



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

Az ügy iktatószáma: D.518/13/2020.

A tanács tagjai: Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bán János közbeszerzési biztos, Dr. Kenessey Réka közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Pénzügyminisztérium
(Budapest, József nádor tér 2-4.)
A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Járady Györgyi Hédi jogtanácsos
Az ajánlatkérő: Jászkisér Város Önkormányzata
(Jászkisér, Fő út 7.)

Az ajánlatkérő képviselője: TOP-SZAKÉRTŐ Közbeszerzési
Szaktanácsadó Kft. (Budapest, Törökvész u.
3/a.) Dr. Weisz Gyula felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó

A kérelmezett: CH-Imperial Ingatlanforgalmazó és
Szolgáltató Zrt.
(Budapest, Balassi Bálint u. 9-11. 4. em. 3.)

A kérelmezett képviselője: Dr. Móricz Zsolt felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó

A beszerzés tárgya, értéke: Iparterület kialakítása Jászkisér településen, 133.525.950.-Ft

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

H A T Á R O Z A T –ot.

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

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 2.000.000.-Ft, azaz kétfélmillió forint, a kérelmezettel szemben 2.000.000.-Ft, azaz kétfélmillió forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. A kezdeményező a Terület- és Településfejlesztési Operatív Program keretén belül „TOP-1.1.1-16 Ipari parkok, iparterületek fejlesztése” tárgyú felhívást tett közzé, melyre az ajánlatkérő TOP-1.1.1-16-JN1-2017-00003 azonosító számon regisztrált támogatási kérelmet nyújtott be a támogatási szerződés mellékletét képező felhívás szerint, amelyet a kezdeményező 2017. december 20-án kelt támogatói döntése szerint támogatásban részesített. A támogatási szerződés tárgya „Iparterület kialakítása Jászkisér településen” című TOP-1.1.1-16-JN1-2017-00003 azonosító számú projekt megvalósítása”. A támogatási szerződést a felek 2018. február 21-én írták alá. A támogatási szerződés „6. A projekt megvalósításának mérföldkövei, indikátorai és műszaki-szakmai eredményei” pontja szerint a „A Kedvezményezett a Projektet a Szerződés mellékletében meghatározott mérföldkövek szerint valósítja meg”. A támogatási szerződés 4. melléklete rendelkezik a projekt mérföldköveiről, amelyek a teljesség igénye nélkül az alábbiak voltak:

2018. október 31. – A projekthez kapcsolódó közbeszerzési eljárás lezárásra kerül.

2019. március 31. – A kivitelezés 25%-os készültséget ér el.

2019. május 31. - A kivitelezés 50%-os készültséget ér el.

2019. június 30. - A kivitelezés 75%-os készültséget ér el.

2019. augusztus 15. - A kivitelezés 100%-os készültséget ér el.

2. Az ajánlatkérő 2019. augusztus 21-én a Kbt. Harmadik Rész, Kbt. 115. § szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított a bevezető részben meghatározott építési beruházás tárgyában az ajánlattételi felhívás és közbeszerzési dokumentumok általa kiválasztott gazdasági szereplőknek való egyidejű megküldésével. Az ajánlattételi felhívás II.1.4) pontja szerint a közbeszerzés mennyisége: „5137 Jászkisér, Apáti út 10. 2137/7 hrsz., az Apáti út mentén alapinfrastruktúra kiépítésével iparterület kialakítása. Jászkisér Ipartelepi infrastruktúra építése az alábbi munkanemek szerint: 1 Gázcsatlakozás kiépítése, 2 Trafó létesítés, 3 Ivóvíz bekötés vízóra aknával, 4 Szennyvíz bekötés, 5 Vagyonvédelem, 7 Út-térburkolat, 8 Út alatti áteresztés építése, 9 Járda építés, 10 Fotovoltaikus térvilágítás, 11 Kerítés építés kapukkal, 12 Tűzvíz tározó, 13 Kútfúrás, 14 Kútakna építés, 15 Telepi vízellátó hálózat, 15 Locsolóvíz, 16 Fásítás, füvesítés.” Az ajánlattételi felhívás II.1.5) pontja szerint a szerződés időtartama 3 hónap volt, a II.2.11) pont szerint a közbeszerzés európai uniós alapokból finanszírozott projekttel és/vagy programmal kapcsolatos volt, a projekt száma vagy hivatkozási száma: TOP-1.1.1-16-JN1-2017-00003. Az ajánlattételi felhívás III.1.5) pontja rögzítette, hogy „A teljes számlaösszeg 100 %-ának kiegyenlítése Terület- és Településfejlesztési Operatív Program (TOP) forrásból történik, a Kbt. 135. §-ában foglaltak alapján. A vállalkozó 1 (egy) darab előlegszámla, 2 (kettő) darab részszámla és 1 (egy) darab végszámla benyújtására jogosult, a Vállalkozási Szerződés alapján. Ajánlatkérő előleget a nettó vállalkozói díj 5 %-a erejéig nyújt, a Kbt. 135. § (7) bekezdése szerinti.” A részletes fizetési feltételeket a közbeszerzési dokumentumok részét képező szerződéstervezet tartalmazta.

3. A közbeszerzési dokumentáció tartalmazta az árazatlan költségvetéseket. A „6. Árazatlan költségvetés - út- és parkolóépítés” táblázat „Kőburkolat készítése” munkalapja 3 tételben összesen 307,5 fm szegélykő építést tartalmaz (219,1 m kiemelt szegély, 80,4 m süllyesztett szegély, 8 m egyéb szegély). A „8. Árazatlan költségvetés - járdaépítés” táblázat „Kőburkolat készítése” munkalapja 1 tételben 37,5 fm szegélykő építést tartalmaz (37,5 m kerti szegély). Azaz a költségvetésben összesen 345 fm szegélykő építés szerepel. Az ajánlatkérő a kivitelezési tervdokumentációt átadta az ajánlattevőknek. A kivitelezési tervdokumentáció tartalmazta a valós építendő szegélymennyiséget.

4. A 2019. október 4-én az EKR-be feltöltött összegezés szerint az eljárás eredményes volt és nyertes ajánlattevőként a kérelmezett került megjelölésre. A felek 2019. október 10-én kötötték meg a vállalkozási szerződést, 129.496.501.-Ft ellenérték szerepeltetésével, melyben az alábbiak is szerepeltek:

„7. Vállalkozó a munkavégzést a munkaterület átadását követően köteles megkezdeni, a munkaterület átadására a szerződéskötést követő 15 (tizenöt) napon kerül sor, a Megrendelő által meghatározott időpontban. A munkaterület átvételét, annak időpontját a Felek az Építési Naplóban rögzítik.

8. Felek rögzítik, hogy jelen Szerződés teljesítési határideje a szerződés hatálybalépéstől számított 3 hónap, azzal, hogy a véghatáridő: 2019. december 15. napja.

10.3. A teljesítés időtartama automatikusan (a jelen Szerződés módosítása nélkül) meghosszabbodik azzal az időtartammal, ameddig a munkavégzés a Vállalkozónak nem felróhatóan akadályoztatva volt, így különösen, de nem kizárólagosan az alábbi esetekben: - vis major (előre nem látható és elháríthatatlan természeti katasztrófa, illetve társadalmi esemény, a Magyar Kereskedelmi Iparkamara által igazoltan), továbbá; - a Megrendelő érdekkörében felmerülő, előre nem látható és a kivitelezési munkát akadályozó esemény, amelynek megelőzése vagy elhárítása tőle nem elvárható.

10.4. Az akadály bekövetkezéséről a Vállalkozó köteles – Építési Naplóban történő bejegyzésen kívül – haladéktalanul írásban értesítést küldeni a Megrendelő részére tértivevényes levélben vagy faxon. Az értesítésben ki kell térni az akadály okára és az akadályoztatás várható időtartamára. Megrendelő az értesítéshez képest 3 (három) napon belül értékeli a helyzetet és a Szerződéssel összhangban jár el. A munkavégzés akadályoztatását Megrendelőnek írásban el kell ismernie, melyről az Építési Naplóba történő bejegyzésen kívül faxon vagy tértivevényes levél formájában értesíti a Vállalkozót. A munka szüneteltetésének időtartamát Megrendelő képviselője ellenőrzi és igazolja.

13.1. Vállalkozó 1 (egy) darab előlegszámla, 1 (egy) darab részszámla és 1 (egy) darab végszámla benyújtására jogosult, az alábbiak szerint:

Előleg számla – amennyiben Vállalkozó előleget igényel – legfeljebb a nettó vállalkozói díj 5 %-a erejéig.

1. Részszámla: a Szerződés szerinti teljesítése esetén 50 %-os mértékénél, a műszaki ellenőr által leigazolt műszaki állapot alapján, legalább a nettó ellenérték 50%-a erejéig.

2. Részszámla: a Szerződés szerinti teljesítése esetén 70 %-os mértékénél, a műszaki ellenőr által leigazolt műszaki állapot alapján, legalább a nettó ellenérték 20%-a erejéig

Végszámla: a 4. ütemterv Szerződés szerinti teljesítését követően, 100 %-ot elérő, műszaki ellenőr által leigazolt műszaki teljesítés esetén a fennmaradó díj erejéig.

Az előleg számla összege a végszámlában kerül elszámolásra.

14. Előleget Megrendelő biztosít (a vállalkozói díj 5 %-a erejéig).

23. Megrendelő a Szerződés aláírásával egyidejűleg átadja Vállalkozó részére a kivitelezési dokumentáció 1 (egy) példányát. Vállalkozó köteles a Megrendelő által átadott tervdokumentációt a Szerződés megkötése előtt megvizsgálni és a Megrendelőt a terv felismerhető hibáira, hiányosságaira figyelmeztetni. Ha a terv valamely hibája vagy

hiányossága a kivitelezés folyamatában válik felismerhetővé, Vállalkozó késedelem nélkül köteles erről a Megrendelőt tájékoztatni.

59. Felek jelen Szerződést jogszerűen kizárólag a Kbt. 141. §-a szerint írásban módosíthatják.”

5. Az építési napló 2019. november 5-i bejegyzése szerint „A múlt héten a munkaterület átadása eseti bejegyzéssel megtörtént. Nem látom a naplóba, ezért megismétlem.” (építési napló 37/146. oldalán). Az építési napló szerint az első munkanap 2019. november 6., ahol a kérelmezett képviselői az alábbi bejegyzéseket tették:

„utak és parkolók kitűzése, gépi tükör vágása föld felrakása és helyi deponálása teherautóval. Kivitelezői bejegyzés: a terveket áttanulmányozva észrevételt tesztek. A kiadott árazatlan tervezői költségvetésben 220 fm kiemelt útszegély található, ezzel szemben a kiviteli terveken 220+340 fm kiemelt szegély szerepel.”

„A fenti bejegyzés miatt kérem a befejezési határidő módosítását”

„A mai napon a munkaterületet átadtam és átvettem. A mai napon az utak és a parkolók kitűzése gép tükör vágása föld felrakása és helyi deponálása teherautóval. Kivitelezői bejegyzés: terveket áttanulmányozva észrevételt tesztek. A kiadott árazatlan tervezői költségvetésben 220 fm kiemelt útszegély található ezzel szemben a kiviteli tervekkel 220 fm+320 fm kiemelt szegély szerepel. A fenti bejegyzés miatt kérem a bejegyzési határidő módosítását.”

Az építési napló 2019. november 7-i bejegyzésében a kérelmezett jelezte, hogy akadályközléssel élt.

A 2019. november 7-én kelt akadályközlő levél szerint a kérelmezett az alábbiakat írta le:

A kérelmezett „[...] ezúton kívánja tájékoztatni az Önkormányzatot, hogy a kivitelezési munkálatok során előre nem látható akadályok merültek fel. 2019. november 6-án rögzítettük az építési naplóba azon tény, hogy tervezői hibából kifolyólag a kiemelt szegély folyómétere nem megfelelően lett megadva a költségvetési kiírásban. Ezen tervezői hibából fakadó probléma megoldása hátráltatja a kivitelezés menetét és szükségessé teszi a szerződésben rögzített 2019. december 15-i befejezési határidő módosítását. A kedvezőtlen időjárási körülmények is hátráltatják a szerződéses kötelezettségünk teljesítését, a rendkívül csapadékos időjárás lassítja az építési folyamatokat továbbá a cserjekiírásban szereplő növények ültetése jelen időjárási körülményekben már rizikós, mivel könnyen kifagyhatnak, továbbá a füvesítés a munkafolyamatok utolsó fázisa, amire a legbiztonságosabb megoldás a tavaszi vetés. A fentiekben túlmenően alvállalkozó is jelezte felénk, hogy nem tudja tartani az alvállalkozói szerződésben vállalt határidejét, mely nyilatkozatot csatoljuk jelen akadályközlő mellékleteként. A fent bemutatottak kapcsán kérelmezzük a befejezési határidő 2020. április 30-ra történő módosítását.”

6. A kérelmezett az akadályközlő levelében hivatkozott alvállalkozója – a Kisér-Szolg Nonprofit Kft. – 2019. november 7-én kelt kérelmére, amely az alábbiakat tartalmazta:

„[...] ezúton nyilatkozunk az „Iparterület kialakítása Jászkisér településen” megnevezésű, TOP1.101-16011-2017-00003 azonosítószámú pályázati projekt megvalósításához kapcsolódó kerítés építési feladatok ellátása kapcsán arról a tényről, hogy szervezetünknel a vártnál jobban elhúzódnak a szervezet átalakítási folyamatok. Megbízott ügyvezető vezeti jelenleg a társaságot és folyamatban van az új ügyvezető kiválasztása, de előre nem látott okokból kifolyólag ez a folyamat húzódik. A képlékeny szervezeti struktúra és a döntési jogkörök bizonytalansága sajnálatos módon hatással van a cégen belüli munkafolyamatok hatékonyságára és menetére is.

Fentiekben túl a kedvezőtlen időjárási körülmények szintén hátráltatják a szerződéses kötelezettségünk teljesítését, a rendkívül csapadékos időjárás lassítja a kerítés építési

folyamatok kivitelezését. A fent bemutatott végzett ezúton szeretnénk kezdeményezni, hogy a 2019. október 24-én társaságunk és a CH-IMPERIAL Ingatlanforgalmazó és Szolgáltató Zrt. között létrejött vállalkozási szerződés II/2 pontjában szereplő teljesítési határidőt 2020.03.31-i dátumra módosíthassuk.”

7. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2019. november 11-én aláírták az 1. számú szerződésmódosítást, amelynek I. fejezete az alábbi előzményeket rögzíti:

„Megrendelő, mint Ajánlatkérő 2019. augusztus 21. napján „Iparterület kialakítása Jászkisér településen” tárgyban közbeszerzési eljárást indított, amely alapján 2019. október 10. napján Vállalkozási szerződést kötöttek a Felek (a továbbiakban: Szerződés), amelyet közös megegyezéssel az Irányító Hatóság által egyeztetettek alapján, valamint a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján kívánják módosítani.”

A II. fejezet 1. pontja szerint az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződés IV. Fizetési feltételek 13.1 alpontját módosítják és az alábbi rendelkezést léptetik a hivatkozott alpont helyébe:

„13.1 Vállalkozó 1 (egy) darab előlegszámla, 3 (három) darab részszámla és 1 (egy) darab vég számla benyújtására jogosult, az alábbiak szerint:

Előleg számla – amennyiben Vállalkozó előleget igényel – legfeljebb a nettó vállalkozói díj 5 %-a erejéig.

1. Részszámla: a Szerződés szerinti teljesítése esetén 25 %-os mértékénél, a műszaki ellenőr által leigazolt műszaki állapot alapján, legalább a nettó ellenérték 25%-a erejéig

2. Részszámla: a Szerződés szerinti teljesítése esetén 50 %-os mértékénél, a műszaki ellenőr által leigazolt műszaki állapot alapján, legalább a nettó ellenérték 50%-a erejéig

3. Részszámla: a Szerződés szerinti teljesítése esetén 75 %-os mértékénél, a műszaki ellenőr által leigazolt műszaki állapot alapján, legalább a nettó ellenérték 75%-a erejéig

Vég számla: a 4. ütemterv Szerződés szerinti teljesítését követően, 100 %-ot elérő, műszaki ellenőr által leigazolt műszaki teljesítés esetén a fennmaradó díj erejéig.

Az előleg számla összege a 3. részszámlából és a vég számlában kerül elszámolásra.”

A II. fejezet 2. pontja szerint az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződés III. 8. pontját módosítják és az alábbi rendelkezést léptetik a hivatkozott pont helyébe:

„8. Felek rögzítik, hogy jelen Szerződés teljesítési véghatárideje: 2020. április 30. napja.”

A szerződésmódosítás indokaként a felek az alábbiakat rögzítették:

„1. A Szerződő Felek rögzítik, hogy a számlázási feltételek módosításának indoka a fizetési ütemezés összhangjának megteremtése a projekt kapcsán a Magyar Államkincstárral megkötött támogatási szerződésben szereplő mérföldkövekkel. A TOP-1.1.1-16 kódszámú pályázati felhívás 3.4.2-es pontja szerint „A kivitelezési munkálatokról (pl.: építés, felújítás, bővítés) a beruházás 25, 50, 75 és 100%-os készültségi szintjénél egy-egy teljesítési mérföldkövet tervezni szükséges. A vállalkozási szerződés és a támogatási szerződés összhangjának megteremtése érdekében célszerű és szükséges a fizetési ütemezést módosítani.

2. A Szerződő Felek rögzítik, hogy a teljesítési véghatáridő módosítását az Ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatta előre. Az előre nem láthatóság indoka az építési terület átvételét követően műszaki akadályok felmerülése. A kedvezőtlen időjárási körülmények hátráltatják a szerződéses kötelezettségünk teljesítését, a rendkívül csapadékos időjárás lassítja az építési folyamatokat továbbá a cserjekiírásban szereplő növények ültetése jelen időjárási körülményekben már rizikós, mivel könnyen kifagyhatnak, továbbá a füvesítés a munkafolyamatok utolsó fázisa, amire a legbiztonságosabb megoldás a tavaszi vetés. A fentiekben túlmenően tervezői hibára is fény derült. Az akadályok felmerülésének ténye az építési naplóba került rögzítésre és akadályközlő levélben lett jelentve és kifejtve a Megrendelő felé. A módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét. Ellenérték növekedése: 00,00 %.

3. A módosítás megfelel a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglaltaknak, tekintettel arra, hogy: [itt idézte a hivatkozott bekezdést]

4. Szerződő Felek közötti Szerződés egyebekben változatlan tartalommal hatályban marad.”

8. Az ajánlatkérő az EKR rendszer felületére 2019. november 13-án töltötte fel a tájékoztatóját a szerződés módosításáról, amelynek VI.2.2) pontjában a módosítás szükségességét indokoló körülmények ismertetése, és e körülmények előre nem látható jellegének magyarázataként az alábbiakat rögzítette: „A számlázási feltételek módosításának indoka a fizetési ütemezés összhangjának megteremtése a projekt kapcsán a Magyar Államkincstárral megkötött támogatási szerződésben szereplő mérföldkövekkel. A vállalkozási szerződés és a támogatási szerződés összhangjának megteremtése érdekében célszerű és szüksége a fizetési ütemezést módosítani. Az előre nem láthatóság indoka az építési terület átvételét követően műszaki akadályok felmerülése.”

9. A kérelmezett a 2019. november 14-én az ajánlatkérő részére küldött „Műszaki megoldás jóváhagyása” tárgyú levelében az alábbiakat közölte:

„A 2019. november 6-i egyeztetésen több, a tervet érintő kérdés merült fel, amelyek a költségvetést is érintették. Az egyik ilyen probléma a szegélykő mennyiségi eltérése, amely közel 2M Ft-os többletkiadást jelent. A másik műszaki javaslat a tűzvíz tározó tartályok felszíni tűzvíz tározóra történő áttervezése és megvalósítása. Kérem T. Polgármester urat és T. Műszaki ellenőr urat, hogy tűzvíz tározót érintő változashoz és az áttervezés elindításához hozzájárulni szíveskedjen. Természetesen az ebből felszabaduló forrás a szegélykőnél jelentkező plusz igény fedezetére szolgál.” Az ajánlatkérő a kérelmezett javaslatában foglaltakat elfogadta.

10. A kérelmezett 2020. január 13-án küldte meg az ajánlatkérő részére a tűzvíz tározó módosított terveit, amelyeket az ajánlatkérő aznap elfogadott.

11. A kérelmezett a teljesítési időszakban 1 db előlegrszámlát (ESZ00001/2019.) nyújtott be bruttó 8.223.027.-Ft összegben, 3 db részszámlát (CH-00240/2019.; CH00008/2020.; CH00041/2020.) és 1 db végszámlát (CH00063/2020.). Az előleg teljes bruttó összege a végszámlában került jóváírásra. Az ajánlatkérő 2020. október 29-én kelt nyilatkozata alapján a szerződésmódosításban foglaltaktól a szerződő felek közös megállapodással eltértek, és az előleg teljes összegét a végszámlában írták jóvá.

A hivatalbóli kezdeményezés

12. A kezdeményező 2020. december 4-én előterjesztett és 2020. december 8-án hiánypótlásával pontosított kezdeményezése szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontját, a Kbt. 141. § (6) bekezdését. A jogsértő esemény megtörténtének dátumaként a szerződésmódosítás napját, azaz 2019. november 11-ét jelölte meg. A tudomásszerzésének időpontjaként a szabálytalansági eljárás megindításának a napját, azaz 2020. november 16-át jelölte meg. Előadta, hogy a beruházás egy új iparterület kialakítására, ipartelepi infrastruktúra építésére irányult. A vállalkozási szerződés III.8. pontja szerint a szerződés teljesítésének határideje a szerződés hatálybalépéstől számított 3 hónapban, de legkésőbb 2019. december 15-ben került meghatározásra. A rendelkezésre álló dokumentumok szerint a munkaterület átadására 2019. október 24-én került sor, az első tényleges munkavégzést tartalmazó bejegyzés napja az építési napló alapján ugyanakkor ennél későbbre, 2019. november 6-ra esett. A vállalkozási szerződést a felek 2019. november 11-én kelt szerződésmódosítással a teljesítési határidő, továbbá a számlázási feltételek

vonatkozásában, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára történő hivatkozással módosították. A vállalkozási szerződés módosításában rögzítettek szerint a számlázási feltételek módosítására a TOP-1.1.1-16 számú pályázati felhívásban foglaltakkal és a TOP-1.1.1-16-JN1-2017-00003 sz. projekt támogatási szerződésében szereplő mérföldkövekkel való összhang megteremtése érdekében volt szükség. A pályázati felhívás 3.4.2. pontjában foglaltakra tekintettel ugyanis a kivitelezési munkálatokról a támogatási szerződés 4. sz. mellékletében a beruházás 25, 50, 75 és 100%-os készültségi szintjéhez igazodóan egy-egy teljesítési mérföldkő került betervezésre, míg a vállalkozási szerződés IV.13.1. pontja szerint az előlegszámla mellett, 50, 70 és 100%-os teljesítési szint elérésekor lettek volna kiállíthatók számlák. Álláspontja szerint e vonatkozásban a módosításra okot adó körülmény előre nem láthatósága nem igazolható, továbbá az a szerződés gazdasági egyensúlyát is a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg.

13. Utalt rá, hogy a projekt támogatási szerződése 2018. február 21-én lépett hatályba, azaz a módosításban megjelölt körülmények fennállása az ajánlatkérő által már jóval a közbeszerzési eljárás megindítását megelőzően is ismert volt. Ez előre nem látható körülménynek nem tekinthető, kellő gondossággal történő eljárás mellett pedig az ajánlatkérőnek már a közbeszerzési dokumentumok összeállításakor is figyelemmel kellett volna lennie egyéb – a szerződés uniós támogatási forrásból történő finanszírozására tekintettel különösen a támogatást nyújtó szervezet irányában fennálló – kötelezettségeinek teljesíthetőségére. Kiemelte ennek kapcsán továbbá azt is, hogy a mérföldkövek teljesítésére vonatkozó beszámoló benyújtása körében a pályázati felhívás nem írta elő egyúttal számlák benyújtásának kötelezettségét is. A pályázati felhívás vonatkozó pontja szerint ugyanis a projekt kivitelezésével kapcsolatos mérföldkövek esetén: „Benyújtandó dokumentumok: műszaki ellenőr beszámolója, fotódokumentáció, teljesítésigazolások.” Az ellenszolgáltatás teljesítése, elszámolásának módja a közbeszerzési szerződés lényeges, érdemi feltételét képezi, azt a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni szükséges, azok ismerete befolyásolhatja az ajánlattételi képességet is. A tárgyi szerződésmódosítás esetében az újabb részszámla kiállításának lehetőségével a nyertes ajánlattevő az eredetileg tervezettnél hamarabb, nagyobb gyakorisággal juthatott további kifizetéshez, mellyel likviditása nőtt. Ennek kapcsán előadta azt is, hogy noha a szerződésmódosításban rögzítettek alapján az előleg összege az eredeti szerződéses feltételhez képest korábban – a vég számla helyett a 3. részszámla és a vég számla összegében – került volna elszámolásra, a rendelkezésre álló elszámoló bizonylatok és az ajánlatkérő nyilatkozata alapján e vonatkozásban a szerződő felek a módosításban rögzítettektől eltértek, ugyanis az előleg teljes összege a vég számlában került elszámolásra. Az előbbieket követően álláspontja szerint a módosítás eredményeképp a szerződés gazdasági egyensúlya a nyertes ajánlattevő javára változott meg.

14. Előadta továbbá, hogy a módosítás értelmében a teljesítési határidő is megváltozott, az 2020. április 30-ig meghosszabbításra került, azaz az eredetileg megközelítőleg 2 hónapos teljesítési határidő további 137 nappal (4,5 hónappal) hosszabbodott meg. Véleménye szerint a módosításra okot adó körülmények előre nem láthatósága szintén nem igazolható. A módosításban rögzítettek szerint az építési terület átvételét követően felmerült műszaki akadályok, a kedvezőtlen időjárási körülmények, továbbá tervezői hiba tette szükségessé a szerződés módosítását, melyek közül a rendelkezésre álló dokumentumok alapján – különös tekintettel az ajánlatkérő 2020. szeptember 10-én kelt nyilatkozatára – a tervezői hiba bírt kiemelkedő jelentőséggel. A tervezői hiba (azaz a kiemelt szegély folyóméterének nem megfelelően meghatározott volta a költségvetési kiírásban) következtében ugyanis szükségessé vált az egyéb műszaki megoldások, és a szerződéses költségvetés módosítása, mely folyamat időigénye indokoltá tette a határidő módosítását. Álláspontja szerint a közbeszerzési eljárás előkészítésekor az ajánlatkérőnek minden, a felhívás, a dokumentáció és

a szerződéstervezet összeállításához szükséges kérdést végig kell gondolnia (ideértve a megvalósítás reális határidejét, a szerződés műszaki tartalmát, az esetleges időjárási körülményeket, egyéb kockázatokat is). A közbeszerzési törvény előírásaira tekintettel továbbá az építési beruházások esetében az eljárás csak a külön jogszabályban meghatározott követelményeknek megfelelő tervek birtokában indítható meg. Ha viszont az ajánlatkérő az eljárás előkészítésekor nem megfelelő alapossággal jár el, akkor az a szerződésszerű teljesítést is akadályozhatja. A közbeszerzési eljárás nem megfelelő előkészítéséből, a tervek hibájából eredő késedelem viszont a közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről szóló, a közbeszerzési hatóság keretében működő tanács útmutatójában (KÉ. 2019. évi 106. szám; 2019. június 4.) foglaltak szerint sem alapozza meg a Kbt. 141. §-ának (4) bekezdés c) pontjában foglalt feltételek fennállását. Véleménye szerint tehát a szerződésmódosítás indokolásában hivatkozott időjárási körülmények sem minősülnek a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti előre nem látható körülménynek.

15. Álláspontja szerint a legkésőbb 2019. december 15-ig tartó teljesítési határidőt tartalmazó szerződés esetén az ajánlatkérőnek számolnia kellett az őszi-téli időszakra jellemző időjárási körülményeknek a kivitelezésre való várható hatásaival. A közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről szóló, a Közbeszerzési Hatóság keretében működő Tanács útmutatójában foglaltak értelmében pedig a teljesítés határideje a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontjára történő hivatkozással egyébként is csak a különösen kedvezőtlen, előre nem látható időjárási viszonyok esetén módosítható. Az ajánlatkérő által rendelkezésre bocsátott időjárási adatok alapján ugyan 2019. novemberében több napon is jelentősebb mértékű csapadék hullott, ennek a szerződés teljesítésére való kihatását az ajánlatkérő nem igazolta, továbbá az építési naplóban 2019. novemberében mindösszesen egy nap (2019. november 7.) esetében került rögzítésre, hogy az esőzés a munkavégzést akadályozta. Az építési napló 2019. novemberi adatai közt ellenben több bejegyzés is tartalmazza, hogy a munkavégzés megfelelő ütemben haladt. Ezek alapján nem tekinthető alátámasztottnak, hogy extrém időjárási körülmények tartósan nehezítették volna a munkavégzést. Megjegyezte, hogy az építési napló alapján a munkavégzés 2019. november 6-án kezdődött meg az építési területen, a szerződés módosítására 2019. november 11-én került sor, így álláspontja szerint legfeljebb a két dátum közötti 5 nap időjárási adatai bírhatnának a szerződésmódosítás jogszerűségének megítélése során relevanciával. Ezen 5 napnyi időtartam ugyanakkor a 137 napos határidő hosszabbítással nem áll arányban.

Az ajánlatkérő észrevétele

16. Az ajánlatkérő kifejtette, hogy a kivitelezés során derült ki, hogy az árazatlan költségvetésben jelentős eltérés mutatkozik. A ténylegesen szükséges 980,4 fm süllyesztett szegély helyett a költségvetésben 530,4 fm szerepelt. Ez a kivitelező számára jelentős többlet költséget jelentett volna. Felmerült annak kérdése, hogy az ajánlatkérő az előre nem látható plusz költséget miből finanszírozza. 2019. november 6-án merült fel a tervezői hiba, melynek finanszírozására megoldást kellett találni. Ennek kapcsán 2019. november 14-én született meg a döntés és a jóváhagyás arra vonatkozóan, hogy a tűzvíz tározó rendszer áttervezésével lehet megvalósítani a többletköltségek fedezését. Előadta, hogy 2019. december 31-én kapta meg az áttervezett tűzvíz tározó engedélyét, ami megfelelően alátámasztja a hosszabbításra szánt idő relevanciáját, hiszen a módosított engedély megszerzését követően tudta csak folytatni a kivitelezési munkálatok releváns részét a kivitelező. Így igazolható, hogy az ajánlatkérő a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja szerinti kellő gondossággal előre nem láthatta az

engedély kiállításának pontos dátumát, amely alapján a szerződés véghatáridejét módosítani kellett. A kivitelező továbbá számolt az időjárási körülményekkel, azonban az időjárás jelentős, az évszaktól eltérően csapadékos volt, amelyet előre nem lehet tudni. Véleménye szerint ezt a csatolt időjárási adatok is alátámasztják. Nyílt területen esős időben érdemi munkát nem lehet végezni. Ezt a műszaki ellenőr az ellenőrzések alapján is tapasztalta. Az időjárási körülmények mintegy 40 nappal növelték a kivitelezésre fordítandó időt. A kivitelező joggal vetette fel, hogy a bokrokat november végén, és december elején nem célszerű elültetni, mert elfagyhat és pótlása plusz költséget jelent neki. A tavaszi ültetés – március – reális igény, javaslat volt.

17. Hangsúlyozta, hogy a beruházás megvalósítása során derült ki, hogy tervezői hibából kifolyólag a kiemelt szegélykő mennyisége nem megfelelően lett meghatározva a költségvetésben. Ez a tény 2019. november hónap során jelezve is lett akadályközlő levélben. A többlet szegélykő forrását végül a tűzvíz tározó terveinek módosításán keresztül lehetett biztosítani. A korábbi tartályos megoldás helyett, felszíni tározóra módosult a tűzvíz tározó. A módosulás mindenben megfelel a hatósági előírásoknak, egyenértékűen kiváltja a korábbi megoldást műszaki szempontból, de kivitelezési költsége alacsonyabb, így a megtakarításból finanszírozható a kiemelt szegélyek többletköltsége. Az eredeti tervben indokolatlanul zárt tűzvíz tározó került kialakításra. A későbbiek során a tározó karbantartása jelentős többletköltséget jelentett volna az üzemeltetőnek. Ezért a műszaki ellenőr elfogadta az új, nyitott tűzvíz tározó tervét, mert a kialakítás költségének csökkenése mellett a fenntartás költségei jelentősen kevesebbek lettek a későbbiek során. A módosított tervek kereken két hónapot vettek igénybe az engedélyezésig. A tűzvíz tározó kivitelezési költségeinek csökkenése lehetővé tette külön forrás bevonás nélkül a süllyesztett szegély költségének a finanszírozását. Megjegyezte, hogy a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet nem tartalmaz olyan rendelkezést, amely kimondaná, hogy az előleg kizárólag a végszámlában számolható el. Olyan rendelkezés van a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendeletben, amely kimondja, hogy az előleg és a részszámlák alapján történő kifizetések összértéke nem lehet kevesebb a szerződés – általános forgalmi adó nélkül számított – értékének 70%-ánál, azonban ezen kitétel figyelembevételével járt el az ajánlatkérő a szerződésmódosítás során. Ennek okán az ajánlatkérő jogszerűen járt el az előleg kifizetésének előírása kapcsán, mind az eljárást megindító felhívásban, mind a vállalkozási szerződés tervezetben, mind a jelen szerződésmódosításban.

18. Álláspontja szerint a közbeszerzési eljárás eredményeként az aláírt vállalkozási szerződést a felek a Kbt. 141. §-ban foglaltak alapján közös megegyezéssel a Ptk., mint háttérjogszabály szerint módosíthatják. A szerződő felek a támogatási szerződéssel történő összhang megteremtése érdekében módosították a köztük létrejött szerződést. A Kbt. szerződésmódosítás lehetőségét biztosító rendelkezések közül a 141. § (4) bekezdés c) pontját, mint szerződésmódosítási jogalapot látta az ajánlatkérő indokoltnak, különös tekintettel a határidő módosításra, hiszen a határidő módosítás sem a 141. § (2) bekezdésében, illetve sem a 141. § (6) bekezdésében foglaltaknak nem felelt meg. A szerződésmódosítás a fizetési ütemezést annyiban érintette, hogy 2 db részszámla helyett 3 db részszámla került előírásra 25% - 50 % - 75% -os készülségi szintnél fizetendő ki az adott részszámla, amelyek így összhangba kerültek a támogatási szerződésben szereplő mérföldkövekkel.

19. Álláspontja szerint a Kbt. előírásainak megfelelően került módosításra a tárgyi közbeszerzési eljárásban kötött szerződés, ezért kérte a jogsértés hiányának a megállapítását.

20. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során nyilatkozott, hogy az ajánlattételi felhívás megküldésekor az ajánlattevők rendelkezésére bocsátotta a kiviteli tervdokumentációt, illetve csatolta ezt az iratot.

A kérelmezett észrevétele

21. Kifejtette, hogy a szegélykő mennyiségére vonatkozóan a tárgyi közbeszerzési eljárásban nem nyújtott be a Kbt. 56. § alapján kiegészítő tájékoztatáskérést, és az ajánlatkérő részéről sem volt kiegészítő tájékoztatás nyújtása. Véleménye szerint sem a kérelmezett, sem a többi ajánlattevő számára nem volt előre látható a szegélykő mennyiségének nem megfelelő kiírása, így az ajánlattevők a rendelkezésre bocsátott árazatlan költségvetésben az előírt mennyiségre nyújtottak be ajánlatot. A közbeszerzési eljárás lefolytatása és lezárása után a kivitelezés során derült ki, hogy az árazatlan költségvetésben jelentős eltérés mutatkozik. A szükséges 980,4 fm süllyesztett szegély helyett az árazatlan költségvetésben 530,4 fm szerepelt. A kivitelezés során 2019. november 6-án merült fel a tervezői hiba, melynek finanszírozására megoldást talált az ajánlatkérő. Ennek kapcsán 2019. november 14-én született meg a döntés és a jóváhagyás arra vonatkozóan, hogy a tűzvíz tározó rendszer áttervezésével lehet megvalósítani a többletköltségek fedezését. Az ajánlatkérő 2019. december 31-én kapta meg az áttervezett tűzvíz tározó engedélyét, ami megfelelően alátámasztja a teljesítési határidő hosszabbításra szánt idő relevanciáját és előre nem láthatóságát, hiszen a módosított engedély megszerzését követően lehetett csak folytatni a kivitelezési munkálatok releváns részét. Hivatkozott a Döntőbizottság D.385/24/2018. számú határozatára, amelynek alapján véleménye szerint a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja igazolható, vagyis kellő gondossággal előre nem volt látható az engedély kiállításának pontos dátuma, amely alapján a szerződés véghatáridejét módosítani kellett.

22. Előadta továbbá, hogy számolt az időjárási körülményekkel, azonban az időjárás jelentős, az évszaktól eltérően csapadékos volt, amelyet előre nem lehetett tudni. Véleménye szerint ezt a csatolt időjárási adatok is alátámasztják. Nyílt területen esős időben érdemi munkát nem lehet végezni. Ezt a műszaki ellenőr az ellenőrzések alapján is tapasztalta. Hangsúlyozta, hogy részéről észrevétel volt még arra vonatkozóan, hogy a bokrokat november végén, december elején nem célszerű elültetni, mert elfagyhatnak és pótlásuk plusz költség lenne. A tavaszi ültetés – március – reális igény, javaslat volt. A beruházás megvalósítása során derült ki, hogy tervezői hibából kifolyólag a kiemelt szegélykő mennyisége nem megfelelően lett meghatározva a költségvetésben. Ezt a tényt 2019. november hónap során jelezte az akadályközlő levelében. A többlet szegélykő forrását az ajánlatkérő a tűzvíz tározó terveinek módosításán keresztül tudta biztosítani. A korábbi tartályos megoldás helyett, felszíni tározóra módosult a tűzvíz tározó. A módosulás mindenben megfelelt a hatósági előírásoknak, egyenértékűen kiváltotta a korábbi megoldást műszaki szempontból, de kivitelezési költsége alacsonyabb, így a megtakarításból finanszírozható volt a kiemelt szegélyek többletköltsége. Az eredeti tervben indokolatlanul zárt tűzvíz tározó került kialakításra. A későbbiek során a tározó karbantartása jelentős többletköltséget jelentett volna az üzemeltetőnek, ezért a műszaki ellenőr elfogadta az új, nyitott tűzvíz tározó tervét, mert a kialakítás költségének csökkenése mellett a fenntartás költségei jelentősen kevesebbek lettek a későbbiek során. A módosított tervek két hónapot vettek igénybe az engedélyezéséig. A tűzvíz tározó kivitelezési költségeinek csökkenése lehetővé tette külön forrás bevonás nélkül a süllyesztett szegély költségének a finanszírozását.

23. A számlázási feltételekkel kapcsolatosan kifejtette, hogy a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet nem tartalmaz olyan rendelkezést, amely kimondaná, hogy az előleg kizárólag a végszámlában számolható el. Olyan rendelkezés van a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendeletben, amely szerint az előleg és a részszámlák alapján történő kifizetések összértéke nem lehet kevesebb a szerződés – általános forgalmi adó nélkül számított – értékének 70%-ánál, azonban ezen kitétel figyelembevételével járt el az ajánlatkérő a szerződésmódosítás során. Ennek okán az ajánlatkérő jogszerűen járt el az előleg kifizetésének előírása kapcsán, mind az eljárást megindító felhívásban, mind a vállalkozási szerződés tervezetben, mind a jelen szerződésmódosításban. A szerződésmódosítás a fizetési ütemezést annyiban érintette, hogy 2 db részszámla helyett 3 db részszámla került előírásra 25%, 50%, 75% készülségi szintnél. Az eredetileg aláírt szerződésben szereplő 2 db részszámla nem volt összhangban a támogatási szerződésben szereplő mérföldkövekkel.

24. A közbeszerzési eljárás eredményeként aláírt vállalkozási szerződést a szerződő felek a Kbt. 141. §-ban foglaltak alapján közös megegyezéssel a Ptk., mint háttérjogszabály szerint módosíthatják. A szerződő felek a támogatási szerződéssel történő összhang megteremtése érdekében módosították a köztük létrejött szerződést. A Kbt. szerződésmódosítás lehetőségét biztosító rendelkezések közül a 141. § (4) bekezdés c) pontját, mint szerződésmódosítási jogalapot látta az ajánlatkérő indokoltnak, különös tekintettel a határidő módosításra, hiszen a határidő módosítás sem a 141. § (2) bekezdésében, illetve sem a 141. § (6) bekezdésében foglaltaknak nem felelt meg. A szerződésmódosításra a Kbt. előírásainak megfelelően került sor, ezért kérte a jogsértés hiányának a megállapítását.

25. A kérelmezett csatolta

- az építési napló 2019. november 6-i bejegyzéseinek kivonatát,
- a 2019. november 14-én kelt, általa az ajánlatkérő részére, valamint a 2019. november 14-én az ajánlatkérő által a részére küldött „műszaki megoldás jóváhagyása” tárgyú iratokat,
- a 2020. január 13-án kelt, általa az ajánlatkérő részére, valamint 2020. január 13-án az ajánlatkérő által a részére küldött „tervdokumentáció jóváhagyása” tárgyú iratokat.

A kérelmezett továbbá a jogorvoslati eljárás során nem vitatta, hogy részére a kivitelezési tervdokumentáció az ajánlattételi felhívás megküldésével egyidejűleg átadásra került.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

26. A Döntőbizottság a kezdeményezést érdemben a Kbt. és az egyéb jogszabályok közbeszerzési eljárás megindításakor hatályos rendelkezései alapján az alábbiak szerint vizsgálta meg.

27. A kezdeményezés szerint a felek 2019. november 11-én jogsértő jelleggel módosították közbeszerzési szerződésüket.

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

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

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

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

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

c) a következő feltételek együttes teljesülése esetén:

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

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

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

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

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

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

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

A Kbt. 141. § (8) bekezdése szerint a szerződés az e §-ban foglalt eseteken kívül csak új közbeszerzési eljárás eredményeként módosítható. Amennyiben a szerződés módosítására közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kerül sor, a módosítás a 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis.

29. A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek beszerzésüket közbeszerzési eljárás útján kötelesek megvalósítani, különösen a Kbt. 4. § (1) bekezdéséből és a Kbt. 141. § (4) bekezdés felvezető mondatából következően minden beszerzés előtt, így a szerződés módosítása útján megvalósult beszerzést megelőzően is, közbeszerzési eljárás lefolytatása kötelező. Az egyébként kivételes – közbeszerzési eljárás mellőzésével megvalósított – szerződésmódosítás feltételeit a jogszabályok taxatívén sorolják fel, amelyek értelmezésekor a Kbt. 2. § (7) bekezdés első mondata szerinti kógenciára is figyelemmel kell lenni. A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a közbeszerzési szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges, és mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja szerinti feltétel jogszerű alkalmazhatósága abban az esetben vizsgálandó, amennyiben a szerződésmódosítás lényeges.

30. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság először a szerződésmódosítás lényeges minősége kérdésében foglalt állást.

31. A szerződésmódosítás következtében a kérelmezett több részszámla benyújtására lett jogosult, kedvezőbb feltételekkel kerülhetett részére az 1. és 2. részszámla kiegyenlítésre, valamint további harmadik részszámla kiállítására lett jogosult, továbbá az eredetinel hosszabb teljesítési határidő állt rendelkezésre a szerződés teljesítésére.

32. A Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata szerint a szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 50. § (2) bekezdés g) és i) pontjai a szerződés időtartamát, illetve az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit olyan lényeges érdemi körülménynek minősítik, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni kell, és az ajánlatkérő mindezeket a felhívás II.1.5) és III.1.5) pontjaiban meg is tette. A szerződés időtartama tehát a közbeszerzési szerződés lényeges, érdemi feltétele. Jelen közbeszerzési eljárás esetében a szerződés időtartama „3 hónap” volt, amelyet a felek a szerződésmódosítás során több, mint 100 %-os mértékben, további 3,5 hónappal hosszabbítottak meg. Ugyanígy lényeges, érdemi feltételnek minősülnek a közbeszerzési szerződés szerinti fizetési feltételek. Eredetileg a kérelmezett részszámlát (az elsőt) a teljesítés 50%-os mértékénél, a nettó ellenérték 50%-áig állíthatott ki, a szerződésmódosítás következtében azonban ezt már a teljesítés 25%-ánál is megtehetette. A közbeszerzési dokumentumok szerint továbbá a második részszámla a teljesítés 70%-os mértékénél volt kiállítható, amely úgy módosult, hogy már lehetőség volt erre a teljesítés felénél. A második részszámla ellenértékét a módosítás következtében ráadásul az addigi 20%-ról 50%-ra emelték a felek. A harmadik részszámla kiállítására vonatkozó lehetőség nem szerepelt az eredeti szerződéses feltételekben, ennek bevezetése további lényeges érdemi változásnak tekintendő. Mindez azt jelentette, hogy a szerződés lényeges feltételét igen jelentős mértékben változtatták meg.

33. Mivel a módosítást a fentiek szerint lényegesnek kell tekinteni, a Döntőbizottság megvizsgálta, hogy a szerződésmódosítások egyébként mely, a Kbt. ezt lehetővé tevő rendelkezésének felelnek meg. Ebben a körben az ajánlatkérő arra hivatkozott, hogy a szerződésmódosítás a Kbt. 141. § (4) bekezdése alapján jogszerűnek tekinthető, a kezdeményező pedig cáfolta a jogszabály szerinti konjunktív feltételek közül a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerinti feltétel fennállását. Az ajánlatkérő lényegében a számlázási feltételek támogatási szerződéssel való összhangjának megteremtésével, műszaki akadályok felmerülésével, kedvezőtlen időjárási körülményekkel, növénytelepítési problémákkal és tervezői hibával indokolta a szerződésmódosítás általa megjelölt jogszabálynak való megfelelését.

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

35. Az ajánlatkérőnek a szerződésmódosítás jogszerűsége alátámasztására olyan körülményeket kell igazolnia, amelyeket kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre.

36. Az ajánlatkérő szerint egyrészt a szerződésmódosítással össze kellett hangolni a közbeszerzési szerződés rendelkezéseit a támogatási szerződésével. Rögzítendő, hogy a támogatási szerződés a támogató és az ajánlatkérő, mint kedvezményezett által 2018. február 21-én került aláírásra, ezen időponttól kezdődően az ajánlatkérő tisztában volt azzal, hogy a projekt megvalósítására milyen mérföldköveket vállalt a támogatási szerződésben. Ennek ellenére a 2019. augusztus 21-én megküldött felhívásban és a közbeszerzési dokumentumokban a támogatási szerződés szerinti előrehaladási ütemezéstől eltérően határozta meg a számlázási- és fizetési feltételeket. Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során nem hangolta össze a támogatási szerződésben meghatározott teljesítési mérföldköveket a közbeszerzési eljárásban meghatározott számlázási ütemezéssel. Amennyiben a szerződésmódosítás körében az előbbiek szükségességére hivatkozik, ez a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerinti feltételek szempontjából nem vehető figyelembe, ugyanis a támogatási szerződésnek való megfelelés nem volt olyan körülmény, amelyet az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre, tekintettel arra, hogy a támogatási szerződés általa is alkalmazni kívánt vonatkozó előírásait jóval a közbeszerzési eljárás megkezdése előtt ismerte.

37. Az ajánlatkérő műszaki akadályok felmerülésére is hivatkozott. A kérelmezett a 2019. november 7-én kelt akadályközlő levélében hivatkozott az alvállalkozója érdekkörében felmerült akadályoztatásra, amely alátámasztására a vállalkozó kérelmét is mellékelte. Ezen kérelem szerint a Kisér-Szolg Nonprofit Kft. szervezeti problémái miatt a kivitelezési feladatait nem tudja megfelelően ellátni, ezért jelezte, hogy a vállalt határidőt nem fogja tudni tartani. Kérte a szerződése határidejének módosítását. Az előadott indok a Kbt. 141. § egyik bekezdése szerinti szerződésmódosítási feltételnek sem felel meg, ugyanis az a kérelmezett érdekkörében jelentkező teljesítést akadályozó probléma, amelyet a kérelmezettnek a szerződés teljesítési keretein belül kell megoldania, az alvállalkozó lecserélésével, vagy a feladatrészek saját teljesítésbe vonásával. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerinti feltétel megköveteli egyrészt, hogy a módosítás szükséges legyen, másrészt az ajánlatkérő kellő gondossággal történő eljárását. Mindezen konjunktív törvényi feltételek jelen esetben nem állnak fenn, tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítás nem volt szükséges, mert a vállalkozó határidőben történő teljesítésre való képtelensége esetére nem a szerződésmódosítás, hanem a szerződésszegésre irányadó szerződéses előírások megfelelő alkalmazása jelenthet a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő számára megoldást.

38. Az ajánlatkérő hivatkozott kedvezőtlen időjárási körülményekre is, amelyekkel kapcsolatosan rögzíteni szükséges, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során kialakította a tárgyi feladatok elvégzésének ütemezését, annak határidejét, amely határidőt a közbeszerzési eljárás részévé tett, azt az ajánlattételi felhívás II.1.5) pontja szerint 3 hónapban határozta meg. Az ütemezés kialakításakor tisztában kellett lennie a ténnyel, hogy október-november-december hónapokra tervezte a kivitelezés megvalósítását. A kérelmezett az ajánlattétele során szintén tisztában kellett, hogy legyen azzal a ténnyel, hogy nyertessége esetén a szerződésben rögzített feladatokat október-november-december hónapokban kell teljesítenie, őszi-téli időjárási körülmények figyelembe vételével. Az eljárás során ezzel kapcsolatosan kiegészítő tájékoztatást nem kért. A kivitelezés adott időszakában sem az ajánlatkérő, sem a kérelmezett nem dokumentált szokatlan, az időszakra nem jellemző, extrém időjárást. Az építési napló, valamint a csatolt időjárási adatok alapján megállapítható, hogy nem történt rendkívüli, az adott időszakban nem várható időjárási körülmény, amelyre az ajánlatkérőnek és a kérelmezettnek az ezen időszakra tervezett kivitelezés esetén nem kellett volna számítani. Nem állt fenn előre nem látható időjárási körülmény, amely a szerződésmódosítást indokolhatta volna a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján.

39. A Döntőbizottság ebben a körben szükségesnek tartja hivatkozni arra, hogy az ajánlatkérő ebben az esetben sem hangolta össze a kivitelezés idejét a támogatási szerződésben foglalt tervezett kivitelezési időszakkal, ugyanis a támogatási szerződésben rögzítettek szerint 2018. november 1-től 2019. augusztus 15-ig volt a tervezett kivitelezési időszak. Továbbá említésre méltó az a körülmény is, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett 2019. október 10-én kötötte meg a szerződést, amelynek a teljesítési határideje 2019. december 15. volt, tehát összesen 63 naptári nap állt a kérelmezett rendelkezésére a szerződésének a teljesítésére. Ennek ellenére az első nap, amikor a munkaterületen munkavégzés történt 2019. november 6. volt, azaz a rendelkezésre álló 63 napból 24 nap eltelt a munkaterületen végzett bármilyen feladat elvégzése nélkül, azaz a szerződés teljesítésére – amennyiben a határidőig hátra lévő munkanapokat vesszük figyelembe – összesen 29 munkanap maradt. Mivel az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során őszi-téli körülmények közé tervezte a kivitelezési feladatait, a kérelmezettnek őszi-téli körülmények figyelembe vételével kellett az ajánlatát kialakítania, és az adott időszakban – dokumentáltan – nem történt az időszakra nem jellemző, extrém, rendkívüli időjárás, az előadottak a Döntőbizottság szerint nem támasztják alá a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja azon feltételét, mely szerint olyan körülmény következett be, amelyet az ajánlatkérő nem láthatott előre.

40. Az ajánlatkérő szerint továbbá a szerződésmódosítás indokául cserjéket, füvesítést érintő növénytelepítési problémák is szolgálhattak. Mindezzel kapcsolatosan figyelembe kell venni, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során meghatározta az elvégzendő feladatok körét, amelynek része volt a füvesítés és növénytelepítés is. Az előkészítés során meghatározta az eljárásának az ütemtervét, meghatározta a szerződés teljesítésének határidejét. Tehát ismert volt előtte, hogy a füvesítési és növénytelepítési feladatokat október-november-december időszakban kell elvégezni. A kérelmezett szintén tisztában kellett, hogy legyen ezekkel a feltételekkel, az ajánlatát ennek ismeretében tette meg, az eljárás során ezzel kapcsolatosan kiegészítő tájékoztatást nem kért. A kérelmezett a 2019. november 7-én kelt akadályközlő levelében jelezte, hogy „a cserjekiírásban szereplő növények ültetése jelen időjárási körülményekben már rizikós, mivel könnyen kifagyhatnak, továbbá a füvesítés a munkafolyamatok utolsó fázisa, amire a legbiztonságosabb megoldás a tavaszi vetés”. Az ajánlatkérő nem tett ezzel ellentétes nyilatkozatot, azaz egyet értett a kérelmezett felvetésével. Amennyiben a kérelmezett és az ajánlattevő is ugyanazon következtetésre jutott, hogy ez nem megfelelő időszak a növénytelepítési munkákra, akkor ennek egy előre látható körülménynek kellett lennie, amelyet az előkészítés idejében is figyelembe vehetett volna az ajánlatkérő, valamint a kérelmezett is jelezhetett volna az eljárás során. Itt érdemes megjegyezni, hogy a növénytelepítés szempontjából talán ezen időszak a legmegfelelőbb. Mivel fentiek alapján az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során őszi-téli körülmények közé tervezte a füvesítés, növénytelepítés feladatait, a kérelmezettnek őszi-téli körülmények figyelembe vételével kellett az ajánlatát kialakítania, azonban egyet értettek abban, hogy ezen feladatok elvégzésére az időszak mégsem megfelelő, ezért a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontjában a jogszerű szerződésmódosításhoz megkövetelt előre nem láthatósági feltétel nem állt fenn.

41. Végül a felek a szegélykövekkel kapcsolatos tervezői hibára is hivatkoztak. Az ajánlatkérő a közbeszerzési dokumentáció részeként biztosította a költségvetéseket, műszaki leírásokat, valamint a tervdokumentációt, amelyen beazonosíthatóan szerepeltek az elkészítendő kivitelezési elemek. Az útépitésre vonatkozó tervek, műszaki leírás és

részletrajzok egyértelműen, beazonosíthatóan tartalmazták az összes szegélyépítési feladatot. Megállapítható az is, hogy a tervezői költségvetésben szereplő szegélykő mennyiség lényegesen kevesebb, mint a tervben szereplő mennyiség. Vélhetően a tervező a tervezői költségvetésben nem a megfelelő szegélymennyiségeket szerepeltette, ezért a kiviteli tervdokumentációhoz képest az adatok hibásan kerültek be az eljárás dokumentumaiba, amelyet a felek nem vettek észre. A felek ugyanakkor a közbeszerzési dokumentumok, valamint az ajánlat alapján megkötötték a szerződést, amelynek 23. pontja szerint a kérelmezett a szerződés aláírásakor átvette a kivitelezési tervdokumentációt, a felek jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatai szerint továbbá a tervdokumentáció az ajánlattételkor is az ajánlattevők rendelkezésére állt. Ehhez képest a szerződésmódosításban a szegélyezést érintően előadott körülmények nem minősülhetnek a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerint előre nem láthatónak, mert amennyiben az ajánlatkérő (és a kérelmezett) az iratokat előzetesen alaposan áttanulmányozza, a pontos szegély mennyiségek általuk előzetesen felmérhetők lettek volna.

Ezzel kapcsolatban az ajánlatkérő és a kérelmezett hivatkoztak arra, hogy az előre nem láthatóságot a többlet szegélyépítés pénzügyi forrásának megteremtése érdekében átervezett tűzivíz tározó engedélyezésének elhúzódása jelentette. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett egybehangzó nyilatkozatai szerint a tűzivíz tározó átervezéséről (és a többlet forrás ily módon való előteremtéséről) 2019. november 14-én született döntés, azonban a szerződésmódosítást 2019. november 11-én írták alá, így ez semmiképpen nem lehet a szerződésmódosításra okot adó körülmény.

42. Mindezek alapján a Döntőbizottság arra a következtetésre jutott, hogy a szerződésmódosításhoz szükséges Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti konjunktív feltételek közül az egyik, a ca) alpontban előírt feltétel nem állt fenn. Így a szerződésmódosítások ajánlatkérő által megjelölt jogalapja megdőlt, és mivel nem merült fel arra vonatkozó körülmény, hogy a szerződésmódosítás a Kbt. egyéb rendelkezése alapján esetleg jogszerűnek minősülhet, a Döntőbizottság a szerződésmódosítást érintően megállapította, hogy a felek megsértették a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontját.

43. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(3) bekezdéseiben meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokokra tekintettel a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a jogsértés megtörténtét állapította meg. A Döntőbizottság nem állapította meg a szerződésmódosítás Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerinti semmisségét, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő a szerződés időtartama meghosszabbításával és a számlázási feltételek módosításával nem mellőzte a közbeszerzést.

44. A Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja szerint, amennyiben a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatában jogsértést állapít meg bírságot szabhat ki a jogsértő szervezettel vagy személlyel, valamint a jogsértésért felelős személlyel vagy szervezettel jogviszonyban álló, a jogsértésért felelős személlyel és szervezettel szemben.

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

A Kbt. 165. § (11) 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.

45. A Döntőbizottság a megállapított jogsértéssel összefüggésben a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítéletében foglaltakra tekintettel – amelyben a Kúria elvi éllel mondta ki, hogy a közbeszerzési jogsértésért való felelősség objektív, a Döntőbizottságnak nem kell vizsgálnia, hogy mely okból, vagy milyen vélekedés alapján nem kerültek betartásra a közbeszerzési szabályok – szerződésmódosítást jogsértő módon megvalósító mindkét féllel, vagyis az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben is bírságot szabott ki, e döntésénél a Kbt. 141. § (1) bekezdésében foglaltakra is (a szerződésmódosítás feltételeit a jogszabály a „felekre” nézve rögzíti) tekintettel volt. A bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (4) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a közbeszerzési szerződés értéke 129.496.501.-Ft (becsült érték: 133.525.950.-Ft) volt. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a jogsértés súlyát, és azt súlyosnak ítélte. A közbeszerzési szerződés jogsértő módosítása a mellőzéssel rokon jogsértés, s így az egyik legsúlyosabb közbeszerzési jogsértésnek minősül, hisz a közbeszerzési szabályozás célja, alapelvei érvényesülésének garanciája vész el a szerződéses szakaszban. A közbeszerzés alapelveit (jelen esetben különösen a Kbt. 2. § (4) bekezdését) és célját sérti az ilyen jogsértő magatartás, hisz a közbeszerzési eljárás feltételeinek utólagos módosulásával jár, s annak jelentőségét relativizálja. Értékelte továbbá a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot is. A Döntőbizottság azt is figyelembe vette, hogy a jogsértés utólag nem reparálható, ugyanakkor azt is, hogy a közbeszerzés támogatásból megvalósult beruházásra irányult, amelyre tekintettel a jogsértés megállapításához más szerv eljárásában szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fenti szempontok kifejezett mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott azonos mértékű bírságot szabta ki az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben, tekintettel arra, hogy a jogsértés megvalósításában közrehatásuk és felelősségük azonos volt.

46. A Döntőbizottság az eljárási költségek viseléséről az Ákr. 129. §-ában foglaltakra figyelemmel rendelkezett.

47. A határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatát a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpont szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pontja

alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2021. február 10.

Dr. Fáry Zoltán sk
a tanács elnöke

Bán János sk
közbeszerzési biztos

Dr. Kenessey Réka sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

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