



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

Az ügy iktatószáma: D.423/18/2022.

A tanács tagjai: Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bankóné Nagy Helga közbeszerzési biztos, Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Közbeszerzési Hatóság Elnöke
Budapest, Riadó u. 5.

A kezdeményező képviselője: Dr. Simon Enikő, Dr. Bakos Balázs, Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadók, Dr. Kozák-Demendi Ágnes kamarai jogtanácsos
KRID: 341768375

Az ajánlatkérő: Borsod Bacon Kft.
Borsodszirák, Petőfi u. 43.

Az ajánlatkérő képviselője: Esztári Ügyvédi Iroda, Dr. Esztári Csaba ügyvéd
(Budapest, Kelenhegyi út 41. fszt. 1.)
KRID: 18239610

A kérelmezett: Szinva-House Invest Szolgáltató Kft.
Sajóörös, Zrínyi Miklós út 64.
KRID: 25155341

A beszerzés tárgya, értéke: Sertéstelep korszerűsítése és bővítése Borsodszirákon, 696.061.890.-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 a jogorvoslati eljárás hivatalbóli kiterjesztése körében megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 28. § (3) bekezdését.

A Döntőbizottság a kezdeményezés első eleme tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a Kbt. 141. (4) bekezdés ca) pontját.

A Döntőbizottság a kezdeményezés második eleme tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a Kbt. 141. (6) bekezdését.

A Döntőbizottság a kezdeményezés harmadik eleme tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (7) bekezdését.

A Döntőbizottság a kezdeményezés negyedik eleme tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 2. § (3) bekezdését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 57.000.000.-Ft, azaz ötvenhétmillió forint, a kérelmezettel szemben 15.000.000.-Ft, azaz tizenötmillió forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozattal szemben a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható annak kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet 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 az ajánlattételi felhívás megküldésével 2017. november 21-én indította meg a Kbt. Harmadik Része szerinti építési beruházás megvalósítására irányuló közbeszerzési eljárását. Az ajánlatkérő a beszerzés becsült értékét nettó 696.061.890.-Ft-ban rögzítette. A felhívás 4. pontja szerint a beszerzés tárgya:

„Sertéstelep korszerűsítése és bővítése Borsodszirákon

Az építető a tulajdonában lévő telephelyen szeretne sertéstelepet korszerűsíteni a meglévő épületek felújításával, átalakításával és bővítésével. A beruházás keretében megvalósítandó építési tevékenységek:

Takarmány tároló csarnok:

A meglévő épület tetőszerkezete elbontásra, az épület nyitott oldalai lezárásra kerül, az így kialakult épületrészen új koszorú, új fafödém, új félnyereg tetőszerkezet készül Lindab trapézlemez bontással. Az egész épület padozata, épületgépészeti 5 és épületvillamossági rendszere felújításra kerül, megtörténik a nyílászárók cseréje és az épület hőszigetelése. A munkák elvégzése után 558,32 m² hasznos alapterületű, takarmány tároló csarnok, portásfülke, 2 szélfogó, mosdó, 4 wc, iroda, fekete öltöző, zuhanyzó+mosdó, melegedő, fehér öltöző, csizmamosós szélfogó, takarmány keverő helységekből álló épület jön létre. [...]

Sertés hizlaló épület:

A meglévő épület tetőszerkezete elbontásra, az épület egy 9,50 m x 36 m méretű épületrésszel bővül, az így kialakult épületrészen új koszorú, új fafödém, új félnyereg tetőszerkezet készül Lindab trapézlemez bontással. Az egész épület padozata, épületgépészeti és épületvillamossági rendszere felújításra kerül, megtörténik a nyílászárók cseréje és az épület hőszigetelése. A munkák elvégzése után 1579,29 m² hasznos alapterületű, 230 férőhelyes hizlaló terem, 240 férőhelyes hizlaló terem, 235 férőhelyes hizlaló terem, 240 férőhelyes hizlaló terem, karám és ugrató, labor, gépészeti helység, iroda, közlekedő, tároló helység, 33 férőhelyes inszemináló, 10 férőhelyes fiasztató, 10 férőhelyes fiasztató, 30 férőhelyes koca szállás, 30 férőhelyes kocaszállás, 240 férőhelyes malac nevelde, 240 férőhelyes malac nevelde, közlekedő helységekből álló sertés hizlaló épület jön létre.

Sertés karantén épület:

A meglévő épület tetőszerkezete elbontásra, az épület nyitott oldalai lezárásra kerül, az így kialakult épületrészen új koszorú, új fafödém, új félnyereg tetőszerkezet készül Lindab trapézlemez bontással. Az egész épület padozata, épületgépészeti és épületvillamossági rendszere felújításra kerül, megtörténik a nyílászárók cseréje és az épület hőszigetelése. A munkák elvégzése után 54,53 m² hasznos alapterületű 5 elkülönítő, megfigyelő helység, előtér, közlekedő helységekből álló sertés karantén épület jön létre.[...]

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 feladatleírást és az árazatlan költségvetést az ajánlattételi felhívás és dokumentáció részét képező műszaki leírás tartalmazza. [...]

A felhívás 7. pontja szerint a közbeszerzési szerződés időtartama 2019.08.31.

A felhívás 9. pontja szerint a közbeszerzés európai uniós alapokból finanszírozott. A projekt száma: VP2-4.1.1.5-16. A támogatás mértéke a projekt elszámolható összköltségének 50,0000 %-a. A támogatás módja: utófinanszírozás.

2. A vállalkozási szerződéstervezet az alábbi előírásokat tartalmazta:

„II. A szerződés tárgya

1. Megrendelő megrendeli, Vállalkozó pedig vállalkozói díj ellenében elvállalja a közbeszerzési eljárás során keletkezett dokumentumokban, jelen szerződésben, valamint a vonatkozó jogszabályokban, szabványokban foglalt tartalom szerint „Sertéstelep korszerűsítése és bővítése Borsodszirákon” című projektetem kivitelezési feladatainak ellátását eredményfelelősséggel. A munkavégzés helye: 3796 Borsodszirák, hrsz. 011/6. hrsz.

2. Vállalkozó feladata a kivitelezés körében a közbeszerzési műszaki leírás, az árazatlan költségvetés, a hatályos jogszabályok, a szabványok és szakmai szokványoknak megfelelően, a munkálatok teljes körű megvalósítása annak érdekében, hogy tárgyi munka alapján létrejövő eredmény a rendeltetésszerű használatra alkalmas (valamennyi műszaki és jogi feltételnek megfelelő), továbbá a műszaki leírásban meghatározottak szerinti műszaki adatoknak megfelelő legyen.

V. Szerződési biztosítékok

3. Amennyiben olyan okból, amiért Vállalkozó felelős (Ptk. 6:186.§) a szerződés teljesedésbe menése meghiúsul, köteles a Vállalkozó Megrendelő felé a nettó vállalkozói díj 20%-ának megfelelő meghiúsulási kötbért megfizetni.

4. A Megrendelő az esetleges kötbér igényét írásbeli felszólítás útján érvényesíti, melynek a Vállalkozó köteles 8 naptári napon belül maradéktalanul eleget tenni. Amennyiben a Vállalkozó a fenti irat kézhezvételét követő 3 munkanapon belül magát érdemi indokolással és azt alátámasztó bizonyítékokkal nem menti ki, akkor a kötbér elismertnek tekintendő. A Kbt-ben (135.§ (6) bek.) foglalt beszámítási feltételek teljesülésekor a kötbér a vállalkozói számlába beszámítható. Ez esetben a Vállalkozó a számlát/számlákat kötbérrel terhelt teljesítése esetén is a IV/4. pontban meghatározott vállalkozói díjról köteles benyújtani, ekkor Megrendelő a Műszaki Átadás-átvételi jegyzőkönyvben meghatározott kötbér összegével csökkentett vállalkozói díjat fizeti meg a Vállalkozó részére. [...]

VII. Teljesítési határidő, teljesítés helye

1. Jelen szerződést felek a teljesítésig kötik. A szerződés teljesítésének határideje 2019. augusztus 31. napja. Megrendelő előteljesítést elfogad.

2. A teljesítési határidőbe (véghatáridő) az átadás átvételi eljárás legfeljebb 15 napos időtartama nem számít bele.

IX. A szerződés megszűnése, megszüntetése és kapcsolódó szabályok

1. Vállalkozó felelős a Megrendelővel szemben a szerződés alapján vállalt kötelezettségeinek hibátlan, azaz az előírásoknak, a szakmai szokásoknak és a tevékenység végzésére vonatkozó egyéb normáknak megfelelő határidőben történő teljesítéséért. Megrendelő kizárólag hiba és hiánymentes teljesítést fogad el.

2. A szerződés teljesítés előtti megszüntetésére a Ptk. kivitelezési szerződésre vonatkozó szabályai irányadók az alábbiak figyelembevételével.

3. A sérelmet szenvedett fél jogosult elállni a szerződéstől, ill. azt felmondani másik fél szerződésszegése esetén, ha nem áll érdekében a teljesítés. A jelen szerződésben súlyos szerződésszegésként megjelölt bármely magatartás vagy mulasztás tanúsítása az érdekmúlás bekövetkezését önmagában megalapozza.

4. A szerződés megszegését jelenti bármely kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradása.

5. Súlyos szerződésszegésnek minősül Vállalkozó részéről különösen 1. Vállalkozó a teljesítéssel kapcsolatos bármely kötelezettségét akként szegi meg, hogy az előírt minőségben, vagy határidőre való teljesítés nem valószínű, 2. Vállalkozó alapos ok nélkül munkavégzést felfüggeszti (legalább 3 napra), 3. a Vállalkozó ellen az illetékes bíróság jogerős végzése alapján felszámolási eljárás indul; vagy 4. a Vállalkozó végelszámolás iránti kérelme (amennyiben gazdasági társaságról van szó) a cégbíróságnál benyújtásra került; vagy 5. Vállalkozó a felvett előleget nem tárgyi beruházás megvalósítására fordítja egészben vagy részben, 6. a Vállalkozóval szemben az illetékes cégbíróság előtt megszüntetési, törlési eljárás indul, vagy 7. a Vállalkozó a jelen szerződésben megjelölt teljesítési határidőt 30 napot meghaladóan elmulasztja, vagy 8. Vállalkozó a Szerződésben foglalt bármely egyéb kötelezettségének nem tesz eleget, és emiatt a Szerződés feljogosítja a Megrendelőt a felmondásra vagy az elállásra, [...]

10. Ha a szerződésszegés következtében Megrendelőnek a szerződés teljesítéséhez fűződő érdeke megszűnt, elállhat a szerződéstől, vagy ha a szerződéskötés előtt fennállt helyzetet természetben nem lehet visszaállítani, felmondhatja azt.

15. Ha Vállalkozó 30 napot meghaladó késedelembe esik, Megrendelő követelheti a teljesítést árleszállítás igénye mellett, vagy ha a késedelem következtében a szerződés teljesítéséhez fűződő érdeke megszűnt, elállhat a szerződéstől.”

Az engedélyes terv részét képező, a takarmánytároló és a szociális blokkal rendelkező előkészítő épületről 2016. április hónapban készült műszaki leírásban (továbbiakban: Takarmánytároló épület műszaki leírása) rögzítésre kerültek – többek között – az alábbi körülmények:

„Az épület több évtizede minimális ráfordítás, karbantartás nélkül alapvető hiányosságok következtében károsodásokat szenvedett. Korábban terménytárolóként funkcionált. Az épületen nagyon hosszú ideje még alapvető karbantartási munkákat sem végeztek. [...]

Teherhordó falak: A vakolatok leverése után a falak átvizsgálandók. Az eddigi szemrevételezés nem indokolja megerősítések készítését. A teherhordó falak tetejére egy monolit vasbeton koszorút kell készíteni, tartószerkezeti terv szerint. Az épület teherhordó falaiban nyílásbontások és nyílásbefalazások is tervezettek. Ezeket a technológiai előírásoknak megfelelően végezzék. A szintén az engedélyes terv részét képező, a sertés karantén épület (korábban állattartó épület) elnevezésű épületről 2016. április hónapban készült műszaki leírásban (továbbiakban: Állattartó épület műszaki leírása) rögzítésre került – többek között – az alábbi: „Alapozás: Az épület alapozását nem érintik munkálatok.”

3. Ajánlatot nyújtott be a kérelmezett is, amely a 2018. január 17-én megküldött összegezésben nyertes ajánlattevőként került megjelölésre. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2018. január 29-én kötötték meg a vállalkozási szerződést a közbeszerzési dokumentumok szerinti tartalommal, melyben nettó 696.061.890.-Ft vállalkozói díj került feltüntetésre.

4. A kérelmezett a 2018. június 20. napján kelt akadályközlő levelében az állattartó épület oldalági alapozásával kapcsolatos problémákra hivatkozott az alábbiak szerint:
„A munkaterület 2018.02.07. napjával került átvételre, a kivitelezési munkákat 2018.03.12. napjával kezdtük el. A munkálatokat a mai napig folyamatosan végeztük. A 2018.06.06-i bejárásán a statikus tervező az állattartó épület oldalszárnya meglévő alapozását nem találta megfelelőnek, ezért az alap megerősítését, vagy a falazat és az alapok elbontását és újra építését rendelte el. Információink szerint jelenleg folyik a módosított tervezés, de a munkálatokat addig nem tudjuk folytatni, ameddig a módosított kiviteli tervek nem állnak rendelkezésünkre. A helyszíni bejárástól eltelt időben elvégeztük azokat a feladatokat, amikhez nem volt szükség a módosított tervekre, de a további munkafázisok már mind valamilyen formában kapcsolódnak azokhoz a szerkezeti elemekhez, amelyekhez a kiviteli tervek szükségesek, ezért a mai nappal akadályt jelentünk. Kérem T. Megrendelőt, hogy a munkálatok minél gördülékenyebb folytatása érdekében a tervek elkészítése ügyében mihamarabb intézkedjen.”

5. Az ajánlatkérő a 2018. június 22-én kelt levelében a kérelmezett akadályközlését tudomásul vette, majd a 2018. szeptember 20-án kelt levél útján a kérelmezett részére az alábbi tájékoztatást adta:

„Értesítem, hogy a cégeink között létrejött [...] szerződés alapján az állattartó épület módosított alapozási tervek hiánya miatt 2018.06.20-án kelt akadályközlésük alapját képező okot megszüntettük, a módosított terveket rendelkezésükre bocsátottuk. Kérem Önöket, hogy a kivitelezési munkákat a szerződés szerint mielőbb folytassák.”

6. A kérelmezett a 2019. március 25. napján kelt, újabb akadályközlő levelében a szálas takarmánytároló épület tartószerkezetével kapcsolatos problémákra hivatkozott az alábbiak szerint:

„A munkaterület 2018.02.07. napjával került átvételre, a kivitelezési munkákat 2018.03.12. napjával kezdtük el. A munkálatokat 2018.06.20-tól 2018.09.24-ig tartó szünetelését kivéve, a mai napig folyamatosan végeztük. A 2019.03.18-i bejárásán a statikus tervező a szálas takarmánytároló épület megmaradó acélszerkezetét és alapozását sem találta megfelelően, ezért az acélszerkezet és az alapok elbontását és újra építését rendelte el. Információink szerint jelenleg folyik a módosító tervezés, de a munkálatokat addig nem tudjuk folytatni, ameddig a módosított kiviteli tervek nem állnak rendelkezésünkre. A helyszíni bejárástól eltelt időben elvégeztük az elrendelt bontásokat, de a további munkafázisok már mind valamilyen formában kapcsolódnak azokhoz a szerkezeti elemekhez, amelyekhez a módosított kiviteli tervek szükségesek, ezért a mai nappal akadályt jelentünk. Kérem T. Megrendelőt, hogy a munkálatok minél gördülékenyebb folytatása érdekében a tervek elkészítése ügyében mihamarabb intézkedjen.”

7. Az ajánlatkérő a 2019. március 28-án kelt levelében a kérelmezett akadályközlését tudomásul vette, majd a 2019. július 17-én kelt levél útján a kérelmezett részére az alábbi tájékoztatást adta:

„Értesítem, hogy a cégeink között létrejött [...] szerződés alapján a szálas takarmánytároló épület módosított alapozási és szerkezeti tervek hiánya miatt 2019.03.25-én kelt akadályközlésük alapját képező okot megszüntettük, a módosított terveket rendelkezésükre

bocsátottuk. Kérem Önöket, hogy a kivitelezési munkákat a szerződés szerint mielőbb folytassák.”

8. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződést 2019. augusztus 2. napján írásban módosították, melynek eredményeként a teljesítés határidejét 2020. március 31. napjáig meghosszabbították. A módosítást az alábbiak szerint indokolták:

„Vállalkozó a Szerződés aláírását követően 2018.02.07. napján átvette a munkaterületet és 2018.03.12. napján megkezdte az előírt és a teljesítésnek megfelelően szükséges munkálatokat, amelyeket folyamatosan, akadálymentesen végzett, az előírt ütemterveknek megfelelően. A meglévő épületszerkezetek feltárásakor Vállalkozó észlelte, hogy az eredeti, a közbeszerzés során rendelkezésre bocsátott tervek és a kivitelezés folyamán eddig megállapítható körülményektől eltérően az állattartó épület oldalági alapozása jelentősen eltérő mélységű. Erre vonatkozóan a Vállalkozó a problémát 2018.05.28. napján írásban jelezte Megrendelő felé, egyben kérte a kérdés áttekintését helyszíni szemle keretében a tervező és a műszaki ellenőr bevonása mellett. A helyszíni bejárásra 2018.06.06. napon került sor, amelyen a statikus tervező az állattartó épület oldalszárnya meglévő alapozását nem találta megfelelőnek. A résztvevők a helyszíni bejárásán rögzítették, hogy az állattartó épület oldalágában az alapozás alsó síkja nem a tervben feltüntetett mélységben található, hanem a fő ághoz képest kb. 80 cm-el feljebb. A tervezett lagúnák miatti padlószint süllyesztéssel a padlószint kb. az alapozás alsó síkjával kerülne egy szintre. A statikus tervező nyilatkozata szerint, így az épület állékonysága nem biztosított, ezért szükséges az alapok alá a főág alapozási síkjáig történő szakaszos alap megerősítés, vagy a falak és alapok elbontása utáni alapozás és falazás újra építés. A statikus tervező javasolta emellett, hogy a lehetőségek közül a gazdaságilag kedvezőbb megoldás kerüljön kiválasztásra, amelynek előfeltételeként előzetesen vállalta az előzetes tervek elkészítését. Szintén rögzítésre került, hogy az épület állékonysága így nem biztosított. Ez a kivitelezés során felmerült körülmény alapjaiban változtatta meg az épület megítélését, statikáját, ami miatt munkát végezni biztosan nem lehetett, amíg először egy előzetes terveket, majd ezt követően a gazdaságilag kedvezőbb megoldás elfogadását követően a módosított kiviteli terveket a statikus tervező készíti el. A Vállalkozó 2018.06.20. napján kelt levélben értesítette is Megrendelőt, hogy a helyszíni bejárás elteltét követő időszakban elvégezte azon feladatokat, amelyek elvégzését nem befolyásolták a módosítás alatt lévő tervek, azonban ezt követően a további munkavégzéshez már a módosított tervek elkészítése szüksége, így kénytelen akadályt jelenteni. A Megrendelő a Vállalkozó értesítését elfogadta, aki ezt tudomásul vette. A Megrendelő a Vállalkozót 2018.09.20. napján írásban értesítette, hogy a munkálatok folytatását eddig akadályozó tényezők megszűntek, a módosított tervek átadására sor került, így biztonságosan folytatódhattak a munkálatok. Ezen akadályoztató tényező 2018.06.20. napja és 2018.09.20. napja között állt fenn, azaz a határidőt akadályozó tényezők összes ideje – figyelemmel a munkák logisztikai szervezéséből adódó megkezdhetőségét is – 3 hónap. A kivitelezés előrehaladása során a szálas takarmány tároló épülethez kapcsolódó munkálatok megindításakor a Vállalkozó – az épületszerkezet részletes felmérését és feltárását követően – azt tapasztalta, hogy annak tartószerkezetének állékonysága statikai problémákat vet fel. Erre vonatkozóan a Vállalkozó a problémát 2019.03.07. napján írásban jelezte Megrendelő felé, egyben kérte az épület megtekintését és a kérdés megvizsgálását helyszíni szemle keretében a tervező és a műszaki ellenőr bevonása mellett. A helyszíni bejárásra 2019.03.18. napon került sor, amely bejárásán a résztvevők a problémát rögzítették, így megállapítást nyert, hogy a szálas takarmánytároló épület tervezett megmaradó acélszerkezete több helyen deformálódott és korrodált, ezért nem alkalmas a további szerkezetek fogadására. Az alapok feltárása alapján megállapításra került, hogy azok, csak kis méretű alig 50x50 cm méretű 70 cm mélységű alaptestek, amelyek szintén nem alkalmasak egy ekkora épület lemezelt oldalaival

járó terhek viselésére, ezért ezek elbontandók. A vonatkozó jegyzőkönyvben a statikus tervező kijelentette, hogy a szálas takarmánytároló épület megmaradó acélszerkezetét és alapozását sem találta megfelelőnek, ezért az acélszerkezet és az alapok elbontását és újra építését rendelte el. Szintén a statikus tervező vállalta, hogy az ezzel összefüggésben szükséges terveket elkészíti és a Megrendelő rendelkezésére bocsátja. A Vállalkozó 2019.03.25. napján kelt levélben értesítette is Megrendelőt, hogy a helyszíni bejárás elteltét követő időszakban elvégezte azon bontási feladatokat, amelyek elvégzését nem befolyásolták a módosítás alatt lévő tervek, azonban ezt követően a további munkavégzéshez már a módosított kiviteli tervek elkészítése szükséges, így kénytelen akadályt jelenteni. A Megrendelő a Vállalkozó értesítését elfogadta, aki ezt tudomásul vette. Ezen akadályozó tényező 2019.03.25. napja és 2018.07.22. napja között állt fenn, azaz a határidőt akadályozó tényezők összes ideje – figyelemmel a munkák logisztikai szervezéséből adódó megkezdhetőségét is – 4 hónap. Figyelemmel a fent leírt körülményekre, a Felek rögzítik, hogy a teljesítési határidő 2019.08.31. napról az akadályoztatott 7 hónappal 2020.03.31. napra 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.”

A felek a szerződésmódosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját tüntették fel. A Közbeszerzési Értesítő 2021/224. számában, a 19769/2021 iktatószám alatt, a 2021. november 19. napján közzétett, szerződésmódosításról szóló hirdetményben rögzítettek megegyeztek a szerződésmódosításban foglaltakkal.

9. A kérelmezett az ajánlatkérőhöz címzett 2020. március 19. napján kelt kérelmében előadta, hogy előreláthatólag a szerződésmódosítás keretében 2020. március 31. napjáig meghosszabbított határidőre sem tudja teljesíteni a szerződést és kérte a határidő további egy évvel történő meghosszabbítását. Az ajánlatkérő a 2020. március 23. napján kelt nyilatkozatában felmondta a szerződést az alábbi okokra hivatkozással:

„Értesítem, hogy a cégeink között létrejött, Borsodszirák sertéstelep korszerűsítési munkáira vonatkozó vállalkozási szerződés IX.10. pontjában foglaltakra tekintettel felmondom.

Felmondásunk indoklásául a következőket kívánom előadni:

[...] a teljesítési határidő egy évvel történő meghosszabbítása a jelenlegi helyzetben Megrendelő számára nem elfogadható, tekintettel arra, hogy a jelenleg hatályos támogatási szerződése szerint a projekt elszámolását 2020. év során el kell végezni, azonban a támogatási szerződés módosítására vonatkozóan eddig külön nem kezdeményeztünk módosítást. Ennek megfelelően Megrendelő a Vállalkozó felé nem tud olyan kötelezettséget vállalni, amely biztosítaná számára a szerződés további módosítását, így a felajánlott teljesítéshez fűződő érdekünk nem áll fenn.”

10. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződést 2020. március 31. napján kelt megállapodásukkal megszüntették, ebben a dokumentumban az alábbiakat rögzítették:

„7) A Megrendelő a rendelkezésre álló információk birtokában – bár ismertek voltak számára is a felvetett körülmények – a további módosítást nem tudta elfogadni és erről Vállalkozót 2020. március 23. napján értesítette, hisz azon az alapon nem tud módosítást elfogadni, hogy a tényleges teljesítési határidőre kötelezettség vállalást a Vállalkozótól nem tud kapni. Ugyanakkor számára Támogatási Szerződésben foglaltak is konkrét dátumot tartalmaznak, amely alapján a teljesítést és elszámolást még a 2020. év során meg kell valósítani. Így Megrendelő a Vállalkozót arról értesítette, hogy a vállalkozási szerződést felmondja és a kialakult helyzetre való tekintettel kívánja az ebből eredő jogkövetkezményeket érvényesíteni.
[...]

9) A hivatkozott rendelkezésekkel összefüggésben és a megszüntetéshez kapcsolódóan a Felek a következőkben állapodnak meg:

[...]

b) A Megrendelőnek a jelenlegi körülmények mellett a szerződés teljesítéséhez fűződő érdeke megszűnt, ugyanakkor a szerződéskötés előtt fennállt helyzetet természetben nem lehet visszaállítani, így a szerződést fel kell mondania.

[...]

d) Tekintettel, hogy Megrendelő a 9) b) pontban foglaltakra tekintettel a szerződést felmondja, valamint ez alapján a felek így a szerződést megszüntetik és a 9) c) pontban a III. részszámla kibocsátását követően Vállalkozó által elvégzett munka ellenértéke a Megrendelő kárigényének csökkentésére szolgál, azzal összefüggésben a Vállalkozó a felek között megkötött vállalkozási szerződés alapján igénnyel nem élhet;

e) A felek a jelen dokumentum aláírást követően helyszíni bejárást tartottak és ez alapján megállapítják, hogy a – műszaki ellenőr által is igazolt – teljesítés mértékeként a projekt megvalósulását (pontos készültségi szintjét) 72,28 százalék mértékben ismerik el;

f) A felek rögzítik továbbá, hogy a vállalkozási szerződés teljesítése – figyelemmel a 9) d) pontban foglaltakat – a III. részszámla kiállítását követően a fennmaradó 30 (harminc) százalék vonatkozásában áll fenn, így a vállalkozási szerződés teljesítésének megghiúsulásából adódó következmények (így elsődlegesen a vonatkozó kötbér) érvényesítése is ezen teljesítést illetően kerül sor. Emellett Vállalkozó elfogadja és vállalja, hogy a Megrendelő a szerződéssel elérni kívánt cél megvalósítására alkalmas szerződést köthet, és – a kártérítés szabályai szerint – követelheti Vállalkozótól a szerződésben és a fedezetiszerződésben kikötött ellenértékek közötti különbség, továbbá a fedezeti szerződés megkötéséből eredő költségek megtérítését. Ezzel összefüggésben a felek megállapodnak abban, hogy mindezen, a jelen pontban meghatározott következmények (így kötbér és felmerülő költségek) pontos mértékét és teljesítését egy esetleges későbbi szerződés ismeretében egyeztetik egymással és rögzítik elszámolásuk módját és időzítését.”

11. Az ajánlatkérő a 2020. április 10. napján kelt levelében felszólította a kérelmezettet, hogy tegyen eleget kötbérfizetési kötelezettségének az alábbiak szerint:

„Tekintettel a Szerződésben, továbbá a megszüntető megállapodásban foglaltakra, ezennel felhívjuk Önöket, hogy 41.763.713.-Ft-ot megghiúsulási kötbér jogcímen jelen levelünk kézhezvételét követő 30 (harminc) napon belül Társaságunk [...] számú bankszámlája részére átutalni szíveskedjenek.”

12. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2020. április 24. napján újabb vállalkozási szerződést (továbbiakban: második szerződés) kötött „sertéstelep korszerűsítése és bővítése Borsodszirákon” tárgyban, amelyben az alábbi előírások is szerepeltek:

„2.1. A Szerződés tárgya az 1. sz. mellékletben leírt létesítmény [...] a jelenleg még elvégzésre szoruló munkálatok elvégzésével való megvalósítása, valamint a Létesítménnyel kapcsolatos jótállási és szavatossági kötelezettségek teljesítése a jelen Szerződésnek megfelelően. [...]

5.1. Felek rögzítik, hogy a Szerződést a Vállalkozónak a munkaterület átadását követő 180 (száznyolcvan) naptári napon belül kell teljesítenie [...]

10.1. A jelen Szerződés meghatározott feladatok maradéktalan teljesítéséért a Vállalkozót vállalkozói díj jogcímen vállalkozói díj illeti meg. A vállalkozói díj 206.881.725.-Ft + ÁFA [...] Megrendelő rögzíti, hogy a teljesítés során a Vállalkozói díj összeg a VP2-4.1.1.5-16. számú projekt keretében kerül kifizetésre. Támogatás formája: vissza nem térítendő támogatás. Támogatás intenzitása: 50 %.”

A hivatalbóli kezdeményezés

13. A kezdeményező a 2022. november 3-án benyújtott kezdeményezésében ismertette a releváns tényállási elemeket. Előadta, hogy a Közbeszerzési Hatóság (továbbiakban: Hatóság) a szerződés teljesítése és módosítása vonatkozásában a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja alapján a 2018. október 31. napján kelt, T-03257/36/2018 iktatószámú jegyzőkönyvvel lezárt hatósági ellenőrzési eljárást folytatott le. Tekintettel arra, hogy a T-03257/2018 iktatószámú hatósági ellenőrzési eljárás lezárására a szerződés teljesítési határidejének lejárta előtt került sor, a Hatóság – figyelemmel a 308/2015. (X.27.) Korm. rendelet 5. § (1) bekezdésére és az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 103. § (1) bekezdésére – a 2018. október 31. és 2020. március 31. napja közötti teljesítési időszak tekintetében a szerződés teljesítésének és módosításának szerződés-ellenőrzési eljárás keretében történő ellenőrzését rendelte el 2021. március 19. napján, melyben felhívta az ajánlatkérőt és a kérelmezettet a szerződés teljesítésével és módosításával kapcsolatos iratanyag megküldésére, valamint adatszolgáltatásra és nyilatkozatok megtételére. Az ellenőrzött szervezetek nyilatkozattételi és adatszolgáltatási kötelezettségüknek eleget tettek, az ajánlatkérő és a kérelmezett csatolta teljességi nyilatkozatát arra vonatkozóan, hogy a Hatóság tényállás tisztázó végzéseiben megjelölt valamennyi dokumentum, illetve azok mellékletei a Hatóság részére hiánytalanul megküldésre kerültek. A szerződés-ellenőrzési eljárást lezáró jegyzőkönyv 2022. szeptember 12. napján került kiállításra.

14. Az első kezdeményezési elem annak megállapítására irányult, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontját. E körben a kezdeményező kifejtette, hogy 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. Adott körülmény előre nem láthatóságát azonban nem alapozza meg az ajánlatkérő mulasztása. Hivatkozott a döntőbizottsági és bírósági gyakorlatra, a Döntőbizottság D.474/18/2021. számú határozatának 125. pontjában kifejtettekkel idézte is. Majd előadta, hogy a közbeszerzési dokumentáció részét képező Állattartó épület műszaki leírása alapján az állattartó épület elavult, hagyományos szerkezetű állattartó gazdasági épület, mely az 1960-as években épült. Az elvégzendő munkálatok tekintetében rögzítette, hogy a meglévő épület héjazata, tetőzete, földem elbontásra kerül, az épület alapozását a kiviteli munkálatok nem érintik. Ugyancsak a közbeszerzési dokumentáció részét képező Takarmánytároló épület műszaki leírása szerint a gabonátároló épület elavult, hagyományos szerkezetű, mely valószínűsíthetően a múlt század '80-as éveinek végén épülhetett. Az épület fő része, a tároló nagy csarnokrész acélvázastartószerkezetű téglahatároló falazattal. Az elvégzendő munkálatok tekintetében a műszaki leírás alapján a meglévő épület héjazatának, tetőzetének és földemének elbontása volt a kérelmezett, az épület alapozását a kiviteli munkálatok tervezetten nem érintették. A műszaki leírás továbbá tartalmazta, hogy a teherhordó falak tetejére tovább falazással magasztás tervezett, melyre egy monolit vasbeton koszorú készül a tartószerkezeti terv szerint. A teherhordó falak tekintetében továbbá előírásra került, hogy a vakolatok leverése után a falak átvizsgálása szükséges lesz, figyelemmel arra, hogy a tervező csupán szemrevételezéssel mérte fel a teherhordó falak, ekként az acélvázastartószerkezet teherbírási képességét, mely szemrevételezés alapján nem látta indokoltnak megerősítések készítését.

15. A kezdeményező kitért arra, hogy a szerződés teljesítési határidejének 7 hónappal történő meghosszabbítására a kérelmezett 2018. június 20. és 2019. március 25. napján kelt akadályközléseire tekintettel került sor. A kérelmezetti akadályközlések miatt tartott helyszíni

bejárásokon a statikus tervező az állattartó épület oldalszárnya meglévő alapozását, valamint a szálas takarmánytároló épület megmaradó acélszerkezetét és alapozását nem találta megfelelőnek, ezért az állattartó épület vonatkozásában az alap megerősítését, vagy a falazat és az alapok elbontását és újra építését, a szálas takarmánytároló tekintetében az acélszerkezet és az alapok elbontását és újra építését rendelte el. Az ajánlatkérő a kérelmezetti akadályközlésekre tekintettel a kiviteli terveket módosította, a kiviteli tervek módosításhoz szükséges idő (három és négy hónap) alatt a kérelmezett munkavégzése szünetelt. Álláspontja szerint a szerződésmódosításra azért került sor, mert az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során nem a megfelelő alapossággal járt el. Mind az állattartó épület, mind a takarmánytároló épület tekintetében ismert volt az ajánlatkérő előtt azon körülmény, hogy az épületek elavultak, hosszú ideje használaton kívüliek. Ezen körülményekre, valamint arra figyelemmel, hogy a szerződésmódosításra a műszaki paraméterek hiányossága miatt került sor, a kezdeményező szerint valószínűsíthető, hogy a tervező szemrevételezéssel történő állapotfelmérése nem volt elégséges. Az ajánlatkérő részéről a megfelelő alaposágú előkészítés körében elvárható mind az alapozás, mind a teherhordó tartószerkezet alaposabb vizsgálata, feltárása (próbagödör/próbaúrás, feltárás, szúrópróbaszerű ellenőrzés, stb.), továbbá a megfelelő alaposágú előkészítés körében számolnia kellett volna azzal, hogy az épületek elhanyagoltak az állagmegóvás tekintetében, valamint figyelemmel kellett volna lennie az épületek „korára” mind az alapozás, mind a terhelhetőség tekintetében.

16. Az ajánlatkérő a szerződés-ellenőrzési eljárás során a Hatóság felhívására csatolta N. Gy. statikus tervező 2022. augusztus 2. napján kelt nyilatkozatát a takarmánytároló épület teherhordó falai tekintetében, mely szerint „Kivitelező szemrevételezéssel vizsgálta meg a falakat. A falak minimális repedezettséget mutattak, mely nem utalt teherbírási képesség elvesztésének lehetőségére, így ezt megfelelőnek ítélte. A kivitelezéskor tartószerkezeti szempontból látható volt, hogy a meglévő acélszerkezet alkalmatlan a jelenlegi előírásoknak való megfeleltetésre és annak átalakítása, megerősítése aránytalanul nagy költséget jelentene, ezért vált szükségessé az elbontása. A kivitelezés előtt továbbá feltárásra került a tetőszerkezet bontását követően az alapozás, mely szintén nem volt megfelelő, ebből következően az alapozás megerősítésétől, aláalapozásától nem lehetett volna eltekinteni. [...]” A kezdeményező szerint az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumok összeállítását megelőzően a szakmai tartalom kialakítása körében nem elégedhetett volna meg a szemrevételezéssel, továbbá nem tekinthetett volna el az alapok állapotfelmérésétől sem, azaz figyelembe kellett volna vennie mindazon ismert körülményt, melyek hatással lehetnek a felek szerződészerű teljesítésére. A megfelelő műszaki tartalom kidolgozása érdekében szükséges lett volna mindkét épület alapozásának legalább részleges vizsgálata, továbbá a szemrevételezés mellett a takarmánytároló épület teherhordó falai tekintetében legalább azon pontok statikai vizsgálata, melyek relevánsak lehetnek a falmagasítás és a monolit vasbeton födémek általi súlytöbblet vonatkozásában a falak teherbírási képességére. A szakmai szabályok szerint az alapozás állapotára vagy esetleges hiányosságaira a felszerkezet (alapozás feletti falazat, födém, stb.) állapotából lehet következtetni.

17. Fentiekre tekintettel a szerződésmódosítás indokaként megjelölt körülmények előre nem látható körülményként nem értékelhetők. Az ajánlatkérő számára már 2016 áprilisában, az állattartó és a takarmánytároló épület műszaki leírása elkészítetésekor ismert tény volt az épületek kora, állapota, szerkezete, mint ahogyan azon körülmény is, hogy az épületek hosszú idő óta üresen állnak. Mindezen körülmények ellenére ugyanakkor az alapok vizsgálata, valamint a takarmánytároló épület teherhordó falai állapotának körültekintő felmérése, a falak vakolatának leverése elmaradt. Az épületek tetőzetének és födémének cseréje okán az ajánlatkérőnek kellő gondosság mellett a műszaki leírás összeállítása során számításba kellett

volna venni, hogy az épületek alapja, valamint a meglévő tartószerkezetek tényleges állapota nem felel meg a szemrevételezéssel valószínűsítettnek, melyre figyelemmel a szerződés teljesítése csak szerződésmódosítással, a műszaki tartalom megváltoztatásával lehetséges. Amennyiben az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során megfelelő alapossággal jár el, azaz a kérelmezett szerződésszerű teljesítéséhez olyan kiviteli terveket dolgoz ki, melyek tekintettel vannak a felújítandó épületek műszaki/statikai állapotára, nem teremt olyan helyzetet, hogy a szerződés teljesíthetőségéhez szükséges kiviteli tervek módosítása miatt a teljesítési idő hét hónappal meghosszabbodik. Az ajánlatkérő a szerződésmódosítás indokai tekintetében tehát nem igazolt olyan körülményt, amely a közbeszerzési eljárás előkészítése, ekként a szerződés megkötését követően állt volna be, és amelyet kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre. A módosítás tehát nem felel meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti azon konjunktív feltételnek, hogy a szerződésmódosítást olyan körülmények tették szükségessé, melyet az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva előre nem láthatott.

18. A kezdeményező az első kezdeményezési elem tekintetében a vélt jogsértés megtörténtének időpontjaként 2019. augusztus 2-át jelölte meg. A jogorvoslati eljárás során tett észrevételében kifejtette, hogy az ajánlatkérő állításával szemben a tervhiba, tervezési hiba az ajánlatkérő felelősségi körébe tartozik, erre figyelemmel a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti előre nem látható körülményként nem értékelhető. A közbeszerzési szerződések teljesítése során számos esetben a tervezői hibára vezethetők vissza a jellemzően Kbt.-be ütköző szerződésmódosítások, melyre tekintettel a tervező a hibás tervekért, azaz a tervezési szerződés hibás teljesítéséért felelősséggel tartozik, különösen akkor, ha a tervhiba miatt szerződésmódosításra volt szükség. Figyelemmel azonban arra, hogy a közbeszerzési eljárás előkészítése az ajánlatkérő feladata, a közbeszerzési eljárás nem megfelelő gondossággal történő előkészítése okán megkötött jogellenes szerződésmódosítás tekintetében az ajánlatkérő felelősség állapítható meg. Felhívta a figyelmet a Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács a közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről [(2022. szeptember 29.); Útmutató] szóló útmutatójában témával kapcsolatban rögzítettek. Az N. Gy. által készített szakértői véleménnyel kapcsolatban kifejtette, hogy az csupán általánosságban mutatja be a tervezői feladatokat, a jelen jogorvoslati eljárás tárgya szerinti közbeszerzési eljárás előkészítése és a szerződés teljesítése tekintetében a szakértői vélemény konkrétumokat nem tartalmaz. Erre figyelemmel az ajánlatkérő érdemben nem igazolta, hogy miért volt megfelelő a közbeszerzési eljárás előkészítése. Megjegyezte, hogy jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nem kizárólag a jogellenességről való teljes bizonyosság birtokában kerülhet sor, hiszen a határozati alaposságú tényállás megállapítása és a jogkérdésben való döntés a Közbeszerzési Döntőbizottság feladata (9.K.700.303/2018/9. sz. ítélet).

19. A második kezdeményezési elemnél előadottak szerint az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdését. A kezdeményező ehelyütt idézte a Kbt. 131. § (1) bekezdését, a Kbt. 2. § (8) bekezdését, a Ptk. 6:6. § (2) bekezdését, a Ptk. 6:4. § (2) bekezdését, a Ptk. 6:7. § (1) bekezdését és a Ptk. 6:191. § (1) bekezdését.

20. Kifejtette, hogy a feleknek a 2020. március 31. napján kelt szerződést megszüntető megállapodása a szerződés módosításaként értelmezhető. A szerződő felek között létrejött szerződésmódosítás a kötelező alakiség megtartásával, külön dokumentumba foglaltan, írásban történt meg, annak ellenére, hogy azt a felek nem szerződésmódosításként, hanem szerződést megszüntető megállapodásként kezelték. A szerződés módosítása során a 9) pont f) alpontjára tekintettel az eredeti szerződés V.3. pontja módosult tartalmilag, mely szerint a 20 %-os mértékű meghíusulási kötbér vetítési alapjaként a nettó szerződéses ellenérték szolgál és

nem csupán a nettó szerződéses ellenérték 30 %-a. Kiemelte, hogy a szerződés V.3. pontjában a meghíusulási kötbér 20 %-os mértékének vetítési alapjaként a nettó vállalkozói díj került meghatározásra, amely nettó 696.061.890,- Ft összegnek felel meg. A felek abban állapodtak meg, hogy az ajánlatkérő a meghíusulási kötbérigényét csupán a meg nem valósult, 30 %-os műszaki tartalom szerződéses ellenértékének alapulvételével érvényesíti, annak ellenére, hogy a szerződés V.3. pontja egyértelmű rendelkezést tartalmaz a tekintetben, hogy a meghíusulási kötbérigény a nettó szerződéses ellenérték után érvényesítendő. Álláspontja szerint az ajánlatkérő által érvényesíthető meghíusulási kötbér a szerződés V.3. pontja szerint – a teljes nettó vállalkozói díj 20 %-a alapján – nettó 139.212.378.-Ft volt. Ezzel szemben a felek úgy állapodtak meg, hogy az ajánlatkérő a meg nem valósult, 30 %-os műszaki tartalom szerződéses ellenértékének alapulvételével érvényesíti kötbérigényét, amely alapján az ajánlatkérő 2020. április 10. napján kelt, kérelmezetthez intézett fizetési felszólító levelében csupán nettó 41.763.713.-Ft összegű meghíusulási kötbért követelt. Figyelemmel a fentiekre, a meghíusulási kötbér mértékét a felek akarategységben egyértelműen és tartalmilag megváltoztatták a módosítás során.

21. A kezdeményező szerint a szerződés 2020. március 31. napján kelt, szerződést megszüntető megállapodás útján történő módosítása nem felel meg a Kbt. 141. § (6) bekezdésében rögzített jogalpnak, tekintettel arra, hogy a módosítás eredményeként a (9) pont f) alpont) a meghíusulási kötbér vetítési alapját a szerződő felek megváltoztatták. A szerződésben előírt meghíusulási kötbér mértéke olyan alapvető eleme a felek jogviszonyának, amely a szerződés lényeges feltételének tekinthető. Mindezzel továbbá a felek a szerződés gazdasági egyensúlyát a kérelmezett javára változtatták meg. A kérelmezett azáltal jutott kedvezőbb helyzetbe, hogy a meghíusulási kötbér vetítési alapjának megváltoztatásával lényegesen kisebb összegű kötbérfizetési kötelezettség terhelte, mindez pedig alkalmas volt arra, hogy a szerződés gazdasági egyensúlyát a kérelmezett javára megváltoztassa.

22. A kezdeményező a második kezdeményezési elem tekintetében a vélt jogsértés megtörténtének időpontjaként 2020. március 31-ét jelölte meg.

23. A harmadik kezdeményezési elem arra vonatkozott, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (7) bekezdését. Előadta a kezdeményező, hogy a Hatóság az ellenőrzési eljárása során vizsgálta a Közbeszerzési Értesítőben a tárgyi eljárással kapcsolatban megtalálható hirdetményeket, valamint az ajánlatkérő és a kérelmezett adatszolgáltatása során megküldött dokumentumokat. Hivatkozott a második kezdeményezési elemnél kifejtettekre, a szerződést megszüntető megállapodás a szerződés módosításának tekinthető, melyre tekintettel álláspontja szerint az ajánlatkérőnek a Kbt. 141. § (7) bekezdésében előírt hirdetményközzételti kötelezettségének eleget kellett volna tennie. A kezdeményező a harmadik kezdeményezési elem tekintetében a vélt jogsértés megtörténtének időpontjaként 2020. április 24-ét jelölte meg, azaz a szerződésmódosítás napját követő 16. munkanapot, mely a szerződésmódosításról tájékoztató hirdetmény közzétételre történő megküldésére vonatkozó, a Kbt. 37. § (5) bekezdésében előírt határidő eredménytelen elteltét követő nap.

24. Az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás során tett észrevételével összefüggésben előadta, hogy a szóban forgó iratban a felek egyező akarattal a felhívás és a Szerződés V.3. pontját a meghíusulási kötbér vetítési alapja tekintetében módosították, mely módosítással ezen szerződéses feltétellel az eredeti szerződéses feltételtől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoztak meg. Álláspontja szerint a Kbt. alapelvi rendelkezéseivel ellentétes azon ajánlatkérői érvelés, miszerint a szerződés felmondását követően a felek szabadon

változtathatnak a szerződéses feltételeken, mégpedig oly módon, hogy a kérelmezetre nézve kedvezőbb feltételek mellett tudjanak elszámolni egymással. A szerződés közös megegyezéssel történő megszüntetéséről a Kbt. nem rendelkezik, arra a Ptk. szabályai vonatkoznak, azonban a megszüntetés - a Kbt. 2. § (7) bekezdésében foglaltakra is figyelemmel - nem célozhatja a Kbt. szabályainak megkerülését, ekként a közbeszerzési szerződés elszámolása során is a Kbt. szabályrendszere, annak szabályozási célja alapulvételével kell a feleknek eljárniuk. Az ajánlatkérő azon döntése, hogy a felmondást követően, a szerződést megszüntető megállapodásban mentesítette a kérelmezettet a megíúsulási kötbérösszeg egy részének megfizetése alól, hiszen a kötbérfizetés vetítési alapját a teljes nettó vállalkozói díj 20 %-a helyett a meg nem valósult, 30 %-os műszaki tartalom szerződéses ellenértékében határozza meg, alkalmas arra, hogy a Kbt. szabályait legalább alapvető szinten sértse. Mindezekre tekintettel az, hogy a felek a szerződést megszüntető megállapodásban az elszámolás szabályait rögzítették, az ügy Kbt. hatálya alá tartozását - az ajánlatkérői állásponttal ellentétben - nem szüntette meg, a megállapodás ekként a szerződés módosításaként kezelendő, melyre jogszerűen csak a Kbt. 141. §-a szerinti jogalapok egyike alapján kerülhetett volna sor. Figyelemmel továbbá arra, hogy a 2020. március 31. napján kelt szerződést megszüntető megállapodás a felek írásbeli szerződésmódosításának minősül, a kezdeményező szerint a szerződésmódosításról az ajánlatkérő a Kbt. 141. § (7) bekezdésében foglaltak alapján hirdetmény feladására volt köteles.

25. Végül a negyedik kezdeményezési elem arra vonatkozott, hogy az ajánlatkérő feltételezhetően megsértette a Kbt. 2. § (3) bekezdését és a Kbt. 2. § (4) bekezdését.

26. A Kbt. 2. § (7) bekezdésére hivatkozással ismertette a kezdeményező, hogy a Kbt. alapvető rendelkezései a közbeszerzési eljárás teljes folyamatában jelen vannak. Az alapvető generálklauzulák, értelmező, általános előírások, hégazpótló szerepet is betöltenek, tehát arra szolgálnak, hogy a részletszabályokban nem szabályozott, de a jog, jogos érdek közvetlen sérelmét vagy annak veszélyét előidéző magatartások, eljárások ne maradjanak - a Kbt.- ben meghatározott - jogkövetkezmény nélkül. Az ajánlatkérő számára már a támogatási kérelem benyújtásakor, a 2016. május 26. napján hatályos jogszabályi rendelkezések alapján is ismert volt, hogy amennyiben támogatásra alkalmasnak minősül, 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. Az ajánlatkérő 2020. március 23. napján kelt nyilatkozatában arra hivatkozással mondta fel a szerződést, hogy annak teljesítése már nem áll érdekében, továbbá az ajánlatkérői érdekmúlás a szerződést megszüntető megállapodás 9) pont b) alpontjában is rögzítésre került. Ezen körülmények ellenére azonban a szerződő felek a szerződést megszüntető megállapodás aláírását követően, egy hónapon belül, 2020. április 24. napján újra szerződést kötöttek, melynek tárgya a szerződés fennmaradó, 27,72 %-os műszaki tartalmának teljesítése volt. A kezdeményező szerint a fentiekben foglaltakra tekintettel az ajánlatkérői érdekmúlás nem volt valós, a szerződés megszüntetésének célja feltételezhetően az volt, hogy a felek az el nem végzett műszaki tartalom teljesítésére olyan szerződést tudjanak kötni, melynek teljesítésére már nem vonatkoznak a Kbt. szabályai. A második szerződés megkötésének napján az ajánlatkérő közbeszerzési kötelezettségét megalapozó Kbt. 5. § (3) bekezdése már nem volt hatályban, így annak teljesítésére nem a Kbt. szigorú, a közpénzfelhasználás tekintetében a hatékony és felelős gazdálkodást biztosító garanciális szabályaira tekintettel került sor.

27. A kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő azzal, hogy a szerződést az érdekmúlás nem valós indokára hivatkozással szüntette meg annak érdekében, hogy a műszaki tartalom fennmaradó részének teljesítésére a Kbt. szabályai alól kikerülve kerülhessen sor, a szerződés megszüntetéséhez fűződő jogát visszaélés szerűen gyakorolta, megsértve ezzel a Kbt. 2. § (3) bekezdés második fordulatóban rögzített joggal való visszaélés tilalmát. Megjegyezte a kezdeményező, hogy arra vonatkozóan információval nem rendelkezik, hogy a csökkentett mértékű kötbér megfizetésére a kérelmezett által ténylegesen sor került volna. A szerződés-ellenőrzési eljárás során az ajánlatkérő annak ellenére nem csatolt dokumentumot a meghíúsulási kötbér megfizetésével kapcsolatban, hogy a Hatóság tényállás tisztázó végzéseiben erre kifejezetten felhívta. A kezdeményező szerint a Kbt. 2. § (3) bekezdés második fordulóta szerinti joggal való visszaélés, valamint a Kbt. 2. § (4) bekezdése szerinti felelős közpénzfelhasználás alapelvének nem feleltethető meg azon ajánlatkérői magatartás, miszerint csupán felszólította a kérelmezettet a meghíúsulási kötbér megfizetésére, azonban annak az ajánlatkérő részére történő tényleges teljesítésére – dokumentumok hiányában - valószínűsíthetően nem került sor. A meghíúsulási kötbér megfizetésének elmaradása ellenére az ajánlatkérő a kérelmezettel kötötte meg a második szerződést, amely annak okán, hogy már nem tekinthető közbeszerzési szerződésnek a Hatóság ellenőrzési lehetőségeit is gátolja. Mindezek alapján az ajánlatkérő azáltal, hogy a szerződés megszüntetésével olyan helyzetet teremtett, hogy az eredeti műszaki tartalom meg nem valósított részének teljesítése a második szerződés keretében a Kbt. közpénzfelhasználásra vonatkozó hatékony és felelős gazdálkodást biztosító garanciális szabályainak betartása nélkül történhessen, megsértette a Kbt. 2. § (4) bekezdése szerinti közpénzek felhasználására vonatkozó hatékony és felelős gazdálkodás alapelvét.

28. A kezdeményező a negyedik kezdeményezési elem tekintetében a vélt jogsértés megtörténtének időpontjaként 2020. március 31. napját jelölte meg. A jogorvoslati eljárás során tett észrevételekkel kapcsolatosan kifejtette, hogy a kezdeményezés valójában nem a 2020. április 24. napján megkötött második szerződés vonatkozásában tartalmaz kezdeményezési elemet. Az valószínűsíthető, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatásának eredményeként megkötött, és jelen jogorvoslati eljárás tárgya szerinti szerződés felmondására nem a felmondásban megjelölt ajánlatkérői érdekmúlás miatt került sor, hanem a szerződés megszüntetésének oka feltételezhetően azt volt, hogy a felek az el nem végzett műszaki tartalom teljesítésére olyan szerződést tudjanak kötni, melynek teljesítésére már nem vonatkoznak a Kbt. szabályai.

29. Az ajánlatkérő kérte a jogsértések megállapítását és az ajánlatkérővel, valamint a kérelmezettel szemben bírság kiszabását. A tudomásszerzés tekintetében valamennyi kezdeményezési elemnél 2022. szeptember 12. napját, vagyis a szerződés-ellenőrzési eljárás befejezésének napját jelölte meg, mellyel összefüggésben hivatkozott a Kbt. 153. § (4) bekezdésére.

Az ajánlatkérő észrevételei

30. Az első kezdeményezési elemet érintően előadta, hogy annak tárgyát építészeti szakkérdés képezi. Az ajánlatkérő értelmezése szerint az képezi alapját, hogy az általa kellő gondossággal igénybe vett tervező az épület műszaki állapotáról a később megtett feltárások eredményeként megállapított állapothoz képest eltérő műszaki leírást készített. Majd maga a kivitelező is úgy ítélte meg, hogy a szemrevételezéssel általa megtekintett területen a feltárás más eredményt mutatott. Tehát a kezdeményező szerint a tervező szemrevételezéssel történő állapotfelmérése nem volt elégséges, a tervező nem volt elég jó szakember, terveit, a műszaki

leírást és a szakember képességeit az ajánlatkérőnek kétségbe kellett volna vonnia. A kezdeményezés sem jelöli meg azt a magatartást, amelyet az ajánlatkérőnek tanúsítania kellett volna a tervező szakember igénybevételekor, azt sem, hogyan kellett volna a szakember felülbírálnia. Felsorolja a próbagödör ásást, fúrást, feltárást, szűrőpróbaszerű ellenőrzést, stb., de ennek szükségszerűségét és kötelező alkalmazását nem igazolja semmi.

31. Az ajánlatkérő szerint a problémát valójában N. Gy. szakértő 2022. október 10-i szakvéleménye fogalmazta meg, mely szerint a beruházó alapvetően laikusnak számít tervezés, kivitelezés esetében, továbbá hogy meglévő épület esetében nem lehet olyan mértékű feltárásokat, megbontásokat alkalmazni, ami minden tekintetben lefedi a szükséges feltárásokat és azok mélységét, összetettségét. Álláspontja szerint az ajánlatkérő kötelezettsége az elvárható gondosság mellett, hogy a megfelelő szakembereket igénybe vegye. A megfelelő előkészítést továbbá e körben igazolta, hogy a kivitelező is elegendőnek tartotta a szemrevételezés alapján eljárni, számára sem adott semmi sem gyanúokat. A kezdeményező olyan elvarasokat fogalmaz meg, amire az eljáró szakemberek szerint nem volt szükség, illetve ötletelés szintű elvarasai tágabb hatásai, így a szakértő által is hivatkozott roncsolás, tönkremenetel összefüggéseit sem tisztázta. Megjegyezte végül, hogy az első kezdeményezési elemet a kezdeményező a kérelmezett ellen is előterjesztette, esetében azonban az ajánlatkérő kellő gondossággal való eljárása értelmezhetetlen.

32. A kezdeményezés második eleme az ajánlatkérő szerint polgári jogi szakkérdés. A kezdeményező nem a 2020. március 23-i szerződésmegmondás tárgyában keletkezett dokumentumot, hanem a 2020. március 31-i felek helyzetének rendezése tárgyában kötött megállapodást tekinti a szerződés megszűnésének. Az ajánlatkérő szerint a szerződés a 2020. március 20-i felmondó nyilatkozattal megszűnt, azt a felek elszámolással kapcsolatos megállapodása nem befolyásolta. A felmondás pedig nem szerződésmódosítás, hanem a szerződés megszüntetése, melynek következtében az ügylet nem tartozik a továbbiakban a Kbt. hatálya alá. A Kbt. 141. §-a azt az esetet szabályozza, amikor a felek közötti szerződés megváltozott tartalommal, a továbbiakban is fennáll. A megszüntetés ezzel ellentétes eredményre vezet.

33. A harmadik kezdeményezési elemet érintően felhívta a figyelmet, hogy a probléma mutatja meg, hogy a szerződés megszüntetését a jogalkotó semmiképpen sem sorolja a szerződésmódosítás körébe. A megszüntetésről ugyanis nem kell és nem is lehet hirdetményt közzétenni, a szerződésmódosításra vonatkozó mintában (44/2015. MvM rendelet 12. sz. melléklet) ugyanakkor meg kell jelölni, hogy a szerződés mely pontja módosul. A jelen esetre ez értelmezhetetlen, hisz nincs a felek jövőbeni viszonyát szabályozó új rendelkezés, a régiéket helyébe nem lépnek új rendelkezése, tehát hirdetményt a tárgyban az ajánlatkérő nem is tudott volna közzétenni.

34. A negyedik kezdeményezési elemet érintően kifejtette az ajánlatkérő, hogy olyan szerződéses jogviszonyra terjesztené ki a Kbt. hatályát, amelyre az nem vonatkozik. Abból, hogy egy későbbi időpontban a felek között új szerződés jött létre, nem következik ok-okozati kapcsolatként az egyéb körülményektől is függetlenül, hogy a kezdeményező által állított jogsérelem is bekövetkezne.

35. Kérte a jogsértés hiányának a megállapítását.

36. A Döntőbizottság felhívására

- nyilatkozott, hogy az építési beruházással kapcsolatosan készült kiviteli dokumentáció, melyet csatolt,
- előadta, hogy a műszaki dokumentáció kidolgozása több fázisban történt, tervezési munkákat, illetve engedélyezési terveket eredetileg K. L. Zs., míg a statikai terveket Z. L. készítette. Az érintett tervezőkkel kapcsolatosan felmerült költségek a támogatás során nem kerültek elszámolásra. Az érintett tervezőkkel kötött szerződések nem állnak rendelkezésére, többszöri költözés és irattározás miatt,
- csatolta a kivitelezésre vonatkozó Arch-Stone Mérnök Iroda Kft.-vel megkötött tervezési szerződést, továbbá egy, a kivitelezési folyamatokra vonatkozó tervezői nyilatkozatot,
- nyilatkozott, hogy a használatbavételi engedély kiadása folyamatban van,
- csatolta a támogatási okiratot és annak valamennyi módosítását,
- nyilatkozott, hogy a becsült érték meghatározása árazott tervezői költségvetés alapján történt, az Építési Normagyűjteményhez igazodó referenciaárak alkalmazásával, csatolta a becsült érték meghatározása során keletkezett iratokat.

A jogorvoslati eljárás kiterjesztése

37. A Döntőbizottság a 2023. január 23-án kelt, D.423/16/2023. számú végzésével a Kbt. 158. § (1) bekezdés első és második mondata alkalmazásával kiterjesztette a jogorvoslati eljárást annak vizsgálatára, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítésekor megsértette-e a Kbt. 2017. november 21-én hatályos 28. § (1) bekezdés első mondatát és a Kbt. 28. § (3) bekezdését, továbbá az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 13. § (1) bekezdését, tekintettel arra, hogy a közbeszerzési eljárást nem a jogszabályoknak megfelelő tervek birtokában indította meg.

38. Az ajánlatkérő vitatta a hivatalbóli kiterjesztés tárgyává tett jogsértés elkövetését és előadta, hogy nem ő, hanem egy általa megbízott gazdasági szereplő rendelkezik a szükséges ismeretekkel és kérte annak bevonását a jogorvoslati eljárásba.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

39. A Döntőbizottság először a hivatalbóli kiterjesztés tárgyává tett jogsértés tekintetében foglalt állást a közbeszerzési eljárás megkezdésekor, vagyis a 2017. november 21-én hatályos jogszabályok alapján.

40. A Kbt. 2. § (4) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia.

A Kbt. 28. § (1) és (3) bekezdései szerint:

(1) Az ajánlatkérő köteles a közbeszerzési eljárást - a beszerzés tárgyára és becsült értékére tekintettel - megfelelő alapossággal 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 értékelemzés módszerét is.

(3) Építési beruházások esetében az eljárás csak a külön jogszabályban meghatározott követelményeknek megfelelő tervek birtokában indítható meg. Külön jogszabályban foglalt esetekben az ajánlatkérőnek tervellenőrzésről és tervezői művezetésről is gondoskodnia kell.

Az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 13. § (1) bekezdése szerint az építési beruházás becsült értékének meghatározásakor – a Kbt. 17. § (5) bekezdésében foglaltak figyelembevételével – az ajánlatkérőnek az engedélyhez kötött építési tevékenység esetén a jogerős építési engedéllyel jóváhagyott engedélyezési terv, vagy kiviteli terv vagy egyesített engedélyezési és kiviteli terv alapján, a közbeszerzés megkezdését megelőző 12 hónapnál nem régebben készült – szükség esetén a közbeszerzési eljárás megkezdésének időpontjára aktualizált – költségvetést kell irányadónak tekinteni, amely tartalmazza az építési beruházással kapcsolatban felmerülő valamennyi szükséges munkatételt. A 14. § (4) bekezdés a) pontja szerinti esetben az építési beruházás becsült értékének meghatározásakor a jóváhagyási terv alapján elkészített, az építési beruházással kapcsolatban felmerülő valamennyi szükséges munkatételt tartalmazó, a közbeszerzés megkezdését megelőző 12 hónapnál nem régebben készült - szükség esetén a közbeszerzési eljárás megkezdésének időpontjára aktualizált - költségbececlést kell irányadónak tekinteni.

A 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 16. § (1) bekezdése szerint az építmény kivitelezésére vagy a Kbt. 1. mellékletében foglalt tevékenységek egyikéhez kapcsolódó munka kivitelezésére irányuló, az építésügyi jogszabályok szerint engedélyköteles építési beruházás közbeszerzési dokumentumai tartalmazzák az Épkiv.-ben meghatározott – egyúttal e rendelet és mellékletei előírásainak is megfelelő – kivitelezési dokumentációt.

41. Az ajánlatkérőnek a közbeszerzési eljárás megindítása előtt meg kell határoznia beszerzési igényét, továbbá értékét is. Ez a folyamat - a közbeszerzési eljárás előkészítése – szigorú jogi szabályozottság mellett zajlik, melynek egyik aspektusát képezi a Kbt. 28. § (1) bekezdéséből eredő azon előírás, mely szerint az ajánlatkérőnek a közbeszerzési eljárást a közbeszerzés tárgyára és becsült értékére tekintettel megfelelő alapossággal kell előkészítenie. Rögzítendő, hogy a jelen beszerzés tárgya olyan építési beruházás, amely építési engedélyköteles. A Kbt. 28. § (3) bekezdése egyértelművé teszi, hogy az építési beruházás megvalósítására irányuló közbeszerzési eljárás csak a külön jogszabályban meghatározott követelményeknek megfelelő tervek birtokában indítható meg, mindez egyrészt a Kbt. 28. § (1) bekezdésében megkövetelt „megfelelő alaposság” követelménye betartásának, továbbá a későbbi szerződésmódosítások elkerülése érdekében is lényeges szabály, végső célja pedig a műszaki tartalom minél pontosabb meghatározottsága.

42. Az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII. törvény (a továbbiakban: Étv.) 38. § (1) bekezdése szerint építési tevékenységet - ha kormányrendelet eltérően nem rendelkezik - kivitelezési dokumentáció alapján lehet végezni.

Az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 22. § (1) bekezdés a) pontja szerint kivitelezési dokumentáció alapján végezhető az építésügyi hatósági engedélyhez kötött építési tevékenység.

43. Az Étv. 38. § (1) bekezdése, valamint a 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 22. § (1) bekezdés a) pontja előírja, hogy építési tevékenységet kivitelezési dokumentáció alapján lehet végezni, mindezen előírásokat a Kbt. 28. § (3) bekezdésével összevetve egyértelműen az állapítható meg, hogy építési engedélyköteles építési tevékenység megvalósítására irányuló közbeszerzési eljárás csak kivitelezési tervdokumentáció meglétében indítható meg. A Döntőbizottság értelmezését támasztja alá egyebekben a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet

16. § (1) bekezdésében szereplő azon előírás is, amely szerint a közbeszerzési dokumentációnak tartalmaznia kell a kivitelezési dokumentációt is. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során nem – erre irányuló külön felhívásra sem – csatolt olyan kiviteli dokumentációt, amely az építési tevékenységre irányuló közbeszerzési eljárás megindítása előtt készült. Valójában az állapítható meg, hogy a tárgyi közbeszerzési eljárás közbeszerzési dokumentumai között nem a kiviteli, hanem az engedélyes tervdokumentáció került elhelyezésre, maga a kiviteli dokumentáció a kivitelezési tevékenység folyamata során, a felmerült változások, igények alapján alakult ki.

44. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság a hivatalbóli kiterjesztés keretében megállapította, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során megsértette a Kbt. 28. § (3) bekezdését, mert úgy indította meg közbeszerzését, hogy az Étv. 38. § (1) bekezdése, valamint a 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 22. § (1) bekezdés a) pontja szerinti kivitelezési tervdokumentáció nem állt rendelkezésére. A jogsértés szempontjából nem bír jelentőséggel, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során milyen minőségben, mely gazdasági szereplőt bízott meg, mert a felelősséget a Kbt. nem a megbízottra, hanem magára az ajánlatkérőre telepíti. A Döntőbizottság így nem intézkedett az ajánlatkérő megbízásából eljáró cég jogorvoslati eljárásba történő bevonása iránt. Annak természetesen nincs akadálya, hogy amennyiben az ajánlatkérő terhére a megbízott eljárásával érintett körben jogsértést állapítanak meg, a kiszabott bírságot utóbb az ajánlatkérő a nevében és helyette eljáró személytől vagy szervtől a felek között fennálló jogviszony alapján követelje.

45. A hivatalbóli kiterjesztés tárgyát képezte annak vizsgálata is, hogy a közbeszerzés előkészítése megfelelt-e a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 13. § (1) bekezdésének, ezen jogszabályt érintően azonban a Döntőbizottság nem állapított meg jogsértést, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő csatolta a közbeszerzés indítását megelőzően 12 hónapnál nem régebben készült tervezői költségvetését.

46. Ezt követően a Döntőbizottság a kezdeményezés első-harmadik elemei körében foglalt állást.

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

A Kbt. 2. § (8) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre az e törvényben foglalt eltérésekkel a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni.

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

A Kbt. 141. §-a szerint:

(1) Ezen alcím rendelkezéseit alkalmazni kell a szerződés felek – vagy az erre jogosult valamelyik fél – általi módosítására, valamint a felek jogviszonyának a szerződésben foglalt rendelkezéseknek megfelelő változására (a továbbiakban együtt: szerződésmódosítás).

(2) A szerződés – a (4) vagy (6) bekezdésben foglalt feltételek vizsgálata nélkül – új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül módosítható, ha a módosítás eredményeként az ellenérték növekedése – vagy több módosítás esetén azok nettó összértéke – nem éri el az alábbi értékek egyikét sem

a) az uniós értékhatárt elérő értékű eredeti szerződés esetén az uniós értékhatárt;

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

(3) A (2) bekezdést arra a szerződésmódosításra lehet alkalmazni, amely a szerződés értékének változásával jár, a szerződéses jogviszony több elemét érintő módosítás esetén a módosítás azon elemeire, amelyek az érték változásával összefüggenek. Nem alkalmazható a (2) bekezdés a szerződésmódosításra akkor, ha a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárást az ajánlatkérő olyan szabályok szerint indította meg, amelyek nem lettek volna jogszerűen alkalmazhatóak, ha az ajánlatkérő az eljárás becsült értékét a szerződésmódosítást követő értékét figyelembe véve határozta volna meg.

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

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

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

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

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

c) a következő feltételek együttes teljesülése esetén:

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

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

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

(5) A (2) bekezdésben és a (4) bekezdés b) és c) pontjában az eredeti szerződés értékeként az aktuális, indexált szerződéses ellenszolgáltatást lehet figyelembe venni, ha a szerződés a (4) bekezdés a) pontjának megfelelően az ellenszolgáltatás indexálására vonatkozó rendelkezést tartalmaz. Építési és szolgáltatási koncesszió esetében, ha a szerződés nem tartalmaz indexálási rendelkezést, az aktualizált értéket a Központi Statisztikai Hivatal által közzétett éves átlagos inflációs érték figyelembevételével lehet kiszámolni.

(6) A (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül, a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása

lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

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

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

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

(7) A (4) bekezdés a) pontja szerinti eset kivételével az ajánlatkérő köteles a szerződés módosításáról a külön jogszabályban meghatározott minta szerinti tartalommal hirdetményt közzétenni.

(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.

48. A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek beszerzésüket közbeszerzési eljárás útján kötelesek megvalósítani, különösen a Kbt. 4. § (1) bekezdéséből és a Kbt. 141. § (4) bekezdés felvezető mondatából következően minden beszerzés előtt, így a szerződés módosítása útján megvalósult beszerzést megelőzően is, közbeszerzési eljárás lefolytatása kötelező. Az egyébként kivételes – közbeszerzési eljárás mellőzésével megvalósított – szerződésmódosítás feltételeit a jogszabályok taxatívén sorolják fel, amelyek értelmezésekor a Kbt. 2. § (7) bekezdés első mondata szerinti kógenciára is figyelemmel kell lenni.

49. A kezdeményező álláspontja szerint a 2019. augusztus 2-i szerződésmódosításra a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja megsértésével került sor (a kezdeményezés első eleme). A szerződésmódosításról szóló dokumentumban, valamint a vonatkozó hirdetményben az ajánlatkérő és a kérelmezett is a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját tüntette fel jogalapként, és annak ellenére, hogy a Döntőbizottság felhívta őket annak közlésére, hogy álláspontjuk szerint a szerződésmódosítás a Kbt. mely előírásainak felel meg, további körülményt nem adtak elő. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság eljárásában azt vizsgálta, hogy a felek által előadott indokok alátámasztják-e a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti konjunktív feltételeket, azon belüli is a ca) alpont szerinti jogalap alkalmazhatóságát. A felek 2019. augusztus 2-án meghosszabbították a közbeszerzési szerződés határidejét egyrészt azért, mert

- az állattartó épület oldalági alapozása a rendelkezésre álló tervek és a kivitelezés folyamán megállapítható körülményektől jelentősen eltérő mélységű,
- a szűk takarmánytároló épület tartószerkezetének állékonysága statikai problémákat vetett fel.

A szerződésmódosítás következtében az eredeti, 2019. augusztus 31-i teljesítési határidő 2020. március 31-ére módosult.

50. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerinti jogalap tekintetében a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy a két felhozott indok mögött meghúzódtak-e olyan körülmények, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre, és az a szerződésmódosítást ezek szükségessé tették.

51. A döntőbizottsági és bírósági gyakorlat több esetben is rámutatott arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpont szerinti előre nem láthatóság a szerződés megkötésének időpontjára, illetve a szerződést megelőző előkészítési szakaszra vonatkozatható; ezért a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata során nem hagyható figyelmen kívül, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során a kellő gondosságot tanúsította-e. A Döntőbizottság a hivatalbóli kiterjesztés körében megállapította, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítésekor jogsértő módon mellőzte a jogszabály által előírt kiviteli tervdokumentáció közbeszerzési dokumentációban történő szerepeltetését, elkészíttetését. A szerződésmódosítás indokolásában pont ezért visszatérő jelleggel fordul elő, hogy a szerződésmódosítás alapjául „a rendelkezésre bocsátott tervek” hiányosságai szolgálnak, amelynek megoldására „előzetes tervek”, illetve statikai tervek szükségesek. A rendelkezésre álló iratok alapján az állapítható meg, hogy a közbeszerzési eljárás megindításakor, illetve a szerződés teljesítésének megkezdésekor nem állt rendelkezésre a kiviteli tervdokumentáció, az valójában 2018. év során, illetve a kivitelezési munkák előrehaladtával párhuzamosan készült el. A tervek hiányosságai alapján megállapítható, hogy a szerződésmódosításra olyan körülmények miatt került sor, amely az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva megelőzhető volna, amennyiben a jogszabályi előírások szerinti kiviteli tervdokumentáció birtokában kezdődik meg a közbeszerzési eljárás és annak ismeretében kerül rögzítésre annak műszaki tartalma.

52. A Döntőbizottság álláspontja továbbá az, hogy a közpénzek felhasználását végző ajánlatkérő kellő gondossággal történő eljárása esetén nem a kivitelezés tartama alatt, hanem a közbeszerzés előkészítésekor szükséges felismerni a jelen szerződésmódosítás alapját képező körülményeket. Az, hogy az építési beruházással érintett épület „oldalágában az alapozás alsó síkja nem a tervben feltüntetett mélységben található, hanem a fő ághoz képest kb. 80 cm-el feljebb”, a kivitelezést érintő alapvető probléma, hiszen a szerződésmódosítás indokai között is szerepel, hogy „így az épület állékonysága nem biztosított”, és „alapjaiban változtatta meg az épület megítélését, statikáját”. Szintén nem az ajánlatkérő kellő gondossággal történő előzetes eljárását támasztja alá azon körülmény, és nem a kivitelezés során kell kiderülnie, hogy az épület tartószerkezeti „állékonysága statikai problémákat vet fel”. Az indokok között szerepel, hogy az „acélszerkezete több helyen deformálódott és korrodált, ezért nem alkalmas a további szerkezetek fogadására”, másrészt „az alapok [...] csak kisméretű, alig 50x50 cm méretű 70 cm mélységű alaptestek, amelyek szintén nem alkalmasak egy ekkora épület lemezelt oldalaival járó terhek viselésére”. A Döntőbizottság szerint ilyen jelentős, az egyik épület esetében közel egy méteres, az alapsík helyzetét érintő eltérést, a másik épületnél pedig az alaptestek csekély terhelhetőségét eredményező hiányosság megfelelő, de egyébként jogszabály által előírt statikai tervek birtokában már a közbeszerzési eljárás megkezdését megelőzően felismerhető kellett legyen. Hangsúlyos egyebekben, hogy az eredeti épületek részletes, szakszerű és jogszabályi előírásoknak megfelelő vizsgálata elől az ajánlatkérő nem volt elzárva a közbeszerzési eljárás megindítása előtt, tehát kellő gondossággal történő eljárása esetén lett volna lehetősége a szükséges vizsgálatok elvégzésére.

53. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett 2019. augusztus 2-án a közbeszerzési szerződést a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontjába ütközően módosították. A Döntőbizottság az ajánlatkérő által az első kezdeményezési elemmel összefüggésben tett észrevétellel kapcsolatban megjegyzi, hogy bár a jogsértésért való felelősség az ajánlatkérőt terheli, annak tervezőre történő áthárítása az ajánlatkérő és a tervező között fennálló jogviszonytól függően lehetséges.

54. A második kezdeményezési elem tárgyát az képezte, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett 2020. március 31-i közbeszerzési szerződést megszüntető megállapodása valójában a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe ütköző szerződésmódosítás.

55. Figyelemmel arra, hogy az ajánlatkérő szerint a megállapodásra nem alkalmazható a Kbt. 141. §-a, mert a közbeszerzési szerződés már megszűnt, a Döntőbizottság először abban a kérdésben foglalt állást, hogy a felek megállapodása a Kbt. hatálya alá tartozik-e. A jogkérdést vizsgáló Fővárosi Törvényszék a 103.K.704.751/2020/45. számú ítéletében arra a megállapításra jutott, hogy bár „A közbeszerzési szerződésekkel kapcsolatos polgári jogi igények elbírálása a polgári bíróság hatáskörébe tartozik, [...] a közbeszerzésre vonatkozó jogszabályok megsértése miatti eljárás lefolytatása és a jogszabályba ütköző közbeszerzési szerződésmódosítás miatti eljárás lefolytatása az alperes hatáskörébe tartozik”. Mindebből következően, amennyiben a kezdeményező közbeszerzésre vonatkozó jogszabály megsértését állítja – mint teszi ezt jelen esetben is – a kérdés megítélése a Döntőbizottság hatáskörébe tartozik.

56. Szintén a fent hivatkozott ítéletében mondta ki a Fővárosi Törvényszék azt is, hogy amennyiben a „szerződésmódosítás tartalmi elemei [...] megvalósultak, [az] a Ptk. 6:191. § szerinti szerződésmódosításnak értelmezendő, annak közbeszerzési jogi értékelése pedig elvezethet a jogellenesség megállapításához.” A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatkérő és a kérelmezett között 2020. március 31-én létrejött „vállalkozási szerződés megszüntetése” című megállapodás mellett, hogy megszünteti a felek jogviszonyát, a közbeszerzési szerződés módosításának is tekinthető. A szerződést kötő felek ugyanis abban egybehangzóan megállapodnak abban, hogy a vállalkozóval szemben nem a teljesítés 100 %-os, hanem 30 %-os mértékében érvényesíthető a szerződés teljesítésének meghiúsulásából eredő kötbérgény (9.f) pont).

57. Figyelemmel arra, hogy a Döntőbizottság egyetértett a kezdeményezővel abban, hogy fenti dokumentum 9.f) pontja valójában az eredeti közbeszerzési szerződés módosításának tekinthető, ezt követően annak Kbt. 141. § (6) bekezdésébe ütközése kérdésében foglalt állást.

58. A Döntőbizottság helyütt is hangsúlyozza, hogy a Kbt. 4. § (1) bekezdéséből és a Kbt. 141. § (6) bekezdés felvezető mondatából következően minden beszerzés előtt, így a szerződés módosítása útján megvalósult beszerzést megelőzően is, közbeszerzési eljárás lefolytatása kötelező. Ehhez képest írja elő a Kbt. 141. § (6) bekezdése, hogy a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A Kbt. 141. § (6) bekezdése egyébként meg is határozza, mikor minősül lényegesnek a szerződésmódosítás, akkor, ha az eredeti feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Döntőbizottság hangsúlyozza, hogy 2020. március 31-ére olyan helyzet állt elő, amelyben a közbeszerzési szerződés nem került teljesítésre sem az eredeti, sem a 2019. augusztus 2-án módosított határidőben, még az időközben módosított műszaki tartalommal sem. Az iratokból továbbá egyértelműen következik, hogy a felek azért szüntették meg a szerződést, mert a kérelmezett jelezte, hogy a módosított határidőig, vagyis 2020. március 31-éig sem tudja befejezni a kivitelezést. Ezzel összefüggésben helyesen mutatott rá a kezdeményező arra, hogy abból a tényből kell kiindulni, hogy erre az esetre a felek közötti eredeti szerződés V. pontja a kötbér mértékét a teljes nettó vállalkozói díjhoz mért arányban rögzítette. Az eredeti szerződésben nem volt szó a kötbér mértékének leszállításáról részteljesítés esetén. Az eredeti szerződés alapján tehát az ajánlatkérőnek – amennyiben annak feltételei fennálltak – az eredeti vállalkozói díj, vagyis nettó 696.061.890.-Ft után kellett volna a 20 %-os meghiúsulási kötbért követelnie, ehhez képest az érintett

szerződésmódosításban a felek úgy állapodtak meg, hogy azt leszállítják a meg nem valósult műszaki tartalomra vetített vállalkozói díjra. A szerződésmódosítás következtében így az ajánlatkérő az eredetileg a szerződés meghiúsulására figyelemmel őt megillető nettó 139.212.378.-Ft kötbérösszeg helyett annak hozzávetőleg 20 %-ára vált jogosulttá.

59. A Kbt. 50. § (2) bekezdés d) pontja, valamint a Kbt. 134. § (1) bekezdés első mondata is olyan lényeges szerződéses feltételnek tekinti a szerződés tárgyát, valamint annak biztosítékait, hogy előírja, hogy azokat a közbeszerzési dokumentumokban (felhívás, műszaki leírás, szerződéstervezet) rögzítse az ajánlatkérő. A Döntőbizottság szerint mind a közbeszerzés tárgyának változása, mind ahhoz kapcsolódóan a kötbérigény leszállítása az eredeti feltételekhez képest lényeges, érdemi eltérést eredményezett, amely a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe ütközött.

60. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett 2020. március 31-én kelt szerződést megszüntető megállapodásukkal a közbeszerzési szerződést a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe ütközően módosították.

61. A harmadik kezdeményezési elemet érintően a Döntőbizottság egyetértett a kezdeményezővel abban, hogy amennyiben a felek közötti jogügylet a tartalma alapján a közbeszerzési szerződés módosításának tekinthető – mint az megállapításra került fentebb, a második kezdeményezési eleme keretei között – abban az esetben az ajánlatkérő a vonatkozó hirdetmény közzétételére köteles.

62. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (7) bekezdését, tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítás tárgyában nem tette közzé a normaszöveg által előírt hirdetményt.

63. A negyedik kezdeményezési elem tárgyát az képezte, hogy az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési szerződés felmondásakor, megszüntetésekor alapvető jogsértéseket is elkövetett, figyelemmel arra, hogy a felek 2020. április 24-én, amikor a beszerzés már nem tartozott a Kbt. hatálya alá, a felek újabb építési beruházásra irányuló szerződést kötöttek egymással.

64. A Kbt. 2. § (3) – (4) és (7) bekezdései szerint:

(3) Az ajánlatkérő és a gazdasági szereplők a közbeszerzési eljárásban a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelően kötelesek eljárni. A joggal való visszaélés tilos.

(4) Az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia.

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

65. A jogalkotó a Kbt. szabályozási rendszerében az általános rendelkezések között határozta meg a törvény alapelveit. A Kbt. alapelveinek legfontosabb funkciója, hogy általános jogdogmatikai rendelkezésként zsinórmértékül szolgálnak a beszerzés valamennyi résztvevője számára. Szerepük egyrészt, hogy meghatározzák a beszerzési eljárások menetét, és egyes részletszabályokban tételesen is megfogalmazódnak, illetve megteremtik a tételes jogi normák elvi hátterét. A gyakorlatban generálklauzulaként alkalmazandók, amelyek

vizsgálata akkor indokolt, ha a jogvita tárgyává tett magatartás, mulasztás konkrét, tételes jogszabályi előírásba nem ütközik ugyan, de olyan többlettényállást valósít meg, amely kizárólag a tételes jogszabályi előírások alapján nem bírálható el. A bíróság több ítéletében is rámutatott arra, hogy az alapelvi előírások megsértésének megállapítására akkor van lehetőség, ha a jogorvoslati kérelemben vagy a kezdeményezésben kifogásolt magatartást a Kbt. ugyan tételesen nem szabályozza, de a magatartás mégis sérti a közbeszerzési eljárás szabályait.

66. A Kbt. 2. § (3) bekezdésében meghatározott alapvető szabály, hogy a közbeszerzési eljárás valamennyi szereplője a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelően köteles eljárni. Ugyanezen bekezdésben a Kbt. hangsúlyosan rögzíti a joggal való visszaélés tilalmát. A joggal való visszaélés tilalmából következik, hogy az ajánlatkérő nem alkalmazhatja a jogszabályokat úgy, hogy az másik jogszabály megkerüléséhez vezessen, az egyik jogszabályi rendelkezés alkalmazása nem járhat egy másik rendelkezés érvényesülésének ellehetetlenítésével, nem ragadhat ki egy-egy jogszabályt környezetéből, amely bár önmagában jogszerűnek tűnhet, azonban pont annak visszaélésszerű jellege miatt összességében mégis jogsértő állapotot idéz elő. A Kbt. 2. § (4) bekezdése szerinti alapelvi előírásból következően továbbá az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor – a verseny biztosításával – úgy kell eljárnia, hogy a rendelkezésére álló pénzügyi keretek között beszerzési igényét minél kedvezőbbben valósítsa meg. A közbeszerzés során megvalósítani kívánt beszerzést úgy kell megvalósítani, hogy abban valamennyi előre látható feladat elvégzésre kerüljön, mindaz, amit a rendelkezésre álló fedezet lehetővé tesz. Az alapelvből következően ugyanakkor az ajánlatkérőnek beszerzését felelősen kell megvalósítani, mind a közbeszerzési eljárásban, mind az azt követő szerződéskötéskor és a szerződés teljesítési fázisában biztosítani kell a Kbt. tételes előírásainak érvényesülését, és arra is tekintettel kell lennie, hogy a vele közölt ajánlat alapján a szerződés határidőben teljesíthető, teljesített legyen, ebből következően nyilvánvaló, hogy a szerződés szerinti ellenérték kifizetésére csak a szerződés teljes teljesítése esetén van lehetőség.

67. Jelen esetben a kezdeményező azt állítja, hogy az ajánlatkérő akkor követett el a joggal való visszaélés tilalmába ütköző cselekményeket, amikor 2020. március 23-án és 2020. március 31-én érdekmúlásra hivatkozással felmondta a közbeszerzési szerződést, illetve megszüntette azt, holott egy hónapon belül, ugyanarra a műszaki tartalomra, szintén a kérelmezettel, új szerződést kötött. A Döntőbizottság egyetértett a kezdeményezővel abban, hogy a felmondás, illetve a közbeszerzési szerződés megszüntetésének a felek által rögzített indokai, vagyis hogy a szerződés egy évvel történő meghosszabbítása nem lehetséges a projekt elszámolása miatt, nem tekinthető valósnak: az ajánlatkérő ugyanis a szerződés megszüntetését követően néhány héten belül, 2020. április 24-én a kérelmezett által el nem végzett feladatokra új szerződést kötött. Az új szerződésben továbbá nem is egy éves, hanem ennél jóval rövidebb, 180 napos határidő került a teljesítésig meghatározásra. Függetlenül attól, hogy a két időtartam között az eltérés jelentős, kijelenthető, hogy amennyiben a felek akár a 180 napos, akár az egy éves határidőhosszabbítás miatt módosítani kívánták volna közbeszerzési szerződésüket, akkor azt kizárólag a Kbt. 141. § megfelelő alkalmazásával tehetnék volna meg, így a szerződéses jogviszony megszüntetésével az ajánlatkérő elkerülte, hogy cselekményeinek a szerződésmódosításra vonatkozó jogszabályi előírásoknak meg kelljen felelniük. A Döntőbizottság továbbá abban is egyetértett a kezdeményezővel, hogy az ajánlatkérő tudatában volt annak, hogy a Kbt. 5. § (3) bekezdése 2020. március 31-e után már nincs hatályban, hiszen a jelen beruházás alapjául szolgáló közbeszerzési eljárását ezen jogszabályhely alapján folytatta le és a 2020. április 24-i szerződéskötése előtt már mellőzte is közbeszerzési eljárás lefolytatását.

68. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő azon cselekménye, hogy a közbeszerzési szerződés látszólagos megszüntetésével mentesüljön a közbeszerzési szabályok alkalmazásának kötelezettsége alól, a Kbt. 2. § (3) bekezdése szerinti joggal való visszaélés tilalmába ütközött.

69. A Döntőbizottság a kezdeményezés negyedik eleme tárgyává tett másik alapelv, a Kbt. 2. § (4) bekezdés megsértése tekintetében nem állapított meg jogsértést. A kezdeményező által ezen alapelv megsértése körében ismertetett tényállást ugyanis – nem alapelvi, hanem tételes jogsértés megállapításával - a harmadik kezdeményezési elem körében jogszerűtlen szerződésmódosításként értékelte, ott megállapította, hogy a kötbérigény leszállítása tekintetében a felek jogellenesen módosították a szerződést. Mivel a helyzetet tételes jogszabályhelyek alapján – a szerződésmódosításra vonatkozó rendelkezések alapján – megítélhető volt, a Döntőbizottság szerint ugyanazon cselekménynek más szempontból, vagyis a szerződés megszüntetése felől történő megítélése már nem lehetséges.

70. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(3) bekezdéseiben meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokokra tekintettel a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a jogsértés megtörténtét állapította meg.

71. A Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja szerint a Közbeszerzési 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. 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 Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

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

72. A Döntőbizottság a bírságkiszabással összefüggésben rögzíti, hogy a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján köteles volt bírságot kiszabni, tekintettel arra, hogy a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezte hivatalból való eljárását [153. §].

73. A Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett jogsértései esetében egyaránt figyelembe vette, hogy a jogsértések nem reparálhatók, továbbá, hogy a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között hosszú időtartam telt el (Kbt. 165. § (11) bekezdés e) pontja). Figyelemmel volt továbbá a közbeszerzési eljárás becsült értékére, amely

696.061.890.-Ft (Kbt. 165. § (11) bekezdés b) pontja), továbbá arra is, hogy a beszerzés támogatásból valósult meg, ezért a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat (Kbt. 165. § (11) bekezdés f) pontja), másrészt a jogsértések nyilvánvaló szándékosságára (Kbt. 165. § (11) bekezdés utolsó mondata) is. Mivel nem merültek fel a beszerzés tárgyával összefüggő speciális körülmények, a Kbt. 165. § (11) bekezdés b) pontja első fordulatában rögzített feltételt önmagában nem értékelte a Döntőbizottság.

74. A jogorvoslati eljárás hivatalbóli kiterjesztése során megállapított jogsértéssel összefüggésben kiszabott bírság összegének meghatározásakor a Döntőbizottság figyelembe vette, hogy a megvalósított jogsérelem súlyosnak minősül (Kbt. 165. § (11) bekezdés a) pontja), tekintettel arra, hogy egyrészt a közbeszerzés műszaki előírásaira vonatkozó lényeges tartalmi jogszabályi előírás megsértésében nyilvánult meg, másrészt az előkészítés során elkövetett ajánlatkérői jogsértés kihatással bírt a közbeszerzési szerződés teljesítésére.

75. A Döntőbizottság a kezdeményezés első és második eleménél megállapított jogsértéssel összefüggésben rögzíti, hogy figyelemmel kell lenni a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítéletében foglaltakra. 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. Fentiekre tekintettel a szerződésmódosítást jogsértő módon megvalósító mindkét féllel, vagyis az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben is bírságot szabott ki, e döntésénél a Kbt. 141. § (1) bekezdése és a Kbt. 165. § (6) bekezdésében foglaltakra is tekintettel volt, vagyis hogy számára a bírságkiszabás kötelező, mivel a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezte a jogorvoslati eljárást. A bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a rendelkezésre álló adatok alapján az megállapítható, hogy a 2019. augusztus 2-i szerződésmódosítás elsősorban az ajánlatkérő közbeszerzési eljárás előkészítésével kapcsolatos mulasztásaira vezethető vissza, a kérelmezett esetében ezért került sor alacsonyabb összegű bírság megállapítására. A 2020. március 31-i, Döntőbizottság által jogsértő közbeszerzési szerződésmódosítást megvalósító jogügylet (e pontban a továbbiakban: szerződésmódosítás) tekintetében ugyanakkor a felek közreműködése és felelőssége tekintetében nem volt eltérés felfedezhető, ezért e körben a bírság mértékét érintő differencia alkalmazásának nem volt helye. A 2020. március 31-i szerződésmódosítás tekintetében a Döntőbizottság figyelembe vette azt is, hogy annak eredményeként az ajánlatkérő az öt szerződés szerint megillető eredeti kötbérösszeg 80 %-ától, vagyis 97.448.665.-Ft-tól esett el. A Döntőbizottság továbbá a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a jogsértés súlyát (Kbt. 165. § (11) bekezdés a) pontja), és azt súlyosnak ítélte. A 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 közbeszerzés alapelveit (jelen esetben különösen a Kbt. 2. § (4) bekezdését) és célját sérti az ilyen jogsértő magatartás, hisz a közbeszerzési eljárás feltételeinek utólagos módosulásával jár, s annak jelentőségét relativizálja. Értékelte továbbá a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot is.

76. A Döntőbizottság a harmadik kezdeményezési elemet érintően elsősorban arra volt tekintettel, hogy a megállapított jogsértés a második kezdeményezés tárgyát képező jogügylettel összefüggésben megállapított jogsértéshez kapcsolódik, annak mintegy részcsелеkményeként. Az ajánlatkérő felelőssége elsősorban azért volt megállapítható, hogy a szerződést a Kbt. vonatkozó szabályai megsértésével módosította, ennek azonban

szükségképpen része a hirdetmény közzétételének elmaradása is. A jogsértést a Döntőbizottság súlyosnak ítélte, mert a Kbt. közpénzek felhasználásának nyilvánosságát és ellenőrizhetőségét biztosító garanciális előírások megsértésében valósult meg (Kbt. 165. § (11) bekezdés a) pontja).

77. Végül a negyedik kezdeményezési elem tárgyát képező alapvető jogsértést is súlyosnak ítélte a Döntőbizottság (Kbt. 165. § (11) bekezdés a) pontja). A joggal való visszaélés tilalma a jogrendszer teljességében érvényesülő alapvető szabály, amelynek a közbeszerzések terén is kiemelt jelentősége van. A Döntőbizottság a megállapított tényállás ismétlése helyett utalni kíván arra, hogy az ajánlatkérő szándékos magatartásával olyan helyzetet idézett elő, amelyben a közbeszerzésre irányadó kógens szabályok megkerülésével a megfelelő garanciális előírások mellőzésével valósíthatta meg a közpénzek felhasználására irányuló cselekményeit.

78. Mindezen szempontokat összességében is mérlegelve a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak, melynek összetételéből

- a hivatalbóli kiterjesztés alapján megállapított jogsértésre tekintettel 15.000.000.-Ft,
- a kezdeményezés első és második eleme tekintetében megállapított jogsértésre tekintettel 20.000.000.-Ft,
- a kezdeményezés harmadik eleme tekintetében megállapított jogsértésre tekintettel 2.000.000.-Ft,
- a kezdeményezés negyedik eleme tekintetében megállapított jogsértésre tekintettel 20.000.000.-Ft esik az ajánlatkérő,
- a kezdeményezés első és második eleme tekintetében megállapított jogsértésekre tekintettel 15.000.000.-Ft, azaz tizenötmillió forint esik a kérelmezett terhére.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kiszabott bírságösszeg alatta marad a Kbt. 165. § (7) bekezdése szerinti maximális mértékének (a bírság az ajánlatkérő esetében a közbeszerzési eljárás becsült értékének 12,2 %-a, a kérelmezett esetében 2,1 %-a, együttesen 14,3 %-a).

79. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó, az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 126. § (2) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

80. A határozat elleni önálló bírósági jogorvoslat lehetőségét 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) bekezdése és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pontja alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2023. február 14.

Dr. Fáy Zoltán sk
a tanács elnöke

Bankóné Nagy Helga sk
közbeszerzési biztos

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

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