hodnik Ákos sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Járady Györgyi Hédi kamarai jogtanácsos - Pénzügyminisztérium Regionális Fejlesztési Programokért Felelős Helyettes Államtitkársága (KRID: 235236916)
2. Dr. Sirály Katalin ügyvéd - Sirály és Társa Ügyvédi Iroda (KRID: 18098145)
3. ASZFALTDOKTOR Kft. "f. a." (KRID: 13453006)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkárság (kizárólag elektronikus úton)
5. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)