



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

Az ügy iktatószáma: D.446/12/2022.

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

A kezdeményező: Miniszterelnökség
(Budapest, Kossuth Lajos tér 2-4.)

A kezdeményező képviselője: Dr. Cseh Orsolya kamarai jogtanácsos

Az ajánlatkérő: Hirschler Automotive Glass Kft.
(Sopron, Ipar krt 24.)

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

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

A közbeszerzés tárgya, becsült értéke: „Üvegmegmunkáló gyártósor beszerzése a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 operatív program keretén belül”, 671.728.200,- 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 megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó Kbt. 141. §-át.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben is 1.000.000.-Ft-1.000.000.-Ft, azaz egymillió-egymillió forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható, a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet a Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz lehet 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 indikatív ajánlatot kért három ajánlattevőtől 2017 januárjában. A kérelmezett 2017. január 16-i árajánlata szerint a gyártósor nettó 645.580.000 Ft-ba kerülne 50%-os előleg, továbbá egy rész- (20%) és egy végszámla (30%) megfizetése mellett. A Veszprémi Mechanikai Művek 2017. január 12-i indikatív árajánlata szerint a gyártósor nettó 692.830.000 Ft-ba kerülne 40%-os előleg tovább egy rész- (40%) és egy végszámla (20%) megfizetése mellett. A Somatech Kft 2017. január 19-i árajánlata szerint 676.744.600 Ft a gyártósor nettó ellenértéke 35%-os előleg és két részszámla (20-20%), valamint egy végszámla (25%) biztosítása esetén. Mindhárom ajánlattevő 2018 februárjában akként nyilatkozott, hogy ajánlatát 2018. július 31-ig fenntartja.

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

„1. Előzmények

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

„2. A Szerződés tárgya

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

2.2. [...] A Kedvezményezett a Szerződés aláírásával kötelezi magát arra, hogy a Projektet a vonatkozó jogszabályoknak megfelelően, kellő alaposággal, hatékonysággal és gondossággal valósítja meg, illetve a 2014-2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. (XI.5.) Korm. rendeletben [...] rögzített feltételek fennállása esetén az ott előírt módon a közbeszerzési eljárások lebonyolításába a Támogatót és a Miniszterelnökséget bevonja.

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

4.1. A Projekt összköltsége

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

4.2. A Projekt elszámolható összköltsége

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

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

4.4. A támogatás összege és intenzitása

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

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

4.5. Támogatás igénylése

4.5.1 A támogatási előleg összege és mértéke

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

3. Az ajánlatkérő a Kbt. 113. § szerinti, nyílt közbeszerzési eljárást indított, amely eljárás összefoglaló tájékoztatója 2018. június 18. napján került közzétételre az EKR rendszerben. Az eljárás iránti érdeklődés jelzésének határideje 2018. június 26. napja volt. A határidőre senki sem jelezte az érdeklődését.

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

5. A felhívás releváns rendelkezései a következők voltak:

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

1 db Üvegmegmunkáló gyártósor a következő elemekből:

- 1) Automata szitanyomó gép
- 2) Lineáris robotrendszer (négy elemből)
- 3) Szárító/adagoló rendszer (egy kétutas és egy háromutas elemből)
- 4) Edzőzónás üveghajlító préskemence
- 5) Hajlított üvegmosó berendezés
- 6) Szélvédő fóliázó célgép Magyar nyelvű gépkönyv.

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

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

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

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

6. Ajánlattételi határidőre egyedül a kérelmezett nyújtott be ajánlatot. A megajánlott nettó ajánlati ár 645.580.000,- Ft volt.

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

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

„5. Szerződő felek rögzítik, hogy a Vételi Ár megfizetése az alábbiak szerint történik:

[..] Vevő a vételi ár összegéből az Eladó részére 30% előleget biztosít. A szerződés hatályba lépését követő 8 napon belül kiállított előlegszámla ellenében. Vevő az előleget legkésőbb az előlegbekérő visszaigazolásától számított 15 napon belül fizeti ki. Az előleg nyújtása biztosíték nyújtása nélkül történik.

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

Részszámla: mértéke a szerződéses ár 30%

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

Végszámla: mértéke 70%

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

Az előlegszámla összege a végszámlából kerül el számolásra.

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

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

„Az alvállalkozók jelezték a kivitelezőnek, hogy rajtuk kívül álló okok miatt, nem tudják tartani az eredeti fizetési feltételeket részben az alapanyagár emelése, részben pedig az időközben megváltozott kapacitás csökkenés miatt. A kivitelező azonnal jelezte a megrendelőnek a problémát, amely a megrendelő és a kivitelező közötti fizetési ütemezésre is hatással lehet.

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

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

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

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

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

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

10. A felek 2018. augusztus 15-én Szerződésmódosítást írtak alá az alábbiak szerint:

„A GINOP-1 .2.1,16-2011-00594 sz. „Üvegmegmunkáló gyártósor előlegfizetési módosítás. Az alapszerződés szerves része.

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

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

A hirdetmény VI.2.2. pontjában az indokok körében az alábbiak kerültek rögzítésre:

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

A kezdeményezés és a Pénzügyminisztérium kezdeményező észrevételei

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

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

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

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

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

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

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

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

Az ajánlatkérő az alapszerződés, valamint az alvállalkozó javaslatához képest is jelentős mértékben módosította az előlegfizetésre, illetve számlázásra vonatkozó szerződéses feltételeket, annak ellenére, hogy az ajánlati kötöttség viszonylag rövid ideig állt fent, valamint az egyik – akadályoztatást is bejelentő – alvállalkozó (SOMATECH Kft.) a szükséges munkákkal már jóval alvállalkozóként történő bevonása előtt tisztában volt, tekintettel arra, hogy részére az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárásban közvetlen ajánlattételi felhívást küldött ki, illetve az eljárás előkészítése során indikatív árajánlatot nyújtott be.

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

18. A kezdeményező utalt arra, hogy Döntőbizottság számos határozatában rögzíti - így többek között a D.165/2020. számú határozatában is -, hogy az elszámolási könnyítés az alapszerződéshez képest lényegesen eltérő érdemi feltételeket eredményez, amely a gazdasági egyensúlyt a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg. Azáltal, hogy szerződő felek a 2018. augusztus 15. napján kelt szerződésmódosításukkal az 1 db 30%-os mértékű előlegszámla, 1 db 30%-os mértékű részszámla és az 1 db 70%-os mértékű végszámla kiállítását lehetővé tevő fizetési ütemezést 13 db részszámla kiállítására módosították, olyan új feltételeket határoztak meg, amely lehetővé tette volna, hogy az eljárásban más potenciális ajánlattevők is megjelenjenek, valamint a részt vevő ajánlattevők az ajánlatukban szereplő ajánlati árnál

kedvezőbb ajánlatot tegyenek. A lényegesen kedvezőbb pénzügyi feltételek lehetővé teszik, hogy egy kevésbé tőkeerős ajánlattevő is nyerhessen a közbeszerzési eljárás során. Az indikatív árajánlatot adó cégek átlagos árbevétele jelentősen elmaradt a közbeszerzés tárgyát képező beszerzés becsült értékétől, így egy kedvezőbb fizetési ütemezés növelte volna a potenciális ajánlattevők körét és az ajánlattételi hajlandóságot.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A Kbt. 50. § (2) bekezdés i) pontja az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit olyan lényeges érdemi körülménynek minősíti, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni kell. Az ellenszolgáltatás teljesítése, így az előleg mértéke, illetve annak elszámolásának módja a közbeszerzési szerződés lényeges, érdemi feltétele.

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

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

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

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

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

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

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

Fentiekre tekintettel a Kbt. 152. § (2a) bekezdése szerinti tudomásszerzési időpont, azaz a szabálytalansági eljárás megindításától (2021. szeptember 6.) a jogorvoslati eljárás kezdeményezéséig (2021. szeptember 8.) eltelt idő a jelen ügy tekintetében nem lépte túl a Kbt. 152. § (2) bekezdésében meghatározott 60 napos szubjektív határidőt. A kezdeményező a tényleges tudomásszerzés (2021. július 29.) időpontjához számítva sem lépte túl a 60 napos szubjektív határidőt, tekintettel arra, hogy a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló határidő 2021. szeptember 27. napján járt volna le, így a jogorvoslati kérelem nem tekinthető elkésztettnak.

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

27. Kezdeményező figyelemmel a 272/2014. Korm. rendelet 159. § (1) bekezdésében foglaltakra, továbbá a KFF szabálytalansági gyanúbejelentőjében is hivatkozott 3. § 47.

pontjára, megkezdte a gyanúbejelentőben jelzett észrevételek vizsgálatát. A szabálytalansági eljárás megindítására a KSZ-53/1516/3/2021 iktatószámú szabálytalansági gyanúbejelentőben foglaltak kivizsgálásának eredményeként került sor.

Az ajánlatkérő a 2018. március 23. napján hatályba lépett Támogatási Szerződés 2.2 pontjában – a 2014-2020 programozási időszakban – az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. Korm. rendelet rendelkezését magára nézve kötelezőnek ismerte el, így ezen Rendelet előírásai is irányadóak.

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

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

A Támogatási Szerződés 1. Előzmények pontja szerint a Támogató a GINOP keretén belül, a GINOP-1.2.1-16-2017-00594 azonosító számú támogatási kérelmet támogatásban részesítette. A Támogatási Szerződés alátámasztja, hogy a Pénzügyminisztérium támogatást nyújt, nyújtott az ajánlatkérő részére.

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

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

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

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

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

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

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

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

Az ajánlatkérő észrevételei

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

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

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

kezdő időpontjának 2021. június 21-ét tekintjük - mely napon határozott kérelmező a szerződésmódsítás megfelelőségéről - úgy a jogorvoslati eljárás megindítására nyitva álló hatvan napos objektív határidő utolsó napja 2021. augusztus 23-án telt le. Az ajánlatkérő hivatkozott a D.342/6/2021 számú határozatra is.

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

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

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

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

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

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

A kezdeményező hiánypótlási felhívása túlmutatott a műszaki, elszámolhatósági, illetőleg támogathatósági ellenőrzés keretein. A hiánypótlási felhívásra adott válaszok alapján kezdeményező a szerződésmódsítás körülményeit illetően további tájékoztatást kapott, ugyanakkor annak tényét, hogy a szerződő felek módsították a számlázási feltételeket - amely által a számlázás a beruházás előrehaladásához igazodott - már ismert volt a hiánypótlási felhívás megküldésének időpontjában is. Kezdeményező kérdése erre egyértelmű igazolást ad. A kérelmezői ellenőrzést követő KFF utólagos ellenőrzés további - kezdeményező számára korábban ismeretlen - információkat nem tárt fel.

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

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

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

A 2014-2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 272/2014. Korm. rendelet 109. § (1) bekezdése értelmében, az utólagos ellenőrzés lefolytatása (ami 2021. április 9-én kezdődött) két szakaszban zajlik. Az első szakaszban a kezdeményező (Irányító Hatóság) a dokumentumokat támogathatósági, elszámolhatósági, valamint műszaki szempontból köteles megvizsgálni. A kezdeményező, 2021. június 21-i keltezésű állásfoglalásában rögzítette, hogy „A szerződésmódsítás a műszaki, elszámolhatósági, és támogathatósági feltételeknek megfelel.”

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

A 272/2014. Korm. rendelet 109. § értelmében nem kezdeményező, hanem a közbeszerzésekért felelős miniszter jogosult jogorvoslati eljárás kezdeményezésére. A közbeszerzésekért felelős miniszter is kizárólag abban az esetben kezdeményezhet jogorvoslati eljárást amennyiben az ellenőrzése eredményeként nem értett egyet a szerződésmódosítással. Jelen esetben ugyanakkor az utólagos ellenőrzés során, a KFF közbeszerzés jogi szabálytalanságot nem állapított meg, a kezdeményező – annak ellenére, hogy utólagos ellenőrzése a Kr. 109. § alapján sem közbeszerzés-jogi szempontú ellenőrzésre, sem pedig jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nem terjed ki – mégis jogorvoslati eljárást kezdeményezett jogszabályi felhatalmazás nélkül.

Ajánlatkérő álláspontja szerint a 272/2014 Korm. rendelet egyrészt nem teszi lehetővé jogorvoslati eljárás kezdeményezését olyan esetben, amikor a támogató szervezet ellenőrzése az adott ellenőrzés tekintetében feltételezett közbeszerzés-jogi szabálytalanságot nem állapított meg, másrészt pedig a 272/2014. Korm. rendelet 109. § (1) bekezdés szerinti utólagos ellenőrzés keretében a kezdeményező nem jogosult közbeszerzési jogsértésre hivatkozással jogorvoslati eljárást kezdeményezni.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

szereplők, illetőleg az ajánlatkérő által felhívni kívánt legalább három gazdasági szereplő részére történhetett meg.

43. A kezdeményező, illetőleg a KFF által is jóváhagyott összefoglaló tájékoztatásban az ajánlatkérő nem tette közzé sem a fizetési feltételeket, sem pedig annak lehetőségét, hogy előleg/részszámla kibocsátására lesz lehetősége a nyertes ajánlattevőnek. Az érdeklődéseket tehát annak fényében lehetett megtenni, hogy nem volt ismert a 30%-os előleg és a részszámlázási lehetőség. Ezért téves az a feltevés, mely a pénzügyi feltételek változása egyéb gazdasági szereplők eljárásban való részvételét tette volna lehetővé, vagy bármely gazdasági szereplő számára versenyelőnyt biztosított volna. Egy gazdasági szereplőnek más gazdasági szereplővel szembeni tényleges – nem pedig feltételezett – versenyelőny biztosítása valósíthatja meg a gazdasági egyensúly eltolódását, mely jelen esetben nem állapítható meg.

Az érdeklődésre nyitva álló határidőig előzetesen egyetlen egy gazdasági szereplő sem jelezte érdeklődését. Az ajánlattételi felhívás kizárólag annak a három gazdasági szereplőnek került kiküldésre, akiket ajánlatkérő saját hatáskörben kívánt felhívni.

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

Az ajánlatkérő csatolta a szabálytalansági eljárásban a Somatech Kft. és a Veszprémi Mechanikai Művek Célgépgyártó Kft. részére intézett megkeresését. A Somatech Kft. 2021. szeptember 16-i válaszában rögzítette, hogy „Önálló ajánlattevőként azért nem indult a közbeszerzési eljárásban, mivel a gépsor tekintetében olyan alapanyag ellátási, illetőleg minőségi problémákkal szembesültünk, amelyek megoldása a tervetnél lényegesen tovább tartott, így megalapozott önálló ajánlatot a teljes feladatra nem tudtuk biztosítani. Önmagában a pályázatukban előírt finanszírozási feltételek nem befolyásolták indulásunkat”. 2021. szeptember 16-i válaszában a Veszprémi Mechanikai Művek Célgépgyártó Kft. rögzítette, hogy „stabil pénzügyi háttérrel rendelkezik, így az előfinanszírozás számításaink szerint nem jelentett volna olyan problémát, ami miatt ne lehetett volna ajánlatot adnunk. Nyertességünk esetén a teljesítéshez több alvállalkozót is be kellett volna vonnunk, azonban az ajánlattételt megelőzően végül nem sikerült néhány kulcsfontosságú alvállalkozóval megállapodnunk, ezért nem tudtunk ajánlatot adni”.

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

45. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy a kezdeményező által hivatkozott D.165/2020. sz. határozat tényállása a jelen esettől eltér.

46. Téves továbbá az a kezdeményezői következtetés, mely szerint a szerződő felek havi számlázási periódusban állapodtak volna meg.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

teremteni, hogy a szerződés módosításra e kerüljön sor, azonban ezt a lehető legnagyobb gondossággal sem lehetett elkerülni. Az adásvétel alapját képező műszaki tartalom (üvegyártó sor) valósult meg az ajánlattevő ajánlata szerint, melyre tekintettel a szerződés általános jellegének megváltozására sem került sor. A szerződésmódosítást lehetővé tevő harmadik feltétel is megvalósult, ugyanis a szerződés ellenértéke nem változott.”

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

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

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

A kérelmezett észrevételei

56. A kérelmezett a D.391/2022. számú eljárásban nem tett észrevételt

A Döntőbizottság D.391/22/2021. számú végzése

57. A Döntőbizottság a D.391/22/2021. számú döntésével a jogorvoslati eljárást a kezdeményezés elkésettségére tekintettel megszüntette.

A Fővárosi Törvényszék 103.K.706.883/2021/9. számú ítélete

58. A Fővárosi Törvényszék az alperes D.391/22/2021. számú végzését megsemmisítette és az alperest új eljárásra kötelezte. Ítélete indokolásában rögzítette

[20] Fentiek értelmében az ajánlatkérők által feltöltött és megküldött dokumentumok ellenőrzését – az azokat érintő vizsgálat szakmai irányát, tartalmát tekintve – egymástól szervezetileg elkülönülő, eltérő hatáskörű szervezetek végzik. A közbeszerzési jogsértés észlelésének lehetőségét a dokumentumok kifejezetten közbeszerzési jogi szempontú, tartalmi feldolgozása teremti meg. Helyesen érvelt a felperes amellet, hogy a Kbt. 152. § (2a) bekezdése a jogsértésről való tudomásszerzést egyértelműen a szabálytalansági eljárás megindításához köti. Az AB döntés alapján lehetőség van ugyan a tudomásszerzés idejének törvényi vételeme megdöntésére, a törvényi vételeme megdöntését azonban nem eredményezi pusztán azon tény megállapítása, hogy a közbeszerzési eljárás iratai az irányító hatósághoz korábban, még a támogathatósági ellenőrzés keretében hozzá megérkeztek.

[21] A bíróság kiemelt jelentőséget tulajdonított a jogértelmezés során annak, hogy a tudomásszerzésnek a közbeszerzési jogsértés tekintetében kell megtörténnie a Kbt. kógens rendelkezése szerint, amely jogalkotói elvárás jogértelmezés útján, utóbb nem értelmezhető át

oly módon, illetve oly mértékben, hogy azt az eredeti jelentésétől és eredeti céljától lényegében megfossza, és értékelés nélküli információ-, adathalmaz beérkezésére redukálja. A bíróság a felperes közbeszerzési jogsértésről való tudomásszerzési időpontja tekintetében jelentőséget tulajdonított az ellenőrzésének szabályait rögzítő jogszabálynak is, azt – mint érvényes, hatályos és alkalmazandó jogszabályt – szintén nem hagyhatta figyelmen kívül az értelmezése során. A Korm. rendelet 109. § (1) bekezdése szerinti utóellenőrzés az ajánlatkérő által 2021. április 9-én, majd 2021. június 9-én megküldött iratokon illetve információkon alapult, azonban – ahogy arra a felperes is helyesen hivatkozott – a felperes, mint irányító hatóság hatásköre ekkor kizárólag az ajánlatkérő által megküldött iratok támogathatósági, elszámolhatósági és műszaki irányú ellenőrzésére terjedt ki, ezért azok értékelését is e körben végezhetette el, közbeszerzési-jogi szempontú értékelést nem végezhetett, a beérkező adatokat közbeszerzési jogsértések tekintetében nem vizsgálhatta, nem vizsgálta, közbeszerzési jogi 103.K.706.883/2021/9. 7 szempontú vizsgálat és értékelés hiányában a más célból hozzá beérkezett iratokból közbeszerzési jogsértést nem is észlelhetett. A felperes helytállóan érvelt azzal, hogy a rá vonatkozó hatásköri szabályozás kötelező alkalmazása okán általa nem vizsgálható szempontok szerint releváns tények és körülmények nem is juthatnak tudomására. Ez kizárólag azon időpontot követően lehetséges, amikor a közbeszerzési jogi szempontú vizsgálat elvégzésére felhatalmazott KFF gyanúbejelentéséből a közbeszerzési jogsértésről és azt valószínűsítő, alátámasztó tényekről, azok bizonyítékairól értesül.

[22] A hiánypótlási felhívás ajánlatkérő általi teljesítésével tehát a felperes valóban birtokába jutott szerződésmódosítással kapcsolatos adatoknak, azonban erre vonatkozó hatáskör, vizsgálati lehetőség hiányában ezek közbeszerzési-jogi szempontú értékelését nem végezhetette el, kizárólag csak a szerződésmódosítás támogathatósági szempontú vizsgálatát folytathatta le, illetve azt vizsgálhatta, hogy az ajánlatkérő eljárása a támogatási szerződésben előírtaknak megfelelt-e. A KFF felperesnek megküldött szabálytalansági gyanúbejelentője volt az az irat, mely tartalma alapján a felperes a közbeszerzési eljárásban felmerült szabálytalansági gyanúról tudomást szerezhetett.

[23] Az alperes nem járt el jogszerűen akkor, amikor figyelmen kívül hagyva a fentiekben kifejtett hatásköri szabályozást és azt, hogy a jogorvoslati határidőt meghatározó szabály jogsértésről való tudomásszerzést feltételez és a felperes számára biztosított jogorvoslati határidő kezdetét a támogathatósági vizsgálat során kiadott hiánypótlás teljesítéséhez kapcsolta. Az alperes nem helytállóan vezette le azt, hogy a felperesnek a bármely eljárásban hozzá beérkező dokumentumok olyan irányú vizsgálatát és értékelését is el kell végeznie, amelyet a jogalkotó egyértelműen más szerv, a KFF hatáskörébe utalta. Az alperes által hivatkozott Fővárosi Törvényszék 104.K.704.026/2021/14. számú ítélete is a Kúria a Kfv.II.37.044/2015/4. számú döntésén alapult, amely szintén nem bármely irat, hanem a szabálytalansági eljárás iratai beérkezését vette alapul. A bíróság megállapítása szerint tehát jelen esetben a vizsgált dokumentumok hiánypótlás keretében való megérkezése már nem eredményezhette a felperes közbeszerzési jogsértésről való tudomásszerzését, a felperes csak azok közbeszerzési jogi szempontú tartalmi feldolgozását követően került mindazon információk birtokába, amelyek alapján a jogorvoslati kezdeményezésre nyitva álló határidő számítása – a vélelem sikeres megdöntése esetén – egyáltalán megkezdődhetett. Az alperes tehát végzésében a törvényi vélelmet nem döntötte meg.

[24] A felperes keresete alapos volt, ezért a bíróság a Kp. 89. § (1) bekezdés b) pontja alapján az alperes végzését megsemmisítette, és az alperest új eljárásra kötelezte, tekintettel arra, hogy a vélelem megdöntése tekintetében az alperesnek van joga a döntést meghozni. Az új eljárásban az alperes a fenti jogértelmezés szerint köteles a jogorvoslati határidő megtartottságát vizsgálni, és a törvényi vélelem esetleges megdöntéséről döntést hozni amennyiben a szabálytalansági gyanú beérkezésétől a törvényi vélelem időpontját

megelőzően bezárt időintervallum tekintetében, ilyen feltételek fennállhatnak. Ellenkező esetben érdemben kell eljárnia.

A Kúria, mint felülvizsgálati bíróság Kfv.V.37.425/2022/16. számú ítélete

59. A Kúria a Fővárosi Törvényszék 103.K.706.883/2021/9. számú ítéletét hatályában fenntartotta. Ítéletében egyebek mellett rögzítette, hogy

[22] A jelen esetben az elsőfokú bíróság által helyesen megállapított tényállás szerint a fenti ítéletben foglaltakkal ellentétben éppen annak van jelentősége, hogy a közbeszerzési szerződésmódosítás vonatkozásában szükségszerűen utóellenőrzés indult, mely a Korm. rend. 109. § (1) bekezdésében foglaltak alapján a hivatalbóli kezdeményező felperesi jogelőd esetében csak műszaki, elszámolhatósági, támogathatósági szempontú vizsgálatra terjedt ki, a közbeszerzés-jogi ellenőrzést másik szerv, a KFF végezte, és utóbbi tett szabálytalansági gyanúbejelentést a felperesi jogelődnél. Ez indukálta a szabálytalansági eljárás megindítását. A Kúria kiemeli, hogy az elsőfokú bíróság az ekként rögzített tényállásból helytálló következtetésre jutott, amikor megállapította, hogy az utóellenőrzés az ajánlatkérő által 2021. április 9-én, majd 2021. június 9-én megküldött iratokon, illetve információkon alapult, azonban a felperesi jogelőd mint irányító hatóság azok közbeszerzési-jogi szempontú értékelését nem végezhetette, a beérkező adatokat közbeszerzési jogsértések tekintetében nem vizsgálhatta, nem vizsgálta; közbeszerzési jogi szempontú vizsgálat és értékelés hiányában a más célból hozzá beérkezett iratokból közbeszerzési jogsértést nem is észlelhetett; a KFF szabálytalansági gyanúbejelentője volt az az irat, mely tartalma alapján a felperesi jogelőd a közbeszerzési eljárásban felmerült szabálytalansági gyanúról tudomást szerezhetett.

[23] A Kúria egyetértett az elsőfokú bíróság jogi indokaival a Korm. rend. szerinti hatásköri szabályozás alperes részéről való jogsértő figyelmen kívül hagyása vonatkozásában, és túlnyomórészt a további jogi érvekkel is, amelyeket nem kíván megismételni. A Kbt. 152. § (2a) bekezdése – miként arra a jogerős ítélet helytállóan rámutatott –, a közbeszerzési jogsértésekre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának napját tekinti a tudomásszerzés időpontjának, az alperes által az elsőfokú bírósági eljárásban felhívott eseti döntések is nem bármely irat, hanem a szabálytalansági eljárás iratai beérkezését vették alapul. Pontosítja azonban a Kúria az ítélet [20] és [23] bekezdésében írt indokolást annyiban, 8 hogy az iratok „közbeszerzési-jogi szempontú tartalmi feldolgozottságára” vonatkozó érvelést, mint szükségtelent mellőzi, mert annak van jelentősége a tudomásszerzés kapcsán, hogy a perbeli ügyben, illetve ezzel azonos esetben az észlelés a szabálytalansági eljáráshoz, vagyis az esetleges közbeszerzési-jogi szabálytalanságok feltárására hivatott eljáráshoz kötődhet, amelynek legkorábbi időpontja a szabálytalansági gyanúbejelentés hivatalbóli kezdeményezőhöz érkezése lehet.

[24] A Kúria e körben kiemeli az AB határozat [45] bekezdését, melynek értelmében: „az Alkotmánybíróság szerint külön jogszabályi rendelkezés nélkül a tudomásra jutás időpontja nem egyezik meg automatikusan ezen szerv által kezdeményezett szabálytalansági eljárás kezdeményezésének napjával, amely időpont szükségszerűen későbbi, mint a saját észlelés napja, hiszen a szabálytalansági eljárás megindítása külön formalizált hatósági aktust igényel, amely csak az észlelést követően bocsátható ki”. Az Alkotmánybíróság azt is rögzítette, hogy az a körülmény, hogy adott esetben eljáráskezdeményezési jogosultsággal rendelkező szerv a rá irányadó szabályok megsértésével gyakorolta-e a hatáskörét, a bíróság kompetenciájába tartozó kérdés (AB határozat [50] bekezdés). A Kúria hangsúlyozza, hogy a bíróság ebből következően vizsgálhatja, hogy a szabálytalansági eljárás lefolytatására határidőben került-e sor, a szabálytalansági eljárás megindításának időpontja jogszerűen lett-e megadva a tudomásszerzés időpontjaként. A jelen esetben erre nem került sor, ilyen körülmény nem merült fel, az irányító hatóság más szempontú, támogathatósági ellenőrzése során (vagyis

amikor nem közbeszerzési jogsértésekre vonatkozó szabálytalansági eljárásról van szó) nem következhetett be a tudomásszerzés, a Kbt.-nek való megfelelésre vonatkozó kérdés és hiánypótlás mellett sem.

A megismételt jogorvoslati eljárás

60. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a D.446/5/2022. számú végleges végzésében megállapította, hogy a D.446/2022. számú jogorvoslati eljárásban a hivatalbóli kezdeményezői jogkör vonatkozásában a Pénzügyminisztérium jogutódjának a Miniszterelnökség minősül.

61. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a D.446/11/2022. számú végleges végzésében megállapította, hogy a D.446/2022. számú jogorvoslati eljárásban Hirschler László egyéni vállalkozó ajánlatkérő jogutódjának a Hirschler Automotive Glass Kft. minősül.

62. A megismételt jogorvoslati eljárásban a Döntőbizottság a D.430/9/2022. számú végzésével a Kbt. 160. § (3) bekezdése alapján tájékoztatta a feleket, hogy tárgyalást nem tart és megjelölte a bizonyítási eljárás lezárásának időpontját.

63. Az ajánlatkérő a D.391/2021. számú jogorvoslati eljárás során tett valamennyi nyilatkozatát fenntartotta a megismételt eljárásban is.

64. A kezdeményező és a kérelmezett a megismételt jogorvoslati eljárásban érdemi nyilatkozatot nem tett.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

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

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

67. Az ajánlatkérő elsődlegesen eljárásjogi kifogásokat terjesztett elő: egyrészt a kezdeményezés elkésztését állította, másrészt pedig a kezdeményező kezdeményezési jogosultságát vitatta, továbbá érdemben is jogsértés hiányának a megállapítását kérte.

68. A Döntőbizottság először az eljárásjogi előkérdéseket vizsgálta meg az ajánlatkérő eljárásjogi kifogásaira tekintettel. A Döntőbizottság elsőként az eljárásjogi feltételek között a hivatalbóli kezdeményezés előterjesztésére nyitva álló szubjektív határidő megtartottsága körében foglalt állást a tárgyi ügyben született bírósági ítéletekre is tekintettel.

69. A Kbt. 152. § (1) bekezdés g) és m) pontja szerint a Döntőbizottság hivatalból indított eljárását a következő szervezetek vagy személyek kezdeményezhetik, ha a feladatkörük ellátása során a közbeszerzésekről szóló törvénybe, illetve a közbeszerzésekről szóló törvény felhatalmazása alapján alkotott rendeletbe ütköző magatartás vagy mulasztás jut tudomásukra:

- g) a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezet;
- m) a közbeszerzésekért felelős miniszter.

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

A Kbt. 152. § (2) bekezdése szerint:

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

a) legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül,

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

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

A Kbt. 152. § (2a) bekezdése szerint „Az (1) bekezdés g) pontja szerinti szervezet esetében a (2) bekezdés szerinti határidő számításakor a jogsértés tudomásra jutása időpontjának kell tekinteni a közbeszerzési jogsértésre vonatkozó szabálytalansági eljárás megindításának napját.”

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

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

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

74. A 272/2014. Korm. rendelet releváns rendelkezései a következők:

3.§ 47. szabálytalanság: az 1303/2013/EU európai parlamenti és tanácsi rendelet 2. cikk 36. pontjában foglaltak, az EMVA forrás esetén a KAP rendelet 2. cikk (1) bekezdés g) pontjában

foglaltak, továbbá nemzeti jogszabály, a támogatási szerződés, az 1303/2013/EU európai parlamenti és tanácsi rendelet 38. cikk (7) bekezdésében meghatározott finanszírozási megállapodás vagy a végső kedvezményezett és a pénzügyi közvetítő között kötött szerződés, illetve a végső kedvezményezett javára kiadott kezességvállalási nyilatkozat alapján a végső kedvezményezettet terhelő kötelezettségek megsértése, amelyek eredményeképpen Magyarország pénzügyi érdekei sérülnek, illetve sérülhetnek,

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

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

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

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

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

kedvezményezett megszegte a 101-106. §-ban vagy a 108. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettségét, vagy az utólagos ellenőrzés lefolytatását jogszabály lehetővé teszi, illetve dinamikus beszerzési rendszer ajánlattételi szakaszában és az ennek keretében megkötött szerződések módosítása vonatkozásában. Ha a támogatást igénylő vagy a kedvezményezett megszegte a 101-106. §-ban meghatározott vagy a 108. § (1) bekezdésében foglalt kötelezettségét, a közbeszerzésekért felelős miniszter kezdeményezheti a kedvezményezett ellen szabálytalansági eljárás lefolytatását.

A 156. § (2) A szabálytalansági eljárást az irányító hatóság folytatja le, abban az esetben is, ha közreműködő szervezet kerül kijelölésre.

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

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

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

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

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

160. § (4) A szabálytalansági eljárás során a szabálytalansági eljárás vezetője betekinthez minden olyan dokumentumba, amely a szabálytalansági gyanú megítéléséhez szükséges, a projekt megvalósítási helyszínén ellenőrzést végezhet és lehetősége van a kedvezményezett személyes meghallgatására. Közbeszerzési jogsértés gyanúja esetén a szabálytalansági eljárás vezetője kezdeményezheti a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból történő eljárását, melyről egyidejűleg tájékoztatja a közbeszerzésekért felelős minisztert.

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

76. A Kúria tárgyi ügyben született ítélete [23] bekezdésében rögzítette, hogy a KFF szabálytalansági gyanúbejelentője volt az az irat, amely alapján a Pénzügyminisztérium a szabálytalansági gyanúról tudomást szerezhetett.

77. A jelen esetben a szabálytalansági gyanúbejelentő megküldésére 2021. július 29-én került sor, amely alapján a szabálytalansági eljárás megindítására 2021. szeptember 6. napján került sor.

78. A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy a Pénzügyminisztérium a hivatalbóli kezdeményezését a Kbt. 152. § (2) bekezdésének első fordulatában rögzített hatvan napos határidőben benyújtotta, mert mind a Kúria ítéletében hivatkozott 2021. július 29. napjától, mind pedig a Kbt. 152. § (2a) bekezdése szerinti 2021. szeptember 6. napjától számítva a hivatalbóli kezdeményezés 2021. szeptember 8-án hatvan napon belül benyújtásra került.

79. Ezt követően a Döntőbizottság megvizsgálta a kezdeményező kezdeményezési jogosultságát.

80. A Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja alapján a Döntőbizottság eljárását kezdeményezheti a közbeszerzéshez támogatást nyújtó, illetve a támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezet. A Kbt. ugyanezen paragrafus a) pontjában a közbeszerzésekért felelős miniszter is megjelölésre került, mint kezdeményező szerv.

81. A jelen esetben a Pénzügyminisztérium nyújtotta be a hivatalbóli kezdeményezést.

82. A tárgyi esetben a támogatási szerződés a Nemzetgazdasági Minisztériummal került megkötésre.

83. A Magyarország minisztériumainak felsorolásáról, valamint egyes kapcsolódó törvények módosításáról szóló 2018. évi V. törvény 1. § j) pontja szerint Magyarország minisztériumai között a Pénzügyminisztérium szerepel, továbbá hatályát veszti a 43. § (8) bekezdés értelmében a Magyarország minisztériumainak felsorolásáról szóló 2014. évi XX. törvény.

84. A Kormány tagjainak feladat- és hatásköréről szóló 94/2018. (V. 22.) Korm. rendelet 162. § (1) bekezdés a) pontja pedig az alábbiakról rendelkezik:

162. § (1) A Magyarország minisztériumainak felsorolásáról, valamint egyes kapcsolódó törvények módosításáról szóló 2018. évi V. törvény szerinti

a) Pénzügyminisztérium a Magyarország minisztériumainak felsorolásáról szóló 2014. évi XX. törvény szerinti Nemzetgazdasági Minisztérium, átnevezésével működik tovább.

85. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy a Nemzetgazdasági Minisztérium, mint Támogató neve Pénzügyminisztériumra változott. Ekként a Pénzügyminisztérium, mint támogató - a Korm. rendelethez képest magasabb szintű jogszabály - a közbeszerzésekről szóló törvény, a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja alapján jogosult volt kezdeményezést benyújtani a Döntőbizottság részére.

86. Továbbá a 272/2014. Korm. rendelet kezdeményezéskor hatályos melléklete szerint a Gazdaságfejlesztési és Innovációs Operatív Program irányító hatósága a pénzügyminiszter

volt, így a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja alapján, mint támogatás felhasználásában jogszabály alapján közreműködő szervezetként is jogosult volt a kezdeményezés benyújtására.

87. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy a Kbt. 145. §-a határozza meg a Döntőbizottság hatáskörét. Aszerint a Döntőbizottság hatáskörébe tartozik a (2) bekezdés alapján a „közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra [...] vonatkozó jogszabályok megsértése miatt indult eljárás lefolytatása a közbeszerzési vagy koncessziós szerzési eljárás tekintetében”, valamint a (3) bekezdés alapján „a szerződés módosításával vagy teljesítésével kapcsolatos polgári jogi igények miatt indult eljárás kivételével - a közbeszerzési vagy koncessziós szerzési eljárás alapján megkötött szerződés e törvénybe, illetve az e törvény felhatalmazása alapján alkotott rendeletbe ütköző módosítása vagy teljesítése”.

88. A Döntőbizottság utal továbbá a 9/2020. (V.28.) AB határozat [50] bekezdésére („Az Alkotmánybíróság szerint az a körülmény, hogy adott esetben az eljáráskezdeményezési jogosultsággal rendelkező szerv a rá irányadó szabályok megsértésével gyakorolta a hatáskörét, nem érinti a vizsgált normák Alaptörvénnyel való összhangját. Ugyanakkor ennek megítélése a felülvizsgálatot végző bíróság kompetenciájába tartozó ítélkezési kérdés.”), továbbá a tárgyi ügyben hozott Kúriai ítélet [24] bekezdésére.

89. A fentiek alapján a Kbt. rendelkezéseire tekintettel a kezdeményező jogosult volt hivatalbóli kezdeményezést benyújtani. Ezért a Döntőbizottság nem találta alaposnak az ajánlatkérő ezen eljárásjogi kifogását sem.

90. A Döntőbizottság érdemben vizsgálta meg a kezdeményező kezdeményezését.

91. A Kbt. releváns rendelkezései a következők:

A Kbt. 2. § (1) és (2) bekezdései az alábbiakról rendelkeznek:

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

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

A Kbt. 141. § -a az alábbiakról rendelkezik:

141. § (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 a rendelkezés megkerülését.

(5) A (2) bekezdés és a (4) bekezdés b) és c) pontja alkalmazásában az eredeti szerződés értékét az indexált szerződéses díj alapján kell megállapítani, ha a szerződés a (4) bekezdés a) pontjának megfelelően a nyertes ajánlattevőként szerződő félnek fizetendő valamely díjelem indexálására vonatkozó rendelkezést tartalmaz. Építési és szolgáltatási koncesszió esetében, ha a szerződés nem tartalmaz indexálási rendelkezést, a (2) bekezdés és a (4) bekezdés b) és c) pontja alkalmazásakor az indexáláson alapuló értéket a Központi Statisztikai Hivatal által közzétett inflációs érték éves átlagának 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.

92. A Döntőbizottság az érintett szerződésmódosítás vizsgálatát megelőzően az alábbiakra kíván rámutatni.

93. A Kbt. 28. §-a az eljárás előkészítése címet viseli. Az eljárás előkészítése a közbeszerzési eljárások egyik legösszetettebb, legnagyobb körültekintést igénylő szakasza. Nemcsak a közbeszerzési rendelkezések, hanem a beszerzés tárgyára vonatkozó előírások, jogszabályok, sajátosságok, műszaki-technikai igények átfogó ismeretét is igényli.

94. A Kbt. vonatkozó szakaszához fűzött törvényi indokolás rögzíti, hogy „A törvény hiánypótló jelleggel kitér a közbeszerzési eljárások előkészítésével kapcsolatos szabályok meghatározására is. A szabályozás indoka, hogy a gyakorlati tapasztalatok alapján az volt megállapítható, hogy közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések teljesítése sok esetben azért volt problémás és ütközött gyakorlati, illetve jogi (például szabálytalan szerződésmódosítás) akadályokba, mert az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását nem megfelelően készítette elő, és ennek következtében már a megfelelő ajánlattétel sem volt lehetséges.”

95. A Kbt. 28. § (1) bekezdése azt a követelményt támasztja az ajánlatkérőkkel szemben, hogy a közbeszerzési eljárást megfelelő alapossággal készítsék elő. Ekörben rögzíti - többek között - azt is, hogy az ajánlatkérőnek már a közbeszerzési eljárások során törekedniük kell a beszerzés tárgyát érintő szerződésmódosítások megelőzésére.

96. A Kbt. ezen bekezdése a fentiekén túl előírja, hogy a közbeszerzési dokumentumoknak biztosítaniuk kell a műszakilag megfelelő, fizikailag megvalósítható és gazdasági szempontból reális ajánlattételt. Kimondja továbbá, hogy az ajánlatkérőnek törekednie kell a magas minőségű teljesítés feltételeinek a biztosítására a környezet védelmére és fenntarthatósági szempontok figyelembevételére is.

Ezen szakasz további bekezdései a becsült érték meghatározásához adnak példálózó jellegű felsorolást, illetve az építési beruházásokra, piaci konzultációra vonatkozó szabályozást tartalmaznak.

97. A fentiek alapján megállapítható, hogy a Kbt. 28. § (1) bekezdésének, mint általános iránymutatást adó, generálklauzulaként működő, hiánypótló rendelkezésként beiktatott szakaszának a célja, hogy az adott közbeszerzési eljárás ajánlatkérők általi megfelelő minőségű előkészítését, és ezáltal az adott közbeszerzési eljárásban a megfelelő ajánlattételt segítse elő.

A fentiekben rögzítettek szerint a Kbt. 28. § (1) bekezdése rögzíti, hogy az ajánlatkérőnek a szerződésmódosítások elkerülésére törekednie kell. Ezen általános követelményhez kapcsolódik Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontjában rögzített rendelkezés, amely szerint szerződésmódosításra ebben az esetben akkor kerülhet sor, ha a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre.

98. A Döntőbizottság rögzíti továbbá, hogy az Európai Parlament és a Tanács 2014/24/EU irányelve a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről (109) preambulumbekzdése figyelembevételével ezen, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltétel fennállása abban az esetben állapítható meg, ha a szerződés módosítását indokló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra megfelelő gondosság, „eredeti odaítélés észszerűen gondos előkészítése” mellett sem számíthatott.

99. A közbeszerzési és tervpályázati hirdetmények feladásának, ellenőrzésének és közzétételének szabályairól, a hirdetmények mintáiról és egyes tartalmi elemeiről, valamint az éves statisztikai összegezésről szóló 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 34. § (12) bekezdése szerint a Kbt. 37. § (1) bekezdés j) pontja szerinti szerződés módosításáról szóló tájékoztatót tartalmazó hirdetmény mintáját a 12. melléklet tartalmazza. A hirdetmény VI.2. pontjában – többek között - meg kell adni a módosítás okát, jogszabályi alapját.

100. A nyilvánosság, átláthatóság, valamint a verseny tisztasága alapvető követelményére is figyelemmel a módosításról feladott - és a Kbt. 141. § (7) bekezdése alapján kötelezően alkalmazandó - hirdetmény minta törvényi rendeltetése megjeleníteni azokat az indokokat, amelyek a szerződés módosítását indokolják. A vonatkozó MvM rendelet szerint a hirdetményben mind a módosítás jogszabályi alapját, mind pedig okát meg kell adni

101. A Fővárosi Törvényszék - ugyan a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény és annak alkalmazása körében született, de az érintett jogszabályhelyek lényegi egyezőségére jelenleg is irányadónak tekintendő - 25.K.34.479/2007/10. sz. ítéletében rögzítette, hogy „a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés módosítását a Kbt. csak meghatározott feltételek fennállása esetén, kivételesen teszi lehetővé. Ennek oka az, hogy a szerződések utólagos módosítása ne szolgálhasson a közbeszerzési törvény versenyztetési szabályainak későbbi kijátszására. Az ajánlatkérő tájékoztatót (hirdetményt) köteles közzétenni a Közbeszerzési Értesítőben a szerződés módosításáról. Ezáltal nyílik lehetőség arra, hogy az érdekeltek tudomást szerezzenek a módosítás tényéről és annak indokairól, amely alapján az arra jogosultak eldönthetik azt, hogy az esetleges jogsértő módosítás miatt jogorvoslati kérelmet vagy kezdeményezést terjesszenek-e elő. A kapcsolódó IM rendelet részletesen meghatározza, hogy az ajánlatkérőnek a szerződés módosítása esetén milyen tartalommal kell tájékoztatót közzétennie. Ez alapján az ajánlatkérőnek a szerződésmódosítás tartalmát és a módosítás indokát is közzé kell tennie. A szerződésmódosítás jogszerűségének megítélésekor ezért kiemelt jelentősége van annak, hogy az ajánlatkérő a tájékoztatóban mit ad elő a módosítás indokaként. A bíróság megítélése szerint a közpénzek ésszerű felhasználása átláthatóságának és széles körű nyilvános ellenőrizhetőségének megteremtését elérni kívánó jogalkotói cél, továbbá a közbeszerzések során a verseny tisztaságának biztosítása, nyilvánosság és az esélyegyenlőség alapvető rendelkezéseinek érvényesítésének követelménye nem ad arra lehetőséget, hogy a szerződés módosítását az ajánlatkérő utóbb, a jogorvoslati eljárás során, a tájékoztatóban közölt indokoktól eltérően, azokat kiterjesztve indokolja. A Kbt. szabályai kőgensek, a Kbt. 307. § (1) bekezdése pedig nem azt írja elő, hogy az ajánlatkérő a szerződés módosításának egyes indokait közölve, az ajánlatkérő által közlésre érdemes indokolással ellátott tájékoztatót köteles készíteni, hanem a külön jogszabályban meghatározott minta szerinti tájékoztató közlését írja elő. Ezzel összhangban az IM rendelet 16. mellékletének 4. pontja a szerződésmódosítás indokolásával kapcsolatos rendelkezést nem szűkíti, több indok esetén nem bizza az ajánlatkérőre a szabad kiválasztást. Mindebből az következik, hogy bármi is indokolja a szerződés módosítását, azt teljeskörűen, maradéktalanul, mindenre kiterjedően kell közölnie az ajánlatkérőnek. [...]. A tájékoztatóban

elő nem adott indok a nyilvánosság előtt nem ismert, így azokat figyelembe venni, értékelni nem tudják.”

102. Ugyanígy foglalt állást a Kúria, mint felülvizsgálati bíróság a Kfv.VI.37.948/2019/5. számú ítéletében és kimondta, hogy „a szerződésmódosítás jogszerűségének megítélésénél csak azt lehet vizsgálni, hogy az ajánlatkérő milyen indokokat hozott fel szerződés módosítására. A hirdetményben nem közölt szerződésmódosításra okot adó körülmény akkor sem értékelhető, ha egyébként alátámasztaná a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontjában foglaltak fennállását” ([25] bekezdés).

103. A jelen esetben az ajánlatkérő az érintett szerződésmódosításról feladatott hirdetményben jogszabályi alapként a Kbt. 141. § (2) bekezdésére hivatkozott, az indokolás körében ugyanakkor rögzítette, hogy az feltétlenül szükséges, mert előre nem látható ok merült fel, és hirdetményben beikszelte, hogy a módosítási igény olyan körülmény miatt merült fel, amelyet kellő gondossággal az ajánlatkérő előre nem láthatott.

104. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. 141. § (2) bekezdése az un. de minimis küszöböt határozza meg, amely értékhatár alatt - amennyiben a szerződés alapvető jellemzői nem változnak - mentesülnek a szerződést kötő felek a további feltételek igazolása alól. A Kbt. 141. § (3) bekezdése egyértelművé teszi, hogy a Kbt. 141. § (2) bekezdése azon módosításra alkalmazható, amely a szerződés értékének a változásával jár. Ha olyan módosításról van szó, amely több szerződéses elemet is érint, azokra alkalmazható ezen módosítási jogalap, amely az ellenérték változásával összefügg.

105. A felek a szerződést az előlegfizetés ütemezése körében módosították, a szerződésmódosítás az az ellenérték módosulásával nem járt.

106. A jelen esetben tehát az ellenérték változására nem került sor, így a Kbt. 141. § (2) bekezdése a jelen esetre nem volt alkalmazható, ezért a Döntőbizottságnak azt kellett vizsgálnia, hogy az ajánlatkérő által a hirdetményben rögzítettek megalapozzák-e a szerződés Kbt. további rendelkezései szerinti módosítását.

107. A Kbt. 141. § (4) bekezdés a), b) pontja a jelen esetre nem alkalmazható, mivel sem szerződéses módosulásról, sem pedig kiegészítő munkák, szolgáltatás illetőleg árubeszerzés megrendeléséről nem volt szó a jelen esetben.

108. A Döntőbizottság ezért először azt vizsgálta, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti feltételek fennállhatnak-e, a hirdetményben rögzítettek alapján ezen jogalap alkalmazása jogszerű volt-e. A Döntőbizottság rámutat, hogy a kezdeményező a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja sérelmére hivatkozott.

109. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján a következő együttes feltételek teljesülése esetén van lehetőség a szerződés módosítására, ha
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.

Bármely feltétel hiánya esetén a szerződés jogszerű módosítására nem kerülhet sor a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára alapítottan, tehát, ha a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti együttes feltétel fennállása nem állapítható meg, az ajánlatkérő jogséértően módosította a szerződését a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján.

110. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a közbeszerzési eljárás 2018. június 26-án került megindításra, majd 2018. július 12-én kihirdetésre került az eljárás eredménye. Ezt követően 2018. augusztus 3-án szerződéskötésre került sor, majd augusztus 15-én módosították a felek a szerződést.

111. A Döntőbizottság egyetértett a kezdeményezővel, hogy a közbeszerzési eljárás megindítását mintegy másfél hónappal követő szerződésmódosítás esetén különös körülménnyel kell megvizsgálni a szerződés módosítás feltételei fennállását.

112. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a jelen esetben ellenérték növekedésére nem került sor, és az általános jelleg sem változott, így a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont cb) és cc) alpontjaiban foglaltak fennállása megállapítható volt, ezt egyébként a kezdeményező sem vitatta.

113. A Döntőbizottság álláspontja szerint ugyanakkor a jelen esetben nem volt megállapítható a ca) alpontban foglaltak fennállása.

114. Ezen álláspontja kialakításakor a Döntőbizottság tekintettel volt arra, hogy az ajánlatkérő indikatív árajánlatokat kért be, amely indikatív árajánlatokban szereplő számlázási ütemezéshez képest szigorúbban határozta meg az ajánlatkérő a fizetési ütemezést, egyrészt alacsonyabb előleget kívánt biztosítani, másrészt pedig a készülségi foknak megfelelő részszámlázást sem tette lehetővé.

115. Továbbá a hirdetményben a szerződésmódosítás indoka körében hivatkozott előre nem várt, drasztikus áremelkedés nyilvánvalóan nem a szerződés megkötését követő 12 napon belül következett be különös tekintettel arra, hogy a kérelmezett 2017 februárjában 2018. július 31-ig fenntartotta az indikatív ajánlatát, amellyel megegyező összegű ajánlati árat adott a közbeszerzési eljárásban.

116. A Döntőbizottság álláspontja szerint a fentiek miatt elvárt kellő gondosság nem volt megállapítható.

117. A Döntőbizottság megvizsgálta, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti jogalap fennállhat-e a szerződés módosításával összefüggésben. A Kbt. 141. § (6) bekezdése nem lényeges szerződésmódosítások esetén teszi lehetővé a szerződés módosítását. Meghatározza, hogy lényeges a módosítás, ha olyan feltételeket határoz meg, amelyek, ha szerepeltek volna a közbeszerzési eljárásban, akkor más ajánlattevők részvételét, más ajánlattevő nyertességét is lehetővé tették volna (a) pont). Lényeges a módosítás akkor is, ha a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg (b) pont), vagy a szerződés tárgyát az eredeti szerződésben foglalt ajánlattevői kötelezettséghez képest jelentős új elemre terjeszti ki (c) pont).

118. A Döntőbizottság álláspontja szerint a módosítás a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) és c) pontja alapján is lényegesnek minősült, mivel tizenhárom előlegrészt más ajánlattevők

részvételét lehetővé tette volna, továbbá a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg, hiszen a készségi fokhoz tartozó fizetési ütemezéssel a nyertes ajánlattevő lényegesen kedvezőbb helyzetbe került, a beruházás a nyertes ajánlattevő által könnyebben finanszírozhatóvá vált.

A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 113. §-a szerinti eljárásban is adott esetben más ajánlattevők is a szerződés teljesítésére alkalmasnak minősülhettek és ezért felhívásra kerülhettek volna, ha az ajánlatkérő a beruházás ajánlattevők jelentős előfinanszírozását nem követeli meg, és a készségi foknak megfelelő számlázást biztosít. De ilyen esetben az ajánlattevő által a tárgyi esetben felhívott ajánlattevők is dönthettek volna az indulás mellett. A Döntőbizottság a szabálytalansági eljárásban – mintegy három évvel az ajánlattételt követően – beszerzett nyilatkozatokat önmagában nem találta a (6) bekezdés b) pontja szerinti lényegesség feltételének a fennállását kizáró tényezőnek.

Ettől függetlenül a c) pontja szerinti okból mindenképpen lényegesnek minősül a szerződés teljesítése, és ekként a (6) bekezdés alapján sem minősülhet jogszerűnek a szerződésmódosítás.

119. Ez alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a hivatalbóli kezdeményezés tekintetében a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét, továbbá a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerint a rendelkező részben foglalt mértékű bírságot szabott ki.

Tekintettel arra, hogy kizárólag a számlázás ütemezése került módosításra, a Döntőbizottság a jelen esetben nem állapította meg a Kbt. 141. § (8) bekezdése alapján a szerződésmódosítás Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerinti semmisségét.

120. A Döntőbizottság alapvető jogsértést – a tételes jogi jogsértés mellett – a jelen esetben nem állapított meg, tekintettel arra, hogy a kezdeményező csak abban az esetben kérte alapvető jogsértés megállapítását, ha a Kbt. tételes jogi rendelkezései nem sérülnek.

121. A Kbt. 165. § (4) bekezdés értelmében a (3) bekezdés d) pontja szerinti bírság összege – a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb 10%-a.

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

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

122. A Döntőbizottság a megállapított jogsértéssel összefüggésben a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítéletében foglaltakra tekintettel – amelyben a Kúria elvi élel 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 – szerződésmódosítást jogsértő módon megvalósító mindkét féllel vagyis az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben is, a jogsértő szerződésmódosításban való együttes közrehatásukra tekintettel bírságot szabott ki, e döntésénél a Kbt. 141. § (1) bekezdése és a Kbt. 165. § (6) bekezdésében foglaltakra is tekintettel volt.

Az érintett beszerzés támogatásból valósult meg, és a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság tekintettel volt arra is, hogy hosszú idő telt el a jogsértés megtörténte óta, és az adott közbeszerzés vonatkozásában Kbt.-be ütköző magatartás ismételt tanúsítására nem került sor. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette, hogy nemzeti eljárásrendben került a közbeszerzési eljárás lefolytatásra. Ezek a körülmények alacsonyabb összegű bírság kiszabását indokolják.

Figyelembe vette a Döntőbizottság azt is, hogy a jogsértés nem reparálható, amely körülmény magasabb összegű bírság kiszabását indokolja.

E szempontokat összességében mérlegelve a Döntőbizottság a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak mind a kérelmezettel, mind az ajánlatkérővel szemben.

123. A Döntőbizottság az eljárási költségek viseléséről az Ákr. 165. §-ában foglaltakra figyelemmel rendelkezett.

124. A határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatát a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpont szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselő 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 8.

Dr. Kenessey Réka sk
közbeszerzési biztos
az eljáró tanács elnöke

Bonifert Zsolt sk
közbeszerzési biztos

Uherné Dr. Laczi Orsolya sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják: (kizárólag elektronikus úton)

1. Dr. Cseh Orsolya kamarai jogtanácsos
2. Dr. Gömöri Ákos ügyvéd
3. PLC Szoftverfejlesztő Kft.
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága