



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

Az ügy iktatószáma: D.85/10/2023.

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

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

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Simon Enikő, Dr. Bakos Balázs, Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadók
KRID: 341768375

Az ajánlatkérő: Harkány Város Önkormányzata
Harkány, Petőfi S. u. 2-4.

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Turi Ákos egyéni ügyvéd
Pécs, Teréz u. 11-13.
KRID: 58601435

A kérelmezett: VivaPalazzo Zrt.
Siklós, Szentkút u. 34.

A kérelmezett képviselője: Dr. Meggyes Attila egyéni ügyvéd
Pécs, Ferencesek u. 29.
KRID: 50231698

A beszerzés tárgya, értéke: Mediterrán-, és hullámmedence építése, 5.151.770.000.-Ft

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (4) bekezdés ca) pontját és a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 1.000.000.-Ft, azaz egymillió forint, a kérelmezettel szemben 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozattal szemben a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható annak kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a 2021. december 28-án az Európai Unió Hivatalos Lapjában a 2021/S 252-669054. iktatószámom közzétett ajánlati felhívásával a Kbt. Második része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított a rendelkező részben megjelölt építési beruházás tárgyában (EKR001427372021). A felhívás II.2.13) pontja szerint a közbeszerzés nem európai uniós alapokból finanszírozott, a III.2.2) pont tartalmazta, hogy „[...] A szerződés finanszírozásának fedezete jelenleg nem áll rendelkezésre, a támogatási igény pozitív elbírálása esetén 100 %-ban hazai kormányzati forrásból valósul meg. [...]” Az ajánlattételi határidő lejártáig, 2022. február 2. napján 12:00 óráig két ajánlatot nyújtottak be, az ajánlatkérő által 2022. március 17. napján megküldött írásbeli összegezés szerint a nyertes a kérelmezett lett.

2. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2022. május 16-án kötötte meg a nettó 5.889.398.631.- Ft vállalkozói díjat tartalmazó vállalkozási szerződést, amelynek IX.1. pontja az alábbiakat tartalmazta:

„1. A szerződés hatályba lépése: A Szerződő felek az ajánlati felhívásban rögzítettekre figyelemmel, jelen szerződésük hatályának beálltát az alábbi felfüggesztő feltétel bekövetkezéséhez kötik. Figyelemmel arra, hogy a közbeszerzési eljárás indításakor fedezet még nem áll rendelkezésre, Megrendelő a fedezet biztosítása érdekében támogatásra vonatkozó igényt kíván benyújtani. Megrendelő a támogatásra irányuló igény el nem fogadását, vagy az igényelnél kisebb összegben történő elfogadását a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötendő szerződés hatályba lépését felfüggesztő feltételként is kiköti. A szerződés hatálybalépésére legfeljebb fél év áll rendelkezésre, ezt követően – amennyiben szerződésüket nem kívánják közös megegyezéssel a továbbiakban hatályban tartani – a felek szabadulnak a kötelemből. [...]”

3. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2022. november 14-én módosították a szerződést, melyben az alábbiak is szerepeltek:

„5. Szerződő felek egyezően adják elő, hogy a Kivitelezési szerződésük IX. A teljesítés helye, teljesítési határidő 1. A szerződés hatályba lépése pontjában megfogalmazott felfüggesztő feltételének határidejét a jelen gazdasági körülményekre tekintettel haladéktalanul módosítani szükséges, ezért Felek akként állapodnak meg, hogy az 1.1. pontban megjelölt Vállalkozási szerződésük hatályba lépésére vonatkozó rendelkezéseit az alábbiak szerint módosítják:

2. A szerződés módosítása

2.1. Szerződő Felek 4. pontban megjelölt vállalkozási szerződésük IX. A teljesítés helye, teljesítési határidő 1. A szerződés hatályba lépése pontjában megfogalmazott felfüggesztő feltétel határidejét az alábbiak szerint módosítják:

Felek kölcsönös és egybehangzó akaratnyilvánítással akként állapodnak meg, hogy amennyiben a felfüggesztő feltétel a Szerződés aláírását követően 2023. december 31. napjáig

nem következik be, akkor a Szerződés minden további jogcselekmény nélkül megszűnik [...]”

4. A 2022. december 21-én feladott és az Európai Unió Hivatalos Lapjában a 2022/S 246-712510. iktatószámmon megjelent szerződésmódosításról szóló tájékoztató hirdetemény VII.2.2) pontjában az alábbi indokok szerepeltek:

„Módosítási igény olyan körülmények miatt, amelyet a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő nem láthatott előre (a 2014/23/EU irányelv 43. cikke (1) bekezdésének c) pontja, a 2014/24/EU irányelv 72. cikke (1) bekezdésének c) pontja, a 2014/25/EU irányelv 89. cikke (1) bekezdésének c) pontja). A módosítás szükségességét indokló körülmények ismertetése, és e körülmények előre nem látható jellegének magyarázata: Az eredményes közbeszerzési eljárás keretében a szerződéskötési moratórium lejártát követően Megrendelő és Vállalkozó 2022. május 16. napján vállalkozási szerződést kötöttek. A szerződés hatálybalépése felfüggesztő feltételhez kötött. Az eredeti szerződés szövege: [...]”

1. A szerződés hatályba lépése: A Szerződő felek az ajánlati felhívásban rögzítettekre figyelemmel, jelen szerződésük hatályának beálltát az alábbi felfüggesztő feltétel bekövetkezéséhez kötik:

Figyelemmel arra, hogy a közbeszerzési eljárás indításakor fedezet még nem áll rendelkezésre, Megrendelő a fedezet biztosítása érdekében támogatásra vonatkozó igényt kíván benyújtani. Megrendelő a támogatásra irányuló igény el nem fogadását, vagy az igényelnél kisebb összegben történő elfogadását a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötendő szerződés hatályba lépését felfüggesztő feltételként is kiköti. A szerződés hatálybalépésére legfeljebb fél év áll rendelkezésre, ezt követően - amennyiben szerződésüket nem kívánják közös megegyezéssel a továbbiakban hatályban tartani - a felek szabadulnak a kötelemből.

Szerződő felek egyezően adják elő, hogy a Kivitelezési szerződésük IX. A teljesítés helye, teljesítési határidő 1. A szerződés hatályba lépése pontjában megfogalmazott felfüggesztő feltételének határidejét a jelen gazdasági körülményekre tekintettel haladéktalanul módosítani szükséges, ezért Felek akként állapodnak meg, hogy az 1.1. pontban megjelölt Vállalkozási szerződésük hatályba lépésére vonatkozó rendelkezéseit az alábbiak szerint módosítják a Kbt. 141.§ (6) bekezdése alapján:

Szerződő Felek 4. pontban megjelölt vállalkozási szerződésük IX. A teljesítés helye, teljesítési határidő 1. A szerződés hatályba lépése pontjában megfogalmazott felfüggesztő feltétel határidejét az alábbiak szerint módosítják:

Felek kölcsönös és egybehangzó akaratnyilvánítással akként állapodnak meg, hogy amennyiben a felfüggesztő feltétel a Szerződés aláírását követően 2023. december 31. napjáig nem következik be, akkor a Szerződés minden további jogcselekmény nélkül megszűnik.”

A hivatalbóli kezdeményezés

5. A kezdeményező a 2023. március 7-én benyújtott kezdeményezésében ismertette a releváns tényállási elemeket. Előadta, hogy a Közbeszerzési Hatóság (továbbiakban: Hatóság) a szerződésmódosításról szóló tájékoztató hirdetemény ellenőrzése kapcsán 2022. december 21. napján a közbeszerzési és tervpályázati hirdetemények feladásának, ellenőrzésének és közzétételének szabályairól, a hirdetemények mintáiról és egyes tartalmi elemeiről, valamint az éves statisztikai összegezésről szóló 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 12. § (7) bekezdése és a vonatkozó belső eljárásrend alapján tájékoztatta őt, aki a Kbt. 187. § (3) bekezdése alapján tájékoztatóst kért az ajánlatkérőtől és a kérelmezettől.

6. Az ajánlatkérő tájékoztatta a kezdeményezőt, hogy a módosítás jogalapját a Kbt. 141. § (6) bekezdésében jelölte meg a szerződésmódosításról közzétett tájékoztató hirdetmény VII.2.2) pontjában, továbbá előadta, hogy „a szerződés aláírását követően az alábbi előre nem látható esemény történt:

[...] Harkány Város Önkormányzata a projekt megvalósítása érdekében folyamatos egyeztetéseket végzett Magyarország Kormányával, azonban a szerződés aláírását követően 2022. június 4. napján a Magyar Közlöny 93. számában megjelent 1281/2022. Kormányhatározatban Magyarország Kormánya úgy döntött, hogy Magyarország szomszédságában zajló háború idején a rezsicsökkentés megvédése és a honvédelmi célok teljesítése érdekében az állami beruházásokat felülvizsgálat céljából – ide nem értve a kivitelezés alatt levőket – felfüggeszti, amelynek költségvetési hatásaként 2022-ben és 2023-ban összesen 1 150 000 000 000 forint megtakarítás elérendő, illetve érvényesítendő. Ezen intézkedés a már határozattal megállapított, de kivitelezéssel még nem megkezdett támogatások elvonását is érintette, így evidens, hogy új támogatás odaítéléséről – ezen határozat tükrében – nem fog döntés születni. Ajánlatkérő a Kormánnyal való további egyeztetések alapján lehetőséget lát arra, hogy a vállalkozási szerződés műszaki tartalmát képező projekt megvalósuljon. [...]” Ismertette, hogy az ajánlatkérő nyilatkozata szerint a hivatkozott kormánydöntés miatt szükséges volt a szerződés hatályba lépésére rendelkezésre álló időtartamot meghosszabbítani, azonban a szerződés lényeges tartalmi elemei változatlanok maradtak, kizárólag a hatálybalépésre vonatkozó időtartam változott, és nem a szerződés teljesítési határideje, amely nem tekinthető olyan jelentős mértékűnek, amely az ajánlattevők közbeszerzési eljárásban való részvételét befolyásolta volna. A szerződéstervezet is tartalmazta, hogy a felek közös szerződéses akarata esetén a szerződés hatálybalépésére nyitva álló hat hónapos időtartam meghosszabbítható, így az árkalkulációra vonatkozó probléma sem állhat fenn, mivel az ajánlattevők a hatályba lépés időpontja tekintetében ezen bizonytalansági tényező figyelembevételével tették meg ajánlataikat. A kezdeményező továbbá ismertette, hogy az ajánlatkérő úgy nyilatkozott, hogy „az időpont meghatározásakor egyeztetett Vállalkozóval is, hogy mely azon legkésőbbi időpont, míg „ajánlatát tartani tudja és kívánja”, azaz a hazai és világpolitikai folyamatokat is figyelembe véve mely az az időpont, amíg a Kormány bizonyossággal biztosítani tudja a forrást és egyúttal a Vállalkozó is még fenntartja ajánlatát. [...]” A kezdeményező ismertette, hogy a kérelmezett nyilatkozatában ugyancsak hivatkozott a fentiekben ismertetett kormánydöntésre, amelyről egyeztetett az ajánlatkérővel, aki a továbbiakban is egyeztetéseket kíván folytatni a Kormánnyal annak érdekében, hogy a projekt megvalósításához szükséges fedezet a későbbiekben biztosított legyen. Nyilatkozata szerint „[...] A szerződés eredetileg 6 hónapos időt jelölt meg a hatálybalépés bekövetkezésére, de azzal, hogy azt felek közös megegyezéssel módosíthatják. Cégünk az ajánlattételkor figyelembe vette ezen bizonytalansági tényezőt, hogy nem kiszámítható előre a szerződés hatálybalépése és a munkakezdés, ennek ismeretében tettük meg ajánlatunkat, és azt Ajánlatkérővel való közös megegyezésen alapuló szerződésmódosítással fent kívántuk tartani. [...]”

7. A kezdeményező idézte a Kbt. 141. § (6) bekezdését, majd kifejtette, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés módosítása a Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján jogellenes, ha a módosítás lényeges. Álláspontja szerint a szerződésmódosítás eredményeként a szerződés hatályba lépésére rendelkezésre álló időtartamot a felek több, mint egy évvel meghosszabbították, a hatályba lépés határideje tekintetében a szerződő felek

valójában újra tárgyalták a szerződés vonatkozó rendelkezését és azt akként módosították, hogy a szerződés hatálybalépésének felfüggesztésére megállapított fél éves időtartamot 2023. december 31. napjáig, azaz több, mint egy évvel meghosszabbították. A szerződő felek azon módosítása, hogy a szerződés hatálybalépésének felfüggesztő feltételeként meghatározott eredeti időtartamot több mint háromszorosára megemelték, álláspontja szerint az eredeti szerződéses feltételekhez képest a szerződés hatálybalépésének határideje tekintetében lényeges érdemi változásnak tekintendő. Kifejtette, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti lényeges szerződésmódosítás tekintetében elsősorban olyan szerződéses feltételek, körülmények vizsgálatára kerül sor, melyek leginkább szerepet játszanak a közbeszerzési eljárásban történő részvételre vonatkozó döntésben, úgy, mint a teljesítés időtartama/időszaka, vagy a teljesítés kezdő időpontja. A szerződés hatálybalépésére vonatkozó szerződéses rendelkezés a szerződés érdemi feltételének minősül, hiszen a hatálybalépés időpontja vagy határideje olyan körülmény, amelynek ismerete, annak előzetes számításba vétele és mérlegelése befolyásolja a gazdasági szereplők közbeszerzési eljárásban való részvételi szándékát, annak eldöntését, hogy az adott közbeszerzési eljárásban tudnak-e, kívánnak-e ajánlatot benyújtani. A szerződés hatálybalépésének időpontja vagy határideje – az ajánlatkérői állásponttal ellentétben – továbbá hatással van/lehet az ajánlati ár meghatározására is, a gazdasági szereplők ugyanis ezen lényeges szerződéses feltétel ismeretében dönthetnek pl. arról, hogy egyéb, folyamatban lévő szerződéseik teljesítését szükséges-e, illetve lehetséges-e átütemezni esetleges nyertességük esetére, illetve mérhetik fel a teljesítéssel kapcsolatos kockázatokat. Azáltal, hogy a szerződő felek a szerződés hatálybalépésének időpontjára vonatkozó rendelkezést újra tárgyalták, és annak határidejét több mint egy évvel meghosszabbították, az eredeti szerződésben szereplőhöz képest lényegesen eltérő, érdemi feltételt határoztak meg, melyre tekintettel az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdését. Megjegyezte végül, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett által hivatkozott azon körülmény, amely szerint a szerződés lehetőséget biztosított arra, hogy a szerződés hatályba lépésére rendelkezésre álló fél éves időtartam eredménytelen elteltét követően a szerződő felek közös megegyezéssel dönthetnek a szerződés hatályának további fenntartásáról, a jogsértés megtörténte tekintetében relevanciával nem bír. A szerződő felek ezen szerződéses rendelkezés mellett is kizárólag a Kbt. 141. §-a szerinti szerződésmódosítási jogalapok valamelyikének fennállta esetén módosíthatták volna jogszerűen a szerződést.

8. A kezdeményező kérte a jogsértés megállapítását és a szerződő felekkel szemben bírság kiszabását. Előadta, hogy a jogsértés 2022. november 14-én, a szerződésmódosítás napján történt meg és arról 2022. december 21-én szerzett tudomást az illetékes főosztály jelzése alapján.

9. A jogorvoslati eljárás során tett észrevételében kifejtette, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett nem adtak elő olyan új tényt vagy körülményt, amely igazolná, hogy a szerződésmódosítás megfelel a Kbt. 141. § (6) bekezdésében megjelölt szerződésmódosítási jogalapnak. A Kbt. ugyan nem sorolja fel taxatívén, hogy mikor lényeges egy szerződés módosítása, annak megítélése mindig az adott ügy egyedi körülményeinek függvénye, azonban a Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata alapján a szerződés módosítása mindig lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 141. § (6) bekezdésének második mondata szerinti feltétel akkor áll fenn, ha egyrészt a módosított szerződéses feltétel az eredeti szerződéses feltételtől lényegesen eltér, másrészt érdemi. Fenntartotta e körben a kezdeményezésben kifejtetteket és kérte figyelembe venni a Döntőbizottság D.508/12/2022. számú határozatának 31. és 32. pontjaiban kifejtett álláspontot. Önmagában tehát az a körülmény, hogy a közbeszerzési dokumentáció részét

képező szerződéstervezet tartalmazta azt a kitétel, hogy a szerződés hatályba lépésére meghatározott legfeljebb fél éves időtartam elteltével – amennyiben a felek közös megegyezéssel nem kívánják szerződésüket a továbbiakban fenntartani – a felek szabadulnak a kötelemből, a Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján a szerződésmódosítást nem teszi jogszerűvé. A pénzügyi fedezet rendelkezésre állásának szerződéstervezetben jelzett bizonytalansága, valamint a szerződés hatályba lépésére meghatározott fél éves időtartam meghosszabbításának szerződéstervezetben rögzített és az ajánlattevők által is ismert lehetősége azonban nem eredményezheti azt, hogy a szerződés hatályba lépésére meghatározott eredeti időtartam a szerződő felek által korlátlanul kerüljön meghosszabbításra.

10. A kezdeményező szerint a szerződésmódosítás – az ajánlatkérői észrevételben foglaltakkal ellentétben – nem felel meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti szerződésmódosítási jogalapnak sem. Előadta, hogy ezen jogszabály alapján a szerződésmódosítás akkor jogszerű, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra az ajánlatkérő a legnagyobb gondossággal mellett a beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott. Amint arra észrevételében az ajánlatkérő és a kérelmezett is hivatkozik, a közbeszerzési dokumentumok részét képező szerződéstervezet rögzítette, hogy az ajánlatkérőnek a közbeszerzési eljárás megindításakor fedezet még nem áll a rendelkezésére és annak biztosítása érdekében támogatási igényt kíván benyújtani. A szerződéstervezet és annak alapján a szerződés is a hatálybalépés felfüggesztő feltételeként kötötte ki az ajánlatkérő támogatásra irányuló igényének elutasítását, vagy annak az igényelnél kisebb összegben történő elfogadását azzal, hogy a szerződés hatálybalépésére legfeljebb fél év áll rendelkezésre, ezt követően a felek eltérő megállapodásának hiányában „szabadulnak a kötelemből”. A fedezet rendelkezésre állásával kapcsolatos bizonytalansági körülmény mindezek alapján az ajánlatkérő számára már az eljárás megindításakor, ekként a szerződés megkötésének időpontjában látható volt, azaz a szerződéskötést követően nem következett be olyan körülmény, melyet nem láthatott előre. Az, hogy a szerződés hatálybalépése tekintetében meghatározott feltétel a szerződés szerinti fél éves időtartamon belül a Magyarország szomszédságában zajló háború idején a rezsicsökkentés megvédése és a honvédelmi célok teljesítése érdekében szükséges költségvetési intézkedésekről szóló 1281/2022. (VI. 4.) Korm. határozatban foglaltakra tekintettel, vagy bármely más okból nem következett be, az ajánlatkérő felelősségi, kockázati körébe tartozik, előre nem látható körülményként azonban nem értékelhető. A szerződés IX. fejezet 1. pontja egyértelmű rendelkezéseket tartalmaz a feltétel be nem következése esetére. A kezdeményező szerint az ajánlatkérőnek kellő gondossággal mellett nem azt kellett előre látnia, hogy a szerződés megkötésétől számított fél éven belül nem fog rendelkezésre állni a beruházás megvalósításához szükséges támogatás, hanem azt, hogy fennáll annak a lehetősége, hogy a beruházás megvalósításához szükséges fedezet nem fog a rendelkezésére állni. Mindezeket egyébként valószínűsíthetően látta is, tekintettel arra, hogy éppen ezen bizonytalanság okán építette be a Szerződésbe a szerződés hatályba lépésére vonatkozó felfüggesztő feltételt.

11. A szerződő felek szerződéskötését közbeszerzési eljárás lefolytatása előzte meg, a szerződés közbeszerzési szerződés, ezért arra a teljesítés során, beleértve az esetleges szerződésmódosítás szabályait is, a Kbt. rendelkezései irányadók. A közbeszerzési szerződés módosításának feltételei azonban sokkal szigorúbbak, mint a polgári jogi szerződések esetében. A közbeszerzési szerződés módosításához nem elegendő a felek egybehangzó akarata, a Kbt. a módosítás jogszerűségéhez további feltételeket támaszt, a közbeszerzési szerződés módosítása kizárólag a Kbt. 141. §-ában megjelölt jogalapok alapján, a Kbt.-ben kógens jelleggel meghatározott feltételek maradéktalan fennállása esetén lehetséges. Azt a

kezdeményező sem vitatta, hogy a Kbt.-ben meghatározott szerződésmódosítási jogalapok fennállta ténykérdés, az nem függ attól, hogy az ajánlatkérő helyesen állapítja-e meg, ekként az ajánlatkérőnek és a kérelmezettnek azt kell tudnia igazolni, hogy a szerződésmódosítás a Kbt. 141. §-ában foglalt jogalapok egyikének megfelel.

Az ajánlatkérő észrevételei

12. Kifejtette, hogy a szerződésmódosítás megfelel a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglaltaknak. Idézte a Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanácsnak a közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről (2022. szeptember 29.) szóló útmutatója alábbi rendelkezéseit: „A Kbt. 141. §-ának (6) bekezdésében felsorolt feltételek alternatívák, tehát azok bármelyikének fennállása esetén a szerződés módosítása lényegesnek tekintendő.”

13. Fentiek értelmében kifejtette, hogy a módosítás ezen bekezdés szerinti jogszerűségének vizsgálatát pontonként kell elvégezni, majd idézte megint az útmutató szövegét: „A Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontja szerinti eset nem áll fenn, ha a módosítás lehetősége, annak körülményei már a közbeszerzési eljárásban ismertek voltak.” Ezzel kapcsolatosan idézte a közbeszerzési dokumentáció részét képező szerződéstervezetnek a hatályba lépéssel kapcsolatos rendelkezéseit. Előadta, hogy annak ténye, hogy a fedezet nem áll rendelkezésre, minden érdeklődő gazdasági szereplő előtt ismert volt. Ismert volt az is, hogy az ajánlatkérő nem forrás kiegészítés, hanem még csak a forrásigénylés fázisában van a projekt előkészítése tekintetében, ami minden az építőiparban tevékenykedő pályázati forrásos (legyen az hazai vagy EU-s támogatású) szerződés teljesítésében részt vett gazdálkodó szervezet által köztudott, hogy nem kevés hónapot vagy akár éveket is igénybe vehet, mire az adott pénzügyi fedezet ténylegesen rendelkezésre áll majd. Az is ismert tény volt, hogy amíg a fedezet nem biztosított, a szerződés nem lép hatályba, a „kötelező várakozási időt” a szerződés 6 hónapban határozta meg. Ezen időpontig tehát a szerződő felek az adott kötelemből nem szabadulnak, míg a szerződő felek a fenti hat hónapon túl is - közös megegyezéssel - vállalhatnak „egybehangzó szerződéses akaraton alapuló további várakozási időt”, mely éppen a pénzügyi fedezet megszerzésének időpontjának kiszámíthatatlansága miatt a felek akaratán, és kockázatvállalásán alapul. Ezen szerződésmódosítás aláírásával az árfolyamváltozást, az építőanyagok árának változását és gyakorlatilag minden egyéb a szerződéses árat befolyásoló kockázati tényezőt a kérelmezett egyoldalúan magára vállalt, melyet éppen azáltal tudott megtenni, hogy az eljárás során az egyösszegű nettó ajánlati árát, - a fent ismertetett és minden érdeklődő által ismert, a közbeszerzési dokumentumokban rögzített - hatálybalépés időbeli kiszámíthatatlanságára tekintettel határozta meg.

14. Nyilatkozott, hogy a Kbt. alapelveinek betartásával járt el, tekintettel arra, hogy esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot biztosított a gazdasági szereplők számára, mivel minden, a hatálybalépés bizonytalanságára utaló, és arra kiható körülményt rögzített az eljárás dokumentumaiban az eljárás indításakor, a szerződés hatálybaléptetésére nyitva álló határidő módosításának lehetősége szintén mindenki előtt ismert volt, így felek a szerződés módosításakor a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelően jártak el. A fentiekben túl kiemelten jelentős tényező, hogy ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia, és ezen alapelv nem csak a nyertes ajánlattevő kiválasztása során kell, hogy érvényre jusson, hanem a szerződés módosítása tekintetében is, hiszen arra sem csupán a tételes eljárási szabályok vonatkoznak, hanem az alapelveknek is ugyanúgy érvényesülniük kell. Fentiek vonatkozásában teljesen egyértelmű, hogy az eljárás indítása, valamint az ajánlattételi határidő óta bekövetkezett

orosz-ukrán háború, energiaválság, üzemanyagár-emelkedés és az építőiparban bekövetkezett árrobbanásra tekintettel egy most lefolytatott közbeszerzési eljárásban jóval magasabb ajánlat árat kapna. Az ajánlattevők ezen áremelkedésen felül jóval nagyobb nyereségre törekednek az élet egyéb területeinek drágulása, illetve az egy adott szerződés teljesítéséből a korábbiakhoz képest nagyobb haszon realizálása érdekében, hiszen az építkezések száma csökkent.

15. Azon kezdeményezői álláspontot, hogy a hatálybalépésre nyitva álló határidő meghosszabbítása annak mértéke miatt jelentős körülmény, vitatta. Az előadottak miatt valamennyi érdeklődő tisztában volt azzal, hogy a teljesítést lehet, hogy már a szerződés aláírásakor meg kell kezdeni, vagy valamikor hat hónapon belül, de ez az idő meghosszabbodhat és lehetséges hogy az aláírást követően csak egy, másfél év múlva kap munkaterületet. Utóbbi természetesen felek közös akarata esetén valósulhat meg. Általános – az ellenőrző szervezetek és a Közbeszerzési Hatóság által kialakított - gyakorlat a közbeszerzési eljárások lefolytatása során, hogy az ajánlatkérő nem adhatja meg a szerződés teljesítését konkrét dátumok által meghatározott időintervallumban. Az eljárás indításakor ugyanis nem lehet tudni, hogy mennyi és milyen jellegű kiegészítő tájékoztatások lesznek, kell-e az ajánlattételi határidőt – nagyobb beruházás esetén akár többször – módosítani, mennyi ajánlat érkezik be, azok bírálata mennyi időt vesz igénybe, a támogató szervezet ellenőrzése mikor zárható, lesz-e előzetes vitarendezés, majd esetleg jogorvoslat az eljárásban, stb. Maga a szerződés hatálybalépésének időpontja egyáltalán nem kiszámítható az eljárás indításakor az ajánlattevők a kapacitásaik rendelkezésre állásának kalkulálásakor ezt eleve figyelembe veszik, és minden egyes eljárásban ennek megfelelően tesznek ajánlatot. Amennyiben az ajánlatkérő előre rögzítette azt a körülményt, hogy amennyiben Vállalkozó akarata is ez, úgy a hatálybalépésre nyitva álló időtartam hosszabbítható, úgy az ajánlattevők pontosan tudták ajánlattételkor, hogy gyakorlatilag nem tudható, hogy mikor fog megkezdődni a tényleges teljesítés, azaz valamennyi érdeklődő ugyanazon információkkal rendelkezett, valamennyien tudták, hogy a 6 hónap meghosszabbítható, így ezzel a rendelkezésre állás vonatkozásában is kalkulálhattak.

16. Idézte a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját, majd előadta, hogy a szerződés gazdasági egyensúlya nem változott a nyertes ajánlattevő javára, az árfolyamváltozást, az építőanyagok árának változását és gyakorlatilag minden egyéb a szerződéses árat befolyásoló kockázati tényezőt nyertes ajánlattevő egyoldalúan magára vállalt a meghosszabbított hatályba lépésre nyitva álló határidő hosszabbítása vonatkozásában. A Kbt. 141. § (6) bekezdés c) pontjával összefüggésben pedig azt fejtette ki, hogy a módosítás a szerződés tárgyát az eredeti szerződésben foglalt ajánlattevői kötelezettséghez képest semmilyen jelentős új elemre nem terjesztette ki, egyetlen változás a szerződés hatályba lépésére megadott határidő, mely hosszabbítási lehetőséget az eredeti szerződés is tartalmazott ezért új elemnek sem tekinthető.

17. Álláspontja szerint a szerződés lényeges tartalmi elemei változatlanok maradtak a módosítás következtében, kizárólag a szerződés hatálybalépésére rendelkezésre álló időtartam és nem maga a teljesítés időtartama hosszabbodott meg. Az időtartam változás nem befolyásolta az ajánlattevők közbeszerzési eljárásban való részvételét tekintettel arra, hogy a hosszabbítás lehetőségéről tudtak, és arra tekintettel, hogy a forrásszerzés hosszabb folyamat számíthatnak is rá, hogy a hosszabbításra sor kerül, így a kapacitások rendelkezésre állása vonatkozásában is ez előre megismerhető tényező volt. Hangsúlyozta, hogy amennyiben előre rögzíti a hat hónapos időtartamon felüli meghosszabbítási lehetőség konkrét időtartamát, akkor már élhetett volna a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja szerinti szerződés módosítási joggal, mely esetben még hirdetmény feladásáról sem kellett volna intézkednie, ugyanis az egyetlen adat, ami nem került rögzítésre a módosítás tekintetében az a felek közös akaratán

alapuló módosítás időtartama (éppen a forrásszerzés kiszámíthatatlanságára tekintettel). Végül idézte az útmutató alábbi rendelkezését: „A szerződéses szabadság polgári jogi alapelv; eszerint a felek szabad akaratával érvényesül a szerződés tartalmának meghatározásában és a szerződés megkötésében. A szerződéses szabadság a kötelmi jogviszony fennállása alatt is érvényesülő alapelv, így polgári jogi jogviszonyokban az a szerződés módosítása során is irányadó. Ennek megfelelően a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 6:191. § (1) bekezdés kimondja, hogy a felek közös megegyezéssel módosíthatják a szerződés tartalmát, vagy megváltoztathatják kötelezettségvállalásuk jogcímét.” A Kbt. rögzíti azon szabályokat, melyek alapvetőek minden eljárás tekintetében, azonban azok betartása mellett, azokon felül ajánlatkérő határozza meg a beszerzési igényéhez és lehetőségeihez mérten a közbeszerzési dokumentumok tartalmát, így a szerződéstervezetet is. Ő maga minden az eljárás indításakor rendelkezésre álló bizonytalansági tényezőt előre rögzített a szerződésben és ezek ismeretében tették meg gazdasági szereplők ajánlatukat, továbbá valamennyi érdeklődő ugyanazzen információk alapján dönthetett az ajánlat összeállításáról tekintetében.

18. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalap fennállásával összefüggésben kifejtette, hogy azt a hirdetmény is tartalmazza, továbbá, hogy az ajánlattételi határidőt követően előállt új tényezők között szerepel az orosz-ukrán háború kitörése, és az ennek következményeként előálló energiaválság, valamint az építőipari anyagárak jelentős növekedése. Ezen körülmények a szerződés aláírásakor ismertek voltak, de azok építőiparra és a gazdaságra gyakorolt következményei teljes körűen nem, továbbá a májusi szerződéskötést követően előállt előre nem látható és várható további körülmény Magyarország Kormányának gazdaságpolitikai intézkedése volt, mely szerint 2022. június 4. napján a Magyar Közlöny 93. számában megjelent 1281/2022. Kormányhatározatban Magyarország Kormányának úgy döntött, hogy Magyarország szomszédságában zajló háború idején a rezsi-csökkentés megvédése és a honvédelmi célok teljesítése érdekében az állami beruházásokat felülvizsgálat céljából – ide nem értve a kivitelezés alatt levőket – felfüggeszti, majd pedig a mellékletként csatolt Építési és Beruházási Minisztérium válaszelevelében csatolt listában szereplő állami beruházások fedezetét elvonta. Természetesen ez jelen jogorvoslat tárgyát képező szerződés fedezetére közvetlenül nem hathat ki, tekintettel arra, hogy nem született kormánydöntés a pénzügyi támogatás vonatkozásában, azonban teljesen evidens, hogy amennyiben a kormány a már támogatási döntéssel érintett projektektől is elvonja a fedezetet, úgy új folyósításáról – támogatólag – egy ideig dönteni nem fog. A hatálybelépésre meghatározott határidő meghosszabbításának mértéke ezen új gazdaságpolitikai helyzethez igazodva került megállapításra. Hivatkozott rá, hogy az eljárás indításakor, mely időpontban ajánlatkérő köteles meghatározni a szerződéses feltételeket, nem volt előre látható sem a háború, sem az energiaválság, így ajánlatkérő alappal feltételezte, hogy a szerződés megkötésétől számított 6 hónapos időtartam alatt tudja biztosítani a pénzügyi fedezetét a beruházásnak, amennyiben viszont nem sikerül úgy erre az esetre rögzítette a hatálybelépésre adott határidő meghosszabbításának lehetőségét. A szerződéskötést követően bekövetkezett kormányzati gazdaságpolitikai beruházás-fedezetelvonó intézkedési csomag miatt az eredeti ajánlatkérői várakozások a finanszírozásra is átütőmőve váltak, és egyértelművé vált, hogy néhány hónap alatt nem fog realizálódni a támogatói döntés, ezért kezdeményezte az ajánlatkérő a kérelmezettnél a szerződésmódosítást. A felek egyeztetése alapján a következő naptári év végéig tudta a kérelmezett tartani a megajánlott egyösszegű nettó ajánlati árat, mely gazdasági kockázatot egyoldalúan magára vállalt a módosítás által. A gazdasági kockázatot vállalkozó általi vállalása ajánlatkérő kiemelt gazdasági érdeke és ezáltal érvényesül a Kbt. közpénzek felhasználására vonatkozó alapelve is megfelelően (Kbt. 2. § (4) bekezdés). A szerződés gazdasági egyensúlya sem változott meg a kérelmezett javára, az árfolyamváltozást,

az építőanyagok árának változását és gyakorlatilag minden egyéb a szerződéses árat befolyásoló kockázati tényezőt nyertes ajánlattevő egyoldalúan magára vállalt a meghosszabbított hatályba lépésre nyitva álló határidő hosszabbítása vonatkozásában. A szerződésben rögzített egyetlen jog vagy kötelezettség sem változott, mindössze azok hatálybalépésére nyitva álló időtartam, így a szerződés általános jellege teljesen változatlan maradt. Végül nyilatkozott, hogy a szerződés módosítása ellenérték növekedéssel nem járt.

19. Idézte végül az útmutatót az alábbiak szerint: „A Kbt. 141. §-a több jogalapot is meghatároz a szerződés módosításának jogszerűségét illetően, amelyek közül egynek a fennállása is megalapozza a szerződés módosításának lehetőségét új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül. A Kbt. nem állít fel hierarchiát a jogalapok között, így azokat bármilyen sorrendben vizsgálhatja az ajánlatkérő. Előfordulhat, hogy több jogalap is megvalósul, ilyenkor az ajánlatkérő szabadon eldöntheti, hogy mely jogalapra hivatkozik a szerződés módosítása kapcsán. A Kbt.-ben meghatározott jogalapok fennállta ténykérdés, az nem függ attól, hogy az ajánlatkérő azt helyesen állapítja-e meg. A szerződés módosításának bármelyik esete is áll fenn, a szerződés módosítása nem tekinthető jogszerűtlennek.”

20. Kérte elsősorban a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti jogalap, másodsorban a 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalap alapján a szerződésmódosítás jogszerűségét megállapítani és arra is tekintettel lenni, hogy a szerződés hatályba nem lépett, semmilyen pénzügyi érdeksérelem nem keletkezhetett, ezért bírság kiszabása nem indokolt. Kérte továbbá figyelembe venni, hogy a szerződés tárgyát képező beruházás Harkány Város Önkormányzatának kiemelt projektjei közé tartozik, mely a régióban számos új munkahelyet teremt, növeli a turizmust, amely az arra épülő helyi kisvállalkozásoknak is óriási segítség a fejlődés tekintetében. Az ajánlatkérő egy meglévő forrás esetén rögtön hatályba lépő szerződéssel nagyobb eséllyel tud Magyarország Kormányához fordulni támogatásért, mintha a projekt előkészítése a jelenlegihez képest visszalépne, és kiválasztott és szerződéssel rendelkező kivitelező nélkül tenné ugyanezt. Ezen célokat szem előtt tartva, és valamennyi jogszabályt betartva éltek a szerződésmódosítás lehetőségével.

21. A jogorvoslati eljárás során a kezdeményezőnek a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalap fenn nem állásával kapcsolatos véleményét érintően kifejtette, hogy a közbeszerzési eljárás előkészítése során a hazai- és világgazdaság „normál” működését feltételezve kell gondolkodnia. A háború kitörése (mely az eljárás indítását követően történt) és az azt követő radikális gazdasági változások és a kormány ezekre válaszoló intézkedései nem azon kockázati tényezők, melyeket az ajánlatkérőnek az eljárás előkészítésekor figyelembe kell venni és kalkulálni. Maga a háborús helyzet is a polgári jog szabályai szerint vis major helyzetként értékelendő, semmiképp sem a normál kockázatvállalás körébe tartozik. Természetesen a hazai gazdaság működésének rendes menetében hozott kormánydöntések, pénzügyi eszközök elosztásának általános rendjével kalkulálva készítette elő az eljárást és alappal feltételezte, hogy a szerződéskötést követő hat hónapon belül a projekt fedezetét elő tudja teremteni. Azt nem látta és nem is kellett előre látnia, hogy az eljárás megindítását követően háború fog kitörni az ország szomszédságában és azt sem, hogy a szerződéskötést követően a kormány az általa finanszírozott építési beruházások pénzügyi fedezetét befagyasztja, újraosztja, mely által új források kiosztásáról evidensen nem dönt, azaz a normál ajánlatkérői kockázatvállaláson felüli, új és előre nem élátható körülmény következett be.

22. A jogorvoslati eljárás során, a Döntőbizottság felhívására nyilatkozott az ajánlatkérő, hogy a jogorvoslat tárgyát képező szerződés által megvalósítani kívánt építési beruházás pénzügyi fedezetének előteremtése érdekében Magyarország Kormányához fordult. Az

önkormányzat polgármestere 2022. március 21-én írásbeli támogatási kérelmet küldött a Kormányhoz, másrészt a választókerület országgyűlési képviselője 2022. június 17-én kérelmet terjesztett elő az építési és beruházási ügyekért felelős miniszter elé. Előadta, hogy utóbbi vonatkozásában személyes, illetve egyéb úton szóbeli egyeztetések zajlottak le, mely során képviselő úr azt a tájékoztatást kapta, hogy a 2022. évre begyűrűző, korábban előre nem látható, és elhatalmasodó energiaválságra tekintettel akkor támogatható a Kormány által pénzeszközökkel a „Mediterrán-, és hullámmedence építése” közbeszerzési vállalkozási szerződés megvalósulása, ha az megfelel az „energia zero” fenntarthatósági követelményeknek.

Ezen egyeztetéseket követően a Harkányi Gyógyfürdő Zrt. (a „Mediterrán-, és hullámmedence építése” projekt megvalósítási helyszíne) haladéktalanul, 2022. július 4. napján nyújtott be támogatási kérelmet a TOP Plusz 2.1.1-21 pályázati felhívás vonatkozásában az Európai Regionális Fejlesztési Alap támogató felé, a fürdő energetikai korszerűsítésének előmozdítása érdekében. A projekt a megvalósítandó létesítmények energiahasználatának optimalizálását, racionálisabb energiagazdálkodásának elősegítését célozza meg, a hazai megújuló energiaforrások fokozottabb használata révén. A beruházás eredménye a megújuló energiaforrások alkalmazásának növekedése, mely hozzájárul az EU által meghatározott klímakockázatot csökkentő célok eléréséhez. A projekt keretében 1db 50kVA-es háztartási méretű kiserőmű (HMKE) és 1db 490kVA-es kiserőmű kerül megvalósítása, (melyek együttes várható energiatermelése éves szinten hozzávetőlegesen 648.000KWh) telepítése tervezett, mely a gyógyfürdő villamosenergia fogyasztásból adódó költségeinek csökkentését realizálja. A benyújtott pályázat elbírálásának ideje alatt történt a jogorvoslati kérelemmel érintett szerződésmódosítás aláírása, melyben a meghosszabbítás időtartama a fent előadottakra tekintettel akként került meghatározásra, hogy legyen elegendő idő a pályázat bírálatára, a támogatási szerződésének aláírására, ezt követően a miniszter felé a zero energia fenntarthatóságot igazoló dokumentumokkal kiegészített, aktualizált támogatás iránti kérelem előterjesztésére, majd a támogató döntés meghozatalára. Az Európai Regionális Fejlesztési Alap Támogató a benyújtott pályázat elbírálásáról szóló döntését 2022. december 21. napján hozta meg, a Támogatási szerződés aláírására pedig 2023. március 16. napján került sor TOP_PLUSZ-2.1.1-21-BA1-2022-00024 okiratszámom. A fent előadottakból láthatóan az ajánlatkérő abba a helyzetbe került, hogy a Kormány energiahatékonysági előfeltételeit teljesíteni tudja, a „Mediterrán-, és hullámmedence építése” vállalkozási szerződés megvalósulása érdekében. Előadta, hogy az energiahatékonysági fejlesztés teljes mértékben elkülönülő projekt a jogorvoslati eljárás tárgyát képező szerződéstől (külön közbeszerzési eljárás lefolytatását követően fog megvalósulni), annak tárgyát nem változtatja meg, a műszaki tartalom ezen szerződésben nem változik, csupán a „Mediterrán-, és hullámmedence építése” projekt Kormány általi finanszírozásának előkövetelménye. Az ajánlatkérő csatolta többek között a polgármester 2022. március 21-én, valamint az országgyűlési képviselő 2022. június 17-én kelt megkeresését.

A kérelmezett észrevételei

23. Nyilatkozott, hogy az eljárás indításakor közzétett közbeszerzési dokumentumokból, illetve a bontási jegyzőkönyvből tisztában volt mind az eljárás, mind pedig a szerződéskötés időpontjában, hogy az ajánlatkérő még nem rendelkezik a szerződés teljesítéséhez szükséges fedezettel, de annak előteremtése érdekében intézkedéseket tesz. A szerződés eredetileg 6 hónapos időt jelölt meg a hatálybalépés bekövetkezésére, de azzal, hogy azt a felek közös megegyezéssel módosíthatják. Az ajánlattételkor figyelembe vette ezen bizonytalansági tényezőt is, vagyis, hogy nem kiszámítható előre a szerződés hatálybalépése és a munkakezdés, - az akár 6 vagy ennél több hónapot évet is elhúzódhat - ennek ismeretében

tette meg ajánlatát. Ajánlatát az ajánlatkérővel való közös megegyezésen alapuló szerződésmódosítással fent kívánta tartani, mellyel az árfolyam és egyéb piaci kockázatot a hatálybalépésig terjedő időszakra magára vállalta. A szerződés aláírását követően felmerült új tényező az orosz -ukrán háború miatti gazdasági helyzet miatti Kormánydöntés, mely szerint az állami beruházásokat — melyek kivitelezése még nem kezdődött meg - átmeneti időre felfüggesztik, azon beruházások, melyek fedezete már biztosított, de a kivitelezése nem kezdődött meg, ott a fedezetet elvonják. Természetesen ezen döntés nem közvetlenül hatott jelen szerződés hatálybalépése vonatkozásában, azonban közvetetten igen, tekintettel arra, hogy ha a már kiutalt pénzügyi fedezeteket is visszaveszi a kormány és átcsoportosítja, akkor teljesen evidens, hogy új forrás kiosztásáról egy darabig nem fog határozni, dönteni. Előadta, hogy ezen, a szerződés aláírását követően kialakult helyzetről egyeztetett az ajánlatkérővel, aki tájékoztatta a projekt kiemelt jellegéről és bár az eredetileg tervezett időpontban a fedezet nem fog rendelkezésre állni, a továbbiakban is egyeztetések folynak a Kormány és az Önkormányzat között, hogy a fedezet a későbbiekben biztosított legyen. Tudomása szerint az ajánlatkérő azért kérte fel a szerződésmódosításra, mert a pénzügyi fedezet előteremtése érdekében folytatandó egyeztetések során nem mindegy, hogy a projekt milyen fokban előkészített. Lényeges, hogy a forrás biztosítása esetén a kivitelezése szinte azonnal meg tud-e kezdődni, és az állam által befektetett pénzeszközök belátható és teljesen előre kiszámítható időn belül tudnak egy régiós kiemelt nagyberuházásban manifesztálódni, vagy a projekt még vállalkozási szerződéssel sem rendelkezik, és az előkészítési fázis még kiszámíthatatlan ideig húzódik.

24. Kérte jogsértés hiányának a megállapítását, amennyiben mégis jogsértés megállapítására kerül sor, kérte bírság kiszabásának mellőzését tekintettel arra, hogy a jogorvoslati eljárás alapját képező szerződés hatályba nem lépett, mely által semmilyen pénzügyi teljesítés nem történt, gazdasági érdeksérelem nem keletkezett, az eredeti állapot helyreállítható a szerződés megszüntetésével.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

25. A Döntőbizottság a kezdeményezés keretei között abban a kérdésben foglalt állást, hogy a 2022. november 14-i szerződésmódosítás jogszerűnek tekinthető-e a Kbt. előírásai alapján.

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

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

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

A Kbt. 141. § (1) bekezdése szerint ezen alcím rendelkezéseit alkalmazni kell a szerződés felek – vagy az erre jogosult valamelyik fél – általi módosítására, valamint a felek

jogviszonyának a szerződésben foglalt rendelkezéseknek megfelelő változására (a továbbiakban együtt: szerződésmódosítás).

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

c) a következő feltételek együttes teljesülése esetén:

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

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

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

A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint 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.

27. A kezdeményező szerint a tárgyi szerződésmódosítás indokai nem kerültek a felek által alátámasztásra, igazolásra, ezért sérült a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja és a Kbt. 141. § (6) bekezdése, ebből eredően a Döntőbizottságnak is azt kellett eljárásában vizsgálnia, hogy a szerződésmódosítás feltételei igazolásra kerültek-e. A Döntőbizottság a Fővárosi Törvényszék és a Kúria töretlen gyakorlatát követi, a Fővárosi Törvényszék legutóbb a 104.K.706.819/2020/5. számú ítéletében mutatott rá, hogy „Csak azok az indokok vizsgálhatók, amelyeket az ajánlatkérő a szerződésmódosítás indokaként a közzétett hirdetményben megjelölt.” A hirdetményben – a szerződésmódosítást tartalmazó dokumentummal egyezően – megjelölésre került az ajánlatkérő által a szerződésmódosítás jogszabályi alapjaként a Kbt. 141. § (6) bekezdése, valamint az is, hogy „módosítási igény olyan körülmények miatt, amelyet az ajánlatkérő kellő gondossággal nem láthatott előre.”

28. A Döntőbizottság megállapította, hogy a tárgyi szerződésmódosítással a felek a szerződés eredeti hatálybalépését felfüggesztő feltétel bekövetkezésének határidejét úgy változtatták meg, hogy az eredeti fél éves időtartam helyett egy határozott idejű, 2023. december 31. napjáig terjedő véghatáridőt vezettek be.

29. A Kbt. 141. § (6) bekezdése alkalmazhatósága körében a Döntőbizottság abban a kérdésben foglalt állást, hogy a szerződésmódosítás lényegesnek tekinthető-e.

30. A szerződésmódosítás következtében a szerződés hatálybalépésének határideje jelentős mértékben emelkedett meg. Az eredetileg rögzített fél éves határidő több mint 200 %-al került megemelésre azzal, hogy a feltétel bekövetkezésére a 2022. november 14-étől 2023.

december 31-éig biztosítottak lehetőséget a felek. A Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata szerint a szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg.

31. A Kbt. nem tartalmaz normatív meghatározást abban a tekintetben, hogy mi minősül a felhívás, a dokumentáció illetve azon belül a szerződéstervezet esetében feltételnek. A Döntőbizottság normatív szabályozás hiányában így azt értelmezte, hogy mely ajánlatkérői meghatározások, előírások minősülhetnek feltételnek. A joggyakorlatban meghonosodott, a Döntőbizottság D.561/7/2007. számú határozatában kifejtett jogértelmezés szerint a „feltétel” kifejezés valaminek a létezéséhez, megvalósulásához szükséges körülményt, a teljesítendő követelményekre vonatkozó kikötést jelent. Ez a közbeszerzési eljárások szempontjából azt jelenti, hogy az ajánlatkérők a felhívásukban és a dokumentációjukban határozzák meg mindazon követelményeket, feltételeket, amelyek teljesítése szükséges a részvételi jelentkezés, ajánlat érvényes benyújtásához, az alkalmassági követelmények teljesítéséhez, a nyertes személyének kiválasztásához, az eljárás eredményeként megkötendő szerződéshez és annak teljesítéséhez.

32. A Döntőbizottság álláspontja szerint a megkötendő szerződés lényeges feltételét képezi a hatálybalépésének időpontja. Ennek ismerete alapvetően befolyásolja, hogy az adott közbeszerzési eljárásban mely gazdasági szereplők nyújtanak be ajánlatot meglévő szerződéses állományuk ismeretében, illetve az ajánlatuk árképzését, ajánlati áraik kialakítását is ennek ismeretében végzik el. A Kbt. 141. § (6) bekezdése alkalmazása szempontjából tehát bizonyosan lényeges érdemi változásnak tekinthető, ha a hatálybalépés felfüggesztő feltételeként előre meghatározott időtartamot a felek az eredetileg rögzítettekhez képest több mint kétszáz százalékos mértékben megemelik.

33. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság álláspontja szerint a szerződésmódosítás nem felel meg a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti feltételeknek, mert lényegesnek minősül. A Döntőbizottság szerint a szerződésmódosítás a Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata alapján lényegesnek minősül, így az azt követő harmadik mondat szerinti törvényi vélelem a-c) pontjai szerinti feltételeit a továbbiakban már nem vizsgálta.

34. A Döntőbizottság ezt követően megvizsgálta, hogy a szerződésmódosítás megfelelt-e a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában szereplő feltételeknek, ezek közül a szerződésmódosítás tárgyában is hivatkozott ca) pontban foglaltaknak. A normaszöveg konjunktív feltételei alapján a Döntőbizottság először azt vizsgálta, hogy volt-e olyan körülmény, amelyet az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre, és az a szerződésmódosítást szükségessé tette (Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja).

35. A döntőbizottsági és bírósági gyakorlat több esetben is rámutatott arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpont szerinti előre nem láthatóság a szerződés megkötésének időpontjára, illetve a szerződést megelőző előkészítési szakaszra vonatkoztatható; ezért a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata során nem hagyható figyelmen kívül, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során a kellő gondosságot tanúsította-e.

36. A felhívás III.2.2) pontja és a szerződés IX.1. pontja tartalmazta, hogy a „fedezet jelenleg még nem áll rendelkezésre”, továbbá azt is, hogy az ajánlatkérő „támogatásra vonatkozó igényt kíván benyújtani.” Az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződés megkötésekor – a szerződés IX.1. pontjából legalábbis ez olvasható ki – ismerték, hogy a szerződés fedezete egyáltalán nem áll az ajánlatkérő rendelkezésére, még a támogatásra

irányuló igény sincs előterjesztve, és épp ezért alkalmazták a hatálybalépés fél éves felfüggesztő feltételét. Az ajánlatkérő tehát a közbeszerzési eljárás megindításától kezdve tisztában volt azzal, hogy nem rendelkezik a vállalkozói díj teljesítéséhez szükséges forrással, sőt mindez az ajánlattételi felhívás megismerésétől kezdve a kérelmezett számára is egyértelmű volt. Ehhez képest annak tényét, hogy ezen – szerződésmódosítás alapjául szolgáló - körülmények számukra a közbeszerzési eljárás megkezdésétől kezdve ismertek voltak, az ajánlatkérő és a kérelmezett is elismerte a jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozataiban.

37. A jogorvoslati eljárás során csatolt iratok alapján megállapítható továbbá az is, hogy az ajánlatkérő részéről 2022. március 21-én, tehát még a tárgyi szerződés aláírását megelőzően megindultak a jelen beszerzés forrásait biztosítani hivatott kormányzati egyeztetések, azok azonban jelen időpontig nem vezettek a támogatási összeg megérkezéséhez. Az ajánlatkérő nyilatkozata szerint azonban időközben kiderült, hogy jelen projekt támogathatóságának egy másik, energiahatékonyságot biztosító projekt megvalósulása képezi előfeltételét, amelyben támogatási szerződés is aláírásra került. A Döntőbizottság álláspontja szerint tehát alapvetően nem is az ajánlatkérő által említett körülmények (orosz-ukrán háború, energiaválság, építőipari anyagárak emelkedése, ebből eredően a kormány gazdaságpolitikai intézkedései, ahol több állami beruházás felfüggesztésére került sor) vezettek el a szerződésmódosításhoz, mindezek egyébként is igen távoli összefüggést mutatnak a jelen beruházással, hanem, hogy a jelen projekt támogathatóságának előfeltétele egy másik projekt megvalósulása.

38. A Fővárosi Törvényszék is rögzítette a 104.K.706.819/2020/5. számú ítéletében, hogy „Következetes a jogalkalmazási gyakorlat abban, hogy a módosítást szükségessé tevő, előre nem látható körülménynek az ajánlatkérőn kívül álló, objektív körülménynek kell lennie (Kfv.IV.37.909/2019/6. számú döntés)”. A Döntőbizottság szerint nem minősül az ajánlatkérő által előre nem látható körülménynek az, hogy nem kapott a szerződés halasztó hatálya lejártáig támogatási forrást, tekintettel arra, hogy tudta, hogy a támogatás elnyerése időigényes folyamat lehet, illetve a támogatási szerződés megkötéséig terjedő időtartam hosszúra nyúlhat. Ehhez képest az ajánlatkérő döntése volt, hogy a támogatási kérelmet – hivatalos úton – mely időpontban terjeszti elő, vagyis, hogy mindezt a tárgyi közbeszerzési eljárás megindítását követően hajtja végre. Így az általa előadott körülmények a szerződésmódosítás jogszerű alapjaként akkor sem fogadhatók el, ha időközben a támogatás elnyeréséhez egy általa nem ismert új előfeltételt szabtak, vagyis egy másik projekt végrehajtását. Hangsúlyos, hogy jelen esetben az ajánlatkérő nem igazolta, hogy a közbeszerzés forrása tekintetében a támogató szerv(ek)kel szerződést kötött, ezt azonban utóbb, a szerződés megkötését követően visszavonták. Az ajánlatkérő még azon nyilatkozatát sem támasztotta alá dokumentummal, hogy az újonnan felmerült fenntarthatósági követelmények, mint előfeltételek miatt megindult projekt kihatásai miatt húzódik a tárgyi építési beruházás forráskifizetése. Jelen ügyben ezért csak annak van jelentősége, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett tudott arról, hogy olyan szerződést kötnek meg, amelynek forrásai nem állnak rendelkezésükre, annak következményeit, hogy a források nem kerültek folyósításra a fél éves időtartamon belül, nekik kell viselniük.

39. Összességében, a Döntőbizottság szerint a szerződés hatálybalépésének felfüggesztő feltételhez kötése önmagában is jelentős bizonytalanságot jelent, így a fél éves felfüggesztő feltétel további, több mint egy évvel történő meghosszabbítása, azaz a körülmények még bizonytalanabbá tétele előre nem láthatóságra hivatkozással fogalmilag kizárt.

40. Figyelemmel arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti egyik konjunktív feltétel, vagyis, hogy a szerződésmódosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre, nem teljesült, a Döntőbizottság szerint a szerződésmódosítás a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti törvényi feltételnek sem felelt meg.

41. A Döntőbizottság a jelen ügy specifikumai alapján megállapította, hogy a szerződésmódosításhoz szükséges Kbt. 141. §-a szerinti, vizsgált feltételek közül egyik sem állt fenn, amelynek következtében a szerződésmódosítás ajánlatkérő által megjelölt jogalapjai megdőltek, és mivel nem merült fel arra vonatkozó körülmény, hogy esetleg a szerződésmódosítás a Kbt. egyéb rendelkezése alapján jogszerűnek minősülhet, a Döntőbizottság a kezdeményezés körében megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontját és a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

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

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

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

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

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

44. A Döntőbizottság a megállapított jogsértéssel összefüggésben a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú, valamint a Kf.I.40.725/2021/18. számú ítéleteiben foglaltakra tekintettel – amelyekben 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 bírságot szabott ki, e döntésénél a Kbt. 141. § (1) bekezdése és a Kbt. 165. § (6) bekezdésében foglaltakra is tekintettel volt, vagyis hogy számára a bírságkiszabás kötelező, mivel a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezte a jogorvoslati eljárást. A bírság

összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a közbeszerzési eljárás becsült értéke nettó 5.151.770.000.-Ft volt (Kbt. 165. § (11) bekezdés b) pontja). A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a jogsértés súlyát (Kbt. 165. § (11) bekezdés a) pontja), és azt súlyosnak ítélte. A közbeszerzési szerződés jogsértő módosítása a mellőzéssel rokon jogsértés, s így az egyik legsúlyosabb közbeszerzési jogsértésnek minősül, hisz a közbeszerzési szabályozás célja, alapelvei érvényesülésének garanciája vész el a szerződéses szakaszban. A közbeszerzés alapelveit (jelen esetben különösen a Kbt. 2. § (4) bekezdését) és célját sérti az ilyen jogsértő magatartás, hisz a közbeszerzési eljárás feltételeinek utólagos módosulásával jár, s annak jelentőségét relativizálja. A Döntőbizottság azt is figyelembe vette, hogy a jogsértés utólag nem reparálható, tekintettel arra, hogy a felek a jogsértő szerződésmódosítást már megkötötték, ugyanakkor azt is, hogy a közbeszerzés nem támogatásból megvalósult beruházásra irányult, amelyre tekintettel a jogsértés megállapításához más szerv eljárásában nem kapcsolódhat szankció (Kbt. 165. § (11) bekezdés f) pontja). A Döntőbizottság a bírságkiszabáskor nem értékelte a nem releváns Kbt. 165. § (11) bekezdés c) pontját, mert a jogsértés nem hatott ki a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre, továbbá nem talált arra utaló körülményt, hogy a jogsértés nyilvánvalóan szándékos lett volna. A Döntőbizottság a bírság összegének meghatározásakor figyelemmel volt arra is, hogy a beszerzés tárgyát képező projekt forrása nem állt az ajánlatkérő rendelkezésére, ezért, mivel a szerződés nem lépett hatályba, a kivitelezés nem kezdődött meg.

45. Fentiek alapján a Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a rendelkező részben meghatározott bírságot szabta ki az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben. A felek közrehatása és jogsértésért való felelőssége azonos jellegű volt, tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítások jogalapjai alkalmazhatóságának megítélésénél mindkét szerződő fél ugyanazon tények, körülmények ismeretében hozta meg döntését, a Döntőbizottság ugyanakkor a kérelmezett esetében alacsonyabb összegű bírságot tartott alkalmazhatónak, mert a szerződés alapján nem került sor a részére kifizetésre. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a megállapított bírságok még mindig jóval alatta maradnak a Kbt. 165. § (7) bekezdésében meghatározott százalékos arányszámnak.

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

47. Jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdése és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi 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. május 15.

Dr. Fáry Zoltán sk
a tanács elnöke

Bankóné Nagy Helga sk
közbeszerzési biztos

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

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