



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-85924

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma:

D.126/9/2022.

A tanács tagjai: Hubáné dr. Szabó Ágnes közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bán János közbeszerzési biztos, Dr. Szvetnik Ágnes közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke
(Budapest, Riadó u. 5.)

A hivatalbóli kezdeményező képviselője:

Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó

Az ajánlatkérő:

Budai Farm Kft.
(Sajóörös, Zrínyi Miklós u. 64.)

Az ajánlatkérő képviselője:

Dr. Esztári Csaba ügyvéd
(Budapest, Kelenhegyi út 41.)

A kérelmezett:

Myko Industrial Kft.
(Berzék, Rákóczi út 45.)

A kérelmezett képviselője:

Dr. Bálint Tamás felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó
(Pécs, Nap u. 18.)

A beszerzés tárgya, értéke: A szerepi Kemény tanyán hízósertés telep korszerűsítése és bővítése – becsült érték 726.960.239.-Ft, szerződés értéke 744.287.798.-Ft

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó 28. § (1) bekezdését, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját és 142. § (1) bekezdését, továbbá a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdését, valamint a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára figyelemmel a 141. § (1) bekezdését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 35.000.000.-Ft, azaz harmincötmillió forint, a kérelmezettel szemben 35.000.000.-Ft, azaz harmincötmillió forint bírságot szab ki.

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

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.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő 2018. április 11-én a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított a bevezető részben meghatározott építési beruházás tárgyában. Az eljárást megindító felhívás a Közbeszerzési Értesítő 2018/70. számában 2018. április 12-én került közzétételre 5642/2018. iktatószámom.

2. Az ajánlati felhívás releváns előírásai az alábbiak voltak:

II.1.4) A közbeszerzés rövid ismertetése:

A szerepi Kemény tanyán hízósertés telep korszerűsítése és bővítése:

Az építető a tulajdonában lévő telephelyen szeretne szarvasmarha telepet korszerűsíteni a meglévő épületek felújításával, átalakításával, bővítésével és a területen új építmények megépítésével (14 épület és a funkcióhoz szükséges kiegészítő műtárgyak: tűzivíztárolómedence, belső makadám út, elektromos és ivóvízhálózat, telek elhatárolásához szükséges kerítésrendszer és napelemes rendszer)

II.2.4) A közbeszerzés mennyisége:

A beruházás keretében megvalósítandó építési tevékenységek:

1. épület: meglévő épület felújítása, átalakítása 240 férőhelyes sertés hizlaló épületté. 8,90 x 38,7 m befoglaló méretű épület, helyiségei: előtér, raktár, sertés hizlaló.
2. épület: 180 férőhelyes sertés hizlaló épület felújítása. 6,30 x 41,90 m befoglaló méretű épület, helyiségei: előtér, állattartó helyiség.
4. épület: dolgozói szociális épület felújítása. 4,96 x 15,42 m befoglaló méretű épület, helyiségei: 2 db szélfogó, melegedő, fehér öltöző, 2 db wc, zuhanyozó, mosdó, fekete öltöző, fűtő helyiség, tüzelő tároló.
5. épület: meglévő épület felújítása, átalakítása sertés hizlaló épületté. 5,51 x 21,16 m befoglaló méretű épület, helyiségei: 2x50 férőhelyes hizlaló.
6. épület: meglévő épület felújítása, átalakítása sertés hizlaló épületté. 6,26 x 20,26 m befoglaló méretű épület, helyiségei: 2x55 férőhelyes hizlaló.
7. épület: meglévő épület felújítása, átalakítása sertés hizlaló épületté. 6,76 x 60,96 m befoglaló méretű épület, helyiségei: közlekedő, 11x27 férőhelyes hizlaló.
9. épület: meglévő épület felújítása, átalakítása sertés hizlaló épületté. 5,20 x 35,60 m befoglaló méretű épület, helyiségei: közlekedő, 2x65 férőhelyes hizlaló.
10. épület: 12,75 x 30,0 m befoglaló méretű szemes termény tároló épület építése.
11. épület: meglévő épület felújítása, átalakítása sertés hizlaló épületté. 6,26 x 21,01 m befoglaló méretű épület, helyiségei: 2x58 férőhelyes hizlaló.
12. épület: 4,20 x 12,0 m befoglaló méretű szemes termény tároló épület építése.
13. épület: 9,15 x 16,60 m befoglaló méretű földszint + 1 emeletes technológiai vezérlő épület építése. Földszint helyiségei: iroda, irattár, mosdó, wc, tárgyaló, fűtő helyiség, porta, lépcsőház, tornác. Emelet helyiségei: készenléti helyiség, 2 db technológiai vezérlő, pihenőszoba, 4 db zuhanyzó-wc, függőfolyosó, 2 db erkély.
14. épület: 14,00 x 16,00 m befoglaló méretű trágya tároló épület építése.

Épülnek továbbá a funkcióhoz szükséges kiegészítő műtárgyak is: tűzivíztároló medence, belső makadámút, elektromos és ivóvízhálózat, telek elhatárolásához szükséges kerítésrendszer.

A projekt keretében még kialakításra kerül egy 50,0 kWp nagyságú napelemes rendszer telepítése.

Az elvégzendő építési munka építési engedélyköteles tevékenység. A jogerős építési engedély rendelkezésre áll, mely a műszaki dokumentumok között megküldésre kerül.

Vállalkozó feladatát képezi jelen ajánlattételi felhívással egyidejűleg megküldött dokumentációban, így a „Műszaki leírás” című dokumentumban, a megküldött tervekben, a szerződéstervezetben, valamint az árazatlan költségvetésben összefoglalt tevékenységek teljes körű ellátása.

A részletes feladateleírást és az árazatlan költségvetést az ajánlattételi felhívás és dokumentáció részét képező műszaki leírás tartalmazza.

II.2.5) Értékelési szempontok (figyelemmel a közbeszerzési dokumentumokban foglaltakra)

Minőségi szempont

1. A teljesítésbe bevonásra kerülő M/2.1. alkalmasság tekintetében megajánlott szakember felelős műszaki vezetői kategóriára vonatkozó vagy azzal egyenértékű kamarai nyilvántartásba vételhez szükséges jogszabályi feltételek teljesülését követően, magasépítés területén megszerzett többlet szakmai tapasztalata (hónap) (ajánlati elem legkedvezőbb mértéke: 60 hónap) Súlyszám 10

2. A teljesítésbe bevonásra kerülő M/2.2. alkalmasság tekintetében megajánlott Közegészségügyi és vagy Járványügyi szakember az alkalmassági feltételként előírt végzettségen felüli többlet szakmai tapasztalata (hónap) (ajánlati elem legkedvezőbb mértéke: 36 hónap) Súlyszám 10

3. Jótállás időtartama a kötelező 24 hónap felett (a műszaki átadás-átvételt követő naptól számítva hónapokban megadva; ajánlati elem minimum értéke: (24 hónap felett) 0 hónap, legkedvezőbb szintje: 36 hónap) Súlyszám 10

Ár szempont

Ajánlati ár Súlyszám: 70

II.2.7) A szerződés, keretmegállapodás vagy dinamikus beszerzési rendszer időtartama 15 hónap. A szerződés nem meghosszabbítható.

II.2.12) A közbeszerzés európai uniós alapokból finanszírozott projekttel és/vagy programmal kapcsolatos, a projekt száma vagy hivatkozási száma: VP2-4.1.1.5-16. kódszámú felhívás 1778449365. számú támogatási szerződés.

III.1.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság

Alkalmatlan az ajánlattevő, ha nem rendelkezik

M/1. az eljárást megindító felhívás feladásától visszafelé számított 5 évben (megküldési időpont év/hó/naptól visszafelé számított megelőző 60 hónap hó/napjáig terjedő időszakot vizsgálva) a 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 23. § szerint igazolt, a közbeszerzés tárgya szerinti (Mezőgazdasági épületek kivitelezése és/vagy felújítása) legalább 1 db összesen minimum 1500 m² alapterületű és legalább 500 állat befogadására alkalmas, szerződészerűen teljesített, sikeres műszaki átadás-átvétellel zárult korábbi teljesítés(ek)el.

Ajánlatkérő rögzíti, hogy kizárólag műszaki átadás átvétellel (teljesítésigazolással) elismert referenciát fogad el.

Ajánlatkérő csak azokat a szerződéseket fogadja el az előírt időszakon belül teljesítettnek, melyek befejezési dátuma (műszaki átadás-átvétel lezárásának időpontja) is a felhívás

megküldésétől visszafelé számított 5 éven (60 hónapon) belül esik és maximum 8 éven belül megkezdett.

Amennyiben a bemutatni kívánt korábbi építési beruházás osztható, úgy az M1. alkalmassági követelmények tekintetében elfogadható, ha a bemutatásra kerülő megosztott rész befejező időpontja esik a vizsgált időszakra (eljárást megindító felhívás megküldésétől visszafelé számított 60 hónap). Ilyen esetben értelemszerűen a bemutatásra kerülő megosztott résznek kell megfelelnie az M1. alkalmassági követelmények keretében előírt egyéb feltételeknek is. Ilyen esetben értelemszerűen a bemutatásra kerülő megosztott résznek kell megfelelnie az M1. alkalmassági követelmények keretében előírt egyéb feltételeknek is.

M/2. Alkalmatlan az ajánlattevő a szerződés teljesítésére, amennyiben nem rendelkezik: M/2.1. legalább 1 fő szakemberrel, aki a 266/2013. (VII.11.) Korm. rendelet szerinti „MV-É” kategóriájú felelős műszaki vezetői jogosultság megszerzéséhez szükséges, a 266/2013. (VII. 11.) Korm. rendelet 1. melléklete IV./1.rész 2. pontjában meghatározott végzettséggel illetve gyakorlattal, vagy érvényes, a 266/2013. (VII. 11.) Korm. rendelet szerinti „MV-É” kategóriájú felelős műszaki vezetői (vagy a hatályos átsorolás előtti, azzal egyenértékű) jogosultsággal rendelkezik. Amennyiben a megjelölt szakember rendelkezik a 266/2013. (VII.11.) Korm. rendelet 1. melléklet /IV. Felelős műszaki vezetés / 1. rész 2. pontja alapján meghatározott érvényes „MV-É” kategóriásfelelős műszaki vezetői névjegyzékbe vétellel, abban az esetben nem szükséges az ennek megszerzéséhez szükséges végzettséget és szakmai gyakorlatot igazolni, elegendő csak a névjegyzékbe vétel tényét és annak időpontját igazolni.

IV.2.2) Ajánlattételi határidő: 2018/05/02

VI.3.12) További információk:

15. Ajánlatkérő helyszíni bejárást és konzultációt jelen esetben nem tart.

20. Abban az esetben, ha az eljárás során, Ajánlattevő a szakemberek, és a referencia vonatkozásában igénybe veszi más szervezet kapacitásait, csatolandó ezen szervezet kötelezettség vállalása, melyből egyértelműen megállapítható, hogy ezen feladatok elvégzéséhez a megjelölt kapacitást nyújtó kerül bevonásra a teljesítéshez szükséges mértékben.

3. Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban, a II. kötet 7. pontban rögzítette, hogy az M/2.1. alkalmasság tekintetében előírt „szakmai tapasztalatot bemutató szakembert a jelen közbeszerzés eredményeként megkötött vállalkozói szerződés nyertesének a kivitelezés során kötelessége felelős műszaki vezetőként alkalmazni. Ajánlatkérő a teljesítésbe bevonásaként azt fogadja el, ha a szakember felelős műszaki vezetőként kerül alkalmazásra, és ezt az építési naplóban is igazolja”.

A II. kötet 10.8. pontjában előírta az ajánlatkérő, hogy „az ajánlattevőként szerződő fél teljesítésében köteles közreműködni az olyan alvállalkozó és szakember, amely a közbeszerzési eljárásban részt vett az ajánlattevő alkalmasságának igazolásában”.

4. A kérelmezett ajánlatot nyújtott be tárgyi közbeszerzési eljárásban 744.287.798.-Ft nettó összesen ajánlati árral.

A kérelmezett ajánlatának 11. oldalán az ajánlati nyilatkozatának 1. és 2. pontjában rögzítette a szerződés teljesítésébe bevonni kívánt alvállalkozókat: az „S-L-G” Mérnökiroda Bt-t jelölte meg felelős műszaki vezetőként, valamint a Képes és Társa Kft-t a belső út tekintetében.

5. A kérelmezett ajánlatának 7-8. oldalán csatolta az M/2.1. alkalmassági feltétel tekintetében megajánlott felelős műszaki vezető tekintetében előírt értékelési résszempontra tett megajánlás alátámasztását igazoló dokumentumot, a teljesítésbe bevonásra kerülő S.L.

szakember szakmai önéletrajzát. A dokumentum szerint „a szerződés teljesítésekor betöltendő munkakör: hízósértés telep korszerűsítése és bővítésénél felelős műszaki vezető”. Az önéletrajz szerint S.L. szakember 2015. márciusától az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. ügyvezetője. Rögzítette az önéletrajzban, hogy az ajánlat nyertessége esetén részt kíván venni tárgybani közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítésében felelős műszaki vezető beosztásban.

A kérelmezett ajánlatának 15. oldalán S.L. szakember nyilatkozott az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. részéről, hogy mint kapacitást biztosító szervezet a tárgyi közbeszerzési eljárás szerinti szerződés teljesítéséhez szükséges felelős műszaki vezetőként a kérelmezett rendelkezésére fog állni a szerződés teljesítésének időtartama alatt. A 17. oldalon nyilatkozott, hogy az ajánlati felhívásban meghatározott M/2.1. műszaki, szakmai tevékenység végzésére vonatkozó alkalmassági követelményeknek megfelel, a szerződés teljesítésére alkalmas.

A kérelmezett ajánlatának 307. oldalán csatolta az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. alvállalkozó részéről S.L. szakember rendelkezésre állásáról szóló nyilatkozatát, melyben kijelenti, hogy „dolgozni kívánok a szerződés teljes időtartama során, az ajánlatban szereplő beosztásban, melyre vonatkozóan az önéletrajzomat benyújtották”.

6. A kérelmezett ajánlatának 19. oldalán a Képes és Társa Kft. részéről K.L. cégjegyzésre jogosult képviselő nyilatkozott, hogy az ajánlati felhívásban meghatározott M/1. műszaki, szakmai tevékenység végzésére vonatkozó alkalmassági követelményeknek megfelel, a szerződés teljesítésére alkalmas.

A kérelmezett ajánlatának 30. oldalán K.L. a Képes és Társa Kft. részéről nyilatkozott az ajánlati felhívásban előírt közbeszerzési tárgyra vonatkozó referenciáról, mely szerint a Képes és Társa Kft. 2014-2015-ben szerződésszerűen teljesített az ajánlati felhívásban előírt M/1. műszaki, szakmai alkalmassági feltételnek megfelelő építési beruházást, melyre vonatkozóan az ajánlat 299. oldalán csatolásra került a referenciaigazolás.

A kérelmezett ajánlatának 300. oldalán csatolta a Képes és Társa Kft. alvállalkozó részéről K.L. szakember rendelkezésre állásáról szóló nyilatkozatát, melyben kijelenti, hogy „dolgozni kívánok a szerződés teljes időtartama során, az ajánlatban szereplő beosztásban, melyre vonatkozóan az önéletrajzomat benyújtották”.

A kérelmezett ajánlatának 290-293. oldalán csatolta a Képes és Társa Kft.-vel az I. számú mellékletben részletezett munkákra – belső útépítési kivitelezési munkákra – kötött alvállalkozási előszerződést. A szerződés kelte 2018. április 27. A szerződés 2.2. pontjában a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje 2019. augusztus 31.

Az előszerződés tárgya – az előszerződés 2.1. pontja szerint – az I. számú mellékletben részletezett munkák elvégzése. Az I. számú melléklet szerinti munkák: irtás föld- és sziklamunka (5 tétel, összesen 22.193.838,- Ft), síkalapozás (vasbeton sáv-, talp- lemez vagy gerendaalap készítése helyszínen kevert betonból) (1 tétel, 4.791.240,-Ft összegben), útburkolatalap és makadámburkolat készítése (2 tétel, összesen 29.730.780,- Ft összegben), kőburkolat készítése (süllyesztett szegély vagy futósor készítése, útszegély) (1 tétel, 7.071.480,- Ft összegben), bitumenes alap és makadámburkolat készítése (2 tétel, összesen 30.410.327,- Ft összegben).

A kérelmezett ajánlatának 301-304. oldalán csatolta az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel kötött vállalkozási szerződést, amelyben S.L. szakember, mint alvállalkozó elvállalja a közbeszerzési eljárás tárgyát képező építési beruházás projektfelelős műszaki vezetői feladatait, amennyiben a kérelmezett elnyeri a közbeszerzési eljárásban a munkát. A szerződés kelte 2018. április 27. A szerződés 2.2. pontjában a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje 2019. augusztus 31.

7. A kérelmezett hiánypótlásában az M/2.1. alkalmassági feltétel esetében megajánlott felelős műszaki vezetői kategóriára vonatkozó szakember tekintetében a felolvasólapon szereplő 60 hónap megajánlást 48 hónapra módosította.

Ajánlati nyilatkozatában a szerződés teljesítéséhez igénybe venni kívánt alvállalkozóként jelölte meg az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. részéről S.L-t felelős műszaki vezetőként és a Képes és Társa Kft.-t a belső úthoz tartozó munkálatok tekintetében. Kapacitást nyújtó szervezet igénybevétele kapcsán megjelölte az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-t az M/2.1. alkalmassági feltétel vonatkozásában és a Képes és Társa Kft.-t az M/1. alkalmassági feltétel vonatkozásában.

8. Az ajánlatkérő közbeszerzési eljárás eredményéről szóló tájékoztatója 2018. július 17-én került közzétételre a Közbeszerzési Értesítőben 12154/2018. számon. A tájékoztatóban megjelölte, hogy a kérelmezett a közbeszerzési eljárás nyertese, akivel 2018. július 6-án megkötötte a vállalkozási szerződést. A tájékoztató V.2.4) pontjában megjelölte az ajánlatkérő a közbeszerzés becsült értékét: 726.960.239.-Ft és a szerződés végleges összértékét: 744.287.798.- Ft. A tájékoztató V.2.5) pontjában, a szerződés alvállalkozó bevonásával megvalósított részének rövid ismertetésénél rögzítette, hogy igénybe vesz a kérelmezett alvállalkozót felelős műszaki vezető és belső úthoz tartozó munkálatok tekintetében.

9. Az ajánlatkérő 2018. július 6-án megkötötte a vállalkozási szerződést a kérelmezettel.

- A szerződés II. 1. pontja szerint a szerződés tárgya: Megrendelő megrendeli, Vállalkozó pedig vállalkozói díj ellenében elvállalja a közbeszerzési eljárás során keletkezett dokumentumokban, jelen szerződésben, valamint a vonatkozó jogszabályokban, szabványokban foglalt tartalom szerint „A szerepi Kemény tanyán hízósértés telep korszerűsítése és bővítése” kivitelezési feladatainak ellátását eredményfelelőséggel az elkészült műszaki dokumentációknak és a jogerős engedélyben foglaltaknak megfelelően. A munkavégzés helye: Szerep, külterületi ingatlan (Hrsz.: 0151/2)

- A szerződés III. 10. pontja szerint a Megrendelő rögzíti, hogy a 322/2015. (X.30.) Korm. rendelet 27. § (1) bek. alapján a műszaki ellenőr által vizsgálja az alvállalkozó szabályos alkalmazásának feltételeit. A vonatkozó szabályok megszegése súlyos szerződésszegésnek minősül.

- A szerződés IV. 4. pontja szerint a vállalkozói díj mértéke mindösszesen 744.287.798.- Ft+Áfa.

- A szerződés VI. 3. pontja szerint a szerződő felek kötelesek egymást értesíteni, ha a szerződésben vállalt valamely kötelezettség teljesítése előre láthatóan akadályba ütközik, kivéve, ha az akadályt a másik félnek közlés nélkül is ismernie kellett.

- A szerződés VI. 21. pontja szerint a kivitelezési tevékenység megkezdésekor Megrendelő a munkaterületet jelen szerződés szerint átadja Vállalkozó részére. A munkaterület átadásával egyidejűleg meg kell nyitni az elektronikus/papír alapú építési naplót. A szerződés teljesítésével kapcsolatos közlések az építési naplóba való bejegyzéssel történnek.

- A szerződés VI. 23. pontjában a szerződő felek rögzítették, hogy tekintettel arra, hogy a szerződés közbeszerzési eljárás eredményeképpen jött létre Felek rögzítik a nyertes ajánlatban megajánlott minőségi szempontot, amely az ajánlatban értékelésre került:

A teljesítésbe bevonásra kerülő szakember neve: S.L. és szakmai tapasztalata 48 (hónap) (ajánlati elem legkedvezőbb mértéke: 60 hónap).

- A szerződés VII. 1. pontja szerint a szerződést a felek a teljesítésig kötik. A teljesítés ideje a szerződés aláírásától számított 15 hónap. Megrendelő jogosult a téli üzem miatt a munkaterületet visszavenni. A visszavétel időtartama nem számít bele a teljesítés időtartamába. A téli üzem alatt mely november 1. – március 15. közötti időszakban tart, a Vállalkozó, a Megrendelő általi munkaterület visszavételének hiányában sem végezhet munkát. Ezen időszak így a teljesítés időtartamába nem számít bele. Azonban ezen

időszakban egyedi – a kedvező időjárási viszonyokra/technológiai folyamatokra tekintettel benyújtott – kérelem alapján, a Megrendelő külön engedélyével folyhat munkavégzés. Az ilyen munkavégzés időtartama a teljesítés időtartamába beleszámít.

- A szerződés VII. 3. pontja szerint minden, a szerződés teljesítését akadályozó, el nem hárítható külső körülmény (vis maior), vagy Megrendelő érdekkörében felmerülő esetleges akadály a befejezési határidő módosítását vonhatja maga után, kivéve, ha bármilyen munkaszervezési (több munkavállaló alkalmazása, munkaszervezés megváltoztatása stb.) eljárással megoldható lett volna a határidő betartása. ... Vállalkozó kijelenti, hogy a rendelkezésére álló teljesítési időszak – figyelembe véve az évszakokkal kapcsolatban felmerülő munkavégzést általában akadályozó körülményeket is – elégséges a szerződés határidőben történő hiány és hibamentes teljesítésére.

- A szerződés VII. 4. pontja szerint nem eredményezi a teljesítési határidő módosulását az elhárítható, illetve a Vállalkozó által kellő gondossággal előre látható okok miatt bekövetkezett késedelem.

10. A kérelmezett a Döntőbizottság előtti jogorvoslati eljárásban csatolt egy 2018. július 6-án kötött alvállalkozási szerződést a Képes és Társa Kft. alvállalkozóval belső útépitési munkákra vonatkozóan, műszaki tartalomban megegyezően a kérelmezett ajánlatában benyújtott előszerződés szerinti feladatokkal. A szerződés 2.2. pontja alapján a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje: 2019. október 5-e volt.

A szerződés 2.1. pontja szerint az 1.1. pontban hivatkozott közbeszerzési eljárás lefolytatását követően a Fővállalkozó megrendeli, Alvállalkozó pedig elvállalja A szerepi Kemény tanyán hízósertés telep korszerűsítése és bővítése tárgyú projekt I. számú mellékletben részletezett munkákat, az ott megadott mennyiségben és áron, valamint biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szaktudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését jelen teljesítésben. A szerződés 3.2. pontja szerint a vállalkozási díj az I. számú mellékletben található. A számla a teljes vállalkozói tevékenység befejezését követően tartott műszaki átadás-átvételi eljárás eredményessége (mennyiségi vagy minőségi hiányosságot nem tartalmazó jegyzőkönyv) esetén állítható ki.

A felek ezen szerződéssel kapcsolatban a Hatósági ellenőrzési eljárás során 2018. április 27-i keltezésű előszerződést csatoltak, melyben a szerződés 2.2. pontja alapján a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje: 2019. augusztus 31-e volt.

11. A kérelmezett szintén a jogorvoslati eljárásban csatolt egy 2018. július 6-án kötött megbízási szerződést az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel a felelős műszaki vezetői feladatok tekintetében. A szerződés 2.2. pontja alapján a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje: 2019. október 7-e volt.

A szerződés 2.1. pontja szerint az 1.1. pontban hivatkozott közbeszerzési eljárás lefolytatását követően a Fővállalkozó megrendeli, Felelős műszaki vezető pedig elvállalja A szerepi Kemény tanyán hízósertés telep korszerűsítése és bővítése tárgyában a projekt felelős műszaki vezető feladatait. A szerződés 3.2. pontja szerint a vállalkozási díj 350.000 Ft. A vállalkozói tevékenység átalánydíjas. A számla a teljes vállalkozói tevékenység befejezését követően tartott műszaki átadás-átvételi eljárás eredményessége (mennyiségi vagy minőségi hiányosságot nem tartalmazó jegyzőkönyv) esetén állítható ki.

A felek ezen szerződéssel kapcsolatban a Hatósági ellenőrzési eljárás során 2018. április 27-i keltezésű szerződést csatoltak, melyben a szerződés 2.2. pontja alapján a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje: 2019. augusztus 31-e volt.

12. Az ajánlatkérő, a műszaki ellenőr és a kérelmezett képviselője a 2018. augusztus 8-án megnyitott építési naplóban történt bejegyzéssel átadták és átvették a munkaterületet. Az építési naplóban befejezési határidőként 2019. október 7-e került megjelölésre, felelős

műszaki vezetőként S.L. szakember került feltüntetésre. A bejegyzések alapján a munkaterület munkavégzésre alkalmas állapotban volt, az ingatlan jól megközelíthető volt.

Az építési napló szerint 2018. szeptember hónapban összesen 6 napon (2018. szeptember 17., 18., 19., 20., 24., 25.) volt munkavégzés, melyen bontási munkákat végeztek. A napi jelentésekben a csapadékra vonatkozó megjegyzésnél minden esetben „Nincs csapadék” szerepelt.

2018. szeptember 26-tól október 5-ig történt építési naplóbejegyzések szerint „munkavégzés nem történt”, egyéb bejegyzés nem volt, időjárásra vonatkozó bejegyzés nem található.

A következő bejegyzés 2019. július 30-án történt, mely szerint folytatódtak a bontási munkák. Az építési napló utolsó bejegyzése 2019. szeptember 3-án történt, amikor S.L. szakember, mint felelős műszaki vezető bejegyzést tett, mely szerint a kivitelezés terv szerint folyik. A naplóban ezen kívül más felelős műszaki vezetői bejegyzés nem található.

Az építési napló összes napi bejegyzésénél az „alvállalkozói létszám adatok” résznél a „Nincsenek alvállalkozói létszám adatok” szerepelt.

13. A kérelmezett 2018. szeptember 26-án akadályközléssel élt az ajánlatkérő felé, amelyben jelezte, hogy a munkaterület 2018. augusztus 8-án történt átvételét követően csak 2018. szeptember 17-én tudta a kivitelezési munkákat elkezdni, mivel a szerződéskötést követően figyelmeztette az ajánlatkérőt a helyi vadőr, hogy a Natura 2000 természetvédelmi területen található sertéstelepen az épületek belsejében és külső eresze alatt több védett európai füstű fecsképar rakott fészket és csak a májustól szeptemberig tartó költési időszak letelte után lehet a munkákat megkezdeni.

Továbbá rögzítette, hogy a munkálatok megkezdése után a törmelék elszállítását végző gépjárművek vezetői jelezték, hogy nem tudják vállalni a fuvarozást, mert az esős időjárás és a bekötőutat használó mezőgazdasági gépek olyannyira tönkretették az utat, hogy az több helyen áthaladásra alkalmatlanná vált, és a teherrel megrakott járművekkel lehetetlen a telep megközelítése. Mivel a munkaterület megközelíthetőségének biztosítása az ajánlatkérő feladata, ezért a telep közlekedési úton történő problémamentes elérhetőségének helyreállításáig akadályt jelentett.

14. Az ajánlatkérő 2018. október 2-án kelt levelében az akadályközlést tudomásul vette, rögzítette, hogy a szükséges intézkedéseket megteszi, kérte, hogy a kivitelezés befejezési határidejének tartása érdekében a kapacitását a kérelmezett úgy ütemezze, hogy az akadály elhárítását követően a kivitelezési munkák mielőbb folytathatóak legyenek.

15. Az ajánlatkérő 2018. december 4-én vállalkozási szerződést kötött a TO-VI-TEK Kft-vel, melyben az ajánlatkérő mint a szerepi Kemény tanyához vezető 3,2 km hosszúságú bekötőút kezelője megbízta a TO-VI-TEK Kft-t ezen bekötőút helyreállítására és használatra alkalmas állapotban történő tartására a szerepi sertéstelep korszerűsítése tárgyában életben lévő szerződés szerinti munkák befejezéséig. A szerződés 3. pontja szerint az útszakasz közlekedésre alkalmas állapotba hozásának határideje 2019. július 31.

16. Az ajánlatkérő 2019. július 25-én kelt levelében értesítette a kérelmezettet, hogy az akadályoztatás elhárult, a telep megközelíthetőségét helyreállította, az út helyreállítását végző vállalkozás azt 2019. július 29-én átadja. Kérte a kérelmezettet a kivitelezési munkák mielőbbi folytatására, valamint az ajánlatkérő jelezte, hogy várhatóan az eredeti teljesítési határidő nem tartható, ezért a kérelmezett dolgozzon ki egy határidő módosítására vonatkozó javaslatot.

17. Az ajánlatkérő és a kérelmezett közös megegyezéssel 2019. október 2-án a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján módosította a 2018. július 6-án megkötött vállalkozási szerződést, „Vállalkozási szerződés 1. számú módosítása” címmel.

A módosításban a 2018. július 6-án kötött szerződés VII. fejezetének 1. pontját hatályon kívül helyezik a felek: „Jelen szerződést felek a teljesítésig kötik. A teljesítés ideje: a szerződés aláírásától számított 15 hónap. Megrendelő jogosult a téli üzem miatt a munkaterületet visszavenni. A visszavétel időtartama nem számít bele a teljesítés időtartamába. A téli üzem alatt mely november 10. - március 15. közötti időszakban tart) a Vállalkozó, a Megrendelő általi munkaterület visszavételének hiányában sem végezhet munkát. Ezen időszak így a teljesítés időtartamába nem számít bele. Azonban ezen időszakban egyedi – a kedvező időjárási viszonyokra / technológiai folyamatokra tekintettel benyújtott – kérelem alapján, a Megrendelő külön engedélyével folyhat munkavégzés. Az ilyen munkavégzés időtartama a teljesítés időtartamába beleszámít”.

A hatályon kívül helyezett pont helyébe a következő rendelkezés lép: „Jelen szerződést felek a teljesítésig kötik. A teljesítés ideje: a szerződés aláírásától számított 25 hónap”.

A szerződésmódosítás indokaként a szerződésben az alábbiakat jelölték meg:

„Vállalkozó a szerződés aláírását követően 2018.08.08. napján átvette a munkaterületet és megkezdte a szükséges bontási munkálatokat, melyet 2018.09.25. napjáig folyamatosan végzett. 2018.09.26. napjával akadályt jelentett, mivel az esős időjárás és a bekötőutat használó mezőgazdasági gépek olyannyira tönkre tették az utat, hogy az több helyen áthaladásra alkalmatlanná vált, és ezáltal az anyag beszállítást és törmelék elszállítást végző gépjárművek nem tudták a telepet megközelíteni. Az út rendbetétele és a kikátyúzása érdekében megrendelő, mint az út kezelője megkezdte az út kijavításának műszaki előkészítését és finansziális feltételeinek megteremtését. Megrendelő az egyeztető tárgyalások befejeztével a TO-VI-TEK Kft.-vel kötött szerződést az út helyreállítására, valamint annak a sertéstelep építési munkáinak befejezéséig történő folyamatos használhatóságának biztosítására. A 3,2 km hosszú útszakasz kijavítása után a fuvarozást végző gépjárművek már meg tudták közelíteni az építési helyszínt, ezzel az akadály elhárult, így kivitelező 2019. 07. 30-án folytatta a kivitelezési munkákat.

Ezen akadályoztató tényező 2018.09.26. napja és 2019.07.30. napja között állt fenn, azaz a határidőt akadályozó tényezők összes ideje 10 hónap. Így a teljesítési határidő a jelenlegi 15 hónapról az akadályoztatott 10 hónappal összesen 25 hónapra módosításra kerül Felek egyező akaratával.

Szerződő Felek rögzíteni kívánják, hogy a felsorolt tényezők előre nem voltak láthatók, illetve a Szerződő Felek csak a kivitelezés során, a felvonulást és a tényleges munkálatok megkezdését követően szembesülhettek ezen problémákkal, ezért szükséges fent megjelölt okokból kifolyólag a szerződés módosítása.

Felek rögzítik, hogy a fenti szerződésmódosítás megfelel a hatályos Kbt. 141. § (4) c) pontja rendelkezéseinek:

a) Szerződő felek a Kbt. 141. (4) c) pont ca) alpontja tekintetében rögzítik, hogy a szerződésmódosítás indokolása miatt a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre.

b) Szerződő felek a Kbt. 141. (4) c) pontja cb) alpontja tekintetében rögzítik, hogy a szerződésmódosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét, azaz ugyanazon közvetlen cél megvalósítására irányul.

c) Szerződő felek a Kbt. 141. (4) c) pontja cc) alpontja tekintetében rögzítik, hogy a jelen módosítások nem eredményezik az ellenérték megengedett mértéken felüli növekedését.

Felek rögzítik, hogy az alapszerződés rendelkezései változatlan tartalommal maradnak hatályban azzal, hogy azokat a fenti módosításra tekintettel kell értelmezni és alkalmazni.”

A szerződésmódosítás végén megjelölésre került: „Mellékletek: Építési naplóbejegyzések, Vállalkozói értesítések, Szakértői vélemények”.

18. Az ajánlatkérő a szerződésmódosítás tárgyát és indokait a Vállalkozási szerződés 1. számú módosításában foglaltakkal egyezően tüntette fel a szerződésmódosításról szóló tájékoztatójában, melyet 2020. március 2-án adott fel és 2020. március 3-án jelent meg a Közbeszerzési Értesítőben 3537/2020. számon.

19. A Közbeszerzési Hatóság 2019. december 2-án rendelte el ellenőrzését a tárgyi közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés teljesítése és módosítása tekintetében a 308/2015. Korm.rendelet 4. §-a értelmében a 2019. évi ellenőrzési terv alapján, melyről tájékoztatta a feleket. Ezzel egy időben adatszolgáltatásra hívta fel az ajánlatkérőt és a kérelmezettet, melyet nem teljesítettek.

A Hatóság később többször tényállástisztázásra hívta fel az ajánlatkérőt és a kérelmezettet (2019. december 19-én, 2020. február 21-én, március 23-án, április 20-án, június 5-én), melyet a felek egyáltalán nem, vagy hiányosan, részben teljesítettek. A Hatóság ezért 2020. június 8-án 100.000.-Ft eljárási bírsággal sújtotta az ajánlatkérőt.

2020. február 27-én helyszíni szemle került megtartásra, melyen a Hatóság képviselői bejárták az építési területet és fényképfelvételeket készítettek. Az ajánlatkérő a helyszíni szemlén jelezte, hogy a közbeszerzési szerződés módosításra került.

A Hatóság felhívására sem az ajánlatkérő, sem a kérelmezett nem nyújtott be teljességi nyilatkozatot.

A Hatóság az ellenőrzési eljárást 2020. november 16-án zárta le (a T-02565/37/2019. számú jegyzőkönyvvel).

20. A felek a Hatósági ellenőrzési eljárásban az alábbi adatszolgáltatást nyújtották:

A Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési eljárása során az ajánlatkérő 2020. január 2-án megküldött iratok közt benyújtotta a Hatóság felhívása körében 2019. december 23-án kelt nyilatkozatát, melyben azt rögzítette a Hatóság kérdésére, hogy „20 % készültségi fokban van a beruházás, mely megfelel a pénzügyi és műszaki ütemtervnek”. A Hatóság kérte, hogy dokumentumokkal alátámasztott nyilatkozatot tegyen arra vonatkozóan, hogy az alkalmassági feltétel igazolásában szereplő szakember hol, mikor és mely munkafolyamatokban vett részt a teljesítés során, az ajánlatkérő azt nyilatkozta 2019. december 23-án kelt nyilatkozatában, hogy „S. L. felelős műszaki vezető a bontási, falazás, aljzatépítés és koszorú betonozási munkafolyamatok irányításában vett részt”.

Az ajánlatkérő rendelkezésre bocsátotta a 2019. szeptember 3-án kelt teljesítésigazolást a tárgyi építési beruházás kivitelezése vonatkozásában, mely szerint a tárgyi munka részteljesítésének igazolásával megállapodtak a felek, hogy a kérelmezett jogosult az I. számú részszámlájának benyújtására nettó 112.091.935.-Ft értékben. Megküldte továbbá az ajánlatkérő az előlegrészszámlákat, a 2019. szeptember 6-i állapot szerinti építési naplót, bankkivonatokat.

Az ajánlatkérő 2020. március 26-án a Hatósági ellenőrzés során megküldte a 2020. március 5-én kelt nyilatkozatát, mely az alábbiakat tartalmazta:

A Hatóság kérdésére az ajánlatkérő azt a tájékoztatást adta, hogy „a pénzügyi és műszaki ütemterv az ütemek teljesítésére vonatkozóan nem tartalmazott előírt határidőket, ezért ezt a dokumentumot a szerződés határidejének módosításából adódóan szükségtelen volt

módosítani. A második ütem teljesítése várhatóan 2020. május 15. A harmadik ütem teljesítése várhatóan 2020. június 15. A negyedik ütem teljesítése várhatóan 2020. augusztus 08.”

Az ajánlatkérő rögzítette a Hatóság kérdésére, hogy 2019. szeptember 3-tól 2019. november 10-ig terjedő időszakban nem történt teljesítés.

A Hatóság kérte, hogy dokumentumokkal támassza alá az ajánlatkérő, hogy az alkalmasság igazolásában résztvevő szervezetként megjelölt „S-L-G” Mérnökiroda Bt., valamint a Képes és Társa Kft. a szerződés teljesítésébe bevonásra kerültek, valamint az eljárásban bevonni kívánt szakemberként megjelölt S. L. (akinek a releváns szakmai tapasztalata biztosítja az ajánlati felhívásban előírt (M/2.1) műszaki és szakmai alkalmassági követelményeket, és akinek az alkalmassági követelményeken felüli szakmai tapasztalata értékelési szempont is volt) részt vett a Kbt. 138. § (4) bekezdésében foglaltaknak megfelelően a szerződés teljesítésében. Az ajánlatkérő válaszában azt rögzítette, hogy „az oktatási napló másolata és helyszíni bejárás jegyzőkönyvei mellékletben csatolásra kerültek”.

Beccsoltta a helyszíni bejárás jegyzőkönyveket, mely szerint 2018. szeptember 20-án és 2019. augusztus 12-én tartott helyszíni bejárás S.L. szakember jelen volt. A csatolt 2018. szeptember 17-én, 2019. augusztus 12-én tartott munkavédelmi oktatásról szóló igazolás szerint a részt vevők között S.L. szakember és K.L., Képes és Társa Kft. nem szerepel.

Az ajánlatkérő válasza szerint 2018. november 10-e és 2019. március 15-e között akadályközlés miatt az építkezés állt, ezért a kivitelező nem vette igénybe a szerződés által biztosított téli üzem lehetőségét. 2019. november 10-től 2020. március 15-ig terjedő időszakra igénybe kívánta venni ezt a szerződéses lehetőséget, ezért erre vonatkozóan kérelmet nyújtott be, amelyet a téli munkavégzés alacsony hatékonyságával és a jelenlegi még nem téliesíthető állapottal indokoltak, amely indoklást az ajánlatkérő elfogadta, és a munkaterület visszavétele nélkül az őrzési feladatokat a kivitelezőnél hagyva hozzájárult.

Nyilatkozata mellett csatolta az ajánlatkérő a „Vállalkozási szerződés 1. számú módosítását”. Megküldte továbbá az ajánlatkérő az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel kötött vállalkozási szerződést a felelős műszaki vezetői feladatok ellátása tárgyában, melynek kelte: 2018. április 27-e volt, a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje: 2019. október 7-e. Csatolta a Képes és Társa Kft.-vel a belső út munkálatai tárgyában kötött alvállalkozási előszerződést, melynek kelte 2018. április 27-e volt, vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje 2019. augusztus 31. volt.

A Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési eljárása során a kérelmezett 2020. január 3-án megküldött adatszolgáltatása során az alábbiakat rögzítette:

A 2019. december 30-án kelt nyilatkozatában ő is azt rögzítette a Hatóság kérdésére válaszában, hogy „a beruházás készültségi foka 20 %, mely teljesen megfelel a pénzügyi és műszaki ütemtervnek”. A Hatóság kérte, hogy dokumentumokkal alátámasztott nyilatkozatot tegyen arra vonatkozóan, hogy az alkalmassági feltétel igazolásában szereplő szakember hol, mikor és mely munkafolyamatokban vett részt a teljesítés során, a kérelmezett azt nyilatkozta 2019. december 30-án kelt nyilatkozatában, hogy „K. L. szakmai tanácsadás, S. L. felelős műszaki vezetőként”.

A kérelmezett is rendelkezésre bocsátotta a 2019. szeptember 3-án kelt teljesítésigazolást, mely szerint a kérelmezett jogosult az I. számú részszámlájának benyújtására nettó 112.091.935.-Ft értékben.

A kérelmezett megküldte a Hatóság részére a 2019. szeptember 3-án az ajánlatkérő felé kiállított számlát 112.091.935.-Ft értékben, melyből levonta az előleg számlákat összesen

97.000.000.-Ft értékben. Megküldte az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. által 2019. szeptember 3-án kiállított, a tárgyi kivitelezés felelős műszaki vezetése tárgyban az 1. részszámlát 52.710.-Ft értékben. Megküldte továbbá az előlepszámlákat, a 2019. szeptember 6-i állapot szerinti építési naplót, bankkivonatokat.

A kérelmezett 2020. március 26-án megküldött adatszolgáltatásában szereplő 2020. március 8-án kelt nyilatkozatában az ajánlatkérő szintén 2020. március 26-án megküldött nyilatkozatával megegyezően adta meg válaszait és csatolta a dokumentumokat. A kérelmezett csatolt még 2020. januári és februári keltezésű szállítóleveleket.

A kérelmezett 2020. május 26-án megküldött adatszolgáltatásában az alábbiak szerepeltek: 2020. május 22-én kelt nyilatkozatának 4. pontjában rögzítette a kérelmezett, hogy: Az akadály, az út használhatatlan állapota 2018.09.26-2019.07.30 között folyamatosan fennállt. Szerződéskérő 2019. 07. 25-én jelezte részünkre az akadály elhárultát. Eddig az időpontig nem tudtunk anyagot szállítani a munkaterületre így ezen időszakban munkavégzésre nem került sor. ... A szóban forgó, és az akadályoztatással érintett út önkormányzati tulajdonú, ám megrendelővel közös kezelésű. ... Egyebekben a megvalósítandó út helyreállítási munka műszaki, technikai, technológiai időszükséglete 4 hónap, mely időt a munkavégzésre alkalmas időjárási viszonyok várható dátumától április 01-től számították. A tényleges munkavégzést az időjárás nem befolyásolta, legalábbis emiatt akadályt nem jelentettünk be.

A nyilatkozat 5. pontjában a Hatóság kérdésére, miszerint adjon részletes tájékoztatást arról, hogy az 1. sz. Módosításban hivatkozott akadályoztató tényezők miért nem voltak előre láthatóak, azaz azok bekövetkezésével/kialakulásával miért nem kellett számolni, válaszában a kérelmezett közölte:

„Tudomásunk szerint a sertéstelep 2019-ben került a Kedvezményezett tulajdonába. A telepet eddig az időpontig nem használták, azt a kivitelezés megkezdésekor vették használatba. A helyszínen talált állapotokat adottságnak vették, amely szerint az Önkormányzati tulajdonú út állapota adott volt. Nem volt tudomásuk arra vonatkozóan, hogy az utat rajtuk kívül még kik használják és ez milyen igénybevételt jelent az útnak, az építménynek. Feltételezték, hogy amennyiben az út használata során állagromlás következik be, az út tulajdonosa, azaz az önkormányzat helyreállítja azt. A nyári nagy melegben az út rossz állapotától függetlenül az útszakaszon a közlekedés nem okozott problémát, így a munkaterület átadásakor kivitelező sem jelezte ezt. A kivitelezés megkezdéséig az évszaknak megfelelően többször hullott csapadék, amely nem volt extrém mennyiségű, de az idénymunkákat végző mezőgazdasági gépek tovább rongálták az állagát. A munkák megkezdése után már többször jeleztük az út rossz állapotát, de amikor az anyagbeszállítóink megtagadták a rakomány és a gépjármű biztonsága érdekében az úton való közlekedést, akkor került sor az akadályközlésre. Ekkor megrendelő megkereste az Önkormányzatot, hogy állítsák helyre az utat, illetve, hogy az út használhatósága helyreállításának költségeihez milyen mértékben tudnak hozzájárulni. Azt a tájékoztatást kapták, hogy erre az Önkormányzat nem rendelkezik kerettel, így a megrendelő a többi úthasználót próbálta megkeresni a költségek megosztása miatt. Minden érintett elzárkózott az anyagi hozzájárulástól. A beruházás folytathatóságának érdekében megrendelőnek saját beruházásban kellett elvégeznie az út javítását, amelyben az anyagi feltételek megteremtésén túlmenően a megfelelő kivitelező megtalálása is komoly kihívást jelentett. A beruházás indításának időpontjában sem az út forgalmáról, sem a karbantartás hiányáról nem lehetett tudomásuk, valamint nincs arra vonatkozó módszer, amellyel műszakilag megállapítható egy útszakasról, hogy adott időjárási körülmények között milyen terhelés alatt fog oly mértékben rongálódni, hogy közlekedésre alkalmatlanná váljon.”

A kérelmezett csatolta az ajánlatkérő és a TO-VI-TEK Kft. által 2018. december 4-én kötött vállalkozási szerződést, a 2020. május 22-i állapot szerinti építési naplót, valamint műszaki leírásokat, fotókat.

A hivatalbóli kezdeményezés

21. A hivatalbóli kezdeményező 2020. november 19-én kezdeményezett jogorvoslati eljárást az ajánlatkérő és a kérelmezett vonatkozásában 5 kezdeményezési elem tekintetében. Kérte velük szemben jogsértés megállapítását és bírság kiszabását.

22. A hivatalbóli kezdeményező az alábbi kezdeményezési elemeket terjesztette elő:

23. 1. kezdeményezési elem: az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 28. § (1) bekezdésében foglaltakat. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés időpontjaként 2018. április 11. napját jelölte meg, a közbeszerzési eljárás megindításának napját, a hivatalbóli kezdeményező által való tudomásra jutásának időpontjaként pedig a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerint 2020. november 16. napját, a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

24. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a közbeszerzési eljárás előkészítésekor az ajánlatkérőnek minden, a felhívás, a dokumentáció és a szerződéstervezet összeállításához, a szerződés szerű teljesítéshez szükséges kérdést alaposan végig kell gondolnia, fel kell mérnie a beszerzésre hatással lévő és az ajánlatkérő által gondos eljárás mellett előre látható körülményeket.

A közbeszerzési eljárás előkészítő cselekményei körébe tartozik többek között a közbeszerzési szerződés teljesítési határidejének, a kivitelezési munkák ütemezésének, szervezhetőségének alapos átgondolása, megtervezése/megterveztetése. Ezen ütemezéshez szorosan kapcsolódik ebből következően a közbeszerzés előkészítésének egyik fontos eleme a közbeszerzési dokumentumokban meghatározott munkaterület átadásának, a szerződés teljesítési határidejének megtartása érdekében a munkaterülethez/a munkavégzés helyéhez vezető út állapotának, azaz a munkaterület megközelíthetőségének, valamint az időjárási körülmények/viszonyok miatt annak használhatóságát korlátozó/kizáró reálisan lehetséges körülmények bekövetkezésének a figyelembevétele.

25. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérőnek, mint a munkavégzés helyéhez vezető út kezelőjének kellő gondosság mellett előre kellett volna látnia – figyelemmel a földút fizikai sajátosságaira és ezen fizikai jellemzők időjárás-változás okozta módosulásaira –, hogy az út használhatóságában és így a szerződéses kötelezettségek teljesítésében akadályoztatás állhat elő. Erre tekintettel az ajánlatkérő az ajánlati felhívást és a közbeszerzési dokumentációt, azon belül is a teljesítési határidőre vonatkozó szerződéses feltételeket útkezelőként feltételezhetően úgy állította össze, hogy a teljesítési határidő meghatározásakor nem volt figyelemmel az út minőségére és az időjárás útminőséget befolyásoló hatására.

26. Az ajánlatkérő számára ismertek voltak az elvégzendő munkafolyamatok és azok jelentős alapanyag-szükségletei is, továbbá az is, hogy bontás és törmelékelszállítás is a szerződés tárgyát képezi. A szerződés 1. számú módosításában az esős időjárásra és az utat használó mezőgazdasági gépekre történő hivatkozás közvetve arra utal, hogy az egyes munkarészek elvégzésére a munkaterülethez vezető út nem volt alkalmas. Az építési napló nem tartalmazott esőzésre vonatkozó bejegyzést, ugyanakkor az akadályközlés alapja, erre figyelemmel pedig az 1. számú módosítás indoka éppen az esős időjárás volt. Nem állnak a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére olyan dokumentumok, melyek alapján tényként

rögzíthető lenne, hogy az akadályközlés megalapozott/valós volt-e, az ajánlatkérő ráadásul a helyszíni bejárás lehetőségét a közbeszerzési eljárásban nem biztosította, melyre tekintettel kétséget kizáróan az sem állapítható meg, hogy ténylegesen alkalmatlan állapotban volt-e az út a munkavégzés folytatása szempontjából szükséges szállításra.

27. A hivatalbóli kezdeményező az ellenőrzési eljárása során rendelkezésére bocsátott iratok alapján arra a következtetésre jutott, hogy a munkaterülethez vezető út állapota meghatározó jelentőségű a szerződéses kötelezettség határidőben történő teljesítése szempontjából, hiszen épületek elbontott elemeit, valamint újonnan felépítendő épületek/épületrészek alapanyagait kell azon rendszeresen szállítani úgy, hogy az utat a környező mezőgazdasági területeken munkát végzők is rendszeresen használják munkagépekkel.

28. Az ajánlatkérő és a munkaterülethez vezető bekötőút helyreállítása tárgyában a To-Vi-Tek Kft.-vel kötött szerződés szerint az ajánlatkérő a kivitelezési területre vezető út kezelője, így az út használójaként ismerhette annak állapotát, kezelőjeként pedig gondoskodnia kellett volna a használatra alkalmas állapotáról, azaz a közbeszerzési eljárás előkészítése során már figyelembe kellett volna vennie az út használhatóságában esetlegesen bekövetkező akadályozó körülményeket.

29. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő a jelen hivatalbóli kezdeményezéssel érintett közbeszerzési eljárás előkészítése körében a műszaki tartalom és a teljesítési határidő meghatározása során nem mérte fel megfelelő körültekintéssel a szerződő felek szerződés szerinti teljesítésének feltételeként azt az egyébként előre látható helyzetet, hogy a munkaterület megközelítésére szolgáló út használhatóságában akadály állhat elő.

Az ajánlatkérő az ellenőrzési eljárása során nem adott elő olyan indokot, amely azt támasztaná alá, hogy a munkaterület megközelítésére szolgáló út használhatatlan állapotát az ajánlatkérő által kellő gondossággal előre nem látható körülmény eredményezte volna.

30. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a fenti indokokra tekintettel az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során nem járt el megfelelő gondossággal, körültekintéssel, mert a közbeszerzés tárgya, műszaki tartalma vonatkozásában nem vette figyelembe a kezelésében levő és a szerződés teljesítési helyszínéhez vezető út minőségét/általános állapotát, valamint annak lehetséges változásait, helyszíni bejárást pedig nem tartott, mindezek pedig a szerződés 1. számú módosításához vezettek, így az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 28. § (1) bekezdését.

31. 2. kezdeményezési elem: az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltétel fenn nem állására tekintettel Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglaltakat. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés időpontjaként 2019. október 2. napját jelölte meg, a szerződés módosításának napját, a hivatalbóli kezdeményező által való tudomásra jutásának időpontjaként pedig a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerint 2020. november 16. napját, a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

32. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett által a szerződésmódosítást megalapozó indokok a módosításra vonatkozóan nem fogadhatók el arra tekintettel, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti előre nem láthatóság követelménye nem teljesült/nem igazolt.

A kialakult joggyakorlatnak megfelelően az előre nem láthatóság követelménye alapvetően akkor valósulhat meg, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra az ajánlatkérő a legnagyobb

gondosság mellett a beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint adott körülmény előre nem láthatóságát nem alapozza meg az ajánlatkérő mulasztása.

33. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpont szerinti előre nem láthatóság a következetes döntőbizottsági és bírósági gyakorlat szerint a szerződés megkötésének időpontjára, illetve a szerződést megelőző előkészítési szakaszra vonatkozatható, azaz a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata során figyelemmel kell lenni arra, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során a kellő gondosságot tanúsította-e. Az ajánlatkérőnek így a szerződésmódosítás jogszerűsége alátámasztására olyan körülményeket kell igazolnia, amelyeket a szerződés megkötésekor kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre.

34. A hivatalbóli kezdeményezés tárgya tekintetében, amennyiben az ajánlatkérő kellő gondossággal jár el, nem teremt olyan helyzetet, amelyben a teljesítési időszakot az eredeti teljesítési idő másfélszeresére kell módosítani. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérőnek kellő gondosság mellett előre kellett látnia annak veszélyét, hogy a folyamatos, időjárási és egyéb (mezőgazdasági gépek áthaladása) terhelésnek kitett földút minőségének változása/romlása nem teszi lehetővé a kérelmezett szerződéses kötelezettségének teljesítését az eredeti, 15 hónapos teljesítési határidő alatt. Emellett a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a kivitelezési helyszín sajátos megközelíthetősége mindenképpen indokoltá tette volna a helyszíni bejárás tartását, ilyen módon az érdeklődő gazdasági szereplőknek is lehetőségük lett volna felmérni és az ajánlatkérő figyelmét felhívni az organizációt, megközelíthetőséget befolyásoló körülményekre.

35. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérőnek, mint a teljesítés helyszínéhez vezető út kezelőjének a közbeszerzési eljárás előkészítése során kellő gondosság mellett számolnia kellett volna azzal, hogy a földút esetében az időjárási viszonyok, valamint a földutat rendeltetésszerűen használó mezőgazdasági gépek terhelése hogyan és milyen mértékben változtatják meg a földút felszínét, teszik nehezebbé/lehetetlenné az azon való közlekedést.

Az ajánlatkérő annak ellenére értékelte előre nem látható körülményként a teljesítés helyszínéhez vezető földút minőségi romlását, hogy már az eljárás előkészítésekor kellő gondosság mellett ismert lehetett volna számára, hogy azt mezőgazdasági gépek rendszeresen használják, valamint az is, hogy a kivitelezés folytán milyen volumenű építési és bontási anyag szállítására, mozgatására lesz szükség. Ahogyan tette azt a To-Vi-Tek Kft.-vel kötött szerződés kapcsán, hiszen az út helyreállítására kötött szerződés tartalmazza az út sertéstelep építési munkáinak befejezéséig történő folyamatos használhatóságának biztosítását is.

Erre figyelemmel, valamint az 1. kezdeményezési elem tekintetében leírtak alapján az előre nem láthatóság alátámasztására nem alkalmas azon indokolás, miszerint a szerződő felek csak a kivitelezés során, a felvonulást és a tényleges munkálatok megkezdését követően szembesülhettek a földút állapotával. A hivatalbóli kezdeményező emellett kiemeli, hogy a releváns időszakban az építési naplóban kelt bejegyzések egyáltalán nem utalnak olyan időjárási körülményekre (pl. esőzés, talajvízszint emelkedés), amelyek a munkaterület átvételekor még dokumentáltan jól megközelíthető helyszínre való bejutást, anyagmozgatást váratlanul, objektív módon akadályozta volna.

36. A kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő a Hatóság felhívására nem nyilatkozott arról, hogy a szerződés 1. számú módosításában hivatkozott akadályoztató tényezők miért nem voltak előre láthatók, továbbá semmilyen bizonyítékot nem bocsátott a Hatóság

rendelkezésre, amely alátámasztaná azt, hogy az akadályoztató tényezők 2018. szeptember 26-tól 2019. július 30-ig folyamatosan fennálltak. A hivatalbóli kezdeményező ugyanakkor hangsúlyozta, hogy az építési naplóban a munkaterület átvételekor a kérelmezett kifejezetten azt rögzítette, hogy az ingatlan jól megközelíthető volt. Emellett az akadályközlés időpontjáig esőre, esőzésre, belvízre vonatkozó körülmény az építési naplóba nem került bejegyzésre. Nem került továbbá csatolásra a műszaki ellenőr részéről olyan nyilatkozat, egyéb szakmai állásfoglalás, amely az akadályközlésben szereplő körülmények valós voltát, az akadály tényleges fennálltát vizsgálta, igazolta volna.

A rendelkezésre bocsátott iratok közül a 2020. május 22-én kelt kérelmezetti nyilatkozat alapján a tényleges útjavítás időtartama 4 hónap volt, a többi idő az út használóival történő egyeztetéssel, valamint az út kijavítását elvégző gazdasági szereplő kiválasztásával telt el.

37. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott a Közbeszerzési Hatóság 2020. szeptember 16., 2020/180. számú Útmutatójára, az abban foglaltakra az előre nem láthatóság tekintetében, továbbá „A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca)-cb) pontja alapján esetlegesen sor kerülhet egy kivitelezésre kötött építési szerződés – pusztán – teljesítési határidejének a meghosszabbítására kedvezőtlen időjárási viszonyok miatt, ha a különösen kedvezőtlen időjárási viszonyok kialakulása nem volt előrelátható, illetőleg azzal számolni lehetett, de nem olyan mértékben, amint az ténylegesen bekövetkezett. Az ajánlatkérő részéről a közbeszerzési eljárás nem megfelelő előkészítésére visszavezethető késedelem azonban nem alapozza meg a Kbt. 141. §-ának (4) bekezdés c) pontjában foglalt feltételek fennállását, vizsgálni szükséges ugyanakkor azt is, hogy az ajánlattevő a teljesítési határidő meghatározása során miként vette figyelembe a – kültéri – munkálatok folytatása szempontjából kedvezőtlen időszakot.”

38. A hivatalbóli kezdeményező szerint az esőzéssel, mint időjárási jelenség kialakulásával a szerződő feleknek általában számolniuk kell. Tekintettel azonban arra, hogy az útmutató szerinti „különösen kedvezőtlen időjárási viszonyok”, azaz a szokásostól/átlagostól eltérő, szélsőséges (extrém) időjárási körülmények, melyek megalapozhatnák a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti előre nem láthatóságot, az ajánlatkérő által nem került igazolásra, az 1. számú módosítás csupán „esős időjárás”-t jelölt meg, a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az 1. számú módosítás nem felel meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontjában foglaltaknak. Ráadásul – miként arra már többször utalt a hivatalbóli kezdeményező – az építési napló bejegyzései esőre nézve minden esetben nemleges adatokat rögzítettek. Következésképpen nemhogy extrém időjárási viszonyok, de még kisebb, szokványos eső előfordulására sem utaltak az építési napló bejegyzései.

39. A hivatalbóli kezdeményező álláspontját erősítik az Országos Meteorológiai Szolgálat honlapján található, jelen jogorvoslati kezdeményezés tekintetében releváns időszak időjárási adatai:

https://www.met.hu/eghajlat/magyarorszag_eghajlata/eghajlati_visszatekinto/elmult_ev_kid_jarasa/

Ezen internetes cím alatt Magyarországon a 2018. szeptember havi csapadék vonatkozásában a következő található:

„Az átlagosnál csapadékosabb volt a június (+35 %). Az év többi hónapja azonban csapadékban szegénynek bizonyult, különösen az április és az október. A nagyon csapadékos március után áprilisban a normál mindössze 37 %-át jegyeztük. Az átlagosan csapadékos szeptember után októberben pedig a normál 42 %-a hullott. Az év öt hónapjában (január, május, augusztus, november, december) 15-25%-kal kevesebb eső hullott, míg júliusban és szeptemberben az országos átlag az 1981-2010-es normálnak megfelelő érték volt.

[...]

A hónap összességében átlagos csapadéknak bizonyult, azonban mind térben, mind időben meglehetősen egyenetlenül oszlott el az eső mennyisége. Míg a Dunától nyugatra bőséges csapadék hullott, addig a középső és keleti országrész a szárazságtól, aszálytól szenvedett. A szeptemberi csapadékösszeg jelentős része csupán néhány nap alatt hullott le, a hónap elején. A legnagyobb napi csapadékösszeg országos átlagban szeptember 3-án adódott, 13,5 mm-rel. Ezt követően, több napon keresztül anticiklon alakította hazánk időjárását, amely száraz, napos idővel párosult. Ezt a száraz periódust törte meg egy északnyugat felől érkező hidegfront, amely hűvös és csapadékos időt hozott. A hónap utolsó napjai azonban már eseménytelenül teltek, száraz, nyugodt, csendes őszi idővel búcsúzott a szeptember.”

40. A hivatalbóli kezdeményező véleményét erősíti továbbá az a tény is, hogy az építési naplóban 2018. szeptember 26-át megelőzően arra vonatkozó bejegyzés, hogy eső esett, nem szerepel. Csapadékra vonatkozó bejegyzés az építési napló rendelkezésre álló részében kizárólag 2019. augusztus 14-én szerepel: „csapadék: Eső; megjegyzés: A délelőtt folyamán csapadékos idő.”.

41. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a hatósági ellenőrzés során rendelkezésre álló iratok alapján a szerződés teljesítése során nem merült fel, illetve nem igazolt olyan váratlan helyzet, amelyet előreláthatatlan körülményként lehetne értékelni, és ami megalapozná a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti szerződésmódosítás jogszerűségét.

A hivatalbóli kezdeményező részére nem álltak rendelkezésre olyan dokumentumok, amelyek szerint az akadályoztatás időtartama 2018. szeptember 26. és 2019. július 30. között folyamatosan fennállt volna, továbbá, hogy a kérdéses időszakban a kivitelezési területen legfeljebb átlagos és nem extrém mennyiségű csapadék hullott, amire tekintettel a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti előre nem láthatóság követelménye nem teljesül. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján a szerződés jogszerű módosításához igazolni kell azt is, hogy az adott körülmény bekövetkezésével az ajánlatkérő – kellő előrelátás mellett – nem számolhatott. Ilyen igazolás nem állt a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére.

A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott arra is, hogy az 1. számú módosítás a következő mellékleteket sorolta fel, amelyeket sem az ajánlatkérő, sem a kérelmezett nem bocsátott a hatóság rendelkezésére, másrészt a CoRe rendszerbe sem kerültek feltöltésre:

- a) Építési naplóbejegyzések,
- b) Vállalkozói értesítések,
- c) Szakértői vélemények.

42. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint mindezek alapján, figyelemmel arra, hogy szerződésmódosításhoz szükséges Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti konjunktív feltételek közül az egyik, a ca) alpontban előírt feltétel nem állt fenn, az 1. számú módosítás felek által megjelölt jogalapja nem foghat helyt. A hivatalbóli kezdeményező szerint a hatósági ellenőrzési eljárás során nem merült fel arra vonatkozó körülmény, hogy az 1. számú módosítás a Kbt. egyéb rendelkezése alapján jogszerűnek minősülhet, ezért a következetes döntőbizottsági gyakorlatra figyelemmel a Kbt. 141. § (8) bekezdése szerint a szerződés csak új közbeszerzési eljárás eredményeként lett volna módosítható. Amennyiben a szerződés módosítására közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kerül sor, a szerződésmódosítás a Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis.

43. A hivatalbóli kezdeményező az ajánlatkérő észrevételében előadottak kapcsán hivatkozott a Kfv.VI.37.948/2019/5. sz. kúriai ítéletre, mely szerint: „[32] A közbeszerzési szerződés módosítása jogszerűségének megítélésénél abból kell kiindulni, hogy a szerződés

megkötésekor, kellő gondossággal eljárva, előre láthatók voltak-e a szerződésmódosítás indokaként felhozott körülmények. [33] Csak azok az indokok vizsgálhatók, amelyeket az ajánlatkérő a szerződésmódosítás indokaként a közzétett hirdetményben megjelölt.”

44. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződést 2019. október 2-án a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján módosították 2018. szeptember 28. és 2019. július 30. között fennállt akadályoztató tényező – a kivitelezési helyszín megközelítésére szolgáló út több helyen áthaladásra alkalmatlansága – okán.

A 3537/2020. iktatószámú, a szerződés módosításáról a Közbeszerzési Értesítőben közzétett tájékoztató hirdetmény VI.2.2) pontjában a módosítás okaként megjelölte az ajánlatkérő az esős időjárást és azt, hogy a bekötőutat használó mezőgazdasági gépek tönkretették a teljesítés során az anyagok beszállítását és a törmelékek elszállítását végző gépjárművek által használt utat, így az több helyen áthaladásra alkalmatlanná vált.

45. A hivatkozott ítélet szerint ezeket a körülményeket lehet csak vizsgálni. Így az ajánlatkérő észrevételében tett megállapítással ellentétben a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint ezeken a hirdetményben hivatkozott körülményeken túli egyéb más tényezők nem vehetők figyelembe a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata során.

46. A szerződésmódosítás jogszerűségét a feleknek kell bizonyítani, ezt a kötelezettséget a hivatalbóli kezdeményező nem veheti át. Az eddig becsatolt nyilatkozatok a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a bizonyításra önmagukban nem elegendőek, azok túl általánosnak tekinthetők.

A jogszerűség alátámasztása körében hiányzik a hivatkozott körülmények fennálltának megfelelő dokumentálása, ezek nélkül utólag jelentősen megnehezül a körülmények rekonstruálása. Hiányoznak az időjárásra vonatkozó adatok, az út állapotát dokumentáló felvételek, illetve bármely további olyan bizonyíték, amely alapján igazolni tudnák a felek a szerződésmódosítás jogszerűségét.

47. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az nem vitatható, hogy már a szerződéskötést megelőzően az ajánlatkérő előtt ismertnek kellett lennie, hogy:

- a) a kivitelezés helyszíne mezőgazdasági földekkel van körülvéve
- b) a kivitelezés helyszínét olyan úton lehet megközelíteni, amelyet mezőgazdasági munkagépek is használnak
- c) a munkagépek súlyuknál fogva jelentősen igénybe veszik az utat,
- d) különösen várható a fokozott igénybevétel a tavasztól őszi végéig terjedő intenzív mezőgazdasági munkavégzési időszakban.

48. Fontos kiemelni azt az ajánlatkérői nyilatkozatot, mely szerint az ajánlatkérő is tervezte az út felújítást már a kivitelezés megkezdése előtt. Ez a felújítás – az ajánlatkérő nyilatkozata szerint – pénzügyi forráshiány miatt maradt el. Ebből arra lehet következtetni, hogy az út állapota az ajánlatkérő szerint is javításra szorult, de a felújításhoz szükséges pénz hiánya miatt könnyelműen bízott abban, hogy a kivitelezést ez nem akadályozza.

49. A hivatalbóli kezdeményező hangsúlyozta, hogy a kezdeményezésben részletesen kifejtésre került, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltétel a kezdeményező rendelkezésére álló bizonyítékok alapján nem áll fenn a szerződés módosításával kapcsolatban. A kezdeményezést megelőző ellenőrzési eljárás során az ajánlatkérő többszöri felhívás ellenére sem támasztotta alá/indokolta megfelelően a szerződésmódosítás jogalapjának fennállását. A hivatalbóli kezdeményező utalt arra, hogy az ajánlatkérő a Hatóság felhívására nem nyilatkozott arról, hogy a szerződés 1. számú

módosításában hivatkozott akadályoztató tényezők miatt nem voltak előre láthatók, továbbá semmilyen bizonyítékot nem bocsátott a Hatóság rendelkezésére, amely alátámasztaná azt, hogy az akadályoztató tényezők 2018. szeptember 26-tól 2019. július 30-ig folyamatosan fennálltak. A hivatalbóli kezdeményező szerint az ajánlatkérő által a jogorvoslati eljárásban benyújtott észrevételében továbbra sem támasztotta alá a szerződésmódosítás jogszerűségét.

50. A hivatalbóli kezdeményező ismételten hivatkozott arra, hogy a szerződésmódosítás a következő mellékleteket jelölte meg: építési naplóbejegyzések, vállalkozói értesítések, szakértői vélemények. Amennyiben egy szerződés mellékleteket sorol fel, azok az adott szerződés részét képezik, azaz azokkal egységet képez és alátámasztja/igazolja a szerződésben foglaltakat. A hivatalbóli kezdeményező ilyen egységes/teljesnek mondható szerződéssel nem rendelkezik. A Közbeszerzési Hatóság által működtetett nyilvános elektronikus szerződéstárba (a továbbiakban: CoRe) a szerződésmódosítás 2020. február 25-én került feltöltésre a hivatkozott mellékletek nélkül. A mellékletek azóta sem kerültek publikálására a CoRe-ba.

51. A hivatalbóli kezdeményező az ajánlatkérő észrevétele kapcsán megjegyezte még azt, hogy az ajánlatkérő szerint a hivatalbóli kezdeményező pusztán statisztikai alapon hivatkozott a térség időjárási adataira a szerződésmódosításban jelzett akadályoztatási időszak tekintetében. Az ajánlatkérő az ellenőrzési eljárás során tanúsított passzivitása okán hivatkozott a hivatalbóli kezdeményező az Országos Meteorológiai Szolgálat honlapján található időjárási adatokra. Az ellenőrzési eljárás során az ajánlatkérő nem igazolta, hogy az esős időjárás mennyi ideig állt fenn, a megszokottól/átlagostól eltérő volt-e, amely az utat használó mezőgazdasági gépekkel együttesen tíz hónap időtartamú akadályoztatást eredményezett. A hivatalbóli kezdeményező ismét hivatkozott arra, hogy az akadályközlés időpontjáig esőre, esőzésre, belvízre vonatkozó körülmény az építési naplóba nem került bejegyzésre.

A hivatalbóli kezdeményező álláspontja változatlanul az, hogy a kivitelezési terület megközelíthetőségét biztosító útszakasz használhatóságában bekövetkező akadályt nem kellő gondossággal vette figyelembe az ajánlatkérő.

52. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott arra, hogy az újabb szemle tartása nem kötelező, másrészt a vizsgált teljesítés esetében sem a 2020. február 27-én tartott, sem újabb szemle nem volt/lett volna alkalmas annak vizsgálatára, hogy a szerződésmódosítás körében megjelölt út milyen állapotban volt a módosítás előtt. A szemle célja az volt, hogy megtekintésre kerüljön az, hogy a megvalósítás ténylegesen hol tart, tekintettel arra, hogy az ellenőrzés kezdetekor a rendelkezésre bocsátott adatok szerint mindössze 15,06%-os volt a készültségi fok.

53. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az ellenőrzési eljárás megindításával egyidejűleg a Hatóság a T-02565/04/2019 és 02565/05/2019 iktatószámú végzéseivel az ajánlatkérőt és a kérelmezettet is felhívta arra, hogy a szerződés módosításait (amennyiben sor került rá) küldjék meg. A felek végül 2020. január 2-án teljesítettek adatszolgáltatást, azonban a módosítást, annak ellenére, hogy az 2019. október 2-án történt, nem küldték meg. A hivatalbóli kezdeményező külön felhívta a Döntőbizottság figyelmét arra, hogy a 2019. október 2-i módosításról szóló hirdetmény a Hatóság Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztálya részére jelentős késedelemmel, csak 2020. február 25-én került feladásra, amely 2020. március 4-én jelent meg a Közbeszerzési Értesítőben 3537/2020. iktatószámon.

54. A hivatalbóli kezdeményező megjegyezte, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett felé a teljességi nyilatkozatra felhívás arra vonatkozott, hogy a Hatóság tényállástisztázó

végzéseiben megjelölt valamennyi dokumentum, illetve azok mellékletei a Hatóság részére hiánytalanul megküldésre kerültek.

55. Az ajánlatkérő szerint nincs olyan egzakt módszer, amely alapján az esetleges állagromlás előre megállapítható. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint – a Kbt. 28. § (1) bekezdése alapján – a hivatalbóli kezdeményezésben kifejtettek szerint az ajánlatkérőnek, mint a munkavégzés helyéhez vezető út kezelőjének kellő gondosság mellett előre kellett volna látnia – figyelemmel az út sajátosságaira és időjárás-változás okozta módosulásaira –, hogy az út használhatóságában és így a szerződéses kötelezettségek teljesítésében akadályoztatás állhat elő. Ezt az álláspontot erősíti az a tény, hogy a szerződés módosítására az út használhatóságában az egyébként nem igazolt időjárási körülmények, valamint az út használata okán bekövetkezett állagromlás miatti tartós használhatatlanság miatt került sor.

56. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő által az észrevételhez mellékelt önkormányzati nyilatkozat, vállalkozói nyilatkozat árajánlatról és műszaki szakértői vélemény a szerződésmódosítás megalapozottságát és a közbeszerzési eljárás megfelelő alapossággal történő előkészítését nem támasztják alá. A 2020. december 1-én kelt nyilatkozat Szerep Községi Önkormányzat polgármesterétől mindössze azt tartalmazza, hogy az érintett út 2018. őszén állagromlást szenvedett. A FEDRID Kft. szintén 2020. december 1-én kelt nyilatkozata és 2018. november 19-i árajánlata az út javítására, valamint a 2020. december 2-i műszaki ellenőri nyilatkozat szintén csak az út állagromlását, mint tényt igazolhatja. A hivatalbóli kezdeményező nem az út állagromlásának tényét vitatta/vitatja, hanem azt, hogy ez a Kbt. bármely szerződésmódosítási jogalapja szerint a szerződés módosítását szükségessé/lehetővé tenné.

57. 3. kezdeményezési elem: a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdésében foglaltakat. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés időpontjaként 2019. szeptember 1. napját jelölte meg, amely naptól a kérelmezett nem rendelkezik hatályos szerződéssel az alkalmasságának igazolásában részt vett Képes és Társa Kft.-vel, azaz ettől az időponttól hiányzik a jogi feltétele a Képes és Társa Kft. teljesítésbe történő bevonásának, és egyben nem igazolt, hogy a kérelmezett a Képes és Társa Kft. nélkül vagy a helyette bevont új szervezettel megfelelt volna az M/1. alkalmassági követelménynek, azaz nem igazolt az M/1. alkalmassági követelmény vonatkozásában az erőforrások rendelkezésre állása, az alvállalkozó teljesítésbe történő bevonása. A hivatalbóli kezdeményező által való tudomásra jutásának időpontjaként pedig a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerint 2020. november 16. napját, a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

58. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a Kbt. 138. § (2) bekezdésének, valamint a 65. § (7) és (9) bekezdései együttes alkalmazásából következően az M/1. alkalmassági követelménynek való megfelelés igazolása érdekében bemutatott Képes és Társa Kft.-nek valamennyi, az alvállalkozói előszerződés I. sz. mellékletében felsorolt munkafázis teljesítésében részt kellett volna vennie. Az alkalmassági követelmény igazolására igénybe vett szervezetnek, valamint az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő szakembernek valamennyi olyan munkafolyamatban részt kell vennie, amelyre tekintettel az ajánlattevő az alkalmasság igazolásához a szervezetet igénybe vette, vagy amellyel összefüggésben a szakembert bemutatta.

59. A kérelmezett az ajánlatában az ajánlati felhívás III.1.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság M/1. alkalmassági követelménynek való megfelelés tekintetében a Képes és Társa Kft.-re támaszkodott, akivel a Kbt. 65. § (7) bekezdésére figyelemmel kötött szerződést

(Alvállalkozási előszerződés elnevezéssel; a továbbiakban: Előszerződés). A Képes és Társa Kft. által kapcsolattartásra kijelölt személy: K. L.

60. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az előszerződés 2.1. pontjában foglaltak szerint a Képes és Társa Kft., mint alvállalkozó elvállalta az I. számú mellékletben részletezett munkákat, a 2.2. pontja szerint a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje 2019. augusztus 31. napja. A hivatalbóli kezdeményezőnek egyéb szerződés nem áll rendelkezésére.

61. A hivatalbóli kezdeményező rögzítette, hogy a következő dokumentumok/adatok állnak rendelkezésre arra vonatkozóan, hogy a Képes és Társa Kft., mint a kérelmezett alkalmasságának igazolásában részt vett szervezet a szerződés teljesítésébe bevonásra került:

- a) előszerződés,
- b) a kérelmezett 2019. december 30-én kelt nyilatkozata szerint K.L. szakember szakmai tanácsadóként vett részt a teljesítésben.

62. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a Kbt. 138. § (2) bekezdése az alkalmassági követelmények igazolásában részt vevő személyeknek, szervezeteknek a szerződés teljesítésében történő kötelező részvételét határozza meg. Emellett a Kbt. 65. § (7) és (9) bekezdései is alkalmazandók. A rendelkezés célja, hogy a szerződés teljesítésébe kötelező legyen azokat a személyeket, szervezeteket bevonni, amelyek azt biztosították, hogy az ajánlattevő a szerződés teljesítésére alkalmasnak minősüljön. Ez a rendelkezés azt hivatott megakadályozni, hogy olyan gazdasági szereplő legyen a nyertes, amely az ajánlatában magát alkalmasnak mutatja, de a szerződés teljesítése szakaszában a szerződés teljesítését befolyásoló alkalmassági követelményt biztosítani már nem képes.

A közbeszerzési eljárásban előírt alkalmassági követelmény teljesítése érdekében az ajánlattevő jogosult más szervezet vagy személy erőforrásaira támaszkodni a Kbt. 65. § (7) bekezdése alapján. A műszaki és szakmai alkalmassági követelmény teljesítése érdekében történő bevonás esetén a kapacitást biztosító szervezetnek szerződésben vagy előszerződésben kötelezettséget kell vállalnia, amellyel alátámasztja, hogy a szerződés teljesítéséhez szükséges erőforrások rendelkezésre állnak az adott szerződés teljesítésének időtartama alatt. Ezen túlmenően a Kbt. 65. § (9) bekezdése értelmében a releváns szakmai tapasztalatot igazoló referenciákra vonatkozó követelmény teljesítésének igazolására a gazdasági szereplő csak akkor veheti igénybe más szervezet kapacitásait, ha az adott szervezet olyan mértékben részt vesz a szerződés, vagy a szerződés azon részének teljesítésében, amelyhez e kapacitásokra szükség van, amely - az ajánlattevő saját kapacitásával együtt - biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szaktudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését a teljesítésben. A 65. § (9) bekezdése a (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalás tekintetében azt is kifejezetten megköveteli, hogy a referenciákra vonatkozó követelmény teljesítését igazoló más szervezet tekintetében alátámassza azt, hogy ez a szervezet ténylegesen részt vesz a szerződés teljesítésében, az ajánlatkérő a szerződés teljesítése során ellenőrzi, hogy a teljesítésbe történő bevonás mértéke e bekezdésekben foglaltaknak megfelel.

A Kbt. 138. § (2) bekezdése alapján a közbeszerzési eljárásban az alkalmasság igazolása körében megnevezett személyek, szervezetek szerződés teljesítésébe történő bevonása elmaradhat vagy helyettük más bevonható, de csak abban az esetben, ha az érdekelt önmagában, vagy a helyettesítő személlyel, szervezettel együtt megfelel azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyekre a kapacitást biztosító személyt, szervezetet bevonta.

A verseny tisztaságának alapelve a teljesítés során garanciális szabályként akkor érvényesülhet az érintett jogszabályhely tekintetében, ha a szerződés teljesítése során az alkalmassági feltételek – a szerződés tárgyára is tekintettel – folyamatosan fennállnak. A

nyertes ajánlattevő számára a bevonás elmaradása vagy más személy, szervezet bevonása azt a kötelezettséget jelenti, hogy a kapacitást biztosító személy (szervezet) szerződés teljesítésébe történő részvételének elmaradását és/vagy helyettesítését haladéktalanul jelezze az ajánlatkérő számára, egyúttal csatolja az adott alkalmassági követelmény teljesítéséhez szükséges dokumentumokat, legalább a közbeszerzési eljárásban előírt módon és tartalommal, azaz mindazon dokumentumokat, amelyeket az ajánlatkérő az adott alkalmassági követelménynek való megfelelés igazolása érdekében a közbeszerzési eljárásban megkövetelt. Az ajánlatkérő számára pedig azt a kötelezettséget jelenti, hogy az újonnan bevont személy (szervezet) vagy az érdekelt alkalmassági követelménynek való további megfelelést ellenőrizze a Kbt. 142. § (1) bekezdésben előírt ellenőrzési és dokumentálási kötelezettség teljesítése körében. A hivatalbóli kezdeményező megjegyezte, hogy a Kbt. 65. § (7) bekezdése szerinti kötelezettségvállalás (az adott szervezet tényleges részvétele a teljesítésben) teljesülésének ellenőrzési kötelezettségét egyúttal a Kbt. 65. § (9) bekezdése is kifejezetten rögzíti.

63. A hivatalbóli kezdeményező rögzítette, hogy a Hatóság részére az ellenőrzési eljárás során – kifejezett felhívás ellenére – sem az ajánlatkérő, sem a kérelmezett nem bocsátott rendelkezésre olyan dokumentumot, amelyből megállapítható lett volna, hogy a Kbt. 138. § (2) bekezdésének megfelelően 2019. szeptember 1-től a kérelmezett akár önmaga, akár másik helyettesítő személlyel, szervezettel együtt megfelelné az M/1. alkalmassági követelménynek. Erre tekintettel 2019. szeptember 1-től a kérelmezett nem felelt meg az M/1. alkalmassági követelménynek, ezen időponttól a szerződés teljesítéséhez szükséges M/1. szerinti erőforrás nem állt rendelkezésre a szerződés teljesítésének időtartama alatt, amellyel megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdését.

64. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott még arra is, hogy a szerződés teljesítési határidejének módosítása során az ún. „téli üzem” időszaka hatályon kívül helyezésre került, ami alapján a szerződés teljesítésének végső határideje 2020. augusztus 6. A kérelmezett által a Képes és Társa Kft-vel kötött előszerződés pedig 2019. augusztus 31-én lejárt. Tényként rögzíthető a rendelkezésre álló dokumentumok alapján, hogy a Képes és Társa Kft-vel kötött előszerződés véghatárideje igazodott a szerződés véghatáridejéhez, azaz feltételezhetően az ajánlatkérő és a kérelmezett is úgy ítélte meg/tartotta evidensnek, hogy az M/1. alkalmassági követelmény igazolására igénybe vett szervezet a szerződés teljes időtartama alatt részt vesz a teljesítésben. A szerződés időtartama eredetileg 15 hónap volt, melyet a szerződő felek az akadályközlésre tekintettel 25 hónapra módosítottak. Az akadályközléssel érintett időszak alatt (2018. szeptember 26. és 2019. július 25. között) a munkavégzés állt, akadozott, azaz feltételezhetően az előszerződéssel lefedett időszakban sem vett érdemben részt a teljesítésben a Képes és Társa Kft. kapacitásnyújtó gazdasági szervezet. Valamennyi, 2019. szeptember 3-ig bezárólag a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló naplóbejegyzés ugyanis az alvállalkozókra nézve nemleges adatot rögzít, továbbá az építési naplóba felvezetett munkák egyike sem feleltethető meg az alvállalkozói bevonással érintett munkáknak. Ebből arra vonható le következtetés, hogy az alvállalkozóval kötött előszerződés anélkül járt le, hogy az érintett alvállalkozó a teljesítésben a releváns feladatok tekintetében részt vett volna, ilyen munka elvégzésére egyáltalán sor került volna. A meghosszabbított teljesítési időszakra vonatkozóan pedig a szerződő felek az ellenőrzési eljárás során nem bocsátottak a hatóság rendelkezésére olyan iratot, mely igazolná, hogy a meghosszabbított teljesítési időszak (10 hónap) alatt bevonta volna a teljesítésbe az M.1. alkalmassági követelménynek (Mezőgazdasági épületek kivitelezésére és/vagy felújítására vonatkozó referencia) való megfelelés igazolásában részt vevő Képes és Társa Kft-t a kérelmezett, így megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdésének rendelkezését. A kérelmezett azon nyilatkozata, mely szerint K. L. szakmai tanácsadóként vett részt a teljesítésben a Kbt. 65. § (7), (9) bekezdései, valamint 138.

§ (2) bekezdése által együttesen támasztott követelményt nem teljesítik, az alvállalkozói előszerződés I. sz. mellékletében felsorolt szerződéses feladatok Képes és Társa Kft. általi teljes körű teljesítését nem igazolja. Mivel a szerződő felek sem a szerződés újabb meghosszabbításával, sem a szerződés teljesítésének folyamatban létével kapcsolatban új körülményt nem tártak a hivatalbóli kezdeményező elé, a hivatalbóli kezdeményezőnek abból az alapvetésből kellett kiindulnia, hogy az akadály elhárultát követően – a szükségszerűen még hátralévő munkák műszaki tartalmára is figyelemmel – a referenciát igazoló alvállalkozó bevonására már mindenképpen szükség lett volna. (Az akadályközlésig ugyanis lényegében csak bontási munkálatok elvégzésére került sor).

65. 4. kezdeményezési elem: a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (4) bekezdésében foglaltakat. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés időpontjaként 2019. szeptember 1. napját jelölte meg, amely naptól a kérelmezett nem rendelkezik hatályos szerződéssel az M/2.1. szerinti alkalmassági követelmény igazolásában is részt vett „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel, amely az értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő S.L. szakembert biztosította a közbeszerzési eljárásban. 2019. szeptember 1-től hiányzik a jogi feltétele az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. és az általa biztosított S. L. szakember teljesítésbe történő bevonásának. A hivatalbóli kezdeményező által való tudomásra jutásának időpontjaként pedig a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerint 2020. november 16. napját, a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

66. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a kérelmezett az ajánlatában az ajánlati felhívás III.1.3) Műszaki, illetve szakmai alkalmasság M/2.1. alkalmassági követelmény igazolásához S. L. magasépítő szakembert mutatta be, akinek a vonatkozásában az alkalmassági követelményen felüli szakmai tapasztalata egyben értékelési részszerzőpont is volt. A kérelmezett ajánlatában foglaltakkal összhangban S.L. szakember a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött vállalkozási szerződés VI/9. pontjában feltüntetésre került az alkalmassági követelményen felüli szakmai tapasztalatot teljesítő személyként, valamint a szerződés X/1. pontjában a kérelmezett felelős műszaki vezetőjeként.

A Kbt. 138. § (4) bekezdése szerinti közreműködők esetében – figyelemmel arra, hogy azok az ajánlat nyertességében szerepet játszottak - a teljesítésbe történő bevonásuk mellőzésétől eltekinteni nem lehet, az ilyen szakember cseréje a Kbt. 138. § (2) bekezdéshez képest szigorúbb feltételek (ajánlatkérő hozzájárulása, valamennyi releváns körülmény tekintetében legalább fennálló egyenértékűség) mellett történhet.

A kérelmezettnek az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel kötött szerződése 2.1. pontja szerint az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. látja el a felelős műszaki vezetői feladatot. A szerződés igazolja az M/2.1. alkalmassági követelmény fennállását, továbbá a Kbt. 138. § (4) bekezdésében foglaltak érvényesülését a teljesítés során. Ezen szerződés 2.2 pontja szerint a befejezési határidő 2019. augusztus 31. A hivatalbóli kezdeményezőnek egyéb szerződés nem áll rendelkezésre.

67. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a mely dokumentumok/adatok álltak rendelkezésére arra vonatkozóan, hogy S.L. szakember részt vett a szerződés teljesítésében:

- a) az építési napló nyilvántartási rész (Vállalkozó) részében S.L. szakember szerepel felelős műszaki vezetőként,
- b) az építési naplóba 2019. szeptember 3-án rögzített napi jelentés (az építési napló hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló változatában S.L. szakembertől ez az egy bejegyzés található),
- c) az ajánlatkérő 2019. december 23-án kelt és a kérelmezett 2019. december 30-án kelt nyilatkozata szerint S. L. szakember felelős műszaki vezetőként vett részt a teljesítésben,

- d) a kérelmezett által rendelkezésre bocsátott 2019. szeptember 3-án kiállított RHASA 3604819 sorszámú számla (teljesítési időpontja: 2019.09.03.) felelős műszaki vezetésről, nettó 52.710,- Ft összegben, a számlához mellékelte teljesítési igazolás szerint a felelős műszaki vezetői feladatok ellátása 2019. szeptember 3-i dátummal teljesült – amelyhez képest az "S-L-G" Mérnökiroda Bt.-vel kötött vállalkozási szerződés 3.2. pontja 300.000,-Ft+ÁFA összegű vállalkozási díjat rögzített (azaz a teljes szerződéses feladatra kikötött díj nem került lehívásra, kimerítésre),
- e) az ajánlatkérő és a kérelmezett által is rendelkezésre bocsátott, 2018. szeptember 20. és 2019. augusztus 12. napi helyszíni bejárásról készült jegyzőkönyv, amely szerint S.L. szakember is részt vett a bejárásokon,
- f) a kérelmezett és az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. közötti szerződés.

68. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint ezen dokumentumok azonban nem igazolják, hogy S.L. szakember a szerződés vagy a szerződés azon részének teljesítésében, amelyhez e kapacitásokra szükség van, olyan módon és olyan mértékben vett részt, amely mellett igazolt lenne, hogy - az ajánlattevő saját kapacitásával együtt - biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szaktudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését a teljesítésben. Márpedig ez következik a Kbt. 65. § (9) bekezdéséből, amely azáltal releváns, hogy az értékelés körében figyelembe vett szakemberrel egyúttal alkalmasságot is igazolt a kérelmezett.

69. A Kbt. 138. § (4) bekezdése alapján a szerződés teljesítésébe kötelező bevonni azokat a szervezeteket vagy szakembereket, amelyeket, illetve akiket a nyertes ajánlattevő az eljárás során bemutatott, ha ezek a szervezetek vagy szakemberek a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősültek. A (4) bekezdés tehát a nyertes ajánlattevő kiválasztására irányuló értékelési szempontokkal összefüggésben bemutatott személyek, szakemberek bevonásának kötelezettségét tartalmazza. A (4) bekezdés alapján az ajánlatban bemutatott szervezet csak a jogutódlás olyan eseteiben változhat, ha az új személy, szervezet az értékeléskor figyelembe vett minden releváns körülmény tekintetében az eljárásban bemutatott szervezet jogutódjának tekinthető. Az ajánlatban bemutatott szakember személye csak abban az esetben változhat, ha az ajánlatkérő ahhoz hozzájárul, és az értékelés során figyelembe vett minden releváns körülmény tekintetében egyenértékű szakember kerül bemutatásra.

70. A hivatalbóli kezdeményező hangsúlyozta, hogy a hatóság részére sem az ajánlatkérő, sem a kérelmezett nem bocsátott rendelkezésre olyan dokumentumot, amelyből megállapítható lenne, hogy a Kbt. 138. § (4) bekezdésében foglaltaknak megfelelően a nyertes ajánlatban bemutatott és az értékeléskor meghatározó S.L. szakember személye megváltozott volna. A fentiekre tekintettel 2019. szeptember 4-től a kérelmezett nem felelt meg az M/2.1. alkalmassági követelménynek, továbbá nem került sor az ajánlat értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő S.L. szakember bevonására sem.

71. A hivatalbóli kezdeményező hivatkozott arra, hogy a szerződés teljesítési határidejének módosítása során az ún. „téli üzem” időszaka hatályon kívül helyezésre került, ami alapján a szerződés teljesítésének végső határideje 2020. augusztus 06. A kérelmezett által az "S-L-G" Mérnökiroda Bt.-vel kötött előszerződés, mellyel a kérelmezett S.L. műszaki-szakmai alkalmasságot igazoló szakember – akinek az alkalmassági követelményen felüli szakmai tapasztalata értékelési részszerzőpont volt – teljesítésbe történő bevonását igazolta, 2019. augusztus 31-én lejárt. Tényként rögzíthető a rendelkezésre álló dokumentumok alapján, hogy az "S-L-G" Mérnökiroda Bt.-vel kötött előszerződés véghatárideje igazodott a szerződés véghatáridejéhez, azaz feltételezhetően az ajánlatkérő és a

kérelmezett is úgy ítélte meg/tartotta evidensnek, hogy az M/2.1. alkalmassági követelmény igazolására igénybe vett S.L. szakember a szerződés teljes időtartama alatt részt vesz a teljesítésben. A szerződés időtartama eredetileg 15 hónap volt, melyet a szerződő felek az akadályközlésre tekintettel 25 hónapra módosítottak. Az akadályközléssel érintett időszak alatt (2018. szeptember 26. és 2019. július 25. között) a munkavégzés állt, akadozott, azaz feltételezhetően az előszerződéssel lefedett időszakban sem vett érdemben részt a teljesítésben S.L. alkalmasságot igazoló szakember. A 2019. szeptember 3-ig bezárólag a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló naplóbejegyzés az alvállalkozóra nézve a 2019. szeptember 3. napi és nyilvántartási rész szerinti bejegyzés, valamint a 2018. szeptember 20. napi és 2019. augusztus 12. napi helyszíni bejárásokról készült jegyzőkönyvek kivételével adatot nem rögzít, azaz hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló iratok alapján a szerződés teljesítésében S.L. alkalmasságot igazoló szakember részvétele elenyésző, formális, azaz nem érdemi volt, ezáltal nem teljesült a Kbt. 138. § (4) bekezdésében rögzített követelmény. Ebből arra vonható le következtetés, hogy az alvállalkozóval kötött előszerződés nélkül járt le, hogy az érintett alvállalkozó a teljesítésben a releváns feladatok tekintetében részt vett volna, ilyen munka elvégzésére egyáltalán sor került volna. Továbbá figyelemmel az eredeti teljesítési véghatáridő meghosszabbítására, mely meghosszabbított teljesítési időszakra vonatkozóan a szerződő felek az ellenőrzési eljárás során nem bocsátottak a hatóság rendelkezésére olyan iratot, mely igazolná, hogy a meghosszabbított teljesítési időszak (10 hónap) alatt bevonta volna a teljesítésbe S.L. alkalmasságot igazoló szakembert, a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (4) bekezdésének rendelkezését. A szerződő felek sem a szerződés újabb meghosszabbításával, sem a szerződés teljesítésének folyamatban létevel kapcsolatban új körülményt nem tártak a hivatalbóli kezdeményező elé, így a hivatalbóli kezdeményezőnek abból az alapvetésből kellett kiindulnia, hogy az akadály elhárultát követően – a szükségszerűen még hátralévő munkák műszaki tartalmára is figyelemmel – az értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő szakember bevonására már mindenképpen szükség lett volna.

72. A hivatalbóli kezdeményező a jogorvoslati eljárás során az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. részéről S.L. nyilatkozata alapján hangsúlyozta, hogy a Kbt. 138. § (4) bekezdésének megsértése már azáltal megtörtént, hogy a kivitelezés időtartama alatt a felelős műszaki vezető érdemi bevonására igazoltan nem került sor.

Az építési napló szerint 2018. szeptember 26. napjáig, az akadályközlésig többségében bontási munkálatok folytak. Ahogyan az a kezdeményezésben ismertetésre került, a rendelkezésre álló építési naplóból látszik, hogy az akadály elhárultát követően, 2019. július 30. napjától többek közt bontás, fejtett föld mozgatása, utólagos falszigetelés, vasbeton sáv-, talp-, lemez- vagy gerendaalap készítése, teherhordó és kitöltő falazat készítése, tömörítés, szerelőbeton készítése, szórt alap készítése, előre gyártott azonnal terhelhető nyílásáthidaló elhelyezése, építési törmelék konténeres elszállítása, távtartók elhelyezése vasbeton szerkezetben, padló hőszigetelő anyag elhelyezése, alátét- és elválasztó rétegek beépítése, szerelőbeton készítése, sík vagy alulbordás vasbeton lemez készítése, ipari térburkolatok készítése, hegesztett betonacél háló szerelése tartószerkezetbe, vakolat leverése oldalfalról vagy mennyezetről, építési munkaterület rendezése történt.

S. L. felelős műszaki vezető jogorvoslati eljárásban csatolt nyilatkozata szerint megállapítható, hogy - az építési naplóban rögzített kivitelezési munkákra figyelemmel - S. L. alkalmasságot igazoló szakember teljesítésbe történő érdemi bevonása nem került igazolásra. Az építési naplóban felsorolt munkák túlmutatnak azon a mértéken, amelyekkel kapcsolatos felelős műszaki vezetői feladatellátás bizonyításra került a kérelmezett részéről. Mindezekre figyelemmel a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a rendelkezésre álló dokumentumok nem igazolják, hogy S. L. a szerződés teljesítésében olyan módon és olyan mértékben vett részt, amely mellett igazolt lenne, hogy a szakember olyan mértékben részt

vett a szerződés, vagy a szerződés azon részének teljesítésében, amelyhez e kapacitásokra szükség van, amely - az ajánlattevő saját kapacitásával együtt - biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szaktudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését a teljesítésben.

Figyelemmel arra, hogy a szerződés teljesítése az ajánlatkérői nyilatkozatok alapján jelenleg is folyamatban van, a szerződés teljes időtartamát a kérelmezett által csatolt tartalmú, a 2019. október 7-i teljesítési határidejű megbízási szerződés hatálya sem fedi/fedheti le. A hivatalbóli kezdeményező szerint jelen jogorvoslati eljárás során sem kerültek olyan dokumentumok becsatolásra, melyek alapján igazolt lenne, hogy a szerződés teljes időtartama alatt bevonásra került az az ajánlatban alkalmasságot igazoló, vagy vele egyenértékű személy, aki biztosította volna, hogy a kérelmezett a szerződés teljesítésére alkalmasnak minősüljön.

73. A hivatalbóli kezdeményező a 3. és 4. kezdeményezési elem tekintetében a felek észrevételei vonatkozásában hivatkozott arra, hogy a Képes és Társa Kft.-vel, valamint az "S-L-G" Mérnökiroda Bt.-vel kötött alvállalkozói szerződések kapcsán a hivatalbóli kezdeményező a kezdeményezésben azt rögzítette, hogy 2019. augusztus 31-ét követő időszak tekintetében nem álltak rendelkezésre az alvállalkozói szerződések. Itt utalt a hivatalbóli kezdeményező arra, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett által az ellenőrzési eljárásban csatolt alvállalkozói szerződések, valamint a jogorvoslati eljárásban a kérelmezett által megküldött alvállalkozói szerződések kelte nem azonos.

A hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés a Hatóság ellenőrzési eljárása során az ellenőrzött szervek által benyújtott dokumentumok és nyilatkozatok alapján feltárt tényálláson alapul. A kérelmezett által a jelen jogorvoslati eljárásban a Képes és Társa Kft. és az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. teljesítésbe történő bevonását igazoló alvállalkozói szerződések ilyen tartalommal ellenőrzési eljárás során nem kerültek a Hatóság részére megküldésre.

74. A hivatalbóli kezdeményező megjegyezte, hogy álláspontja szerint az ajánlatkérőnek és a kérelmezettnek az ellenőrzési eljárás során a tényállás tisztázása körében lett volna lehetősége és elégséges ideje is valamennyi, a jogszerű megatartását alátámasztó iratot, bizonyítékot becsatolni. Így a jogorvoslati eljárásban az észrevételhez csatolt szerződések utólagos benyújtása során, azok bizonyításra való alkalmasságuk tekintetében kétség merülhet fel. Különös figyelemmel arra a körülményre, miszerint az ajánlatkérő és a kérelmezett mind a Képes és Társa Kft., mind az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. esetében a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezésben hivatkozott tartalmú alvállalkozói szerződéseket bocsátotta a Hatóság rendelkezésére.

75. A hivatalbóli kezdeményező szerint a kérelmezett által a jogorvoslati eljárásban csatolt alvállalkozói szerződések továbbra sem alkalmasak az alábbiak miatt annak igazolására, hogy a Képes és Társa Kft. és az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. a Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdéseiben foglalt rendelkezéseknek megfelelően bevonásra kerültek:

- Szerződés 1. számú Módosítása alapján a Szerződés teljesítésének végső határideje 2020. augusztus 6. napja,
- a KÉPES és TÁRSA Kft.-vel 2018. július 6. napján kötött alvállalkozói szerződés alapján az alvállalkozó tevékenysége befejezésének véghatárideje 2019. október 5. napja,
- az "S-L-G" Mérnökiroda Bt.-vel 2018. július 6. napján kötött alvállalkozói szerződés alapján a felelős műszaki vezető tevékenység befejezésének véghatárideje 2019. október 7. napja.

76. Erre tekintettel tényként rögzíthető, hogy a szerződés teljesítési idejét a kérelmezett által a jogorvoslati eljárásban csatolt alvállalkozói szerződések hatálya sem fedi le. Így a rendelkezésre álló dokumentumokból továbbra is azt a következtetést lehet levonni, hogy a

szervződés teljes időtartama alatt nem kerültek bevonásra azok a szervezetek, személyek, akik azt biztosították, hogy a kérelmezett a szervződés teljesítésére alkalmasnak minősüljön.

E körben hivatkozott a hivatalbóli kezdeményező a kezdeményezés azon megállapítására, miszerint a verseny tisztaságának alapelve a teljesítés során garanciális szabályként akkor érvényesülhet az érintett jogszabályhely tekintetében, ha a szervződés teljesítése során az alkalmassági feltételek – a szervződés tárgyára is tekintettel – folyamatosan fennállnak. A hivatalbóli kezdeményező kiemelte, hogy a kérelmezett eddig nem adott elő olyan indokot, nem mutatott be olyan dokumentumot, amely alátámasztaná a Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdésének megfelelő eljárását.

77. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a kérelmezett észrevételéhez a jogorvoslati eljárásban csatolt alvállalkozói szervződések csupán a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés 3., 4. és 5. kezdeményezési elemeiben részletezett jogsértések kezdő időpontjára tekintettel bírnak relevanciával, a jogsértés hiányát önmagukban nem bizonyítják.

A hivatalbóli kezdeményező megjegyezte, hogy a kérelmezett az eljárásjogi kifogásokon kívül a feltételezett jogsértések vonatkozásában – az alvállalkozói szervződések benyújtásán kívül - érdemi nyilatkozatot nem tett.

78. Az 5. kezdeményezési elem: az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltakat. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés időpontjaként megjelölte az akadályközlésben szereplő körülmények nem megfelelő dokumentálása körében az akadályközlés napját, 2018. szeptember 26-át, az 1. sz. szervződésmódosítás mellékleteként hivatkozottak tekintetében a szervződésmódosítás napját, 2019. október 2-át, a Képes és Társa Kft. tekintetében 2019. szeptember 1. napja, amely naptól a kérelmezett nem rendelkezik hatályos szervződéssel, az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. tekintetében 2019. szeptember 4. napja, figyelemmel S.L. szakember 2019. szeptember 3-án az építési naplóba tett bejegyzésére, mely időpontoktól a kérelmezett feltételezhetően nem felelt meg az M.1. és az M/2.1. alkalmassági követelményeknek. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés tudomásra jutásaként 2020. november 16-át, a hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

79. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a Kbt. 142. § (1) bekezdése az ajánlatkérő fokozott felelősségét határozza meg a szervződés teljesítési szakaszában, és folyamatos ellenőrzési kötelezettséget határoz meg számára. A rendelkezés előírja, hogy az ajánlatkérő a szervződés teljesítése során folyamatosan figyelemmel kövesse a szervződéses kötelezettségek teljesítését, folyamatosan dokumentálja a teljesítéssel összefüggő adatokat. Ez az ellenőrzési és dokumentálási kötelezettség megköveteli az ajánlatkérőtől, hogy ne csak passzívan várja a szervződés teljesítésének bekövetkezését, hanem a teljesítés folyamatát aktívan nyomon kövesse. Az (1) bekezdés külön kiemeli azon szervződéses kötelezettségek teljesítésének ellenőrzését és dokumentálását, amelyeket az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban az értékelés során figyelembe vett. Az értékelés során figyelembe vett szempontok teljesítése kiemelt fontosságú, hiszen az ajánlattevőként szervződő fél az értékelés során tett vállalásaival lett nyertes ajánlattevő. Így – amennyiben értékelési részszerzőpontként előírásra került – az ajánlatkérőnek ellenőriznie kell, hogy az értékelés során meghatározó körülménynek minősülő szakemberek, szervezetek a teljesítésben részt vesznek, a számszerűsíthető értékelési szempontokra tett vállalások megvalósultak-e. Ezen túlmenően azokat az alkalmassági követelményeket, illetve szervződéskötési feltételek teljesülését is ellenőrizni kell, amelyek kifejezetten a szervződés teljesítéséhez kapcsolódnak.

80. Figyelemmel arra, hogy a Kbt. egyéb előírást az ellenőrzés és a dokumentálás tekintetében nem tesz, ezért a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint mind az

ellenőrzési, mind a dokumentálási kötelezettség konkrét tartalmát mindig az adott tényállás specifikumai vonatkozásában szükséges és lehet vizsgálni.

A jelen hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés tárgya tekintetében ezen specifikum az, hogy a közbeszerzési eljárás során a kérelmezett a szerződés teljesítésére való alkalmasságát más szervezet/szakember kapacitására támaszkodva kívánta igazolni, ezért a Kbt. 65. § (9) bekezdését figyelembe kell venni.

A Kbt. 142. § (1) bekezdésében előírt dokumentálási kötelezettség összhangban van és megerősíti a Kbt. 46. § (1)–(2) bekezdésében foglalt rendelkezéseket, miszerint az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását annak előkészítésétől az eljárás alapján kötött szerződés teljesítéséig köteles dokumentálni és az iratokat megőrizni. Emellett pedig a verseny tisztasága alapelvei követelménye szempontjából is garanciális jelentőségű az ellenőrzési, dokumentálási kötelezettség teljesülése.

81. A kapacitást biztosító szervezet által igazolt erőforrásoknak tehát ténylegesen rendelkezésre kell állniuk a szerződés teljesítése során, mely kötelezettség egyik eleme, hogy a kapacitást biztosító szervezet részéről az alkalmasság igazolásához biztosított erőforrások szerződés teljesítésének időtartama alatti rendelkezésre állására tett kötelezettségvállaló nyilatkozatot szerződésbe vagy előszerződésbe kell foglalni és az ajánlatban be kell nyújtani.

A kérelmezett tárgyi közbeszerzési eljárásban a Kbt. 65. § (7) bekezdése alapján a műszaki, illetve szakmai alkalmasság M/1. alkalmassági követelmény igazolásához a Képes és Társa Kft., az M/2.1. alkalmassági követelmény igazolásához pedig az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. kapacitására támaszkodva felelt meg.

A hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés tárgya tekintetében a hivatalbóli kezdeményező szerint az ajánlatkérőnek – figyelemmel a felhívás M/1. és M/2.1. pontjára, valamint a Kbt. 65. § (7) és (9) bekezdéseire – mindenképpen ellenőriznie és dokumentálnia kellett volna az alábbiakat:

- az alkalmasságot igazoló szervezet részt vett-e a teljesítésben és ezen szervezet esetében a Kbt. 138. § (2) bekezdésben foglaltaknak és a szerződéses előírásoknak megfelelő volt-e a teljesítés, valamint

- a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő szakember részt vett-e a teljesítésben és ezen szakember esetében a Kbt. 138. § (4) bekezdésben foglaltaknak és a szerződéses előírásoknak megfelelő volt-e a teljesítés.

82. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérőnek jogosultsága és egyben kötelezettsége a szerződés teljesítése során ellenőrizni, hogy az alkalmasságot igazoló szervezet/szakember ténylegesen bevonásra került-e a teljesítésbe. A referenciát biztosító szervezet esetében ezen kötelezettséget a Kbt. 65. § (9) bekezdése tételesen előírja.

Természetesen előállhat a szerződés teljesítése során olyan helyzet is, melyben az alkalmasságot igazoló szakember helyettesítésére, cseréjére szükség van, azonban a jogalkotó ezen élethelyzet kezelésére is biztosít jogszerű lehetőséget a hivatkozott jogszabályhelyek szerint azzal, hogy az alkalmassági követelményeknek való megfelelés további biztosítása szükséges. Az alkalmassági követelménynek való megfelelés ellenőrzése és annak dokumentálása a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint ezen esetben is az ajánlatkérő kötelezettsége a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerint.

83. Az ajánlatkérő feltételezhetően tudomással bírt azon tényről, hogy a kérelmezett a Képes és Társa Kft.-vel, valamint az "S-L-G" Mérnökiroda Bt.-vel kötött szerződéseinek hatálya, melyek az ajánlat részét képezték, 2019. augusztus 31. napja.

A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő akkor járt volna el a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglaltaknak megfelelően – a Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdéseire és mögöttesen a Kbt. 65. § (9) bekezdésére figyelemmel –, ha meggyőződik arról, hogy a

kérelmezett az ajánlatában bemutatott szervezet nélkül azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyeknek a közbeszerzési eljárásban Képes és Társa Kft-vel, továbbá az "S-L-G" Mérnökiroda Bt-vel együtt felelt meg 2019. szeptember 1-től is megfelel-e, vagy bevonásra került-e helyettük másik olyan szervezet/személy, akivel együtt a kérelmezett 2019. szeptember 1-től továbbra is megfelel az alkalmassági követelményeknek.

A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérőnek fel kellett volna szólítania a kérelmezettet arra, hogy a Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdéseiben foglaltak érvényesülése érdekében igazolja 2019. szeptember 1-től az alkalmasságát, valamint azt, hogy S.L. szakember részt vesz a szerződés teljesítésében. Amennyiben S.L. szakember személyében változás állt be, akkor az ajánlatkérőnek ehhez hozzá kellett volna járulnia, a Kbt. 138. § (4) bekezdése által meghatározott feltételek teljesülése esetén.

84. A hivatalbóli kezdeményező szerint a dokumentálási kötelezettség további körülmények vonatkozásában is sérült, mely körülményeket nyomatékosan kérte értékelni a Döntőbizottság által a bírság kiszabás körében.

Az ajánlatkérő számos, a szerződés teljesítésére vonatkozó dokumentumot a hatóság többszöri felhívására nem csatolt, nem szolgáltatott, így lényegében 2019. szeptember 3-át követően releváns dokumentumok nem állnak a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésre annak ellenére, hogy a teljesítésből még számos munka hátra volt.

Nem kerültek megfelelően dokumentálásra az akadályközlés és az akadály elhárítása érdekében tett intézkedések körülményei, így nem igazolt/bizonyított a bejelentett akadály valós, tényleges volta. Mindemellett az 1. számú módosítás annak ellenére tüntetett fel releváns körülmények létre utaló mellékleteket, hogy azok szintén nem állnak a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére.

85. A hivatalbóli kezdeményező megjegyezte, hogy álláspontja szerint nem pusztán adminisztratív mulasztást valósított meg az ajánlatkérő, a dokumentálási kötelezettség hiányára tekintettel alapvető generális szabályok sem biztosítottak. A hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés kezdeményezési elemei tekintetében számos tényező bizonytalansággal terhelt. Az ajánlatkérő a hatóság ismételt felhívásai ellenére a teljesítés dokumentumait nem csatolta, a Kbt.-ben megjelölt nyilvános adatbázisokba nem töltötte fel, ezzel kiemelten megnehezítve a tényállás teljes körű tisztázását, a szerződés teljesítésének és módosításának ellenőrizhetőségét.

Összességében a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő tehát feltételezhetően nemcsak a Kbt. 138. § (2) bekezdése és a 138. § (4) bekezdése tekintetében nem tett eleget a dokumentálási kötelezettségének, hanem a teljes projekt vonatkozásában fennáll a mulasztásos jogsértése.

86. A hivatalbóli kezdeményező szerint, miután az ajánlatkérő ellenőrzési, dokumentálási kötelezettségére vonatkozó iratok, dokumentumok a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés előtti ellenőrzési eljárás során a Hatóság részére nem kerültek megküldésre, kétséget kizáróan nem állapítható meg, hogy a szerződés teljesítését, vagy a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést az ajánlatkérő a jogszabályban előírtak szerint ellenőrizte és dokumentálta, ezáltal a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő feltételezhetően megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségét.

87. A hivatalbóli kezdeményező a jogorvoslati eljárásban beérkezett észrevételek, nyilatkozatok alapján előadta, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítését úgy fogadta el szerződésszerűnek, hogy S. L. alkalmasságot igazoló szakember érdemi bevonása nem történt meg.

Szintén mulasztás terheli az ajánlatkérőt a szerződés teljesítésének dokumentálása tekintetében. A jogorvoslati eljárásban továbbra sem áll rendelkezésre az ajánlatkérői nyilatkozat szerint jelenleg is folyamatban lévő beruházás tekintetében 2019. szeptember 4-től semmilyen, a szerződés teljesítésével kapcsolatos dokumentum, amely alátámaszthatná, hogy az ajánlatkérő eleget tett a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti dokumentálási kötelezettségének. Mindezek hiányában dokumentumokkal nem igazolt, hogy például jelenleg folyik-e vagy milyen okból nem folyik érdemi kivitelezési munka, hogyan alakult a szerződés szerinti teljesítési határidő, stb. Ebből következően a hivatalbóli kezdeményező továbbra is fenntartja azon álláspontját, hogy az ajánlatkérő feltételezhetően nemcsak a Kbt. 138. § (2) bekezdése és a Kbt. 138. § (4) bekezdése tekintetében nem tett eleget a dokumentálási kötelezettségének, hanem a teljes projekt vonatkozásában fennáll a Kbt. 142. § (1) bekezdése tekintetében a mulasztásos jogsértése.

88. Mindezekre tekintettel a hivatalbóli kezdeményező kérte jogsértés megállapítását az ajánlatkérővel szemben a Kbt. 28. § (1) bekezdésében, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltétel fenn nem állására tekintettel a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglalt, valamint a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt rendelkezések megsértését.

A kérelmezettel szemben pedig jogsértés megállapítását kérte a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltétel fenn nem állására tekintettel a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglalt, valamint a Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdéseiben foglalt rendelkezések tekintetében, és kérte a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján a jogsértés súlyosságáról való döntést, valamint bírság kiszabását mind az ajánlatkérővel szemben, mind a kérelmezettel szemben.

89. A hivatalbóli kezdeményező az ajánlatkérő és a kérelmezett eljárásjogi kifogásai tekintetében az alábbiakra hivatkozott:

90. Rögzítette, hogy az 1. és 5. kezdeményezési elem tekintetében az ajánlatkérővel szemben kérte a jogsértések megállapítását, így e körben a kérelmezett által előterjesztett eljárásjogi kifogások jogi relevanciával nem bírnak, a kérelmezett jogát, jogos érdekét sem közvetlenül, sem közvetetten nem érintik.

Az ajánlatkérő e körben előterjesztett kifogása tekintetében előadta, hogy a Kbt. 153. § (1) bekezdése alapján a hivatalbóli kezdeményezőt megillető kezdeményezési jog tekintetében az ajánlatkérő következtetései tévesek. A jogalkotó a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontjának alkalmazásához elsődlegesen azt a követelményt támasztja, hogy a Közbeszerzési Hatóság folytassa le a hatáskörébe tartozó ellenőrzési eljárást, és ennek során valószínűsítse a szerződés módosítását vagy teljesítését érintő közbeszerzési jogszabálysértést.

91. A Kbt. 28. § (1) bekezdésének megsértése vonatkozásában az ajánlatkérő a hivatalbóli kezdeményező által a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának a Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 308/2015. Korm. rendelet) alapján lefolytatott ellenőrzés vonatkozásában figyelmen kívül hagyja a közbeszerzési eljárás előkészítése és a közbeszerzési szerződés módosítása közötti szoros logikai összefüggést, ilyen módon támasztandó alá azon álláspontját, hogy a 308/2015. Korm. rendelet alapján lefolytatott ellenőrzés keretében a közbeszerzési eljárás előkészítése ne lenne vizsgálható.

A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a közbeszerzési szerződés teljesítésének ellenőrzése szükségszerűen magában foglalja a közbeszerzési eljárás előkészítésének ellenőrzését azokban az esetekben, amikor a teljesítési szakban a közbeszerzési szerződés módosítása válik szükségessé. Ez ugyanis felvetheti annak lehetőségét, hogy a módosítás a nem megfelelő előkészítés miatt vált szükségessé, vagyis az kellően gondos előkészítés

mellett akár elkerülhető is lett volna. A hivatalbóli kezdeményező a Hatóság által a szerződés teljesítése körében lefolytatott hatósági ellenőrzési eljárás eredményét figyelembevéve az ellenőrzési eljárás során az ellenőrzött szervek által csatolt dokumentumok alapján következtethet a közbeszerzési eljárás előkészítése során feltételezhetően megvalósított jogsértésre. A hivatalbóli kezdeményező ekként a szerződésmódosítással szoros összefüggésben hivatkozott a Kbt. 28. § (1) bekezdésének megsértésére.

92. A hivatalbóli kezdeményező hangsúlyozta, hogy vitatja az ajánlatkérő azon okfejtését is, miszerint ha a 308/2015. Korm. rendelet alapján lefolytatott ellenőrzés alapján a közbeszerzési szerződés teljesítésének ellenőrzése és dokumentálása körében elkövetett jogsértésre vonható le következtetés, a hivatalbóli kezdeményező nem jogosult ezen feltételezett jogsértésekre vonatkozóan a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerinti kezdeményezés benyújtására.

A hivatalbóli kezdeményező szerint a Kbt. 142. § (1) bekezdésében előírt jogszabályi kötelezettség előterjesztői indokolásban megjelölt célja, hogy „a közbeszerzések során a szerződés teljesítésének szakaszában megfelelően érvényesüljön az ajánlattevők felelőssége az eljárás során tett vállalásaikért, és ennek megfelelően a közpénzekkel való felelős gazdálkodás elve érvényesüljön”. Mindezekre hivatkozva kiemelendő, hogy a Kbt. az ajánlatkérő számára kötelezettséget határoz meg a szerződés teljesítésének ellenőrzése és a nem megfelelő teljesítés esetén, a jogkövetkezmények alkalmazása tekintetében. A jogalkotó tehát a közbeszerzési szerződések teljesítése körében az egyéb szerződéses feladatai mellé, azoktól elválaszthatatlanul az ajánlatkérőre telepíti a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti kötelezettséget.

A Kbt. 142. § (1) bekezdése megsértésének megállapítására irányuló 5. kezdeményezési elem tekintetében is hangsúlyozta tehát a hivatalbóli kezdeményező, hogy az ajánlatkérőnek a szerződés teljesítésére vonatkozó ellenőrzési és dokumentálási kötelezettsége egyértelműen szorosan kapcsolódik a közbeszerzési szerződés teljesítéséhez, ezért a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a Kbt. 142. § (1) bekezdés tekintetében is jogosult kezdeményezni a jogorvoslati eljárást.

E körben a fentiekben kifejtett álláspontja alátámasztása érdekében a hivatalbóli kezdeményező hivatkozott továbbá a Kbt. 142. § (4) bekezdésében foglalt rendelkezésre, mely szerint a Közbeszerzési Hatóság a szerződés módosítására és teljesítésére vonatkozó, e törvényben meghatározott követelmények teljesülését a 187. § (2) bekezdés j) pontjában meghatározottak szerint jogosult ellenőrizni és azok megsértése esetén a Közbeszerzési Döntőbizottság, illetve a bíróság eljárását kezdeményezni [153. § (1) bekezdés c) pont, 175. §].

A hivatalbóli kezdeményező megjegyezte, hogy az ajánlatkérő érvelésének elfogadása azt jelentené, hogy a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti ajánlatkérői kötelezettség teljesítésének ellenőrzésére senki sem jogosult.

93. A hivatalbóli kezdeményező rögzítette, hogy mind a Kbt. 28. § (1) bekezdésében, mind a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettségek közvetlenül összefüggnek a szerződés teljesítésével, a szerződés módosításával, a jogsértések feltételezett megvalósulása a hatósági ellenőrzési eljárás során jutott a hivatalbóli kezdeményező tudomására, mindezekre figyelemmel, a szerződés teljesítéséhez, módosításához szorosan kapcsolódó ajánlatkérői kötelezettségek teljesítésének ellenőrzésére, és az ezekkel kapcsolatos jogsértések vonatkozásában a kezdeményezés benyújtására jogosult a hivatalbóli kezdeményező.

94. A hivatalbóli kezdeményező az elkésettség tekintetében hangsúlyozta, hogy a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés a Kbt.-ben rögzített szubjektív határidőn belül került előterjesztésre, nem lehet elkésettnek tekinteni.

95. A Közbeszerzési Hatóság elnöke, mint a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontjában meghatározott hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján kezdeményezte a Döntőbizottság jogorvoslati eljárását. A kezdeményezés benyújtására nyitva álló szubjektív határidőt a Kbt. 152. § (2) bekezdése a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napban rögzíti.

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény módosításáról szóló 2018. évi LXXXIII. törvény (a továbbiakban: Mód3. tv.) értelmében a Kbt. 153. §-a a következő (4) bekezdéssel egészült ki: „(4) Az (1) bekezdés c) pontja szerint kezdeményezett jogorvoslati eljárás esetén a tudomásra jutás időpontja megegyezik a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerint lefolytatott hatósági ellenőrzés befejezésének napjával.”

A Kbt. 197. § (10) bekezdése szerint a Kbt.-nek a Mód3. tv. által megállapított rendelkezéseit a Mód3. tv. hatálybalépése után megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra, valamint a Mód3. tv. hatálybalépése után kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra kell alkalmazni.

A Mód3. tv. fentiekben hivatkozott rendelkezése 2019. január 1-én lépett hatályba.

96. A hivatalbóli kezdeményező kiemelte, hogy a jogorvoslati eljárás előzményét képező hatósági ellenőrzési eljárás elrendelésére 2019. december 2-án, az ellenőrzési eljárás lezárására a T-02565/37/2019. iktatószámú jegyzőkönyv (továbbiakban: Jegyzőkönyv) alapján 2020. november 16-án került sor. A hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés 2020. november 19-én került előterjesztésre a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján.

A következő döntőbizottsági gyakorlatra figyelemmel a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a Mód3. tv. által megállapított 153. § (4) bekezdését a 2019. január 1. után indított jogorvoslati eljárásokra, így a 2020. november 19. napján benyújtott tárgybani hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés esetében alkalmazni kell.

Fentiek szerint a jogsértés tudomásra jutásának időpontja valamennyi jogsértés esetében a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt hatósági ellenőrzés befejezésének napja, vagyis 2020. november 16., amely időpont alapján – tekintettel a Kbt. 152. § (2) bekezdésében rögzített hatvan napos szubjektív határidőre – a kezdeményezés 2020. november 19-én a törvényes határidőn belül került előterjesztésre.

97. A hivatalbóli kezdeményező az ajánlatkérő azon megállapítására, miszerint a kezdeményezés nem tartalmazza a hatósági ellenőrzés során történt adatszolgáltatások időpontját, előadta, hogy a hatósági ellenőrzési eljárás lezárásáról szóló Jegyzőkönyv 2. és 3. oldalán részletesen rögzítésre került valamennyi, a szerződő felek részére megküldött tényállás tisztázó végzés kelte, mint ahogyan az is, hogy az ellenőrzött szervezetek adatszolgáltatási és nyilatkozattételi kötelezettségüknek mikor tettek, vagy éppen nem tettek eleget. A Jegyzőkönyv mind az ajánlatkérő, mind a kérelmezett részére az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény (Eüsztv.) előírásai szerint hivatali kapun keresztül 2020. november 18-án megküldésre került, amelyet a kérelmezett a letöltési igazolás szerint 2020. november 19-én letöltött. A Jegyzőkönyvet a hivatalbóli kezdeményező csatolta.

98. A hivatalbóli kezdeményezőt a Kbt. 149. § (1) bekezdés c) és d) pontja alapján az a kötelezettség terheli, hogy a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezésében valamennyi feltételezett jogsértés vonatkozásában jól beazonosítható módon megjelölésre kerüljön minden olyan nyilatkozat és dokumentum, amely alátámasztja/alátámaszthatja a megjelölt jogszabályi rendelkezés feltételezett megsértését, továbbá a tudomásszerzés időpontja. A tudomásszerzés időpontjaként a hivatalbóli kezdeményező a hatósági ellenőrzés

befejezésének napját jelölte meg valamennyi jogsértés esetében, amelyre tekintettel a kezdeményezés mellékleteként csatolta a Jegyzőkönyvet. A hivatalbóli kezdeményezőt ezen kötelezettsége körében a Döntőbizottság az előterjesztett hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezésre tekintettel hiánypótlásra nem hívta fel.

Az ajánlatkérő észrevétele

99. Az ajánlatkérő észrevételében kérte elsődlegesen a jogorvoslati eljárás megszüntetését eljárásjogi akadályokra hivatkozással, másodlagosan kérte jogsértés hiányának a megállapítását.

100. Az ajánlatkérő előadta, hogy a hivatalbóli kezdeményező a 2018. április 11. napján megindult eljárás előkészítését, a 2018. július 6. napján megkötött szerződés teljesítése során a 2018. szeptember 26. napi akadályközlést és annak következményeit, így az akadály indokát, továbbá az azt követő munkavégzés szünetelését tette elsődleges kifogás tárgyává. Minden más későbbi eljárási cselekmény alapja ugyanis ez volt. A kezdeményező 2019. december 2. napján kezdett ellenőrzésbe. Szemle tartására 2020. február 27. napján került sor. Az ellenőrzési eljárásban az utolsó eljárási cselekmény 2020. július 3. napján volt, amelyhez képest a kezdeményező csak 2020. november hó 16. napján készített eljárást lezáró jegyzőkönyvet. Az ajánlatkérő szerint az eljárás minden időpontjának rögzítése azért bír jelentőséggel, mert az egyes kezdeményezési elemek tekintetében a tudomásra jutás időpontját más-más időponthoz kell kötni, azokra más-más Kbt. előírások vonatkozhatnak.

101. Az ajánlatkérő észrevételében előadta, hogy álláspontja szerint a hivatalbóli kezdeményezés nem terjedhet ki a szerződés teljesítése és módosítása körén kívüli körülményre. Az ajánlatkérő hivatkozott a kezdeményező vizsgálati eljárására vonatkozó szabályokra, a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontjában foglaltakra, valamint a 308/2015. (X.27.) Kormányrendelet 1. § (1) bekezdésére és az Ákr. szabályozására. Ezen jogszabályi rendelkezések meghatározzák a hivatalbóli kezdeményező eljárási hatáskörét a saját eljárása tekintetében. A jelen jogorvoslati eljárás szempontjából azért van jelentősége, mivel a hivatalbóli kezdeményező csak a jogszabályban biztosított hatáskörében járhat el és élhet kezdeményezéssel. Így a kezdeményezés 1. kezdeményezési eleme nem a szerződés teljesítése és módosítása körébe tartozik, hiszen a még meg sem kötött szerződés időszakáról, sőt a meg sem kezdett közbeszerzés előtti időszakról van szó.

102. Az ajánlatkérő hivatkozva a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontjára előadta, hogy mivel a hatósági ellenőrzés nem terjedhet ki a szerződés teljesítése és a módosítása körén kívüli körülményre, részre, így az ellenőrzés eredménye sem terjeszkedhet ezen túl. Ebből következően a hivatalbóli kezdeményező ezen hatáskörén kívül eső kérdésekben kezdeményezéssel sem élhet, mivel arra a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerinti jogosultsága nem terjed ki. Nem arról van szó, hogy bármire lehet kezdeményezést indítani, hanem csak a jogszabályok által pontosan meghatározott körben.

Az ajánlatkérő álláspontja szerint ezért az 1. kezdeményezési elem előterjesztésére a hivatalbóli kezdeményezőnek nem volt jogszabályban biztosított joga, nem az arra jogosult terjesztette elő, így az Ákr. 47. § (1) bekezdése a) pontja alapján meg kell szüntetni a jogorvoslati eljárást a kezdeményezés ezen eleme tekintetében.

103. Az ajánlatkérő előadta, hogy ez a helyzet áll fenn a kezdeményezés 5. eleme esetében is, mely esetében sem a szerződés teljesítéséről vagy egy módosításról van szó, hanem egy Kbt. előírás számonkéréséről. A Kbt. dokumentálásra, illetve ellenőrzésre vonatkozó előírása nem a szerződés része, nem a teljesítésre és nem a módosításra vonatkozik. A Kbt.-ben előírt

kötelezettség független a szerződés teljesítésétől és módosításától, az akkor is fennáll, ha szerződésszerű a teljesítés és akkor is, ha nem, nincs kihatása annak a szerződés teljesítésére. E kezdeményezési elem esetében is átlépte a hatáskörét a hivatalbóli kezdeményező, olyanra terjesztette ki a kezdeményezését, amit nem volt hatásköre vizsgálni, ami nem lehet az ellenőrzési eredménye része, és ami miatt ekként nem élhet kezdeményezéssel. Így az ajánlatkérő szerint az Ákr. 47. § (1) bekezdése a) pontja alapján meg kell szüntetni a jogorvoslati eljárást az 5. kezdeményezési elem tekintetében.

104. Az ajánlatkérő hivatkozott arra is, hogy jogszabálysértő a hivatalbóli kezdeményező eljárása a rá irányadó határidők szempontjából, a kezdeményezés elkészt.

Az ajánlatkérő előadta, hogy az ügyintézési határidőt a 308/2015. (X.27.) Kormányrendelet 10. § (1) bekezdése szabályozta 2020. január 31-ig. 2020. február 2-től az eljárási határidőre vonatkozó szabályozás a Kbt. 189/A. §-ába került át.

Tárgybani esetben a hivatalbóli kezdeményező ellenőrzési eljárása 2019. december 2-án indult, ahonnan számítandóan a 90 napos határidő, mely 2020. március 1-én járt le. Az eredetileg meghatározott időtartam alatt lépett hatályba az új szabályozás, ami ugyan nem rendelkezik átmeneti szabályok között arról, hogy a már megindult eljárásokra is kell-e alkalmazni, így az eljárási határidők nyugvására vonatkozó kitételeket, de ennek a jelen esetben jelentősége nincsen, mert csak a 2020. február 1. és március 1. közti időszakra lenne ez értelmezhető, amikor is nyugvást eredményező eljárási cselekmény nem történt.

A jogszabályi előírás alapján tényként rögzíthető, hogy ha a hivatalbóli kezdeményező jogszerűen jár el, akkor az ellenőrzési eljárást 2020. március 1-vel bezárólag le kellett volna zárni, a jegyzőkönyvet ki kellett volna adnia. Az, hogy ez csak 2020. november 16-án történt meg, egy jogszerűtlen magatartás eredménye.

A hivatalbóli kezdeményező úgy teremtett a jelen esetben önmaga számára kezdeményezési jogalapot, hogy figyelmen kívül hagyta az önmagával szembeni jogszabályi előírást, azt semmibe vette, majd egy általa választott jogszabályi határidőn messze túli, önkényesen kiválasztott időpontban a jegyzőkönyv lezárásával kezdeményezési lehetőséget keletkeztetett. E körben hivatkozott az ajánlatkérő az Alkotmánybíróság 2020. november 10-én IV/114/2020. ügyszám alatt hozott döntésére. A jelen esetben is a törvényi határidőt messze túllépő időpontról van szó.

105. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a jogszabályok betartása mellett a hivatalbóli kezdeményezőnek 2020. március 1-től lett volna 60 napos eljáráskezdeményezési jogosultsága. Hivatkozott a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontjára és (4) bekezdésre, amelyek alapján a befejezési nap 2020. január 31-ig a kormányrendeletben rögzítetten 90 nap a megindítást követően, azaz 2020. március 1. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a már megindított hatósági ellenőrzési eljárásra ezt kell alkalmazni.

Ha az időközben hatályba lépett új szabályozást vesszük alapul, ugyanezt az eredményt kapjuk, az eljárás egy alkalommal történő 30 napos meghosszabbításáról nincs tudomása, ilyet a hivatalbóli kezdeményező nem állított, de érdemi jelentősége nincs is.

106. Az ajánlatkérő álláspontja szerint az ellenőrzési eljárásban az ügyintézési határidő 2020. március 1-én lejárt. Ezen a napon nyílt meg a hivatalbóli kezdeményező kezdeményezési joga, mivel a jogszabály annak betartásával számolt, azaz ezen napot tekintette a befejezés napjának. A hivatalbóli kezdeményezőnek nincs arra jogszerű lehetősége, hogy a számára jogszabályban meghatározott határidőtől eltérően, azt meghaladóan járjon el, illetve terjesszen elő kezdeményezést. A hivatalbóli kezdeményezőnek jogszerűen 2020. március 1-hez képest 60 napig, azaz 2020. április 30-ig volt kezdeményezési joga. Ehhez képest a hivatalbóli kezdeményező 2020. november 17-i irata elkészt.

Az alapvető különbség a hivatalbóli kezdeményező és az ajánlatkérő álláspontja között abban van, hogy nem az eljárásban készített jegyzőkönyv időpontjától kell számítani a kezdeményezési határidőt, hanem a jogszabályban meghatározott ügyintézési határidő utolsó napjától, függetlenül attól, készült-e jegyzőkönyv vagy sem, mivel az eljárást akkor be kell fejezni, pontosabban aznap az a jogszabály szerint be is fejeződik. A határidő pedig a befejezés napjától indul, nem pedig a jegyzőkönyv készítés időpontjától.

107. Az ajánlatkérő szerint az Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontja alapján a teljes kezdeményezést vissza kellett volna utasítani, illetve az Ákr. 47. § (1) bekezdése a) pontja alapján meg kell szüntetni.

108. Az ajánlatkérő hivatkozott továbbá arra is, hogy a Kbt. 153. § (4) bekezdése csak 2019. január 1-én lépett hatályba. A jelen esetben minden olyan eljárási cselekmény vonatkozásában, ami ezt megelőzően történt, visszamenőlegesen kellene alkalmazni. A közbeszerzések területén jogalkotó megint megszegte a visszaható hatályú jogalkalmazás, illetve jogalkotás tilalmát. E körben hivatkozott az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdésére, valamint a Jat. 2. § (2) bekezdésére.

Következetes az alkotmánybírói gyakorlat abban a tekintetben, hogy valamely jogszabály nem csupán akkor minősülhet a visszaható hatályú jogalkotás tilalmába ütközőnek, ha a jogszabályt a jogalkotó visszamenőlegesen léptette hatályba, hanem akkor is, ha a hatálybaléptetés nem visszamenőlegesen történt ugyan, de a jogszabály rendelkezéseit – erre irányuló kifejezett rendelkezés szerint – a jogszabály hatálybalépése előtt létrejött jogviszonyokra is alkalmazni kell. Az Alkotmánybíróság gyakorlata a „létrejött jogviszonyok” alatt az anyagi jog alapján létrejött jogviszonyokat érti, és e jogviszonyok védelme érdekében állapított meg alkotmányellenességet a visszaható hatályú jogalkotás tilalmának sérelme miatt. {3062/2012. (VII. 26.) AB határozat, [88]–[89]}

A visszaható hatályú jogalkotás tilalmába ütközés miatt állapította meg az Alkotmánybíróság pl. a lakáscélú kölcsönök kamatainak felemeléséről szóló [25/1992. (IV. 30.) AB határozat, ABH 1992, 131.] és a jogszabályban biztosított adókedvezmény, illetőleg adómentesség megvonásáról rendelkező [16/1996. (V. 3.) AB határozat, ABH 1996, 61.] jogszabályi rendelkezések alkotmányellenességét.

A jogszabályok esetében is a bizalmi elvnek érvényesülnie kell. Jelen esetben az ajánlatkérőnek egyfajta jogos várománya volt arra, hogy a közbeszerzési szempontból 2019. január hó 1. napjáig lezárt jogviszonya állandó, lezárt maradjon. A már megszerzett, viszonylag rövidebb időtartamra vonatkozó eljárási akadályok keletkeztette jogorvoslati eljárástól való védelme Alaptörvényi védelemben kell részesülnön. Ennek hiányában jogbizonytalanság keletkezne, hogy bármikor bármely jogviszony újranyitható új szabályok eredményeként.

Az ajánlatkérő álláspontja szerint a 2019. január 1-ét megelőző időszakra vonatkozó kezdeményezési elemek esetében a Kbt. 153. § (4) bekezdése tudomásra jutási időpontként nem vehető figyelembe, az Alaptörvény ellenes lenne.

109. Az ajánlatkérő a hivatalbóli kezdeményezés 1. és 2. kezdeményezési elemei tekintetében előadta, hogy egy útszakasz állagának romlása sok tényező együttes hatásának eredménye lehet, amelynek csak egyik eleme az esetleges időjárási viszonyok alakulása. Számos esetben találkozunk a gyakorlatban is olyannal, hogy egyik napról a másikra történik olyan szintű állagromlás, amely a további használatot vagy akadályozza, vagy akár – teljesen vagy csak bizonyos járműtípusok számára – lehetetlenné teszi.

Előadta, hogy tárgybani szerződésmódosítás alapját az út állapota képezte, amelyre az ajánlatkérő kellő mértékben nem tudott felkészülni. Hivatkozott arra, hogy a Hatóság képviselői a helyszíni szemle során a módosítás indokainak megalapozottságát nem

vizsgálták, mivel a módosítás tartalma, valamint annak indokai a szemle során nem kerültek ismertetésre, de megismerve a módosítás tartalmát, annak indokait, újabb szemlét nem rendelt el annak érdekében, hogy meggyőződhessen a módosítás körülményeiről. A kezdeményező az ajánlatkérő szerint a körülmények nem teljeskörű feltárása során jutott arra az álláspontra, hogy az ajánlatkérőnek, mint a munkavégzés helyéhez vezető út kezelőjének kellő gondosság mellett előre kellett volna látnia – figyelemmel a földút fizikai sajátosságaira és ezen fizikai jellemzők időjárás-változás okozta módosulásaira –, hogy az út használhatóságában és így a szerződéses kötelezettségek teljesítésében akadályoztatás állhat elő. Erre tekintettel az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során nem járt el megfelelő gondossággal, körültekintéssel, mert a közbeszerzés tárgya, műszaki tartalma vonatkozásában nem vette figyelembe a kezelésében lévő és a szerződés teljesítési helyszínéhez vezető út minőségét/általános állapotát, valamint annak lehetséges változásait, helyszíni bejárást nem tartott, mindezek pedig a szerződés 1. számú módosításához vezettek.

110. Az ajánlatkérő szerint a hivatalbóli kezdeményező a beadványában nem fejt ki részletesen, illetve a kapcsolódó anyagokkal nem támasztja alá, hogy az ajánlatkérő mulasztását mely körülményből következett. A hivatalbóli kezdeményező leginkább csak az alapinformációira és központi adatgyűjtésére próbál alapozni, anélkül, hogy a helyi viszonyok alakulását, módosulását ténylegesen meg akarná ismerni és érteni.

Az ajánlatkérő hivatkozott arra is, hogy a hivatalbóli kezdeményező – a rendelkezésre álló anyagokat látva – csak azt várja el, hogy az ajánlatkérő adjon számára teljességi nyilatkozatot, úgy, hogy az ajánlatkérő nem tudja mi áll a hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére. Ezt követően pedig beadványában az ajánlatkérő terhére értékeli, hogy mit nem adott be számára az ellenőrzés során.

111. Az ajánlatkérő állítása szerint a felújítási munkák tervezési fázisában az út még használható állapotban volt, az út konstrukcióban történő felújítását hosszabb távú célként határozta meg, ezért tárgyalásokat is kezdett az önkormányzattal és megvizsgálta a pályázati lehetőségeket is, de a pénzügyi tervekben ez csak a sertéstelep felújítását követő években látszott megvalósíthatónak. Azt, hogy mégsem így volt, az ajánlatkérő véleménye szerint nem neki kell alátámasztania, mert nem ő állítja, hogy az út romló állapotával a beszerzés előkészítése során kalkulálni kellett volna. Az akkori állapot az ajánlatkérő álláspontja szerint nem indokolta, hogy ezzel a pályázat előkészítése során az ajánlatkérő kalkuláljon a teljesítési határidő meghatározásakor. A sertéstelep felújítására a pályázat beadása és a támogatói okirat aláírása között eltelt több mint egy évben az út állapota ugyan tovább romlott, de nem olyan mértékben, hogy a kivitelezés ne lett volna befejezhető annak felújítása nélkül. Ez szintén tény, hisz a szerződés teljesítéséig, a terület átvételéig fel sem merült ennek szükségessége. Ezt maga a hivatalbóli kezdeményező is megerősítette magában a beadványában, amikor meghivatkozta azt a körülményt, hogy az építési napló erre vonatkozóan nem tartalmazott rendelkezést. A munkaterület átadás-átvételekor a kivitelező is úgy ítélte meg, hogy az anyagszállítást meg tudja oldani a rendelkezésre álló úton. Tehát már a megvalósítás szakaszában sem állt fenn még olyan körülmény, amely az akadályoztatást indokolta volna. A vállalkozó kizárólag a szállítást végző vállalkozó járművének az út állapotából adódó sérülését követően volt kénytelen megváltoztatni addig kialakított véleményét és utána akadályoztatást is jelentett.

112. Az ajánlatkérő előadta, hogy az út állagromlásának előre láthatósága kérdésében már a vizsgálat során tett indoklásában leírta, hogy nem létezik olyan egzakt módszer, amellyel előre megállapítható vagy előre jelezhető, hogy mennyi idő múlva, vagy hány gépjármű áthaladását követően kerül az útszakasz olyan állapotba, amely már veszélyt jelent az azt használó gépjárművekre, mert ez függ az áthaladó járművek számától, nagyságától, az

időjárási viszonyoktól és még sok egyéb tényezőtől, ezért nem csak az ajánlatkérő, de senki nem lett volna képes ezt előre meghatározni.

A kárenyhítés során az út aktuális állapotának felmérése újra megtörtént, az ajánlatkérő lépéseket tett az akadály elhárítására. Ennek során az ajánlatkérő egyeztetett a helyi önkormányzattal, azonban az a tulajdonát képező terület finanszírozásában nem tudott részt vállalni. Az önkormányzat erre vonatkozó nyilatkozatát csatolta az ajánlatkérő, mely 2020. december 1-i keltezésű, és az önkormányzat polgármestere nyilatkozik, hogy a Szerepi sertéstelep „megközelítését biztosító külterületi aszfalt burkolatú út 2018. őszén erőteljes állagromlást szenvedett, melynek következtében kátyúzási, útjavítási munkák váltak szükségessé a teher és személyforgalom biztosítása érdekében”.

A finanszírozás forrását és formáját is az ajánlatkérőnek önállóan kellett megoldani, a felújítás gyors kivitelezése érdekében az ajánlatkérő több vállalkozótól is ajánlatot kért. Az egyik megkeresett vállalkozó (Fedrid Kft.) erre vonatkozó nyilatkozatát és árajánlatát csatolta az ajánlatkérő. A nyilatkozat 2020. december 1-i keltezésű, mely tartalmazta, hogy a „javításra szoruló aszfalt burkolatú út állapota a helyszíni bejárásom során nagyon rossz állapotban volt, helyenként 30-40 cm mély kátyúkkal”, az árajánlat 2018. november 19-i keltezésű, árat nem tartalmaz, csak négy munkanem és egységár megjelölést mennyiségek nélkül.

113. Mindezek intézése, illetve megoldása nagyobb időmennyiséget vett igénybe, amelyet a kivitelezés eredeti időszakban történő befejezhetőségét nem tették lehetővé.

Az ajánlatkérő ezért a felmerült összes körülmény alapján továbbra is teljesen indokoltnak látja a szerződésmódosítás alkalmazását és alátámasztottságát. Mellékelte a projekt műszaki ellenőrének a véleményét, amely igazolja, hogy műszaki szempontból nem volt előrelátható a kialakult helyzet, egyben a szerződésmódosítás indokoltságának és alátámasztásának igazolására is alkalmas. A műszaki ellenőri nyilatkozat 2020. december 2-án kelt, mely tartalmazta, hogy „az ingatlan a kivitelezési munkák megkezdése előtt többször bejártuk, amikor az személygépjárművel biztonságosan megközelíthető volt. Tárgyi, eredetileg aszfalt burkolatú út állaga a pályázat beadását követően folyamatosan romlott. Ez a tény valószínűsíthetően a mezőgazdasági gépek és az időjárás eredményeként következett be, de a megkezdett kivitelezéssel járó forgalomművekedés is további károsodást okozhatott. Tudomásom szerint a közlekedési utak állagromlásának előre jelzése csak nagyforgalmú utak esetében, statisztikai és egyéb műszaki vizsgálati módszerek kombinálásával lehetséges, de ez az eljárás is viszonylag magas hibaszázalékot mutat. Alacsony forgalmú utak esetében a forgalom időszakonkénti ingadozása miatt ez a módszer a megbízhatatlansága miatt már előrejelzésre nem használható, ezért a szakemberek az ilyen esetekben az úthibák tényleges bekövetkezése után tudják csak a hibaelhárítási és felújítási munkákat elkezdni.”

114. Az ajánlatkérő 2021. február 2-án nyilatkozott, hogy a beruházás jelenleg is folyamatban van és megküldte az építési napló 2021. február 1-i állapotú másolatát, melyben a 2019. szeptember 3-i bejegyzés az utolsó napi bejegyzés.

2021. február 15-én nyilatkozott, hogy a megküldött dokumentumokon felül további dokumentum nem áll rendelkezésére, továbbá az építési naplónak további bejegyzése nincs a már becsatoltakhoz képest. Megerősítette, hogy „a beruházás jelenleg folyamatban van (mivel elszámolhatóságát nem lehetett lezárni), érdemi építési munka azonban kizárólag az építési napló bejegyzései szerint történt csak”.

A kérelmezett észrevétele

115. A kérelmezett észrevételében kérte elsődlegesen a jogorvoslati eljárás megszüntetését eljárásjogi akadályokra hivatkozással, másodlagosan kérte jogsértés hiányának a megállapítását.

116. A kérelmezett az eljárásjogi akadályok tekintetében az ajánlatkérővel egyezően adta elő álláspontját.

117. A 3. kezdeményezési elem tekintetében a kérelmező arra hivatkozott, hogy álláspontja szerint nincs olyan jelentéstartalma a Kbt. 138. § (2) bekezdésének, hogy a kivitelezés minden napján, folyamatosan be kell vonni az alkalmasság igazolásában részt vett szervezetet. Álláspontja szerint a szakembert csak és annyiban kell bevonni, amennyire a feladatából adódóan szükséges, illetve ennek mértékére sincs a Kbt.-ben előírás. Megalapozatlan ezért, hogy adott cégnek minden munkafázisban részt kell vennie, mivel ilyen előírása a Kbt.-nek nincs.

A 4. kezdeményezési elem tekintetében a hivatalbóli kezdeményező által előadottak vonatkozásában megjegyezte, hogy iratellenes.

118. Csatolta a Képes és Társa Kft.-vel, 2018. július 6-án kötött alvállalkozási szerződést, valamint az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel 2018. július 6-án kötött megbízási szerződést.

119. A kérelmezett 2021. február 21-én nyilatkozott, hogy jelenleg áll a beruházás, az építési napló nem került lezárásra. Minden rendelkezésére álló iratot becsatolt, egyebet előadni, becsatolni nem tud.

S.L. szakember ("S-L-G" Mérnökiroda Bt.) nyilatkozata

120. A Döntőbizottság felhívására 2021. február 7-én nyilatkozott az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. részéről S.L. szakember. Előadta, hogy tárgyi építési beruházásban felelős műszaki vezetőként vett részt a megbízási szerződése megkötésétől 2019. szeptember 3-ig. Ezalatt részt vett a kivitelezés előkészítésében, többszöri irodai egyeztetésen, a munkaterület átadásán és a 2018. szeptember 20-án megtartott helyszíni bejáráson. A helyszíni irányítás (építésvezetői feladatok) és az építési napló vezetése nem képezte a feladatát.

Csatolta a kérelmezettel 2018. július 6-án megkötött megbízási szerződését a felelős műszaki vezetői feladatok vonatkozásában, melyben a 2.2. pont szerint a vállalkozói tevékenység befejezésének véghatárideje 2019. október 7-e volt.

Rögzítette nyilatkozatában S.L. szakember, hogy 2019. október 7-ét követően nem került sor új szerződés megkötésére és a szerződés meghosszabbítására sem. 2019. október 7-ét követően a tárgyi beruházáson felelős műszaki vezetői feladatokat nem végzett. Az "S-L-G" Mérnökiroda Bt.-ben az ügyvezetői tisztsége 2020. február 1-én megszűnt.

A Döntőbizottság D.496/35/2020. számú határozata

121. A Döntőbizottság 2021. március 18-án kelt D.496/35/2020. számú határozatában megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó 28. § (1) bekezdését és 142. § (1) bekezdését, továbbá a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdését. A Döntőbizottság továbbá megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját. A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 35.000.000.-Ft, a kérelmezettel szemben 35.000.000.-Ft bírságot szabott ki.

Indokolásában a hivatalbóli kezdeményezési határidő megtartottságával kapcsolatban rögzítette, hogy a kezdeményező a Kbt. 152. § (1) bekezdése, 153. § (1) bekezdés c) pontja, 153. § (4) bekezdése és 197. § (10) bekezdése alapján a hatvan napos szubjektív határidőn belül nyújtotta be hivatalbóli kezdeményezését. A 2019. január 1. napján hatályba lépő, a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény módosításáról szóló 2018. évi LXXXIII.

törvény (a továbbiakban: Mód3. tv.) által beiktatott Kbt. 153. § (4) és 197. § (10) bekezdései alapján a 2020. november 19. napján kezdeményezett eljárásban az ellenőrzési eljárás 2020. november 16. napján történő befejezésének napjával egyezően kellett megállapítania a jogsértés tudomásra jutásának időpontját. A Hatóság részére a 308/2015. Korm. rendeletben megállapított ellenőrzési határidő túllépésének vizsgálatára a Kbt. 145. § (2) és (3) bekezdéseiben rögzített hatáskörei nem terjednek ki.

Az 1. és 5. kezdeményezési elemek kapcsán kifejtett eljárási kifogásokra figyelemmel megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja és 187. § (2) bekezdés j) pontja alapján jogosult volt hivatalbóli kezdeményezés benyújtására. Az 1. kezdeményezési elem a Kbt. 28. § (1) bekezdésének megsértésére irányult, amely jogsértés szorosan kötődik a közbeszerzési eljárás eredményeként 2018. július 6. napján megkötött vállalkozási szerződés 2019. október 2. napján aláírt módosításához. Az 5. kezdeményezési elem pedig a Kbt. 142. § (1) bekezdése megsértésének kérdése, mely szintén a vállalkozási szerződés módosításához és a vállalkozási szerződés teljesítéséhez szorosan kapcsolódó jogsértés. Továbbá a Kbt. nem korlátozza a hivatalbóli kezdeményező jogorvoslati eljárás kezdeményezési jogát a jogsértések megjelölése tekintetében.

Az 1. kezdeményezési elem vonatkozásában a Döntőbizottság kifejtette, hogy az ajánlatkérő elmulasztotta a közbeszerzési eljárásnak – a Kbt. 3. § 22. pontjában foglaltakra figyelemmel – a Kbt. 28. § (1) bekezdésében meghatározott rendelkezések szerinti megfelelő alaposággal történő előkészítését. Értékelte, hogy az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy a bekötőút felújítása már tervben volt, csak finanszírozási problémák álltak fenn, a pályázat beadása és a támogatói okirat aláírása között eltelt több mint egy évben az út állapota tovább romlott. A kérelmezett nyilatkozata szerint az ajánlatkérőnek a kivitelezés megkezdéséig nem volt tudomása arról, hogy kik és milyen igénybevétellel használják a bekötőutat, feltételezte, hogy állagromlás esetén az önkormányzat, mint az út tulajdonosa majd gondoskodik a helyreállításról. Továbbá előadta, hogy a munkaterület átadásakor az út rossz állapota ellenére az azon való közlekedés még nem okozott problémát. Összességben az ajánlatkérő határozta meg a bontási és építési munkálatokat, a bontási hulladék el- és az építőanyagok odaszállítását. Tudta, hogy az építés során nagy munkagépek, teherautók fognak az építési helyszínre érkezni, és ott dolgozni. Figyelembe kellett volna vennie a bekötőút általa ismert rossz állapotát, folyamatosan romló állapotát, az időjárási körülmények hatását, továbbá nem tájékozódott a bekötőút használatát, igénybevételét illetően. A mulasztásai miatt nem volt tisztában azzal, hogy a kivitelezés időtartama alatt a bekötőút biztosítja-e az építési helyszín megközelítését és a munkavégzést.

A 2. kezdeményezési elem vizsgálata során megállapította a Döntőbizottság, hogy a vállalkozási szerződés módosításának jogszerűségéhez hiányzott a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában meghatározott konjunktív feltételek közül a ca) alpontban meghatározott feltétel. Ennek fennállását az ajánlatkérő és a kérelmezett voltak kötelesek igazolni, amelynek nem tudtak eleget tenni. Nem tekinthető a felek által előre nem látható körülménynek az, ami az ajánlatkérő mulasztásából, a közbeszerzési eljárás nem elég gondos előkészítéséből ered. E körben utalt az 1. kezdeményezési elem tekintetében tett megállapításokra. Az őszi szokásos esős időjárás nem olyan körülmény, ami váratlanul áll elő és a felek azzal nem számolhattak előre. Rendkívüli esőzés bekövetkezésére a felek nem hivatkoztak, annak fennálltát nem igazolták. Az építési napló bejegyzések nem jeleznek csapadékot a munkák megkezdésétől az akadályközlésig terjedő időben. Az Országos Meteorológiai Szolgálat honlapján található adatok szerint a releváns időszak nem volt az átlagosnál csapadékosabb. Az sem előre nem látható körülmény, hogy a bekötőutat mezőgazdasági gépek is használják, így annak állapota tovább romolhat. Megállapította, hogy a felek szerződés módosítását a Kbt. 141. §-ában meghatározott további esetkörök sem alapozták meg.

A 3. kezdeményezési elem vonatkozásában azt vizsgálta a Döntőbizottság, hogy a kérelmezett az alkalmassági követelményt igazoló Képes és Társa Kft. bevonása körében – a Kbt. 65. §

(7) és (9) bekezdéseiben foglaltakra figyelemmel – megsértette-e a Kbt. 138. § (2) bekezdését. Megállapította, hogy az építési beruházásra irányadó teljesítési határidő a szerződésmódosítást követően 2020. augusztus 6. napjára módosult. Az alvállalkozói szerződés szerint a teljesítés véghatárideje 2019. október 5. napja volt, ezt követően nem állt fenn szerződéses kapcsolat, továbbá az építési napló bejegyzéseiben sem szerepel a Képes és Társa Kft. vagy K.L. szakember közreműködése. A Képes és Társa Kft. teljesítését igazoló okiratot a kérelmezett nem nyújtott be, továbbá a 2019. december 30. napján kelt nyilatkozata, miszerint a Képes és Társa Kft. a szakmai tanácsadásban részt vett, nem felel meg a Kbt. 138. § (2) bekezdésében előírtaknak. Nem hivatkozott a kérelmezett arra sem, hogy a Képes és Társa Kft. helyett bevont új szervezettel felelt volna meg az alkalmassági követelményeknek, vagy nélküle is megfelelt volna, ezeket nem is igazolta. Megállapította, hogy a kérelmezett 2018. július 6. és 2020. augusztus 6. napjai között a Képes és Társa Kft.-t nem vette igénybe a teljesítés során, ezáltal megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdésében foglalt kötelezettségét.

A 4. kezdeményezési elem tekintetében a Kbt. 138. § (4) bekezdésének megsértését, azaz azt vizsgálta a Döntőbizottság, hogy a kérelmezett az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-t és az ajánlatok értékelésekor meghatározó S.L. felelős műszaki vezetőt a vállalkozási szerződés teljesítésébe bevonta-e. Az alvállalkozói szerződés a felelős műszaki vezetői feladatok ellátása tárgyában 2019. október 7-i teljesítési véghatáridőről rendelkezett, az építési naplóba S.L. 2019. szeptember 3. napján tett utoljára bejegyzést, továbbá a 2018. szeptember 20-án tartott helyszíni bejárásról az arról készült jegyzőkönyv szerint részt vett. A jogorvoslati eljárásban S.L. szakember nyilatkozott arról, hogy 2019. szeptember 3-ig felelős műszaki vezetőként részt vett az építési beruházás teljesítésében, vele szerződést nem hosszabbítottak, azóta az építési beruházáson felelős műszaki vezetői feladatokat nem végzett. Megállapította a Döntőbizottság, hogy S.L. felelős műszaki vezető 2019. szeptember 3. napját követően ténylegesen, de legkésőbb 2019. október 7. napjától nem vett részt a vállalkozási szerződés teljesítésében, így bevonása 2019. október 7. és 2020. augusztus 6. napjai között elmaradt, a kérelmezett ezzel ellentétes adatot nem igazolt, ezen kifogást nem vitatta, S.L. helyett más szakember bevonására sem hivatkozott, azt nem igazolta, tehát megsértette a Kbt. 138. § (4) bekezdésében rögzített kötelezettségét.

Az 5. kezdeményezési elem körében azt vizsgálta a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérő eleget tett-e a vállalkozási szerződés teljesítésével kapcsolatos Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségének. Rögzítette, hogy az ajánlatkérőnek a szerződés teljesítése során ellenőriznie és dokumentálnia kell azon személyek, szervezetek teljesítésbe való tényleges bevonását, akiket a nyertes ajánlattevő az ajánlatában megjelölt, jelen esetben a Képes és Társa Kft., valamint az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. részéről S.L. szakember bevonását. A 3. és 4. kezdeményezési elemek esetében kifejtettekre tekintettel az alkalmassági követelmények igazolása körében bemutatott szervezet, szakember teljesítésbe történő bevonásának folyamatosan, az építési beruházás teljesítésének teljes időtartama alatt fenn kell állnia. Megállapította a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérő legkésőbb a vállalkozási szerződés módosításakor nem ellenőrizte, nem tisztázta, hogy a kivitelezés 10 hónappal meghosszabbított időtartama alatt az alkalmasságot igazoló szervezetek és személyek bevonásra kerültek-e, ezáltal megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdését. Továbbá az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 191/2009. Korm. rendelet) 24. § (4a) bekezdésében foglalt előírástól eltérően az építési naplóban az utolsó bejegyzés 2019. szeptember 3. napján történt. Az ajánlatkérő nem dokumentálta, hogy 2019. szeptember 3. napját követően a vállalkozási szerződés teljesítése miatt maradt abba, ezért elmulasztotta a Kbt. 142. § (2) bekezdésében rögzített kötelezettségét.

Mindezen jogsértések miatt – a Kbt. 165. § (4) és (7) bekezdéseiben foglalt mértékekre, valamint a Kbt. 165. § (11) bekezdéseiben meghatározott szempontokra figyelemmel – az 1. kezdeményezési elem tekintetében a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) és (3) bekezdés d) pontjai

szerinti jogkövetkezmenyt, a 2-5. kezdeményezési elemek vonatkozásában a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) és (6) bekezdés e) pontjai szerinti jogkövetkezmenyt alkalmazta a Döntőbizottság.

Az 1. kezdeményezési elem kapcsán megállapított jogsértés tekintetében azért tartotta indokoltnak bírság kiszabását a Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben, mert a közbeszerzési eljárás előkészítése tekintetében nem járt el kellő alaposággal, és ezzel a későbbi jogsértő szerződésmódosításhoz hozzájárult. Figyelembe vette a bírság kiszabás indokoltasága tekintetében a közbeszerzés magas becsült és szerződéses értékét, tárgyát, valamint azt, hogy a közbeszerzés részben támogatásból valósul meg, továbbá, hogy a kérelmezettel szemben korábban (2018. decemberében, D.357/2018.) szerződésmódosítás körében jogsértés került megállapításra és bírság került kiszabásra.

A 2., 3., 4. és 5. kezdeményezési elemek kapcsán megállapított jogsértések tekintetében rögzítette, hogy a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja és 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján a bírság kiszabására köteles volt. A 2. kezdeményezési elem tekintetében mind az ajánlatkérővel, mind a kérelmezettel szemben bírságot szabott ki; a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítéletében foglaltakra figyelemmel nem kellett vizsgálnia, hogy a jogsértésért való objektív felelősség körében mely okból vagy vélekedés alapján nem tartották be a közbeszerzési szabályokat. A 2-5. kezdeményezési elemek kapcsán az eset összes körülményét mérlegelve az ajánlatkérő és a kérelmezett terhére értékelte a megállapított jogsértések számát és súlyosságát. Figyelemmel volt a közbeszerzés tárgyára, magas becsült és szerződéses értékére, továbbá a felekkel szemben korábban megállapított jogsértésre és bírságra. Az ajánlatkérővel szemben korábban (2018. decemberében, D.357/2018.) szerződésmódosítás körében már megállapított jogsértést és kiszabott bírságot, a kérelmezett tekintetében szerződésmódosítás jogsértése miatt korábban két alkalommal is sor került jogsértés megállapítására és bírság alkalmazására (2018. decemberében, D.357/2018., 2019. januárjában, D.381/2018.). Figyelembe vette, hogy a közbeszerzés részben támogatásból valósult meg, ezért a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat, továbbá a jogsértések utóbb nem reparálható jellegét. Az ajánlatkérő és a kérelmezett javára értékelte a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszabb időtartamot.

A közigazgatási per

122. A kérelmezett és az ajánlatkérő a Döntőbizottság D.496/35/2020. számú határozatát keresettel támadták.

123. A kérelmezett keresetében elsődlegesen a határozat megsemmisítését, illetve hatályon kívül helyezését, másodlagosan a határozat megváltoztatásával az eljárás megszüntetését kérte. Álláspontja szerint a Döntőbizottság a jogorvoslati eljárás perben nem orvosolható lényeges szabályainak megsértésével hozta meg határozatát. Az eljárási kifogások körében – az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 1. §-ában, 2. § (1) bekezdésében és 6. § (1) bekezdésében foglalt alapelveket mellőzve – elmulasztotta vizsgálni a hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzésének valós időpontját, amellyel megsértette az Ákr. 62. § (1) és (4) bekezdéseiben foglaltakat. A 308/2015. Korm. rendelet 2020. január 31. napjáig hatályos 10. § (1) bekezdése, valamint a Kbt. 2020. február 1. napjától hatályos 189/A. § (2) bekezdése alapján a hatóságnak kilencven napja van az ellenőrzési jegyzőkönyv elkészítésére és az ellenőrzési eljárás befejezésére. Az ellenőrzési határidőt nem az ellenőrzési jegyzőkönyv elkészülte határolja be, és mivel az ellenőrzés határidejét nem hosszabbították meg, az 2020. március 1. napján lejárt. A hivatalbóli kezdeményezőnek a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja és (4) bekezdése alapján ettől az időponttól számított hatvan napon belül, azaz 2020. április 30. napjáig kellett volna

hivatalbóli kezdeményezését benyújtania. A Hatóság és a hivatalbóli kezdeményező egyazon szereplője az eljárásnak, ennek következtében a hivatalbóli kezdeményező a valós tudomásszerzési időpont helyett egy mesterségesen generált időpontra hivatkozott tudomásszerzésének időpontjaként. Ezért a Döntőbizottságnak – az Alkotmánybíróság IV/114/2020. számú határozatában foglaltakra figyelemmel – az elkésett hivatalbóli kezdeményezést az Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontja szerint vissza kellett volna utasítania vagy a jogorvoslati eljárást az Ákr. 47. § (1) bekezdés a) pontja alapján meg kellett volna szüntetnie. Csak a Hatóság jogszerű vizsgálata során a vizsgálat tárgyában lehet élni a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerinti szubjektív határidőszámítással, mivel a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja 2019. január 1. napjától hatályos szövege alapján a Hatóság a jogszabályban meghatározott részletes szabályok szerint ellenőrzi a szerződések teljesítését és módosítását. Hivatkozott e körben a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja 2018. december 31. napjáig hatályos szövegére és a 308/2015. Korm. rendelet 1. § (1) bekezdésére is. A Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerint csak a hatósági ellenőrzés eredménye alapján lehet hivatalbóli kezdeményezést benyújtani. Tehát az 1. kezdeményezési elem tekintetében azért sem volt a hivatalbóli kezdeményezőnek kezdeményezési joga, mert az abban hivatkozottak nem kapcsolódtak a Hatóság tárgybeli ellenőrzési jogköréhez. Kereshetőségi jogát e körben az biztosítja, hogy ezen alapul a 2. kezdeményezési elem kapcsán tett Döntőbizottsági megállapítás. A fentiek szerint az 5. kezdeményezési elem tekintetében sem a vállalkozási szerződés teljesítéséről vagy módosításáról van szó, hanem egy Kbt. rendelkezés számonkérésén, amely nem a vállalkozási szerződés része, annak teljesítésére kihatása nincs. Ezen esetekben a tényleges tudomásszerzés időpontját a Döntőbizottságnak az általános szabályok szerint kellett volna vizsgálnia és az elkésett hivatalbóli kezdeményezést az Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontja szerint vissza kellett volna utasítania vagy a jogorvoslati eljárást az Ákr. 47. § (1) bekezdés a) pontja alapján meg kellett volna szüntetnie.

A 2. kezdeményezési elemmel összefüggésben rámutatott, hogy a Döntőbizottság az 1. kezdeményezési elemre hivatkozással marasztalta el. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja az ajánlatkérő által kellő gondossággal előre nem látható körülményekre vonatkozik, a közbeszerzés előkészítésének ezen időszávjában ő még semmiképpen nem jelenik meg, e körben szerepe és felelőssége nincsen. A vállalkozási szerződés módosításában betöltött szerepét a Döntőbizottság nem vizsgálta, határozatában nem értékelte, így az Ákr. 62. § (1) és (4) bekezdéseiben meghatározott tényállás tisztázási kötelezettségét, valamint az Ákr. 81. § (1) bekezdésében foglalt indokolási kötelezettségét elmulasztotta.

A 3. kezdeményezési elemmel kapcsolatban kifejtette, hogy a vállalkozási szerződés teljesítése során akadályközléssel élt, a kivitelezés csúszott, ezért munkálatok hiányában az alvállalkozó bevonására nem volt lehetőség. A vállalkozási szerződés teljesítése még folyamatban van, a belső utak megépítésére még nem került sor. A Képes és Társa Kft. a közbeszerzési dokumentumok II. kötet 10.8. pontja alapján a teljesítésben köteles közreműködni. Az alvállalkozói szerződés igazolja, hogy be kívánta vonni a teljesítésbe, tehát a Döntőbizottsági megállapítás idő előtti, a későbbiekben a Kft. bármikor bevonható a teljesítésbe. Jogszabály nem írja elő, hogy az alvállalkozót a vállalkozási szerződés teljesítésének teljes időszakába be kell vonni. A Döntőbizottság iratellenes módon figyelmen kívül hagyta, hogy a vállalkozási szerződés módosítása szükségszerűen kihat a Képes és Társa Kft.-vel megkötött alvállalkozói szerződésre is, amelyet a feleknek a belső útépítési munkák ütemezése esetén kell majd aktualizálniuk. A Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdései megsértésének megállapítása csak a teljesítés befejezését követően lehetséges.

A 4. kezdeményezési elem vonatkozásában előadta, hogy kivitelezés nem történt, a Döntőbizottság az Alaptörvény 28. cikkébe ütköző módon értelmezte az irányadó jogszabályi rendelkezéseket. Az építésügyi és az építésüggyel összefüggő szakmagyakorlási tevékenységekről szóló 266/2013. (VII. 11.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 266/2013. Korm. rendelet) 22. §-a, valamint a 191/2009. Korm. rendelet 13-14. §-ai alapján a felelős

műszaki vezetőt a kivitelezési tevékenységbe lehet bevonni. Ha nincs kivitelezési tevékenység, nincs felelős műszaki vezető sem. Nem határozható meg, hogy mikor fog folytatódni az építkezés, tehát a józan észnek megfelelően nem kellett fenntartania az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel a szerződéses jogviszonyt. Lehetősége van ugyanakkor a kivitelezés folytatása során bevonni a szakembert. A Kbt.-ben a bevonás mértéke, időtartama és feltételei nincsenek előírva. A szakmai alkalmasság körében a vállalkozási szerződés teljesítéséhez az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-t és a szakembert bevonta, a Döntőbizottság túlzó elvárást támasztva állapította meg a Kbt. 138. § (4) bekezdésének megsértését.

A bírság kiszabás tekintetében kifogásolta, hogy a Döntőbizottság mérlegelése során figyelembe vett D.357/8/2018. számú döntést a Fővárosi Törvényszék a 2020. november 25. napján kelt 103.K.705.091/2020/3. számú ítéletével megsemmisítette. A Döntőbizottság figyelmen kívül hagyta továbbá az Európai Unió Bíróságának (a továbbiakban: EUB) C-263/19. számú ítéletében foglaltakat is, amelynek 72-73. és 75. pontjai alapján tisztázni kellett volna a vállalkozási szerződés módosításában való közrehatását és magatartását. Ezzel az Ákr. 62. § (3)-(4) bekezdéseiben írtak mellett a Kbt. 165. § (7) és (11) bekezdéseiben foglaltakat is megsértette.

124. Az ajánlatkérő keresetében elsődlegesen a határozat megsemmisítését, illetve hatályon kívül helyezését, másodlagosan a határozat megváltoztatásával az eljárás megszüntetését kérte.

Előadta, hogy a Döntőbizottság a jogorvoslati eljárás perben nem orvosolható lényeges szabályainak megsértésével hozta meg határozatát. A Kbt. 170. § (1) bekezdése alapján kifejtette, hogy a Döntőbizottság nem megfelelően értékelt az eljárást; az Ákr. 1. §-ában, 2. § (1) bekezdésében és 6. § (1) bekezdésében foglalt alapelvek érvényesüléséhez az Ákr. 62. § (1) és (4) bekezdéseiben meghatározott tényállás tisztázási kötelezettsége körében vizsgálnia kellett volna a hivatalbóli kezdeményezés elkésztésére vonatkozó eljárási kifogást. A hivatalbóli kezdeményező és a Hatóság nem különíthető el, külön jogi személyiségük nincsen. A hivatalbóli kezdeményezőnek az ellenőrzési eljárását a 308/2015. Korm. rendelet 2020. január 31. napjáig hatályos 10. § (1) bekezdésében, illetve a Kbt. 2020. február 2. napjától hatályos 189/A. §-ában foglaltak alapján 2020. március 1. napján be kellett volna fejeznie, ezzel szemben jogszerűtlen módon keletkeztetett önmaga számára egy mesterségesen kreált 2020. november 16-i tudomásszerzési dátumot. A hivatalbóli kezdeményezés alapjául szolgáló Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja és (4) bekezdése a 2020. március 1. napján lejárt ügyintézési határidővel érintett hatósági ellenőrzési eljáráshoz köti a szubjektív kezdeményezési határidőt, így a 2020. március 1. napján történő tudomásszerzéstől számított hatvan napon, azaz 2020. április 30. napján túli hivatalbóli kezdeményezés elkésztett. A tényleges tudomásszerzés napja legkésőbb a 2020. március 26-i – utolsó – adatszolgáltatásával bekövetkezett. A Döntőbizottságnak az Alkotmánybíróság IV/114/2020. számú határozatára figyelemmel értékelnie kellett volna a két tudomásszerzési időpont konkurálását. Az Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontja értelmében a teljes hivatalbóli kezdeményezést vissza kellett volna utasítania vagy a jogorvoslati eljárást az Ákr. 47. § (1) bekezdés a) pontja alapján meg kellett volna szüntetnie.

Az 1. kezdeményezési elem tekintetében a hivatalbóli kezdeményezés elkésztett, valamint az nem is volt a Hatóság vizsgálatának tárgya. Az ellenőrzési eljárásban vizsgálható tárgyon, azaz a vizsgálat hatókörén kívül eső jogsértésről történő tudomásszerzés esetén az általános szabályok szerinti tudomásszerzéstől számítva van helye hivatalbóli kezdeményezésnek. A Kbt. 2019. január 1. napja előtt és után hatályos Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja és a 308/2015. Korm. rendelet 1. § (1) bekezdése a hatósági ellenőrzést a szerződés teljesítésének és módosításának vizsgálatára korlátozza; a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja is a hatósági ellenőrzés eredménye alapján teszi lehetővé a hivatalbóli kezdeményezést. Ezáltal a hivatalbóli kezdeményező a vállalkozási szerződés teljesítésének és módosításának körén

kívül eső kérdésben (1. kezdeményezési elem) történő tudomásszerzése nem köthető az ellenőrzési eljárás befejezéséhez. Amennyiben ezt a Döntőbizottság a tényállás tisztázási kötelezettsége alapján vizsgálta volna, meg kellett volna állapítania a hivatalbóli kezdeményezés elkészttségét és a hivatalbóli kezdeményezés ezen elemét az Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontja szerint vissza kellett volna utasítania vagy a jogorvoslati eljárást az Ákr. 47. § (1) bekezdés a) pontja alapján meg kellett volna szüntetnie.

Az 5. kezdeményezési elem esetében a hivatalbóli kezdeményezés ugyancsak elkésztett. Ennek vizsgálata szintén nem volt a Hatóság ellenőrzésének tárgya. Itt is egy Kbt. előírás számonkéréséről van szó, amely nem a vállalkozási szerződés része, nem függ össze a szerződés teljesítésével vagy módosításával, azaz az ellenőrzési eljárás tárgyával, így ez esetben is a tényleges tudomásszerzési időpontot kellett volna vizsgálnia a Döntőbizottságnak. Meg kellett volna állapítania a hivatalbóli kezdeményezés elkészttségét és a hivatalbóli kezdeményezés ezen elemét az Ákr. 46. § (1) bekezdés a) pontja szerint vissza kellett volna utasítania vagy a jogorvoslati eljárást az Ákr. 47. § (1) bekezdés a) pontja alapján meg kellett volna szüntetnie. Kiemelte, hogy a határozat 5. kezdeményezési elemmel kapcsolatos indokolása – előkérdésként – visszautal a 3. és 4. kezdeményezési elemeknél kifejtettekre, az ott szereplő jogsértésekre tekintettel állapítja meg a Kbt. 142. § (1)-(2) bekezdéseiben foglalt megsértését, amelyből a határozat rendelkező része csak a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési és dokumentálási kötelezettség megsértését tartalmazza. A Döntőbizottság jogellenesen összemosza a dokumentálási és ellenőrzési kötelezettség fogalmát, amikor az ellenőrzés eredményének dokumentálási kötelezettségére hivatkozik, mivel nincs ok-okozati összefüggés az ellenőrzés megtörténte vagy meg nem történte és a dokumentáció hiánya között. A Döntőbizottság az Ákr. 62. § (1) és (4) bekezdéseiben foglalt tényállás tisztázási kötelezettségét megsértve nem tisztázta, milyen ellenőrzési kötelezettséget hiányol; határozatában nem rögzítette, az miben nyilvánulna meg; az ellenőrzési kötelezettség körében milyen magatartás tanúsítása vagy tevékenység gyakorlása maradt el. Ténykérdés, hogy a kérelmezett a tárgybeli alvállalkozási szerződéseit – általa is ismerten – nem hosszabbította meg, ezen nem volt mit ellenőriznie, tehát a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt ellenőrzési kötelezettségét nem sértette meg. Ha nem volt olyan magatartás, amit tanúsítania kellett volna, akkor annak dokumentálása sem lehetséges, így a Kbt. 142. § (1) bekezdésében foglalt dokumentálási kötelezettségét nem mulasztotta el. Az 5. kezdeményezési elem előkérdésének minősített 3. kezdeményezési elem kapcsán kifejtette, hogy a Képes és Társa Kft. részt vett az alkalmasság igazolásában, az alvállalkozói szerződés kérelmezett által történő becsatolását követő akadályközlés miatt azonban a belső útépítési munkálatok még nem kezdődtek el, tehát a teljesítésére még nem volt szükség. A Döntőbizottság téves jogszabályértelmezéssel és irratellenesen állapította meg azt, hogy az el nem kezdett munkákra igénybe kellett volna venni az alvállalkozót. Az alvállalkozói szerződés igazolja, hogy a kérelmezett a Képes és Társa Kft.-t be kívánta vonni a teljesítésbe, tehát a Döntőbizottsági megállapítás idő előtti; a későbbiekben a Képes és Társa Kft. bármikor bevonható a teljesítésbe. Jogszabály nem írja elő, hogy az alvállalkozót a vállalkozási szerződés teljesítésének teljes időszakába be kell vonni, bármiféle fajtájú és időtartamú bevonás megfelelő. A Döntőbizottság figyelmen kívül hagyta, hogy az akadályközlés és a kivitelezési tevékenység teljes szünetelése szükségszerűen kihat a Képes és Társa Kft.-vel megkötött alvállalkozói szerződésre is, amelyet a feleknek a belső útépítési munkák ütemezése esetén kell majd aktualizálniuk. A Kbt. 138. § (2) és (4) bekezdései megsértésének megállapítása csak a teljesítés befejezését követően lehetséges.

Az 5. kezdeményezési elem előkérdésének minősített 4. kezdeményezési elem tekintetében előadta, hogy S.L. felelős műszaki vezető volt. A 266/2013. Korm. rendelet 22. §-a és a 191/2009. Korm. rendelet 13-14. §-ai alapján – az Alaptörvény 28. cikkében foglalt értelmezésre figyelemmel – a felelős műszaki vezetőt a kivitelezési tevékenységbe lehet bevonni. Ha nincs kivitelezési tevékenység, nincs felelős műszaki vezető. Nem határozható meg, hogy mikor fog folytatódni az építkezés, tehát a józan észnek ellentmond a felelős

műszaki vezető teljesítés nélküli bevonása. A kérelmezettnek lehetősége van a kivitelezés folytatása során bevonni a szakembert. A Kbt.-ben a bevonás mértéke, időtartama és feltételei nincsenek előírva, a szakembert célhoz kötötten kell bevonni. A Döntőbizottság a Kbt.-ben nem szereplő túlzó elvárást támasztva állapította meg a Kbt. 138. § (4) bekezdésének megsértését.

Utalt rá, hogy a határozat indokolása a 2. kezdeményezési elem kapcsán az 1. kezdeményezési elemre hivatkozik vissza. Álláspontja szerint a Döntőbizottság az Ákr. 62. § (4) bekezdésébe ütköző módon helytelenül értékelte a bizonyítékokat. Ténykérdésként maga is rögzítette, hogy a bekötőút rossz állapotú volt, nem volt váratlan továbbá, hogy azt mezőgazdasági gépek is használják, ezért számolt is az állagának romlásával. Az igazi kérdés az, hogy kellett-e azzal is számolnia, hogy a normál mezőgazdasági használaton túlmenő, rendkívüli és eseti károkozással a bekötőút használhatatlanná válik. A bekötőút 2018. augusztus 8. napjától 2018. szeptember 25. napjáig használható volt, majd bekövetkezett a rendkívüli állagromlás. A Döntőbizottságnak azt kellett volna tisztáznia, hogy kellett-e előre számolnia olyan romboló hatással, hogy az utat használó mezőgazdasági vállalkozó vontatmánya az útba beleakad, abból kihat egy szeletet, és ezzel kátyúkat képez. A Döntőbizottság azonban az ilyen fokú útromlás előre látható voltát nem vizsgálta; adottságként kezelte, hogy meg fog rongálódni az út, az ok-okozati kapcsolat és annak műszaki alátámasztása ugyanakkor hiányzik a határozatból. A rendkívüli, eseti (a normál kopás/rongálódás mértékét meghaladó szintű) útromlás kellő gondosság mellett sem volt előre látható, így a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját nem sértette meg.

A bírsággiszabás tekintetében hivatkozott arra, hogy a D.357/8/2018. számú döntést a Fővárosi Törvényszék a 2020. november 25. napján kelt 103.K.705.091/2020/3. számú ítéletével megsemmisítette. Ezen iratellenesen figyelembe vett döntésre a Döntőbizottság súlyosító körülményként nem hivatkozhat, így az Ákr. 62. § (3)-(4) bekezdései sérelmén keresztül megsértette a Kbt. 165. § (7) és (11) bekezdéseit.

125. A Döntőbizottság védirataiban a határozatában foglaltakat fenntartva a keresetek elutasítását kérte.

Álláspontja szerint a hivatalbóli kezdeményezés a Kbt. 153. § (4) bekezdésében foglaltak alapján nem késett el. Az Alkotmánybíróság 9/2020. (V. 28.) AB határozatában a jogsértésről való tudomásra jutási időpont körében kifejezetten a Kbt. 152. § (2a) bekezdése tekintetében, a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában közreműködő szervezet vonatkozásában határozott, ami a perbeli esetben nem irányadó. A Kbt. 189/A. §-a csak 2020. február 1. napján lépett hatályba; az ellenőrzési eljárásra a 308/2015. Korm. rendelet 10. § (1) bekezdésében meghatározott határidőt kellett alkalmazni. A 308/2015. Korm. rendeletben rögzített kilencven napos ellenőrzési határidő nem anyagi jogi jogszabály által előírt jogvesztő határidő, hanem eljárásjogi jellegű.

Az ajánlatkérő és a kérelmezett egyáltalán nem vagy csak jelentős késedelemmel teljesítették adatszolgáltatási kötelezettségüket, amely magatartásuk – bízva a kilencven napos határidő lejártában – alkalmas volt az ellenőrzés eredményességének késleltetésére. Az ajánlatkérő és a kérelmezett által ugyancsak hivatkozott IV/114/2020. számú ügyben az Alkotmánybíróság döntése adójogi szankció ügyintézési határidőn túli megállapítására vonatkozott, mely a jelen ügyben szintén nem releváns.

A kérelmezett az alkalmassága igazolásában részt vett Képes és Társa Kft.-t és az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. részéről S.L. szakembert nem csak az akadályközlés időtartama alatt nem vette igénybe, hanem a tárgyi építési beruházás vonatkozásában fennálló vállalkozási szerződés teljes teljesítési időtartama alatt; nem igazolta, hogy igénybe kívánta volna vagy kívánja venni ezen alvállalkozót. A vállalkozási szerződés 2020. augusztus 6-i lejártával a teljesítési határidő is lejárt, és a felek között nem született újabb megállapodás, tehát az építési beruházás kivitelezése sem lehet folyamatban.

Az 5. kezdeményezési elem kapcsán megállapított jogsértést nem a 3. és 4. kezdeményezési elemeknél megállapított jogsértésekre alapította, nem abból fakadóan, hanem attól függetlenül, az ajánlatkérő határozatban ismertetett mulasztására, magatartására tekintettel állapította meg a Kbt. 142. § (1) bekezdésének megsértését.

Az 1. kezdeményezési elem tekintetében az ajánlatkérő nem megfelelő alapossággal, gondossággal készítette elő a közbeszerzési eljárást, nem fordított kellő figyelmet annak alapos átgondolására, hogy a bekötőút az ismert és várható körülmények mellett a kivitelezés időtartama alatt biztosítja-e az építési helyszín megközelítését. Számolnia kellett azzal, hogy a bekötőút – az ismert és várható körülmények mellett – a kivitelezés időtartama alatt nem biztosítja az építési helyszín megközelítését, ebből kifolyólag pedig ez nem volt előre nem látható körülmény.

A 2. kezdeményezési elem tekintetében az ajánlatkérő és a kérelmezett által hivatkozott és a szerződésmódosítás indokaként a szerződésmódosításban megjelölt okokat vizsgálta a Döntőbizottság a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontban előírt feltétel tekintetében. Az ajánlatkérő és a kérelmezett vonatkozásában tett megállapításokat; ezek között az ajánlatkérő magatartását is számba vette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontban foglaltaknak megfelelően.

A bírság mértékének megállapítását nem befolyásolja a D.357/2018. számú ügyben elrendelt ismételt jogorvoslati eljárás, a bírság összegének mérlegelésére nem hat ki, a kérelmezettel szemben másik ügyben is sor került jogsértés megállapítására és bírság kiszabására.

A hivatalbóli kezdeményező beadványában – a Döntőbizottsági érveléssel egyetértve – a keresetek elutasítását kérte. Előadta, hogy a szubjektív kezdeményezési határidőt megtartotta. A közbeszerzési eljárás előkészítése és a szerződés teljesíthetősége között szoros kapcsolat áll fenn. A hivatalbóli kezdeményezésben felhozott Kbt. 28. § (1) bekezdése megsértéséről a Hatóság ellenőrzésének eredményeképpen értesült. A Kbt. 142. § (1) bekezdése szintén a szerződés teljesítésével kapcsolatos követelményeket rögzít, így jogosult volt a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontjában meghatározott hivatalbóli kezdeményezés benyújtására. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a vállalkozási szerződés módosításának jogszerűségét igazoló körülményt nem adtak elő. Az ajánlatkérő által elsőként a keresetben előadott eseti károkozás a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 85. § (2) bekezdése alapján nem vehető figyelembe. Rámutatott arra, hogy a Képes és Társa Kft.-t a kérelmezett a mezőgazdasági épületek kivitelezése vagy felújítása referencia, mint alkalmassági követelmény teljesítése érdekében is megjelölte. A kérelmezett a bontási munkák mellett a csatolt fényképfelvételek szerint már kivitelezési, felújítási munkálatokat is végzett.

A közigazgatási bíróság ítélete és annak indokai

126. A bíróság a 104.K.703.412/2021/21. számú ítéletében a D.496/35/2020. számú határozatot megsemmisítette és a Döntőbizottságot új eljárás lefolytatására kötelezte.

Indokolásában kifejtette, hogy a kérelmezett keresettségét az 1. kezdeményezési elemmel kapcsolatban, az ajánlatkérő keresettségét a 3. és 4. kezdeményezési elemekkel kapcsolatban elfogadta.

A bíróság rögzítette, hogy – a 2-4. kezdeményezési elemekhez hasonlóan – az 5. kezdeményezési elem tekintetében is fennállt a kezdeményező hivatalbóli kezdeményezési jogosultsága, amellyel kapcsolatos kezdeményezésre, illetve tudomásszerzési időpontra szintén alkalmazni kell a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontját és (4) bekezdését.

A bíróság a hivatalbóli kezdeményezés elkésettségére vonatkozó ajánlatkérői és kérelmezetti állításokat vizsgálva megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményező által a Kbt. 153. § (4) bekezdésére hivatkozással megjelölt 2020. november 16-i tudomásszerzési időpont megdönthető vélelmet jelent. Az ajánlatkérő és a kérelmezett az elkésettséget a Hatóság

szerződés-ellenőrzési eljárásának elhúzódására alapozták. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(4) bekezdéseiben rögzített hatásköre nem terjed ki a Hatóság Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontjában említett szerződés-ellenőrzési eljárása jogszerűségének vizsgálatára, és ennek kapcsán jogkövetkezmények alkalmazására. A hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzési időpontja bekövetkezésének ténye nincs összefüggésben a szerződés-ellenőrzési eljárás lefolytatására rendelkezésre álló határidő megtartottságával, mivel a Kbt. 153. § (4) bekezdésében meghatározott törvényi vélelem alapján a tudomásra jutás időpontja az ellenőrzési jegyzőkönyv elkészítésének időpontjával egyezik meg, ennek megdöntése esetén pedig a tudomásszerzés időpontja az a nap, amikor a jogsértést megalapozó tények a hivatalbóli kezdeményező birtokába kerülnek, azaz az ellenőrzés eredményéről való tudomásszerzés ténylegesen – akár az eljárást lezáró jegyzőkönyv elkészítése előtt – bekövetkezik. Ezáltal az ajánlatkérőnek és a kérelmezettnek a szerződés-ellenőrzési eljárás jogszerűségét vitató állításai nem eredményezik a hivatalbóli kezdeményezés elkésettségét.

A bíróság megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményezésben állított jogsértésekről történő, a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt időponttól eltérő tudomásszerzés időpontját az ajánlatkérő és a kérelmezett bizonyítani nem tudták, így helytállóan került megállapításra a határozatban, hogy a hivatalbóli kezdeményezésre a törvény által előírt határidőn belül került sor.

A bíróság a 3-5. kezdeményezési elemekkel kapcsolatban állított egyéb eljárásjogi kifogások kapcsán megállapította, hogy a jogorvoslati eljárást lényeges szabályszegés nem terheli.

127. A bíróság az 1. kezdeményezési elem tekintetében utalt arra, hogy a Kbt.-nek az eljárás előkészítésére, valamint a szerződésmódosításra vonatkozó rendelkezései egymással összefüggő szabályrendszer alkotnak. A Kbt. 28. § (1) bekezdése kifejezetten rögzíti, hogy az ajánlatkérőnek az előkészítés során törekednie kell a szerződésmódosítások megelőzésére. A következő ítélezési gyakorlat szerint a szerződéseknek új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül történő módosítása körében nem tekinthetők előre nem látható körülménynek azok, amelyek az ajánlatkérő mulasztásából, a közbeszerzési eljárás nem elég gondos előkészítéséből erednek (Kúria Kfv.VI.38.014/2018/7. számú ítéletének [47] bekezdése). A Kbt. 28. § (1) bekezdése alapján az ajánlatkérő kötelezettsége volt a közbeszerzési eljárás megfelelő alapossággal történő előkészítése, aki a közbeszerzési dokumentációban foglaltak szerint a telepen a meglévő épületek és műtárgyak bontását és újak építését, illetve felújítását írta elő. Ennek során reálisan számolnia kellett a telep megközelíthetőségének biztosításával, azzal, hogy a bekötőutat – a már meglévő telepi és mezőgazdasági igénybevétel mellett – nehéz gépjárművek fogják jelentős mértékben terhelni. A közbeszerzési eljárás megfelelő előkészítését az ajánlatkérő a Kbt. 46. § (1) bekezdése alapján köteles volt írásban dokumentálni. Ennek ellenére a közigazgatási perben sem támasztotta alá azon állítását, hogy a bekötőút általa is ismert rossz állapotával már a közbeszerzési eljárás előkészítése során is számolt, a telep megközelíthetőségének folyamatos biztosítására bármiféle intézkedést tett volna. A bekötőutat érintő vis maior időjárási eseményt, azaz rendkívüli esős időjárást, továbbá a bekötőút normál mezőgazdasági használaton túlmenő használatából eredő rendkívüli és eseti károkozást nem igazolt. Ebből következően a kezelésében álló és eleve rossz állapotú bekötőút vagy a normál használat mellett, vagy éppen a bontási anyagok elszállítása miatt, vagy ezek együttes hatása eredményeképpen vált alkalmatlanná a bontási és építési munkálatokhoz szükséges szállítási feladatok elvégzésére. A további állagromlást kiváltó okokkal bizton számolni kellett, az okozat bekövetkezésére pedig ésszerűen számítani lehetett. Mindezek szerint a Döntőbizottság jogszerűen állapította meg, hogy az ajánlatkérő a Kbt. 28. § (1) bekezdésében meghatározott kötelezettségét elmulasztotta.

128. A bíróság a 2. kezdeményezési elemmel összefüggésben a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata körében hivatkozott az EUB C-263/19.számú, előzetes döntéshozatali eljárás iránti kezdeményezés tárgyában hozott ítéletre, melyben az EUB kimondta, hogy a Jogorvoslati irányelv 2e. cikk (2) bekezdését és a 2007/66/EK irányelv (19) - (21) preambulum bekezdéseit úgy kell értelmezni, hogy azokkal nem ellentétes az a nemzeti szabályozás, amely a felügyelő hatóság által hivatalból indított jogorvoslati eljárás keretében lehetővé teszi, hogy a jogsértésért ne csak az ajánlatkérőnek, hanem a közbeszerzési szerződés nyertes ajánlattevőjének is megállapítsák a felelősségét, és vele szemben bírságot szabjanak ki abban az esetben, ha valamely teljesítés alatt álló közbeszerzési szerződés módosításakor a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó szabályok alkalmazását jogellenesen mellőzték. Ha a nemzeti szabályozás előír ilyen lehetőséget, a jogorvoslati eljárásnak tiszteletben kell tartania az uniós jogot, ideértve annak alapelveit, mivel maga az érintett közbeszerzési szerződés – mind az eredeti formájában, mind a jogellenes módosítását követően – a közbeszerzésekről szóló irányelvek tárgyi hatálya alá tartozik. Az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő között létrejött közbeszerzési szerződés jogsértő módosítását szankcionáló bírság összegét az egyes felek magatartásának a figyelembevételével kell meghatározni. Az EUB kifejtette, hogy jóllehet, az adott ügyben a kérdést előterjesztő bíróság feladata annak értékelése, hogy a nyertes ajánlattevővel szemben kiszabott bírság összege arányban áll-e a közbeszerzésekről szóló törvény céljaival, az ellenőrző hatóság vagy a kérdést előterjesztő bíróság az ilyen összeg meghatározása során nem szorítkozhat kizárólag azon körülmény figyelembevételére, hogy a szerződő felek között fennálló szerződéses viszony alapján azok együttes magatartására van szükség annak érdekében, hogy sor kerüljön a közbeszerzési szerződésük módosítására. Ezen összeget ugyanis az érintett közbeszerzési szerződés feleinek azon időszakban tanúsított magatartásával vagy tevékenységével összefüggésben kell meghatározni, amelynek során a felek e szerződés módosítását tervezték. A Kbt. 141. § (7) bekezdésében meghatározott hirdetményben megjelölt indokok alátámasztottságának hiányában a Döntőbizottság jogszerűen állapította meg azt, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglaltakat, a rendkívüli esőzés nem nyert igazolást, továbbá a mezőgazdasági területektől övezett bekötőúton mezőgazdasági gépek közlekedése nem előre nem látható körülmény. Ebből következően a vállalkozási szerződés módosításának indoka nem valós, tehát az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját.

A bíróság a kérelmezett vonatkozásában a 2. kezdeményezési elemmel kapcsolatban rögzítette, hogy a kérelmezett terhére a Döntőbizottság kizárólag azt hozta fel, hogy a szerződésmódosítás feltételeinek fennállását ő sem tudta igazolni, a módosítás indoka nem tekinthető a szerződő felek által előre nem látható körülménynek. A bíróság rámutatott arra, hogy a közbeszerzési szerződés módosításának jogszerűségéért – az EUB C-263/19. számú ítéletében és a Jogorvoslati irányelv 2e. cikk (2) bekezdésében foglaltakra figyelemmel – a nyertes ajánlattevő is felelősséggel tartozik; a közbeszerzési szerződés jogsértő módosításáért bírsághozható; a közbeszerzési szerződés jogsértő módosítását szankcionáló bírság összegét az egyes felek magatartásának a figyelembevételével kell meghatározni. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja kizárólag az ajánlatkérő oldaláról felmerülő körülmények vizsgálatát követeli meg, és nem rendelkezik a nyertes ajánlattevő által kellő gondossággal eljárva előre nem látható körülmények vizsgálatáról. Ennélfogva a kérelmezett alappal hivatkozott arra, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja megsértéséhez vezető magatartását nem vizsgálta; továbbá a határozat sem tartalmaz indokolást arra nézve, hogy mely okból sértette meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontját. A bíróság rögzítette, hogy jelen ügyben kiemelt jelentősége van annak, hogy a Kúria Kf.I.40.725/2021/18. számú ítéletében ismertetett tényállástól eltérően itt a Döntőbizottság nem a Kbt. 141. § (1) és (8) bekezdéseiben foglaltak, hanem a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontjának nyertes ajánlattevő, kérelmezett általi megsértését állapította

meg. A bíróság megjegyezte, hogy a Kbt. 141. § (1) és (8) bekezdései nyertes ajánlattevő által történő megsértésének – adott esetben a Kbt. 141. § (2)-(6) bekezdéseinek megsértésén keresztül történő – Döntőbizottsági megállapítása esetén lehet elegendő azon körülmény megállapítása, hogy a nyertes ajánlattevő sem tudta a szerződésmódosítás feltételeinek fennállását igazolni, mivel a közbeszerzési szerződés Kbt. szabályaiba ütköző, jogellenes módosítása olyan objektív közbeszerzési jogsértés, amely a jogellenes magatartás megvalósításával a szerződő felek részéről jogsértéssel jár együtt.

129. A 3. kezdeményezési elemmel kapcsolatban a bíróság rögzítette, hogy a Döntőbizottság alappal állapította meg, hogy az alkalmassági követelmények igazolásában részt vett Képes és Társa Kft. a 2020. augusztus 6. napján lejáró vállalkozási szerződés teljesítésében nem vett részt, továbbá 2019. október 5. napját követően közte és a kérelmezett között szerződéses kapcsolat nem állt fenn. Ezáltal a Képes és Társa Kft. teljesítésbe történő bevonására sem a tényleges kivitelezést, sem a rendelkezésre állási kötelezettségének biztosítását illetően nem került sor. A Döntőbizottság határozata a Kbt. 138. § (2) bekezdését nem sérti.

A 4. kezdeményezési elem kapcsán a bíróság rögzítette, hogy a Döntőbizottság azt is jogszerűen állapította meg, hogy a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (4) bekezdését. S.L. felelős műszaki vezetőnek vállalkozási szerződésben előírt bevonására a kérelmezett az „S-L-G” Mérnökiroda Bt.-vel 2019. október 7. napjáig rendelkezett alvállalkozói szerződéssel, és S.L. utoljára 2019. szeptember 3. és 20. napjain látott el felelős műszaki vezetői feladatokat. Ezt követően sem S.L. felelős műszaki vezetőnek, sem helyette más szakembernek a bevonására nem került sor. Ezzel a kérelmezett a vállalkozási szerződés teljesítésben S.L. rendelkezésre állását, valamint tényleges munkavégzését nem biztosította.

Az 5. kezdeményezési elemmel kapcsolatban a bíróság rögzítette, hogy a Döntőbizottság jogszerűen állapította meg a Kbt. 142. § (1) bekezdésének megsértését, ezáltal a határozat nem jogszabálysértő. Az ajánlatkérő köteles lett volna dokumentálni azon szerződéses kötelezettségek teljesítését, amelyeket a közbeszerzési eljárásban az értékelés során figyelembe vett. Az a körülmény, hogy a közbeszerzési eljárásban kapacitást nyújtó szervezetként értékelte a Képes és Társa Kft. bevonását és az „S-L-G” Mérnökiroda Bt. közreműködésével S.L. felelős műszaki vezető bevonását, elengedhetetlenül együtt jár azzal, hogy a vállalkozási szerződés teljesítésének teljes időtartama alatt – akár ellenőrzés útján is – meggyőződést nyerjen arról, hogy ezen szervezetek és személyek a teljesítéshez rendelkezésre állnak vagy a teljesítésbe történő bevonásuk a Kbt. valamely rendelkezése alapján már nem szükséges vagy helyettük a Kbt. alapján más szervezetek és személyek kerültek bevonásra. Arról, hogy erről meggyőződött az ajánlatkérő, vagy a kérelmezettet felhívta ezen kötelezettségének teljesítésére vagy vele szemben valamely jogkövetkezményt alkalmazott, az ajánlatkérőnek ellenőrizhető módon dokumentálnia kellett volna. A Döntőbizottság alappal állapította meg, hogy a kötelezettségek teljesítése tisztázásának bármely okból történő elmaradása jogszabálysértő.

130. A bíróság a bírság kiszabásával és mértékével kapcsolatos Döntőbizottsági mérlegelés jogszerűségének vizsgálata során megállapította, hogy a Döntőbizottság mérlegelése során az ajánlatkérő és a kérelmezett terhére vette figyelembe, hogy a D.357/8/2018. számú határozatában már jogsértést állapított meg és bírságot szabott ki velük szemben. A Fővárosi Törvényszék – a Kúria Kfv.IV.37.130/2021/4. számú ítéletével hatályában fenntartott – 103.K.705.091/2020/3. számú ítéletével az alperes D.357/8/2018. számú határozatát megsemmisítette, és az alperest új eljárásra kötelezte. A Kp. 92. § (1) bekezdésének bevezető mondatrésze szerint a közigazgatási cselekmény megsemmisítése a közlésére visszamenőleges hatállyal történik, tehát a nem létező D.357/8/2018. számú határozatban foglaltakat az ajánlatkérő és a kérelmezett terhére mérlegelni nem lehet. Továbbá a bíróság az

ítéletben megállapította, hogy a kérelmezett esetében a bírságkiszabás egyik jogalapja, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontjának megsértése – eljárási okból – nem fogadható el. A kérelmezettnek a vállalkozási szerződés módosításához vezető magatartását nem tárta fel és nem értékelte, a Döntőbizottság a bírságkiszabás mértének meghatározása alapjául szolgáló egyik lényeges körülmény tekintetében a tényállás tisztázási, továbbá indokolási kötelezettségének nem tett eleget. A bíróság ezért megállapította, hogy a mérlegelési szempontok és azok okszerűsége, tehát a bírság összegeket megállapító döntés indokai az Ákr. 81. § (1) bekezdésében foglaltaknak nem felelnek meg, amely az ügy érdemi elbírálására kiható, a bírósági eljárásban nem orvosolható eljárásjogi szabályszegés.

A bíróság rögzítette, hogy az EUB a C-263/19.számú ügyben meghozott, a Jogorvoslati irányelvet értelmező ítéletében követelményként állította a jogalkalmazás elé, hogy az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő között létrejött közbeszerzési szerződés jogsértő módosítását szankcionáló bírság összegét az egyes felek magatartásának a figyelembevételével, az érintett közbeszerzési szerződés feleinek azon időszakban tanúsított magatartásával vagy tevékenységével összefüggésben kell meghatározni, amelynek során a felek e szerződés módosítását tervezték. A Kúria a Kf.I.40.725/2021/18. számú ítéletében az EUB ítéletében foglaltakat a hazai jog szabályaira alkalmazva rögzítette, hogy a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja a jogsértés fennállása esetén kötelezővé teszi a bírság jogkövetkezmény alkalmazását; a bírság jogkövetkezmény alkalmazása a jogsértő magatartás megvalósítójával szemben kötelező, ugyanakkor a bírság mértékének megállapítására a Kbt. 165. § (11) bekezdésében foglalt rendelkezés alapján az eset összes körülménye figyelembevételével, ezáltal mérlegeléssel kerül sor; az uniós alapelvek tiszteletben tartását biztosító elvárások, így a szerződő felek magatartásának értékelése befolyásolják a bírság mértékét. Abból a körülményből fakadóan, hogy a Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett vonatkozásában a vállalkozási szerződés jogellenes módosításán túl még számos egyéb jogsértést állapított meg, azonban a bírságösszeget mindkét fél esetében egyetlen (tételeiben nem részletezett) összegben határozta meg, tehát az egyes jogsértéseket nem rendelte valamely mértékű jogkövetkezményhez – ezáltal a megállapított jogsértésekhez rendelhető jogkövetkezmény megalapozottsága nem vizsgálható – a határozat rendelkező része a Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 62. §-a és 81. § (1) bekezdése alapján az ügy érdemi elbírálására kihatóan, a bírósági eljárásban nem orvosolható módon jogszabálysértő. A közigazgatási perben nem ellenőrizhető, hogy a Döntőbizottság a bírság jogkövetkezmény alkalmazása során megtartotta-e az EUB és a Kúria által értelmezett jogi normákban foglaltakat. A bíróság hangsúlyozza, hogy a Döntőbizottságnak nincs a Kbt. 165. §-ából fakadó jogszabályi kötelezettsége arra, hogy valamennyi jogsértésre külön-külön bírságösszeget állapítson meg, azonban az általa megállapított jogsértések és az ennek következtében alkalmazott jogkövetkezmények jogszerűségének a Kp. 85. § (5) bekezdésében foglaltak megtartottságának a jogalkotó által megkövetelt módon ellenőrizhetőnek kell lenniük, amely követelmény jelen ügy összetett jellegére figyelemmel nem biztosított.

A hivatalbóli kezdeményező jelen megismételt eljárásban tett nyilatkozata

131. A hivatalbóli kezdeményező rögzítette, hogy a jogorvoslati kezdeményezésében foglaltakat és a korábbi előzményi eljárásban (D.496/2020.) tett észrevételekben foglaltakat valamennyi kezdeményezési elem tekintetében változatlan tartalommal fenntartja. A kezdeményező álláspontja szerint a megismételt jogorvoslati eljárásban relevanciával nem bír, hogy az ajánlatkérő 2021. májusától kikerült a Kbt. hatálya alól. A jelen megismételt jogorvoslati eljárás tárgya szerinti közbeszerzési eljárás tekintetében az ajánlatkérő a Kbt. 5. § (3) bekezdése szerinti ajánlatkérőnek minősül, ennek okán a tárgyi beszerzés tekintetében az eljárás megindításakor hatályos Kbt. szerinti közbeszerzési eljárás lefolytatására, ezzel összefüggésben a Kbt. rendelkezéseinek betartására volt köteles. Az ajánlatkérő számára tehát

már a támogatási kérelem benyújtásakor hatályos jogszabályi rendelkezések – melyek közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettséget írtak elő a támogatáshoz kapcsolódóan - is előírták, hogy amennyiben támogatásra alkalmasnak minősül (építési beruházását ajánlatkérő 60%-os mértékben európai uniós alapokból kívánta megvalósítani), a Kbt. alanyi hatálya alá kerül, azaz további jogok és kötelezettségek terhelik bizonyos értékhatárt meghaladó beszerzései vonatkozásában, mely kötelezettségek nem merülnek ki a közbeszerzési eljárás lefolytatásával, az ajánlatkérőnek a teljesítés és az esetleges módosítások során is szem előtt kell tartania a Kbt. rendelkezéseit. Erre tekintettel jelen megismételt jogorvoslati eljárás során sem bírhat relevanciával az, hogy a szerződéskötés és a szerződés teljesítése már nem tartozna a Kbt. hatálya alá, mint ahogyan azon indok sem, hogy mind az általános, mind a speciális prevenció elenyészett.

Mindezekre tekintettel az ajánlatkérő és a kérelmezett észrevételében előadottak a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés szerint feltételezett jogsértések megítélésével kapcsolatban nem foghatnak helyt, a feltételezett jogsértéseket nem annulálják.

A jelen megismételt eljárásban tett ajánlatkérői és kérelmezetti nyilatkozat

132. Az ajánlatkérő és a kérelmezett egyezően adták elő, hogy az előzmény jogorvoslati eljárásban, valamint a bírósági eljárásban tett nyilatkozataikat a jelen megismételt eljárásban vegye figyelembe a Döntőbizottság. Kérték az esetleges bírság kiszabása során az újabb időmúlás – a megsemmisített döntéstől több mint egy év telt el – enyhítő körülményként történő figyelembe vételét és értékelését. Kérték az esetleges bírság kiszabása során enyhítő körülményként értékelni, hogy az ajánlatkérő kikerült a Kbt. 5. § ajánlatkérői közül, mivel a jogszabály akként módosult, hogy már nem kell rá a Kbt.-t alkalmazni. Ennek megfelelően a kérelmezett szerződéskötése és szerződés teljesítése sem tartozna már a Kbt. hatálya alá. A jogalkotó megszüntette azokat a viszonyokat, amelyek között illetve ami miatt a jelen eljárás zajlik, azaz a jogpolitikai cél megszűnt. Egy rövid ideig, átmenetileg fennállt helyzetben, alkalmatlanságuk és feleslegességük miatt megszüntetett szabályok számonkéréséről van szó, amit kértek enyhítő körülményként értékelni. Az ajánlatkérő és a kérelmezett álláspontja szerint velük szemben megszűntek azok a közbeszerzési szabályok, amiknek a betartására a bírság alkalmazásával rá „kellene” szorítani a feleket, azaz mind az általános mind a speciális prevenció elenyészett, a bírságnak célja ebben a körben valójában már nincs is.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

133. A Döntőbizottság elsődlegesen a Kbt. 197. § átmeneti rendelkezéseinek megfelelően a kezdeményezés benyújtásának napján hatályos Kbt. alapján megvizsgálta az ajánlatkérő és a kérelmezett által a kezdeményezés vonatkozásában előterjesztett eljárásjogi kifogásokat.

134. Elsőként azt vizsgálta, hogy a kezdeményezés a Kbt.-ben rögzített határidőben került-e benyújtásra.

A Kbt. 152. § (1) bekezdése – egyebek mellett – az alábbiakat tartalmazza:

A Közbeszerzési 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:

a) a Közbeszerzési Hatóság elnöke.

A Kbt. 152. § (2) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását a Kbt. 152. § (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. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását, ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

A Kbt. 153. § (4) bekezdés szerint az (1) bekezdés c) pontja szerint kezdeményezett jogorvoslati eljárás esetén a tudomásra jutás időpontja megegyezik a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerint lefolytatott hatósági ellenőrzés befejezésének napjával.

135. A Döntőbizottság a fenti jogszabályi rendelkezések alapján megállapította, tekintettel arra, hogy a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontja szerinti személy a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalból való eljárását, a kezdeményezés benyújtására nyitva álló szubjektív határidőt a Kbt. 152. § (2) bekezdése (a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan nap) rögzíti.

136. A Döntőbizottság – tekintettel az ajánlatkérő és a kérelmezett eljárásjogi kifogására – a következőkben a szubjektív határidő megtartottságát vizsgálta, e körben a Döntőbizottságnak tekintettel kellett lennie a 2019. január 1-jén hatályba lépett jogszabályi változásokra.

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLIII. törvény módosításáról szóló 2018. évi LXXXIII. törvény (a továbbiakban: Mód3. tv.) 51. §-a úgy rendelkezett, hogy a Kbt. 153. §-a a következő (4) bekezdéssel egészül ki:

(4) Az (1) bekezdés c) pontja szerint kezdeményezett jogorvoslati eljárás esetén a tudomásra jutás időpontja megegyezik a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerint lefolytatott hatósági ellenőrzés befejezésének napjával.

A Mód3. tv. 68. § (2) bekezdése szerint a 38. §, a 49-63. §, a 64. § (2) bekezdése, a 65. § (2)-(3) bekezdése, a 66. § 23-24., 27-29., 31-38. és 40-42. pontja, a 67. § (1) bekezdés 1. és 6-8. pontja, valamint a 67. § (2) bekezdés 16-20. pontja 2019. január 1-jén lép hatályba.

A Kbt. 197. § (10) bekezdése szerint e törvénynek a Mód3. tv. által megállapított rendelkezéseit – a (11)-(13) bekezdésben foglaltak kivételével – a Mód3. tv. hatálybalépése után megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra, valamint a Mód3. tv.

hatálybalépése után kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra kell alkalmazni.

137. Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, tekintettel arra, hogy a Kbt. 197. § (10) bekezdése szerint a Kbt.-nek a Mód3. tv. által megállapított rendelkezéseit (köztük a Kbt. 153. § (4) bekezdését) a Mód3. tv. hatálybalépése, 2019. január 1. után kezdeményezett jogorvoslati eljárásokra is kell alkalmazni, így jelen, 2020. november 19-én kezdeményezett eljárásban a Döntőbizottságnak a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján kellett megállapítania a jogsértés tudomásra jutásának időpontját. A Döntőbizottságnak azt kellett vizsgálnia, hogy a Hatóság mely napon fejezte be a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzést.

A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményező által rendelkezésre bocsátott T-02565/37/2019. számú jegyzőkönyv alapján megállapította, hogy a kezdeményezésben foglalt közbeszerzési jogsértésekre vonatkozó hatósági ellenőrzési eljárás 2020. november 16-án zárult le.

138. Fentiek szerint a jogsértés tudomásra jutásának időpontja 2020. november 16-a, amely időpont alapján – tekintettel a Kbt. 152. § (2) bekezdésében rögzített hatvan napos szubjektív határidőre – a kezdeményezés 2020. november 19. napján a törvényes határidőn belül került előterjesztésre a kezdeményezési elemek mindegyike tekintetében, az nem elkésett. A Döntőbizottság ezért nem osztotta az ajánlatkérő és a kérelmezett által e körben hivatkozottakat. A Hatóság ellenőrzési eljárása ügyintézési határideje megtartottságát érintő eljárásjogi kifogásokra vonatkozóan a Döntőbizottság rögzíti, hogy hatásköre kizárólag arra terjed ki, hogy a kezdeményező a kezdeményezést az irányadó jogorvoslati határidők betartásával terjesztette-e elő, Kbt. 145. § (2) és (3) bekezdéseiben rögzített hatáskörei nem terjednek ki a kezdeményező szervezeti egységei által folytatott hatósági eljárásokra vonatkozó normák betartásának ellenőrzésére.

139. A Döntőbizottság ezt követően abban a kérdésben foglalt állást, hogy az 1. és 5. kezdeményezési elem tárgya tekintetében jogosult-e a hivatalbóli kezdeményező jogorvoslati kezdeményezést benyújtani a szerződés módosítása és teljesítése körében.

A Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság figyelemmel kíséri a közbeszerzési eljárás, valamint a koncessziós beszerzési eljárás alapján megkötött szerződések módosításáról szóló hirdetményeket, ennek során az Ákr. alapján hatósági ellenőrzés (a továbbiakban: szerződés-ellenőrzési eljárás) keretében - jogszabályban meghatározott részletes szabályok szerint - ellenőrzi a szerződések teljesítését és módosítását, a tervpályázati eljárás eredményét, valamint megteszi különösen a 153. § (1) bekezdés c) pontjában és a 175. §-ban meghatározott intézkedéseket.

A Kbt. 153. § (1) bekezdés szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását,
c) ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

140. A fenti jogszabályhelyek alapján a Hatóság elnöke köteles jogorvoslati eljárást kezdeményezni, ha a kezdeményezés feltételei fennállnak, vagyis ha az ellenőrzésének eredménye alapján valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor. A Kbt. nem szűkíti le a kezdeményezés körét a

jogsértések tekintetében, hanem azt rögzíti, hogy a Hatóság elnöke amennyiben az ellenőrzési eljárása során a szerződés módosításához vagy teljesítéséhez kötődően jogsértést észlel, akkor az ellenőrzés eredményeként hivatalból jogorvoslati eljárást kell kezdeményeznie. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy egyebekben pedig a Hatóság elnöke jogorvoslati eljárást kezdeményezhet bármely a feladatköre ellátása során tudomására jutott Kbt.-be ütköző magatartás vagy mulasztás esetén is (Kbt. 152. § (1) bekezdés).

Tárgybani esetben az 1. kezdeményezési elem a Kbt. 28. § (1) bekezdésének megsértésére irányult, a hivatalbóli kezdeményező szerint a tárgybani szerződésmódosítás jogsértő volta olyan mulasztás miatt állt elő, ami a közbeszerzési eljárás előkészítésének hiányosságából fakadt. Így az 1. kezdeményezési elembe megjelölt jogsértés és jogsértő magatartás a szerződésmódosítás kérdéséhez szorosan kötődik, a szerződésmódosításhoz kapcsolódó esetleges jogsértés.

A tárgybani kezdeményezés 5. eleme pedig a Kbt. 142. § (1) bekezdés megsértésének kérdése, az ajánlatkérő szerződésmódosításához vezető körülmények és a szerződés teljesítésének nem megfelelő dokumentálása, mely szintén a szerződésmódosításhoz és szerződés teljesítéséhez szorosan kapcsolódó jogsértés.

141. Mindezek alapján, mivel egyrészt az 1. és 5. kezdeményezési elembe megjelölt jogsértés szorosan kapcsolódik a szerződésmódosításhoz, teljesítéshez, másrészt pedig a Kbt. nem korlátozza a Hatóság Elnökének jogorvoslati eljárás kezdeményezési jogát a jogsértések megjelölése tekintetében, így nincs akadálya ezen kezdeményezési elemek, jogsértések előterjesztésére a hivatalbóli kezdeményező által.

142. A Döntőbizottság megállapította, hogy a fenti eljárásjogi kifogások nem alaposak, így a jogorvoslati eljárás megszüntetésének nincs helye, ezért a jogorvoslati kezdeményezés érdemi vizsgálatára kerül sor a 2018. április 11-én (a közbeszerzési eljárás megkezdése) hatályos Kbt. rendelkezései alapján.

143. Az 1. kezdeményezési elem a közbeszerzési eljárás ajánlatkérő általi nem megfelelő előkészítettségére vonatkozik, a Kbt. 28. § (1) bekezdésében előírt ajánlatkérői kötelezettségre.

A Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerint az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Rész hatálya alá tartozó közbeszerzés megvalósításakor választása szerint a Kbt. Második Részében meghatározott szabályok szerint jár el a 113-116. §-ban foglalt eltérésekkel.

A Kbt. 3. § 22. pontja szerint a közbeszerzés előkészítése: az adott közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás megkezdéséhez szükséges cselekmények elvégzése, így különösen az adott közbeszerzéssel kapcsolatos helyzet- és piacfelmérés, előzetes piaci konzultáció, a közbeszerzés becsült értékének felmérése, a közbeszerzési dokumentumok előkészítése.

A Kbt. 28. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő köteles a közbeszerzési eljárást - a beszerzés tárgyára és becsült értékére tekintettel - megfelelő alaposággal előkészíteni. Az ajánlatkérő által rendelkezésre bocsátott közbeszerzési dokumentumoknak biztosítaniuk kell, hogy az eljárásban a gazdasági szereplők képesek legyenek műszakilag megfelelő, fizikailag megvalósítható és gazdasági szempontból reális ajánlatot adni. Az ajánlatkérőnek már a közbeszerzési eljárás előkészítése során törekednie kell a magas minőségű teljesítés feltételeinek biztosítására, a környezet - beszerzés tárgyára tekintettel biztosítható - védelmére és a fenntarthatósági szempontok figyelembevételére, valamint a beszerzés tárgyát érintő szerződésmódosítások megelőzésére. Az ajánlatkérő alkalmazhatja az értékelés módszerét

is.

144. Nagy jelentősége van a közbeszerzési eljárás megfelelő alapossággal való előkészítésének, mivel az előkészítés során elkészített felhívás és dokumentáció tartalma fogja megalapozni az egész közbeszerzési eljárást, továbbá az annak eredményeként megkötött szerződés teljesítését is. Ezért rögzíti a Kbt. külön jogszabályhelyként a Kbt. 28. §-ában az ajánlatkérőnek ezt a fontos kötelezettségét, mely a közbeszerzési eljárások egyik legnagyobb körütekintést igénylő feladata.

Az ajánlatkérőnek a közbeszerzési eljárás megkezdése előtt végig kell gondolnia a megvalósítás valamennyi lehetséges lépéseit figyelemmel minden olyan számba vehető és veendő körülménnyel, ami akár a közbeszerzési eljárás, akár majd a szerződés teljesítése körében felmerülhet. Ez éppen azt a célt szolgálja, hogy a közbeszerzési szerződések teljesítése során ne merülhessen fel olyan probléma, ami a nem megfelelő előkészítésre vezethető vissza és ne eredményezze ez a szerződés módosítását.

145. Jelen közbeszerzés tárgya építési beruházás volt. Egy építési beruházás megvalósítására irányuló közbeszerzési eljárás előkészítésekor az ajánlatkérőnek a helyzetfelmérés során meg kell ismernie az építési beruházás helyszínét, meg kell terveznie az építési munkákat, és át kell gondolnia a kivitelezés során felmerülő általában szokásos kérdéseket.

Tárgybani építési beruházás során az ajánlatkérő meghatározta, hogy bontási és építési munkálatok is lesznek, mely kapcsán a bontási hulladékot el kell szállítani, továbbá az építéshez építőanyagokat kell a helyszínre szállítani, valamint az építés során nagy munkagépek, teherautók fognak az építési helyszínre érkezni, dolgozni. Tehát figyelembe kellett volna vennie, hogy az építési helyszín megközelítését lehetővé tevő bekötőút milyen állapotú, a kivitelezés időtartama alatt biztosítja-e az építési helyszín megközelítését és a munkavégzést.

Az ajánlatkérőnek tájékozódnia kellett volna, hogy azon bekötő utat kik használják még, milyen járművekkel – figyelemmel arra is, hogy az ajánlatkérő az építési helyszín megközelítését lehetővé tevő bekötő út kezelője. Ezek alapos ismerete mellett lehetett volna abban a helyzetben, hogy tárgybani közbeszerzési eljárást alaposan előkészítse a szerződésszerű teljesítéshez.

146. Az ajánlatkérő és a kérelmezett által rendelkezésre bocsátott iratok, nyilatkozatok alapján az állapítható meg, hogy az ajánlatkérő nem fordított kellő figyelmet annak alapos átgondolására, hogy a kivitelezés időtartama alatt az építési helyszín megközelítése biztosított-e, a kezelésében lévő bekötőút - figyelemmel az időjárás által vagy az egyéb úthasználók által okozott állagromlásra is – alkalmas lesz-e arra, hogy az ajánlatkérő által előírt kivitelezési időtartam alatt biztosítsa a szerződésszerű teljesítést. Az ajánlatkérőnek ezzel számolnia kellett volna, mert ez az egyik alapja a kivitelezés teljesítésének.

Az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy a bekötőút felújítása már tervben volt a közbeszerzési eljárást megelőzően, csak finanszírozási problémák álltak fenn. Azt is előadta, hogy a pályázat beadása és a támogatói okirat aláírása között eltelt több mint egy évben az út állapota tovább romlott.

A kérelmezett pedig 2020. május 22-én kelt a Hatósági ellenőrzés során benyújtott nyilatkozata szerint az ajánlatkérőnek a kivitelezés megkezdéséig nem volt tudomása arról, hogy kik használják még és milyen igénybevétellel a bekötőutat és feltételezte, hogy állagromlás esetén az út tulajdonosa, az önkormányzat helyreállítja majd azt. Továbbá előadta, hogy a munkaterület átadásakor az út rossz állapota ellenére még az azon való közlekedés nem okozott problémát.

147. A fentiek alapján az látható, hogy az ajánlatkérő már a közbeszerzési eljárás megkezdését megelőzően látta az út rossz állapotát, ismerte annak folyamatosan romló állapotát, valamint nem tájékozódott a bekötőút használatát, igénybevitelét illetően. Ezt erősíti az ajánlatkérő által csatolt műszaki ellenőr 2020. december 2-án kelt nyilatkozata is, aki szintén azt rögzíti, hogy az út állaga a támogatás iránti pályázat beadását követően folyamatosan romlott, tehát már a közbeszerzési eljárás megkezdését megelőzően, továbbá úgy fogalmazott, hogy az „eredetileg aszfalt burkolatú út”, ami szintén arra utal, hogy már rossz állapotban volt a bekötőút. Az út rossz állapotát támasztja alá az is, hogy a tényleges kivitelezés megkezdését (2018. szeptember 18.) követően 6 nap bontási munkavégzés után már akadályközlést jelentett a kérelmezett, mindez azt mutatja, hogy a bekötőút már a közbeszerzési eljárást megelőzően rossz állapotban volt.

148. Mindezek alapján a Döntőbizottság arra a megállapításra jutott, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítésekor nem járt el kellő alaposággal a vonatkozásban, hogy az építési helyszín megközelítését biztosító bekötőút állapotát felmérte volna és tájékozódott volna az út mások általi használata, igénybevétele tekintetében, nem volt figyelemmel az út állagromlására az általános időjárási körülményekre, esőzésekre is tekintettel. Megsértette ezzel az ajánlatkérő a Kbt. 28. § (1) bekezdésben rögzített kötelezettségét.

149. A kezdeményezés 2. eleme alapján azt vizsgálta a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett jogszerűen módosította-e a szerződését a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára alapítva azt.

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

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

c) a következő feltételek együttes teljesülése esetén:

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

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

cc) az ellenérték növekedése nem haladja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át. Ha egymást követően több olyan módosításra kerül sor, amelyek a ca) alpont szerinti több, egymással nem összefüggő körülmény miatt merültek fel, ez a korlátozás az egyes módosítások nettó értékére alkalmazandó. Az egymást követő módosítások nem célozhatják e rendelkezés megkerülését.

(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.

151. A Döntőbizottság vizsgálata körében elsődlegesen azt rögzíti, hogy a szerződésmódosítás megalapozottságát, a Kbt.-nek való megfelelését, a Kbt.-ben rögzített feltételek fennálltát a feleknek, az ajánlatkérőnek és a kérelmezettnek kell igazolnia, alátámasztania.

152. Tárgybani esetben az ajánlatkérő és a kérelmezett közös megegyezéssel a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára alapítva módosította a 2018. július 6-án megkötött vállalkozási szerződést. Ezen szerződésmódosítást a felek, az ajánlatkérő és kérelmezett az előre nem

látható körülmények bekövetkeztére alapították, miszerint az esős időjárás és az építési területhez vezető bekötőutat használó mezőgazdasági gépek annyira tönkretették az utat, hogy az több helyen áthaladásra alkalmatlan lett. Ezért az út rendbetétele miatt a szerződés teljesítési időtartamát 15 hónapról 25 hónapra módosították a felek.

153. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti szerződésmódosítás jogszerűsége esetében a feltételeknek együttesen kell teljesülniük, az e körben meghatározott 3 feltétel bármelyikének fenn nem állása esetén a szerződésmódosítást nem alapozza meg. A 141. § (4) bekezdés c) pontja azon feltételeket támasztja, hogy a módosítást megalapozó körülményeket az ajánlatkérő kellő gondossággal sem láthatta előre, a módosítás nem változtathatja meg a szerződés általános jellegét és az ellenérték növekedése nem haladhatja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át.

154. A hivatalbóli kezdeményező által a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontjában előírt feltétel fennállta volt vitatott. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerint a szerződés módosítása csak abban az esetben jogszerű, ha olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre. A Döntőbizottság számos határozatában rámutatott, hogy nem tekinthető előre nem látható körülménynek, amelyek az ajánlatkérő mulasztásából, a közbeszerzési eljárás nem elég gondos előkészítéséből erednek. E körben a Döntőbizottság utal az 1. kezdeményezési elem tekintetében tett megállapításokra.

155. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az előre nem láthatóság azt jelenti, hogy egy olyan rendkívüli, váratlan körülmény következik be, aminek a bekövetkezésével a felek gondos körültekintés mellett sem számolhattak. Tárgybani esetben a felek által hivatkozott őszi szokásos esős időjárás nem az a körülmény, ami váratlanul áll elő és a felek azzal nem számolhattak előre. Rendkívüli esőzés bekövetkezésére a felek nem is hivatkoztak és annak fennálltat nem is igazolták. Az építési kivitelezési munkák körülményeiről vezetett építési napló bejegyzések csapadékot nem jeleznek egy bejegyzésben sem a munkák megkezdésétől az akadályközlésig terjedő időben. Minden napi munkavégzésnél az építési naplóban az került rögzítésre, hogy nincs csapadék. Az építési napló szerint 2018. augusztus 8-án adta át az építési területet az ajánlatkérő a kérelmezettnek az építési munkák megkezdése érdekében, mely napon azt rögzítették a felek a naplóban, hogy az ingatlan jól megközelíthető volt. A tényleges munkavégzést a kérelmezett 2018. szeptember 17-én kezdte meg, amit 6 napon keresztül végzett, majd 2018. szeptember 26-án akadályközlést jelentett.

156. A fentiek alapján nem volt igazolt a felek által, hogy váratlanul, előre nem látható módon bekövetkezett esőzés tette volna tönkre a bekötőutat. A Döntőbizottság azt sem látta előre nem láthatóan bekövetkezett körülménynek, hogy a bekötőutat mezőgazdasági gépek is használják, amik használatától az út állagromlása várható. Amennyiben az ajánlatkérő kellő gondossággal jár el a közbeszerzési eljárás előkészítése során és tájékozódik a bekötőút állapotáról, használatáról, akkor tisztában lett volna azzal, hogy ezen utat mezőgazdasági gépek is használják, amik által az út állapota romolhat. Ez sem volt egy előre nem látható okból bekövetkező, váratlan esemény.

157. Mindezek alapján a Döntőbizottság nem látta megalapozottnak a felek által a szerződésmódosítás alátámasztása körében előadott indokokat, hiányzott az az előre nem látható módon bekövetkező körülmény, ami a szerződésmódosítást megalapozottá tette. Ezért a felek által a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára alapított szerződésmódosítást megalapozó feltételek mindegyike nem állt fenn, a ca) alpontban előírt feltétel hiányzott. Tekintettel arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglalt feltételek konjunktívák, így a további

feltétel vizsgálata szükségtelen, hisz amennyiben az fenn is állna, a hivatkozott módosítási esetkört akkor sem lehetne jogszerűen alkalmazni.

158. A fentiek alapján figyelemmel arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpont kizárólag az ajánlatkérő oldaláról felmerülő körülmények vizsgálatát teszi tárgyává, a szerződésmódosítással az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját, a kérelmezett pedig a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára figyelemmel a Kbt. 141. § (1) bekezdését. A fentiekben kifejtettek alapján a kérelmezett sem tudta a szerződésmódosítás feltételeinek fennállását igazolni, így mivel a közbeszerzési szerződés Kbt. szabályaiba ütköző, jogellenes módosítása olyan objektív közbeszerzési jogsértés, amely a jogellenes magatartás megvalósításával a kérelmezett részéről is jogsértéssel jár együtt. A közbeszerzési szerződés módosításának jogszerűségéért a nyertes ajánlattevő (jelen esetben a kérelmezett) is felelősséggel tartozik. A vállalkozási szerződés módosítását a kérelmezett is aláírta, a szerződés módosítását az ajánlatkérő és a kérelmezett közös megegyezéssel kötötte meg. A Kúria Kf.I.40.725/2021/18. számú ítélete rögzítette, hogy a Kbt. 141. §-ának rendelkezéseit az EUB C-263/19. számú ítéletben foglaltakra figyelemmel kell értelmezni, a Kbt. 141. §-a alapján a közbeszerzési szerződés tekintetében a jogszerűtlen szerződésmódosításért nemcsak az ajánlatkérő, hanem a szerződő felek felelőssége állapítható meg, így a közbeszerzési szerződés módosításakor a Kbt. 141. §-ában rögzített szabályok jogellenes mellőzéséért a közbeszerzési szerződés nyertes ajánlattevője, jelen esetben a kérelmezett is felelősséggel tartozik és a jogorvoslati eljárásban szankcióval is sújtható.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a felek szerződésmódosítását a Kbt. 141. §-ban meghatározott további esetkörök sem alapozták meg.

159. A kezdeményezés 3. eleme tekintetében a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy a kérelmezett az alkalmasságot igazoló szervezet, a Képes és Társa Kft. bevonása körében megsértette-e a Kbt. 138. § (2) bekezdését.

A Kbt. 138. § (2) bekezdése szerint az ajánlattevőként szerződő fél a teljesítéshez az alkalmasságának igazolásában részt vett szervezetet a 65. § (7) bekezdése szerint az eljárásban bemutatott kötelezettségvállalásnak megfelelően, valamint a 65. § (9) bekezdésében foglalt esetekben és módon köteles igénybe venni, valamint köteles a teljesítésbe bevonni az alkalmasság igazolásához bemutatott szakembereket. E szervezetek vagy szakemberek bevonása akkor maradhat el, vagy helyettük akkor vonható be más (ideértve az átalakulás, egyesülés, szétválás útján történt jogutódlás eseteit is), ha az ajánlattevő e szervezet vagy szakember nélkül vagy a helyette bevont új szervezettel vagy szakemberrel is megfelel - amennyiben a közbeszerzési eljárásban az adott alkalmassági követelmény tekintetében bemutatott adatok alapján az ajánlatkérő szűkítette az eljárásban részt vevő gazdasági szereplők számát, az eredeti szervezetekkel vagy szakemberrel egyenértékű módon megfelel - azoknak az alkalmassági követelményeknek, amelyeknek az ajánlattevőként szerződő fél a közbeszerzési eljárásban az adott szervezettel vagy szakemberrel együtt felelt meg.

A Kbt. 65. § (7) bekezdése szerint az előírt alkalmassági követelményeknek az ajánlattevők vagy részvételre jelentkezők bármely más szervezet vagy személy kapacitására támaszkodva is megfelelhetnek, a közöttük fennálló kapcsolat jogi jellegétől függetlenül. Ebben az esetben meg kell jelölni az ajánlatban, több szakaszból álló eljárásban a részvételi jelentkezésben ezt a szervezetet és az eljárást megindító felhívás vonatkozó pontjának megjelölésével azon alkalmassági követelményt vagy követelményeket, amelynek igazolása érdekében az ajánlattevő vagy részvételre jelentkező ezen szervezet erőforrására vagy arra is támaszkodik.

A Kbt. 65. § (9) bekezdés szerint az e törvény végrehajtási rendeletében foglaltak szerint előírt, szakemberek - azok végzettségére, képzettségére - rendelkezésre állására vonatkozó követelmény, valamint a releváns szakmai tapasztalatot igazoló referenciákra vonatkozó követelmény teljesítésének igazolására a gazdasági szereplő csak akkor veheti igénybe más szervezet kapacitásait, ha az adott szervezet olyan mértékben részt vesz a szerződés, vagy a szerződés azon részének teljesítésében, amelyhez e kapacitásokra szükség van, amely - az ajánlattevő saját kapacitásával együtt - biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szaktudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését a teljesítésben. A (7) bekezdés szerint csatolandó kötelezettségvállalásnak ezt kell alátámasztania. A (7) bekezdés szerinti kötelezettségvállalásnak a referenciákra vonatkozó követelmény teljesítését igazoló más szervezet tekintetében azt kell alátámasztania, hogy ez a szervezet ténylegesen részt vesz a szerződés teljesítésében, az ajánlatkérő a szerződés teljesítése során ellenőrzi, hogy a teljesítésbe történő bevonás mértéke e bekezdésekben foglaltaknak megfelel.

160. A Kbt. 138. § (2) bekezdése az alkalmassági követelmények igazolásában részt vevő személyeknek, szervezeteknek a szerződés teljesítésében történő kötelező részvételét határozza meg. A rendelkezés célja, hogy a szerződés teljesítésébe kötelező legyen azokat a személyeket, szervezeteket bevonni, amelyek azt biztosították, hogy az ajánlattevő a szerződés teljesítésére alkalmasnak minősüljön. Ez a rendelkezés azt hivatott megakadályozni, hogy olyan gazdasági szereplő legyen a nyertes ajánlattevő, amely az ajánlatában magát alkalmasnak mutatja, de a szerződés teljesítése szakaszában a szerződés teljesítését befolyásoló alkalmassági követelményt biztosítani már nem képes.

161. A közbeszerzési dokumentumok II. kötet 10.8. pontjában előírta az ajánlatkérő, hogy „az ajánlattevőként szerződő fél teljesítésében köteles közreműködni az olyan alvállalkozó és szakember, amely a közbeszerzési eljárásban részt vett az ajánlattevő alkalmasságának igazolásában”.

162. A kérelmezett a Képes és Társa Kft.-t az M/1. műszaki, szakmai alkalmassági követelmény igazolásában vette igénybe, az ajánlatában a Képes és Társa Kft. által teljesített referenciaigazolást csatolta. Az ajánlatában benyújtotta továbbá a kérelmezett a Képes és Társa Kft.-vel kötött alvállalkozási előszerződést, mely szerint az előszerződés I. számú mellékletben részletezett – belső útépitési - munkák tekintetében be kívánja vonni a teljesítésbe, melynek teljesítési véghatárideje 2019. augusztus 31-e volt. A kérelmezett által a Képes és Társa Kft.-vel a jogorvoslati eljárásban becsatolt 2018. július 6-án megkötött alvállalkozási szerződés szerint a vállalkozási tevékenység befejezésének véghatárideje 2019. október 5-e volt. Ezen szerződés 2.1. pontja szerint a közbeszerzési eljárás lefolytatását követően a kérelmezett megrendeli az alvállalkozó Képes és Társa Kft. elvállalja az I. számú mellékletben részletezett munkákat, valamint *biztosítja az alkalmassági követelményben elvárt szaktudás, illetve szakmai tapasztalat érvényesülését jelen teljesítésben.*

A tárgyban építési beruházásra irányadó teljesítési határidő pedig a szerződésmódosítást követően a 2018. július 6-án történt szerződéskötéstől számított 25 hónap, vagyis 2020. augusztus 6.

163. A felek által benyújtott iratok és nyilatkozatok alapján az állapítható meg, hogy a Képes és Társa Kft. nem került bevonásra a szerződés teljesítésébe. A Képes és Társa Kft.-vel kötött szerződés szerint az alvállalkozói teljesítés véghatárideje 2019. október 5-e volt, mely ideig az építési napló bejegyzéseiben nem szerepel a részvétele, az építési naplóbejegyzések szerint alvállalkozó nem került bevonásra a teljesítés során, továbbá az építési naplóban megjelölt elvégzett munkák sem támasztják alá a Képes és Társa Kft. részvételét a

teljesítésben. Ezt megcáfoló, ezzel ellentétes adatot, nyilatkozatot a kérelmezett sem nyújtott be, és az általa benyújtott iratok, nyilatkozatok nem igazolták, hogy a Képes és Társa Kft. bevonásra került volna a teljesítésbe. A kérelmezett által hivatkozott helyszíni bejárás jegyzőkönyvek és oktatásról szóló igazolások sem támasztják alá, hogy a Képes és Társa Kft. részt vett volna a teljesítésben, a jegyzőkönyvben, igazolásokban résztvevőként nem szerepel sem a Képes és Társa Kft., sem képviselője K.L. A kérelmezett 2019. december 30-án kelt nyilatkozata, miszerint a Képes és Társa Kft. szakmai tanácsadásban részt vett, sem felel meg a Kbt. 138. § (2) bekezdésben előírtaknak és nem is igazolt, nem támasztják alá a rendelkezésre álló dokumentumok.

164. 2019. október 5-ét követő időszakra vonatkozóan pedig szerződésük sem állt fenn a feleknek, a kérelmezett és a Képes és Társa Kft. között a teljesítés tekintetében. 2020. augusztus 6-án pedig az ajánlatkérő és a kérelmezett között 2018. július 6-án megkötött építési beruházásra vonatkozó szerződés hatálya lejárt. Mindezek alapján megállapítható, hogy a Képes és Társa Kft.-t a kérelmezett nem vette igénybe a teljesítés során.

A kérelmezett nem hivatkozott arra, hogy a Képes és Társa Kft. helyett bevont új szervezettel felelt volna meg az alkalmassági követelményeknek, vagy nélküle is megfelelt volna, ezeket nem is igazolta.

165. A Döntőbizottság utal arra, hogy a kérelmezett azon hivatkozása, hogy az alkalmasság igazolásában részt vett szervezetnek nem folyamatosan, minden munkafázisban kell részt vennie, tárgybani esetben a fentiekben kifejtettek tekintetével nincs relevanciája, mivel az építési beruházás vonatkozásában 2018. július 6. és 2020. augusztus 6-a között hatályban volt szerződés fennállta alatti időszakra vonatkozóan nem igazolta a kérelmezett, hogy a szerződés teljesítésébe bevonásra került volna a Képes és Társa Kft. A kérelmezett érdemben nem vitatta a hivatalbóli kezdeményező által a jogorvoslati kezdeményezésben előadottakat.

166. A kérelmezett a fentiekben kifejtettek alapján megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdésében foglalt kötelezettségét.

167. A kezdeményezés 4. eleme tekintetében a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy a kérelmezett az alkalmasságot igazoló szervezet, az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. és az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősülő S.L. szakember bevonása körében megsértette-e a Kbt. 138. § (4) bekezdését.

A Kbt. 138. § (4) bekezdés szerint az eljárás során az ajánlattevő által bemutatott valamely szervezet vagy szakember bevonásától nem lehet eltekinteni olyan esetben, ha az érintett szerződés sajátos tulajdonságait figyelembe véve az adott személy (szervezet) igénybevétele a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősült. Ilyen esetben csak a jogutódlás olyan eseteiben változhat a bevont szervezet, ha az új szervezet az értékeléskor figyelembe vett minden releváns körülmény - különös tekintettel a 76. § (3) bekezdés b) pontja szerinti esetben az értékelt személyi állomány - tekintetében az eljárásban bemutatott szervezet jogutódjának tekinthető. Az értékeléskor meghatározó szakember személye csak az ajánlatkérő hozzájárulásával és abban az esetben változhat, ha az értékeléskor figyelembe vett minden releváns körülmény tekintetében az értékelttel egyenértékű szakember kerül bemutatásra.

168. A szerződés teljesítésében való személyes részvétel megkövetelt az alkalmasságot igazolókról részéről, ha az adott szakember (szervezet) igénybevétele a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelésekor meghatározó körülménynek minősült. A jogalkotó csak akkor teszi lehetővé a szakember változtatását, ha az értékeléskor figyelembe vett minden releváns körülmény tekintetében az értékelttel egyenértékű szakember kerül bemutatásra. De ebben az esetben sem korlátlan a bevonás, hiszen a szakember személye csak az ajánlatkérő hozzájárulásával változhat.

169. Tárgybani esetben a kérelmezett az ajánlatában az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. részéről S.L. szakembert, mint felelős műszaki vezetőt jelölte meg az M/2.1. műszaki, szakmai alkalmassági követelmény igazolása során, és az értékelési részszerzőpontként előírt teljesítésbe bevonásra kerülő felelős műszaki vezető többlet szakmai tapasztalata körében is S.L. szakember került megjelölésre.

170. S.L. felelős műszaki vezető teljesítésben való részvétele vonatkozásában a benyújtott iratok alapján az állapítható meg, hogy a kérelmezett és S.L. szakember ("S-L-G" Mérnökiroda Bt.) között 2018. július 6-án jött létre a szerződés a felelős műszaki vezetői feladatok ellátása tárgyában 2019. október 7-i teljesítési véghatáridővel. Az építési naplóba S.L. szakember került feltüntetésre felelős műszaki vezetőként, és az építési naplóba S.L. felelős műszaki vezető 2019. szeptember 3-án tett bejegyzést, mely szerint a kivitelezés terv szerint folyik. A 2018. szeptember 20-án tartott helyszíni bejárásról készült jegyzőkönyv szerint azon bejárás S.L. szakember is részt vett.

A Döntőbizottság megkeresésére S.L. szakember nyilatkozott, hogy 2019. szeptember 3-ig felelős műszaki vezetőként részt vett a tárgyi építési beruházás teljesítésében. A vele kötött megbízási szerződés véghatárideje 2019. október 7-e volt, azt követően nem került sor vele a szerződés meghosszabbítására, új szerződés kötésére, azóta a tárgyi építési beruházáson felelős műszaki vezetői feladatokat nem végzett.

171. Mindezekből megállapítható, hogy S.L. felelős műszaki vezető 2019. szeptember 3-át követően ténylegesen nem vett részt, de legkésőbb 2019. október 7-től nem vett részt a szerződés teljesítésében, mivel szerződése is lejárt. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a tárgyi beruházás teljesítési határidejét a szerződésmódosításban 2020. augusztus 6-ban jelölték meg, így az értékelési részszerzőpontként is értékelt, alkalmasságot igazoló S.L. szakember személyes bevonása 2019. október 7. és 2020. augusztus 6. napja között elmaradt.

A kérelmezett ezzel ellentétes adatot nem igazolt, érdemben a hivatalbóli kezdeményezés ezen kifogását nem vitatta. S.L. szakember helyett más szakember bevonására nem hivatkozott, azt nem igazolta.

172. A Döntőbizottság álláspontja szerint a szakember szerződés teljesítésébe való bevonásának az építési beruházás teljes időtartama alatt fenn kell állni folyamatosan, mert ezzel biztosítja azt a szaktudást, amivel az alkalmasságát igazolta az ajánlattevő, a kérelmezett és amellyel a szerződésszerű teljesítést biztosítja, illetve amely esetlegesen a nyertességéhez is hozzájárult. A Kbt. 138. § (4) bekezdése rögzíti, hogy az értékelési részszerzőpontként értékelt, alkalmasságot igazoló szakember bevonásától nem lehet eltekinteni a szerződés teljesítése során, mely az adott szerződés teljes időtartamára vonatkozik, jelen esetben a tárgyi építési beruházás teljes időtartamára. Továbbá a szakember személye is csak az ajánlatkérő hozzájárulásával változhat.

Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban, a II. kötet 7. pontban rögzítette, hogy az M/2.1. alkalmasság tekintetében előírt „szakmai tapasztalatot bemutatott szakembert a jelen közbeszerzés eredményeként megkötött vállalkozói szerződés nyertesének a kivitelezés során kötelessége felelős műszaki vezetőként alkalmazni. Ajánlatkérő a teljesítésbe bevonásaként

azt fogadja el, ha a szakember felelős műszaki vezetőként kerül alkalmazásra, és ezt az építési naplóban is igazolja”.

173. A fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy S.L. felelős műszaki vezető szakember nem került bevonásra az építési beruházás teljes időtartama alatt, 2019. október 7. és 2020. augusztus 6. között, mellyel megsértette a kérelmezett a Kbt. 138. § (4) bekezdésében rögzített kötelezettségét.

174. Az 5. kezdeményezési elem körében a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy az ajánlatkérő eleget tett-e a szerződés teljesítésével kapcsolatos Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségének.

A Kbt. 142. § (1) bekezdés szerint az ajánlatkérő köteles dokumentálni a szerződés teljesítésére vonatkozó adatokat, ennek keretében köteles ellenőrizni és dokumentálni azon szerződéses kötelezettségek teljesítését, amelyeket a közbeszerzési eljárásban az értékelés során figyelembe vett, valamint minden, a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést, annak okait és - adott esetben - a szerződésszegéssel kapcsolatos igények érvényesítését.

175. A Kbt. 142. § (1) bekezdése az ajánlatkérőt terhelő ellenőrzési és dokumentálási kötelezettségét rögzíti a szerződés teljesítése folyamán, külön kiemelve az olyan szerződéses kötelezettségek teljesítésének ellenőrzését, amelyeket a közbeszerzési eljárásban az értékelés során figyelembe vett az ajánlatkérő, valamint a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést. A folyamatos ellenőrzés biztosítja, hogy a teljesítés a közbeszerzési dokumentumokban, az ajánlatban és a szerződésben foglaltaknak megfelelően történjen, továbbá lehetőséget biztosít arra, hogy megelőzhetőek, megszüntethetőek, adott esetben korrigálhatóak legyenek a szerződéstől eltérő teljesítések vagy a szerződésszerű teljesítést akadályozó körülmények.

176. Az ajánlatkérőnek a szerződés teljesítése során ellenőriznie és dokumentálnia kell azon személyek, szervezetek teljesítésbe való tényleges bevonását, akiket a nyertes ajánlattevő, jelen esetben a kérelmezett az ajánlatában megjelölt, hogy a teljesítésbe be kívánja vonni. Tárgybani esetben a kérelmezett az ajánlatában a Képes és Társa Kft.-t és az "S-L-G" Mérnökiroda Bt. részéről S.L. szakembert jelölte meg, hogy a teljesítésbe be kívánja vonni.

177. A rendelkezésre álló iratok alapján az állapítható meg, hogy az ajánlatkérő legkésőbb az építési beruházásra vonatkozó szerződésmódosításakor nem ellenőrizte, nem tisztázta, hogy a szerződésmódosítás során a kivitelezés 10 hónappal meghosszabbított időtartama alatt a fenti alkalmasságot igazoló, teljesítésbe bevonni kívánt Képes és Társa Kft. és S.L. szakember, mint felelős műszaki vezető bevonásra kerül-e a kérelmezett által a szerződés teljes időtartama alatt, figyelemmel a meghosszabbított teljesítési határidőre. A fentiekben a 3. és 4. kezdeményezési elem esetében kifejtettekre tekintettel az alkalmassági követelmények igazolása körében bemutatott szervezet, szakember teljesítésbe történő bevonásának folyamatosnak, az építési beruházás teljesítésének teljes időtartama alatt fenn kell állnia. A felek által benyújtott iratok nem igazolják, hogy az ajánlatkérő e körben tett volna-e ellenőrzést a szerződés teljesítése során, vagy a szerződésmódosítását követően. Az ajánlatkérőnek az ellenőrzések eredményét dokumentálnia is kell.

178. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy azzal, hogy az ajánlatkérő nem ellenőrizte, hogy az alkalmasságot igazoló szakemberek a szerződés teljes időtartama alatt bevonásra kerültek-e a szerződés teljesítésében, az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdését.

179. Az ajánlatkérő köteles továbbá dokumentálni a szerződés teljesítésére vonatkozó adatokat, annak körében minden, a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést, annak okait is. Tárgybani esetben az ajánlatkérő nem dokumentálta, hogy 2019. szeptember 3-át követően a szerződés teljesítése miatt maradt abba. Az építési naplóban az utolsó bejegyzés 2019. szeptember 3-án történt. Az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm.rendelet 24. § (4a) bekezdése szerint az építési naplót naprakész állapotban kell tartani úgy, hogy minden munkavégzési napon történjen bejegyzés. Ha munkavégzés nem történik, napi jelentés nem szükséges, viszont ezt a tényt - a várható munkafolytatási nap megjelölésével - az utolsó munkavégzési napon be kell jegyezni.

Az ajánlatkérő sem az építési naplóban, sem egyéb iratban nem dokumentálta, hogy az építési beruházás 2019. szeptember 3-át követően hogy áll, miért nem folynak a kivitelezési munkák, mikor fog tovább haladni az építési beruházás.

Az ajánlatkérő a fentiek alapján így e körben is elmulasztotta a Kbt. 142. § (1) bekezdésben rögzített kötelezettségét.

180. A hivatalbóli kezdeményező által hivatkozott 2018. szeptember 26-i akadályközlés és elhárítás dokumentáltsága körében a fentiekben túlmenően a Döntőbizottság nem látott hiányosságot, továbbá a hivatalbóli kezdeményező által hivatkozott további dokumentumok tekintetében pedig alapvetően arra hivatkozott a kezdeményező, hogy az ellenőrzési eljárás során az ajánlatkérő nem küldte meg részére a kért dokumentumokat.

181. A fentieket összefoglalva a Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(5) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a hivatalbóli kezdeményezés mind az 5 kezdeményezési elem tekintetében jogsértést állapított meg:

- az 1. kezdeményezési elem tekintetében az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó 28. § (1) bekezdését.

Ezen jogsértés tekintetében a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét és alkalmazta a (3) bekezdés d) pontja szerinti jogkövetkezményt az ajánlatkérővel szemben.

- a 2. kezdeményezési elem tekintetében az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját, a kérelmezett a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára figyelemmel a 141. § (1) bekezdését,

- a 3. kezdeményezési elem tekintetében a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (2) bekezdését,

- a 4. kezdeményezési elem tekintetében a kérelmezett megsértette a Kbt. 138. § (4) bekezdését,

- az 5. kezdeményezési elem tekintetében az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdését.

Ezen jogsértések tekintetében a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján jogsértés megállapítása mellett bírságot szabott ki a (6) bekezdés e) pontjára tekintettel.

A Döntőbizottság nem állapította meg a szerződésmódosítás Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerinti semmisséget, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő a szerződés időtartama meghosszabbításával nem mellőzte a közbeszerzést.

182. 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.

183. A Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja szerint a Döntőbizottság a jogsértés megállapítása mellett bírságot szab ki, ha a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezte a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását [153. §] és a Döntőbizottság megállapítja a jogsértés megtörténtét.

A Kbt. 153. § (1) bekezdése szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását,

c) ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

A Kbt. 165. § (7) bekezdése szerint a (6) bekezdésben meghatározott bírság összege – a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetén a jogorvoslattal érintett rész értékének, a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése esetén a szerződés értékének legfeljebb 15%-a.

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.

184. A Döntőbizottság bírság kiszabását az 1. kezdeményezési elem kapcsán megállapított jogsértés tekintetében az ajánlatkérővel szemben indokoltnak tartotta, mivel a közbeszerzési eljárás előkészítése tekintetében nem járt el kellő alaposággal és ezzel a későbbi jogsértő szerződésmódosításhoz hozzájárult. Továbbá a Döntőbizottság figyelembe vette a bírság kiszabás indokoltága tekintetében a közbeszerzés magas becsült és szerződéses értékét, tárgyát, valamint azt, hogy a közbeszerzés részben támogatásból valósul meg, továbbá hogy ajánlatkérővel szemben korábban (D.454/2021.) szerződésmódosítás körében jogsértés került megállapításra és bírság kiszabására.

185. A 2., 3., 4. és 5. kezdeményezési elemek kapcsán megállapított jogsértések tekintetében a bírság kiszabására köteles volt a Döntőbizottság a felekkel szemben a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja szerint a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontjára figyelemmel.

A Döntőbizottság a szerződésmódosítás, 2. kezdeményezési elem tekintetében a szerződésmódosítást jogsértő módon megvalósító mindkét féllel, az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben bírságot szabott ki, figyelemmel a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítéletében foglaltakra, melyben a Kúria elvi éllel mondta ki, hogy a közbeszerzési

jogsértésért való felelősség objektív, a Döntőbizottságnak nem kell vizsgálnia, hogy mely okból, vagy milyen vélekedés alapján nem kerültek betartásra a közbeszerzési szabályok.

186. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során mindkét fél, az ajánlatkérő és a kérelmezett esetében is az eset összes körülményét mérlegelte.

E körben a felek terhére értékelte a tárgybani ügyben megállapított jogsértések számát, az ajánlatkérővel szemben is több, három jogszabályi rendelkezés megsértését állapította meg és a kérelmezett esetében is több, három jogsértést állapított meg a Döntőbizottság.

Mindkét fél, az ajánlatkérő és a kérelmezett terhére értékelte a Döntőbizottság a megállapított jogsértések súlyosságát, a felekkel szemben megállapított jogsértések mindegyikét súlyosnak ítélte a Döntőbizottság. A mindkét fél kapcsán megállapított közbeszerzési szerződés jogsértő módosítása a mellőzéssel rokon jogsértés, s így az egyik legsúlyosabb közbeszerzési jogsértésnek minősül, hisz a közbeszerzési szabályozás célja, alapelvei érvényesülésének garanciája vész el a szerződéses szakaszban.

A Döntőbizottság mindkét fél vonatkozásában figyelemmel volt továbbá a közbeszerzés tárgyára és magas értékére (becsült érték 726.960.239.-Ft, szerződés érték 744.287.798.-Ft).

A Döntőbizottság mindkét fél terhére értékelte, hogy korábban már megállapított a felekkel szemben jogsértést és bírságot is alkalmazott. Az ajánlatkérővel szemben korábban szerződésmódosítás körében már került megállapításra jogsértés és bírság kiszabása (D.454/2021.), a kérelmezett tekintetében két alkalommal is került sor korábban jogsértés megállapítására és bírság alkalmazására, egyik esetben ugyanazon szerződésmódosítás körében, mint az ajánlatkérő esetében (D.454/2021.), másik esetben szintén szerződésmódosítás jogsértése miatt (D.381/2018.).

Figyelembe vette a Döntőbizottság továbbá mindkét fél esetében a terhükre, hogy a megállapított jogsértések utóbb nem reparálhatóak, valamint hogy jelen közbeszerzés részben támogatásból valósul meg, ezért a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat.

A felek javára értékelte a Döntőbizottság a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszabb időtartamot, valamint a jelen határozat meghozataláig eltelt időmúlást.

187. A Döntőbizottság az ajánlatkérő esetében az 1. és 2. kezdeményezési elem kapcsán megállapított jogsértések tekintetében kiszabott bírság mérlegelésénél figyelemmel volt arra, hogy az 1. és 2. kezdeményezési elem kapcsán megállapított jogsértések megsértéséhez vezető ajánlatkérői magatartás egymással szorosan összefügg, így a bírságot e körben ezen két jogsértés együttes értékelésével állapította meg.

A Döntőbizottság a szerződésmódosítás körében az ajánlatkérő felelősségét és közrehatásának mértékét jelentősnek értékelte, mivel az ajánlatkérő jogsértő magatartására – a közbeszerzési eljárás nem megfelelő alaposággal való előkészítésére – volt visszavezethető a szerződésmódosítás szükségessége. A kérelmezett felelőssége abban állt a szerződésmódosítás körében, hogy a jogsértő szerződésmódosítást a kérelmezett az ajánlatkérővel közös megegyezésben vállalta. A Döntőbizottság a bírság összegének megállapítása során ezen körülményekre is figyelemmel volt.

188. A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fentiekben ismertetettek szerint, azok együttes mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott mértékű bírság kiszabását tartotta indokoltnak az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben.

A Döntőbizottságnak nincs jogszabályi kötelezettsége, de a bíróság ítéletében foglalt felhívására megjelöli, hogy az ajánlatkérő esetében kiszabott bírság esetében az 1. és 2. kezdeményezési elem kapcsán megállapított jogsértéshez vezető magatartás összefüggésére

tekintettel, azon jogsértéseket a bírság tekintetében együttesen értékelve 30 millió Ft bírságot szabott ki, az 5. kezdeményezési elemben megállapított jogsértés esetén 5 millió Ft bírságot látott indokoltnak a fenti körülmények mérlegelése alapján. A kérelmezett esetében megállapított jogsértések kapcsán a 2. kezdeményezési elem tekintetében 10 millió Ft, a 3. kezdeményezési elem tekintetében 10 millió Ft és a 4. kezdeményezési elem tekintetében 15 millió Ft bírság kiszabását látta indokoltnak a fenti körülmények együttes mérlegelése alapján a Döntőbizottság.

189. Nem bír relevanciával a bírság összegének mérlegelése során az a felek által hivatkozott körülmény, hogy az ajánlatkérő jogszabálmódosítás következtében kikerült 2021. májusától a Kbt. 5. §-ának hatálya alól, mivel tárgybani közbeszerzési eljárás vonatkozásában annak megkezdése idején hatályos rendelkezések az irányadóak, az ajánlatkérőnek tárgybani közbeszerzési eljárás során és annak eredményeként megkötött szerződés teljesítése esetén a közbeszerzési eljárás megkezdésekor hatályos rendelkezések alapján kellett eljárnia.

190. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó Ákr. 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

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

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

B u d a p e s t, 2022. július 25.

Hubáné dr. Szabó Ágnes sk.
közbeszerzési biztos

Bán János sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Szvetnik Ágnes sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelével:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (kizárólag elektronikus úton)
2. Dr. Esztári Csaba ügyvéd (kizárólag elektronikus úton)
3. Dr. Bálint Tamás felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (kizárólag elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (kizárólag elektronikus úton)
5. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)