



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

Az ügy iktatószáma:

D.48/ 25 /2020.

A tanács tagjai: Dr. Fáy Zoltán közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Berekméri Ágnes közbeszerzési biztos, Dr. Virágh Norbert közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező:

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

A hivatalbóli kezdeményező képviselője:

Dr. Simon Enikő, Dr. Katona Margit, Dr. Cseh Tamás, Dr. Bakos Balázs, Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadók
KRID: 431274702

Az ajánlatkérő:

Dunavarsány Város Önkormányzata
(Dunavarsány, Kossuth Lajos u. 18.)

Az ajánlatkérő képviselője:

Dr. Kádár Attila Ügyvédi Iroda
Budapest, Ipar u. 5. B. lház V/4.
KRID: 18034934

A kérelmezett:

„SZIGET-SZILÁRD” Út- és Közműépítő Ipari és Szolgáltató Kft.

(Dunavarsány, Vörösmarty utca 2434/1.)

A kérelmezett képviselője:

Dezső és Társai Ügyvédi Iroda
Budapest, Fő u. 14-18.
KRID: 18184606

A közbeszerzés tárgya, értéke: Dunavarsány Város 2014. évi útfelújítási munkáinak megvalósítása vállalkozási szerződés keretében, nettó 105.256.140.-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 megismételt jogorvoslati eljárásban a kezdeményezés második eleme tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő, valamint a kérelmezett megsértette a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: 2011. évi Kbt.) 132. § (1) bekezdésének b) pontját. A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 15.000.000.-Ft, azaz tizenötmillió forint és a kérelmezettel szemben 15.000.000.-Ft, azaz tizenötmillió forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket 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 megismételt jogorvoslati eljárás alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő 2014. május 30-án három gazdasági szereplő részére megküldött ajánlattételi felhívásával a 2011. évi Kbt. 122/A §-a szerinti hirdetmény nélküli közbeszerzési eljárást indított a rendelkező rész szerinti tárgyban. Az ajánlatkérő az ajánlattételi felhívás II.2.1) pontjában rögzítette a közbeszerzés teljes mennyiségét, amelyben az alábbiak is szerepeltek:

„51-es – Búza utca közötti út

Felújítandó út felülete 17.590 m², padka felújítás 2.620 m², nyitott földárak felújítás 2.135 fm, buszmegálló peron felújítása 4 db, víznyelő szikkasztó akna kiépítése 2 db, kanyarívekben sárrázók kialakítása 3 db.

Arany János utca (Kossuth L. u. – Vasút sor közötti szakasz)

Felújítandó út felülete 1.312 m², padka felújítás 328 m², parkoló kialakítása 6 db.

Technológiai leírás és minőségi követelmény az ajánlattételi dokumentációban van rögzítve.

A munkákat az ajánlattételi dokumentációval átadott műszaki leírásoknak megfelelően kell elvégezni.”

2. Az ajánlatkérő ajánlattételi dokumentációt is készített, melynek 1) Általános információk pontja az alábbi releváns előírásokat tartalmazta:

„Az Ajánlattevő az ajánlattételi dokumentáció és a helyszín alapos ismerete szerint nyújtsa be ajánlatát. Az Ajánlattevő felelős azért, hogy ellenőrizze és azonosítsa a teljes “Ajánlattételi dokumentáció”-t. Nem fogadható el semmiféle kifogás azon az alapon, hogy az Ajánlattevő elmulasztott meggyőződni a dokumentáció és a Megrendelő által a munkákkal kapcsolatban adott bármilyen információ pontosságáról. Az Ajánlattevőnek meg kell győződnie arról, hogy a dokumentációban lévő információk az ajánlat megtételéhez elegendők-e, illetve milyen kiegészítő információk szükségesek. Bármilyen mulasztás, amelyet az Ajánlattevő követ el amiatt, hogy nem szerez megbízható információt az építési helyszínről, az előzményekről, vagy olyan egyéb ügyekről, amelyek befolyásolják a munkák végrehajtását, a munkák befejezését vagy a szerződés cikkelyeinek betartását, nem menti fel az Ajánlattevőt – amennyiben az ajánlata elfogadást nyert – azok alól a kockázatok, kötelezettségek és felelősség alól, melyek a szerződés szerint reá hárulnak a munkák befejezése és átadása tekintetében.”

3. A Dokumentáció 3) Az ajánlat kidolgozásának feltételei pontja az alábbi releváns előírásokat tartalmazta:

„3.1. Az Ajánlattevőnek az ajánlattételi felhívásban és a dokumentációban meghatározott tartalmi és formai követelményeknek megfelelően kell ajánlatát elkészítenie és benyújtania

3.6. Az Ajánlatkérő felhívja az Ajánlattevők figyelmét, hogy az építés helyszínének megismerése alapján tegyék meg ajánlatukat.

3.12. Az Ajánlati Ár a teljes beruházásra vonatkozó egyösszegű átalányár kell, hogy legyen, a teljesítés időpontjára prognosztizálva.”

4. A Dokumentáció 5) Az ajánlatadás alapja pontja az alábbi releváns előírásokat tartalmazta:

„5.1. Az Ajánlat elkészítésének alapját az Ajánlattételi Dokumentáció kell, hogy képezze. Az Ajánlat az Ajánlatkérő által ajánlattétel céljára kibocsátott dokumentációban leírt és tervezett beruházás egészére kell, hogy vonatkozzék, és annak megfelelően teljesítendő.

5.2. Az Ajánlattevő ajánlatát a rendelkezésre bocsátott műszaki leírás és költségvetési kiírás alapján állítsa össze.

5.3. A befejezési határidőre prognosztizált fix átalányáras ajánlati árat a költségvetési kiírás tételei szerint kell kidolgozni. A munkarészenként megjelölt összegeknek fedezetet kell nyújtaniuk a megvalósítás időtartama alatt bekövetkező esetleges árváltozásokra is, és tartalmazniuk kell mindazon költségeket, melyek az ajánlat tárgyának első osztályú megvalósításához és üzembe helyezéséhez, továbbá az ajánlattételi felhívásban és jelen ajánlattételi dokumentációban rögzítettek betartásához szükségesek.

5.5. Az egységáraknak minden munkateljesítményt tartalmazniuk kell: szükséges munkaidő, minden építési anyag és segédanyag, szerszám és berendezés rendelkezésre bocsátása és helyszínre szállítása, szükséges energiaellátás, állványozás, felügyelet biztosítása, valamint az összes biztonsági intézkedés megtétele /örzés, világítás, biztosító berendezés stb./ és egyéb mellékszolgáltatások. Valamennyi nehezítő körülmény az árképzésben figyelembevételre kell, hogy kerüljön, mivel erre semmilyen különleges kártalanítás nem történhet.

5.7. Az egységárak tartalmazzák az összes adót, díjat és szociális terheket, szállás, és kiküldetési költségeket, különélési és napidíjakat, utazási költségeket, hazautazások költségeit, szennyezettségi pótlékot, fertőzésveszélyre járó pótlékot, továbbá a nyereség és kockázat fedezetét úgy, hogy a költségvetésben megadott árak a teljesen kész munka ellenértékét tartalmazzák, a megvalósítás helyére vetítve. Ezen érték az általános forgalmi adót nem tartalmazza.

5.8. Az egységárakat mindig teljesen kell kidolgozni, az összes ehhez felhasznált szolgáltatás, továbbá valamennyi szükséges munkaerő, gép, eszköz, üzemanyag stb. felhasználásával és rendelkezésre bocsátásával elvégzett szakmunka figyelembevételével.

5.9. Az Ajánlattevő ajánlatához csatoljon részletes költségvetést. Az Ajánlatkérő érvénytelennek tekinti azt az ajánlatot, mely nem tartalmaz beárazott tételes költségvetést.

5.10. A beárazott tételes költségvetésnek a költségvetési kiírásnak megfelelő tartalommal kell elkészülnie.

5.11. Amennyiben az Ajánlattevő a műszaki leírás és a költségvetési kiírás felülvizsgálata, vagy a helyszín megismerése során eltérést állapított meg, az egységárakat az eltérést figyelembe véve állapítsa meg.

5.12. Ahol a műszaki leírás, a hozzá kapcsolódó iratok, és a költségvetési kiírás egy bizonyos terméket jelölnek meg, ez az Ajánlattevő tájékozódását segíti és úgy értendő, hogy vagy az ismert termék, vagy azzal egyenértékű más termék.

5.13. A műszaki leírás, illetve a költségvetési kiírás adott tárgyra, dologra, anyagra, berendezésre stb. való hivatkozása, csak a tárgy egyértelmű meghatározására szolgál, vele

egyenértékű műszaki berendezés, gép, anyag stb. megajánlása nem számít alternatív ajánlatadásnak.

5.17. Az Ajánlattevő köteles tájékozódni az építési munkahely helyi viszonyairól, a meglévő építményekről, a talaj- és terepviszonyokról, a megközelítési lehetőségekről, az építési (felvonulási) terület kialakításáról, az áram- és vízellátásról, a fölösleges anyagdeponálási lehetőségeiről, illetve a közbeeső tárolási lehetőségekről, az építési terület mértékéről, továbbá más vállalkozók által történő akadályoztatásról, és az árképzésben ezeket figyelembe kell vennie. Ez vonatkozik azokra a műtárgyakra is, amelyeket a kivitelezés érinteni, ill. veszélyeztetni fog. Ilyen jogcímen utólagos követelések nem ismerhetők el.

5.18. A kiviteli munkák megkezdése előtt a meglévő állapotot dokumentálni kell. Az Ajánlattevő köteles a munkavégzéssel kapcsolatban igénybe venni kívánt műszaki létesítményekről állapotfelvételt készíteni. Az Ajánlattevő felelős a létesítmények eredeti állapotának megőrzéséért, illetve azoknak eredeti állapotba való visszaállításáért.

5.21. Csak első osztályú munka végezhető, csak első osztályú munka vehető át. A teljesítés igazolására a műszaki ellenőrnek egy hét áll rendelkezésére.

5.22. Az Ajánlattevők kötelesek az ajánlatuk összeállítása során, valamint nyertességük esetén a kivitelezés során betartani az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet előírásait.

5.23. A műszaki átadás - átvételi eljáráson a minőségi bizonylatokat és a megvalósult állapotot tükröző tervdokumentációt legalább 4 példányban át kell adni a megrendelőnek.

5.24. Az Ajánlattevő a beruházás megvalósítása során nem hivatkozhat arra, hogy az ajánlattételi dokumentáció nem volt teljes, vagy a tervekben hibákat észlelt. Amennyiben az ajánlattételi dokumentáció nem értelmezhető egyértelműen az Ajánlattevő kötelezettsége az ellentmondásokat feloldani (a kiegészítő tájékoztatás útján, vagy egyéb módon), a feladatot pontosítani.

5.25. Bármilyen mulasztás következménye, amelyet az Ajánlattevő követ el azzal, hogy nem szerez megbízható információt az építés helyszínéről, előzményekről, vagy olyan egyéb körülményekről, amelyek befolyásolják a munkák végrehajtását, befejezését, az állagmegóvást, a szerződés előírásainak betartását, az Ajánlattevőt terheli, és amennyiben az Ajánlatkérő vele köt szerződést a mulasztás ténye nem mentesíti az Ajánlattevőt szerződéses kötelezettségeinek a vállalt határidőre történő teljesítése alól.”

5. A Dokumentáció 6) Szerződéses feltételek pontja az alábbi releváns előírásokat tartalmazta:

„6.6. Az Ajánlattevő Magyarországon felhasználási engedéllyel bíró, I. osztályú anyagot, szerelvényt, gépet, készüléket és berendezést használhat fel, építhet be.

6.7. A nyertes Ajánlattevő a kivitelezési munkákat I. osztályú minőségben köteles elvégezni.

6.8. Az Ajánlattevő kizárólagos felelősséget köteles vállalni a kivitelezett létesítmények rendeltetésszerű használhatóságáért, függetlenül attól, hogy azt megrendelésre más vállalkozóval szállította, vagy készítette el.

6.9. Az Ajánlattevőt a műszaki átadás-átvétel napjától a 11/1985 (VI. 22.) ÉVM-IpM-KM-MÉM-BKM sz. együttes rendeletben és a 12/1988 (XII. 27.) ÉVM-IpM-KM-MÉM-KVM sz. együttes rendeletben meghatározott szavatossági kötelezettség terheli. Ettől az időponttól kezdődik valamennyi beépített gép, berendezés, felszerelés, valamint építmény garanciája, függetlenül attól, hogy az Ajánlattevő azokat mely időpontban szerezte be. Az Ajánlattevő köteles az általa teljesített építési és szerelési munkára a teljes körű átadás-átvétel befejezésének napjától számított 12 hónapos időtartamra teljes körű jótállást vállalni.

6.10. Az Ajánlattevő az ajánlati árat a befejezési határidőre prognosztizált, rögzített, fix átalányárként adja meg.”

6. A Dokumentáció 10.) Egyéb feltételek pontja az alábbi releváns előírásokat tartalmazta:

„10.1. A Beruházás „Átalányáras Szerződés” keretei között zajlik. Az Ajánlattevő által számított átalányárnak tartalmaznia kell minden, a beruházás teljesítésének költségét befolyásoló tételt. Az árnak fedeznie kell a beruházás ideje alatt bekövetkező esetleges árváltozásokat. Az árnak szintúgy tartalmaznia kell az ajánlat tárgyának I. osztályú minőségben történő megvalósításához szükséges kiadásokat, beleértve az üzembe helyezést és az Ajánlatkérő által igényelt berendezések beszerzését és telepítését.”

7. A Dokumentáció 3. számú melléklete tartalmazta a vállalkozási szerződés tervezetét, mely az alábbi releváns előírásokat tartalmazta:

„1.) A szerződés tárgya: Dunavarsány Város Önkormányzat Képviselő-testületének számú határozata alapján Megrendelő megrendeli, Vállalkozó pedig elvállalja Dunavarsány Város 2014. évi útfelújítási munkái elvégzését, a vonatkozó érvényes jogszabályoknak és szabályoknak megfelelő I. osztályú minőségben.

2./ A szerződés műszaki tartalma:

51-es – Búza utca közötti út Felújítandó út felülete 17.590 m², padka felújítás 2.620 m², nyitott földárok felújítás 2.135 fm, buszmegálló peron felújítása 4 db, víznyelő szikkasztó akna kiépítése 2 db, kanyarívekben sárrázók kialakítása 3 db.

Arany János utca (Kossuth L. u. – Vasút sor közötti szakasz) Felújítandó út felülete 1.312 m², padka felújítás 328 m², parkoló kialakítása 6 db.

3./ Vállalkozási díj: A szerződésben foglalt munkák vállalkozási díja a teljesítés idejére prognosztizálva: Vállalkozási díj: (nettó) Ft 27 % ÁFA Ft
Vállalkozási díj: (bruttó) Ft Azaz forint.

A szerződés 1. számú mellékletében szereplő megbontás szerint. Az ár fedezetet nyújt minden munka elvégzésére, a felmerülő költségekre, díjakra, vám és egyéb terhekre, melyet a szerződés 2. pontjában elvégzendő munkaként felsorol, és amelyek szükségesek a munkák komplett megvalósításához, figyelembe véve a helyszíni körülményeket és adottságokat.”

8. A Dokumentáció 5. számú melléklete tartalmazta a műszaki dokumentációt, mely tartalmazta az árazatlan költségvetést, valamint a műszaki leírást az alábbi releváns előírásokkal:

„51-es - Búza utca közötti út felülete 17.590 m²

A tervezett útszakasz az alábbi pályaszerkezettel épül:

- min. 5.0 cm vtg. AC-11 aszfalt kopóréteg
- AC 22-es jelű alapréteg készítése, az útfelületen helyenként burkolat pótlás [...]

Az útburkolat szélessége 6,5-6,7 m. A burkolatszélékre lezárás nem kerül a szelvényezés mindkét oldalán dolomit/zúzottkő padka felújítás történik. A szegélyhez 0,5 m széles padka csatlakozik. Az útpálya 2,0 %-os kétoldali eséssel, épül, a padka esése kifelé irányuló 5,0%.

A várható forgalom nagyság az e-UT 06.03.13 „Aszfaltburkolatú útpályaszerkezetek méretezése és megerősítése” Útügyi Műszaki Előírás alapján; a tervezett utak „B” (könnyű) forgalmi terhelési osztályba, „N” (normál) igénybevételi kategória figyelembevételével lett meghatározva. [...]

Arany János utca (Kossuth L. u. - Vasút sor közötti szakasz) 328 fm x 4 = 1.312 m²

A tervezett útszakasz az alábbi pályaszerkezettel épül:

- min. 5,0 cm vtg. AC-11 aszfalt kopóréteg [...]

Arany János utcában épülendő burkolat melletti útpadka 0-20-as dolomit zúzottkőből, 328 m². Az útburkolat szélessége 4 m. A burkolatszélékre lezárás nem kerül a szelvényezés mindkét oldalán dolomit/zúzottkő padka felújítás történik. A szegélyhez 0,5 m széles padka csatlakozik. Az útpálya 2,0 %-os kétoldali eséssel, épül, a padka esése kifelé irányuló 5,0%.

A várható forgalom nagyság az e-UT 06.03.13 „Aszfaltburkolatú útpályaszerkezetek méretezés e és megerősítése” Ütügyi Műszaki Előírás alapján; a tervezett utak „B” (könnyű) forgalmi terhelési osztályba, „N” (normál) igénybevételi kategória figyelembevételével lett meghatározva.

Meglévő állapot ismertetése:

A javítandó útburkolatok, padkák előregedettek a járófelület tönkrement, kikátyúsodott, keresztrepedések, süllyedések találhatóak, baleset veszélyesek. A meglévő parkolóhelyek burkolata sérült, rendkívül töredezett, szegélykő több helyen nincs.

Minőségi előírások:

A munkáról minősítési dokumentációt kell készíteni, melynek tartalmaznia kell az alábbiakat: A beépített anyagokról gyártóművi bizonylat kell.

A CKt4, illetve a CKt. keveréktervét be kell mutatni, a keverék feleljen meg az ÚT 2-3.206, és az ÚT 2-3.207 Ütügyi Műszaki Előírásainak.

Megrendelő kontroll laboratóriumi mérésekre jogosult. A mért értékek eltérése esetén harmadik független labor mérése lesz a döntő, melyet Megrendelő jelöl ki.

Teljesítés igazolást csak az elfogadott és a Megrendelő által aláírt minősítési dokumentáció estén kérheti a Vállalkozó.”

9. A költségvetési kiírás az alábbi releváns tételeket tartalmazta kiegészítve még az egységár, valamint a mennyiség és az egységár összesítő oszlopból, mely sorok és oszlopok összegzése adta meg az ajánlati árat.

Előkészítő munkák			
	Tétel	Mennyiség	Egység
Alapépítményi munkák			
	Tétel	Mennyiség	Egység
13.	Szikkasztó földárok felújítás, profilozás	2135	fm
Felépítményi és befejező munkák			
	Tétel	Mennyiség	Egység
22.	AC 22-es jelű alapréteg készítése, az útfelületen helyenként burkolat pótlás	307	m3
23.	AC11 jelű hengerelt aszfalt kopóréteg készítése 5 cm vastagságban	880	m3

10. A 2014. június 16-i ajánlattételi határidőre két ajánlattevő nyújtott be ajánlatot, köztük a kérelmezett 105.256.140.-Ft ajánlati árral. A kérelmezett ajánlata 17. oldalán csatolta az ajánlati, árazott költségvetését a változtatás nélküli mennyiségi és minőségi tartalommal. Az ajánlatok bírálatát, majd értékelését követően 2014. július 2-án az ajánlatkérő - a közbeszerzési dokumentáció részét képező szerződés tervezet szerinti tartalmú – vállalkozási szerződést kötött a kérelmezettel. Az ajánlatkérő a munkaterületet 2014. július 14-án adta át a kérelmezett részére, amelyen részt vett a beruházó, a kivitelező és a műszaki ellenőr. Az építési napló szerint a munkavégzést 2014. augusztus 5. napján kezdték meg. 2014. augusztus 6. napján a műszaki ellenőr bejegyzésében kérte kérelmezettet, hogy az eredeti állapotot archiválja (fénykép, videó). 2014. augusztus 21. napjával az építés naplóba történő bejegyzéssel a műszaki ellenőr rögzítette, hogy az útburkolati hibák javítása elkészült, az aszfaltburkolat terítése előtt a takarási engedélyt megadta. 2014. augusztus 28. napján műszaki ellenőr ellenőrizte az aszfalt vastagságát, mely során 6.6 cm, 6.4 cm, valamint 6.8 cm-es értékeket rögzített. 2014. szeptember 2. napi naplóbejegyzés szerint a szerződésben szereplő munkák elvégzésre kerültek, a munkaterület e napon lezárásra került, a nyilatkozat a beruházó, a kivitelező és a műszaki ellenőr által is aláírásra került. Az építési napló akadályközlést, illetve változás elrendelésre vonatkozó bejegyzést nem tartalmazott. 2014. szeptember 2. napján kelt teljesítésigazolási jegyzőkönyv szerint a kérelmezett a kivitelezést

szerződésszerűen teljesítette, a teljesítés igazolása kiadásra került. A 2014. szeptember 2. napján kelt kivitelezői nyilatkozat szerint a kérelmezett „a tárgyi burkolat felújítási munkák kivitelezését az érvényben lévő jogszabályok és rendeletek betartásával, az építési tevékenységre vonatkozó szakmai, minőségi és biztonsági előírásoknak megfelelően, valamint a kivitelezés folyamán a megrendelő, tervező és a lebonyolító kezdeményezésére végrehajtott módosításokkal, a kereskedelemben vásárolt anyagok felhasználásával” végezte. 2014. szeptember 2. napi felelős műszaki vezetői nyilatkozat szerint a műtárgy a szerződés feltételeinek megfelel. A kérelmezett 2014. augusztus 3. napján kelt számlában a teljes szerződéses összeget (105.256.140.-Ft+ÁFA) kiszámlázta, melyet az ajánlatkérő maradéktalanul megfizetett.

A kezdeményezés megismételt eljárást érintő része

11. A kezdeményező 2017. augusztus 8-án benyújtott kezdeményezése öt elemet tartalmazott. Második kérelmi elemként jelölte meg a 2011. évi Kbt. 2. § (4) bekezdésében meghatározott hatékony és felelős gazdálkodásának sérelmét, azáltal, hogy az ajánlatkérő elmulasztott a hibás teljesítés tekintetében szavatossági igénnyel, az el nem végzett tételek tekintetében díjcsökkentési igénnyel élni. Negyedik kérelmi elemként rögzítette, hogy az ajánlatkérő a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjába ütközően szerződésmódosítási tilalmat sértett akkor, amikor a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára megváltoztatva, a műszaki tartalom csökkenését nem követte az ellenszolgáltatás arányos csökkentése. Előadta, hogy hatósági ellenőrzést folytatott, melynek során adatokat kért be az ajánlatkérőtől, valamint a kérelmezettől, továbbá 2017. február 28. napján igazságügyi szakértő is kirendelésre került, aki szakvéleményét 2017. június 9. napján küldte meg a kirendelő hatósághoz, mely az alábbi megállapításokat tette: [...]

10. AC 22 kötő 50/70-es aszfalt kötőréteg beépítésnek a nyoma nem mutatkozott a fűrt mintavételek során,

11. AC 11 kopó 50/70-es aszfalt kopóréteg az 51. sz. főút - Búza utca közötti szakaszon 17.590 m² helyett 16.430,50 m²-ben, az Arany János utcában 1.312 m² helyett 1.166 m²-ben épült meg,

12. AC 11 kopó 50/70-es aszfalt kopóréteg vastagsága a 17 mintavételi helyből 9 esetben nem megfelelő, ebből 1 db esetben minőségcsökkent és 8 db esetben selejt,

13. AC 11 kopó 50/70-es aszfalt kopóréteg burkolati hézaga a 17 mintavételi helyből 9 esetben nem megfelelő, ebből 8 db esetben minőségcsökkent és 1 db esetben selejt, [...]

15. az árok profilozás a kiírt 2.135 fm-rel szemben csak 1.588 fm.

Álláspontja szerint a kivitelezés nem a megkötött szerződésnek (és annak részét képező ajánlatnak, műszaki leírásnak, költségvetésnek) megfelelően történt. A mennyiségi és minőségi eltérések (el nem végzett munkák, minőségcsökkent vagy selejtnak minősülő munkák) következtében összesen bruttó 62.643.488.-Ft [54.721.492.-Ft + 7.921.996.-Ft] kár származott a hibás, rossz minőségű és az el nem végzett munkákból, ennyivel kevesebb értékben valósult meg a szerződés. Ennek ellenére az ajánlatkérő és kérelmezett nem csökkentették arányosan az átalányárat.

Az ajánlatkérő által a D.401/2017. szám alatt folytatott eljárásban tett észrevételek

12. Az ajánlatkérő előadta, hogy alaptalannak tartja a kezdeményezést, mely szerint a verseny tisztaságára, illetve a jóhiszeműség és tisztesség alapelvei követelményt megértette volna. Az ajánlatkérő jelen gazdasági viszonyok között életszerű gyakorlatnak megfelelően járt el a szerződés megkötése és teljesítése során. Hangsúlyozta, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatásával felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadót bízott meg, valamint a

műszaki ellenőri feladatokra megbízási szerződést kötött. A megbízott műszaki ellenőr, pedig szerződésszerűnek fogadta el a teljesítést, így hivatkozása szerint az ajánlatkérő jóhiszeműsége nem vonható kétségbe. Előadta, hogy idő előtti a szavatossági igény érvényesítésének elmaradására alapozott elemek, tekintettel arra, hogy az elmúlt 3 évben nem volt ilyen. A megépített út rendeltetésszerű használatra alkalmas, azon úthiba nem látszódik. Álláspontja szerint a kezdeményezés alapját képező igazságügyi szakvélemény megállapításait semmilyen tény nem támasztja alá. Sérelmezte továbbá, hogy a hatóság a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendeletben meghatározott ellenőrzési határidejét többszörösen túllépte ellenőrzése során. A Kbt. átmeneti rendelkezésének célja álláspontja szerint nem az, hogy egy teljesülésbe ment szerződést évekkal később vizsgálni lehessen, mely szerinte a jogbiztonságot sérti. Az ajánlatkérő eljárásjogi kifogást is előterjesztett.

13. A kezdeményezés érdeme tekintetében kérte a jogsértés hiányának megállapítását. Hivatkozott arra, hogy a kezdeményezés alapját képező szakértői szakvélemény közbeszerzési eljárásban elő nem írt vizsgálatokra alapozza a szakvéleményét a közbeszerzési eljárás során nem kötelező minősítést tartalmaznak, így arra tényállást nem lehet alapítani. E körben vitatta a kirendelt szakértő szakmai kompetenciáját. Hivatkozott arra, hogy a szakértői megállapítás alapját képező Útügyi Műszaki Előírások jelen kérdés vizsgálatkor nem relevánsak, tekintettel arra, hogy a közbeszerzési dokumentáció erre vonatkozó előírást nem tartalmaz, a helyi közutak tekintetében a figyelembevételük ajánlott és indokolt, de nem kötelező, továbbá azok új út építésére vonatkoznak, míg a tárgyi munka útfelújításra vonatkozott. Előadta továbbá, hogy a szerződés tárgya szerinti felújított úton az elmúlt három évben úthiba nem jelentkezett. A megépített aszfaltburkolat minőségére vonatkozó szakértői megállapítások vonatkozásában rögzítette, hogy a figyelembe vett Útügyi Műszaki Előírások nem kötelezőek, azokat nem írták elő, a vizsgálatok a megvalósítást követő három év elteltével értékelhető eredménnyel nem szolgálhatnak. Ennél fogva a minőségsökkenet tételekkel kapcsolatos kérelmi elemek alaptalanok. Hivatkozott továbbá arra, hogy a kérelmezett átalánydíja szerződés keretében a közbeszerzési eljárásban szereplő útszakaszon nevesített műszaki tartalmat megvalósította, a teljesítést a műszaki ellenőr leigazolta. A hároméves használat alatt úthiba nem jelentkezett, a csapadék-vízvezetés megoldott. Tekintettel arra, hogy a felek nem módosították a közbeszerzési szerződést, így a szerződés módosítási tilalomra alapozott kezdeményezési elemek szintén alaptalanok. Előadta, hogy az elmúlt három évben a felújított utak igénybevétele nagyobb mértékű volt, mint a tervezett, s az, hogy így sem jelentkeztek rajta úthibák a szerződéseszerű teljesítést igazolják. Előadta továbbá, hogy nem volt kötelező minősítési dokumentációt készíteni az átadás-átvételhez, továbbá akkreditált mérések sem kerültek előírásra.

14. Nyilatkozott továbbá, hogy beszerzési igényét a két útszakasz meglévő teherbírásának változtatása nélküli útburkolatfelületének felújítása képezte. Ez azt jelentette, hogy a meglévő – teherbírását veszített összetöredezett, kátyús útfelületek – úthibák meglévő szintben történő javítása után, a deformálódott, nyomvályús útfelületre egy új kopóréteget tervezett építeni, úgy, hogy az új építésű útfelületről a csapadékvíz a szikkasztó árokba folyjék. Tekintettel arra, hogy a meglévő útpálya profiljának javítása volt a cél, így kiegyenlítő aszfalt réteg mennyiséggel külön nem számolt. Előadta továbbá, hogy AC 22 aszfaltból kiegyenlítő aszfalt nem készülhet. Ezen aszfalt legnagyobb szemcsemérete 22 mm, így legalább 6-8 cm vastag réteg szükséges útburkolat kiegyenlítéshez és alapréteg építését elvégezni. Hangsúlyozta továbbá, hogy az ajánlati árat a helyszín ismeretében kellett meghatározniuk az ajánlattevőknek, s az útfelújítási feladatra megkötött szerződés átalánydíjas szerződés. Az utak nagyfelületű javításával, és új ép felületű kopóréteg megvalósult. Hivatkozott továbbá arra is, hogy a műszaki ellenőr a teljesítést elfogadta. Sérelmezte, hogy a kezdeményezés

alapját képező szakértő vizsgálatába független akkreditált laboratóriumot nem vont be, hisz a bevont laboratórium szakértőtől való függetlensége nem áll fenn. Előadta továbbá, hogy a tárgyi útfelújítás 5 cm átlagvastagságú kopóréteg építését írta elő azzal, hogy a meglévő felfagyásos úthibák előzetes javítását is megkövetelte. A kiírás külön kiegyenlítő aszfaltréteggel nem számolt. A szakértő az AC 22 aszfalt helyett beépített 8-10 cm vastagságú mart aszfaltból készített kiegyenlítő réteget nem vette figyelembe. A mart aszfalt kiegyenlítő aszfaltréteg bitumenemulziós zárása, a fúrt minták aljára ragadva észlelhető volt. Rögzítette, hogy az 51-es Búza utca közötti útfelület kb. 20 %-ban tartalmaztak meglévő fagyásos úthibákat. A számított 17.590 m²-es útfelületen ez kb. 3518 m²-es becsült felületet jelent, mely az árazatlan költségvetés 307 m³-es érték az átlag 8-10 cm-es vastagságot vette figyelembe. Az árazatlan költségvetés szerinti tömörített 880 m³-es mennyiség az adott útfelületek és az átlag, tömörítést követően kialakuló vastagság figyelembevételével határozta meg. $(17.590 \text{ m}^2 + 1312 \text{ m}^2) \times ((4,3 \text{ cm} + 5,0 \text{ cm})/2)$. Az árazatlan költségvetés szerinti 2135 fm-es árok profilozási mennyiségi előírás az adott úthosszúság (2620 fm) két oldali árokfelületével számolt, figyelembe véve azt, hogy a teljes hossz 40 %-án lett tervezve helyreállítás $(2620 \text{ fm} \times 2) \times 40,75 \%$. Előadta továbbá, hogy az átalánydíjas szerződés műszaki tartalmában változás nem került foganatosításra, ennek megfelelően nem volt szükséges azt elrendelni.

A kérelmezett D.401/2017. szám alatt folytatott jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatai

15. A kérelmezett elsődlegesen eljárásjogi kifogást terjesztett elő. Előadta továbbá, hogy a felek nem módosították a szerződést. Hivatkozott e körben a közbeszerzési jogszabályok, valamint a 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet formakényszerére, mely szerint kizárólag írásban lehet a közbeszerzési/építési szerződést módosítani. A kezdeményezés alapját képező igazságügyi szakértői szakvélemény álláspontja szerint jogsértő, mert a kirendelő végzés szakkérdést nem tartalmaz, mert a mintavételre nem független akkreditált laboratórium került kirendelésre, továbbá a szakértő kompetenciájába nem tartozó szakkérdés tekintetében adott szakvéleményt. A szakvélemény álláspontja szerint több olyan megállapítást tartalmaz, melyre nem vonatkozik a kirendelés, továbbá a minőségi mérceként meghatározott Ütügyi Előírások jelen útfelújítás kapcsán nem alkalmazandóak, valamint a három év használat után vett mintákból levont következtetések tudományos jellegű információt tartalmazhatnak, azonban a szerződésszerű teljesítésre vonatkozóan értékelhető információval nem bírnak. Álláspontja szerint a szakértői azon megállapítás, mely a 100 %-ig megépített, működő útszakaszt, melyen nem jelentkezett az elmúlt 3 évben semmiféle hiba, 50 %-os selejtnak minősíteni alapvetően ellentmondásos megállapítás. Hiányosnak tartotta szakvéleményt a tekintetben, hogy a szakértő nem vette figyelembe, hogy az alapréteget az AC 22 aszfalttal teljesen egyenértékű mart aszfalttal kiváltotta, s a 8-10 cm vastagságban beépített mart aszfalt egyenérték vastagsága lényegesen meghaladta a tervezett AC 22 aszfalt egy m²-re jutó vastagság értékeit. Hivatkozott továbbá arra, hogy egy átalánydíjas szerződést kötöttek a felek, mely tekintetében a szakértői szakvéleményében árazatlan költségvetés egyes tételeinek meg nem valósulására alapított megállapításai alapvetően tévesek. E körben hivatkozott bírósági gyakorlatra, mely szerint az elmaradt munka nem a költségvetési kiírás egyes tételeitől való mennyiségi eltérést jelenti, s ez alapján a vállalkozó átalánydíja nem csökkenthető. A szerződésszerű teljesítés tekintetében ugyanis kizárólag az elvállalt műszaki tartalom és a megvalósult munkaeredmény aránya vizsgálható. Jelen esetben pedig a szakértő tételes elszámolású vizsgálat eredményeképp hozott megállapításokat.

16. A szakértői megállapításokra vonatkozóan az alábbi észrevételt tette: Az igazságügyi szakértői szakvéleményben rögzített megállapítások vonatkozásában a lista 10. pontjában szereplő AC 22 aszfalt tekintetében hangsúlyozta, hogy kötőréteg építése nem volt szükséges, helyette a műszaki leírás is alapréteget említ. Az AC 22 aszfaltból a régi pálya kiegyenlítése nem volt megoldható, így helyette egyenértékű mart aszfalt került beépítésre. Az AC 22 aszfaltot a nagy kiterjedésű lokális útfelületi hibák kijavításához vett igénybe. A lista 11. pontjában szereplő kopóréteg mennyiségi csökkenése tekintetében előadta, hogy a szerződés 2. pontja földrajzi határszelvényeket rögzített, melyek között a pálya felújítás megvalósult. A ténylegesen leburkolt felületek bizonyos mértékig csökkennek, mert az út széléig nem szabad kivinni az aszfaltréteget. Feltételezte, hogy a szakértő nem vizsgálta az Arany János utcában és a buszmegállóban megvalósult beton szerkezetű útszerkezeteket. A lista 12. pontjában az aszfalt vastagság tekintetében előadta, hogy az AC 11 aszfalt esetén országos közutak esetén is megengedett a 20-60 mm közötti vastagsági érték. Ezen az értékhatáron belül a kivitelezést azonos színvonalúnak kell minősíteni. A szakértői lista 13. pontjában a hézagtartalomra alapított észrevétel vonatkozásában előadta, hogy 3 évvel a gyártást követően a munkák átadáskori minőségének megállapítására alkalmatlan. Az árok profilozás mennyiségi csökkenésére vonatkozó megállapítás tekintetében pedig előadta, hogy a csapadékvíz elvezetés megoldott.

17. A kérelmezett továbbá előadta, hogy a kiírás részleteit megfeleléség és összhang szempontjából nem vizsgálta. A vállalkozási szerződés tárgya világos és egyértelmű volt, ennek figyelembevételével tette fix átalányáras ajánlatát. A szerződés műszaki tartalmának változatlanságára tekintettel változtatási igény és ehhez kapcsolódó írásos megállapodás nem készült. Rögzítette továbbá, hogy eredeti állapot felmérés nem készült. A jogorvoslati eljárás során csatolta a Mélyépítő Labor Kft. által végzett aszfalt minta vizsgálatának jegyzőkönyveit, mely alapján álláspontja szerint megállapítható, hogy AC22-es aszfalt lett beépítve, továbbá az aszfaltvastagság, valamint a burkolati hézag megfelelő, illetve, hogy épített be mart aszfaltot, ezen felül fotódokumentációval bemutatott több olyan helyszínt, ahol az elvégzett árokprofilozási munkálatok betemetésre kerültek az elmúlt években.

A tárgyi szerződés teljesítése során műszaki ellenőri feladatokat ellátó személy D.401/2017. szám alatt folytatott jogorvoslati eljárásban felvett tanúvallomása

18. 2017. szeptember 15. napján tartott tárgyaláson meghallgatott K. GY. tanú tanúvallomása az alábbi releváns tényeket tartalmazta. Előadta, hogy a műszaki ellenőri feladatok elvégzésére a munkaterület átadás-átvétel napján szerződött az ajánlatkérővel. A szerződés pontos műszaki tartalmát nem ismerte, erre vonatkozó dokumentációt az ajánlatkérő nem adott át a részére. Szóban arról tájékoztatták, hogy profiljavítást kell végezni átlag 5 cm-es AC 11 kopóréteggel. A felújítandó útszakaszok rendkívül rossz állapotban voltak a munka megkezdésekor. A teljesítés során két változtatás volt. Az egyik változás, hogy a nyertes ajánlattevőként szerződő féltől a kivitelezés elején egy alapállapot vizsgálat elvégzését kérte, míg a másik változtatás, hogy az AC 22 anyag helyett a vállalkozó a mart aszfaltot használta. Arra vonatkozóan az ajánlatkérőtől szóban megkapta az engedélyt, hogy ez a mart aszfalt felhasználásra kerüljön. E körben hangsúlyozta, hogy szakmai álláspontja szerint a mart aszfalt és az AC 22 burkolatjavítás tekintetében egyenértékűnek számítandó, s e körben előadta, hogy a mart aszfalt egyenérték centimétere kétszer rosszabb, mint az AC 22 aszfalté. AC 22 aszfaltot használtak fel azokon a területeken, ahol az út károsodása oly mértékű volt, hogy egybefüggő nagy kiterjedésű úthibák voltak. Azt nem tudta leellenőrizni, hogy hova építettek be AC 22 aszfaltot és hova mart aszfaltot. A teljesítéskor gyártó művi bizonylat és keverékterv becsatolásra került a részére. Álláspontja szerint az AC 22

kiegyenlítő réteggként nem használható fel, valamint a szerződés műszaki tartalma szerint az AC 22 kizárólag az út hibáinak javítására szolgált. Az utak alapállapota eltérő volt, így egyes részek tekintetében az alapréteg vastagsága eltérő kellett, hogy legyen. Az árazott költségvetésben meghatározott mennyiségi tételeket ő nem vizsgálta. A kérelmezett azonban a szerződésben vállalt feladatait szerződésszerűen teljesítette. Külön mennyiségi megvalósítást nem vizsgált, de tekintettel a szerződés átalánydíjas jellegére ezt nem is kellett. A szerződésben rögzített I. osztályú minőségi paraméter pontosan meghatározva nem volt, akképp ellenőrizte, hogy az útjavítás a funkcióját, beleértve a csapadék levezetést is tökéletesen ellátta, az anyagminőséget műbizonylatok alapján, a vastagságot pedig helyszíni mérésekkel. E körben hivatkozott az ÚT 2.3.302 szabványra, mely 20-60 mm közötti eltérést enged. Előadta továbbá, hogy a kezdeményezés alapját képező szakértői szakvélemény során vett mintavételek a helyszínen járt, s látható volt amint a pályaszerkezeti rétegek szétszakadtak, és a kopóréteg aljában a frissen épített mart aszfalt hozzá volt tapadva. Egyebekben vitatta a szakértői megállapításokat.

A Döntőbizottság és a döntőbizottsági határozat felülvizsgálata tárgyában eljáró bíróságok, a Fővárosi Törvényszék, valamint az Európai Unió Bírósága által hozott, megismételt eljárásban releváns döntések

19. A Döntőbizottság a 2017. október 12-én a D.401/25/2017. szám alatt hozott határozatában megvizsgálta az ügyfelek eljárásjogi kifogásait, és azokat nem tartotta alaposnak, illetve a kezdeményezés második – eredetileg negyedik – eleme tekintetében megállapította a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjának megsértését és a felekkel szemben fejenként 15 millió forint bírságot szabott ki. A kezdeményezésben foglalt eredetileg első két kérelmi elem vonatkozásában rögzítette, hogy az alapelvi jogsértés önálló, külön elemenkénti vizsgálatára nem volt lehetőség, tekintettel arra, hogy a megjelölt tételes jogszabályi rendelkezések tekintetében folytatott a Döntőbizottság eljárást és a kezdeményező a megjelölt tételes jogi előírás körében előadott jogsértésen felül többlettényállási elemet nem hivatkozott. A kezdeményezés második (eredetileg negyedik) eleme tekintetében a Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmezett által nyújtott szolgáltatás a szerződésben rögzítettektől mennyiségileg és minőségileg is eltért, ennek ellenére a felek az átalánydíjat arányosan nem csökkentették, emiatt a gazdasági egyensúly a kérelmezett javára megbomlott, tekintet nélkül az értékcsökkenés pontos mértékére. A felek között ugyanakkor az egyetértés megvolt, amikor a módosított műszaki tartalmat jóváhagyták, ennek megfelelően a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjába ütközően jártak el.

20. A Döntőbizottság a D.401/25/2017. szám alatt hozott határozatában a jelen megismételt jogorvoslati eljárásban is felmerült, jogorvoslati határidő megtartottságát érintő vizsgálata körében az alábbiakat állapította meg:

„[26.] A Döntőbizottság az alkalmazandó jogszabály vonatkozásában az alábbi megállapításokat tette.

A Kbt. 197. § (1) és (2) bekezdése szerint

(1) E törvény 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.

(2) 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 hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja alapján kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalbóli eljárását, így a jogorvoslati eljárásra a (2015. évi) Kbt. rendelkezéseit rendeli alkalmazni.

A Kbt. 197. § (2) bekezdése ugyanakkor a következetes bírósági gyakorlatot is figyelembe véve akként rendelkezik, hogy a szerződésekre vonatkozóan – amennyiben a beszerzés megkezdése 2015. november 1. napját megelőzően történt – a 2011. évi Kbt. rendelkezéseit kell alkalmazni.

Ennek megfelelően anyagi jogi értelemben a 2014. május 30. napján (felhívás megküldésének) napján hatályos (2011. évi) Kbt.-t kell alkalmazni, míg eljárásjogi értelemben a (2015. évi) Kbt. rendelkezéseit.

[27.] Az ajánlatkérő és a kérelmezett eljárásjogi kifogást nyújtott be, melyek tekintetében a Döntőbizottság az alábbi megállapításokat tette.

Az ajánlatkérő és a kérelmezett elsődlegesen elkészttségi kifogást nyújtottak be, melyekkel összefüggésben a Döntőbizottságnak elsődlegesen abban kellett állást foglalnia, hogy a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt jogsértés vonatkozásában mi tekinthető a tudomásszerzés napjának, s jelen ügyben mely eljárásjogi határidők a relevánsak.

A 26. pontban kifejtettek szerint a jelen jogorvoslati eljárásban a Kbt. eljárásjogi rendelkezéseit kell alkalmazni a Kbt. 197. § (1) bekezdése alapján. Ennek következtében nem helytállóan hivatkozott az ajánlatkérő és a kérelmezett a 2011. évi Kbt. szabályaira, ugyanis a hivatalbóli kezdeményező kezdeményezési jogosultsága tekintetében jelen ügyben a Kbt. rendelkezései alkalmazandóak. A Kbt. 152. §-ában meghatározott szubjektív határidő 60 nap, míg az objektív határidő 3 év. [...]

A Döntőbizottság a felek hivatkozásai, és a rendelkezésre álló bizonyítékok együttes mérlegelésével, a fent kifejtettek szerint megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzését megalapozó tényismeret 2017. június 9. napján jutott a kezdeményező tudomására. Ehhez képest a törvény által meghatározott 60 napon belül (2017. augusztus 8.) került kezdeményezésre a jogorvoslati eljárás. A szerződés teljesítésére az objektív 3 éves határidőn belül került sor, így megállapítható, hogy a jogorvoslati kezdeményezés a törvényi objektív és szubjektív határidőn belül került benyújtásra. Ennek megfelelően a felek elkészttségre vonatkozó eljárásjogi kifogásait a Döntőbizottság elutasította.”

21. A Döntőbizottság a D.401/25/2017. szám alatt hozott határozatában a megismételt jogorvoslati eljárás tárgyát képező kezdeményezés második eleme tekintetében az alábbi érdemi megállapításokat tette:

„[31.] Tekintettel arra, hogy a kezdeményezés szerinti jogsértés alapja a szerződés feltételeitől eltérő teljesítés (6. pont), így e körben a kezdeményezés elemenkénti vizsgálatát megelőzően szükséges volt annak vizsgálata, hogy a hivatalbóli kezdeményezésben állított szerződés feltételeitől való eltérés fennáll-e. E körben a Döntőbizottság az alábbiakat rögzíti.

[32.] A 2011. évi Kbt. 48. § (1) bekezdés szerint az ajánlatkérő az eljárást megindító felhívásban vagy a dokumentációban köteles megadni a közbeszerzés tárgyára vonatkozó közbeszerzési műszaki leírást.

A (2) bekezdés szerint a műszaki leírás azoknak a műszaki előírásoknak az összessége, amelyet különösen az ajánlattételhez szükséges dokumentáció tartalmaz, és amelyek

meghatározzák a közbeszerzés tárgya tekintetében megkövetelt jellemzőket, amelyek alapján a közbeszerzés tárgya olyan módon írható le, hogy az megfeleljen az ajánlatkérő által igényelt rendeltetésnek.

A 2011. évi Kbt. 49. § (2) bekezdésének utolsó mondata szerint építési beruházás megvalósítására vonatkozó közbeszerzési eljárásban a megfelelő ajánlattétel, továbbá az ajánlatok érdemi összehasonlítása érdekében az ajánlatkérő köteles a közbeszerzés tárgyára vonatkozó, annak megfelelő árazatlan költségvetést az ajánlattevők rendelkezésére bocsátani.

A 2011. évi Kbt. 124. § (1) bekezdése szerint 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. évi Kbt. 3. § utolsó mondata 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 közbeszerzési eljárásokban az alkalmasság és a kizáró okok igazolásának, valamint a közbeszerzési műszaki leírás meghatározásának módjáról szóló 310/2011. (XII. 23.) Korm. rendelet 28. § (2) bekezdése szerint építési beruházás esetében a közbeszerzési műszaki leírásnak az (1) bekezdésben foglaltak mellett tartalmaznia kell a minőségbiztosításra, a tervezésre és költségekre vonatkozó szabályokat, a munkák vizsgálati, ellenőrzési és átvételi feltételeit, az építési eljárásokat vagy technológiákat, valamint minden olyan egyéb műszaki feltételt, amelyet az ajánlatkérőnek módjában áll általános vagy különös rendelkezésekkel előírni az el készült munka és azon anyagok vagy alkatrészek tekintetében, amelyeket az magában foglal.

A Ptk. 6:34. § -a szerint a szolgáltatást a kötelelem tartalmának megfelelően kell teljesíteni.

A vállalkozói díjjal kapcsolatos egyes kérdésekről szóló XXXII. számú Polgári Elvi Döntés szerint a vállalkozó a szerződésben meghatározott díjért mindazokat a szolgáltatásokat köteles nyújtani, amelyek a szerződés szerű teljesítéshez, a megrendelt mű rendeltetés szerű használatának biztosításához szükségesek.

[33.] A 2011. évi Kbt. és a Ptk. fent hivatkozott rendelkezései együttes értelmezése alapján a feleknek a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, a szerződéstervezet és az ajánlat tartalmának megfelelően kell a szerződést megkötni és azt teljesíteni. Ez ugyanakkor azt is jelenti, hogy a szerződés részévé válnak ezen hivatkozott dokumentumok a nélkül is, hogy arról a felek a szerződésben külön rendelkeznének. Ennek megfelelően egy közbeszerzési szerződés szerződés szerű teljesítését a szerződésben és annak szerves részét képező közbeszerzési dokumentumokban közölt feltételek alapján kell megítélni. E tekintetben pedig alapvető a műszaki leírás, hisz az tartalmazza azon ajánlatkérői elvárást, mely ahhoz szükséges, hogy a szerződés tárgya szerinti szolgáltatás az általa meghatározott rendeltetésnek megfeleljen. Így azzal összefüggésben, hogy a felek a Kbt. 124. § (1) bekezdésében meghatározottak szerint jártak-e el elengedhetetlen, hogy a közbeszerzési dokumentációban, valamint az ajánlatban foglalt feltételeket a Döntőbizottság megvizsgálja, s az így meghatározott műszaki paramétert összevesse a megvalósult teljesítéssel. Fentiek alapján a szerződés teljesítésének vizsgálata körében a műszaki leírás az az alapidokumentum, mellyel a szerződés tárgya leírható, s mely műszaki paramétereknek teljesülését várja el az ajánlatkérő. Alapvetően a 9. pontban részletezett műszaki leírás szerint kellett megvalósítani a szerződést. Az ajánlatkérő a fenti szabályok figyelembevételével árazatlan költségvetést is készített, mely az ajánlat része. Alapvető követelmény, hogy a műszaki leírás és az árazatlan költségvetés összhangban legyen.

[34.] A felek hivatkoztak arra, hogy átalánydíjas szerződést kötöttek, mely során az árazatlan költségvetés egyes elemei nem relevánsak a szerződés szerű teljesítés vonatkozásában. E körben a Döntőbizottság az alábbiakat rögzíti. A vállalkozási szerződésekben a vállalkozói díj

összegét a szerződő felek alapvetően kétféle módon állapíthatják meg. Meghatározhatják a díjat egy összegben, átalánydíj formájában, vagy megállapodhatnak utólagos tételes elszámolásban. Ha a felek a vállalkozói díjat a szerződés megkötésekor végleges jelleggel - a vállalkozó előzetes kalkulációjának eredményeként - egy összegben, átalányáron határozzák meg, a szerződés teljesítését követően a megállapított fix díjtól sem felfelé, sem lefelé nem lehet eltérni. A vállalkozót ilyen esetben megillető díj - a szerződés módosításának minősülő pótmunkavégzés esetétől eltekintve - a szerződésben kikötött díjjal egyezik meg, ezt az összeget a megrendelő az esetleg alacsonyabb költségekre hivatkozással sem csökkentheti, és a vállalkozó sem számíthatja hozzá a díjhoz a többletmunka költségvonzatát. A bírói gyakorlat értelmében (EBH2000. 201., BH2004. 322., BH2004. 249.) átalánydíjas építési szerződés esetében a kikötött díjon felül csak a pótmunkák ellenértéke számolható el. Abban az esetben, ha a vállalkozó nem szerződésszerűen teljesített az elszámolás akként történhet, hogy az elmaradt munkarésszel kapcsolatos díjtételeket az átalánydíjból levonásba kell helyezni, és a vállalkozó az átalánydíj arányos részére tarthat igényt. Miután az átalányáron kötött vállalkozási szerződés jellegzetessége, hogy a vállalkozó az esetleg felmerülő többletmunkák kockázatát magára vállalja, így a többletmunkák ellenértékére utóbb sem tarthat igényt, az átalányáron felül csak a pótmunkák ellenértéke követelhető. Ennek megfelelően a Döntőbizottság álláspontja szerint az árazatlan költségvetésben meghatározott tételek vagy mennyiségi összetevők meg nem valósítása nem vezethet a vállalkozói díj csökkentéséhez csak abban az esetben, ha a közbeszerzési dokumentumokban – különösen a műszaki leírásban – meghatározott műszaki tartalomban rögzített munkaeredmény nem valósult meg. Ugyanakkor nem lehet figyelmen kívül hagyni azt sem, hogy egy közbeszerzési szerződés teljesítését vizsgálja a Döntőbizottság, ezért az árazatlan költségvetésnek abból a szempontból van jelentősége - figyelemmel a 2011. évi Kbt. 49. § (2) bekezdésére -, hogy a megvalósítandó műszaki tartam meghatározásában eligazítást nyújthat, s a Döntőbizottság e körben értelmezte.

[35.] A megvalósult állapot tekintetében a Döntőbizottság a tényállás tisztázási kötelezettsége keretében különösen az építési napló, illetve annak mellékletét képező dokumentumok, részben a műszaki átadás-átvétel dokumentumai, illetve a felek, valamint egyéb gazdasági szereplők nyilatkozatai azok mellékletei, a műszaki ellenőr tanúvallomása, továbbá a hivatalbóli kezdeményező ellenőrzési eljárása keretében a Korm. rendelet rendelkezéseinek megfelelően kirendelt igazságügyi szakértő szakvéleményt vette figyelembe azokat összességükben és külön-külön, azok súlyát is értékelve. A megvalósítandó állapot és a megvalósult állapot vonatkozásában az alábbi megállapításokat tette a Döntőbizottság.

[45.] Az AC 22-es alapréteg kiépítésére vonatkozóan a Döntőbizottság elsőként a műszaki leírást vizsgálta meg, hisz a fentiek alapján a szerint kellett a szerződést teljesíteni. A műszaki leírás szerint az alábbi pályaszerkezeti réteg került előírásra:

„AC 22-es jelű alapréteg készítése, az útfelületen helyenként burkolatpótlás”

Az ajánlatkérő 2017. szeptember 25. napján kelt – beszerzési igényét leíró – nyilatkozatát, valamint a költségvetési kiírás mennyiségi tételét, továbbá a szerződéses feladatok együttes mérlegelésével a szerződéses feladatot aképp értelmezte a Döntőbizottság, hogy a kiírás szerint nem volt szükséges önálló AC 22-es bitumenből készített önálló alapréteget készíteni, hanem az kizárólag a meglévő jelentős úthibák javítására, a kopóréteg alatti réteg kiegyenlítésére került előírásra. Figyelembe vette e körben a Döntőbizottság azt is, hogy amennyiben önálló alapréteg került volna előírásra, akkor az árazatlan költségvetés mennyiségi paramétere tekintetében majd négyszeres mennyiségű bitumen kellett volna. Ennek megfelelően tehát akkor lett volna szerződésszerű a teljesítés, ha a meglévő úthibák javítását AC 22-es jelű bitumennel végzi el a kérelmezett. A szakértői szakvélemény alapján, mely reprezentatív mintavételen alapult, azonban AC 22-es aszfaltnak nyoma sincs a tárgyi útszakaszon. E körben értékelte a Döntőbizottság azt is, hogy a kérelmezett állítását –

miszerint AC 22-es aszfalt felhasználásra került, érdemben nem támasztotta alá. Az építési napló adatait figyelembe vevő szállítólevelek éppen arról tanúskodnak ugyanis, hogy nem került felhasználásra AC 22-es aszfalt. A 2017. október 5. napján kelt nyilatkozata mellékleteként csatolt akkreditált laboratórium által kiállított vizsgálati jegyzőkönyvek pedig állítását nem igazolták, mert bár négy jegyzőkönyv esetében (M/2017/03/4708.9970; 4709.9970;4710.9970;4711.9970) az aszfalt típusaként „AC 22 kötő” került feltüntetésre azonban a szemcse mérete alapján az nem lehet AC 22-es aszfalt. Továbbá a teljesítés során a kérelmezett által benyújtott AC 22 típusvizsgálatban szereplő B=4.1%-os bitumentartalom nincs összhangban a minták bitumentartalmával (5.57;6.02;4,97). E körben megállapítható továbbá, hogy a kérelmezett által benyújtott vizsgálati jegyzőkönyv szerinti bitumentartalom eltér az által épített AC 11-es kopóréteg bitumentartalmáról (annál sokkal magasabb), így megállapítható, hogy azok nem egy időben készültek. E körben figyelembe vette továbbá a Döntőbizottság azt is, hogy maga a kérelmezett is azt nyilatkozta 2017. szeptember 14. napján kelt észrevételének 46. pontjában, hogy „az AC 22 aszfaltból a régi pálya kiegyenlítése nem lett volna megoldható”, kizárólag a lokális nagy kiterjedésű úthibák javítására használtak AC 22-t. Ugyanakkor fenti állítását semmivel nem igazolta. A Döntőbizottság értékelte továbbá a műszaki ellenőr által előadottakat is, mely szerint egy részben ugyan került felhasználásra AC 22 aszfalt, de annak ellenőrzését nem végezte. Ennek megfelelően a Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmezett AC 22-es aszfaltot nem épített be a pályaszerkezetbe, holott ez egyértelmű szerződéses kötelezettsége volt. Saját nyilatkozata szerint mart aszfalttal pótolta ezt, mely állítása szerint egyenértékű. Ugyan a Döntőbizottság rendelkezésére álló bizonyítékok egyike sem igazolja a mart aszfalt jelenlétét, annak ellenére, hogy a kérelmezett 2017. szeptember 25. napi nyilatkozatának 20. pontja szerint 700 m³ mennyiségben került az felhasználásra. Ezen egyenértékűsége vonatkozó állítást a Döntőbizottság nem látta megalapozottnak, hisz a mart aszfalt és az AC 22 jelű kötőréteg nem egyenértékű anyag, mivel a mart aszfalt nehezen tömöríthető szemcsés anyag, régebbi szabvány szerinti a mart aszfalt egy centimétere 1 egyenérték cm-t, míg az AC 22 jelű 1 cm-e 2,2 egyenérték cm-t jelent. Döntőbizottság megállapította, hogy az újabb, jelenleg hatályos szabványok nem tüntetik fel a mart aszfaltot úgy, mint amelyikből önálló réteg építhető lenne, sem útalapként, sem kötőréteggként. A mart aszfalt műszaki tulajdonságai alapján sem felhasználhatóság, sem érték, sem tartósság szempontjából nem tekinthető egyenértékűnek az AC 22-es aszfalttal. A mart aszfalt az útépítés során keletkező veszélyes hulladék. Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a kérelmezett a műszaki leírásban meghatározott műszaki tartalmat fentiek szerint nem valósította meg, a szerződés tartalmától eltért.

[46.] Az AC 11 kopóréteg felületében történő eltérés tekintetében a műszaki leírás egyértelmű iránymutatást ad. 17.590 m² felületen kell útfelújítási munkát végezni. A hivatalbóli kezdeményezés alapját képező igazságügyi szakértői szakvélemény geodéziai felmérése szerint ekkora felületű út felújítása nem történt meg. Az ajánlatkérő és a kérelmezett hivatkozása szerint a felújítás magával hozza a felületi csökkenést, hisz az útpálya széléig nem lehet kivezetni az aszfaltot. Előadták továbbá, hogy a szerződés szerinti útszakaszon teljes egészében elvégezték az útfelújítási munkálatokat, így a mennyiségi eltérésnek az átalánydíjas szerződés alapján nincs jelentősége. A Döntőbizottság nem látta megalapozottnak ezen hivatkozásokat, mert az ajánlatkérő által meghatározott műszaki tartalom 17.590 m²+1.312 m² útfelújításra vonatkozott. Ezen előírást pedig a műszaki leírásban határozta meg. Ezen mennyiségi kritériumot tartalmazza továbbá a szerződés is. Ennek megfelelően nem elfogadható azon kérelmezetti hivatkozás, mely szerint a földrajzi határszelvények között elvégezte a munkát, hisz ezen érveléssel, ha mindössze 2 m szélességű aszfaltcsíkot húzott volna a megjelölt útszakaszokon, akkor – álláspontja szerint – az átalánydíjra akkor is jogosult lett volna. A Döntőbizottság rendelkezésére álló bizonyítékok együttes mérlegelése

alapján megállapította, hogy a kérelmezett a műszaki leírásban meghatározott műszaki tartalmat fentiek szerint nem valósította meg, a szerződés tartalmától eltért.

[47.] Az AC 11 kopóréteg vastagsága tekintetében a műszaki leírás egyértelmű iránymutatást ad. Minimum 5 cm vastagnak kell lennie. Ez a szavak általánosan elfogadott jelentése szerint nem azt jelenti, hogy a kopóréteg vastagságának átlag 5 cm-nek kell lennie, s nem is jelenti azt, hogy a műszaki leírásban nem hivatkozott, s egyébként az ajánlatkérő és a kérelmezett egybehangzó nyilatkozata szerint jelen közbeszerzésre nem alkalmazandó Útügyi Előírás szabályai szerinti 2-6 cm vastagságúnak kell lennie, hanem azt, hogy akkor teljesít szerződésszerűen az I. rendű kérelmezett, ha az aszfalt burkolat vastagsága annak teljes terjedelmében minimum 5 cm. A hivatalbóli kezdeményező kezdeményezése alapját képező igazságügyi szakértői szakvélemény reprezentatív mintavételen alapuló megállapítása szerint a kopóréteg átlagos vastagsága 42 mm. E körben a Döntőbizottság megjegyzi továbbá, hogy a kérelmezett 2017. október 5. napján megküldött nyilatkozata mellékleteként csatolt AC 11 aszfaltra vonatkozó jegyzőkönyvek tanúsága szerint sem érte el a minták nagyobb többségében a minimum 5 cm-es vastagság értéket. E körben a Döntőbizottság figyelembe vette továbbá azt is, hogy a teljesítés óta eltelt három év forgalomterhelése sem szolgálhat indokaként a vastagság érték csökkenésének, hisz ilyen mértékű minőségcsökkenés nem képzelhető el a teljesítménynyilatkozat szerinti aszfalt esetében. E körben értékelte továbbá a műszaki ellenőr építési napló bejegyzését, mely szerint a vastagság ellenőrzését 3 helyen elvégezte, ugyanakkor ezen 3 mérés nem tekinthető – mérés szám alapján - reprezentatívnak, ellenben az akkreditált laboratóriumok által végzett mérésekkel. A Döntőbizottság rendelkezésére álló bizonyítékok együttes mérlegelése alapján megállapította, hogy a kérelmezett a műszaki leírásban meghatározott műszaki tartalmat fentiek szerint nem valósította meg, a szerződés tartalmától eltért.

[48.] Az AC 11 kopóréteg burkolati hézag tekintetében a Döntőbizottság megállapította, hogy erre vonatkozó kifejezett előírást a közbeszerzési dokumentáció közvetlenül nem tartalmaz. A Ptk. 6:123. § (1) bekezdésének c) pontja szerint a szolgáltatásnak a teljesítés időpontjában alkalmasnak kell lennie a rendeltetése szerinti célra, így rendelkeznie kell azzal a minőséggel, és nyújtania kell azt a teljesítményt, amely azonos rendeltetésű szolgáltatásoknál szokásos, és amelyet a jogosult elvárhat, figyelembe véve a kötelezettnek vagy - ha nem a kötelezett állítja elő a szolgáltatás tárgyát - a szolgáltatás előállítójának és ezek képviselőjének a szolgáltatás konkrét tulajdonságaira vonatkozó nyilvános kijelentését. E körben a (3) bekezdés tartalmazza, hogy az (1) bekezdés c) pontjának alkalmazásában a szolgáltatás előállítójának minősül a gyártó, a szolgáltatás importálója és forgalmazója, valamint az a személy is, aki a dolgon nevét, védjegyét vagy egyéb megkülönböztető jelzését feltünteti. A kopó rétegre vonatkozó minőségi követelményt kifejezetten nem tartalmazta a műszaki leírás, azonban azt előírta, hogy 1. osztályú minőségben kell teljesíteni, illetve a beépített aszfalt minőségét teljesítménynyilatkozattal kell igazolni. A réteg hézagtartalmának követelményét az ÚT 2-3.302 Útügyi Műszaki Előírás tartalmazza. Az aszfalt gyártója által kiállított teljesítménynyilatkozat tartalmazza a szabadhézagtartalomra vonatkozó minőségi paramétert. Ennek megfelelően mivel a felek külön nem rendelkeztek ezen minőségi paraméterre vonatkozóan – ellenben a kopóréteg vastagságától – így a Ptk. fent hivatkozott rendelkezései nyomán figyelembe veendőek az útügyi előírás erre vonatkozó rendelkezései, hisz külön támpont nélkül az 1. osztályú minőség sem lenne számonkérhető. Másrészt a kérelmezett maga csatolta a gyártó által a teljesítményre vonatkozó adatot (teljesítménynyilatkozat). A felek e körben érdemi védekezést nem terjesztettek elő, csupán arra hivatkoztak, hogy nem volt figyelembe veendő ezen minőségi kritérium, másrészt pedig 3 év elteltével ezen adatot figyelembe venni nem lehet. Ezen hivatkozást a Döntőbizottság nem látta megalapozottnak, tekintettel arra, hogy 3 év elteltével ezen érték romlása nem megengedett. A Döntőbizottság rendelkezésére álló bizonyítékok együttes mérlegelése alapján megállapította, hogy a

kérelmezett a műszaki leírásban meghatározott műszaki tartalmat fentiek szerint nem valósította meg, a szerződés tartalmától eltért.

[49.] Az árok profilozás tekintetében a szerződés kifejezetten tartalmazta azon mennyiségi előírást, mely a vállalkozó feladata volt. Az árokprofilozásra a műszaki leírás külön előírásokat tesz. A hivatalbóli kezdeményezés mellékletét képező igazságügyi szakértő szakvéleményének elkészítésekor, felmérésen alapuló megállapítása szerint az árokprofilozás nem készült el az előírt mértékben. Az ajánlatkérő és a kérelmezett ezt vitatta, s a szerződés átalánydíjas jellegére, valamint az időközbeni feltöltésekre hivatkozott. Ezen állítás alátámasztásául csatoltak néhány fényképfelvételt. E körben figyelembe vette a Döntőbizottság, hogy a szerződés szerű teljesítést igazoló műszaki ellenőr maga nyilatkozta, hogy a pontos mennyiségi adatokat nem ismerte, így annak alapján adta meg az igazolást, hogy a csapadék elvezetés megoldott volt. A fényképfelvételek önmagukban nem voltak alkalmasak arra, hogy a szakértői felmérésen alapuló megállapítást megcáfolják. E körben jegyzi meg a Döntőbizottság, hogy a szerződéses feladat szerint az árokprofilozás nem az útszakasz teljes hosszában mindkét oldalon volt elvégzendő, így a fotódokumentáció alapján az sem megállapítható, hogy az egyáltalán a szerződéses feladatot képező területen készültek. A Döntőbizottság rendelkezésére álló bizonyítékok együttes mérlegelése alapján megállapította, hogy a kérelmezett a műszaki leírásban meghatározott műszaki tartalmat fentiek szerint nem valósította meg, a szerződés tartalmától eltért.

[50.] Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a fent részletesen kifejtettek szerint a kérelmezett a szerződéses feladatait nem teljeskörűen, nem a szerződött műszaki tartalomnak megfelelően végezte el. A tényállásban rögzített módon ajánlatkérő a fent módosult szerződéses tartalmat átvette, azt szerződés szerűnek ismerte el, s az ellenszolgáltatást annak módosítása nélkül maradéktalanul megfizette. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint ez pedig a felek közötti akarategységet tanúsító szerződés feltételeinek módosításaként értékelendő, hisz a szerződés aláírásakor feltételeket utóbb a teljesítés ideje alatt módosították. E tekintetben a kérelmezettek arra hivatkoztak, hogy írásban nem történt szerződésmódosítás, így az módosítási tilalomra épülő kezdeményezési elemek már csak ezért is alaptalanok.

[51.] A kötelek és azok módosításának létrejöttéhez polgári jogi értelemben a felek közötti egyetértés szükséges a kötelek alapvető feltételeiben. A fent hivatkozottak szerint az egyetértés megvolt, mikor a módosított műszaki tartalmat a felek jóváhagyták. Ennek megfelelően a Döntőbizottság álláspontja szerint a felek a szerződést módosították, függetlenül attól, hogy a formakényszert betartották-e vagy sem, s a 2011. évi Kbt. céljaival ellentétes jogértelmezéshez vezetne, ha pusztán az írásbeliség hiánya miatt nem vizsgálná a kötelek tartalmának módosulása esetén a Kbt. szerződés módosítás korlátaira vonatkozó szabályozást.

[52.] Fentiek előre bocsátásával a hivatalbóli kezdeményezés második eleme tekintetében a Döntőbizottság az alábbi megállapításokat teszi.

[53.] A 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdésének b) pontja szerint 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. A 2011. évi Kbt. 132. § (3) bekezdése szerint az (1) bekezdés b) pontjának alkalmazásában a szerződésben foglalt - amennyiben a felek a szerződésben tartalékkeretet kötöttek ki, akkor a tartalékkeret nélkül számított - eredeti ellenérték 5%-ot meghaladó növekedését minden esetben úgy kell tekinteni, hogy az a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára megváltoztatja.

[54.] A törvényi rendelkezés a szerződésben kikötött – tartalékkeret nélküli – ellenérték 5% alatti ajánlattevő javára történő módosítása esetén lehetővé teszi annak bizonyítását, illetve

kötelezővé annak vizsgálatát, hogy a gazdasági egyensúly nem bomlott meg az ajánlatkérő javára. A gazdasági egyensúly a szolgáltatás ellenszolgáltatás közbeszerzési eljárás keretében rögzült egyensúlya tekintetében ítélt meg. A szolgáltatás minőségének csökkenését, ha nem kíséri az ellenszolgáltatás korrigálása, úgy azt mindenképp akként kell tekinteni, hogy a szerződés gazdasági egyensúlya a nyertes ajánlattevő javára elmozdult. A 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdésének b) pontjában meghatározott gazdasági egyensúly akként ítélt meg, hogy a nyertes ajánlattevő gazdaságilag került-e kedvezőbb helyzetbe. A fent hivatkozottak szerint a szolgáltatás a szerződésben rögzítettektől eltért, méghozzá annak mennyisége és minősége is csökkent. A felek a szolgáltatás-ellenszolgáltatás arányának eképpeni megbomlásának helyreállításáról nem rendelkeztek. Ténykérdés, hogy átalánydíjas szerződésről van szó, azonban a fent részletesen kifejtettek szerint a szerződéses cél, a kérelmezett által elvállalt munkaeredmény nem valósult meg teljeskörűen. Ennek megfelelően az átalánydíjat a feleknek arányosan csökkenteni kellett volna, s tekintettel arra, hogy ezt nem tették meg megállapítható a gazdasági egyensúly megbomlása a kérelmezett felé, hisz nem teljeskörűen elvégzett szolgáltatásért ugyanannyi ellenszolgáltatásban részesült. A hivatalbóli kezdeményezés alapját képező szakértői szakvélemény az értékcsökkenés mértékére is tartalmaz megállapításokat, melyeket azonban a Döntőbizottság külön nem vizsgált, hisz a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdésének b) pontjának megsértése tekintetében a pontos mértéknek nincs jelentősége. A gazdasági egyensúly megbomlott, így a jogsértés fennáll. E körben tehát nem volt szükséges további bizonyítást lefolytatni, hisz – bár a 2011. évi Kbt. 132. § (3) bekezdése az 5 %-os eltérés tekintetében vélelmet állít fel, azonban önmagában a fent rögzítettek alapján megállapítható volt a jogsértés fennállta.”

22. A felek keresete folytán eljáró Fővárosi Törvényszék a 2018. május 28-án a 14K.700.255/2018/31. szám alatt hozott ítéletében a D.401/25/2017. számú határozatot hatályon kívül helyezte, és a Döntőbizottságot új eljárás lefolytatására, új határozat hozatalára kötelezte. A felek a perben vitatták a Döntőbizottságnak a jogorvoslati eljárás során előterjesztett eljárásjogi kifogások tárgyában hozott döntéseit, amelyeket az elsőfokú bíróság helyben hagyott. Az elsőfokú bíróság vizsgálta a felek hatáskör hiányára vonatkozó kereseti érveléseit is és megállapította, hogy a Döntőbizottság a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontja szerinti jogsértés megállapítására úgy jutott el, hogy írásbeli szerződésmódosítás hiányában, szóbeli közös megállapodásra a szerződéstől való eltérést megállapította, és abból következtetett vissza és találta bizonyítottnak azt, hogy az ajánlatkérő hozzájárult ezen eltéréshez. Az elsőfokú ítélet rögzítette, hogy a Döntőbizottság csak akkor járt volna el helyesen, ha a szerződéshez fűződő tényének megállapítása érdekében a Kbt. 159. § (1) bekezdése szerint pert indít és egyúttal az eljárást felfüggeszti. A 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontja által tilalmazott szerződésmódosítás megállapításához ugyanis szükség lett volna arra, hogy a szerződéshez fűződő megállapítására hatáskörrel rendelkező bíróság jogerős ítéletére alapíthassa a határozati megállapítását.

23. A Fővárosi Törvényszék a Döntőbizottság által 2017. december 15-én a D.561/17/2017. számon hozott határozat bírósági felülvizsgálata során 2019. március 28-án a 3.K.700.421/2018/56. számú végzésével az alábbi kérdéseket terjesztette előzetes döntéshozatal céljából az Európai Unió Bírósága (a továbbiakban: EUB) elé, amely tekintetében az eljárás az EUB előtt a C-263/19. szám alatt jelenleg is folyamatban van:

„1) Ellentétes-e az Európai Unió Alapjogi Chartája 41. cikkének (1) bekezdésével és 47. cikkével, a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2014. február 26-i 2014/24/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv (1) (10), (29), (107), (109) és (111) preambulumbekkezdése, 1. cikke (2) bekezdésének, 72. cikkének rendelkezéseivel az olyan nemzeti jogszabály(hely) vagy e jogszabály(hely) olyan értelmezési és alkalmazási

gyakorlata, mely a szerződésmódosításra vonatkozó szabályok feltételezett megsértésével elkövetett közbeszerzés jogtalan mellőzése, valamint a szerződésmódosításra vonatkozó rendelkezések megsértése miatt az ajánlatkérő mellett a vele szerződést kötő ajánlattevő terhére is jogsértést állapít meg a szerződő felek között létrejött kötelmi jogviszonyra tekintettel azon az alapon, hogy a szerződések jogsértő módosításához a felek együttes magatartása szükséges?

2) Az első kérdésre adandó nemleges válasz esetén, ellentétes-e az Európai Unió Alapjogi Chartája 41. cikkének (1) bekezdésére és 47. cikkére, a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2014. február 26-i 2014/24/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv (10), (29), (107), (109) és (111) preambulumbekkezdésének, 1. cikke (2) bekezdésének, 72. cikkének rendelkezéseire figyelemmel a 89/665/EGK és a 92/13/EGK tanácsi irányelvnek a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó jogorvoslati eljárások hatékonyságának javítása tekintetében történő módosításáról szóló 2007. december 11-i 2007/66/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv [\(2\)](#) (19), (20), (21) preambulumbekkezdésével és az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló 1989. december 21-i 89/665/EGK tanácsi irányelv [\(3\)](#), valamint a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásairól szóló közösségi szabályok alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló 1992. február 25-i 92/13/EGK tanácsi irányelv [\(4\)](#) azonos tartalmú 2e. cikkének (2) bekezdésével az olyan nemzeti jogszabály(hely) vagy e jogszabály(hely) olyan értelmezési és alkalmazási gyakorlata, amely lehetővé teszi a közbeszerzés jogtalan mellőzése, valamint a szerződésmódosításra vonatkozó rendelkezések megsértése miatt az ajánlatkérővel szerződést kötő ajánlattevővel szemben is — a szerződés időbeli hatályának a lerövidítését ide nem értve — szankció (bírság) alkalmazását?

3) Amennyiben az első két kérdésre nemleges a válasz, akkor a perbíróság abban a kérdésben is útmutatást vár az Európai Unió Bíróságától, hogy a szankció (bírság) mértékének meghatározáskor elegendő-e a szerződő felek között fennálló szerződéses jogviszony ténye anélkül, hogy a feleknek a szerződés módosításához vezető magatartásának, közrehatásának vizsgálatára sor került volna?”

24. A Döntőbizottság és a felek felülvizsgálati kérelme alapján eljárta Kúria a 2019. november 26-án a Kfv.III.38.151/2018/18. számon hozott ítéletében a Fővárosi Törvényszék 14:K.700.255/2018/31. számú ítéletét – a megismételt eljárásra vonatkozó iránymutatás módosításával – hatályában fenntartotta az alábbi indokolással:

„A felek közötti vita lényege, hogy noha az alperes a felpereseket a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó rendelkezésének megsértésére hivatkozással marasztalta el, de a felperesek álláspontja szerint a határozat indokolása nem ezzel adekvát, az lényegében az I. rendű felperes (kérelmezett) vonatkozásában szerződésszegést tételez, melyet az alperes álláspontja szerint a II. rendű felperes (ajánlatkérő) nem kifogásolt, lényegében tudomásul vett. Ezen álláspontot elfogadva hozta meg az elsőfokú bíróság a döntését, amely azt mondta ki, ha az alperes szerződésszegést feltételez, állít, akkor polgári pert kell indítania, e tényt ugyanis maga hatáskör hiányában nem állapíthatja meg, és különösen nem vonhatja le jogkövetkezményét a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó szabályai alkalmazásával. Tekintettel arra, hogy a felperesek markánsan vitatták, hogy módosították volna a szerződést, az alperesi oldal viszont arra hivatkozott kategorikusan, hogy a tényállás adatai alapján valójában történt szerződésmódosítás, és amit az alperes a határozatában kifejtett az nem szerződésszegésről szólt, tehát nem polgári jogi jogkérdést értékelt az alperes, nem járt el hatáskör hiányában. A Kúriának abban kellett állást foglalnia, hogy a per adatai alapján

megállapítható-e kétséget kizáróan valamelyik álláspont helyessége. Ehhez a Kúria részletesen áttekintette, vizsgálta az alperesi határozatot, mellyel kapcsolatban azt állapította meg, hogy annak részben szerkesztése, részben az indokolásban foglaltak nem kellően részletes koherens levezetést tartalmazó, hanem helyenként csak utaló, illetőleg általános érvelése vezethetett az elsőfokú bíróság azon a következtetésére, hogy az ügyben szerződésszegést értékelt az alperes. A Kúria álláspontja az, hogy az alperesi határozat, - dacára annak, hogy az alperes következetesen kitartott azon álláspontja mellett, hogy nem szerződésszegésről, hanem szerződésmódosítás jogellenességéről döntött -, e vonatkozásban mégsem volt kellően alátámasztott és meggyőző erejű. A Kúria abban a részben osztotta az alperesi álláspontot, mely szerint az elsőfokú bíróság ítélete az eset összes körülményei alapján helytelenül értékelte, hogy az alperes szerződésszegést állapított volna meg a határozatában, amellyel megsértette a saját hatásköre korlátait, illetve, hogy az alperes a szerződésszegésnek a II. rendű felperes általi hallgatólagos elfogadásából következtetett vissza a szerződésmódosításra. A Kúria ezzel az ítéleti megállapítással nem értett egyet, ugyanis osztotta azt az alperesi nézetet, mely szerint az alperes a határozatában kifejezetten szerződésszegést nem rögzített, hanem azt állította, hogy az egyetértés meg volt a felek között, amikor a módosított műszaki tartalmat a felek jóváhagyták. A Kúria ezzel kapcsolatban arra mutat rá, hogy a hivatalbóli kezdeményezés fő kérdése a szerződés eltérő tartalmú teljesítése mögött lévő, a felek közötti akarategység valós megléte volt, amely egy szerződésmódosítást jelent, és amely az indítvány szerint jogellenes volt, mert a felek közötti gazdasági egyensúlyt eltolta, ami a régi Kbt. szabályába ütközött. Az alperesnek erről az indítványozói kérdéstről kellett állást foglalnia, és állást is foglalt, amikor azt mondta ki, hogy valóban szerződésmódosítás volt, mivel az eltérő tartalmat a felek jóváhagyták. Ugyanakkor a Kúria meglátása szerint ezen megállapításnak a konkrét tényekkel, bizonyítékokkal való szükséges alátámasztását nem elégíti ki teljeskörűen az alperesi határozat indokolása, azaz az alperes eljárásában megfelelően alkalmazandó Ket. 72. § (1) bekezdés e) pontjában foglalt valamennyi követelményt. Az alperesi határozatban kétségtelenül megtalálható kategorikus állítást ugyanakkor az indokolási rész – a bizonyítékok koherens rendszeréből levont okszerű következtetéssel – mégsem támasztotta alá maradéktalanul. A Kúria különösen a határozat 51. pontjára utal, amely határozott kijelentést tesz, hogy az egyetértés meg volt, amikor a módosított műszaki tartalmat a felek jóváhagyták, tehát a felek a szerződést módosították, függetlenül attól, hogy a formakényszert betartották-e vagy sem. Pusztán az írásbeliség hiánya miatt nem lehet figyelmen kívül hagyni a kötelelem tartalmának módosulását, amely a Kbt. szerződésmódosítás korlátaira vonatkozó szabályozásba ütközött. Külön is rámutat a Kúria, hogy a határozatban különböző helyeken, így tényállási részben (24. pontban), illetőleg általános megfogalmazásban az indokolásban (35. pontban) fellelhetők indokolási részelemek ebben a körben, azonban a megfelelően egymásra épülő koherens rendszerű érvelés, levezetés hiányos. A Kúria csak utal az alperes felülvizsgálati ellenkérelmére, amely már lényegében célirányosan rámutat, mintegy valamelyest kiegészítve a határozat ezen hiányosságát, hogy az I. rendű felperes iratellenesen, a saját jogorvoslati keresetében tett nyilatkozataival, valamint a vizsgálati jegyzőkönyvvel is ellentétesen nyilatkozik akkor, amikor arra hivatkozik, hogy a műszaki tartalom nem módosult. E körben hivatkozik az alperes a Döntőbizottság eljárásában felvett tanúvallomásról szóló, a jegyzőkönyv 4. oldal 2. bekezdésében lévő tartalomra, mely szerint a szerződés kivitelezése során két változtatás is történt, és arra vonatkozóan az ajánlatkérőtől volt engedély. Kétségtelen tény, hogy erre hivatkozás van a határozatban is, de csupán a tényállási részében, az indokolás súlyponti megalapozásaként erre nem utal a határozat, illetőleg csak általánosságban, ezért a Kúria úgy ítélte meg, hogy a hivatalbóli kezdeményezésnek a szerződésmódosításra vonatkozó felvetése megalapozott és kellően megindokolt érdemi megválaszolása tárgyában az alperesnek új eljárást kell lefolytatnia a közös megegyezéssel történő szerződésmódosítás körében, és amennyiben az alperes

változatlanul fenntartja az álláspontját, azt tényekkel, bizonyítékokkal és okszerű levezetéssel kell alátámasztania. A határozat ezen indokolási, szerkesztési hiányosságai miatt az nem volt oly módon felülvizsgálható, melynek alapján a felek közötti jogvita a véglegesség erejével eldönthető lett volna, különös tekintettel arra, hogy a felülvizsgálati eljárásban semmiféle bizonyításra nincsen mód. Mindezekre tekintettel a Kúria az útmutatás azon módosításával hagyta helyben az elsőfokú ítéletet és kötelezte új eljárás lefolytatására az alperest, hogy a megismételt eljárásban a szükséghez mérten még elvégzett vizsgálat eredményéhez képest, illetőleg a már megállapított tényállás alapján kell az álláspontját a határozatában kifejtenie arra nézve, hogy mire alapozza, hogy a módosított műszaki tartalmat a felek közösen jóváhagyták, tehát az ügyben a Kbt.-be ütköző, a felek közös megegyezésén alapuló jogellenes szerződés módosítás történt. Arra való tekintettel, hogy megismételt eljárásra kerül sor, melynek eredménye nem tudható, így a bírság összecszerúsége kérdésében a Kúria nem foglalt állást, az a megismételt eljárás eredményéhez képest lesz eldönthető. A megismételt eljárást pedig értelemszerűen az alperesi határozat felek által perben vitatott részében arra nézve kell lefolytatni, amire jelen ítélet iránymutatást adott.”

25. A kúriai ítéletben az alábbi iránymutatás is szerepelt:

„Végezetül e körben rámutat a Kúria arra, hogy az eljárás felfüggesztésére irányuló indítványt azért nem fogadta el, mert egyfelől a főtanácsnoki indítvány még nem egy végleges döntés, még nem az EUB ítélete, és a két ügy tényállása sem volt teljesen azonos. Ugyanakkor a Kúria rámutat arra, hogy a főtanácsnoki indítvány kétségtelenül tartalmaz olyan általános, absztrakt elveket, ami hasonló kérdéseket vet fel, mint jelen ügy vitás kérdése. A főtanácsnoki indítvány a magyar Kbt. szabályozási rendszerének ismertetése körében és a bírói kezdeményezésben feltett kérdéskörben elvi jellegű megállapításokat is rögzített. Ilyen megállapítás, hogy: „a jogorvoslati irányelvek, valamint a 2014/24. és 2014/25. irányelv nem kötelezi a tagállamokat arra, és nem is akadályozza meg abban, hogy a közbeszerzési szabályok állítólagos megsértésével szemben hatóságok által hivatalból indított jogorvoslatot vezessenek be. Ugyanakkor, amint ilyen jogorvoslatot bevezettek, és azokat megindították, azok az uniós jog hatálya alá tartoznak.” [75] A főtanácsnoki indítvány szerint „nagyon kivételes körülményektől eltekintve a jogbiztonság uniós elve kizárja a már lejárt határidők újbóli megnyitását.”[83] „Állandó ítélkezési gyakorlat, hogy az eljárási szabályokat általában a hatálybalépéskor folyamatban lévő jogvitákra is alkalmazni kell, ellentétben az anyagi jogi szabályokkal, amelyeket általában úgy értelmeznek, hogy a hatályba lépésük előtt keletkezett helyzetekre nem vonatkoznak. A Bíróság szerint ezen értelmezés biztosítja a jogbiztonság és a bizalomvédelem elvének tiszteletben tartását, amely elvek értelmében az uniós szabályok hatásainak egyértelműeknek és előreláthatónak kell lenniük azok számára, akikre annak hatálya kiterjed.”[85] „Általánosabban az uniós jog általános elvei közé tartozó jogbiztonság elve megköveteli, hogy a jogszabályok egyértelműek, pontosak és hatásukat illetően előreláthatók legyenek, különösen olyankor, amikor a magányszemélyekre és a vállalkozásokra nézve kedvezőtlen következményeik lehetnek, hogy az érdekeltek az uniós joggal kapcsolatos helyzetekben és jogviszonyokban eligazodjanak. A nemzeti jogalkotónak az uniós jogon alapuló jogszabály meghozatala során ugyanezen elvet kell alkalmaznia.”[87] A főtanácsnok véleménye szerint: „nem áll fenn olyan folyamatban lévő jogi helyzet, amelyre új eljárási szabályok alkalmazandók. Ez a valódi visszaható hatály esete. A már lejárt határidőknek új határidőket megállapító új jogszabály elfogadása révén történő újbóli megindításáról van szó.”[90] „A visszaható hatály csak kivételes esetekben lehetséges kizárólag akkor, ha az elérendő cél ezt megköveteli és ha tiszteletben tartják az érintettek jogos elvárását.”[92] Látható tehát, hogy az a markáns különbség a jelen ügy között és az EUB által vizsgált folyamatban lévő ügy között, hogy ott egy határidő (több év eltelté utáni) újraindításáról van szó, a jelenlegi esetben pedig még a nem lejárt, még folyó határidő „menet

közben” történő meghosszabbításáról, majd ezen szabálynak az időközben hatályba lépő új Kbt.-vel való megerősítéséről, az azonos szabályozás fenntartásáról. A főtanácsnoki indítvány tehát konkrét ügyben kifejezetten arra mutat rá, hogy „a jogbiztonság elvével ellentétes az olyan nemzeti rendelkezések alkalmazása, amelyek lehetővé tesznek a közbeszerzési szabályok e rendelkezések hatálybalépése előtti megsértésével kapcsolatosan hivatalból indított jogorvoslati eljárást abban az esetben, ha korábban alkalmazandó nemzeti jogszabályokban előírt határidők már lejártak”. [94] A Kúria előtti jelen perben vizsgált esettől való eltérést mutatja még a főtanácsnoki indítvány [114] pontjában foglalt azon megállapítás is, amely egy precedensként hivatkozott ügygel (ún. Taricco ügygel) kapcsolatban mutatott rá arra, hogy az eltért a tényállását tekintve az EUB előtt éppen folyamatban lévő ügytől, ugyanis abban az ügyben az új jogszabály elfogadásának időpontjában még folytak az elévülési idők. Mindennek figyelembevételére és értékelésére tekintettel a Kúria úgy látta, hogy egyrészt a főtanácsnoki indítvány még nem ítéleti döntés, amely még a végső tartalmát tekintve akár változhat is, másrészt pedig magából a főtanácsnoki indítványból is kitűnik, hogy az EUB előtti ügy nem teljesen azonos tényállású a jelen felülvizsgálati ügygel, melyre tekintettel a Kúria nem tartotta indokoltnak az előtte folyamatban lévő ügyet felfüggeszteni, és bevárni az EUB döntését. Arra azonban utal a Kúria, hogy miután jelen ügyben meghozott ítéleti döntés alapján az alperes a szerződésmódosítás tárgykörében (az alábbiakban részletezendő indokokra tekintettel) új eljárást fog lefolytatni, abban a megismételt eljárásban az alperesnek akár módja lesz már figyelembe venni az addigra esetlegesen megszülető EUB ítélet azon rendelkezéseit, amelyek nem túl távoli absztrakcióval, adott esetben a jelen ügyre is irányadók lehetnek. A főtanácsnoki indítvány ugyanis, amellet, hogy pontosan rögzíti az előtte folyamatban lévő vizsgált ügy tényállását, ami egyértelműen egy újraindított határidőről szól, ugyanakkor elvi megfontolású és tágabb általános értelemben a jelen ügy tényállásához is hasonló helyzetekről is jogi véleményt formál, legalábbis a főtanácsnoki indítvány [91] pontjának lehet egy ilyen olvasata is. E szerint, „ha el kellene ismerni, hogy szokásos körülmények között a jogorvoslatra előírt már lejárt határidők újból megindíthatók, vagy gyakorlatilag újból megállapíthatók, minden egyes alkalommal, amikor általános határidőket tartalmazó új nemzeti rendelkezéseket fogadnak el, ez olyan helyzethez vezet, amelyben a szerződésmódosításokkal szemben gyakorlatilag bármilyen időbeli korlátozás nélkül jogorvoslattal lehetne élni. Ilyen módon a nemzeti jogszabály egyszerűen új határidők megállapítása révén lényegében vég nélkül visszaállíthatná az órát. Ilyen következmény a jogbiztonság elvére tekintettel nyilvánvalóan elfogadhatatlan”.

26. Az EUB 2020. március 26-án a C-496/18. és a C-497/18. sz. egyesített ügyekben az alábbi tartalmú ítéletet (a továbbiakban: EUB ítélet) hozta:

„1) A 89/665/EGK és a 92/13/EGK tanácsi irányelvnek a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó jogorvoslati eljárások hatékonyságának javítása tekintetében történő módosításáról szóló, 2007. december 11-i 2007/66/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (25) és (27) preambulumbekzdését, a 2007/66 irányelvvel módosított, az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló, 1989. december 21-i 89/665/EGK tanácsi irányelv 1. cikkének (1) és (3) bekezdését, a 2007/66 irányelvvel módosított, a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásairól szóló közösségi szabályok alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló, 1992. február 25-i 92/13/EGK tanácsi irányelv 1. cikkének (1) és (3) bekezdését, a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2014. február 26-i 2014/24/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv 83. cikkének (1) és (2) bekezdését, a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatási

ágazatban működő ajánlatkérők beszerzéseiről és a 2004/17/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről [helyesen: a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatások területén a közbeszerzési eljárások összehangolásáról és a 2004/17/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről] szóló, 2014. február 26-i 2014/25/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv 99. cikkének (1) és (2) bekezdését úgy kell értelmezni, hogy azok nem írják elő, és nem is tiltják meg a tagállamok számára azt, hogy olyan szabályozást fogadjanak el, amelynek értelmében valamely nemzeti felügyelő hatóság az Európai Unió pénzügyi érdekeinek védelme céljából hivatalból jogorvoslati eljárást indíthat a közbeszerzésre vonatkozó szabályozás megsértésének a vizsgálata céljából. Amennyiben azonban előírnak ilyen eljárást, az az uniós jog hatálya alá tartozik, mivel az ilyen jogorvoslat tárgyát képező közbeszerzési szerződések a közbeszerzési szerződésekről szóló irányelvek tárgyi hatálya alá tartoznak, és ennél fogva annak tiszteletben kell tartania az uniós jogot, ideértve e jog általános elveit, amelyek közé a jogbiztonság általános elve is tartozik.

2) A jogbiztonság általános elvével ellentétes az, hogy a felügyelő hatóság által az Európai Unió pénzügyi érdekeinek a védelme céljából hivatalból indított jogorvoslati eljárás keretében az új nemzeti szabályozás – a célból, hogy ellenőrizze a közbeszerzési szerződések módosításainak jogszerűségét – előírja, hogy az ilyen eljárást az e szabályozásban rögzített jogvesztő határidőn belül indítsák meg, holott az e módosítások időpontjában alkalmazandó korábbi szabályozásban előírt jogvesztő határidő már lejárt.”

A megismételt jogorvoslati eljárás

27. A Döntőbizottság a megismételt jogorvoslati eljárást a 2020. február 18-án kelt D.48/2/2020. számú végzésével indította meg.

A kezdeményező által a megismételt eljárásban tett nyilatkozatok

28. A kezdeményező ismertette az ügyben hozott bírósági ítéletek tartalmát. Az eljárásjogi kérdések értelmezése mellett kifejtette azon álláspontját, mely szerint a Kúria nem látta kizártnak annak megállapítását, hogy a konkrétan feltárt tényállás alapján az ajánlati kötöttséggel terhelt műszaki tartalomtól eltérő teljesítése a kérelmezett által és annak ajánlatkérő részéről történő elfogadása - a felek tudattartalmára is figyelemmel - szerződésmódosításként legyen értékelhető. A Kúria ítéletéből az következik ugyanis, hogy a Döntőbizottság által lefolytatandó új jogorvoslati eljárás központi kérdése annak tisztázása, hogy a közbeszerzési eljárásban megkötött szerződés módosításra került-e, ennek körében pedig, hogy a szerződés eltérő tartalmú teljesítése mögött a felek közötti akarategység valóban megvolt-e. Álláspontja szerint az előzményi jogorvoslati eljárásban vizsgált dokumentumok és tanúvallomások alapján egyértelműen megállapítható, hogy a szerződésben részes felek az ajánlati kötöttséggel terhelt műszaki tartalomtól eltertek, mégpedig olyan módon, hogy az eltérésről mindkét oldal igazolhatóan tudomással bírt. E vonatkozásban utalt a D.401/25/2017. 13. és 24. pontjában rögzítettekre, amelyet idézett.

29. A kezdeményező továbbá másodlagosan, amennyiben a megismételt eljárásban olyan döntés születne, mely szerint a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontjának a sérelme megállapításának a Ptk. szerződésmódosításra vonatkozó szabályai mellett mégsem lenne helye, kérte az általa a kezdeményezésben e körben ismertett alapvető rendelkezések megsértésének vizsgálatát.

30. A kezdeményező kérdésként vetette fel, hogy az EUB-nak a C-496/18. és C-497/18. számú egyesített ügyekben hozott döntése közvetve – azaz az Európai Unió Alapjogi Chartájának értelmezésére alapított döntése folytán – megtöri/megtörheti-e az Alkotmánybíróság utólagos normakontroll keretében megvalósuló értelmezési monopóliumát, vagyis az EUB döntése leronthatja-e az Alkotmánybíróság autentikus értelmezését? Emlékeztetett rá, hogy a kúriai ítélet maga mutatott rá arra, hogy a jelen ügy tényállása azon ügy tényállásával adekvát, amelyben az Alkotmánybíróság a 3060/2017. (III. 31.) AB határozatában állást foglalt. Ezzel összefüggésben a Kúria kifejezetten és részletesen vizsgálta, értékelte a 3060/2017. (III. 31.) AB határozat és a jelen ügy tényállása közötti minimális – a jogkérdés szempontjából indifferens – különbséget. Másrészt felhívta a figyelmet, hogy a C-496/18. és C-497/18. sz. egyesített ügyek tényállása releváns eltérést mutat a jelen ügy tényállásától, mivel a jelen ügyben a C-496/18. és C-497/18. sz. egyesített ügyek szerinti határidő újra indítására nem került sor.

31. Mindezek mellett, áttekintve az EUB ítélet indokolását, a kezdeményező szerint az nem tartalmaz olyan – a Kúria ítéletében elvi lehetőségként felvázolt – megállapítást, amely nem túl távoli absztrakcióval a jelen ügyre is alkalmazható lenne, elvi megfontolású és tágabb általános értelemben a jelen ügy tényállásához is hasonló helyzetekről is jogi véleményt formálna. Az EUB kifejezetten abból a kiindulópontból végezte el a vizsgálatát, hogy az adott jogsértésre megállapított határidő a tagállami szabályozás szerint egyszer már lejárt, amely lejárt határidő a jogalkotó által újra nyitásra került. Ezt az alaphelyzetet vizsgálta az EUB egyebek mellett a jogbiztonsága és a visszaható hatályú jogalkotás aspektusából. Ennélfogva a kezdeményező szerint az EUB ítéletben foglalt jogértelmezés eleve nem állítható szembe az Alkotmánybíróság 3060/2017. (III. 31.) határozatával, az EUB ítélete az Alkotmánybíróság határozatát nem rontja le. A kezdeményező ugyanakkor hivatkozott az Alkotmánybíróság 2/2019. (III. 5.) számú határozatára, amelynek idézte rendelkező része 2. pontját: „Az Alaptörvény 24. cikk (1) bekezdése alapján az Alaptörvény autentikus értelmezője az Alkotmánybíróság. Az Alkotmánybíróság értelmezését a más szerv által adott értelmezés nem ronthatja le, azt mindenkinek tiszteletben kell tartania. Az Alkotmánybíróság az Alaptörvény értelmezése során tekintettel van az Európai Unió tagsággal együtt járó, valamint a Magyarországot nemzetközi szerződés alapján terhelő kötelezettségekre.” Hivatkozott továbbá arra is, hogy ebben a határozatban az Alkotmánybíróság rögzítette azt is, hogy „[a]z Alkotmánybíróság tudatában van annak, hogy az EUB nézőpontjából az uniós jog, mint független, autonóm jogrend került meghatározásra (Vö. C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585). Az Európai Unió azonban egy olyan, az alapító szerződésekben a tagállamok által meghatározott körben és keretek között önálló jogalkotásra és a saját nevében történő nemzetközi szerződés létrehozására is felhatalmazott jogközösség, amelynek végső alapját ezek a tagállamok által kötött nemzetközi szerződések képezik” (Indokolás [32]). Mint ezen szerződések urai, a tagállamok nemzeti, érvényesülésről szóló aktusai, végső soron a tagállami alkotmány keretei határozzák meg azt, hogy az uniós jog az adott tagállamban mennyiben élvez elsőbbséget a tagállam saját jogával szemben.” Felhívta a figyelmet, hogy ugyanezen határozat [35] és [37] pontjaiban pedig az Alkotmánybíróság a következőket rögzítette:

„[35] Az uniós és a hazai normarendszer egymás mellettisége a legtöbb esetben nem okoz alkotmányossági dilemmát, mivel a két normarendszer közös értékrenden alapszik. Ugyanakkor az eltérő mércék alapján eltérő eredményre juthat az Alkotmánybíróság és az Európai Unió Bírósága a nemzeti normák megfelelősége tekintetében. Minthogy azonban az Alaptörvény Q) cikke és az uniós jogra vonatkozó speciális E) cikke is alkotmányos kötelezettséggé teszi a nemzetközi jognak, illetve az uniós jognak való megfelelést, ebből

következőleg az esetleges kollíziók feloldása az alkotmányos párbeszéd tiszteletben tartása mellett lehetséges.

[37] Ezen túlmenően, nemzetközi, illetve európai uniós vonatkozásban az Alkotmánybíróság emlékeztet arra, hogy az Abh2.-ben az Alkotmánybíróság elkötelezte magát az alkotmányos párbeszéd követelménye mellett (vö. Abh2. Indokolás [33]). Ennek megfelelően a 3198/2018. (VI. 21.) AB végzéssel, a 3199/2018. (VI. 21.) AB végzéssel, a 3200/2018. (VI. 21.) AB végzéssel és a 3220/2018. (VII. 2.) AB végzéssel az Alkotmánybíróság több eljárást is felfüggesztett „az európai jog lehetőség szerinti érvényesülését szem előtt tartva.” Enélkül ugyanis nem teljesülhet az Abh2.-ben megfogalmazott, „az egyenjogúság és kollegialitás alapelvein nyugvó, egymás kölcsönös tisztelete mellett folytatott együttműködés” (Abh2. Indokolás [63]) feltétele, amelyből az következik, hogy az eljáró bírói fórumoknak figyelembe kell venniük egymás autentikus értelmezését. Vélelmezhető ugyanis, hogy mind az uniós jog, mind az Alaptörvényen alapuló nemzeti jogrendszer az E) cikk (1) bekezdésében megfogalmazott célokat hivatottak megvalósítani. Erre tekintettel az „európai egység megteremtése”, az integráció nem csupán politikai szervek számára jelöl ki célt, hanem a bíróságok és az Alkotmánybíróság számára is, amelynek az „európai egységből” a jogrendszerek harmóniája és koherenciája következik alkotmányos célként. Ezek elérése érdekében a jogszabályokat és az Alaptörvényt – amennyiben ez lehetséges – úgy kell értelmezni, hogy a normatartalom az Európai Unió jogával is összhangban álljon.”

32. A kezdeményező álláspontja szerint a fentiekből továbbá az is következik, hogy a tagállami alkotmány keretei határozzák meg azt is, hogy az EUB döntésében foglalt, a Chartából levezett jogértelmezés Magyarországon mennyiben élvez elsőbbséget az Alkotmánybíróságnak az Alaptörvényből levezetett értelmezésével szemben. Ezzel ellentétes értelmezés sértené az Alaptörvény E) cikk (2) bekezdésében foglalt azon követelményt, hogy a hatáskörtranszfer nem sértheti Magyarország állami berendezkedésére vonatkozó elidegeníthetetlen rendelkezési jogát. Márpedig – miként a 2/2019. (III. 5.) AB határozat rögzíti – az Alaptörvény 24. cikk (1) bekezdése alapján az Alaptörvény autentikus értelmezője az Alkotmánybíróság. Az Alkotmánybíróság értelmezését a más szerv által adott értelmezés nem ronthatja le, azt mindenkinek tiszteletben kell tartania. A kezdeményezés határidőben történő benyújtása tekintetében a Döntőbizottságnak az Alkotmánybíróság 3060/2017. (III. 31.) határozatával összhangban, azt tiszteletben tartva kell állást foglalnia.

33. Nem vitatta ugyanakkor a kezdeményező, hogy az EUB előtt folytatott C-263/19. számú ügyben eldöntendő jogkérdés a kérelmezett jogsértő szerződés módosításért való felelősségének megállapíthatósága és szankcionálhatósága (bírságolás).

34. Az ügy érdemét érintően felhívta a figyelmet, hogy a kérelmezett maga is elismerte a jogorvoslati eljárás során, hogy a Kúria ítélete alapján nem szerződésszegés, nem hibás teljesítés a megismételt eljárás tárgya. Ennélfogva álláspontja szerint a megismételt eljárásban kifejezetten a szerződés módosítás kérdésében hatáskörrelvonás problematikája sem merülhet majd fel. Vitatta a kérelmezett megismételt eljárás tárgyára vonatkozó álláspontját: a Kúria elsődlegesen határozatszerkesztési és indokolásbéli okokból tartotta szükségesnek a megismételt eljárás lefolytatását. A Kbt.-be ütköző szerződés módosítás megállapításához a kezdeményező álláspontja szerint elegendő annak okszerű bemutatása, hogy a szerződésben részes mindkét fél tudott az eredeti szerződésben kikötött műszaki tartalomtól való eltérésről, mi több, azt nem csupán hallgatólagosan tudomásul vették, hanem ahhoz az ajánlatkérő hozzájárulását adta, amelyet a kérelmezett elfogadott, illetve élt az ajánlatkérői hozzájárulás adta lehetőséggel. A kezdeményező vitatta a kérelmezetti észrevétel azon részét, amelyben a Ptk. előírására alapítottnan különbséget tesz a szerződésszerűség és a szerződés módosítás

között, kiemelve, hogy a szavatossági jellegű hibák semmilyen joglogikai vagy tételes jogi alapon nem minősülhetnek szerződésmódosításnak. Ez az okfejtés téves. Jelen esetben az eredeti, ajánlati kötöttséggel terhelt műszaki tartalomtól a felek kölcsönös egyetértésén, annak kölcsönös elfogadásán alapuló eltérésről van szó, amely kizárja az eltérés utóbb szavatossági jellegű hibaként történő beállítását, minősítését, értékelését. Kérelmezett, mint nyertes ajánlattevő indítványára az ajánlatkérő által elfogadott alapanyagcsere (AC 22-es aszfalt pótlása, cseréje mart aszfalttal) szavatossági jellegű kifogásként – a hozzájárulás birtokában – nem értékelhető. A kezdeményező a kérelmezetti észrevétel azon részét is vitatta, ahol arra hivatkozik, hogy a műszaki ellenőr a szerződés teljesítésekor a vonatkozó jogszabályi rendelkezéseknek és gyakorlatnak megfelelően járt el és elfogadta a teljesítést. Ezzel kapcsolatban felhívta a figyelmet, hogy az ajánlatkérő műszaki ellenőre a teljesítést anélkül ellenőrizte és fogadta el, hogy konkrétan megismerte volna az ajánlati kötöttséggel terhelt műszaki tartalmat.

35. A kezdeményező nem értett egyet a kérelmezett azon indítványával, mely szerint az ajánlatkérő és a közte folyamatban lévő polgári perre tekintettel a megismételt eljárás felfüggesztésének lehet helye. A polgári per bíróságának szükséges bevéárnia, hogy a Döntőbizottság előtt folyó eljárásban jogerősen eldőljön, hogy a felek magatartása közbeszerzési jogi szempontból közbeszerzési jogsértést eredményezte-e. A jelen megismételt jogorvoslati eljárásnak nem előkérdése a kérelmezett által hivatkozott polgári per, hanem éppen fordítva.

36. A kezdeményező szerint a kérelmezett költségigénye mind a megtett nyilatkozatok vonatkozásában beállított munkaórák száma (35 munkaóra), mind a megjelölt összeg mértéke (3500 Euró) okán eltúlzott. A megismételt eljárás egy szűk, jól behatárolható jogkérdésben folyik, amely vonatkozásait a kérelmezett jogi képviselője már az előzményi eljárásban is ellátott jogi képviselője okán szükségszerűen kell, hogy ismerjen. A megismételt eljárásban megtett nyilatkozatok érdemi novumot nem tartalmaznak, számos esetben az előzményi peres eljárás ítéleti indokolásainak szó szerinti beidézésére szorítkozik, speciális további jogi kutatómunkát igénylő jogkérdés sem merült fel. Mindemellett a beállított 35 munkaóra nem került megbontásra a konkrétan elvégzett egyes jogi feladatokra fordított munkaidőre nézve. A kezdeményező emlékeztetett arra is, hogy a Kúria az ítéletében a teljes I. fokú eljárásban felmerült kérelmezetti perköltséget – annak duplájára emelése mellett is – 500.000.-Ft-ban látta megállapíthatónak 50 munkaóra alapulvételével, amely per az elbírálandó jogkérdésekre tekintettel még lényegesen tágabb körben folyt, ennek keretében a Fővárosi Törvényszék három alkalommal tartott tárgyalást, és írásban is számos peres nyilatkozat megtételére sor került.

Az ajánlatkérő által a megismételt eljárásban tett nyilatkozatok

37. Hivatkozott rá, hogy a kúriai ítélet rámutatott az EUB előtt folyamatban lévő C–496/18. és C–497/18. egyesített ügyekben várható döntés jelentőségére, amelynek eredményét kérte figyelembe venni. Egyebekben fenntartotta azon alapeljárásban is kifejtett álláspontját, hogy a kezdeményezés a 2011. évi Kbt. 140. § (2) bekezdés a) pontjában foglaltakra tekintettel elkésett. Az EUB ítélet elvi éllel – és nem csak az adott ügyre vonatkozóan – állapítja meg, hogy „a jogbiztonság általános elvével ellentétes az, ha valamely nemzeti szabályozás módosításai lehetővé teszik a nemzeti felügyelő hatóság számára, hogy jogorvoslati eljárást indítson, holott az e módosítások időpontjában alkalmazandó korábbi szabályozásban előírt jogvesztő határidő már lejárt.” Tekintettel arra, hogy a jogbiztonság elvét az uniós jog értelmében valamennyi nemzeti hatóságnak tiszteletben kell tartania, és az

uniós joggal való összeegyeztethetetlen a jogbiztonság általános uniós jogi alapelvét sértő jogorvoslati eljárás, a jogorvoslati eljárást a kezdeményezés elkésztése okán álláspontja szerint meg kell szüntetni.

38. Álláspontja szerint a megismételt eljárásban a Döntőbizottságnak arra nézve kell bizonyítást lefolytatni, hogy a felek közötti akarategység valóban megvolt-e. A kezdeményező által csatolt szakértői véleménnyel összefüggésben rögzítette, hogy az nem a szerződésmódosítás tényét, hanem – az egyébként valótlán – szavatossági jellegű hibák meglétét igyekszik alátámasztani. A szerződésszerűség és a szerződésmódosítás egymástól világosan elkülönülő, teljesen eltérő ténybeli és jogi értékelést igénylő jogintézmények. Szavatossági jellegű hibák semmilyen logikai vagy tételes jogi alapon nem minősülhetnek szerződésmódosításnak. A jogszabályi előírásoknak, az általános kivitelezési gyakorlatnak megfelelően lebonyolított műszaki átadás-átvételi eljárásra tekintettel és bármilyen hibajelenség felmerülésének hiányában kizárt, hogy az ajánlattevő és az ajánlatkérő szándékosan és tudatosan eltérő teljesítést adott volna át/fogadott volna el bármilyen kifogás emelése nélkül. Hangsúlyozta, hogy a közbeszerzési eljárás eredményeként kötött szerződés egyösszegű átalányáras szerződés volt, a közbeszerzési műszaki leírásban szereplő útszakaszokon nevesített műszaki tartalom megvalósult. A megvalósulással kapcsolatban többletmunka – beleértve az esetlegesen kevesebb munkavégzéssel járó megvalósítást is – nem számítható fel. A közbeszerzés eljárás alapján megkötött szerződés teljesítése során pótmunka igény nem jelentkezett és nem valósult meg. A felek között megkötött vállalkozási szerződés nem került módosításra. A felújított útszakaszon folyamatos és zavartalan forgalom zajlik, az útszakaszok kátyú- és sérülésmentesek, rendeltetésszerű használatra alkalmasak. Kérte a jogsértés hiányának a megállapítását.

A kérelmezett által a megismételt eljárásban tett nyilatkozatok

39. A kérelmezett rögzítette, hogy a megismételt jogorvoslati tárgya álláspontja szerint kizárólag a kezdeményezés (eredetileg negyedik) második eleme, mert az eljárási bíróságok e körben utasították új eljárásra a Döntőbizottságot. Fenntartotta az alapeljárásban és az előzményi perben kifejtett azon álláspontját, mely szerint az egy éves objektív jogvesztő határidő leteltére tekintettel a jogorvoslati eljárást meg kell szüntetni. A 2011. évi Kbt. 140. § (2) bekezdés a) pontja értelmében a Közbeszerzési Hatóság Elnöke a jogsértésről való tudomásszerzéstől számított 60 napon belül, de legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított egy éven belül kezdeményezheti a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalbóli eljárását. Megállapítható, hogy a jogorvoslat tárgyát képező közbeszerzési eljárás megindításakor irányadó jogszabályi környezet alapján a Közbeszerzési Hatóság Elnöke a jogsértés megtörténtétől számított egy éves objektív jogvesztő határidőn belül volt jogosult arra, hogy a szerződés teljesítésével a közbeszerzési törvényben meghatározott rendelkezések megsértése miatt hivatalból jogorvoslati eljárást kezdeményezhessen. A kezdeményezés maga is rögzíti, hogy a feltételezett jogsértések megtörténtének időpontja 2014. szeptember 2. napja, ezért a Közbeszerzési Hatóság Elnöke részéről történő kezdeményezésre nyitva álló egy éves jogvesztő határidő 2015. szeptember 2-án lejárt. A kezdeményezés ehhez képest 2017. augusztus 8. napján, elkésztetten került benyújtásra. Hivatkozott rá, hogy a Kúria azért nem osztotta ezen kérelmezetti álláspontot, mert a közigazgatási per tárgyát már csak a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontja sérelme, tehát régi Kbt. szerződésmódosítási szabályozása képezte, így e tekintetben „csak meghosszabbodott” a jogorvoslati kezdeményezés ideje 1 évről, 3 évre, mely az Alkotmánybíróság vonatkozó (3060/2017. (III. 31.) szám alatt hozott határozata szerint elfogadható.

40. Hivatkozott ugyanakkor arra, hogy az EUB előtt a C-496/18., C-497/18. számú egyesített ügyekben ítéleti döntés született. Az EUB ítélet egyértelműen és kétséget kizáróan alátámasztja azon álláspontját, hogy az 1 (egy) éves objektív jogvesztő határidő letelte miatt olyan eljárásjogi akadály áll fenn, mely miatt a jogorvoslati eljárást meg kell szüntetni. A kúriai ítélet [59] pontjában is hangsúlyozta, hogy az EUB ítéletét jelen ügyben figyelembe kell venni, amelytől érdemi tényállásbeli különbség miatt eltekinteni nem lehet. A kezdeményezés benyújtására a 2015. év Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja és a Kbt. 197. § (1) és (2) bekezdése alapján került sor. Az EUB azt vizsgálta, hogy a 2003. évi Kbt. jogvesztő jogorvoslati szabályaihoz képest elfogadható-e a 2015. évi Kbt. 197. § (1) bekezdése átmeneti rendelkezése, mely egyebek mellett a 2015. évi Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja tekintetében is azt mondta ki, hogy alkalmazni kell e törvény hatályba lépését megelőzően megkezdett közbeszerzési eljárásokra, szerződések módosításának és teljesítésének ellenőrzésére és az ezekkel összefüggő jogorvoslati eljárásokra. Az EUB ítélet a 84-87. pontok alatt egyértelműen azt rögzíti, hogy a tagállamok a nemzeti felügyelő hatóságok számára hivatalból indított jogorvoslati lehetőség biztosítása, azzal a feltétellel áll fenn, hogy a „hivatalból indított jogorvoslati eljárásnak tiszteletben kell tartania az uniós jogot, ideértve e jog általános elveit, amelyek közé a jogbiztonság általános elve is tartozik.” (86. pont). Az ítélet alapjául szolgáló ügyek jelen ügy szempontjából releváns kérdése, tárgya az volt, hogy mit jelent a jogbiztonság. Az EUB ítélet 93. pontja rögzíti, hogy „a jogbiztonság elve többek között megköveteli, hogy a jogszabályok egyértelműek, pontosak és hatásaikat illetően előre láthatók legyenek, különösen olyankor, amikor a magánszemélyekre és vállalkozásokra nézve kedvezőtlen következményeik lehetnek (2008. július 17-i ASM Brescia ítélet, C-347/06, EU:C:2008:416, 69. pont; 2015. december 17-i X-Steuerberatungsgesellschaft ítélet, C-342/14, EU:C:2015:827, 59. pont).” Az ítéletében foglaltak közül – az eddigieken túl – különösen az alábbi pontok kiemelése indokolt jelen megismételt jogorvoslati eljárás tárgya vonatkozásában: [94]-[100].

„[94] Fontos továbbá emlékeztetni arra, hogy jóllehet a jogbiztonság elvével ellentétes valamely szabályozás visszaható hatállyal, vagyis a szabályozás hatálybalépése előtti helyzetre történő alkalmazása, azon kedvező vagy kedvezőtlen hatásoktól függetlenül, amelyet az ilyen alkalmazás kelthet az érdekelt tekintetében, ugyanezen elv megköveteli, hogy egy ténybeli helyzetet szokásosan és kifejezett ellentétes rendelkezés hiányában a megvalósulásakor hatályos jogszabályok fényében vizsgáljanak meg, ugyanis az új szabályozás csak a jövőre nézve érvényes, és eltérő rendelkezés hiányában azt a régi törvény hatálya alatt kialakult helyzeteknek a jövőbeni hatásaira is alkalmazni kell (lásd ebben az értelemben: 2015. szeptember 3-i A2A ítélet, C-89/14, EU:C:2015:537, 37. pont; 2016. május 26-i Județul Neamț és Județul Bacău ítélet, C-260/14 és C-261/14, EU:C:2016:360, 55. pont). [95] Ezenkívül, ami kimondottan a jogvesztő határidőket illeti, a Bíróság ítélkezési gyakorlatából kitűnik, hogy a jogbiztonság garantálásához kapcsolódó rendeltetésüknek a megvalósítása érdekében azokat előre meg kell határozni (lásd ebben az értelemben: 1970. július 15-i ACF Chemiefarma kontra Bizottság ítélet, 41/69, EU:C:1970:71, 19. pont; 2011. május 5-i Ze Fu Fleischhandel és Vion Trading ítélet, C-201/10 és C-202/10, EU:C:2011:282, 52. pont), és azoknak kellően előreláthatónak kell lenniük (lásd ebben az értelemben: 2011. május 5-i Ze Fu Fleischhandel és Vion Trading ítélet, C-201/10 és C-202/10, EU:C:2011:282, 34. pont; 2014. szeptember 17-i Cruz & Companhia ítélet, C-341/13, EU:C:2014:2230, 58. pont).

[96] A jelen ügyben a Bíróság rendelkezésére álló iratokból kitűnik, hogy azon időpontokra tekintettel, amikor az alapügyben szóban forgó közbeszerzési szerződések módosításai bekövetkeztek, a 2003. évi közbeszerzési törvény 327. §-a (2) bekezdésének a) pontja volt alkalmazandó. Márpedig az e rendelkezés alapján a Közbeszerzési Tanács elnöke számára arra nyitva álló határidő, hogy e módosításokkal szemben hivatalból eljárást indítson

a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt, a 2015. évi közbeszerzési törvény hatálybalépésének időpontjában már több éve lejárt, amit azonban a kérdést előterjesztő bíróságnak kell vizsgálnia.

[97] Így a 2015. évi közbeszerzési törvény 197. §-ának (1) bekezdése azáltal, hogy lehetővé teszi az eljárások hivatalból történő megindítását a közbeszerzési szerződések azon módosításaival szemben, amelyek esetében a jogvesztő határidők a 2003. évi közbeszerzési törvény e módosításokra alkalmazandó releváns rendelkezései alapján lejártak, nem a folyamatban lévő jogi helyzetek szabályozására irányul, hanem visszaható hatályú rendelkezésnek minősül.

[98] Amint ugyanis a Budapesti Közlekedési Zrt. és a Bizottság hangsúlyozta, e szabályozás engedélyezi az ilyen eljárás megindítására hatáskörrel rendelkező hatóság számára, hogy újból megindítsa a jogvesztő határidőket, noha ezen eljárást a korábbi szabályozás hatálya alatt vezették be.

[99] Kétségtelen, hogy az uniós jog kivételesen elismeri, hogy valamely jogi aktus visszaható hatállyal bírhat, ha az elérendő cél ezt megköveteli, és ha megfelelően tiszteletben tartják az érintettek jogos bizalmát (lásd ebben az értelemben: 2004. július 15-i Gerekens és Procola ítélet, C-459/02, EU:C:2004:454, 24. pont).

[100] Mindazonáltal a bizalomvédelem elvével ellentétes az, ha valamely nemzeti szabályozás módosításai lehetővé teszik a nemzeti felügyelő hatóság számára, hogy jogorvoslati eljárást indítson, holott az e módosítások időpontjában alkalmazandó korábbi szabályozásban előírt jogvesztő határidő már lejárt.

[101] Végül a jelen ítélet 90–100. pontjában szereplő megfontolásokat nem kérdőjelezheti meg az, hogy a 2015. évi közbeszerzési törvény célja az Unió pénzügyi érdekei védelmének a biztosítása a közbeszerzések területén, valamint a korábbi szabályozás alkalmazásából eredő jogi, technikai vagy szervezeti hiányosságok kiküszöbölése.”

Az EUB megállapította az ítéletben [102.] pontjában, hogy „a jogbiztonság általános elvével ellentétes az, hogy a felügyelő hatóság által az Unió pénzügyi érdekeinek a védelme céljából hivatalból indított jogorvoslati eljárás keretében az új nemzeti szabályozás – a célból, hogy ellenőrizzék a közbeszerzési szerződések módosításainak jogszerűségét – előírja, hogy az ilyen eljárást az e szabályozásban rögzített jogvesztő határidőn belül indítsák meg, holott az e módosítások időpontjában alkalmazandó korábbi szabályozásban előírt jogvesztő határidő már lejárt.”

41. A kérelmezett szerint az EUB jogi álláspontja egyértelmű, relevanciája pedig közvetlen, és a Kúria ítélete [59.] pontjával összhangban az idézett rendelkezéseinek figyelembevétele nem igényel „túl távoli absztrakciót”. Az EUB ítélet a kezdeményezés jogalapját képező Kbt. 197. § (1) bekezdése azon fordulatát, amely nem a jövőre, hanem az ennek hatályba lépése előtti időszakra visszamenőleg tette lehetővé jogorvoslat indítását, a jogvesztő jogorvoslati határidők módosítását tekinti összeegyeztethetetlennek a jogbiztonság alapelvével. Kiemelendő, hogy az EUB okszerűen, a jogbiztonság követelményének megfelelően, nem a határidő újra indítására, hanem az eredetileg irányadó jogvesztő határidő módosítására helyezte a hangsúlyt. Ez egyben cáfolja a kezdeményező eltérő tényállásra vonatkozó hivatkozását. A kérelmezett emlékeztetett arra is, hogy a 2011. évi Kbt. 180. § (2) bekezdése értelmében rendelkezéseit a hatályba lépése 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 2011. évi Kbt. 180. § (1) bekezdése kimondta, hogy 2011. augusztus 2. napján lép hatályba, a 180. § (2) bekezdésében meghatározott rendelkezései pedig 2012. január 1. napján lépnek hatályba. A vállalkezési szerződés megkötésének időpontjában (lásd. 2014. július 2.) és a szerződés teljesítésének

időpontjában (lásd 2014. szeptember 2.) hatályos 2011. évi Kbt. 140. § (2) bekezdés a) pontja értelmében a Közbeszerzési Hatóság Elnöke legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított 1 (egy) éves objektív jogvesztő határidőn belül kezdeményezhette volna a jogbiztonság elvének megfelelően a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalbóli eljárását. Miután ez nem történt meg, ezért a jogbiztonság követelményének megfelelően jogszerűen erre később nem kerülhet sor.

42. Álláspontja szerint a jogbiztonság követelménye olyan egyetemes közösségi alapelv, mely a társult tagállamok és szerveik számára, a megkötött alapszerződésekből kifolyóan, de különösen, ha azt az EUB kifejezetten megerősíti, be kell tartani. Rögzítette, hogy a magyar bírói joggyakorlat is következetesen érvényesíti az uniós jog primátusának, közvetlen hatályának elvét, mely szerint az uniós jog primátusának elvéből fakadóan félre kell tenni az uniós jogba ütköző magyar jogszabályi rendelkezéseket. Az uniós jogot megsértő szabályt az uniós jog megsértése miatt nem lehet alkalmazni.

43. Mindez tehát ez azt jelenti, hogy a Döntőbizottság sem alkalmazhatja az uniós jogba ütköző magyar jogszabályt és a szerződés módosításával a közbeszerzési törvényben meghatározott rendelkezések megsértése miatt hivatalból indítható jogorvoslati eljárás kezdeményezésére az 1 (egy) éves jogvesztő határidő az irányadó. Mindebből pedig az következik, hogy a jogorvoslati (megismételt jogorvoslati) eljárást elkésettség okán meg kell szüntetni. E körben utalt az EUB 6/64 Costa kontra ENEL és Simmenthall II ügyekben hozott döntésekre, amelyek világosan rögzítették a közösségi jog elsőbbségének elvét. Hivatkozott továbbá az EUB C-8/88. számú eseti döntésére is, amely alapján a tagállamok minden szerve – legyen az központi, állami vagy más szerve – köteles a hatáskörén belül biztosítani a közösségi jog rendelkezéseinek betartását. Az EUB egyértelműen rögzítette, hogy a közbeszerzési szerződésmódosításokkal szemben nem lehet időbeli korlátozás nélkül jogorvoslattal élni, tehát a magyar jogalkotó a nemzeti jogszabályok módosításával/módosításaival nem állapíthat meg egyszerűen új határidőket visszaható hatállyal, ugyanis ez a jogbiztonság általános elvével ellentétes. Az EUB előzetes döntéshozatali eljárásban hozott döntései általános érvényűek és azok nem csupán abban az adott ügyben alkalmazandók, amely adott ügy kapcsán konkrétan az előzetes döntéshozatali eljárás kezdeményezésre került.

44. A megismételt eljárásban is fenntartotta tehát, hogy a jogorvoslat tárgyát képező közbeszerzési eljárás megindításakor irányadó jogszabályi környezet alapján a kezdeményező a jogsértés megtörténtétől számított 1 (egy) éves objektív jogvesztő határidőn belül volt jogosult arra, – tekintettel a 2011. évi Kbt. 140. § (2) bekezdés a) pontjában, valamint a 2011. évi Kbt. 141. § (1)-(2) bekezdésében foglaltakra, – hogy a szerződés teljesítésével a közbeszerzési törvényben meghatározott rendelkezések megsértése miatt hivatalból jogorvoslati eljárást kezdeményezhessen.

45. Hivatkozott továbbá arra, hogy egy konkrét ügyben a Fővárosi Törvényszék előzetes döntéshozatali kezdeményezésében azt kérdezte az EUB-tól, hogy a 2014/24/EU számú irányelvvel, illetve az Európai Unió Alapjogi Chartájával összhangban fenntartható-e olyan nemzeti szabályozás vagy gyakorlat, amely a közbeszerzési szerződés módosítására vonatkozó szabályok megsértése miatt az ajánlatkérő mellett az ajánlattevő jogsértését is megállapítja, és a jogsértésért vele szemben is bírságot szab ki. A magyar bíróság arra is kíváncsi, hogy amennyiben a jelen ügy körülményei között az ajánlattevővel szemben is kiszabható bírság, úgy annak összegének meghatározásakor figyelembe kell-e venni a felek a jogsértésben való közrehatásának mértékét. Az előzetes jogkérdés súlyára tekintettel indítványozta a megismételt jogorvoslati eljárás felfüggesztését.

46. Az ügy érdemét érintően kérte a jogsértés hiányának a megállapítását. A 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontja egy konkrét szerződésmódosítási tilalmat állapít meg, a jogszabály nem ad külön fogalom-meghatározást a szerződésmódosításra, a 2011. évi Kbt. 3. §-a alapján ugyanakkor a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni. Idézte a Ptk. 6:191. §-át, továbbá előadta, hogy a kúriai ítélet alapján nem szerződésszegés, nem hibás teljesítés a megismételt eljárás tárgya, hanem azt kell vizsgálni, hogy bizonyított-e kétséget kizáróan, hogy a felek között létrejött az akarategység, a szerződés módosítására, és „azt tényekkel, bizonyítékokkal és okszerű levezetéssel kell alátámasztania.” Idézte az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 3. § (1) bekezdését, valamint a 2011. évi Kbt. 34. § (1) bekezdését, amelyből következően a szerződésmódosítást írásba kell foglalni. Ilyen tartalmú irat a közbeszerzés során nem keletkezett, maga a kúriai ítélet is egyértelművé tette, hogy önmagában az esetlegesen eltérő teljesítés, vagy szerződésszegés, hibás teljesítés jogi szempontból nem szerződésmódosítás. Hivatkozott továbbá a Ptk. 6:34. §-ára - a szolgáltatást a kötelelem tartalmának megfelelően kell teljesíteni -, továbbá a 6:123. §-ra, amely rögzíti a szolgáltatás minőségére vonatkozó előírásokat. A szerződésszerűség és a szerződésmódosítás egymástól elkülönülő, teljesen eltérő ténybeli és jogi értékelést igénylő jogintézmények. A szavatossági jellegű hibák semmilyen joglogikai vagy tételes jogi alapon nem minősülhetnek „szerződésmódosításnak.” Hangsúlyozta továbbá, hogy a kezdeményezésben, illetve mellékletében a szakértői vélemény szerint felsorolt állítólagos különböző minőségi hibák mindegyike tartalmában szavatossági jellegű kifogás. Jelezte, hogy a műszaki ellenőr a szerződés teljesítésekor a vonatkozó jogszabályi rendelkezéseknek és gyakorlatnak megfelelően járt el és elfogadta a teljesítést.

47. Vitatta a kezdeményező azon álláspontját, amely a megismételt eljárás tárgyát egyszerű indokolási kérdésnek tünteti fel, hiszen az ítélet a megismételt eljárás tárgyát képező szerződésmódosítás tekintetében bizonyítást hiányol. Tájékoztatást adott továbbá arról, hogy az ajánlatkérő szerződésszegés miatt pert indított a kérelmezettel szemben, amely a Ráckevei Járásbíróság előtt a 27.P.20.064/2019. szám alatt első fokon a kereset elutasításával befejeződött. A polgári per tárgya szerződésszegés, fel sem merült a perben rendelkezésre álló bizonyítékok alapján az, hogy szerződésmódosítás történt volna: álláspontja szerint ugyanazon tényeket és jogviszonyokat nem ítélt meg előzően a bíróság és a Döntőbizottság, erre tekintettel indítványozta a per jogerős befejezéséig a megismételt jogorvoslati eljárás felfüggesztését.

48. A kérelmezett vitatta a kezdeményező azon indítványát, amely a megismételt eljárásban az alapelvi jogsértések vizsgálatára vonatkozott, tekintettel arra, hogy a D.401/25/2017. számú határozattal szembeni kereset, így a bírósági eljárás során hozott ítélet az alapelvi jogsérelmek értékelése tárgyában megállapítást nem tartalmazott. A fentiekből következően és a határozatban rögzítettek alapján az alapelvi jogsértések tekintetében megállapításra került az alapelvi jogsértések megállapíthatóságának hiánya, amely keresettel nem került megtámadásra bíróság előtt.

49. A kérelmezett továbbá az Ákr. 129. §-ára tekintettel kérte a kezdeményezőt az Ákr. 126. § (2) bekezdés a) pontja alapján a megismételt jogorvoslati eljárással kapcsolatban eddig felmerült ügyvédi költségei, azaz 3500 (háromezer-ötszáz) euró megtérítésére, azzal, hogy a jogi képviselő ÁFA fizetésére köteles. Csatolta megbízási szerződését, mely tartalmazza a díjazásra vonatkozó rendelkezéseket, továbbá nyilatkozott, hogy a jelen megismételt eljárás során részéről eddig 35 munkaóra időráfordítás történt. A megismételt eljárás érdemi

kereteinek meghatározásához szükséges volt az előzményi közigazgatási per kiterjedt iratanyagának és az eljárást lezáró összetett kúriai ítéletnek az alapos és körültekintő vizsgálata, amely a megismételt eljárás kereteit is rendkívül differenciáltan szabályozta. Ahogy a jelen megismételt eljárásban tett nyilatkozatok tartalmából is látszik, felek között már a megismételt eljárás keretei is érdemi vita tárgyát képezték, képezik. Szintén szükséges a párhuzamosan folyó, szavatossági igényérvényesítésre irányuló polgári per fejleményeinek jelen eljárásba történő becsatornázása. Így ezen előkérdések vizsgálata önmagában a szokásosnál jelentősebb munkaóra mennyiséget tett szükségessé (önmagában 14 munkaóra). Az általa készített beadványokból az ügy közösségi jogi előkérdéseinek felvetése és vizsgálata, valamint jelen eljárásra történő alkalmazása szintén kiterjedt vizsgálatot igényelt, így ezen előkérdés vizsgálata szintén önmagában a szokásosnál jelentősebb munkaóra mennyiséget tett szükségessé (önmagában 7 munkaóra). A beadványok terjedelméből és mélységéből az is egyértelműen megállapítható, hogy – a fentiekre is tekintettel – összességében a szokásos ügymenetet jelentősen meghaladó mennyiségű és minőségű munkateherrel járt a jelen megismételt eljárásban tett kérelmezetti nyilatkozatok előkészítése tekintettel arra is, hogy három alkalommal lettek a felek felszólítva nyilatkozataik megtételére. Kijelenthető, hogy jelen ügy, mind a tényállás tekintetében, mind jogi szempontból, különösen a jogbiztonság elvére tekintettel, többszörösen precedens jellegű. A nyilatkozatok előkészítésében egy szenior (szakmai csoportvezető) ügyvéd és egy ügyvédjelölt működött/működik közre, a megbízási szerződésnek megfelelő, egyaránt 100 EUR+ÁFA/óra díjazás mellett. Csatolta ügyvédi megbízási szerződését.

A Döntőbizottság megismételt jogorvoslati eljárásban hozott döntése

50. A közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 97. § (4) bekezdése szerint a bíróság határozatának rendelkező része és indokolása a megismételt eljárásban és a cselekménynek a bíróság határozatával elrendelt megvalósítása során köti az eljáró közigazgatási szerveket.

51. A bíróságok hivatkozott ítéleteikkel a Döntőbizottságot a kezdeményezés második elemét érintően utasították új eljárásra, a Döntőbizottság jogorvoslati eljárását tehát kizárólag e körben ismételte meg. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság nem vizsgálhatta érdemben a kezdeményezőnek a közbeszerzési alapelvi jogsértések megállapítására irányuló, D.401/2017. szám alatt folytatott jogorvoslati eljárásban előterjesztett és megismételt jogorvoslati eljárásban is fenntartott indítványait.

52. A bíróságok ítéleteiben foglaltakra, valamint a felek megismételt jogorvoslati eljárásban tett nyilatkozataira tekintettel a Döntőbizottság elsődlegesen azt vizsgálta meg, hogy a kezdeményezés – az időközben meghozott EUB ítélet rendelkezéseire is figyelemmel – a nyitva álló jogorvoslati határidőn belül került-e benyújtásra.

53. A Döntőbizottság a D.401/25/2017. számú határozata [26.] pontjában foglaltakat a jelen kérdés elbírálása szempontjából kiindulópontnak tekinti: a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: 2015. évi Kbt.) 197. § (2) bekezdése a következetes bírósági gyakorlatot is figyelembe véve akként rendelkezik, hogy a szerződésekre vonatkozóan – amennyiben a beszerzés megkezdése 2015. november 1. napját megelőzően történt – a 2011. évi Kbt. rendelkezéseit kell alkalmazni. Ennek megfelelően anyagi jogi értelemben a 2014. május 30. - felhívás megküldésének - napján hatályos 2011. évi Kbt.-t kell alkalmazni, míg eljárásjogi értelemben a 2015. évi Kbt. rendelkezéseit.

54. A Kp. 97. § (4) bekezdése értelmében a megismételt eljárás tárgyát képező elkésettségi kifogás megítélésekor tekintettel kell lennie a Döntőbizottságnak az időközben meghozott EUB ítélet rendelkezéseire, ugyanakkor arra a kúriai ítéletben is rögzített tényre, mely szerint a jelen-, valamint az EUB ítélet alapjául szolgáló ügy között markáns tényállásbeli eltérések állnak fenn. A Kúria arra kötelezte az alperest, vizsgálja meg, hogy az esetlegesen a megismételt eljárás alatt hozott EUB ítélet rendelkezései távoli absztrakcióval alkalmazhatók-e mégis a jelen ügy tényállására. Mindezekkel összefüggésben a Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett érvrendszerével szemben kiemeli az EUB ítélet rendelkező részének azon megállapítását, amely szerint kizárólag az a nemzeti szabályozás ellentétes a jogbiztonság elvével, amely akkor születik, amikor a kezdeményezés benyújtására nyitva álló jogvesztő határidő letelt. A jelen ügyben a kúriai ítéletben rögzített tényállásból következően is más helyzet állt elő: a jogvesztő jogorvoslati határidők a vélt jogsértés elkövetésétől kezdődően egyetlen alkalommal sem teltek el, azok a hatályos nemzeti szabályozás alapján a kezdeményezés előterjesztéséig folyamatosan nyitva álltak.

55. A Döntőbizottság az elkésettségi kifogás értékelésekor tekintettel volt a kúriai ítéletben is rögzített, jelen üggyel adekvát tartalommal bírónak és egyébként kétségtelenül alkalmazandónak minősített, kezdeményező által is a megismételt eljárásban részletesen elemzett 3060/2017. (III. 31.) AB határozatban foglaltakra. Az Alkotmánybíróság nem minősítette Alaptörvény-ellenesnek azt a jogalkotói magatartást, amely a le nem járt jogvesztő jogorvoslati határidő jogszabályi meghosszabbításáról rendelkezett. A Döntőbizottság megvizsgálta a kérelmezett által az EUB ítéletből idézett rendelkezéseket, azok között ugyanakkor nem talált olyanokat, amelyekből lényegében a jelen ügyre kiható eljárásjogi akadály lett volna levonható. Az EUB ítélet kérelmezett által idézett pontjai egyrészt a jelen ügyben fel sem merült jogszabály (a „2003. évi Kbt.”) szerinti jogorvoslati határidőket elemzik, de azokkal kapcsolatosan is arra jutnak, hogy a körülményeket (jogorvoslati határidő megtartottságát) a „megvalósulásukkor hatályos jogszabályok fényében” kell vizsgálni. Hangsúlyozandó, hogy a jelen esetben nem merült fel olyan körülmény, amely szerint a 2011. évi Kbt. szerinti (objektív) jogorvoslati határidőre vonatkozó jogi szabályozás a kezdeményezés tárgyává tett feltételezett jogsértéskor nem volt hatályban, és egy határidő elenyészése után történt jogalkotási folyamattal visszamenőlegesen megnyitotta volna a jogalkotó a kezdeményezési jogosultságot.

56. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság – az indokok lényegi módosítása nélkül - fenntartotta a D.401/25/2017. számú határozatban hozott azon döntését, amely szerint a kezdeményezés a 2015. évi Kbt. szerinti szubjektív és objektív jogorvoslati határidőn belül került előterjesztésre.

57. A Döntőbizottság ezt követően az alábbiak szerint vizsgálta meg a kezdeményezés második eleme érdemét a vonatkozó kúriai ítélet előírásaira tekintettel.

58. A kezdeményezés második eleménél a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy az ismertetett jogsértés a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdésének b) pontjába ütközik-e és e körben jogsértést állapított meg. A Kúria ítéletében rámutatott, hogy a „kezdeményezés fő kérdése a szerződés eltérő tartalmú teljesítése mögött lévő, a felek közötti akarategység valós megléte volt, amely egy szerződésmódosítást jelent, és amely az indítvány szerint jogellenes volt, mert a felek közötti gazdasági egyensúlyt eltolta, ami a régi Kbt. szabályába ütközött. [...] Ugyanakkor a Kúria meglátása szerint ezen megállapításnak a konkrét tényekkel, bizonyítékokkal való szükséges alátámasztását nem elégíti ki teljeskörűen az alperesi határozat indokolása [...]”

59. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a jogorvoslati eljárás tárgya a 2011. évi Kbt. előírásaiba ütköző jogellenes szerződésmódosítás, ebből eredően nem vehette figyelembe a kérelmezett által említett, tárgyi beruházással összefüggésben a Ráckevei Járásbíróság előtt folyt per eredményét, illetve állását. Annak a pernek tárgya a jelen jogorvoslati eljárástól eltérően szerződésszegés volt, ezért az ott hozott ítéleti döntés jelen eljárásban irreleváns.

60. A megismételt eljárás tárgya a kúriai ítélet szerint egyrészt az eltérő tartalmú teljesítés mögött lévő, az ajánlatkérő és a kérelmezett közötti akarategység meglétének alátámasztása, másrészt mindennek a felek közötti gazdasági egyensúlyt a kérelmezett javára történő eltolása volt. A Kúria e körben utalt a D.401/25/2017. számú határozat 51. pontjában kifejtettekre, „amely határozott kijelentést tesz, hogy az egyetértés megvolt, amikor a módosított műszaki tartalmat a felek jóváhagyták, tehát a felek a szerződést módosították, függetlenül attól, hogy a formakényszert betartották-e vagy sem. Pusztán az írásbeliség hiánya miatt nem lehet figyelmen kívül hagyni a kötelelem tartalmának módosulását, amely a Kbt. szerződésmódosítás korlátaira vonatkozó szabályozásba ütközött.”

61. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló adatok alapján a megismételt eljárásban rögzíti, hogy a D.401/25/2017. számú határozat említett rendelkezésében tett megállapítást, amely szerint a felek közötti „egyetértés megvolt, mikor a módosított műszaki tartalmat a felek jóváhagyták”, alátámasztja, hogy a felek a közbeszerzési dokumentumok előírásai szerint ismerték a teljesítési feltételeket és a helyszínt – a közbeszerzési dokumentációt az ajánlatkérő állította össze, és a kérelmezett ezen iratok ismeretében tett ajánlatot (dokumentáció 1. pontja és 3.1., 3.6. pontjai). Mindkét fél előtt ismertek voltak a dokumentáció 5. számú melléklete szerinti előírások, és a műszaki leírás, amely a jelen eljárás tárgyát képező beruházások tekintetében teljesítendő feltételeket tartalmazta. A munkaterület átadásakor továbbá jelen volt az ajánlatkérő és a kérelmezett képviselője, valamint a műszaki ellenőr is. Az építési napló adatai alapján megállapítható, hogy 2014. augusztus 21-én az ajánlatkérő megbízásából eljáró műszaki ellenőr engedélyt adott az aszfaltburkolat terítése előtti takarásra. A műszaki ellenőr által a D.401/2017. szám alatt folytatott jogorvoslati eljárásban tett tanúvallomás szerint továbbá az ajánlatkérő kifejezett engedélyt adott arra, hogy a kérelmezett az „AC 22 anyag helyett a mart aszfaltot használja.” Maga a kérelmezett is elismerte a D.401/2017. szám alatt folytatott jogorvoslati eljárásban tett észrevételében, hogy az „AC 22 jelű aszfaltból a régi pálya kiegyenlítése nem lett volna megoldható. E helyett vállalkozó egyenértékű mart aszfalt útalap építését végezte el, az által bemutatott mennyiség bedolgozásával.” Az irányadó tényállás alapján továbbá megállapítható az is, hogy az építési napló 2014. szeptember 2-i bejegyzése szerint a szerződéses munkák elvégzésre kerültek, amelyet a kérelmezett, az ajánlatkérő és a műszaki ellenőr is aláírt. Az ajánlatkérő által e napon kiadott teljesítésigazolás szerint továbbá a kérelmezett szerződésszerűen teljesített.

62. A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 6:191. §-a szerint a felek közös megegyezéssel módosíthatják a szerződés tartalmát. A Döntőbizottság rögzíti, hogy szerződés módosításnak minősül többek között, ha a felek közös megegyezéssel a szerződés tartalmát módosítják. A Döntőbizottság a megismételt eljárásban fentiek szerint az egyes tételek vonatkozásában a rendelkezésére álló bizonyítékok értékelése során megállapította, hogy a felek a műszaki leírásban meghatározott műszaki tartalmat fentiek szerint nem valósították meg, a szerződés tartalmától eltértek, ebből eredően a közbeszerzési szerződés műszaki tartalma a közbeszerzési eljárásban rögzült feltételekhez képest a teljesítés során módosult. A szerződés módosítás létrejöttéhez szükséges közös megegyezés fennáll akkor, ha a kötelezett és a jogosult is hozzájárult a szerződés tartalmának

módosításához. Fentiek alapján, függetlenül attól, hogy a szerződő felek a formakényszeret betartották-e, a szerződés módosítás tartalmi elemei megvalósultak, melynek jogi értékelése kizárólag a Ptk. 6:191. §-a szerinti szerződés módosításaként értelmezhető.

63. A Döntőbizottság a gazdasági egyensúlynak a kérelmezett javára történő eltolódása tekintetében fenntartja a D.401/25/2017. szám alatt hozott határozat [34.] pontjában tett megállapítását – amelyet a vonatkozó bírósági ítéletek sem cáfoltak meg -, mely szerint „ha a felek a vállalkozói díjat a szerződés megkötésekor végleges jelleggel – a vállalkozó előzetes kalkulációjának eredményeként – egy összegben, átalányáron határozzák meg, a szerződés teljesítését követően a megállapított fix díjtól sem felfelé, sem lefelé nem lehet eltérni.” Mindezen alapvetés alapján a Döntőbizottság a megismételt eljárásban is fenntartja a D.401/25/2017. számú határozat 45-50. pontjaiban tett azon következtetéseit, amelyek szerint a tárgyi közbeszerzési szerződés teljesítésekor az AC-22-es alapréteg kiépítésekor, az AC-11 kopóréteg felületében történő eltérés és az árok profilozás tekintetében az eredeti közbeszerzési dokumentációban és szerződésben rögzítettekhez képeset csökkentett értékű műszaki tartalom került beépítésre, amelyet nem követett az ajánlatkérő által kifizetett ellenszolgáltatás csökkentése, amelynek következtében a gazdasági egyensúly a kérelmezett javára eltolódott.

64. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság a megismételt eljárásban megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a 2011. évi Kbt. 132. § (1) bekezdés b) pontját.

65. Az ajánlatkérő és a kérelmezett indítványozta a megismételt eljárás felfüggesztését az EUB-nak a C-263/19. szám alatt folytatott eljárásában hozott döntéséig.

66. A 2015. évi Kbt. 158. § (4) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság az eljárását felfüggesztheti, ha az előkérdés eldöntése más szerv hatáskörébe tartozik.

67. A fenti jogszabályi rendelkezésből is látható, hogy a jogszabály diszkrecionális lehetőséget biztosít a Döntőbizottság számára a jogorvoslati eljárás felfüggesztésére, ha felmerült egy olyan előkérdés, amelynek az eldöntése más szerv hatáskörébe tartozik. Jelen esetben azonban a Döntőbizottságnak megismételt eljárást kellett lefolytatnia, amelyben a vonatkozó ítéletek számára iránymutatásul szolgáltak. A Kp. 97. § (4) bekezdése alapján a jelen megismételt eljárásban nem kellett abban a Döntőbizottságnak állást foglalnia, hogy a kérelmezett szankcionálható-e, amennyiben a terhére jogsértést állapít meg a Döntőbizottság. Az elsőfokú bíróság, valamint a Kúria a felek keresete, illetve felülvizsgálati kérelme alapján kijelölte a Döntőbizottság számára azokat a körülményeket, amelyeket a megismételt eljárásban vizsgálat alá kellett vonnia: a megismételt eljárásban a Döntőbizottságnak kizárólag a Kp. 97. § (4) bekezdésében foglaltakra kell tekintettel lennie, és eljárása során az ítéleti rendelkezésekhez kötve van. Figyelemmel arra, hogy a bírósági peres eljárások eredményeképp született ítéletekben a kérelmezett szankcionálhatóságát érintő, alperes terhére további vizsgálati kötelezettséget megállapító rendelkezések nem születtek, a Döntőbizottság ilyen irányú vizsgálatot nem folytatott, ezért az álláspontja szerint irreleváns előkérdés miatt eljárását nem függesztette fel.

68. A Döntőbizottság a 2015. évi Kbt. 145. § (3) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a fentiek szerint a kezdeményezés második eleme vonatkozásában a 2015. évi Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértést.

69. A 2015. évi Kbt. 165. § (6) bekezdés c) 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 2015. évi 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 2015. évi Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint 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.

70. A Döntőbizottságnak abban nem volt mérlegelési lehetősége, hogy bírságot szabjon-e ki, mivel a 2015. évi Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján arra a kezdeményezés második eleme tekintetében megállapított jogsértés miatt köteles volt, mivel a jogorvoslati eljárás a 2015. évi Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján került kezdeményezésre. A Döntőbizottság az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben kiszabott bírság összegének megállapítása során a 2015. évi Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a közbeszerzési szerződés értéke nettó 105.256.140.-Ft volt. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a jogsértés súlyát, és azt súlyosnak találta, mivel a szolgáltatás-ellenszolgáltatás egyensúlyának bármely fél számára történő indokolatlan eltolódása a polgári jog szabályai szerint is súlyos jogkövetkezésménnyel járhat. A közbeszerzés alapelveit 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. A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fenti szempontok kifejezett mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott bírságot szabta ki a rendelkező részben meghatározott összegben az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben. A Döntőbizottság megállapította továbbá, hogy a kérelmezettek közrehatása és felelőssége a kezdeményezés második eleme szerinti jogsértés megvalósulásában azonos volt.

71. A Döntőbizottság a 2015. évi Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény 126. § (2) bekezdés b) alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

72. 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. április 28.

Dr. Fáy Zoltán sk.
a tanács elnöke

Berekméri Ágnes sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Virágh Norbert sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. A kezdeményező képviselői, kizárólag elektronikus úton
2. Az ajánlatkérő jogi képviselője, kizárólag elektronikus úton
3. A kérelmezett jogi képviselője, kizárólag elektronikus úton
4. Miniszterelnökség, kizárólag elektronikus úton
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága, kizárólag elektronikus úton