



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.404/16/2023.

A tanács tagjai: Dr. Schaller Emil közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Simon Szabolcs közbeszerzési biztos, Dr. Petró Szilvia közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Közigazgatási és Területfejlesztési Minisztérium
(Budapest, Akadémia u. 3.)

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Szolnoki István, kamarai jogtanácsos

Az ajánlatkérő: Öskü Község Önkormányzata
(Öskü, Szabadság tér 1.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Dagonya András, ügyvéd

A kérelmezett: INSTANT Textilipari Kereskedelmi és Szolgáltató
Bt.
(Budapest, Vasvári Pál u. 24.)

A beszerzés/szerződés tárgya, értéke: A TOP-3.2.1-15 kódszámú, „Az ösküi Tasner Antal Általános Iskola, valamint az önkormányzat hivatali épületének komplex energetikai felújítása” című projekt keretében az ösküi Polgármesteri Hivatal épületének komplex energetikai felújítása
27.457.837.-Ft.

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett az első, második és a harmadik kezdeményezési elem tekintetében megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (6) bekezdés b) pontját.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 400.000.-Ft, azaz négyszázezer forint, a kérelmezettel szemben 400.000.-Ft, azaz négyszázezer 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 beszédési számlájára átutalással teljesítsék.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható, a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A

keresetlevelet a Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya. A jogi képviselővel eljáró fél, illetve a belföldi székhellyel rendelkező gazdálkodó szervezet kizárólag elektronikus úton nyújthatja be a keresetet.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1.A Kezdeményező jogelődje támogatóként a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program keretén belül TOP-3.2.1-15 számú, „Önkormányzati épületek energetikai korszerűsítése” tárgyú felhívást tett közzé, melyre Kedvezményezett, Öskü Község Önkormányzata, TOP-3.2.1-15-VE1-2016-00010 azonosító számon regisztrált támogatási kérelmet nyújtott be 2016. június 29. napján, amelyet a Támogató 2017. május 4-én kelt támogatói döntése szerint támogatásban részesített.

2. A Támogatási Szerződésben foglaltak szerint a támogatási szerződés tárgya az „Az ösküi Tasner Antal Általános Iskola, valamint az önkormányzat hivatali épületének komplex energetikai felújítása” című és TOP-3.2.1-15-VE1-2016-00010 azonosító számú projekt megvalósítása volt.

3. Az ajánlatkérő a fentiekben megkötött támogatási szerződésre tekintettel közbeszerzési eljárást indított a Kbt. Harmadik rész, a Kbt. 115. § (1) bekezdése alapján a bevezető részben meghatározott tárgyú építési beruházás megvalósításával kapcsolatban. Az eljárást megindító felhívás a kiválasztott gazdasági szereplők részére 2017. június 14-én került megküldésre.

4. Az eljárást megindító felhívás az alábbi releváns adatokat tartalmazta.

D) A közbeszerzés elnevezése, tárgya és mennyisége: A TOP-3.2.1-15 kódszámú, „Az ösküi Tasner Antal Általános Iskola, valamint az önkormányzat hivatali épületének komplex energetikai felújítása” című projekt keretében az ösküi Polgármesteri Hivatal épületének komplex energetikai felújítása

Tárgya: Építési beruházás

E) A szerződés meghatározása, amelynek megkötése érdekében a közbeszerzési eljárást lefolytatják: kivitelezési szerződés

F) A szerződés teljesítésének határideje: 2018. április 30.

G) A teljesítés helye: Öskü, hrsz.: 3 (Szabadság tér 1.)

H) Az ellenszolgáltatás teljesítésének főbb feltételei, illetőleg a vonatkozó jogszabályokra hivatkozás:

Előleg: Ajánlattevő a szerződés – támogatási szerződés terhére – elszámolható összege maximum 5%-ának megfelelő mértékű összeg előlegként történő kifizetését kérheti. Az előleg igénylése külön előlegbekerő okirat alapján történik. Ajánlatkérő az előleget legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül kifizeti.

Számlázás, kifizetés: A teljesítés során nyertes Ajánlattevő egy részszámla és végszámla benyújtására jogosult.

A részszámla 50%-os műszaki készülségnél nyújtható be, értéke a nettó ajánlati ár 50%-ának megfelelő összeg.

Végszámla a műszaki átadás-átvételi eljárás hiba- és hiánymentes lezárását követően nyújtható be, értéke a nettó ajánlati ár 50%-ának megfelelő összeg. Ajánlattevő előteljesítésre jogosult.

Az előleg összege a végszámlából kerül levonásra.

A szerződés teljesítése tekintetében a Kbt. 135. § (1)-(3) és (5)-(7) bekezdései is alkalmazandók.

Amennyiben az ajánlattevőként szerződő fél a teljesítéshez nem vesz igénybe alvállalkozót, a részszámla és végszámla összegének kifizetése a Ptk. 6:130. § (1) – (2) bekezdésében foglaltak alapján, a számla és mellékletei ajánlatkérő általi kézhezvételét követő 30 napon belül átutalással kerül kiegyenlítésre.

A kivitelezési tevékenység nem építési engedély köteles, ezért a 2007. évi CXXVII. törvény 142. §. (1) b) pontja alapján a kivitelezési munkákra eső ÁFA-t nem a szolgáltatás igénybevevője fizeti. A kifizetés során a 2003. évi XCII. tv. (Art.) 36/A §. előírásai is alkalmazandók.

A 322/2015. (X.30.) Korm. rendelet 20. § szerint nyilatkozik Ajánlatkérő, hogy tartalékkeret áll rendelkezésre a szerződés szerinti teljes ellenszolgáltatás 5%-ának megfelelő mértékben. A tartalékkeret felhasználásának szabályait a dokumentáció részét képező szerződés-tervezet tartalmazza.

További információk a dokumentációban.

J) Az ajánlatok értékelési szempontja: a legjobb ár-érték arányt megjelenítő alábbi szempontok:

1. Ajánlati ár (nettó forint)

súlyszám: 6.0

2. Termék garancia időszak a napelemekre vonatkozóan:

(min. 120 hónap és max. 180 hónap)

súlyszám: 2.5

3. Az inverterre megajánlott garancia időtartama

(min. 60 hónap és max. 120 hónap)

súlyszám: 1.5

5. Az ajánlatétteli határidőig három ajánlatkérő nyújtotta be ajánlatát, köztük a kérelmezett is.

6. Az ajánlatkérő 2017. július 11-én készítette el az összegezését, amelyben nyertesnek hirdette ki a kérelmezettet.

7. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a vállalkozási szerződést 2017. július 17-én kötötték meg egymással.

8. A felek között létrejött vállalkozási szerződés az alábbi releváns adatokat tartalmazta.

„9. Fizetési feltételek

9.1. A felek a szerződés tárgyát képező munkák kivitelezési díját 27.457.837.- Ft + 27% ÁFA, azaz huszonhétmillió-négyszázötvenhétezer-nyolcszázharminchét forintⁱ + hétmillió-négyszázötvenháromezer-hatszázötvenhat forint ÁFA általános összegben. Tartalékkeret (5%): 1 372.892.- Ft + 27% ÁFA, azaz egymillióháromszázhetvenkétezer-nyolcszázkilencvenkét forint + háromszázhetvenezerhatszáznyolcvanegy forint ÁFA összeg.

9.2 A kivitelezési díj a befejezés időpontjára prognosztizált egyösszegű átalányár, mely az ajánlattételi felhívás és ajánlattételi dokumentáció (melynek része volt az árazatlan költségvetés is) rendelkezései alapján, a kivitelező felülvizsgálatának figyelembevételével került meghatározásra. A kivitelezési díj tartalmaz minden, a Kivitelező tevékenységével összefüggő, azzal járó költséget, járulékot és díjat. A kivitelező a fenti díjon felül a szerződés teljesítése során a Megrendelő felé semmilyen más jogcímen nem jogosult költséget elszámolni. A kivitelezési díj tételezését és műszaki tartalmát a szerződés elválaszthatatlan mellékletét képező, a jelen szerződés alapját képező közbeszerzési eljárás dokumentációja és a Kivitelező benyújtott ajánlata tartalmazza, melyre vonatkozóan a kivitelezési díj fix, rögzített díj, az valamennyi, a szerződés tárgyát képező munkák kiépítéséhez és beüzemeléséhez szükséges munka- és anyagköltséget tartalmazza.

9.4 A teljesítés folyamán Kivitelező az alábbi számlák benyújtására jogosult:

Előlegszámla: az előlegbekérő okirat alapján történő kifizetés után haladéktalanul ki kell bocsátania a kivitelezőnek. Az előleggel kapcsolatos rendelkezéseket a 9.8. pont tartalmazza.

Részszámlák: A teljesítés során nyertes Ajánlattevő egy részszámla és végszámla benyújtására jogosult. A részszámla 50%-os műszaki készültségnél nyújtható be, értéke a nettó ajánlati ár 50%-ának megfelelő összeg.

Végszámla: A végszámla a műszaki átadás-átvételi eljárás hiba- és hiánymentes lezárását követően nyújtható be, értéke a nettó ajánlati ár 50%-ának megfelelő összeg.

Az előleg összege a végszámlából kerül levonásra.

9.8 Előleggel kapcsolatos rendelkezések a Kivitelező a kivitelezési díj – támogatási szerződés terhére – elszámolható összege maximum 5%-ának megfelelő mértékű összeg előlegként történő kifizetését kérheti. Az előleg igénylése külön előlegbekérő okirat alapján történik, Megrendelő az előleget legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül kifizeti.”

9. A felek a megkötött vállalkozási szerződést 2017. augusztus 21-én módosították, a jogorvoslati eljárás szempontjából releváns tartalommal.

A szerződés 9.4. pontja az alábbiak szerint módosult:

„A teljesítés folyamán Kivitelező az alábbi számlák benyújtására jogosult:

Előlegszámla: az előlegbekérő okirat alapján történő kifizetés után haladéktalanul ki kell bocsátania a kivitelezőnek. Az előleggel kapcsolatos rendelkezéseket a 9.8. pont tartalmazza.

Részszámlák: A teljesítés során nyertes Ajánlattevő 6 db részszámla és végszámla benyújtásra jogosult, az alábbi munkanemek szerint, Kivitelező ajánlatában csatolt árazott költségvetésben meghatározott összegben:

1. részszámla: világításkorszerűsítési munkák befejezésével,
2. részszámla: fűtéskorszerűsítési munkák befejezésével,
3. részszámla: nyílászárócseré és külső nyílászáró ablakok és ajtók cseréje befejezésével,
4. részszámla: azbesztmentesítés befejezésével,
5. részszámla: utólagos külső oldali hőszigetelés: a homlokzati és födém hőszigetelés befejezésével,
6. részszámla: napelem rendszer telepítése befejezésével

Végszámla: A végszámla az akadálymentesítési munkálatok befejezésével, valamint a műszaki átadás-átvételi eljárás hiba- és hiánymentes lezárását követően nyújtható be.

Az előleg összege a végszámlából kerül levonásra.”

A szerződés 9.8. pontja az alábbiak szerint módosult:

„Előleggel kapcsolatos rendelkezések: Kivitelező a kivitelezési díj - támogatási szerződés terhére - elszámolandó összege maximum 30 % -ának megfelelő mértékű összeg előlegként történő kifizetését kérheti. Az előleg igénylése külön előlegbekérő okirat alapján történik. Megrendelő az előleget legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül kifizeti.”

10. A kérelmezett az alábbi számlákat állította ki az ajánlatkérő részére a közbeszerzési eljárás során:

	Számla száma	számla típusa	számla kiállításának dátuma	számla végösszege (nettó)	számla végösszege (bruttó)	teljesítés ideje
1	IH4SA8257656	előleg1	2017.08.23.	7.725.492-Ft.	9.811.375.-Ft.	2017.08.23.
2	IH4SA8257662	rész1	2107.10.26.	442.331.-Ft	561.760.-Ft.	2017.11.02.
3	IH4SA8257663	előleg2	2017.10.26.	3.201.144.-Ft.	4.065.453.-Ft.	2017.11.06.
4	IH4SA8257664	rész2	2017.10.26.	3.201.144.-Ft.	nem volt	nem volt, az előleg1-ből került levonásra
5	IH4SA8257679	rész3	2018.01.08.	44.170.-Ft.	56.096.-Ft.	2018.01.09.
6	IH4SA825780	rész4	2018.01.08.	739.584.-Ft.	939.272.-Ft.	2018.01.09.
7	IH4SA8257681	előleg3	2018.01.08.	8.164.787.-Ft.	10.369.280.-Ft.	2018.01.09.
8	IH4SA8257691	rész5	2018.05.03.	3.769.568.-Ft.	4.787.351.-Ft.	2018.05.04.

A hivatalbóli kezdeményezés és a kezdeményező észrevételei

11. A hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 152. § (1) bekezdés g) pontja alapján 2023. szeptember 25-én terjesztette elő jogorvoslati kezdeményezését, melyben három kezdeményezési elembe foglalta össze az ajánlatkérő és a kérelmezett által megvalósított jogsértéseket az alábbiak szerint.

12. A kezdeményező az első kezdeményezési elemmel kapcsolatban rögzítette, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett 2017. július 17-én megkötött vállalkozási szerződésének 9.4. pontja rögzítette, hogy a kérelmezett előlegszámla kiállítására, valamint egy részszámla és végszámla kiállítására jogosult. A felek 2017. augusztus 21-én módosították a szerződés 9.4. pontját akként, hogy a korábbiakban meghatározott egy részszámla helyett a kérelmezett hat részszámla kiállítására vált jogosulttá.

13. A kezdeményező rögzítette, hogy az a körülmény, hogy a kérelmezett egy részszámla helyett hat részszámla kiállítására vált jogosulttá a szerződésmódosításnak köszönhetően a szerződés gazdasági egyensúlyát a kérelmezett javára változtatta meg, amely lényeges szerződésmódosításnak minősül és a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe ütközik.

14. A kezdeményező a jogsértő esemény megtörténtének időpontjaként 2017. augusztus 21-ét jelölte meg, amely a szerződésmódosítás aláírásának napja, míg a jogsértő esemény tudomására jutásának időpontjaként 2023. augusztus 2-át jelölte meg, amely a szabálytalansági eljárás megindításának napja.

15. A kezdeményező a második kezdeményezési elemmel kapcsolatban rögzítette, hogy a vonatkozó jogszabályi rendelkezéseknek megfelelően, a vállalkozási szerződés 2017. augusztus 21-i módosításának eredményeképpen a kérelmezett a kivitelezési díj – támogatási szerződés terhére elszámolható összeg maximum 30%-ának megfelelő mértékű összeg előlegként történő kifizetését kérhette.

16. A kezdeményező rámutatott, hogy a felek bruttó 34.871.453.-Ft vállalkozói díjat kötöttek ki szerződésükben, ennek 30%-a 10.461.436.-Ft. A kérelmezett részéről az IH4SA8257656 sorszámú előlegszámlán, 2017. augusztus 23-án ennél kisebb összegről 9.811.375.-Ft – ról került kiállításra, a számla 2017. augusztus 28 – án kifizetésre került az ajánlatkérő önkormányzat részéről.

17. A Támogatóhoz benyújtott elszámolásokban szereplő számlák alapján megállapítható, hogy a 2017. október 26-án kiállított IH4SA8257662 sorszámú – tehát az előleg számlát sorszámában követő - számla előleg elszámolást nem tartalmaz, emellett ugyanezen a napon kiállításra került az IH4SA8257663 sorszámú számla ugyancsak előlegszámlaként, 4.065.453.- Ft összegben. A számlában foglalt 4.065.453 Ft -ot az ajánlatkérő 2017. november 6- án utalta át a kérelmezett részére. A második előleg számlával egyidejűleg, 2017. október 26-án egy előlegelszámoló számla is kiállításra került IH4SA8257664 sorszámmal, 3.201.144.- Ft összeg elszámolásával.

18. A kezdeményező rámutatott, hogy a fentiek alapján a felek nem formális úton, de akarategyezőség mellett, 2017. november 6- án ismét módosították a szerződést, oly módon, hogy az előleg összegének megemelése mellett a szerződés gazdasági egyensúlyát az ajánlattevő javára változtatták meg, mely lényeges szerződésmódosítás kedvezőbb helyzetet teremtett a vállalkozó számára, hogy a szerződésben rögzített jogszabályi minimumot meghaladó előlegösszeg állt összességében rendelkezésre likviditásának biztosítására, még az előleggel való elszámolás összegét figyelembe véve is.

19. A kezdeményező álláspontja szerint a fenti szerződésmódosítással a felek megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

20. A kezdeményező a harmadik kezdeményezési elemmel kapcsolatban rögzítette, hogy a vállalkozási szerződéssel összefüggésben 2018. január 8- án kiállításra került egy újabb előleg számla, IH4SA8257681 sorszámmal, 10.369.280.- Ft összegben, mely az ajánlatkérő részéről 2018. január 9 – én került kifizetésre. Ugyancsak 2018. január 8- án került kiállításra az IH4SA8257691 sorszámú számla 10.144.290.-Ft összegű előleg elszámolással, mely tehát kevesebb összeg, mint az IH4SA8257681 számla értéke.

21. A kezdeményező rámutatott, hogy a felek nem formális úton, de akarategyezőség mellett, 2018. január 9- én ismét módosították a szerződést, oly módon, hogy az előleg összegének ismételt megemelése mellett a szerződés gazdasági egyensúlyát az ajánlattevő javára változtatták meg, mely lényeges szerződésmódosítás, kedvezőbb helyzetet teremtett a vállalkozó számára, hogy a szerződésben rögzített jogszabályi minimumot meghaladó előlegösszeg állt összességében rendelkezésre likviditásának biztosítására, még az előleggel való elszámolás összegét figyelembe véve is.

A kezdeményező álláspontja szerint a fenti szerződésmódosítással a feleke megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

Az ajánlatkérő észrevételei

22. Az ajánlatkérő a kezdeményezésben foglaltakkal kapcsolatban rögzítette, hogy az előleggel kapcsolatos összegek eltérő volta, a számlák számának tekintetében előforduló eltérések semmilyen vonatkozásban nem okoztak olyan az ajánlatkérő terhelő kötelezettség sértést, melyek eredményeképpen Magyarország pénzügyi érdekei sérültek volna, tekintettel arra, hogy nem került több támogatás kifizetésre az ajánlatkérő részére, mint ami megillette őt a Támogatási Szerződés értelmében. Ez azt is jelenti, hogy a vélelmezett okokból pénzügyi érdeksérelem megvalósulására csupán formai okokból kerülhet sor, hiszen vitathatatlan, hogy a támogatásként megjelölt összeg a célnak megfelelően és az előírt összegben került elköltésre.

23. Az ajánlatkérő rámutatott, hogy nem kívánja teljes mértékben elhárítani felelősségét abban, hogy az előleggel kapcsolatos összegek eltérő volta és a számlák számának tekintetében előforduló eltérések a felelősségi körébe tartoznak, azonban relevanciával bírhat az a tény is, hogy az érintett számlákat az azokat kezelő állami szerv minden további eljárási cselekmény nélkül befogadta és kifizette. Joggal várható el az uniós forrásokat kezelő intézmény rendszer egyes szervezeteitől, hogy legalább minimális szinten kontrolálják a beérkező számlák tartalmát és formai megfelelőségét és adott esetben jelezzék az ajánlatkérő felé azok korrekciójának szükségességét.

24. Az ajánlatkérő rámutatott továbbá, hogy jelen esetben a fentieknek megfelelően szükséges értékelni az érintett jogsérelmet, tekintettel arra, hogy olyan „szabálytalanságról” van szó, mely nem okozott valós pénzügyi érdeksérelmet, nem volt lényeges a szerződésmódosítás, így a Kbt. 141. § (6) bekezdésének sérelme nem lehet megalapozott. A kezdeményező nem bocsátott olyan adatokat a Döntőbizottság rendelkezésére, mely alapján bizonyított volna, hogy a szerződés gazdasági egyensúlyát megváltoztatta volna szignifikáns mértékben a módosítás.

25. Az ajánlatkérő kiemelte, hogy a kezdeményező azon állítása, hogy a kérelmezett többször számlázhatott, nagymértékben növelte volna a likviditását, valamint, hogy ez egyértelműen a szerződés gazdasági egyensúlyának a megváltoztatását jelenti a kérelmezett javára, továbbá ezen körülményből következően más is ajánlatot tehetett volna, amely esetleg más gazdasági szereplő nyertességéhez is vezethetett volna, pusztán fikció, bizonyítást aligha nyerhet objektív adatok által.

26. Az ajánlatkérő a fentiek alapján kérte a Döntőbizottságtól, hogy az előterjesztett kezdeményezéssel kapcsolatban jogsértés hiányát állapítsa meg.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

27. A Döntőbizottság a döntés meghozatala során az első kezdeményezés elem tekintetében a közbeszerzési eljárás megindítása, azaz 2017. június 14-e és az első szerződésmódosítás aláírásának napján, azaz 2017. augusztus 21-e között, a második kezdeményezési elem tekintetében a közbeszerzési eljárás megindítása és az informális második szerződésmódosítás, azaz 2017. november 6-a között, valamint a harmadik kezdeményezési elem tekintetében a közbeszerzési eljárás megindítása és az informális harmadik szerződésmódosítás, azaz 2018. január 9-e között hatályos Kbt.-t alkalmazta.

28. A kezdeményező három kezdeményezési elembe foglalta össze az ajánlatkérő és a kérelmezett által megvalósított jogsértéseket, amelyek egy-egy szerződésmódosítás jogszerűtlenségével függtek össze.

29. A Döntőbizottságnak az első kezdeményezési elem vizsgálata során abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett által 2017. augusztus 21-én megkötött vállalkozási szerződés módosítása megfelelt-e a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglaltaknak.

30. A Döntőbizottság az első kezdeményezési elem tekintetében az alábbi jogszabályi rendelkezésekre volt figyelemmel.

A Kbt. 2. § (7) bekezdés szerint e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.

A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül, a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

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

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

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

Az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. Korm. rendelet (továbbiakban: 322/2015. Korm. rendelet) 32. § (1) - (6) bekezdése az alábbi rendelkezéseket tartalmazza.

Az (1) bekezdés szerint hat hónapot meghaladó teljesítési időszakról rendelkező és egyben ötvenmillió forintot meghaladó összegű nettó ellenszolgáltatást tartalmazó szerződések esetén az ajánlatkérő az adott építési beruházás jellemzőinek megfelelő időszakonként vagy kivitelezési szakaszonként részszámlázási lehetőséget biztosít.

A (2) bekezdés szerint az (1) bekezdésben meghatározott esetben az általános forgalmi adó nélkül számítva egy milliárd forint alatti szerződéses értékű építési beruházásoknál az ajánlatkérő legalább négy részszámla (ideértve a végszámlát is) benyújtásának lehetőségét biztosítja.

A (3) bekezdés szerint az (1) bekezdésben meghatározott esetben az általános forgalmi adó nélkül számítva egy milliárd forintot meghaladó szerződéses értékű építési beruházásoknál az ajánlatkérő legalább hat részszámla (ideértve a végszámlát is) benyújtásának lehetőségét biztosítja.

A (4) bekezdés szerint az első részszámla kibocsátásának lehetőségét minden esetben biztosítani kell legkésőbb az általános forgalmi adó nélküli szerződéses érték 25%-át elérő megvalósult teljesítés esetén.

Az (5) bekezdés szerint az előleg és a részszámlák alapján történő kifizetések összértéke nem lehet kevesebb a szerződés általános forgalmi adó nélkül számított értékének 70%-ánál.

A (6) bekezdés szerint a részszámla összegét az ajánlatkérő által teljesítésigazolással elismert szerződés szerinti teljesítés mértékének megfelelően kell meghatározni, úgy, hogy a részszámla szerinti nettó ellenszolgáltatás a szerződés megvalósult értékét nem haladhatja meg

31. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kezdeményező az első kezdeményezési elem tekintetében abban látta megvalósulni az ajánlatkérő és a kérelmezett között 2017. augusztus 21-én szerződés módosításában a Kbt. 141. § (6) bekezdésének megsértését, hogy azáltal, hogy az eredetileg egy részszámla kiállítását a felek akként változtatták meg, hogy a kérelmezett hat részszámla kiállítására vált jogosulttá, így a szerződésmódosítás a gazdasági egyensúlyt a kérelmezett javára változtatta meg.

32. Az ajánlatkérő úgy nyilatkozott, hogy az egy részszámla helyett a hat kiállítható részszámla nem ütközik a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe, nem történt e körben jogsértés.

33. A Döntőbizottság megvizsgálta a vállalkozási szerződést, valamint annak 2017. augusztus 21-ei módosítását is a részszámlák tekintetében és az alábbi megállapításra jutott.

34. A vállalkozási szerződésben a következő feltétel szerepel:

„Részszámlák: A teljesítés során nyertes Ajánlattevő egy részszámla benyújtására jogosult. A részszámla 50%-os műszaki készülségnél nyújtható be, értéke a nettó ajánlati ár 50%-ának megfelelő összeg.”

A szerződésmódosításban az alábbi feltétel szerepel:

„Részszámlák: A teljesítés során nyertes Ajánlattevő 6 db részszámla benyújtásra jogosult, az alábbi munkanemek szerint, Kivitelező ajánlatában csatolt árazott költségvetésben meghatározott összegben:

1. részszámla: világításkorszerűsítési munkák befejezésével,
2. részszámla: fűtéskorszerűsítési munkák befejezésével,
3. részszámla: nyílászárócseré és külső nyílászáró ablakok és ajtók cseréje befejezésével,
4. részszámla: azbesztmentesítés befejezésével,
5. részszámla: utólagos külső oldali hőszigetelés: a homlokzati és födém hőszigetelés befejezésével,
6. részszámla: napelem rendszer telepítése befejezésével.”

35. A Döntőbizottság ezt követően megvizsgálta a 322/2015. Korm. rendelet 32. §-ában foglaltakat, amelyek többek között a részszámlák kiállításának a módjáról rendelkeznek. Ezek alapján megállapította, hogy amennyiben a teljesítési idő a hat hónapot meghaladja, valamint a szerződés mértéke a nettó 50 millió forintot meghaladja, de a nettó 1 milliárd forintot nem haladja meg, az ajánlatkérő legalább négy részszámla (ideértve a végszámlát is) benyújtásának lehetőségét biztosítja.

36. A Döntőbizottság a fentiek alapján rámutat, hogy tehát amennyiben

- a.) az építési beruházás értéke eléri a nettó 50 millió forintot, de nem haladja meg a nettó 1 milliárd forintot,
- b.) a teljesítési idő a hat hónapot meghaladja

az ajánlatkérőnek kötelessége legalább négy részszámla benyújtásának lehetőségét biztosítani.

37. A Döntőbizottság megvizsgálta a közbeszerzési szerződés nettó értékét, valamint a teljesítésre nyitva álló határidőt. Ezek alapján megállapította, hogy a felek között megkötött vállalkozási szerződés nettó értéke 27.457.837.-Ft volt, valamint a teljesítésre nyitva álló határidő az aláírt vállalkozási szerződés 7.2. pontja szerint 2018. április 30-a volt. A felek a szerződést 2017. július 17-én kötötték meg.

38. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a fentebb ismertetett két feltétel konjunktív feltétel, így azok kötelező alkalmazásához mindegyiknek fel kell állnia. Tárgyi esetben a szerződés nettó értéke nem érte az 50 millió forintot, így ezen feltétel teljesülésének hiánya miatt a felek a megkötött vállalkozási szerződésükbe nem kellett a legalább négy részszámla kitélt alkalmazniuk.

39. A Döntőbizottság rámutat, hogy bár a feltételek hiánya miatt kötelezően nem kellett alkalmazniuk a vállalkozási szerződésben a legalább négy részszámla alkalmazását a feleknek, azonban saját döntésük alapján azt alkalmazhatták volna, azonban az ajánlatkérő a szerződéstervezetben, valamint a felek között 2017. július 17-én létrejött vállalkozási szerződés 9.4. pontjában egy részszámla kiállítását tette lehetővé oly módon, hogy az a műszaki készültség 50 % elérése esetén állíthatja ki a kérelmezett.

40. A Döntőbizottság rögzíti, hogy ezzel szemben a felek által 2017. augusztus 17-én módosított vállalkozási szerződés 9.4. pontjában a felek hat részszámla kiállításában állapodtak meg.

41. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 141. § (1) bekezdése szerint ezen alcím rendelkezéseit alkalmazni kell a szerződés felek - vagy az erre jogosult valamelyik fél - általi módosítására, valamint a felek jogviszonyának a szerződésben foglalt rendelkezéseknek megfelelő változására (a továbbiakban együtt: szerződésmódosítás).

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

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

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

42. A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a Kbt. 141. § (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül, a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

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

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

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

43. Az adott ügy egyedi körülményei alapján szükséges vizsgálni, hogy a második és a harmadik szerződésmódosítás lényegesnek tekintendő-e, a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglalt feltételek valamelyike megvalósult-e. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg, mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az a), vagy b) pontban foglalt feltételek fennállnak. Ezen esetekben a szerződésmódosítás nem megengedett. Az ajánlatkérő és a kérelmezett magatartása a Kbt. 141. § (6) bekezdésének a) és c) pontját nem valósíthatta meg, mivel nem

írhatott volna elő olyan feltételt, amely a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 32. §-a alapján nem megengedett, illetőleg a módosítás a szerződés tárgyát jelentős új elemre nem terjesztette ki.

44. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett ezzel eltértek a közbeszerzési szerződésben foglaltaktól, ezen szerződésmódosításuk lényegesnek minősül, mert a Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontjába ütközik. Az így létrejött szerződésmódosítás alkalmas volt arra, hogy a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtassa meg azzal, hogy nem csak az eredetileg meghatározott 50 %-os készülségi fokon nyújthatott be részszámlát, így az eredeti feltételekhez képest korábban jutott jelentős összegű ellenszolgáltatáshoz, amely körülmény a kérelmezett javára billentette a szerződés gazdasági egyensúlyát. Ezen felül, amennyiben ilyen kifizetési feltételeket határozott volna meg az ajánlatkérő eredetileg a felhívásban és a szerződéstervezetben, mint amellyel a közbeszerzési eljárás során a kérelmezett élhetett, úgy abban az esetben a másik két ajánlatot tevő kedvezőbb ajánlatot nyújthatott volna, illetőleg a nem jelentkező másik két ajánlattételre felhívott gazdasági szereplő ajánlatot nyújthatott volna be.

45. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a felek általi a 2017. augusztus 21-én létrejött szerződés módosításával a felek megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját.

46. A Döntőbizottságnak a második és a harmadik kezdeményezési elem során abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy a felek által 2017. november 6-án (második kezdeményezési elem), valamint a felek által 2018. január 9-én (harmadik kezdeményezési elem) informális módon létrejött szerződésmódosítás nem ütközött-e a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe.

47. A Döntőbizottság a második és a harmadik kezdeményezési elem során az alábbi jogszabályi rendelkezéseket vette figyelembe.

A Kbt. 2. § (7) bekezdés szerint e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.

A Kbt. 135. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőként szerződő fél a szerződés teljesítésének elismeréséről (teljesítésigazolás) vagy az elismerés megtagadásáról legkésőbb az ajánlattevőként szerződő fél teljesítésétől vagy az erről szóló írásbeli értesítés kézhezvételétől számított tizenöt napon belül írásban köteles nyilatkozni.

A (3) bekezdés szerint az építési beruházások esetén a szerződésben foglalt ellenérték kifizetésére kormányrendelet a Ptk. 6:130. § (1)–(3) bekezdésétől eltérő, sajátos szabályokat állapíthat meg.

A (4) bekezdés szerint a támogatásból megvalósuló közbeszerzés esetén szállítói kifizetés során a kifizetésre köteles szervezet is az ajánlatkérőként szerződő félre irányadó – a Ptk. 6:130. § (1)–(3) bekezdésében, a (3) bekezdésben vagy e törvény felhatalmazása alapján kiadott kormányrendeletben meghatározott – szabályok szerint köteles az ellenszolgáltatást teljesíteni.

A (7) bekezdés szerint, ha a közbeszerzés tárgya építési beruházás és a szerződés teljesítésének időtartama a két hónapot meghaladja, az ajánlatkérő köteles a szerződésben foglalt – tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított – teljes ellenszolgáltatás 5%-ának megfelelő összeg, de legfeljebb hetvenötmillió forint előleg igénybevételeként lehetőségét biztosítani. Az előleg fizetését e kötelezően biztosítandó mértékben az ajánlatkérő nem teheti függővé a szerződő fél részéről biztosíték nyújtásától.

A (8) bekezdés szerint a felek a (7) bekezdésben foglalt kötelező mértéket meghaladóan és bármely más esetben is kiköthetik előleg nyújtását a szerződésben. Külön jogszabály a (7) bekezdésben foglalt mértéket meghaladóan és bármely más esetre is előírhatja előleg nyújtását, valamint a (7) bekezdésben foglaltnál nagyobb mértékű előleg nyújtását is kötelezővé teheti biztosíték megkövetelése nélkül.

A (9) bekezdés szerint a (7) bekezdéstől eltérően támogatásból megvalósuló közbeszerzés esetén szállítói kifizetés során az ajánlatkérő – ha külön jogszabály magasabb mértékű szállítói előleg nyújtását nem írja elő – köteles a szerződés – tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított – elszámolható összege 30%-ának megfelelő mértékű előleg igénybevételének lehetőségét biztosítani. Ebben az esetben az ajánlatkérő által kikötött biztosíték mértéke nem haladhatja meg a szerződés – tartalékkeret és általános forgalmi adó nélkül számított – elszámolható összegének 10%-a és az igényelt szállítói előleg különbözetének mértékét.

A (10) bekezdés szerint az (1)–(3) és (6)–(7) bekezdésben, illetve a (9) bekezdésben meghatározott feltételek a szerződésnek akkor is részei, ha a felek ezekről nem vagy – ide nem értve a (8) bekezdés szerinti esetet – ezektől eltérően állapodtak meg.

A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül, a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

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

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

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

A 322/2015. Korm. rendelet 30. §-a szerint:

(1) Az ajánlatkérőként szerződő fél – vagy támogatásból megvalósuló építési beruházás esetén szállítói kifizetés során a kifizetésre köteles szervezet – a Kbt. 135. § (7), illetve (9) bekezdésében foglalt előleget az ajánlattevő kérésére – a (2) bekezdés szerinti kivétellel – legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül köteles kifizetni.

(2) Ha az ajánlatkérő a Kbt. 135. § (7), illetve (9) bekezdésében foglaltaknál nagyobb összegű előleget biztosít, az előleg kifizetése több részletben is történhet. Ebben az esetben az ajánlatkérő legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül kizárólag az előleg első részletét köteles kifizetni.

(3) Az (1) bekezdés szerinti előleg alapja a szerződésben foglalt teljes nettó ellenszolgáltatás értéke. A szerződés későbbi módosítása a kötelezően biztosítandó előleg összegét nem érinti.

48. A Kbt. a szerződés megkötésére, valamint ezáltal annak módosítására is írásbeli formát ír elő, azonban az, hogy a felek ennek hiányában közös megegyezéssel módosították a szerződés feltételeit az előleg kifizetése és összege vonatkozásában nem zárja ki a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó szabályai megsértésének megállapítását. E körben hangsúlyozza a Döntőbizottság, hogy a felek közös szándéka a szerződés módosítására abban nyilvánult meg, hogy a kérelmezett az előleg számlákat benyújtotta az ajánlatkérőnek, aki azok alapján kifizetést teljesített előleg jogcímén, ezért a Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezésben foglaltak szerint vizsgálta a vélelmezett jogsértés megvalósulását a második és harmadik kezdeményezési elemekben szereplő szerződésmódosítások körében is.

49. A Döntőbizottság fentebb meghatározott gyakorlatát támasztja alá az Európai Unió Bírósága által a C-441/22 és C/443/22. számon egyesített ügyekben 2023. december 7-én meghozott ítélete, amely szerint ahhoz, hogy valamely közbeszerzési szerződés módosítását a 2014/24/EU irányelv 72. cikke (1) bekezdés e) pontjára és a (4) bekezdésére tekintettel „lényegesnek” lehessen minősíteni, a szerződő feleknek nem kell az e módosításra irányuló írásbeli megállapodást aláírniuk, mivel a módosításra irányuló közös szándék többek között az e felektől származó egyéb írásbeli információkból is levezethető. Ez tárgyi ügyben a kérelmezett általi számlák kiállítása, valamint az ajánlatkérő általi a számlák alapján történő teljesítéssel igazolható.

50. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 141. § (1) bekezdése szerint ezen alcím rendelkezéseit alkalmazni kell a szerződés felek - vagy az erre jogosult valamelyik fél - általi módosítására, valamint a felek jogviszonyának a szerződésben foglalt rendelkezéseknek megfelelő változására (a továbbiakban együtt: szerződésmódosítás).

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

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

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

51. A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a Kbt. 141. § (2) és (4) bekezdésben szabályozott eseteken kívül, a szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, ha

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

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

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

52. Az adott ügy egyedi körülményei alapján szükséges vizsgálni, hogy a második és a harmadik szerződésmódosítás lényegesnek tekintendő-e, a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglalt feltételek valamelyike megvalósult-e. A szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg, mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az a), vagy b) pontban foglalt feltételek fennállnak. Ezen esetekben a szerződésmódosítás nem megengedett. Az ajánlatkérő és a kérelmezett magatartása a Kbt. 141. § (6) bekezdésének a) és c) pontját nem valósíthatta meg, mivel nem írhatott volna elő olyan feltételt, amely a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 31. §-a alapján nem megengedett, illetőleg a módosítás a szerződés tárgyát jelentős új elemre nem terjesztette ki.

53. A rendelkezésre álló dokumentumok alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a nettó vállalkozói díj 27.457.837.-Ft volt, melynek a felek által az első szerződésmódosítás során

meghatározott 30%-a volt az előleg, ennek az összege nettó 8.237.351.-Ft. Az előleg igénylése külön előlegbekérő okirat alapján történt, amelyet az ajánlatkérőnek legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül kifizetnie a kérelmezett részére. A kérelmezett az első részszámla kiállítására a világításkorszerűsítési munkák befejezésével, a második részszámla kiállítására fűtéskorszerűsítési munkák befejezésével, a harmadik részszámla kiállítására a nyílászárók és külső nyílászáró ablakok és ajtók cseréjének befejezésével, a negyedik részszámla kiállítására az azbesztmentesítés befejezésével, az ötödik részszámla kiállítására az utólagos külső oldali hőszigetelés és a homlokzati és födém hőszigetelés befejezésével, a hatodik részszámla kiállítására a napelem rendszer telepítése befejezésével vált jogosulttá. A végszámla az akadálymentesítési munkálatok befejezésével, valamint a műszaki átadás-átvételi eljárás hiba- és hiánymentes lezárását követően volt benyújtható.

54. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő a kérelmezett részére az előleget, a kérelmezett által kiállított IH4SA8257656 számla alapján, nettó 7.725.492.-Ft összegben 2017. augusztus 23-án teljesítette. A teljesített előleg az építési beruházás nettó értékének 28,1 %-a volt, és az ajánlatkérő ez alapján teljesítette a kérelmezett részére az előlegfizetést.

55. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmezett az első részszámlát IH4SA8257662 sorszámú számlával 2017. október 26-án állította ki, nettó 442.331.-Ft. összegben, amely 2017. november 2-án került az ajánlatkérő által a kérelmezett részére kifizetésre. A számlán szereplő adatok alapján a számla a fűtéskorszerűsítés munkadíját és a világítás korszerűsítés munkadíját fedezte.

56. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmezett a második részszámlát IH4SA8257664 sorszámú számlával 2017. október 26-án állította ki, nettó 3.201.144.-Ft. összegben, amely tekintetében kifizetés nem történt, arra hivatkozva, hogy a korábban kiállított előlegszámla terhére került elszámolásra.

57. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy bár nem képezi a részszámlákhoz kapcsolódó teljesítés és az ahhoz kapcsolódó kifizetés a jogorvoslati kezdeményezés tárgyát, – azonban az előlegteljesítés jogosságának megítéléshez szükséges – az első és a második részszámlában elvégzett munkák és a részszámlák kiállításának elkészültségi fokra vonatkozó rendelkezései nem egyeznek, a kérelmezett nem volt jogosult a számlában szereplő elkészültségi fok alatt a részszámlák kibocsátására, valamint az ajánlatkérő a részszámlákban szereplő összeg teljesítésére.

58. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmezett 2017. október 26-án egy harmadik számlát is kiállított az ajánlatkérő részére. A kiállított számla IH4SA8257663 száma. A számla előlegszámla volt, melynek nettó értéke 3.201.144.-Ft., amely a teljes nettó vállalkozási díj 11,65 %-a. A számlában szereplő összeg a kérelmezett részére teljes egészében kifizetésre került 2017. november 6-án, tehát az ajánlatkérő és a kérelmezett között a második szerződmódosítás ezen teljesítéssel 2017. november 6-án informális módon bekövetkezett.

59. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő az előleg második kifizetésével a kérelmezett részére előleg formájában 2017. november 6. napjáig nettó 10.926.636.-Ft. teljesített, amely a vállalkozási díj nettó összegének 41,65 %-a volt.

60. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmezett a harmadik és a negyedik részszámlát 2018. január 8-án állította ki. A harmadik részszámla számla IH4SA8257679, összege nettó 44.170.-Ft. mely tekintetében az ajánlatkérői teljesítés 2018. január 9-én történt meg. A kérelmezett a részszámlában azt tüntette fel, hogy a részszámlát a nyílászáró csere munkadíja képezte. A

negyedik részszámla száma IH4SA825780, a számlát nettó 739.584.-Ft. összegben állította ki a kérelmezett, okaként azt tüntette fel, hogy a zsaluzás és állványozás munkadíját foglalta magában. A részszámlában szereplő összeget az ajánlatkérő 2018. január 9-én teljesítette.

61. A Döntőbizottság megjegyzi, hogy bár nem képezi a részszámlákhoz kapcsolódó teljesítés és az ahhoz kapcsolódó kifizetés a jogorvoslati kezdeményezés tárgyát, – azonban az előlegteljesítés jogosságának megítéléshez szükséges – a harmadik és negyedik részszámlában elvégzett munkák és a részszámlák kiállításának elkészültségi fokra vonatkozó rendelkezései nem egyeznek, a kérelmezett nem volt jogosult a számlában szereplő elkészültségi fok alapján a részszámlák kibocsátására, valamint az ajánlatkérő a részszámlákban szereplő összeg teljesítésére a negyedik, ötödik és a hatodik részszámla esetében.

62. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmezett a fentiekben ismertetett harmadik és negyedik részszámlán kívül 2018. január 8-án kiállított egy harmadik előlegszámlát IH4SA8257681 szám alatt, amelynek a nettó összege 8.164.787.-Ft. volt. A harmadik előlegszámla összege, a nettóvállalkozási díj 29,7 %-át tette ki. A számlában szereplő összeg a kérelmezett részére teljes egészében kifizetésre került 2018. január 9-én, tehát az ajánlatkérő és a kérelmezett között a harmadik szerződésmódosítás ezen teljesítéssel 2018. január 9-én informális módon bekövetkezett.

63. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kérelmezett 2018. május 3-án IH4SA8257691 sorszám alatt állította ki az ötödik részszámlát 3.769.568.-Ft. összegben, amit részére az ajánlatkérő 2018. május 4-én teljesített. A számlán szereplő elvégzett munkaként ács, tetőfedő és bádigos munkadíja került meghatározásra.

64. A Döntőbizottság a számlák vizsgálata során arra a meggyőződésre jutott, hogy a második és a harmadik előlegszámla azért került kiállításra, illetőleg az ajánlatkérő által teljesítésre, hogy a kérelmezett részére folyamatos előfinanszírozást biztosítson, azért, hogy a kérelmezett ne a saját keretéből finanszírozza előre a megvalósítandó és a szerződésben előírt építési feladatait.

65. A Döntőbizottság rámutat, hogy az ajánlatkérő a kérelmezett részére a három kiállított előlegszámla alapján összesen nettó 19.091.423.-Ft-ot teljesített, amely az egész vállalkozási díj 69,45 %-át tette ki, amely a szerződésben kikötött 30%-os mértéket jelentősen meghaladta. Ebből a második szerződésmódosítással érintett összeg nettó 3.201.144.-Ft volt (összes költség 11,65 %-a), míg a harmadik szerződésmódosítással érintett összeg nettó 8.164.787.-Ft volt (összes költség 29,7 %-a).

66. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett ezzel eltértek a közbeszerzési szerződésben foglaltaktól, ezen szerződésmódosításaik lényegesnek minősülnek, mert a Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontjába ütköznek. Az így létrejött szerződésmódosítás alkalmas volt arra, hogy a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtassa meg azzal, hogy már a teljesítést megelőzően hozzájutott előleg jogcímén jelentős összegű ellenszolgáltatáshoz, amely körülmény a kérelmezett javára billentette a szerződés gazdasági egyensúlyát, mivel az ellenszolgáltatást szolgáltatás nélkül kapta meg, illetőleg nem a közbeszerzési szerződésben meghatározott módon. Ezen felül elbillentette a gazdasági egyensúlyt azáltal is, hogy amennyiben ilyen kifizetési feltételeket határozott volna meg az ajánlatkérő eredetileg a felhívásban és a szerződéstervezetben, mint amellyel a közbeszerzési eljárás során a kérelmezett élt, úgy abban az esetben a másik két ajánlatot tevő kedvezőbb ajánlatot nyújthatott volna, illetőleg a nem jelentkező másik két ajánlattételre felhívott gazdasági szereplő ajánlatot nyújthatott volna be.

67. A Döntőbizottság a fentiek alapján a második és a harmadik kezdeményezési elem tekintetében megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját a 2017. november 6-án (második kezdeményezési elem), valamint a 2018. január 9-én (harmadik kezdeményezési elem) informális úton létrejött szerződésmódosításokkal.

68. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(5) bekezdések szerinti hatáskörében eljárva az első, második és a harmadik kezdeményezési elem tekintetében a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján – figyelemmel a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontjában meghatározottakra – jogsértés megtörténtét állapította meg és bírság kiszabását alkalmazta. A Kbt. 165. § (4) bekezdés értelmében.

69. A Döntőbizottság joggyakorlata töretlen és egységes a tekintetben, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés Kbt.-be ütköző módosítása esetén a szerződő felek mindegyike tekintetében bírságot szab ki. Ezzel azonos álláspontra helyezkedett az Európai Bíróság a C-263/19. számú ügyben.

70. A Kbt. 165. § (11) bekezdés értelmében a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének - továbbá a 62. § (1) bekezdés q) pont szerinti jogsértés megállapítása esetén az eltiltás időtartamának - megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

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

71. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (11) bekezdése szerinti mérlegelési jogkörében eljárva a bírság indokoltsága és összegének meghatározásakor tekintettel volt arra, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett súlyos jogsértést valósított meg azzal, hogy a köztük fennálló vállalkozási szerződést úgy módosították, hogy annak Kbt.-ben meghatározott feltétele – a Kbt. 141. § (6) bekezdés – nem állt fenn. A Döntőbizottság figyelembe vette, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett részéről elkövetett jogsértés nem reparálható. A Döntőbizottság tekintettel volt a közbeszerzési eljárás tárgyára és a nemzeti közbeszerzési értékhatárt elérő becsült értékére (27.457.837.-Ft). A Döntőbizottság a bírság kiszabása során értékelte, hogy az adott közbeszerzési eljárás vonatkozásában jogsértés megállapítására nem került sor az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben. A Döntőbizottság mérlegelte a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszabb időtartamot. A Döntőbizottság megállapította továbbá, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett közrehatása és felelőssége a kezdeményezés szerinti jogsértések megvalósulásában azonos volt. A Döntőbizottság mindezen tényezőket együttesen mérlegelve a bírság összegét a rendelkező részben meghatározott mértékben állapította meg.

72. A Döntőbizottság a költségek viseléséről a Kbt. 145. § (1) bekezdés alapján alkalmazandó az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény 125. § (1) bekezdés szerint rendelkezett.

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

74. A jogi képviselet a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pont 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, 2024. január 11.

*Dr. Schaller Emil sk.
közbeszerzési biztos,
az eljáró tanács elnöke*

*Simon Szabolcs sk.
közbeszerzési biztos*

*Dr. Petró Szilvia sk.
közbeszerzési biztos*

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Ajánlatkérő képviselője, (elektronikus úton)
2. Kérelmezett képviselője (elektronikus úton)
3. Kezdeményező képviselője (elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (elektronikus úton)