



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

---

**Az ügy iktatószáma:** D.534/6/2019.

**A tanács tagjai:** Dr. Dajka Gabriella közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bankóné Nagy Helga közbeszerzési biztos, Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos

**A hivatalbóli kezdeményező:** Közbeszerzési Hatóság elnöke  
(Budapest, Riadó u. 5.)

**A hivatalbóli kezdeményező képviselője:** Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

**Az ajánlatkérő:** Bőny Község Önkormányzata  
(Bőny, Rákóczi u. 10.)

**Az ajánlatkérő képviselője:** Dr. Szaiff László Tibor ügyvéd  
(Győr, Szigethy u. 84.)

**A kérelmezett:** MERKAPT Vállalkozó Kft.  
(Budapest, Maglódi út 14. B. ép.)

**A beszerzés tárgya, becsült érték:** Bőny - háztartási méretű napelemes kiserőművek kivitelezése, 34.800.000.-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 a kezdeményezésnek részben helyt ad és megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett nyertes ajánlattevő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: 2011.Kbt.) 126. § (4) bekezdését és a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontját.

A Döntőbizottság egyebekben a kezdeményezés körében a jogsértés hiányát állapítja meg.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 150.000.-Ft, azaz százötvenezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság a kérelmezett nyertes ajánlattevővel szemben 150.000.-Ft, azaz százötvenezer forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült további költségeiket a felek maguk viselik.

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

## I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a 2011.Kbt. 122/A. §-a szerint folytatta le a közbeszerzési eljárását, a felhívást 2014. június 17. napján küldte meg a felhívott három gazdasági szereplőknek. A felhívás alapján a nyertes ajánlattevő feladata a háztartási méretű napelemes kiserőművek (a továbbiakban Létesítmény) kivitelezése a napelemek tartószerkezeteken való elhelyezésével, inverterek telepítésével, kábelezési és egyéb szükséges villamos szerelési munkák elvégzésével, illetve a villamos energia szolgáltató hálózatára történő rácsatlakozás kiépítésével. Az ajánlatkérő a villamos energiáról szóló 2007. évi LXXXVI. törvény egyes rendelkezéseinek végrehajtásáról szóló 173/2007. (XI. 9.) Korm. rendelet 4-5. §-ának megfelelően (Háztartási méretű kiserőmű hálózatra csatlakoztatásának és hálózat használatának különös szabályai) igényli a hálózati csatlakozás kiépítését. A nyertes ajánlattevő köteles továbbá a dokumentáció szerinti egyéb építési feladatok elvégzésére, valamint megvalósulási tervdokumentáció átadására.

Az ajánlattételi felhívás szerint a szerződés befejezésének a határideje a szerződés hatálybalépésétől számított 3 hónap.

A szerződést biztosító mellékkötelezettségek körében az ajánlatkérő meghatározta a következőket.

### 1. Teljesítési biztosíték

A szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igények biztosítékkaként a nyertes ajánlattevő teljesítési biztosíték nyújtására köteles. A biztosíték az ajánlati ár (szerződés szerinti áfa nélkül számított ellenszolgáltatás) 5%-ának megfelelő forint összeg, amely a Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontjában meghatározott módok valamelyikén teljesítendő. A teljesítési biztosítéket a szerződés hatálybalépésekor kell rendelkezésre bocsátani.

### 2. Jótállás, jóteljesítési biztosíték:

A nyertes ajánlattevő 24 hónap teljes körű jótállási kötelezettséggel tartozik. A nyertes ajánlattevő a Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontja szerinti jóteljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátására köteles. A jóteljesítési biztosíték a szerződés hibás teljesítésével kapcsolatos igények biztosítója, a nyertes ajánlattevő jótállási kötelezettségeinek teljesítését biztosítja, így annak rendelkezésre kell állnia, illetve lehívhatónak kell lennie a sikeres műszaki átadás-átvétel napjától (jótállási kötelezettség kezdetének időpontja) a jótállási időtartam végéig. A jóteljesítési biztosíték összege az ajánlati ár (szerződés szerinti áfa nélkül számított ellenszolgáltatás) 5%-ának megfelelő forint összeg.

2. Az ajánlatkérő az ajánlattételi felhívás és dokumentáció IV. cikkelyének (IV.03. szakaszában (Jótállás, jóteljesítési biztosíték) részletesen meghatározta a jótállási (jóteljesítési) biztosíték nyújtására vonatkozó ajánlatkérői előírásokat.

IV.02. szakasz Teljesítési biztosíték

2.1. A szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igények biztosítékként a nyertes ajánlattevő teljesítési biztosíték nyújtására köteles. A biztosíték az ajánlati ár (szerződés szerinti áfa nélkül számított ellenszolgáltatás) 5%-ának megfelelő forint összeg.

A biztosíték a Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontjában meghatározott módok valamelyikén biztosítandó. A nyertes ajánlattevőnek a teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor kell rendelkezésére bocsátani és annak rendelkezésre kell állnia a sikeres műszaki átadás-átvétel napjáig. Amennyiben a szerződés teljesítése az ajánlat szerinti határidőre nem történik meg, akkor a nyertes ajánlattevő köteles a bank vagy biztosító által vállalt garancia vagy a bank által biztosított készfizető kezesség vagy a biztosítási szerződés alapján kiállított – készfizető kezességvállalást tartalmazó – kötelezvény érvényességének meghosszabbításáról gondoskodni oly módon, hogy az a fenti határidőig érvényes legyen. Amennyiben a nyertes a biztosíték érvényességi idejét meghosszabbítani elmulasztja, akkor az ajánlatkérő a szolgáltatott biztosítékot lehívja. Az így lehívott összeget az ajánlatkérő a teljesítési biztosíték felszabadításának szabályai szerint utalja vissza a nyertes ajánlattevőnek.

Amennyiben a nyertes ajánlattevő a teljesítési biztosítékot befizetéssel (átutalással), óvadékként kívánja teljesíteni, akkor a teljesítési biztosíték összegének legkésőbb a szerződés hatálybalépésekor jóváírásra kell kerüljön az ajánlatkérő által megadandó bankszámlán. A nyertes ajánlattevő a szerződéskötéssel egyidejűleg köteles átadni az átutalás megtörténtéről kiállított pénzügyi igazolást.

#### IV.03. szakasz Jótállás, jóteljesítési biztosíték

3.1. A nyertes ajánlattevő 24 hónap teljes körű jótállási kötelezettséggel tartozik. Az ajánlatkérő a jótállási igénye érvényesítésével közvetlenül a nyertes ajánlattevőhöz fordulhat, aki nem hivatkozhat arra, hogy részére más hibásan teljesített.

3.2. A nyertes ajánlattevő a Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontja szerinti jóteljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátására köteles a Kbt. 126. § (4) bekezdés szerinti határidőig. A jóteljesítési biztosíték a szerződés hibás teljesítésével kapcsolatos igények biztosítéka, a nyertes ajánlattevő jótállási kötelezettségeinek teljesítését biztosítja, így annak rendelkezésre kell állnia, illetve lehívhatónak kell lennie a létesítmény sikeres műszaki átadás-átvétele időpontjától (a teljesítés időpontja, a jótállási kötelezettség kezdetének időpontja) a létesítményre vonatkozó jótállási idő végéig. A jóteljesítési biztosíték összege a szerződés szerinti áfa nélkül számított ellenszolgáltatás (nettó ajánlati ár) 5%-ának megfelelő forint összeg. Amennyiben a jótállás időtartama alatt az ajánlatkérő a nyertes ajánlattevőtől a jótállás körébe tartozó hiba kijavítását igényli, és ha ezen kötelezettségének a nyertes ajánlattevő – a szerződés szerinti határidőn belül – nem vagy nem megfelelően tesz eleget, akkor az ajánlatkérő jogosult a hibákat, hiányosságokat harmadik személlyel kijavíttatni és ebből a célból a jóteljesítési biztosítékot igénybe venni.

3.3. Amennyiben a nyertes ajánlattevő a jóteljesítési biztosítékot befizetéssel (átutalással), óvadékként kívánja teljesíteni, akkor a jóteljesítési biztosíték összegét legkésőbb a műszaki átadás-átvételi eljárás lezárásának az időpontjáig az előírt összegben az ajánlatkérő által megadandó bankszámlára át kell utalnia úgy, hogy legkésőbb ebben az időpontban a biztosíték a számlán már jóváírásra kerüljön. A nyertes ajánlattevőnek legkésőbb ekkor át kell adnia az átutalás megtörténtéről kiállított pénzügyi igazolást.

3.5. Amennyiben a jóteljesítési biztosíték nyújtására banki készfizető kezesség biztosításával kerül sor, akkor a feltétel nélküli és visszavonhatatlan kötelezvényt a 3.6. pontban leírt feltételek értelemszerű alkalmazásával kell kiállítani és az annak megfelelően kiállított kötelezvényt legkésőbb a 3.3. pont szerinti határidőben az ajánlatkérő számára átadni.

3.6. Amennyiben a jóteljesítési biztosíték nyújtására biztosítási szerződés alapján kiállított – készfizető kezességvállalást tartalmazó- kötelezvény (a továbbiakban: kötelezvény) formájában kerül sor, akkor a nyertes ajánlattevőnek az eredeti kötelezvényt legkésőbb a 3.3. pont szerinti időpontig, és az előírt összegben át kell nyújtania az ajánlatkérőnek.

A szerződéstervezet 12.2 pontja szerint a szolgáltatott biztosíték meg kell feleljen az ajánlattételi felhívás és dokumentáció vonatkozó rendelkezéseinek, emellett feltétel nélkülinek és visszavonhatatlannak kell lennie.

3. Az ajánlatok felbontására az ajánlattételi határidő lejártakor 2014. július 3. napján 10.00 órakor került sor, mindhárom ajánlattételre felhívott gazdasági szereplő ajánlatot nyújtott be.

4. A MERKAPT Vállalkozó Kft. ajánlatának 15. oldalán csatolt nyilatkozata szerint a teljesítés elmaradásával kapcsolatos igényekre kikötött teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor, a jótállási igények teljesítésére kikötött jóteljesítési biztosítékot a teljesítés időpontjában az ajánlattételi felhívásban és dokumentációban meghatározottaknak megfelelően rendelkezésre bocsátja.

5. Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás nyertesének a MERKAPT Vállalkozó Kft.-t nyilvánította.

6. Az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő között a szerződés megkötésére 2014. július 21. napján került sor. A szerződés 16.6. alpontja szerint a szerződés hatályba lépése felfüggesztő feltételhez volt kötve, mivel az ajánlatkérő a szerződéskötés alapjául szolgáló közbeszerzési eljárást a 2011.Kbt. 40. § (3) és (4) bekezdésére tekintettel folytatta le, és támogatásra irányuló igényt (pályázatot) fog benyújtani.

Az ajánlatkérő pályázata 2015. április 28. napján kelt támogatói okirattal kedvező elbírálásban részsült és a támogatói okirat 2015. április 29. napján lépett hatályba.

A szerződés 4.1. alpontja szerint a teljesítés határideje tekintetében a vállalkozó köteles a szerződés tárgyát legkésőbb az ajánlattételi felhívás II.3) pontjában megadott időtartam utolsó napján a megrendelő részére átadni (végteljesítési határidő). A vállalkozó teljesítése időpontjának a sikeres műszaki-átadás átvételi eljárás befejezésének időpontja számít.

A szerződés teljesítési határideje a szerződés hatálybalépésétől számított 3 hónap, 2015. április 29. napjától számított 3 hónap, azaz 2015. július 29. napja volt.

7. A felek a szerződést nem módosították.

8. A 2015. május 1. napján kelt magánszemély kezességvállaló nyilatkozatában kijelentette, hogy tudomással bír arról, hogy Böny Község Önkormányzatának (a továbbiakban: Kedvezményezett) a Nemzeti Fejlesztési Minisztérium (továbbiakban: Támogató) KEOP -4.10.01N114 2014-03060068748/308 azonosítószámú támogatói okirat (szerződés) alapján 40.023.832.-Ft támogatási összeget nyújt.

Az ajánlatkérő vállalta, hogy a támogatási szerződésben foglalt kötelezettségeit az abban foglalt módon és határidőben szerződésszerűen teljesíti. Kijelentette, hogy a támogatási szerződés tartalmát megismerte és tisztában van azzal, hogy annak alapján az ajánlatkérőnek milyen kötelezettségei vannak.

Az általa 2014. július 21-én aláírt vállalkozási szerződés 16.6 pontja szerinti felfüggesztő feltétel bekövetkezett (a Támogatói okirat 2015. április 28. napjával történő kiadásával), a szerződés hatálya beállt (Ptk. 5: 85. § (1) bekezdés), ezért a „Böny - háztartási méretű napelemes kiserőművek kivitelezése” tárgyú beruházás nem vagy nem szerződésszerű teljesítése következtében keletkező fizetési kötelezettsége 5 %-ára - a garanciális visszatartás biztosítékául - készfizető kezességet vállalt.

9. A kezdeményező a 2019. március 4. napján kelt, T-00324/04/2019. iktatószámú végzésével – figyelemmel a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 5. § (1) bekezdése és az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (továbbiakban. Ákr.) 103. § (1) bekezdésére – a tárgyi közbeszerzési eljárás eredményeként a megkötött szerződés teljesítésére tekintettel közigazgatási hatósági eljárás keretében történő ellenőrzést indított.

### **A hivatalbóli kezdeményezés**

10. A kezdeményező előadta, hogy a közbeszerzés a KEOP-4.10.0/N. számú európai uniós alapból finanszírozott. A Nemzeti Fejlesztési Minisztérium Környezeti és Energiahatékonysági Operatív Programokért Felelős Helyettes Államtitkárság, mint támogató által meghirdetett „Fotovoltaikus rendszerek kialakítása” című pályázati kiírására az ajánlatkérő pályázatát a 2015. április 28. napján kelt támogatói okiratában (továbbiakban: támogatói okirat) támogatásra alkalmasnak minősítették.

A kezdeményező elsődlegesen kérte a Döntőbizottságot, hogy – amennyiben annak feltételei fennállnak – a 2015.Kbt. 149. § (1) bekezdésének e) pontjára figyelemmel állapítsa meg az ajánlatkérővel és a nyertes ajánlattevővel szemben a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltak, ezzel egyidejűleg a nyertes ajánlattevővel szemben a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltak megsértését.

Amennyiben a Döntőbizottság az ajánlatkérővel és a nyertes ajánlattevővel szemben a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltak nem tartja megállapíthatónak, úgy másodlagosan kérte, hogy – amennyiben annak feltételei fennállnak – a 2015.Kbt. 149. § (1) bekezdésének e) pontjára figyelemmel állapítsa meg a nyertes ajánlattevővel szemben a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltak megsértése mellett az ajánlatkérővel szemben a 2011.Kbt. 2. § (1)-(2) és (4) bekezdéseiben foglalt verseny tisztasága, esélyegyenlőség, egyenlő bánásmód, hatékony és felelős gazdálkodás alapelvek megsértését. Kérte továbbá a jogsértések megtörténtének megállapítása mellett a 2015.Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel a jogsértőkkel szemben bírság kiszabását.

11. A kezdeményező a vizsgálata során észlelte, hogy a nyertes ajánlattevő ügyvezetője, mint magánszemély vállalt készfizető kezességet. Az ajánlatkérő az adatszolgáltatása mellékleteként csatolta a nyertes ajánlattevő ügyvezetője, mint magánszemély 2015. május 1. napján kelt kezességvállaló nyilatkozatát, amelyben a beruházás nem vagy nem szerződésszerű teljesítése következtében keletkező fizetési kötelezettsége 5%-ára – a garanciális visszatartás biztosítékául - készfizető kezességet vállalt.

A nyertes ajánlattevő a teljesítési és a jóteljesítési (jótállási) biztosíték körében úgy nyilatkozott, hogy az nem releváns, mivel a teljes kivitelezést maga finanszírozta, minden eszközt és beépített anyagot meg kellett vásárolni, ki kellett fizetni, ezért jóteljesítési biztosíték nem volt.

Nyilatkozata szerint továbbá, ha a kivitelezés során bármilyen probléma merült volna fel, az ajánlatkérő a saját belátása szerint érvényesíthette volna kárigényét amellet, hogy nem fizeti ki a teljes ellenértéket.

12. A kezdeményező álláspontja szerint a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltakra tekintettel a szerződést kötő felek megsértették a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontját.

A 2011.Kbt. 126. § (1) bekezdése szerint amennyiben az ajánlatkérő a szerződésben biztosítékot köt ki, ezt a tényt, továbbá a biztosíték(ok) körét és mértékét az eljárást megindító felhívásban közölni kell. E §, valamint a 38. § (3) bekezdés s) pontjának rendelkezései nem alkalmazandók a Ptk. Hatodik Könyvének XXVI. Fejezetében szabályozott, a szerződést megerősítő biztosítékokra.

A 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdése alapján a biztosítéknak a szerződésben foglalt feltételek szerint kell rendelkezésre állnia, nem írható elő azonban, hogy a szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igényekre kikötött biztosíték a szerződés hatálybalépését, a hibás teljesítéssel kapcsolatos igények teljesítésére kikötött biztosíték a szerződés teljesítésének időpontját megelőzően álljon rendelkezésre. Bármely egyéb célból kikötött biztosíték esetében a biztosíték rendelkezésre állása attól az időponttól követelhető meg, amelytől kezdve a biztosítékkal biztosított esemény bekövetkezhet, de legkorábban a szerződéskötés időpontjától.

A 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdésére utalva az ajánlattételi felhívás III.1.1) pontjában az ajánlatkérő a teljesítési biztosíték tekintetében előírta, hogy a szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igények biztosítékként a nyertes ajánlattevő teljesítési biztosíték nyújtására köteles. A biztosíték az ajánlati ár (szerződés szerinti áfa nélkül számított ellenszolgáltatás) 5%-ának megfelelő forint összeg, amely a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontjában meghatározott módok valamelyikén teljesítendő. A teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor kell rendelkezésre bocsátani.

Az ajánlatkérő az ellenőrzési eljárásban a biztosítékok tekintetében úgy nyilatkozott, hogy azt a nyertes ajánlattevő ügyvezetője, mint magánszemély készfizető kezesség vállalásával teljesítette. Ezt a nyilatkozatát az ellenőrzési eljárás későbbi szakaszában már csak a teljesítési biztosíték körében tartotta fent azzal, hogy a nyertes ajánlattevő a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot nem bocsátotta a rendelkezésére, melytényt a nyertes ajánlattevő megerősített.

13. A kezdeményező e körben kiemelte, hogy a 2011.Kbt. 126. §-a a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötésre kerülő szerződés tartalma tekintetében kógens szabályokat határoz meg a szerződést biztosító, a kötelezett teljesítési képességét erősítő mellékkötelezettségekkel kapcsolatban, korlátozva a szerződő felek szerződéses szabadságát a szabályozási körbe tartozó biztosítéki formák kiválasztása, azok mértéke, és időbeli hatálya tekintetében.

A 2011.Kbt. a biztosítékok formája tekintetében akként rendelkezik, hogy a 126. §-a szerinti biztosítékok előírása, alkalmazása esetén meghatározott, a kielégítést megfelelően garantáló, a (6) bekezdés a) pontja szerinti vagylagosan felsorolt biztosítéki formákban mindenképpen köteles a biztosíték nyújtását lehetővé tenni. Ezek mellett a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés b) pontja szerint az ajánlatkérő a felhívásban megjelölhet más biztosítéki formát is (például tulajdonosi kezesség- vagy garanciavállalás).

Az ajánlatkérő a vizsgált közbeszerzési eljárásban a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontjának alkalmazását írta elő.

Ennek megfelelően a teljesítési és a jóteljesítési (jótállási) biztosíték háromféle módon volt nyújtható: óvadékként az előírt pénzüsszegnek az ajánlatkérő fizetési számlájára történő befizetésével (átutalásával), bank vagy biztosító által vállalt garancia vagy banki készfizető kezesség biztosításával, vagy biztosítási szerződés alapján kiállított – készfizető kezességvállalást tartalmazó – kötelezvényvel.

A nyertes ajánlattevő a teljesítési és a jóteljesítési (jótállási) biztosíték tekintetében csak a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontja szerinti módok közül választhatott, más módon a

biztosítékokat nem nyújthatta.

Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentumokban és a szerződésben előírta továbbá, hogy a teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor kell rendelkezésre bocsátani, amely időpont 2015. április 29. napja volt.

A nyertes ajánlattevő által nyújtott teljesítési biztosíték, vagyis a nyertes ajánlattevő ügyvezetője általi készfizető kezességvállaló nyilatkozat a rendelkezésre bocsátás módja tekintetében nem felelt meg az ajánlattételi felhívás és dokumentáció IV. cikkely IV.02. szakasz előírásainak és a szerződés 12. pontja szerinti feltételeknek, ez a mód nem szerepelt a nyertes ajánlattevő által választható biztosítéki módok között.

A 2015. május 1. napján kelt nyertes ajánlattevő ügyvezetője általi készfizető kezességvállaló nyilatkozat, mint teljesítési biztosíték az időbeli hatály tekintetében sem felelt meg az ajánlattételi felhívás és dokumentáció IV. cikkely IV.02. szakasz előírásainak és a szerződés 12. pontja szerinti feltételeknek a szerződés 2015. április 29-ei hatályba lépésére figyelemmel. Tekintettel arra, hogy a nyertes ajánlattevő egyáltalán nem bocsátotta az ajánlatkérő rendelkezésére a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot, ezért a jóteljesítési (jótállási) biztosítékra vonatkozó ajánlatkérői előírások, szerződéses feltételek egyáltalán nem teljesültek a teljesítés során.

A 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltakra figyelemmel a nyertes ajánlattevő sem a teljesítési biztosítékot, sem a jóteljesítési biztosítékot nem a szerződésben foglalt feltételek szerint bocsátotta az ajánlatkérő rendelkezésére. Az ajánlatkérő pedig ezt a szerződéstől - a biztosítékok tekintetében - eltérő teljesítést elfogadta, azt nem kifogásolta, megsértve ezzel a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontját.

A kezdeményező álláspontja szerint a szerződő felek a szerződéses rendelkezésektől két esetben is egyező akarattal tértek el azzal, hogy a nyertes ajánlattevő a teljesítési biztosítékot nem a szerződésben előírt módon és időpontban bocsátotta az ajánlatkérő rendelkezésére, valamint a jóteljesítési biztosítékot egyáltalán nem bocsátotta az ajánlatkérő rendelkezésére, ezzel egyidejűleg pedig az ajánlatkérő nem követelte meg a szerződésben előírtaknak megfelelően azok rendelkezésre bocsátását a nyertes ajánlattevőtől, amellyel ekként a szerződés a biztosítékok tekintetében két alkalommal is módosításra került.

14. A Döntőbizottság D.452/13/2019. számú határozatának 96. pontja rögzítette, hogy sem a Kbt., sem a Ptk. nem tartalmaz olyan kötöttséget, illetve tilalmat, hogy a közbeszerzési szerződés nem írásban történt módosítását ne lehetne megítélni abból a szempontból, hogy a módosítás a Kbt. előírásainak megfelelően történt-e.

A kezdeményező szerint a szerződés első módosítása feltételezhetően a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg tekintve, hogy a nyertes ajánlattevőnek a szerződés teljesítésének megkezdéséhez nem kellett a teljesítési biztosíték összegét átutalni vagy banknál, vagy biztosítónál a biztosíték nyújtásával járó költségeket viselni, a biztosíték igénybeviteléhez kapcsolódó feltételeket teljesíteni, a felek feltételezhetően megsértették a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltakat.

A szerződés második módosítása feltételezhetően a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg tekintve, hogy a nyertes ajánlattevőnek a sikeres műszaki átadás-átvétel időpontjában nem kellett a jóteljesítési (jótállási) biztosíték összegét átutalni vagy banknál, vagy biztosítónál a biztosíték nyújtásával járó költségeket viselni, a biztosíték igénybeviteléhez kapcsolódó feltételeket teljesíteni, felek feltételezhetően megsértették a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltakat.

A feltételezett jogsértés megtörténtének időpontjai:

A szerződés első módosítása vonatkozásában a feltételezett jogsértés megtörténtének időpontja 2015. május 1. napja, a második módosítása vonatkozásában a feltételezett jogsértés megtörténtének időpontja 2015. július 22. napja, mert a nyertes ajánlattevő készfizető

kezességvállalása e napon kelt, és az ajánlatkérő elfogadva a nyertes ajánlattevő ügyvezetője, mint magánszemély által nyújtott kezességvállalást, ekkor nem követelte meg a teljesítési biztosíték megfelelő formában történő rendelkezésre bocsátását a nyertes ajánlattevőtől.

15. A kezdeményező tekintetében a feltételezett jogsértés tudomásra jutásának időpontja a szerződés első és második módosítása vonatkozásában a 2015.Kbt. 153. § (4) bekezdése szerint 2019. november 25. napja, mely időpont az ellenőrzési eljárás befejezésének napja.

A 2015.Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja szerint a szerződés első módosítása vonatkozásában a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló szubjektív határidő: 2020. január 25. napja, a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő: 2020. május 1. napja.

A 2015.Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja alapján a jóteljesítési biztosíték vonatkozásában a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló szubjektív határidő: 2020. január 25. napja, a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő: 2020. július 22. napja.

16. A 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltak feltételezett megsértése a nyertes ajánlattevő által.

A nyertes ajánlattevő feltételezhetően megsértette a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltakat mind a teljesítési, mind pedig a jóteljesítési (jótállási) biztosíték vonatkozásában, mert nem az előírt módon és időpontban bocsátotta az ajánlatkérő rendelkezésére, mert a teljesítési biztosítékként a nyertes ajánlattevő ügyvezetője, mint magánszemély által nyújtott készfizető kezességvállaló nyilatkozata egyrészt nem felel meg a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontjára tekintettel az ajánlattételi felhívás III.1.1.) 1. pontjában és a szerződés 12. pontjában előírt rendelkezéseknek, illetve azt nem a szerződés hatálybalépésekor került rendelkezésre bocsátásra. Másrészt a nyertes ajánlattevő egyáltalán nem bocsátotta a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot az ajánlatkérő rendelkezésére.

A feltételezett jogsértés megtörténtének időpontjai:

A teljesítési biztosíték vonatkozásában a feltételezett jogsértés megtörténtének időpontja 2015. április 29. napja, mert a nyertes ajánlattevőnek a szerződés szerinti teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor a Szerződésben előírt módon kellett volna az ajánlatkérő rendelkezésére bocsátania.

A jóteljesítési (jótállási) biztosíték vonatkozásában a feltételezett jogsértés megtörténtének időpontja 2015. július 22. napja, mert a szerződésben foglalt feltételek szerint nyertes ajánlattevőnek a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot a sikeres műszaki átadás-átvétel időpontjától kezdve kellett volna az ajánlatkérő rendelkezésére bocsátania. A műszaki átadás-átvételi jegyzőkönyv szerint a szerződés szerinti munkák átadás-átvételére 2015. július 22. napján került sor.

A kezdeményező tekintetében a feltételezett jogsértés tudomásra jutásának időpontja mind a teljesítési biztosíték, mind a jóteljesítési (jótállási) biztosíték vonatkozásában a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerint 2019. november 25. napja, mely időpont az ellenőrzési eljárás befejezésének napja.

A jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló határidők:

A 2015.Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja szerint a teljesítési biztosíték vonatkozásában a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló szubjektív határidő: 2020. január 25. napja, a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő: 2020. április 29. napja.

A 2015.Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja alapján a jóteljesítési biztosíték vonatkozásában a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló szubjektív határidő: 2020. január 25. napja, a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő: 2020. július 22. napja.

17. Másodlagos vagylagos kezdeményezési elem a 2011.Kbt. 2. § (1), (2) és (4) bekezdéseiben foglalt alapelvek feltételezett megsértése az ajánlatkérő által.

Ha a Döntőbizottság álláspontja szerint az ismertetett tényállás alapján az elsődleges kezdeményezési elemben feltételezett tételes jogsértés (vagyis a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltakra tekintettel a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltak feltételezett megsértése) nem állapítható meg, a kezdeményező kérte a Döntőbizottság vizsgálatát a nyertes ajánlattevővel szemben az elsődleges kezdeményezési elem szerinti tételes jogsértés körében előadottak mellett, a 2011.Kbt. 2. § (1), (2) és (4) bekezdéseiben foglalt alapelvi rendelkezések az ajánlatkérő általi feltételezett megsértése tekintetében.

Hivatkozott a D.107/5/2018. számú határozatra, amelyben Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben olyan tényállás tekintetében állapította meg a 2011.Kbt. 2. § (1), (2) és (4) bekezdésében foglalt alapelvek megsértését, hogy a nyertes ajánlattevő a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot ugyan rendelkezésre bocsátotta, de csak jóval a műszaki átadás-átvételt követően.

A kezdeményező álláspontja szerint a hatékony és felelős gazdálkodás alapelvi követelménye is sérült azzal, hogy az ajánlatkérő nem az ajánlattételi felhívás és dokumentáció és a szerződés rendelkezései szerinti teljesítési biztosítékot fogadta el és a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot nem követelte meg a nyertes ajánlattevőtől, mert az az ajánlatkérő szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igénye, illetve a nyertes ajánlattevő jótállási kötelezettségének teljesítése és annak elmaradásával felmerülő költségek megtérülése esetleges jogvita során kevesebb garancia mellett lett volna kikényszeríthető.

Az ajánlatkérő mind a teljesítési, mind a jóteljesítési biztosíték tekintetében feltételezhetően megsértette a 2011.Kbt. 2. § (1) és (2) bekezdésében foglalt verseny tisztasága, az esélyegyenlőség és egyenlő bánásmód követelményét azzal, hogy olyan, a közbeszerzési eljárásban előírt kötelezettség nyertes ajánlattevő általi teljesítésétől tekintett el, amely a közbeszerzési eljárás valamennyi ajánlattevője számára kötelezően előírásra került.

Az ajánlatkérő mind a teljesítési, mind a jóteljesítési biztosíték tekintetében feltételezhetően megsértette a 2011.Kbt. 2. § (4) bekezdésében foglalt hatékony és felelős gazdálkodás követelményét azzal, hogy a biztosíték Szerződés szerinti rendelkezésre állásának hiánya által nem volt biztosított a szerződés szerinti kötelezettségek teljesítése.

A feltételezett jogsértés megtörténtének időpontjai:

A teljesítési biztosíték vonatkozásában a feltételezett jogsértés megtörténtének időpontja 2015. április 29. napja, mert a nyertes ajánlattevőnek a szerződés szerinti teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor kellett volna az ajánlatkérő rendelkezésére bocsátania.

A jóteljesítési (jótállási) biztosíték vonatkozásában a feltételezett jogsértés megtörténtének időpontja 2015. július 22. napja, mert a nyertes ajánlattevőnek a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot a sikeres műszaki átadás-átvétel időpontjától kezdve kellett volna az ajánlatkérő rendelkezésére bocsátania. A műszaki átadás-átvételi jegyzőkönyv szerint a szerződés szerinti munkák átadás-átvételére 2015. július 22. napján került sor.

A kezdeményező tekintetében a feltételezett jogsértés tudomásra jutásának időpontja:

Mind a teljesítési biztosíték, mind a jóteljesítési biztosíték vonatkozásában a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerint 2019. november 25. napja, mely időpont az ellenőrzési eljárás befejezésének napja.

A jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló határidők:

A 2015.Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja szerint a teljesítési biztosíték vonatkozásában a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló szubjektív határidő: 2020. január 25. napja,

a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő: 2020. április 29. napja.  
A 2015.Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja alapján a jóteljesítési biztosíték vonatkozásában a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló szubjektív határidő: 2020. január 25. napja,  
a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő: 2020. július 22. napja.

### **Az ajánlatkérő észrevétele**

18. Az ajánlatkérő kérte a jogsértés hiányának a megállapítását.

Észrevételében előadta, hogy a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) a 6:191. §-a szerint a felek közös megegyezéssel módosíthatják a szerződés tartalmát, ugyanakkor erre vonatkozóan a szerződés megkötésére vonatkozó rendelkezéseket kell megfelelően alkalmazni. A Ptk. 6:63. § (1)-(2) bekezdése szerint a szerződés a felek kölcsönös és egybehangzó kifejezésével jön létre, továbbá a szerződés létrejöttéhez a feleknek a lényeges és a bármelyikük által lényegesnek minősített kérdésekben való megállapodása szükséges. A Ptk. 6:64. § (1) bekezdése alapján, aki szerződés megkötésére irányuló szándékát egyértelműen kifejező és a lényeges kérdésekre kiterjedő jognyilatkozatot tesz, nyilatkozatához kötve marad.

Nem értett egyet a kezdeményező azon jogértelmezésével, amely szerint a szerződés egyező akarattal történt módosítását jelentette az a körülmény, amely szerint a nyertes ajánlattevő a biztosítékokat nem a szerződésben foglalt feltételekkel teljesítette. A Ptk. 6:191. §-a alapján – figyelemmel a Ptk. 6:63. §-ában foglaltakra – a szerződés módosításával kapcsolatosan a felek kölcsönös és egybehangzó kifejezésére lett volna szükség. A Ptk. 6:4. § (4) bekezdése alapján a hallgatás, vagy valamilyen magatartástól történő tartózkodás csak a felek kifejezett rendelkezése alapján minősül jognyilatkozatnak. A szerződés szerint a nyertes ajánlattevő tekintetében fennálló kötelezettség nem teljesítése, az ajánlattevő kifejezett és egybehangzó akaratnyilatkozatának hiányában nem alapozhatja meg a szerződés olyan tartalmú módosítását, amely a kezdeményezésben rögzítésre került.

A Ptk. 6:94. § (2) bekezdésére alapozva rögzítette azt a kezdeményező, hogy a szerződésmódosításra vonatkozó kötelező alakiság hiánya esetén az egyező akarat az az elem, amely alapján a felek magatartása szerződésmódosításnak minősülhet. A kezdeményező döntését feltételezésre nem alapíthatja, ezért az e körben tett megállapítás az Ákr. 62. §-a szerinti tényállás tisztázási kötelezettségbe is ütközik. A kezdeményező megállapításai egyértelműen feltételezésen alapulnak, és erre vonatkozóan nem terjesztett elő olyan bizonyítékokat, amelyek alátámasztanák azon feltételezést, hogy az ajánlatkérő a szerződés által feltételezett módosításához kifejezetten hozzájárult volna a Ptk. 6:64. § (1) bekezdése alapján. A kezdeményező álláspontját a gyakorlatba ültetve azzal a következménnyel járna, hogy bármely szerződés esetében a szerződésszegést elkövető fél hivatkozhatna arra, hogy a másik fél – az esetleges jogkövetkezmények azonnali érvényesítésének elmaradása esetén – a szerződés módosításához hallgatólagosan hozzájárult, ezzel mintegy a szerződést egyoldalúan a másik fél hátrányára módosítva. A hallgatást nem lehet a szerződés módosítására irányuló kifejezett nyilatkozatnak tekinteni, és kiterjesztően értelmezni. Azt sem sikerült kellően alátámasztani, hogy a kezdeményező miért a feltételezett jogsérelem bekövetkezésének időpontját tekintette a felek közös szerződés módosítására irányuló akaratnyilatkozata megvalósulása időpontjának.

19. A szerződésben foglalt munkát egyebekben a nyertes ajánlattevő a szerződés szerinti minőségben elvégezte, sem a biztosíték, sem pedig a jóteljesítési biztosíték érvényesítésére nem volt szükség. A kezdeményező által vélelmezett módosítás miatt előállt jogsérelem sem lehet jelentős, ami a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjában foglaltak alkalmazását –

tekintve, hogy lényeges módosításnak a biztosíték adásának elmaradása nem tekinthető – kizárja.

20. Kérte, hogy a Döntőbizottság eljárása során vegye figyelembe az ajánlatkérő tekintetében azon körülményeket, amelyek a jelen eljárásban történt eljárási határidők betartását hátrányosan befolyásolták. Figyelemmel arra, hogy az ajánlatkérő helyi önkormányzat, és a döntéseit testületi keretek közt hozza, ezért szükséges annak rögzítése, hogy a 2019. évi önkormányzati választások jelentős személyi változásokkal jártak. Mind a polgármester, mind pedig a szakmai kérdésekben felelős jegyző személye megváltozott 2019. október-november hónapban, és ez a körülmény, valamint az átadás-átvétel elhúzódása a folyamatban lévő ügyek napra kész vitelében is nehézségeket okozott.

### **A Döntőbizottság döntése és annak indokai**

21. A kezdeményezés alapján vizsgálandó ajánlatkérői eljárást érintő ajánlati felhívás megküldésére 2014. június 17. napján került sor, ezért a Döntőbizottság az ezen az időpontban hatályos 2011.Kbt. rendelkezések alapján végezte el a kezdeményezés közbeszerzési eljárásra vonatkozó kifogásai vizsgálatát.

22. A Döntőbizottság az elsődleges kezdeményezési elemet vizsgálta meg, mely szerint az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő a 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjában és a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdés első mondatában foglaltakat sértették meg azzal, hogy a szerződés teljesítése során az ajánlatkérő a teljesítési biztosíték határidőn túli és nem megfelelő formában történt nyújtását elfogadta illetve elfogadta, hogy a nyertes ajánlattevő a jóteljesítési (jótállási) biztosítékot egyáltalán nem biztosította. A nyertes ajánlattevő pedig a teljesítési biztosítékot határidőn túl és nem megfelelő formában nyújtotta, a jóteljesítési biztosítékot pedig egyáltalán nem bocsátotta rendelkezésre, megsértve ezzel a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontját.

23. A kezdeményezőre és az általa lefolytatott vizsgálatra vonatkozóan a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (továbbiakban: 2015.Kbt.) 197. § (1) bekezdése azt tartalmazza, hogy a 2015.Kbt. rendelkezéseit a hatálybalépése után megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és az azokkal kapcsolatban kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra kell alkalmazni. A 139. §, a 141. §, a 142. §, a 153. § (1) bekezdés c) pontja és a 175. § rendelkezéseit alkalmazni kell e törvény hatálybalépését megelőzően megkezdett beszerzések vagy közbeszerzési eljárások eredményeként kötött szerződések új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül történő módosításának lehetőségére, valamint a módosítás és teljesítés ellenőrzésére, továbbá a XXI. fejezet rendelkezéseit az ezekkel összefüggő jogorvoslati eljárásokra.

A (2) bekezdés alapján a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény rendelkezéseit a 2015. november 1. napját megelőzően megkezdett beszerzésekre, - az (1) bekezdés második mondatában foglalt kivétellel - közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és az azokkal kapcsolatban kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra alkalmazni kell.

A 2015.Kbt. 142. §-a szerint

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

(2) A 2. § (1)-(4) bekezdésében foglalt alapelvek megsértését valósítja meg az ajánlatkérőként szerződő fél részéről a szerződésszegésből eredő igények érvényesítésének elmaradása (ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását), ha

a) a szerződésszegés olyan kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradásával valósul meg, amelyet az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelése során figyelembe vett; vagy

b) a szerződésszegés eredményeként a teljesítés a szerződés tartalmától olyan mértékben tér el, amely - ha a felek szerződésüket így módosították volna - szerződésmódosításként a 141. § (6) bekezdése szerint lényeges módosításnak minősülne.

(3) Semmis a szerződés módosítása, ha az arra irányul, hogy a nyertes ajánlattevőként szerződő felet mentesítsék az olyan szerződésszegés (illetve szerződésszegésbe esés) és annak jogkövetkezményei - ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását - alkalmazása alól, amelyért felelős (illetve felelős lenne), vagy amely arra irányul, hogy az ajánlatkérő átvállaljon a nyertes ajánlattevőt terhelő többletmunkaköltségeket vagy indokolatlanul egyéb, a szerződés alapján a nyertes ajánlattevőt terhelő kockázatokat.

(4) A Közbeszerzési Hatóság a szerződés módosítására és teljesítésére vonatkozó, e törvényben meghatározott követelmények teljesülését a 187. § (2) bekezdés j) pontjában meghatározottak szerint jogosult ellenőrizni és azok megsértése esetén a Közbeszerzési Döntőbizottság, illetve a bíróság eljárását kezdeményezni [153. § (1) bekezdés c) pont, 175. §].

24. A releváns 2011.Kbt. szabályok a következők.

A 2011.Kbt. 3. §-a 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 során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban, a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni. 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 2011.Kbt. 38. § (3) bekezdés s) pontja szerint a közbeszerzési eljárást megindító felhívás tartalmazza az ajánlati biztosíték előírására, valamint a szerződésben megkövetelt biztosítékokra vonatkozó információt.

A 2011.Kbt. 124. § (1) bekezdése értelmében az eredményes közbeszerzési eljárás alapján a szerződést a nyertes szervezettel (személlyel) - közös ajánlattétel esetén a nyertes szervezetekkel (személyekkel) - kell írásban megkötni a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően.

A 2011.Kbt. 126. §-a a következő rendelkezéseket tartalmazza

(1) Amennyiben az ajánlatkérő a szerződésben biztosítékot köt ki, ezt a tényt, továbbá a biztosíték(ok) körét és mértékét az eljárást megindító felhívásban közölni kell. E §, valamint a

38. § (3) bekezdés s) pontjának rendelkezései nem alkalmazandók a Ptk. Hatodik Könyvének XXVI. Fejezetében szabályozott, a szerződést megerősítő biztosítékokra.

(2) A szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igények biztosítékaként legfeljebb a szerződés szerinti, tartalékkeret és áfa nélkül számított ellenszolgáltatás öt százalékát elérő biztosíték köthető ki.

(3) A szerződés hibás teljesítésével kapcsolatos igények biztosítékaként legfeljebb a szerződés szerinti, tartalékkeret és áfa nélkül számított ellenszolgáltatás öt százalékát elérő biztosíték köthető ki.

(4) A biztosítéknak a szerződésben foglalt feltételek szerint kell rendelkezésre állnia, nem írható elő azonban, hogy a szerződés teljesítésének elmaradásával kapcsolatos igényekre kikötött biztosíték a szerződés hatálybalépését, a hibás teljesítéssel kapcsolatos igények teljesítésére kikötött biztosíték a szerződés teljesítésének időpontját megelőzően álljon rendelkezésre. Bármely egyéb célból kikötött biztosíték esetében a biztosíték rendelkezésre állása attól az időponttól követelhető meg, amelytől kezdve a biztosítékkal biztosított esemény bekövetkezhet, de legkorábban a szerződéskötés időpontjától.

(5) A (4) bekezdés szerinti biztosíték határidőre történő nyújtásáról az ajánlattevőnek az ajánlatban nyilatkoznia kell, egyéb igazolás, nyilatkozat a biztosítékokról a közbeszerzési eljárásban nem kérhető.

(6) Biztosíték kikötése esetén az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban

a) előírja, hogy a biztosítékok az ajánlattevőként szerződő fél választása szerint nyújthatók óvadékként az előírt pénzüsszegnek az ajánlatkérőként szerződő fél fizetési számlájára történő befizetésével (átutalásával), bank vagy biztosító által vállalt garancia vagy banki készfizető kezesség biztosításával, vagy biztosítási szerződés alapján kiállított - készfizető kezességvállalást tartalmazó - kötelezvényvel, vagy

b) megjelöl egy vagy több - az a) pontban nem szereplő - biztosítéki formát, illetve biztosítéknyújtási módot, és előírja, hogy a biztosíték az ajánlattevőként szerződő fél választása szerint teljesíthető bármelyik megjelölt, vagy az a) pontban meghatározott formában, illetve módon.

(7) A hibás teljesítéssel kapcsolatos igények teljesítésére kikötött biztosíték vonatkozásában az ajánlatkérő a szerződésben lehetővé teheti, hogy a biztosíték vagy annak meghatározott része az ajánlattevőnek a (rész)teljesítésért járó ellenértékből visszatartás útján kerüljön biztosításra, amelyre az óvadék szabályait kell megfelelően alkalmazni.

(8) A nyertes ajánlattevőként szerződő fél a (6)-(7) bekezdésben foglalt egyik biztosítéki formáról a másikra áttérhet, a biztosítéknak azonban a szerződésben foglalt összegnek és időtartamnak megfelelően folyamatosan rendelkezésre kell állnia.

A 2011.Kbt.132. § (1) bekezdés b) pontja alapján a felek nem módosíthatják a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződésnek a felhívás, a dokumentáció feltételei, illetve az ajánlat tartalma alapján meghatározott részét, ha a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg.

25. A kezdeményezés alapján a Döntőbizottság megvizsgálta, hogy a felhívás és a közbeszerzési dokumentáció illetve az eljárást lezáró szerződés alapján az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő megfelelően jártak-e el a szerződés teljesítése során a közbeszerzési eljárásban kikötött biztosítékok tekintetében.

26. A közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő teljesítési biztosítékokot és jóteljesítési biztosítékokot kötött ki azzal, hogy azok a Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontjában meghatározott módok valamelyikén teljesítendőek. Ez alapján a biztosítékok rendelkezésre bocsáthatóak voltak óvadékként az előírt pénzüsszegnek az ajánlatkérőként szerződő fél fizetési számlájára történő befizetésével (átutalásával), bank vagy biztosító által vállalt garancia vagy banki

készízető kezesség biztosításával, vagy biztosítási szerződés alapján kiállított - készízető kezességvállalást tartalmazó – kötelezvényyel.

Az előírások alapján a teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor kell rendelkezésre bocsátani és annak rendelkezésre kell állnia a sikeres műszaki átadás-átvétel napjáig. A jóteljesítési biztosítéknak rendelkezésre kell állnia, illetve lehívhatónak kell lennie a létesítmény sikeres műszaki átadás-átvétele időpontjától (a teljesítés időpontja, a jótállási kötelezettség kezdetének időpontja) a létesítményre vonatkozó jótállási idő végéig.

A MERKAPT Vállalkozó Kft. a közbeszerzési eljárásban vállalta, hogy a teljesítés elmaradásával kapcsolatos igényekre kikötött teljesítési biztosítékot a szerződés hatálybalépésekor, a jótállási igények teljesítésére kikötött jóteljesítési biztosítékot a teljesítés időpontjában az ajánlattételi felhívásban és dokumentációban meghatározottaknak megfelelően rendelkezésre bocsátja.

A teljesítés során a MERKAPT Vállalkozó Kft. 2015. május 1. napján magánszemély által vállalt készízető kezességi nyilatkozatot tett a teljesítés elmaradásával kapcsolatos biztosíték körében. A közbeszerzési eljárásban és a szerződésben azonban nem volt lehetőség ilyen formában biztosítani a teljesítés elmaradásával kapcsolatos biztosítékot, illetve azt 2015. április 29-én kellett volna az előírások alapján rendelkezésre bocsátani. A nyertes ajánlattevő a jótállási igények teljesítésére kikötött jóteljesítési biztosítékot egyáltalán nem bocsátotta rendelkezésre.

Ezzel a nyertes ajánlattevő megsértette a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdését és a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontját. Az ajánlatkérő pedig azzal sértette meg a hivatkozott jogszabályi előírásokat, hogy elfogadta a nyertes ajánlattevő előírásoktól eltérő időben és módon rendelkezésre bocsátott teljesítéssel kapcsolatos biztosítékát, illetve a rendelkezésre bocsátás elmaradásának tényét.

27. A kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő fenti magatartása a szerződésmódosítás tiltott módját jelentette, mivel a biztosítékok ilyen módon történt rendelkezésre bocsátása illetve elmaradása a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg a szerződés gazdasági egyensúlyát.

A 2011.Kbt. nem határozta meg mit kell közbeszerzési jogi szerződésmódosításnak tekinteni és a 2011.Kbt. 3. §-a 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.

28. A szerződésmódosítás és az e körben vizsgálandó közbeszerzési biztosítékok a szerződés teljesítésének az időszakában merültek fel, így erre a Ptk. vonatkozó szabályait kell figyelembe venni.

A Ptk. 6:4. § [A jognyilatkozat]

(1) A jognyilatkozat joghatás kiváltására irányuló akaratnyilatkozat.

(2) Jognyilatkozat szóban, írásban vagy ráutaló magatartással tehető.

(3) Ha a fél jognyilatkozatát ráutaló magatartással fejezi ki, a jognyilatkozat megtételének a ráutaló magatartás tanúsítása minősül.

(4) A hallgatás vagy valamilyen magatartástól tartózkodás a felek kifejezett rendelkezése alapján minősül jognyilatkozatnak.

A Ptk. kommentárja szerint a hallgatás nem értékelhető jognyilatkozatnak. A hallgatás csak akkor minősülhet jognyilatkozatnak, ha kétséget kizáróan fejezi a szerződés módosítására vonatkozó akaratot és erre vonatkozóan a felek kifejezetten rendelkeztek.

A Ptk. 6:63. § [A szerződés létrejötte és tartalma]

(1) A szerződés a felek akaratának kölcsönös és egybehangzó kifejezésével jön létre.

(2) A szerződés létrejöttéhez a feleknek a lényeges és a bármelyikük által lényegesnek minősített kérdésekben való megállapodása szükséges. A lényegesnek minősített kérdésben való megállapodás akkor feltétele a szerződés létrejöttének, ha a fél egyértelműen kifejezésre juttatja, hogy az adott kérdésben való megállapodás hiányában a szerződést nem kívánja megkötni.

A Ptk. 6:137. § [Szerződésszegés]

A szerződés megszegését jelenti bármely kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradása.

A Ptk. 6:191. § [A szerződés felek általi módosítása]

(1) A felek közös megegyezéssel módosíthatják a szerződés tartalmát vagy megváltoztathatják kötelezettségvállalásuk jogcímét.

(2) A szerződésnek a módosítással nem érintett része változatlan marad. A kötelezettség biztosítására szolgáló zálogjog és kezesség fennmarad, de a zálogkötelezett és a kezes helyzete hozzájárulásuk nélkül nem válhat terheesebbé.

(3) A szerződés módosítására a szerződés megkötésére vonatkozó rendelkezéseket kell megfelelően alkalmazni.

(4) A szerződés tartalmát valamelyik fél egyoldalúan akkor módosíthatja, ha ezt a szerződésben kikötötték, vagy ha a felet erre jogszabály feljogosítja.

29. A Ptk. fenti rendelkezései alapján megállapítható, hogy a felek a szerződést csak úgy tudják módosítani, ha azt közös megegyezéssel teszik és annak tartalmában kifejezetten megállapodnak. A szerződés módosítása hallgatás útján csak úgy lehetséges, ha a hallgatással való módosításban a felek kifejezetten megegyeztek és az kétséget kizáróan kifejezi a szerződés módosítására vonatkozó akaratot.

A vizsgált szerződés tekintetében erre vonatkozó semmilyen tény vagy adat nem merült fel, a felek ilyenben nem állapodtak meg, a szerződés erre vonatkozóan nem tartalmazott semmilyen rendelkezést, így a módosításnak ez a formája nem volt lehetséges annál is inkább, mert a formai kényszer alapján az írásban megkötni szükséges szerződés csak írásban módosítható. A kezdeményező álláspontja szerint a szerződő felek a szerződéses rendelkezésektől két esetben is egyező akaratúak tértek el azzal, hogy a nyertes ajánlattevő a teljesítési biztosítékot nem a szerződésben előírt módon és időpontban bocsátotta az ajánlatkérő rendelkezésére, valamint a jóteljesítési biztosítékot egyáltalán nem bocsátotta az ajánlatkérő rendelkezésére, ezzel egyidejűleg pedig az ajánlatkérő nem követelte meg a szerződésben előírtaknak megfelelően azok rendelkezésére bocsátását a nyertes ajánlattevőtől, amellyel ekként a szerződés a biztosítékok tekintetében két alkalommal is módosításra került. A kezdeményezőnek ezen hivatkozása egyértelműen a szerződés megszegésére vonatkozik még szóhasználatában is, amikor arra utal, hogy a szerződő felek a szerződéses rendelkezésektől két esetben is egyező akaratúak tértek el. A szerződésszegés bármely kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradása. Jelen esetben elmaradt a teljesítési biztosíték határidőben és az előírt módon történő rendelkezésre bocsátása, valamint teljesen elmaradt a jóteljesítési biztosíték rendelkezésre bocsátása, amivel a nyertes ajánlattevő szerződésszegést követett el. Az ajánlatkérő pedig eltekintett a közbeszerzési eljárásban előírt biztosíték rendelkezése állásának igazolásától. A felek ezen eljárása nem minősült a szerződés hallgatással történt módosításának, így a Döntőbizottság a kezdeményezés 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjára vonatkozó részében tekintetében a jogsértés hiányát állapította meg.

30. Tekintettel arra, hogy a Döntőbizottság a kezdeményezés körében a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdése és a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontja vonatkozásában megállapította mind az ajánlatkérő, mind a nyertes ajánlattevő jogsértését a vagylagos kezdeményezési elemet nem vizsgálta.

31. A Döntőbizottság a 2015.Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a fentiek szerint a kezdeményezés 2011.Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjára vonatkozó részében a Kbt. 165. § (2) bekezdés b) pontja alapján megállapította a jogsértés hiányát. A Döntőbizottság egyebekben a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő megsértette a 2011.Kbt. 126. § (4) bekezdését és a 2011.Kbt. 126. § (6) bekezdés a) pontját.

32. A Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján 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 (7) bekezdés 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) bekezdés értelmében a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének – továbbá a 62. § (1) bekezdés q) pont szerinti jogsértés megállapítása esetén az eltiltás időtartamának – 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.

33. A Döntőbizottság a jelen esetben a kötelező bírságolás alapján mind az ajánlatkérővel mind a nyertes ajánlattevővel szemben bírságot szabott ki.

A Döntőbizottság a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét figyelembe vette. A Döntőbizottság a bírság összegére vonatkozó döntése során figyelembe vette a közbeszerzési eljárás becsült értékét, továbbá, hogy a közbeszerzés támogatásból valósult meg, így a jogsértéshez a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat. Azt is figyelembe vette, hogy a szerződés teljesítésétől (jogsértés megtörténte) számítva több mint négy és fél év telt el. A Döntőbizottság a bírság összegére vonatkozó döntése során figyelembe vette, hogy a jogsértés nem reparálható. E szempontokat összességében mérlegelve a Döntőbizottság a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő tekintetében.

34. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó Ákr. 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségekről.

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

36. A határozat közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdése 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, 2020. január 28.

***Dr. Dajka Gabriella sk.***  
***közbeszerzési biztos***

***Bankóné Nagy Helga sk.***  
***közbeszerzési biztos***

***Dr. Fáry Zoltán sk.***  
***közbeszerzési biztos***

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné  
titkárságvezető

**Kapják:**

1. Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (KRID: 341768375)
2. Dr. Szaiff László Tibor egyéni ügyvéd (KRID: 54875410)
3. Merkapt Vállalkozó Kft. (KRID: 11779225)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága