



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG**  
**KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

---

**Az ügy iktatószáma:** D.88/6/2021.

**A tanács tagjai:** Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Berekméri Ágnes közbeszerzési biztos, Dr. Peleskey Viktória közbeszerzési biztos

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

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

**Az ajánlatkérő:** Borsod Bacon Kft.  
(Borsodszirák, Petőfi utca 43.)

**Az ajánlatkérő képviselője:** Esztári Ügyvédi Iroda, Dr. Esztári Csaba ügyvéd  
(Budapest, Kelenhegyi út 41. fszt. 1.)

**A kérelmezett neve:** Szinva-House Invest Kft.  
(Kesznyéten, Kossuth utca 45.)

**A kérelmezett képviselője:** Dr. Bálint Tamás  
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó  
(Pécs, Nap utca 18.)

**A beszerzés tárgya, értéke:** Sertéstelep korszerűsítése és bővítése Borsodszirákon – 696.061.890.-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 megsértette az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet) 31. §-át.

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

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 69.000.000.-Ft, azaz hatvankilencmillió forint; a kérelmezettel szemben 34.000.000.-Ft, azaz harmincnégy millió forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket 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.

## I N D O K O L Á S

### A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő – a 2017. október 5-én kelt, 698/4501/7/14/2017. iktatószámú támogatói okirat szerint – a Vidékfejlesztési Program Irányító Hatósága, mint támogató döntése alapján vissza nem térítendő támogatásban részesült az Európai Mezőgazdasági Vidékfejlesztési Alapból és hazai központi költségvetési előirányzatból. A támogatói okirat szerint az ajánlatkérő a támogató „Sertéstartó telepek korszerűsítése” című VP2-4.1.1.5-16 számú felhívása alapján nyújtotta be a 1778551321. számú támogatási kérelmét. A támogatói okirat 3. melléklete szerint a projekt teljes költsége összesen 945.484.985.-Ft, melyből a támogatás összege 449.912.551.-Ft, az önerő, a saját forrás összege pedig 495.572.434.-Ft.

2. Az ajánlatkérő 2017. november 10-én a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerint összefoglaló tájékoztatást küldött a Közbeszerzési Hatóságnak, amelyet a Közbeszerzési Hatóság ugyanezen a napon közzétett a honlapján. Az összefoglaló tájékoztatás V.1.1) pontjában az ajánlatkérő az eljárás iránti érdeklődés jelzésének határidejeként 2017. november 20-án 10:00 órát határozta meg. A határidőig két gazdasági szereplő jelezte érdeklődését.

3. Az ajánlatkérő 2017. november 21-én összesen öt gazdasági szereplőnek küldte meg az eljárást megindító felhívást (a továbbiakban: felhívás).

4. A felhívás 9. Az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételei vagy a vonatkozó jogszabályokra hivatkozás pontja az alábbiakat tartalmazta:

„Az ajánlattétel, a szerződés és a kifizetések pénzneme magyar forint (HUF).

A megvalósítás pénzügyi fedezetét ajánlatkérő részben saját forrásból, illetve részben a VP2-4.1.1.5-16 számú (Sertéstelepek korszerűsítése) konstrukció keretében 1778551321. azonosítószámú pályázati forrásból, az Európai Unió forrásából biztosítja.

A támogatás mértéke a projekt elszámolható összköltségének 50,000000%-a.

Az elszámolás formája: utófinanszírozás.

Ajánlatkérő a Kbt. 135. § (7) bekezdés alapján a szerződésben foglalt – tartalékkeret és áfa nélkül számított – teljes ellenszolgáltatás 5%-ának megfelelő összegű előleget biztosít, amennyiben az előlegre nyertes ajánlattevő igényt tart. Az előleg a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 30. § (1) bekezdése alapján, legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül kerül kifizetésre.

Ajánlatkérő az előleg igénybevétele nem köti előleg-visszafizetési biztosíték nyújtásához.

Az ajánlatkérő a vállalkozói díjat 30 napos fizetési határidő mellett, az igazolt szerződés szerű

teljesítést követően átutalással, forintban (HUF) teljesíti az alábbiak szerint:

- alvállalkozó igénybevétele hiánya esetén a Kbt. 135. § (1)-(2) és (5)-(6) bekezdései, továbbá a Ptk. 6:130.§ (1) és (2) bekezdés szerint,
- alvállalkozó igénybevétele esetén a fentiek figyelembevételével, de a Ptk. 6:130.§ (1)-(2) bekezdésétől eltérően a Kbt. 135. § (3) bekezdése alapján alkalmazott 322/2015. (X.30.) Korm. rendelet 32/A. § szerint.

Az előlegszámla összege a végszámlában számolható el.

Ajánlatkérő részszámlázást az alábbiak szerint biztosít:

A teljesítés során 4 db számla (az esetleges előlegszámlát nem számítva, de ideértve a végszámlát is) benyújtásának lehetősége biztosított az alábbiak szerint:

1. részszámla benyújtásának lehetősége: a teljes nettó vállalkozói díj 20%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 20%-át elérő megvalósult teljesítés esetén;
2. részszámla benyújtásának lehetősége: a teljes nettó vállalkozói díj 30%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 50%-át elérő megvalósult teljesítés esetén;
3. részszámla benyújtásának lehetősége: a teljes nettó vállalkozói díj 20%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 70%-át elérő megvalósult teljesítés esetén;

végszámla benyújtása: a teljes nettó vállalkozói díj 30%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 100%-át elérő megvalósult teljesítés esetén, sikeres műszaki átadás-átvételt követően. A végszámla benyújtásának feltétele sikeres műszaki átadás-átvétel, a megvalósulási és átadási dokumentáció és annak összes mellékletének szolgáltatása, a munkaterület rendeltetés szerinti használatra alkalmas állapotban ajánlatkérőnek történő birtokba adása, és ennek a teljesítésigazolásban való elismerése.

Ajánlatkérő felhívja a figyelmet, hogy a vállalkozói díj tartalékkeretet nem tartalmaz, továbbá, hogy a megkötendő szerződés rendelkezései vonatkozásában a tartalékkeret jogintézményét nem alkalmazza.

A kivitelezési feladatok teljesítését az építési naplóban tett bejegyzések, illetve az adott teljesítési időszakhoz kapcsolódóan elkészített jelentés alapozza meg, amelyet a teljesítés igazolásához a megbízónak köteles három példányban benyújtani, s amely jelentés a teljesítés igazolás mellékletéül is szolgál.

Ajánlatkérő a kifizetés során az Adózás rendjéről szóló 2003. évi XCII. törvény (a továbbiakban: Art.) 36/A. §-ában foglaltakat teljes körben alkalmazza.

Késedelmes fizetés esetén ajánlatkérő köteles a Ptk.-ban meghatározott (6:155. §), és a késedelem időtartamához igazodó mértékű késedelmi kamatot megfizetni, továbbá a külön jogszabályban (2016. évi IX. törvény) meghatározottak szerint a behajtási költségátalányt eladó a késedelem bekövetkezésétől számított egy éves jogvesztő határidőn belül a 2016. évi IX. törvényben rögzített feltételek szerint a kötelező törvényi minimum mértékében követelheti.

Irányadó jogszabályok:

- Az adózás rendjéről szóló 2003. évi XCII. törvény 36/A. §
- A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLIII. törvény
- Az általános forgalmi adóról szóló 2007. évi CXXVII. törvény
- A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény
- Az államháztartásról szóló törvény végrehajtásáról szóló 368/2011. (XII. 31.) Korm. rendelet
- Az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény
- 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet az építési beruházások közbeszerzésének részletes szabályairól
- 272/2014 (XI. 5.) Korm. rendelet a 2014-2020 programozási időszakban az egyes európai uniós alapokból származó támogatások felhasználásának rendjéről

A részletes fizetési feltételeket a szerződéstervezet tartalmazza.”

5. A felhívás 20. pontja – egyebek mellett – tartalmazta, hogy az ajánlatkérő az ajánlattételt ajánlati biztosíték nyújtásához köti. Az ajánlati biztosíték mértéke 3.000.000.-Ft, melyet az ajánlatkérő számlájára, az ajánlattételi határidő lejártáig kell befizetni.

6. Az ajánlattételi határidőig a kérelmezett és a Biodisposal Kft. tett ajánlatot. Az ajánlatok felbontásáról készített jegyzőkönyv tartalmazta, hogy a közbeszerzési eljárás becsült értéke 696.061.890.-Ft.

7. Az ajánlatkérő 2018. január 29-én vállalkozási szerződést kötött a kérelmezettel, a közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevőjével.

8. A vállalkozási szerződés IV. pontja – a közbeszerzési dokumentumok között elhelyezett szerződéstervezettel egyezően – tartalmazta a vállalkozói díjra és annak megfizetésére vonatkozó rendelkezéseket.

9. A IV.4. pont szerint a vállalkozói díj mértéke mindösszesen 696.061.890.-Ft + Áfa.

10. A IV.14. pont tartalmazta, hogy az ajánlatkérő a beruházás pénzügyi fedezetének 50,000000%-át a VP2-4.1.1.5-16 számú (Sertéstartó telepek korszerűsítése) konstrukció keretében 1778551321. azonosítószámon benyújtott pályázatból, Európai Unió forrásból, a további 50,000000%-át saját forrásból biztosítja. Az ellenérték kifizetése szállítói finanszírozással nem érintett, tehát az ellenértéket közvetlenül az ajánlatkérő teljesíti a kérelmezett felé. A támogatási intenzitás 50,000000%. A finanszírozás formája: utófinanszírozás.

11. A IV.15. pont szerint az ajánlatkérő a Kbt. 135. § (7) bekezdése alapján – a jelen szerződésben foglalt – teljes nettó vállalkozói díj 5%-ának megfelelő összeg mértékben biztosítja az előleg igénybevételét a kérelmezettnek.

12. A IV.16. pont szerint az előleg a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 30. § (1) bekezdése alapján, legkésőbb az építési munkaterület átadását követő 15 napon belül kerül kifizetésre. Az ajánlatkérő nem él az előleg részletekben való kifizetésével. A fenti határidő teljesítése érdekében a felek megállapodtak abban, hogy az előlegbekérőt a munkaterület átadását követő 8 naptári napon belül kell az ajánlatkérőnek átadni.

13. A IV.17. pont szerint az előleggel a végszámlában kell teljes körűen elszámolni. A felek rögzítették, hogy amennyiben a jelen szerződés az előleg elszámolása előtt megszűnne, a szerződés megszűnésének napját követő banki 5. napig (alapuljon az bármely jogcímen) köteles a kérelmezett a felvett, de még el nem számolt előleget késedelmi kamat terhe mellett az ajánlatkérőnek átutalással hiánytalanul visszafizetni.

14. A IV.18. pont tartalmazta, a felek megállapodnak abban, hogy az előleg igénybevételét az ajánlatkérő ajánlati biztosíték nyújtásához köti, az ajánlattételi felhívás 20. pontjában részletezettek szerint.

15. A IV.20. pont szerint az ajánlatkérő a részszámlázást akként biztosítja, hogy a teljesítés során 4 db számla (az esetleges előlegszámlát nem számítva, de ideértve a végszámlát is) benyújtásának lehetősége biztosított az alábbiak szerint:

- 1. részszámla benyújtásának lehetősége: a teljes nettó vállalkozói díj 20%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 20%-át elérő, megvalósult teljesítés esetén;
- 2. részszámla benyújtásának lehetősége: a teljes nettó vállalkozói díj 30%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 50%-át elérő, megvalósult teljesítés esetén;
- 3. részszámla benyújtásának lehetősége: a teljes nettó vállalkozói díj 20%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 70%-át elérő megvalósult teljesítés esetén;
- végszámla benyújtása: a teljes nettó vállalkozói díj 30%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 100%-át elérő megvalósult teljesítés esetén, sikeres műszaki átadás-átvételt követően. A végszámla benyújtásának feltétele sikeres műszaki átadás-átvétel, a megvalósulási és átadási dokumentáció és annak összes mellékletének szolgáltatása, a munkaterület rendeltetés szerinti használatra alkalmas állapotban az ajánlatkérőnek történő birtokba adása, és ennek a teljesítésigazolásban való elismerése.

16. A IV.21. pont szerint a vállalkozói díj az igazolt szerződés szerű teljesítést követően átutalással, forintban kerül teljesítésre az alábbiak szerint:

- alvállalkozó igénybevétele hiánya esetén a Kbt. 135. § (1)-(2) és (5)-(6) bekezdései, továbbá a Ptk. 6:130. § (1) és (2) bekezdés szerint;

– alvállalkozó igénybevétele esetén a fentiek figyelembevételével, de a Ptk. 6:130. § (1)-(2) bekezdésétől eltérően a Kbt. 135. § (3) bekezdése alapján alkalmazott 322/2015. (X.31.) Korm. rendelet szerint az alábbiak szerint:

- a) kérelmezett legkésőbb a teljesítés elismerésének időpontjáig nyilatkozik, hogy az általa a teljesítésbe bevont alvállalkozók egyenként mekkora összegre jogosultak a vállalkozói díjból;
- b) az ajánlatkérő felhívja a kérelmezettet, hogy a vállalkozói számla kifizetési határidejéig nyújtsa be az ajánlatkérő felé az alvállalkozók kifizetésének igazolását, melyet követően az ajánlatkérő kiegyenlíti a kérelmezett benyújtott számláját;
- c) amennyiben kérelmezett kéri, hogy az alvállalkozói számlákat az ajánlatkérő egyenlítse ki, úgy erről nyilatkozatot nyújt be az a) pont szerinti nyilatkozattal egyidejűleg.

17. A IV.22. pont – egyebek mellett – tartalmazta, hogy az ajánlatkérő a vállalkozói díjat az igazolt szerződés szerű teljesítést és az elfogadott teljesítésigazolást követően a kérelmezett által kiállított számlák, továbbá a számlákhoz a kérelmezett által kiállított alvállalkozói nyilatkozatok kiállításától számított 30 napos fizetési határidő mellett, a 2013. évi V. törvény 6:130. § (1) bekezdés szerint az ajánlatkérő számlájáról a kérelmezett számlájára, vagy a kérelmezett nyilatkozata szerinti alvállalkozóinak bankszámlájára történő átutalással teljesíti.

18. A IV.23. pont szerint a kérelmezett a számlák kiállításától számított 3 napon belül köteles a számlákat az ajánlatkérő részére eljuttatni. Amennyiben kérelmezett ezen kötelezettségének nem tesz eleget, úgy a fizetési határidő kezdete a számlák kézhezvételének napja.

19. A IV.24. pont szerint az ajánlatkérő a kifizetés során az adózás rendjéről szóló 2003. évi XCII. törvény 36/A. §-ban foglaltakat teljes körben alkalmazza.

20. A IV.28. pont szerint a kiszámlázott díj nem térhet el a jelen szerződésben foglaltaktól.
21. A IV.29. pont szerint a kérelmezett csak abban az esetben tarthat igényt vállalkozói díjra, ha a szerződésben és az árajánlatban vállalt szolgáltatást szerződésszerűen, maradéktalanul teljesíti.
22. A IV.30. pontban a felek rögzítették, hogy fizetési kötelezettséget kizárólag a jogszabályoknak és a szerződésnek mindenben megfelelő számla és mellékleteinek ajánlatkérő általi kézhezvétele keletkeztet.
23. A VII.1. pont tartalmazta, hogy a szerződést a felek a teljesítésig kötik. A szerződés teljesítésének határideje 2019. augusztus 31. napja, az ajánlatkérő előteljesítést elfogad.
24. A VIII.1. pont szerint a munkaterületet az ajánlatkérő a vállalkozási szerződés hatálybalépésének napját követő 15 napon belül adja át.
25. A vállalkozási szerződés XIII.5. pontja – egyebek mellett – tartalmazta, hogy a szerződés módosítására kizárólag írásban van lehetőség a Ptk. 6:191 § rendelkezései alkalmazásával. Kivételt képez e rendelkezés alól, ha a szerződő felek adataiban változás következik be, vagy a kapcsolattartó, illetve teljesítésigazoló személye megváltozik.
26. A XIII.6. pontban a szerződő felek rögzítették, hogy a szerződés csak a Kbt. feltételeinek (141. §) teljesülése esetén, írásban módosítható.
27. Továbbá, hogy a szerződés – alakszerű szerződésmódosítás nélkül – módosul az alábbi esetekben:
- felek közhiteles nyilvántartásban foglalt adatainak módosulása esetén a nyilvántartásba bejegyzés napjával,
  - felek kapcsolattartóira, teljesítésigazoló személyére vonatkozó adatok módosulása esetén a másik félhez tett közlés kézhezvételének napjával,
  - amennyiben a Kbt. ezt egyebekben nem zárja ki.
28. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/001 számú, 2018. január 26-án kelt előlegbekérő és a GU4SA4920445 számú, 2018. január 29-én kelt számla alapján 2018. január 29-én átutalt 60.000.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
29. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/002 számú, 2018. január 26-án kelt előlegbekérő és a GU4SA4920447 számú, 2018. január 30-án kelt számla alapján 2018. január 30-án átutalt 30.000.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
30. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/003 számú, 2018. január 26-án kelt előlegbekérő és a GU4SA4920449 számú, 2018. január 30-án kelt számla alapján 2018. január 30-án átutalt 30.000.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
31. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/004 számú, 2018. május 9-én kelt előlegbekérő és a GU4SA4920450 számú, 2018. május 10-én kelt számla alapján 2018. május 10-én átutalt 15.000.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.

32. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/005 számú, 2018. május 9-én kelt előlegbekérő és az RHASA2205052 számú, 2018. május 11-én kelt számla alapján 2018. május 11-én átutalt 14.300.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
33. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/006 számú, 2018. május 11-én kelt előlegbekérő és az RHASA2205053 számú, 2018. május 14-én kelt számla alapján 2018. május 14-én átutalt 13.400.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
34. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/007 számú, 2018. június 13-án kelt előlegbekérő és az RHASA2205054 számú, 2018. június 15-én kelt számla alapján 2018. június 15-én átutalt 9.800.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
35. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/008 számú, 2018. június 13-án kelt előlegbekérő és az RHASA2205055 számú, 2018. június 15-én kelt számla alapján 2018. június 15-én átutalt 10.000.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
36. Az ajánlatkérő az EB/2018/BB/009 számú, 2018. június 13-án kelt előlegbekérő és az RHASA2205056 számú, 2018. június 15-én kelt számla alapján 2018. június 15-én átutalt 10.000.000.-Ft összeget a kérelmezett számlájára.
37. Az ajánlatkérő 2018. június 18-án igazolta a kérelmezett teljesítését összesen nettó 177.497.323.-Ft értékű munka tekintetében. A teljesítésigazolás tartalmazta, hogy a munkákat a kérelmezett I. osztályú minőségben elvégezte, így jogosult a szerződés szerinti összegű I. részszámla kiszámlázására.
38. A kérelmezett 2018. június 18-án állította ki az RHASA2205059 számú I. részszámlát nettó 177.497.323.-Ft összegről. A kérelmezett az I. számú részszámlában elszámolta az ajánlatkérő által a GU4SA4920445, GU4SA4920447, GU4SA4920449, RHASA2205052, RHASA2205053, RHASA2205054, RHASA2205055 és RHASA2205056 számlák alapján kifizetett összegeket, összesen 177.500.000.-Ft-ot, így az I. részszámla végösszege mínusz 2.677.-Ft lett.
39. Az építési napló (E-Főnapló) „Napi jelentések, eseti bejegyzések” részében az ajánlatkérő képviselője 2018. február 7-én 8 órakor – egyebek mellett – az alábbiakat rögzítette:  
„Mai napon az építési munkaterületet munkavégzésre alkalmas állapotban átadtuk.”
40. A kérelmezett képviselője 2018. február 7-én 8 óra 10 perckor az alábbiakat rögzítette:  
„A mai napon a megrendelőtől a munkaterületet átvettük. A rossz idő miatt a munkavégzés előreláthatólag szünetel a következő bejegyzésig.”
41. A következő bejegyzést a kérelmezett képviselője 2018. március 12-én 8 órakor tette az alábbi tartalommal:  
„A helyszínrajzon jelzett 4. sz. épület bontási munkálatai megkezdődtek. Azbeszttmentes hullámlemez fedés bontása (pala, fém, műanyag). Fa tetőszerkezet bontása 0,036-0,070 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup> famennyiség között. Szelemenek bontása hullámpalafedésnél. Fa nyílászáró szerkezetek bontása, ajtó, ablak vagy kapu, 2,01-4,00 m<sup>2</sup> között.”

## A hivatalbóli kezdeményezés

42. A hivatalbóli kezdeményező 2018. október 19-én nyújtotta be kezdeményezését a Kbt. 152. (1) bekezdés a) pontja alapján, figyelemmel a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontjára.

43. A hivatalbóli kezdeményező kérte a Döntőbizottságot, hogy – amennyiben annak feltételei fennállnak – a Kbt. 149. § (1) bekezdésének e) pontjára figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján elsődlegesen állapítsa meg az ajánlatkérővel szemben a Kbt. 2. § (2) és (4) bekezdésében foglalt alapelvi rendelkezések, másodlagosan – amennyiben a Döntőbizottság álláspontja szerint nem állnának fenn az elsődlegesen megjelölt közbeszerzési jogszabálysértés megállapíthatóságának feltételei – az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben a Kbt. 141. § (6) bekezdésére figyelemmel a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglaltak megsértését. Előbbiekkal egyidejűleg kérte, hogy a Döntőbizottság szabjon ki bírságot az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel.

44. Kezdeményezésében előadta, hogy a 2018. augusztus 7-én kelt, T-03257/03/2018. számú végzésében – figyelemmel a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 5. §-ára, illetve az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 103. § (1) bekezdésére – az ajánlatkérő és a kérelmezett között megkötött közbeszerzési szerződés teljesítésének és módosításának közigazgatási hatósági eljárás keretében történő ellenőrzését rendelte el. A közigazgatási hatósági ellenőrzés során rendelkezésre bocsátott dokumentumok és nyilatkozatok alapján a hivatalbóli kezdeményező jogsértések elkövetését észlelte.

45. Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás során közölt feltételeknek és a megkötött közbeszerzési szerződés feltételeinek is megfelelően eredetileg nettó 34.803.095.-Ft összegű, a nettó vállalkozói díj 5%-ának megfelelő összegű előleg rendelkezésre bocsátását vállalta. Továbbá az ajánlatkérő az első részszámla nettó 139.212.378.-Ft (a nettó vállalkozói díj 20%-a), a második részszámla nettó 208.818.567.-Ft (a nettó vállalkozói díj 30%-a), a harmadik részszámla nettó 139.212.378.-Ft (a nettó vállalkozói díj 20%-a) és a végszámla nettó 208.818.567.-Ft (a nettó vállalkozói díj 30%-a) összegben történő kiállítására adott lehetőséget azzal, hogy az igénybe vett 5% mértékű előleg összege a végszámlában kerül elszámolásra.

46. A hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló dokumentumok alapján ugyanakkor az állapítható meg, hogy az ajánlatkérő 2018. január 29. és 2018. június 15. között – lényegesen meghaladva az előleg közbeszerzési eljárás során 5%-ban maximált mértékét – összesen nettó 192.500.000.-Ft, a nettó vállalkozói díj 27,65%-ának megfelelő összegű előleget utalt át a kérelmezett részére. Valamennyi kifizetésre a kérelmezett első részszámlájának kifizetését megelőzően került sor, a számlák mindegyike kifejezetten, mint előlegszámla került kiállításra, azokhoz előlegbekérőt is csatolt a kérelmezett, azaz a fenti kifizetések mindegyikére előlegként került sor.

47. Következésképp az ajánlatkérő a szerződés szerinti, a nettó vállalkozói díj 5%-ának megfelelő, nettó 34.803.095.-Ft összegű előleg biztosítása helyett a nettó vállalkozói díj 27,65%-át kitevő, nettó 192.500.000.-Ft összegű előleget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére, amellyel a GU4SA4920450 számú előlegszámla alapján kifizetett nettó

15.000.000.-Ft összeget leszámítva, az első részszámlában elszámoltak a felek. Megállapítható továbbá, hogy a kérelmezett az RHASA2205059 számú első részszámláját a szerződés szerinti, a nettó vállalkozói díj 20%-át kitevő nettó 139.212.378.-Ft helyett a nettó vállalkozói díj 25,5%-át kitevő nettó 177.497.323.-Ft összegről állította ki, amelyet az ajánlatkérő leigazolt.

48. A fentiek a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint sértik a Kbt. 2. § (2) és (4) bekezdéseiben meghatározott alapelveket, miszerint az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára, és emellett a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia.

49. Az ajánlatkérő azzal, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatása során az összes gazdasági szereplő számára meghatározott szerződéses feltételektől jelentősen eltért a későbbi nyertes ajánlattevő javára, és ezzel a tényleges teljesítés során az eredeti feltételekhez képest jelentősen kedvezőbb helyzetet teremtett számára, megsértette a Kbt. 2. § (2) bekezdésében az esélyegyenlőséggel és az egyenlő bánásmóddal kapcsolatos alapelvi rendelkezéseket.

50. Emellett a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérő a Kbt. 2. § (4) bekezdésében a közpénzek felhasználásakor szem előtt tartandó hatékony és felelős gazdálkodás alapelvét is figyelmen kívül hagyva járt el azáltal, hogy egy likviditási problémákkal küzdő gazdasági szereplő részére nyújtott az eredeti szerződési feltételekben meghatározottaknál lényegesen nagyobb összegű előleget, amelynek visszafizetése az ajánlatkérő által a közbeszerzési eljárásban és a szerződésben kikötött biztosítékok mellett nem volt garantált. Ajánlatkérő ugyanis a 3.000.000.-Ft összegű ajánlati biztosíték és a teljesítés megtörténtekor rendelkezésre bocsátandó jótállási biztosíték kivételével nem jelölt meg egyéb biztosítékot a szerződésben. Tekintettel arra, hogy a szerződés szerint az előleg igénybevétele az ajánlatkérő az ajánlattételi felhívásban meghatározottak szerint nyújtandó – a benyújtott ajánlat érvényességi feltételeként megjelölt – ajánlati biztosíték rendelkezésére bocsátásához kötötte úgy, hogy az ajánlattételi felhívás 20. pontja szerint az ajánlati biztosíték nem válik szerződést biztosító mellékkötelezettséggé, megállapítható, hogy az ajánlatkérő lényegében bármiféle biztosíték megkövetelése nélkül bocsátott összesen nettó 192.500.000.-Ft előleget az általa tudottan likviditási problémákkal küzdő kérelmezett részére, amellyel megsértette a Kbt. 2. § (4) bekezdésében meghatározott alapelvi rendelkezést.

51. A hivatalbóli kezdeményező a továbbiakban előadta, abban az esetben, ha a Döntőbizottság úgy ítéli meg, hogy a felek magatartása – többlettényállás hiányában – nem valósítja meg a megjelölt alapelvek megsértését, úgy kéri a Kbt. 141. § (8) bekezdése felek általi megsértésének megállapítását, figyelemmel a Kbt. 141. § (6) bekezdésére.

52. Álláspontja szerint az előre meghatározott szerződéses feltételektől való fentebb részletezettek szerinti eltérés tartalmilag a közbeszerzési szerződés a felek egyező akaratával történt módosításának minősül. Ez az álláspont szerinte egybevág a Döntőbizottság fennálló joggyakorlatával is.

53. A rendelkezésre álló dokumentumok alapján – a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint – az ajánlatkérő által a közbeszerzési eljárásban közölt és a közbeszerzési szerződésben rögzített feltételek mellett maximálisan biztosítható előleg és az első részszámla összegének az eredeti szerződéses rendelkezésekhez képest a fentebb részletezettek szerinti módosítására a Kbt. 141. § (2)-(4) bekezdései nem biztosítanak jogalapot.

54. A szerződéses rendelkezések ilyen mértékű módosítása emellett a Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján lényegesnek tekinthető, mivel a módosítás egyrészt a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontja szerinti olyan lényeges feltételeket határozott meg, amelyek ha szerepeltek volna a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárásban, az eredetileg részt vett ajánlattevőkön kívül más ajánlattevők részvételét vagy a nyertes ajánlat helyett másik ajánlat nyertességét lehetővé tették volna.

55. Figyelemmel arra, hogy a közbeszerzési eljárás során közölt feltételek szerint az ajánlatkérő a nettó vállalkozói díj 5%-ában határozta meg az előleg maximális mértékét, valamint a nettó vállalkozói díj összegének 20%-ában jelölte meg az első részszámla végösszegét, amihez képest a nettó vállalkozói díj 27,65%-át kitevő, nettó 192.500.000.-Ft összegű előleget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére és a nettó vállalkozói díj 25,5%-át kitevő nettó 177.497.323.-Ft összegben igazolta le az első részszámla kiállítására feljogosító vállalkozói teljesítést, a felek olyan – a Kbt. 141. § (6) bekezdésébe ütköző lényeges módon tértek el a szerződéstől, azaz – módosításokat eszközöltek az előre meghatározott szerződési feltételekkel kapcsolatban, amelyek ha már a közbeszerzési eljárás során ismertek lettek volna, alkalmasak lettek volna arra, hogy a módosítással meghatározott lényegesen kedvezőbb pénzügyi feltételek mellett lehetővé tegyék egyéb, kevésbé tőkeerős, azonban a szerződés teljesítésére alkalmas ajánlattevők részvételét és a kérelmezett ajánlata helyett másik ajánlat nyertességét.

56. Ajánlatkérő a kérelmezett számára lényegesen kedvezőbb kifizetéseket teljesített, amelyek ilyen módon versenyelőnyt biztosítottak számára a közbeszerzési eljárás többi ajánlattevőjéhez képest. Az eredetileg, mindenki számára rögzített feltételektől eltérő kifizetés alkalmas volt arra, hogy a kérelmezett likviditását javítsa, a teljesítéssel járó költségek saját forrásból történő megelőlegezésének igényén jelentősen könnyítsen. A kifizetni vállalt előleg és részszámlák mértéke alapvető árfolyásoló tényező ugyanis a közbeszerzési eljárásban megajánlandó ár meghatározása során. Minél kedvezőbb feltételekkel jut az ajánlattevő előleghez és a teljesített szolgáltatása ellenértékéhez, annál kisebb mértékben és költséggel szükséges pótlólagosan saját vagy külső forrás bevonása a teljesítés előfinanszírozásához.

57. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a fentiek lehetőségét nem negligálják az ajánlatkérő által becsatolt azon dokumentumok sem, amelyekben a kérelmezetten felül az ajánlattételre felhívott gazdasági szereplők úgy nyilatkoztak, hogy 30% mértékű előleg biztosítása mellett sem nyújtottak volna be ajánlatot, illetve abban az esetben is az eredeti ajánlati árat tartották volna fenn. Ugyanis önmagában az eredeti szerződéses feltételekben rögzített előleg mértéke alkalmas volt arra, hogy a kevésbé likvid, azonban a későbbi szerződéses feltételek ismeretében szerződésszerű teljesítésre alkalmas gazdasági szereplőket visszatartsa az eljárás iránti érdeklődésük jelzésétől, így egyúttal az ajánlattételtől is.

58. A szerződés fentiek szerinti módosítása másrészt sérti a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontjában foglaltakat is, mivel a szerződésmódosítással a szerződés gazdasági egyensúlya egyértelműen a kérelmezett javára változott meg azzal, hogy a módosítással az ajánlatkérő az építőanyagok árának emelkedésével és a kérelmezett likviditási problémáival összefüggő, a kérelmezettet terhelő, az átalányáras szerződésben eleve benne rejlő kockázatokat vállalt magára, melyek végül – a magasabb összegű előleg által lehetővé vált építőanyag előrendelések következtében az ajánlattevői oldalon fellépő kiadáscsökkenés következtében – lényegében további gazdasági előnyökként jelentkeztek a kérelmezettnél. A kérelmezett részéről ezt az előre vállalt kockázatot fogalmazza meg a közbeszerzési szerződés IV.11.

pontjában meghatározott azon rendelkezés is, miszerint a kérelmezett kijelenti, hogy az ár-, árfolyamváltozásokkal, továbbá banki, adózási kondíciók változásával kapcsolatos kockázatokat felmérte, és arra a vállalkozói díj teljes mértékben fedezetet nyújt.

59. A fentiekre tekintettel, mivel a szerződés módosítása a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglaltakba ütközik, a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a szerződésmódosításra egyúttal a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglaltak megsértésével került sor. A Kbt. 141. § (8) bekezdése szerint a közbeszerzési szerződés a Kbt. 141. §-ában foglalt eseteken kívül csak új közbeszerzési eljárás eredményeként módosítható. Amennyiben a szerződés módosítására közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kerül sor, a módosítás a Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis.

60. A hivatkozott jogszabályi rendelkezés relevanciáját támasztja alá az ajánlatkérő azon nyilatkozata is, amelyben előadja, hogy a kérelmezett likviditási problémái miatt bocsátotta rendelkezésre a szerződésben meghatározotknál lényegesen nagyobb mértékben az előleget az építőanyagok beszerzésére, mivel a nagymértékben dráguló építőanyagok előrendelésével jelentős összegeket tud spórolni a kérelmezett. Ezt támasztja alá a kérelmezett nyilatkozata is, miszerint az építési anyagok árának emelkedése veszélyezteti az elfogadott költségkeretben vállalt projekt megvalósíthatóságát. Tehát a felek által az eltérés (módosítás) okaként előadott indokok is kifejezetten ezen előnyök közrehatását támasztják alá. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint az átalányáras szerződéssel kapcsolatban felmerülő áringadozás egyértelműen a kérelmezett kockázatára esik, ami adott esetben nyereségként, más esetben többletköltségként realizálódik, mellyel az ajánlati ár kialakításakor az ajánlattevőnek kell kalkulálnia, az ezzel kapcsolatos kockázatokat azonban semmi esetre sem az ajánlatkérőnek kell viselnie.

61. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés megtörténtének legkorábbi időpontjaként az előleg mértékével kapcsolatos szerződésmódosítás tekintetében 2018. január 29-ét jelölte meg, mivel a kérelmezett ezen a napon nyújtotta be a szerződési feltételekben meghatározott 5%-os mértékű előleg mértékétől eltérő (azt meghaladó) összeget tartalmazó előlegbekérőt, ami alapján az ajánlatkérő ugyanazon napon kifizetést teljesített. Ezen időpontot követően pedig folytatódóan, több lépésben került sor az eredeti feltételektől eltérő kifizetésekre. Az első részszámla összegével kapcsolatos szerződésmódosítás tekintetében pedig a jogsértés megtörténtének időpontja 2018. június 18., figyelemmel arra, hogy az ajánlatkérő ezen a napon írta alá a kérelmezett szerződési feltételektől eltérő mértékű részszámlája kibocsátását lehetővé tevő teljesítésigazolást, amit követően a kérelmezett még ugyanazon nap benyújtotta a részszámlát.

62. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértésről való tudomásszerzés időpontjaként 2018. augusztus 21-ét jelölte meg, mivel az ajánlatkérő ezen a napon küldte meg a hivatalbóli kezdeményező részére azokat az előlegbekérőket és számlákat, amelyek alapján a fentiekben részletezett jogsértés feltételezhetővé vált.

63. A hivatalbóli kezdeményező az ajánlatkérő észrevételére reagálva előadta, hogy kezdeményezésében nem a két kérelmi elemben hivatkozott jogsértések együttes megállapítását kérte, azaz – szemben ajánlatkérő hivatkozásával – a kérelmi elemek nem rivalizálnak egymással.

64. Továbbá álláspontja szerint alapvetően téves az ajánlatkérői észrevétel kiindulópontja. A Kbt. alapelvei a közbeszerzés egészére vonatkozó szabályozást áthatják, így a Kbt. tételes jogi

rendelkezéseit minden esetben az alapelveknek megfelelően kell értelmezni, mind a lefolytatott közbeszerzési eljárás, mind az annak alapján megkötött és teljesített közbeszerzési szerződés szabályossága megítélése vonatkozásában.

65. Kiemelte, hogy a Kbt. 2. § (2) bekezdésében rögzített alapelv (esélyegyenlőség és egyenlő bánásmód) az ajánlatkérői kötelezettséget nem szűkíti le a közbeszerzési eljárásra, hanem általános kötelezettségként támasztja az ajánlatkérővel szemben, amely ennél fogva a közbeszerzéssel érintett jogviszony teljes spektrumára – így a közbeszerzési eljárás alapján kötött szerződéses jogviszonyban gyakorolt jogok, és teljesített kötelezettségek egészére – kiterjed. Emellett az Európai Unió Bíróságának gyakorlata is azon az alapon áll, hogy az alapelvekre a szerződés teljesítésének időszakában is figyelemmel kell lenni [ld. *Succhi di Frutta* ügyben hozott C-496/99. sz. ítélet]. A közbeszerzési eljárásban közölt feltételek – figyelemmel az ajánlati kötöttség jogintézményére is – mind az ajánlatkérőt, mind az ajánlattevőt kötik, ennél fogva az eredetileg közölt feltételektől a szerződés teljesítése során kizárólag a Kbt. garanciális szabályai támasztotta kereteken belül lehet jogszerűen eltérni. A hivatalbóli kezdeményező ezzel összefüggésben nyomatékosan utalt a Kbt. 141. § (6) bekezdésében, azon belül is az a) pontban foglaltakra.

66. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint vitán felüli, hogy az eredetileg közölt feltételektől eltérően, a nyertes ajánlattevő számára kedvezőbb mértékben nyújtott előleg, valamint magasabb összegben befogadott és kifizetett részszámla – közvetlenül visszahat, illetve kihat a Kbt. 2. § (2) bekezdésében foglalt alapelvekre. Az előleg és az első részszámla kifizetése az eredetileg meghatározott feltételektől végül olyan mértékben eltért, hogy az említett eltérő feltételek ismeretében már érdemben befolyásolhatta volna a szerződéskötést megelőző eljárást, mely által alappal feltételezhető az esélyegyenlőség és az egyenlő bánásmód alapvető, garanciális követelményének a megsértése.

67. A közbeszerzési eljárásban közölt előleg-, valamint részszámla mértékek közvetlen kihatással vannak a közbeszerzési eljárásban benyújtásra kerülő ajánlatokban szereplő ajánlati árakra, azok árbefolyásoló/ármeghatározó tényezők. Nem vitatható módon a jogorvoslati eljárás tárgyát képező közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevője – az eljárásban kikötöttekhez képest – kedvezőbb feltételekkel jutott előleghez, valamint az általa az eredetileg lehetővé tettél magasabb összegben kiállított számla ajánlatkérő általi befogadása és kifizetése ugyancsak kedvezőbb volt a nyertes ajánlattevő számára. Ilyen esetekben a jogsértést önmagában az a körülmény is megalapozhatja, hogy az utólag (a tényleges teljesítés során) biztosított kedvezőbb feltételek megkönnyíthetik, továbbá az eredetileg kalkulálnál is nyereségesebbé tehetik a nyertes ajánlattevő számára a szerződés teljesítését, tekintve, hogy a nyertes ajánlattevő likviditása az eredetileg közölt feltételekhez és ezáltal a versenytársakéhoz képest könnyebben biztosított volt.

68. Ennél fogva megalapozatlan az ajánlatkérő azon hivatkozása is, mely szerint a felelőssége csak akkor lenne megállapítható, ha előre tudta volna, hogy a szerződés megkötése után a szerződéses feltételeket módosítani fogja. A jogalkotó garanciális feltételek mellett és keretek között lehetőséget biztosít a szerződéses feltételektől való eltérésre. Az ajánlatkérő tudattartalma abban az esetben lenne egyáltalán vizsgálendő, ha az ajánlatkérő az eredetileg közölt feltételektől való eltérés indokaként olyan körülményre hivatkozna, amely tekintetében a jogalkotó a vonatkozó jogalap kapcsán annak relevanciát tulajdonítana. Márpedig az ajánlatkérő ilyen körülményre, jogalapra nem hivatkozott, ilyennek a fennállását nem igazolta.

69. A feltárt tényállás pedig objektíve ellentmond annak az ajánlatkérői védekezésnek, miszerint nincs olyan adat, ami arra utalna, hogy a szerződéskötést megelőzően, az eljárás során az ajánlatkérő az ajánlattevők között különbséget tett volna, az esélyegyenlőséget illetve az egyenlő bánásmódot megsértette volna. A közbeszerzési eljárás, majd az azt követő szerződés teljesítési szakaszok nem különülnek el egymástól hermetikusan, azokat a maguk teljességében, összefüggéseiben és egymásra hatásukban szükséges vizsgálni.

70. A közpénzek felhasználása során az ajánlatkérőt terhelő hatékony és felelős gazdálkodás követelménye ugyancsak generális alapvető követelmény, ennél fogva azt az ajánlatkérőnek nemcsak a szerződéskötést megelőző időszakban, hanem a szerződés teljesítése során folyamatosan meg kell tartania. A fenti alapelv egyik alapvető pillére a közpénzek biztosítása, illetve biztosítékokkal való védelme.

71. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a Kbt. 2. § (4) bekezdésében rögzített alapvető követelmény szempontjából irreleváns, hogy a kivitelezés utófinanszírozású volt-e, ez ugyanis pusztán egy finanszírozás-technikai körülmény, amelynek a Kbt. 2. § (4) bekezdésében rögzített alapvető követelmény nem tulajdonít jelentőséget, azaz az alapvetően támasztott követelménynek a közbeszerzési eljárásokban – finanszírozási módtól függetlenül – teljesülni kell. Alapvetően téves az ajánlatkérő azon álláspontja, amely szerint, mivel a támogatás utófinanszírozás formájában történt, ezért az előfinanszírozás során az ajánlatkérő a „saját pénzt használta”, tehát a „kifizetések közpénz jellege hiányzik.” A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a jogkérdés szempontjából annak van relevanciája, hogy az ajánlatkérő a beszerzési igénye kielégítése érdekében közbeszerzési eljárást folytatott le, amely esetben a közbeszerzési előírásokat teljes körűen meg kell tartania, függetlenül attól, hogy a Kbt. mely rendelkezése alapján vált kötelezetté a közbeszerzési eljárás lefolytatására, illetve, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési szerződés ellenértékét milyen kifizetési szabályok mellett teljesíti.

72. A hivatalbóli kezdeményező utalt a Kbt. 5. § (4) bekezdésére, amely szerint a Kbt. rendelkezéseit köteles betartani az az (1)-(2) bekezdés hatálya alá nem tartozó szervezet, amely e törvény szerinti közbeszerzési eljárás lefolytatását önként vagy szerződésben vállalja, illetve számára jogszabály közbeszerzési eljárás lefolytatását kötelezővé teszi. Mindez ugyancsak az adott közbeszerzési eljárás finanszírozási módjának indifferens voltát támasztja alá. Ennek megfelelően az utófinanszírozású közbeszerzési szerződés a Kbt. 2. § (4) bekezdése szerinti alapvető követelmény tekintetében ugyanúgy minősül, mint pl. egy 100%-os szállítói finanszírozású közbeszerzési szerződés.

73. Abban az esetben, ha egy közbeszerzési eljárás eredményeként megkötendő szerződés során – akár szállítói-, akár utófinanszírozás keretében – közpénz (pl. támogatás) kerül felhasználásra, akkor szigorú közbeszerzési szabályokat kell betartani. Önmagában nem az a döntő kérdés, hogy az ajánlatkérő lehívta-e a támogatást, hanem az, hogy az ajánlatkérőnek utófinanszírozás esetén lehetősége van az általa megelőlegezett kifizetés utólagos elszámolására és kifizetésére a támogató felé és által.

74. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy az ajánlatkérő álláspontja szerint nem sérült a Kbt. 141. § (6) bekezdése a) alpontja, mert még a jogsérelem lehetősége sem állt fenn a gazdasági szereplők nyilatkozatára, valamint az összefoglaló tájékoztatóra tekintettel. Továbbá nem sérült a Kbt. 141. § (6) bekezdése b) alpontja, mert nemhogy nem változott meg a gazdasági egyensúly a kérelmezett javára, de éppen, hogy az ajánlatkérő érdekében jártak el, továbbá az előleget nem a kérelmezett likviditási problémái miatt fizették meg.

75. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint a közbeszerzési szabályok szigorú kógens rendelkezései keretbe foglalják és viszonylagosan zárt rendszerbe helyezik el a közbeszerzési eljárásokat. A Kbt. rendelkezései alapján a jogsértő helyzet fennállásának reális lehetősége is elegendő a hivatalbóli kezdeményezés előterjesztéséhez, azaz a Kbt. 148. § (2) bekezdéséből következően önmagában a jog, illetve jogos érdek veszélyeztetése is megalapozhatja a jogsértés megállapítását. Nem az ajánlatkérő, illetve adott eljárásban ajánlatot benyújtó gazdasági szereplő szubjektív megítélése a mérvadó, hanem, hogy az adott jog-, vagy jogos érdek sérelmének a lehetősége objektíve fennállt-e. A fentiekből fakadóan nincs jelentősége annak, hogy a többi gazdasági szereplő akként nyilatkozott, hogy akkor sem tett volna ajánlatot, ha az előleget 30%-ban határozza meg az ajánlatkérő, azt szükséges vizsgálni, hogy maguk a feltárt körülmények összeegyeztethetőek-e a Kbt. kógens rendelkezéseivel, illetve eltérés esetén annak jogszabályi feltételei fennálltak-e.

76. Az ajánlatkérő – hatósági ellenőrzés során tett – nyilatkozata alapján a jelentősen magasabb összegű előleget éppen a kérelmezett likviditási problémái miatt utalta el annak érdekében, hogy az építőanyagok árán jelentős összeget spóroljon, ami olyan kockázat, amely a közbeszerzési eljárásban ajánlatot benyújtó valamennyi gazdasági szereplő saját érdekkörébe tartozik. A hivatalbóli kezdeményező rögzítette, fenntartja az álláspontját azzal kapcsolatban, hogy az elismerten likviditási problémák feloldására és építőanyagok megvételére – „spórolási” célzattal – elutalt magasabb összegű előleg további gazdasági előnyt biztosított a kérelmezett javára, csökkentve ezzel a kérelmezettet terhelő kockázatot (amely kockázatot a közbeszerzési eljárás valamennyi potenciális ajánlattevőjének, mint versenytársnak ajánlattétel esetén fel kellene vállalnia). A közbeszerzési eljárásokban az ajánlattevő gazdasági szereplőnek olyan árat kell meghatároznia, amelyben lehetőség szerint mindent számba vesz, ideértve az építőanyagok árának esetleges növekedéséből fakadóan őt terhelő kockázatokat is.

77. A hivatalbóli kezdeményező a továbbiakban rögzítette, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglaltak határozzák meg azokat az eseteket, amelyek során a módosítás mindig lényegesnek minősül. A hivatalbóli kezdeményező által a kezdeményezésben előadottak szerint a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) és b) alpontját értelmezve is kijelenthető, hogy az előadott tényállás tulajdonképpen olyan szerződésmódosításnak is tekinthető, amely lényeges, márpedig az ajánlatkérő és a kérelmezett sem igazolt olyan körülményt, amely a Kbt. 141. §-ában szabályozott esetkörök valamelyikének fennálltát támasztaná alá, ennek hiányában, ugyanakkor a szerződés csak a Kbt. 141. § (8) bekezdésben foglalt kötelezettség teljesülése mellett módosítható. Az új közbeszerzési eljárás hiánya a 141. § (8) bekezdésének sérelmét eredményezi. Megjegyezte, hogy a hivatalbóli kezdeményező a Döntőbizottság D.401/25/2017. számú határozatára tekintettel határozta meg úgy, hogy a Kbt. 141. § (8) bekezdését jelölte meg megsértett jogszabályi rendelkezésként, figyelemmel a 141. § (6) bekezdésére.

### **Az ajánlatkérő észrevétele**

78. Az ajánlatkérő kérte a Döntőbizottságot, hogy állapítsa meg a jogsértés hiányát.

79. Előljáróban előadta, hogy a hivatalbóli kezdeményező által megjelölt elsődleges és másodlagos kérelem teljesítése kizárja egymást. Az elsődleges kérelem ugyanis a szerződéskötést megelőző időszakra teszi a jogsértés megtörténtét és arra ad elő indokolást, a mögöttes kérelem ezzel szemben a szerződéskötés utáni időszakra vonatkozó jogsértés-

megállapítási kérelmet ad elő azonos ténybeli alapokon. Ennek megfelelően mindkét kérelmi elemnek való helyt adás fogalmilag kizárt.

80. Ezen túlmenően a második kérelmi elem alatt előadott két kérelmi elem sem tud egyszerre megvalósulni, mivel vagy az egyik, vagy a másik eset megvalósulásáról lehet szó, tehát amennyiben az első kérelmi elem elutasítását követően a második kérelmi elemet vizsgálná a Döntőbizottság, ott is szükségszerűen az egyik elemet el kellene utasítani.

81. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a Döntőbizottság ebből következően a hivatalbóli kezdeményezőnek legfeljebb az egyik kérelmét teljesíthetné, a másikat mindenképpen el kell utasítania. Ezen belül a második esetében azon belül is csak az egyik al-elem megállapíthatóságára van jogi lehetőség. Ennek megfelelően az ajánlatkérő kérte, hogy abban a nem várt esetben, amennyiben az elsődleges kérelemnek helyt adna a Döntőbizottság, a második kérelem tárgyában az eljárást ne szüntesse meg, hanem az elutasításáról döntsön. Ugyanezt kérte alkalmazni a második kérelmi elem vizsgálatán belül az egyik, illetve másik elem rovására. Ennek – álláspontja szerint – az esetleges eljárásvesztesség-eljárásnyertesség aránya szempontjából van jelentősége.

82. Az ajánlatkérő szerint a hivatalbóli kezdeményező terhére esik az, ha a kérelmének előadásában bizonytalan, több – egymással rivalizáló – kérelmet ad elő ugyanarra a tárgyra, mely szükségszerűen maga után vonja a kérelme egy részének elutasítását. A részleges eljárás-megszüntetéssel a hivatalbóli kezdeményező oldaláról a felelősséget a Döntőbizottság nem veheti át.

83. Mindazonáltal – álláspontja szerint – sem az elsődleges kérelem, sem az annak helyébe lépő másodlagos kérelem, egyik elemében sem foghat helyt.

84. A hivatalbóli kezdeményező az elsődleges kérelmi elemben egyértelműen a szerződő felek szerződéskötést követően tanúsított magatartását kifogásolja. A kifogás tárgya a szerződésben rögzítettekhez képest eltérő előleg biztosítása, illetve eltérő összegű résszámlák kifizetése. A kérelem két önálló al-elemből áll.

85. A Kbt. 2. § (2) bekezdése megsértését abban látja a hivatalbóli kezdeményező, hogy ha a valós kifizetési feltételek lettek volna az eljárásban ismertek, akkor az eltérés okán a szerződött fél számára jelentősen kedvezőbb helyzetet teremtett. A hivatalbóli kezdeményező azonban sem előadást nem tesz, sem bizonyítékot nem hivatkozik meg a körben, hogy milyen összefüggés lenne egy későbbi, már megkötött szerződéstől való eltérés, és egy korábbi eljárás között. Azért ugyanis, mert a későbbiek során egy szerződéstől az azt megkötő felek eltérnek, nem jelenti azt automatikusan, hogy a korábbi közbeszerzési eljárásra ennek ilyen hatása lenne. Az eltérés oka, mértéke nem volt az eljárás során ismert, azzal nem számoltak a felek, így az eljárás során az ajánlatkérő nem biztosított kedvezőbb helyzetet senkinek. Az ajánlatkérő egyenlő feltételekkel biztosította a versenyt, így felelőssége csak és kizárólag akkor lenne e körben, ha előre tudta volna, hogy majd a szerződés megkötése után a szerződéses feltételeket módosítani fogja.

86. A hivatalbóli kezdeményező előadása nem több mint pusztán következtetés, mely következtetés megtörtént eseményekből próbál visszafelé, egyfajta fordított logikával jogsértést megalapozni. A következtetésen túl azonban semmiféle adat vagy körülmény nem támasztja alá a hivatalbóli kezdeményező előadását. A hivatalbóli kezdeményező nem is jelöl meg olyan elemet, magatartást, ami konkrét jogsértést valósítana meg, és nem jelöl meg

megsértett tételes jogi jogszabályi helyet sem, miközben az eljárás ezen része részletekbe menően szabályozott. Nincs tehát olyan adat, ami arra utalna, hogy a szerződéskötést megelőzően, az eljárás során az ajánlatkérő az ajánlattevők között különbséget tett volna, az esélyegyenlőséget illetve az egyenlő bánásmódot megsértette volna. Mindenfajta konkrétság, többletelem nélkül, csak úgy általánosan a Kbt. 2. § (2) bekezdése megállapításának álláspontja szerint nincs helye.

87. A Kbt. 2. § (4) bekezdése megsértését abban látja a hivatalbóli kezdeményező, hogy szerinte a szerződéstől eltérő mértékben nyújtott előleg egy általa likviditási problémákkal küzdő gazdasági szereplőnek az eredeti szerződéses feltételek mellett, a visszafizetési garancia hiányát jelentette. Konkrétan 192.500.000.-Ft előleget biztosított bármiféle biztosíték nélkül a hivatalbóli kezdeményező szerint. Az ajánlatkérő szerint ez a kérelmi elem már azzal cáfolható, hogy a beruházás rendben megvalósult. A hivatalbóli kezdeményező egy be nem következett, elméleti lehetőség fennállása miatt szeretné elmarasztaltatni az ajánlatkérőt. Az, hogy az ajánlatkérő miként gyakorolt kontrollt a kivitelezés felett, nem kizárólag előlegbiztosítási és biztosítéki kérdés.

88. A hivatalbóli kezdeményező mindazonáltal számszakilag is hibás előterjesztést tesz, mivel az általa állított 192.500.000.-Ft-nak a fele a támogatás, azaz a közpénz, így valójában 96.250.000.-Ft esetében merülhetne fel ez a kérdés. Az is látszik azonban, hogy a közpénzt a saját pénzével azonosan kezelte az ajánlatkérő, azaz értelmezhetetlen számára, hogy ha saját pénzt a piaci viszonyok között megfelelőként lát kezelni, ugyanez miért merül fel problémaként a közpénz esetében.

89. Az ajánlatkérő leszögezte, hogy álláspontja szerint az előleg kifizetése nem közpénzből történt. Fogalmilag értelmezhetetlen ezért a Kbt. 2. § (4) bekezdésének megsértése. Amikor az előleget kifizette az ajánlatkérő, akkor az a saját pénze volt. Később, utólagosan tudta ezt elszámolni a támogatás keretében. Ha azonban nem tudta volna elszámolni, mint teljesített szerződéses rész, akkor nem kapta volna meg a támogatást és nem lett volna közpénzhez jutás. A jelen esetben az utófinanszírozás okán, az állami szervektől eltérően, a kifizetések közpénz jellege hiányzik. A támogatás az, ami közpénz, ami csak a megvalósítás leigazolása után kerül folyósításra.

90. A közpénz visszafizetésének pedig nem a szerződés a garanciaalap, hanem maga az ajánlatkérő által nyújtott biztosítékok az állam felé. Teljes fogalmi tévedésben van e téren a kezdeményezés. Az ajánlatkérő az, akinek kellő biztosítékokat kell adnia az állam illetékes szerve felé a közpénzfelhasználás hatékonyságának és felelősségének garantálása érdekében. A kezdeményezés nem vette figyelembe, hogy a jelen esetben egy támogatott szervezetről van szó, utólagos elszámolási kötelezettség mellett, ezért rá nézve nem a megszokott klasszikus ajánlattevőkre vonatkozó szabályok alkalmazhatóak. A Kbt. 2. § (4) bekezdése alkalmazásának ezért közpénz hiányában az előlegek tekintetében nincs jogi alapja. Mindezen túl a pénzköltés és közpénz visszafizetés is kellő biztosítékokkal alátámasztott, mely biztosítékokat helyesen az ajánlatkérőnek és nem a vele szerződő félnek kellett nyújtania a közpénz visszafizetés garanciájaként.

91. Az ajánlatkérő a másodlagos kérelmi elemmel kapcsolatban előadta, hogy a hivatalbóli kezdeményező nem pontosan jelölte meg kérelme alapját, csak utalt a Kbt. 141. § (6) bekezdésére és csupán az indokolásban nevezte meg az érintett a) és b) alpontokat.

92. Az ajánlatkérő hivatkozott arra, hogy az eljárás összefoglaló tájékoztatásában egyetlen pénzügyi adat sem került megjelölésre: sem előleg, sem fizetési ütemezés, sem más pénzügyi adat. Ennek megfelelően a kezdeményezésben szereplő feltételezés, miszerint a módosított pénzügyi adatok ismeretében más gazdasági szereplők is indultak volna a közbeszerzési eljárásban, illetve mindez alkalmas volt kevésbé likvid gazdasági szereplők visszatartására, nem lehet igaz. Az összefoglaló tájékoztatásban nem szereplő adatok későbbi módosítása csak és kizárólag – ezen adatok hiányában – az eljárásba érdeklődőként jelentkezett, ajánlattételre felhívott, az alap-információknak egyáltalában a birtokába került gazdasági szereplőkre hathat ki, másokra nem. Azt pedig egyértelműen igazolta az ajánlatkérő, hogy a másik két cég ajánlatát (amely két cég az adatokat megismerte) nem befolyásolta ezen információ. A hivatalbóli kezdeményező valószínűsíthetően ezzel kívánta alátámasztani a Kbt. 141. § (6) bekezdése a) pontjának fennállását, ami a fent előadottak miatt nyilvánvalóan nem teljesül.

93. A kezdeményezésben feltételezett, Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontja sem valósul meg, mivel nincs szó a szerződés gazdasági egyensúlyának nyertes ajánlattevő javára történő megváltoztatásáról. A Kbt. szövegéből következően a módosításnak egyoldalúnak, kizárólag a nyertes ajánlattevő javára történőnek kell lennie.

94. A kezdeményezői előadás a hétköznapi átlagember számára értelmezhetetlen, a logika szabályaival ellentétes magatartást vár el – a Kbt.-re hivatkozással – az egyébként piaci körülmények között működő, államigazgatási logikát nem ismerő ajánlatkérőtől.

95. Nem vitatott tény, hogy a szükséges építőanyagok a kormány előre nem látható intézkedései és a gazdaság más, előre nem ismert hatásai okán a szerződéskötés időpontjában még nem láthatóan, nem tervezhetően – a szokásosnak vagy tervezhető mértéket meghaladóan – megemelkedtek, illetve áremelkedésük várható volt. Nem vitatott tény, hogy a kifizetett előleg és részszámla összegeket a kérelmezett a kivitelezésre költötte. Nem vitatott tény, hogy ezen belül az előlegekből a kérelmezett azonnal az építőanyagot vásárolta meg az ajánlatkérő részére. Az előleget tehát nem saját működésére vagy másra fordította, hanem kifejezetten az átvételt követően azonnal az ajánlatkérő javára kifizette, ezzel biztosítva az építőanyagok áremelkedés előtti beszerezhetőségét. Szó sincs tehát a kérelmezett likviditásának általános finanszírozásáról. A szerződés gazdasági egyensúlyát az ajánlatkérő oldaláról a célzott költség előírása, az építőanyagok – javára szóló – megrendelése jelentette az alacsonyabb áron. Az előleg kiadásával így az ajánlatkérő az előlegként adott pénzt – a kérelmezett közreműködésével – azonnal építőanyagra váltotta, számára előnyösebb áron. A vállalkozó tehát egyértelműen az ajánlatkérő érdekében és javára járt el. Ezt teszik a partnerek a piaci viszonyok között. Ez nem a kérelmezettnek előnyös, hanem éppen az ajánlatkérőnek. A felekben fel sem merült, hogy ez a kérelmezett érdeke lenne.

96. Ha a kérelmezett pusztán azért nem tudja adott áron teljesíteni a szerződést, mert nem tudja áremelkedés előtt megrendelni az anyagot, ez az ajánlatkérő számára azért lett volna hátrányos, mert vagy egyszerűen nem tudta volna teljesíteni a szerződést a kérelmezett, vagy a felek jogászkodásba kezdenek és a nyertes ajánlattevő más módon érvényesíti a megváltozott körülmények szülte – egyébként jogos – igényét. A helyzet ezzel a nem lényeges módosítással megoldható volt. Így nem alakult ki vita a felek között, a szerződés pedig zavartalanul teljesíthetővé vált, illetve ezen állapota fennmaradt. A megoldás nem likviditási problémaként jelentkezett, hanem a szerződés esetleges későbbi ellehetetlenülésének mentek elébe közös érdekből a felek, azt akadályozták/előzték meg. A megoldás tehát nem kizárólag és nem egyoldalúan a nyertes ajánlattevő érdekét szolgálta, a szerződés gazdasági egyensúlyát nem kizárólag az ő javára változtatta meg.

97. Másrészt a gazdasági egyensúly nem önmagában, hanem a módosítás egészében, illetve a szerződés egészében értelmezhető, nem kiragadott egyoldalú részletében, mint ahogy a kezdeményező irat teszi. A fent kifejtettek értelmében szó sincs a nyertes ajánlattevő gazdasági helyzetének egyoldalú módosításáról, melynek ne lenne ellentételezése, gazdasági haszna az ajánlatkérő számára. Az ajánlatkérő önmaga ellenségeként – és itt valóban a Kbt. 2. § (4) bekezdését sértve (ha közpénz lenne) – járt volna el, ha nem cselekszik azonnal az áremelkedések előtt. Nem várható el egy piaci szereplőtől, hogy ne a józan ész szerint, ne a piaci metodikát követve járjon el, hanem egy ilyen kiélezett helyzetben a kezdeményező irat elvárása szerinti újabb közbeszerzési eljárásba kezdjen. A felek megoldása hatékony, piaci alapú volt, a szerződés egésze szempontjából nem lényeges, ám eredményt hozó módosítás.

98. Az ajánlatkérő nyilatkozott, hogy abban a nem várt esetben, amennyiben jogsértést állapítana meg a Döntőbizottság, vegye figyelembe az alábbiakat. A jogsértés nem volt szándékos, illetve az ajánlatkérőn kívüli okból következhetett be. A felek eljárása az általános állampolgári etika és elvárások keretei között dicséretet és nem büntetést érdemelne. Az ajánlatkérő a kifogásolt magatartást, túl azon, hogy nem volt szándékos, csak egyetlen alkalommal tanúsította, nincs szó ismétlődésről, és a jövőben sem kíván jogsértően eljárni. Az ajánlatkérő a Döntőbizottsággal mindvégig mindenben együttműködött és a jövőben is így kíván eljárni. A beszerzést és a szerződés teljesítését az Agrárminisztérium Vidékfejlesztési Programok Végrehajtásáért Felelős Helyettes Államtitkársága szabálytalansági eljárás keretében már meg is vizsgálta és IHF/371-6/2018 számú döntésével „szabálytalanság nem történt” megállapítással lezárta. A kifogásolt magatartásnak a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre semmiféle kihatása nem volt, illetve a feleken kívül egyáltalában senkire sincs semmiféle kihatása. A becsült értéknek az 50%-a közpénz, a többi saját forrás. Amennyiben a Döntőbizottság mégis bírságot szabna ki, kért, hogy azt csak jelképes összegben tegye meg a cselekmény súlyához igazodóan.

99. Az ajánlatkérő a hivatalbóli kezdeményező nyilatkozatára reagálva előadta, hogy az uniós bírósági gyakorlatot a magyar Kbt. lekövette, azaz a Kbt.-hez képest novuma nincs, vagyis a hivatkozott C-496/99. számú ítélet nem mond újat a magyar jogi szabályozáshoz képest. Az is látható, hogy a hivatkozott gyakorlat és a magyar szabályozás is a szerződésmódosítás körében kezeli ezt a kérdést, nem pedig alapelvi szinten. A Kbt. 141. § (6) bekezdésére hivatkozott nyomatékka a hivatalbóli kezdeményező, amely jól mutatja, hogy nem alapelvi kérdéstről van szó, hanem tételes jogi szabály megsértésének vizsgálata jöhet csak szóba. A hivatalbóli kezdeményező nyilatkozatában keveredik az alapelvi és a tételesjogi jogsértésre hivatkozás, így pontosan meg sem határozható, valójában mi a kezdeményezés tartalma.

100. A hivatalbóli kezdeményező figyelmen kívül hagyta azt a tény, hogy az összefoglaló tájékoztatásban – az általa hivatkozott uniós ítélettel szemben – nem voltak benn a kifizetésre vonatkozó részletes rendelkezések. Ennek megfelelően az érdeklődés jelzésére azok kihatással nem voltak. Ez tény, és nem lehetőség; egyben lényegi különbség is a hivatkozott uniós ítélet tényállásához képest. Figyelmen kívül hagyta a hivatalbóli kezdeményező a másik két gazdasági szereplő nyilatkozatát is.

101. Az ajánlatkérő álláspontja szerint, ha nincs közpénz, akkor teljesen mindegy, hogy közbeszerzési eljárást folytattak le vagy sem, közpénz hiányában nem lehet a közpénzekkel való felelős gazdálkodás semmilyen elvét megsérteni. A Kbt. rendelkezéseit ettől még meg kell tartani, de nem biztos, hogy minden rendelkezést alkalmazni is lehet. Tehát valóban nem a finanszírozás módja számít a közpénz jellege tekintetében, de abból a szempontból

jelentősége van, hogy mikortól beszélhetünk egyáltalán közpénzről. Ha a finanszírozás módja miatt még nincs közpénz a projekt egy adott szakaszában, akkor fogalmilag kizárt a közpénzekre vonatkozó szabályok megsértése.

102. Az ajánlatkérő szerint – összefoglalva – a kezdeményező iratot és a hivatalbóli kezdeményező nyilatkozatát az alapelvi jogsértés megállapítása tekintetében a konkrétumok hiánya jellemzi, az általánosság szintjén marad, nem kezeli az ajánlatkérő által felvetetteket, azokra nem reagál.

103. Az ajánlatkérő előadta továbbá, hogy a hivatalbóli kezdeményező által hivatkozott D.401/25/2017. számú döntés, az alapelvi jogsértés vonatkozásában éppen annak ez esetben történő megállapításának kizártságát támasztja alá. Mindazonáltal a tényállás a hivatkozott jogesethez képest eltér, hiszen itt sem a műszaki tartalom nem került csökkentésre vagy növelésre, sem az ellenérték nem növekedett. A jelen ügy nem olyan egyértelmű megítélésű, mint a jogesetben tárgyalt. Ott nem volt külső indoka a módosításnak és a módosítás valóban csak egyik fél érdekét szolgálta.

104. Az ajánlatkérő álláspontja szerint, ha nincs konkrét összecszerúségi növekedés, azaz puszta mennyiségi változásra vonatkozó vélelem nem állítható fel, akkor a hivatalbóli kezdeményezőnek szakértőt kellett volna bevonnia az egyoldalú egyensúly-változás alátámasztására, annak mértéke igazolására. A bizonyítás hiánya a körben a hivatalbóli kezdeményező terhére esik. Az ajánlatkérő jelezte, hogy a hivatalbóli kezdeményező által hivatkozott jogeset alapján sem érhető számára, hogy miért a Kbt. 141. § (8) bekezdése megsértését jelölte meg a hivatalbóli kezdeményező, mivel a jogeset és a jogszabályi megjelölés között nincs közvetlen összefüggés.

#### **A kérelmezett észrevétele**

105. A kérelmezett kérte a Döntőbizottságot, hogy állapítsa meg a jogsértés hiányát és az ajánlatkérő által tett észrevételeket, mint a kérelmezett saját álláspontját vegye figyelembe. A továbbiakban az ajánlatkérő által előadottakat az alábbiakkal egészítette ki.

106. Álláspontja szerint a hivatalbóli kezdeményező által benyújtott kezdeményezés pontatlan, a Kbt. 149. § (1) bekezdés e) pontja követelményének nem tesz eleget, mivel a döntésre irányuló indítvány nem határozott, pontatlan megjelölésű. Indítványozta, hogy a Döntőbizottság a kezdeményezés pontosítását rendelje el, a hivatalbóli kezdeményezőt a Kbt. 151. § (2) bekezdése a) pontja alapján hívja fel hiánypótlásra.

107. Előadta, hogy esetében a hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 141. § (6) bekezdésére figyelemmel a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglalt megsértésének megállapítását kérte. Ezen rendelkezések alapján a Kbt. 141. § (8) bekezdése megsértésének megállapítása akkor lehetséges, ha nem következtek be a Kbt. 141. §-ban foglalt esetek, és ezért a szerződés módosításához nem folytattak le új közbeszerzési eljárást. Viszont a kezdeményezés visszautal a Kbt. 141. § (6) bekezdésre. A kérelmezett számára így nem érhető, hogy akkor bekövetkeztek a Kbt. 141. § (6) bekezdésben írtak, vagy sem, mert ha igen, akkor mi az, amit a Kbt. 141. § (8) bekezdés viszonylatában az ajánlatkérő megsértett, ha meg nem, akkor a Kbt. 141. § (8) bekezdés rendelkezése miben sérült. A kezdeményezésben hivatkozott, Kbt. 141. § (6) bekezdésre történő visszautalás a Kbt. 141. § (8) bekezdés megsértésével ellentétben áll. Fentiekből következően a kezdeményezés nem konkrét. Nem állapítható meg

egyértelműen, mit kér a hivatalbóli kezdeményező, amely azonban – figyelemmel a Döntőbizottság eddigi gyakorlatára és elvárásaira is – alapvető feltétel.

108. A kérelmezett álláspontja szerint pontatlan továbbá a Kbt. 141. § (6) bekezdés megjelölése is. A bekezdés egy általános részből és 3 alpontból áll. A kezdeményezés azonban nem jelöli meg, hogy a legalább 4 lehetőség közül mire figyelemmel kéri megállapítani a jogsértést. A Kbt. 141. § (6) bekezdésre való általános utalás sem pontos ennek megfelelően, nem állapítható meg, pontosan milyen döntést kér a hivatalbóli kezdeményező. A hiányt az sem menti, hogy egyébként a kezdeményezés indokolása csak a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) és b) pontját tárgyalja, mivel az indokolás független a Kbt.-ben előírt, kérelemre vonatkozó alaki kellékektől.

109. A Kbt. 1. § (1) bekezdése alapján a Kbt. a közbeszerzési eljárásokra vonatkozó jogszabály és a Kbt. 2. § (8) bekezdése alapján a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre a Kbt.-beli eltérésekkel a Ptk. rendelkezéseit kell alkalmazni. A Kbt. 4. §-a a Kbt. személyi és tárgyi hatályát szabályozza. A szerződéskötés érdekében folytatandó közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettséget a (2) bekezdés írja elő, ilyen közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettsége pedig az 5. §-ban foglalt ajánlatkérő szervezeteknek van.

110. A kérelmezett hivatkozott arra, hogy a kérelmezett nem ilyen ajánlatkérő szervezet, rá nézve a jogszabály közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettséget egyáltalán nem tartalmaz.

111. Előadta továbbá, ha a kezdeményező szerint a szerződésmódosításra vonatkozó Kbt. 141. § rendelkezései bármelyikét megsértették, melynek nyomán sérült a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglalt új közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettség, akkor az vele szemben nem állapítható meg. A kérelmezettnek a szerződés módosítása kapcsán nem volt és nincs közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettsége, ezért rá nézve a Kbt. 141. § (8) bekezdése megsértése nem állapítható meg.

#### **A Döntőbizottság D.356/11/2018. számú határozata**

112. A Döntőbizottság 2018. december 21-én kelt D.356/11/2018. számú határozatában megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette az építési beruházások, valamint az építési beruházásokhoz kapcsolódó tervezői és mérnöki szolgáltatások közbeszerzésének részletes szabályairól szóló 322/2015. (X.30.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Korm. rendelet) 31. §-át, az ajánlatkérő és a kérelmezett pedig megsértette a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját, ezért az ajánlatkérővel szemben 69 millió forint, a kérelmezettel szemben 34 millió forint bírságot szabott ki.

Indokolásában elsőként rögzítette, hogy a kezdeményezés ténylegesen egy kérelmi elemet tartalmazott, ugyanis azt az egy jogsértő magatartást jelölte meg, hogy az ajánlatkérő a szerződésben rögzített előlegnél lényegesen magasabb összegű előleget fizetett a kérelmezettnek. A tételes jogsértésre hivatkozásra és a többlet tényállási elemek hiányára tekintettel, az alapvető rendelkezések megsértésének vizsgálatát mellőzve, a tételes jogszabálysértések megvalósulását vizsgálta.

Megállapította, hogy az ajánlatkérő azzal a magatartásával, hogy az előleg szerződésben rögzített mértékénél magasabb összeget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére, megsértette a Korm. rendelet 31. §-át, az előleg vállalt összegén felüli kifizetésekre ugyanis csak a teljesítésigazolás kiállítását követően kerülhetett volna sor. A Kbt. 141. § (6) bekezdésének megsértését vizsgálva megállapította, hogy a módosítás tartalmilag szerződésmódosításnak tekinthető, amely akkor jogszerű, ha a módosítás nem lényeges. A módosítást azonban

lényegesnek kell tekinteni, ha – mint a jelen esetben – a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontjában foglalt eset megvalósult. A tartalmilag szerződésmódosításnak tekinthető magatartásukkal a felek a szerződés gazdasági egyensúlyát a kérelmezett javára változtatták meg azzal, hogy a nettó vállalkozási díj 22,65%-át igazolt teljesítés hiányában fizette ki az ajánlatkérő. Mindezek alapján megállapította a Kbt. 141. § (6) bekezdése megsértését, és a Kbt. 165. § (6)-(7) és (11) bekezdései alapján bírságot szabott ki, értékelve egyebek mellett - a felek akaratosságát, és a jogsértés jelentős súlyát.

### **A közigazgatási per**

113. Az ajánlatkérő és kérelmezett a Döntőbizottság határozatát keresettel támadták. Az ajánlatkérő és kérelmezett elsődlegesen a határozat megváltoztatásával a hivatalbóli kezdeményezés elutasítását, és a jogsértés hiányának megállapítását; másodlagosan – a Kp. 92. § (1) bekezdés a) és b) pontja fennállása okán – a határozat megsemmisítését/hatályon kívül helyezését és az alperes új eljárásra utasítását; harmadlagosan a bírság összegének mérséklését kérte. Keresetét az ajánlatkérő és a kérelmezett is elsődlegesen eljárási jogsértésekre alapozta. A kérelmezett elsőként azzal érvelt, hogy rá, mint a szerződésmódosítás szempontjából nem a Kbt. hatálya alá tartozó személyre vonatkozóan az Döntőbizottság nem állapíthatta volna meg a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontja megsértését. A Kbt. 141. §-a az ajánlatkérő szervezetek esetében szabályozza azokat a feltételeket, amelyek bekövetkezése esetén nem kell a szerződésmódosításhoz új közbeszerzési eljárást lefolytatni. E rendelkezések kizárólag az ajánlatkérőt kötelezik, őt, mint piaci szereplőt nem. Állítása szerint nincs arra befolyása, hogy a szerződésmódosításhoz az ajánlatkérő folytat-e le új közbeszerzést. Az ajánlatkérő és a kérelmezett hivatkozott arra, hogy a Döntőbizottság határozata hiányos, és a bizonyítékok értékelése körében is jogszerűtlen, mert egyáltalán nem vizsgálta meg a kérelmezett Kbt. hatálya alá tartozását, a határozat erre vonatkozóan rendelkezést egyáltalán nem tartalmaz, továbbá jogszerűen mellőzte a Döntőbizottság a rendelkezésére álló bizonyítékok (a kérelmezett nyilatkozata) értékelését is, amely sérti az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 81. § (1) bekezdését, valamint az Ákr. 62. § (4) bekezdését, és az egyben a jogorvoslati jog korlátját is képezi. Egyezően kifogásolták azt is, hogy a Döntőbizottság tévesen értelmezte a Kbt. 146. § (6) bekezdés b) pontját, mert azt megsérteni egyáltalán nem lehet senkinek, mivel az kötelezettséget nem ír elő. Tévesen értelmezte álláspontjuk szerint a Döntőbizottság a Kbt. 141. §-a szerinti vagylagos feltételeket is, amelyek megsértését nem állapíthatta volna meg, ha más feltétel bekövetkezett. Hangsúlyozták e körben, lényeges körülmény, hogy a Döntőbizottság nem állapította meg az új közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettségét a szerződés módosítás vonatkozásában, sem a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megsértését. Álláspontjuk szerint a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontja szerinti feltétel fennállására önmagában jogsértés nem lett volna jogszerűen alapítható. Kifogásolták továbbá, hogy a Döntőbizottság erre irányuló kérelem és vizsgálat hiányában járt el és hozott döntést a Korm. rendelet 31. §-a megsértettsége tekintetében; a kérelemhez kötöttség elvének megfelelően csak kérelem, illetve kezdeményezés alapján járhatott volna el, hivatalbóli eljárása a Döntőbizottságnak nem volt, ezért csak a kezdeményezés tartalmáról dönthetett volna. Ezt a jogsértést az eljárás során nem vizsgálta, erről a feleket nem tájékoztatta, kizárólag az elmarasztaló döntésből szereztek tudomást ezen jogsértés vizsgálatáról, ezért eljárási jogait nem tudták gyakorolni. A Döntőbizottság eljárása ezáltal sérti az Ákr. a 35. § (1) bekezdését, valamint a Kbt. 148. § (1) bekezdését és a 165. § (2) bekezdését is. Az ajánlatkérő és a kérelmezett érdemét tekintve is vitatták a határozatban foglaltak jogszerűségét. Erre vonatkozó indokaik részletes kifejtése mellett az Ákr. 63. §-ára és 62. § (4) bekezdésére

hivatkoztak, kiemelve, hogy az építőanyagárak emelkedésének tényére az eljárásban köztudomásúként hivatkoztak. A kiszabott bírság összegét irreálisan eltúlzottnak tartották, arra hivatkozással, hogy a Döntőbizottság maximum bírságot alkalmazott annak ellenére, hogy két piaci cégről van szó, amelyek az építőanyagáremelkedés hatásait megelőzendő, a szerződésben előírthoz képest nagyobb előleget alkalmaztak, amivel el is számoltak. A bírság kiszabása ezért sérti az Ákr. 1. §-át, 2. § (2) bekezdését és 6. §-a (1) bekezdését, azaz a rendeltetésszerű joggyakorlás, a jóhiszeműség és a tisztességes eljárás alapelveit.

A Döntőbizottság védirataiban a keresetek elutasítását kérte, a határozatában foglaltakat változatlanul fenntartotta. Álláspontja szerint jogértelmezése helytálló, eljárása minden tekintetben jogszerű volt. Jogszerűen rögzítette a határozatban a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontjának megsértését, mivel az ajánlatkérő és a kérelmezett e jogszabályi rendelkezésbe foglalt azon kötelezettségüket megszegték, hogy új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül módosították lényegesen a szerződést. A rendelkező rész és annak indokolása összhangban van, és nem a maximum összegű bírságot szabta ki. A hivatalbóli kezdeményezés kiterjesztésére azért nem volt szükség, mert a vélelmezett jogsértés tartalmilag kiterjedt a Korm. rendelet megsértésének megállapíthatóságára is. Fogalmilag pedig kizárt, hogy a Döntőbizottság megsértse az Ákr. 35. § (1) bekezdését és a Kbt. 148. § (1) bekezdését. A jogsértő szerződésmódosítás következményeit, a Kbt. 141. § (8) bekezdése szerinti szankció alkalmazásának elmaradását illető érvekre nem tett nyilatkozatot.

A bíróság a közigazgatási per tárgyalását felfüggesztette az Európai Bíróság ítéletének meghozataláig.

### **Az Európai Bíróság C-263/19. számú ügyben hozott ítélete**

114. Az Európai Bíróság ezen döntésében kimondta, hogy a közbeszerzési irányelvekkel nem ellentétes az a nemzeti szabályozás, amely a felügyelő hatóság által hivatalból indított jogorvoslati eljárás keretében lehetővé teszi, hogy a jogsértésért nem csak az ajánlatkérőnek, hanem a közbeszerzési szerződés nyertes ajánlattevőjének is megállapítsák a felelősségét, és vele szemben bírságot szabjanak ki abban az esetben, ha valamely teljesítés alatt álló közbeszerzési szerződés módosításakor a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó szabályok alkalmazását jogellenesen mellőzték. Ugyanakkor, amennyiben a nemzeti szabályozás előír ilyen lehetőséget, a jogorvoslati eljárásnak tiszteletben kell tartania az uniós jogot, ideértve annak alapelveit, mivel maga az érintett közbeszerzési szerződés – mind az eredeti formájában, mind a jogellenes módosítását követően – a közbeszerzésekről szóló irányelvek tárgyi hatálya alá tartozik. Az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő között létrejött közbeszerzési szerződés jogsértő módosítását szankcionáló bírság összegét az egyes felek magatartásának figyelembevételével kell meghatározni.

### **A közigazgatási bíróság ítélete és annak indokai**

115. A bíróság a határozat jogszerűségét a kereseti kérelmek korlátai között vizsgálta – a Kbt. eltérő rendelkezése hiányában – a meghozatalának időpontjában fennálló tények alapján, figyelemmel a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 85. § (1) és (2) bekezdésében foglaltakra. A bíróság a 103.K.705.189/2020/6. számú ítéletében a D.356/11/2018. számú határozatot megsemmisítette és a Döntőbizottságot új eljárás lefolytatására kötelezte.

Indokolásában kifejtette, hogy az Európai Bíróság C-263/19. számú ügyben hozott fentiekben hivatkozott ítélete egyértelművé tette, hogy a vizsgált nemzeti szabályozás a közbeszerzésről

szóló irányelvekkel összhangban áll, a Kbt. 141. §-ában rögzített szabályok betartása az ajánlattevőként szerződők számára is kötelező. Közbeszerzési eljárás köteles szerződésmódosításkor, az új közbeszerzés lefolytatásának elmulasztása esetén, a nyertes ajánlattevőként szerződő fél is jogsértést valósít meg, amely miatt szankcióval is sújtható az egyedi körülmények megfelelő értékelése mellett. Az ajánlatkérő és a kérelmezett ezért alaptalanul kifogásolták, hogy a Döntőbizottság anélkül alkalmazta a kérelmezettre, mint piaci szereplőre, a szerződésmódosítással járó új közbeszerzési eljárási kötelezettség megsértése jogkövetkezményét, hogy az a vonatkozásában hatállyal nem bírt, s hogy a Döntőbizottság tévesen állapította meg az alkalmazható jogszabályok körét.

Az ajánlatkérő és a kérelmezett helyesen hivatkoztak azonban arra, hogy a határozat nem, illetve nem következetesen tartalmazza a jogsértésekre vonatkozó megállapításokat, és abból következően az indokolás hiányos. A határozat nem tartalmazta, hogy az alperes az alkalmazandó jogszabályok melyik időállapotát vette alapul a jogsértések vizsgálatakor, és azt sem, hogy melyiket tekintette irányadónak a jogkövetkezmények alkalmazása során. A kezdeményezésben hivatkozott Kbt. 141. § (8) bekezdése megsértésének vizsgálatára a Döntőbizottság nem tért ki, a Kbt. 137. § (1) bekezdése szerinti jogkövetkezmény kapcsán sem fejtette ki az álláspontját, és ezek mellőzésének indokát sem ismertette.

A Kbt. 197. §-a átmeneti rendelkezéseket tartalmaz, amelyek alapján meghatározható, hogy a Kbt. hatálya alá tartozó közbeszerzési eljárásra, annak eredményeként kötött szerződések új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül történő módosításának lehetőségére mely időpontban hatályos szabályokat kell alkalmazni, ehhez képest a Kbt. XXI. fejezetében szabályozott jogorvoslati eljárásokban mely rendelkezéseket kell eltérő időbeli hatály szerint figyelembe venni. A Döntőbizottság határozatában azonban nem jelölte ki, hogy mely időbeli hatály szerinti eljárási és anyagi jogi szabályokat vette figyelembe.

Nem ismertette, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdéséhez szorosan tartozó és a kezdeményezés részeként megjelenő (8) bekezdés megsértésének vizsgálatára és annak megállapítására a jogorvoslati eljárásban milyen okból nem került sor. Annak sincs látható indoka, hogy miért hagyta el már a határozata 118. pontjában – a kezdeményezésben foglaltak ellenére – a Kbt. 141. § (8) bekezdés megsértésére vonatkozó vizsgálat iránti kezdeményezés rögzítését. A koherenciazavar a határozatban fennáll a tekintetben is, hogy a jogkövetkezmények között a szerződésmódosítás semmissége, mint jogkövetkezmény, miként érvényesíthető, hogyan teljesül.

A Kbt.-nek a jogkövetkezmények levonására, érvényesítésére vonatkozó, a Kbt. 165. §-ában szabályozott egyes rendelkezései 2018. január 1-ével módosultak, így a szerződés semmisségének megállapítására, illetve annak kimondására, hogy a szerződés nem semmis az alperesnek van hatásköre. Tekintettel azonban arra a körülményre, hogy a Döntőbizottság elmulasztotta a határozatában a jogi indokolása elején ismertetni azt, hogy mely időszakra alkalmazandó jogszabályok szerint, milyen eljárási rendhez igazodóan végzi a vizsgálatot, továbbá a jogkövetkezmények érvényesítése szempontjából nem adta indokát annak, hogy a Kbt. 141. § (8) bekezdésének alkalmazására a jogsértés megállapítása ellenére mely okból nem került sor, a határozat ilyen mérvű hiányossága következtében a Fővárosi Törvényszék a azt a kereseti érvelést, amely szerint a jogsértés megállapítása jogkövetkezmények levonása hiányában a jogsértés megállapítását sem alapozhatja meg, érdemben vizsgálni nem tudta.

A Kp. 92. § (1) bekezdés b) pontja alapján a bíróság a közigazgatási cselekményt – a közlésére visszamenőleges hatállyal – megsemmisíti, ha a megelőző eljárás lényeges szabályainak megszegésével okozott jogsérelem a perben nem orvosolható.

A Kp. 89. § (1) bekezdése alapján, ha a bíróság a jogsértést – a kereset alapján vagy hivatalból – megállapítja, közigazgatási cselekményt megváltoztatja, megsemmisíti vagy hatályon kívül helyezi, szükség esetén a közigazgatási cselekmény megsemmisítése vagy hatályon kívül helyezése mellett a közigazgatási szervet új eljárásra kötelezi.

A Döntőbizottság az indokolási kötelezettsége megsértésével – a Kbt. 145. § (1) bekezdése utaló szabálya alapján alkalmazandó, a döntések tartalmára irányadó Ákr. 81. § (1) bekezdésébe ütközően – a megelőző eljárás lényeges szabályának megsértésével hozott döntést, amely a jogorvoslati jog teljessége sérelme nélkül a jelen perben nem lett volna orvosolható.

A Fővárosi Törvényszék ezért a Döntőbizottság által okozott jogsérelem orvoslása céljából a határozatot – a Kp. 89. § (1) bekezdés a) és b) pontja, valamint a Kp. 92. § (1) bekezdés b) pontja alapján – megsemmisítette, és a Döntőbizottságot új eljárásra kötelezte.

A határozat indokolási hiányosságaiból következően az ajánlatkérő és a kérelmezett további kereseti hivatkozásait a Fővárosi Törvényszék nem vizsgálhatta. Azt megelőzően ugyanis, hogy érdemben állást tudjon foglalni a jogsértésre vonatkozó megállapítások és a jogkövetkezmények alkalmazása jogszerűségéről, állást kell tudni foglalnia a tekintetben is, hogy mely jogszabályi környezethez képest vizsgálódott a Döntőbizottság, mely eljárási szabályokat alkalmazta az eljárásában, ehhez képest az érdemi döntése kereteit megadó Kbt. 141. § rendelkezéseit milyen logikai rendszerben értelmezte, amennyiben a jogsértést megállapíthatónak tartotta, mi volt az indoka a kezdeményezésben kért jogkövetkezmény mellőzésének.

Az új eljárásában a Döntőbizottság az iránymutatás mellett köteles eljárását megismételni, az annak eredményeként hozott határozatban az indokolási kötelezettségének – a fentiekben rögzített hiányok pótlásával – maradéktalanul eleget tenni, annak érdekében, hogy a határozata érdemben felülvizsgálhatóvá váljon, és az ajánlatkérő és a kérelmezett a jogorvoslatához fűződő jogukat teljeskörűen gyakorolhassák.

### **A jelen eljárásban tett ajánlatkérői nyilatkozat**

116. Előadta, hogy a kérelmezettel részben azonos észrevételt tesz. Kiemelte, hogy álláspontja szerint a Kbt. 141. § (6) bekezdése b) pontját - önmagában megsérteni egyáltalában nem lehet (senkinek sem), mivel kötelezettséget nem ír elő. A Kbt. 141. § alcím alatt a szerződésmódosítás szabályai találhatók. A teljes szabályozás azt szolgálja, hogy el lehessen dönteni kell-e az ajánlatkérőnek a már meglévő szerződése módosításához új közbeszerzési eljárást lefolytatnia vagy sem. A kötelezettség azonban kizárólag az új közbeszerzési eljárás lefolytatása, ami meghatározott feltételek fennállása, pontosabban hiánya esetén áll be. Ha ugyanis a jogszabályban megjelölt feltételek bármelyike fennáll, akkor új eljárás lefolytatási kötelezettség nem keletkezik, és a módosításra a Kbt. kötelezettséget nem állapít meg, sőt egyáltalán nem tartalmaz további szabályokat. Az alcím nagyszámú esetet lehetőségként felsorol, amelyek közül, ha bármelyik bekövetkezik, vagy nem következik be, akkor nem kell új közbeszerzés, ha pedig egyik eset sem áll fenn vagy konkrétan megjelölt eset fennáll, akkor kell új közbeszerzést lefolytatni. Mindezt a Kbt. 141. § (8) bekezdése fogalmazza meg egyértelműen. A hatályon kívül helyezett korábbi határozat fordított logikával azt állapította meg, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontja feltétele fennáll, miáltal a (6) bekezdés teljes feltétele nem áll fenn. A feltétel megsértése azonban fogalmilag értelmezhetetlen. Egy szabály alóli kivételt rögzítő előírás nem kötelezettséget ír elő, hanem egy kivételt meghatároz. Az, hogy egy tetszőlegesen kiválasztott vagylagos feltétel nem teljesül, miközben nem vitatottan új közbeszerzési kötelezettség nem keletkezik, önmagában kötelezettségszegés megállapítására nem alkalmas. Nincs olyan előírása ugyanis a Kbt.-nek, hogy a vagylagosan felsorolt feltételek mindegyikének meg kell felelnie a szerződésmódosításnak. Csak akkor lehetne erre jogsértést megállapítani, ha nem vagylagos, hanem taxatív feltételekről lenne szó, de akkor is szükséges lenne hozzá előfeltételként az új közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettség megsértésének megállapítása. A Kbt. 141. § alcím alatti vagylagos feltételek nem taxatív feltételek. Vagylagos feltétel megsértését megállapítani nem lehet, ha más feltétel

bekövetkezett. A vagylagos feltételek az új közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettség megállapíthatóságát vagy megállapíthatósága hiányát mutatják meg, azaz a jogsértés a kötelezettség elmulasztása lehet, nem pedig adott vagylagos feltétel hiánya.

Akkor lehetne fogalmilag jogsértést megállapítani, ha a szerződésmódosítás esetében új eljárás lefolytatása nélküli lehetőséget biztosító esetek egyike sem állna fenn. Ehhez azonban a kezdeményezőnek valamennyi ilyen eset hiánya megállapítását kellett volna kérnie, és valamennyi ilyen eset hiányát kellene megállapítani, nem pedig egyet a sok közül. Az ajánlatkérő nem hivatkozott arra, hogy ő kifejezetten a Kbt. 141. § (6) bekezdése b) pontját értelmezte, ezt a kezdeményező önkényesen jelölte meg. Attól mert esetlegesen ez a feltétel nem áll fenn, más feltétel még fennáll, azaz ezen feltétel hiánya más feltétel mellett alkalmazott módosítás jogszerűségét nem rontja le.

Az Európai Bíróság C-263/19. számú ítélete is a kötelezettség elmulasztását állapította meg jogsértőnek, nem pedig egy tetszőlegesen/önkényesen kiválasztott vagylagos feltétel hiányát. A bírósági ítélet azt feltételezi, hogy a jogszabályban meghatározott egyik eset sem áll fenn, vagy a szerződést módosító felek által kifejezetten megjelölt eset nem áll fenn. Itt azonban nem erről van szó, a hivatalbóli kezdeményező lényegében nem megfelelő jogcímet jelölt meg, mely nem azonos az Európai Bíróság szerint ezen körben elmarasztalás alapjául szolgáló tényállással és jogcímmel. A helytelen/hiányos jogcím és jogszabályi hely megjelölés azonban a kezdeményező terhére esik. A Fővárosi Törvényszék jelen megismételt eljárásra alapot adó ítélete is ezen kérdésben látta a problémát, amire a megsemmisített korábbi határozat nem adott választ.

Ahhoz, hogy a kezdeményezés alapján jogsértés legyen megállapítható az kellene, hogy a Kbt. 141. § valamennyi szerződés módosítását új eljárás nélkül biztosító lehetőségét megvizsgálják, mindegyik esetében azok megvalósulása hiányát állapítsák meg, mivel csak így zárható ki, hogy egyik eset sem áll fenn és csak így állapítható meg a jogsértés. Erre azonban a Döntőbizottságnak nincs lehetősége, mivel a kezdeményező nem így jelölte meg a jogcímeiket, hanem a lehetőségek sorából egyet kiválasztva, egy vagylagos lehetőségre alapította a kezdeményezését. A kérelem keretei tehát megkötik, meghatározzák a vizsgálat és a döntés kereteit.

Ha a Kbt. 141. § (6) bekezdés (b) pontja fennállása megállapítható lenne, az is csak azt eredményezi, hogy ezen eset miatti módosítási tilalom lenne megállapítható, de önmagában a szerződés módosításának jogszerűtlensége nem, mert senki sem állította, hogy a módosítást ezen kezdeményező által tetszőlegesen megjelölt jogszabályi előírásra alapította.

Az ajánlatkérő kérte figyelembe venni, hogy egy gazdasági társaság és az építőanyagok árnövekedése megghiúsíthatja a projekt megvalósítását, az ajánlatkérő meg akarta menteni a projektet. Logikus piaci magatartás, ha az ajánlatkérő mindenben elő szeretné segíteni a projektje megvalósulását. A közpénzek felelős gazdálkodásának éppen az felel meg, hogy miután tudomására jut az várható áremelkedés, ami be is következett, akkor megelőző lépéseket tesz. Ez kellett a projekt megvalósulásához. Az ajánlatkérőt nem lehet büntetni, ha mindenféle haszon nélkül, pusztán a projektje megmentése érdekében cselekedett, amely ellentmond a jogalkotói célnak, a közjónak és a józan észnek. Hivatkozott e körben az Alaptörvény 28. cikkében foglaltakra. „A bíróságok a jogalkalmazás során a jogszabályok szövegét elsősorban azok céljával és az Alaptörvénnyel összhangban értelmezik. A jogszabályok céljának megállapítása során elsősorban a jogszabály preambulumát, illetve a jogszabály megalkotására vagy módosítására irányuló javaslat indokolását kell figyelembe venni. Az Alaptörvény és a jogszabályok értelmezésekor azt kell feltételezni, hogy a józan észnek és a közjónak megfelelő, erkölcsös és gazdaságos célt szolgálnak”. Állította, hogy a bírságolás a jelen esetben öncélú lenne, az nem igazolható az Alaptörvény 28. cikke elvárása mellett.

Hivatkozott arra, hogy az ajánlatkérőnek korábban nem volt ilyen ügye, járatlan volt a területen, nem ismerte fel, hogy a közbeszerzési szabályozás többlet terhet ró rá a szerződés teljesítése során. Mindenfajta bírság súlyos teher az ajánlatkérő számára, ami különösen most a COVID terhes időkben a működésére alapvetően hat ki. Kérte annak figyelembevételét, hogy az állított jogsértés, illetve a kezdeményezés benyújtása óta kirívóan sok idő telt el és a jelenlegi szabályok szerint már nem is közbeszerzéseköteles a szerződés, azaz nem is kellene rá alkalmazni a Kbt. szigorú előírásait. Kiemelte, hogy a kezdeményező nem kérte a Kormányrendelet 31. §-a megsértésének megállapítását és idézte az Ákr. 35. § (1) bekezdését, valamint a Kbt. 148. §-ban és 165. § (2) bekezdésében foglaltakat. A Döntőbizottság tehát - a kérelemhez kötöttség elvének megfelelően - csak a kérelem, illetve jelen esetben a kezdeményezés alapján járhat el, az ügyfél nyilatkozatának megfelelően. További lényeges kérdés az előleg mibenlétének meghatározása és annak joghatása a teljesítési igazolás tekintetében. A kifizetésekre az első teljesítési igazolást megelőzően előlegként került sor. Az előleghez nem kellett teljesítési igazolást kiállítani. Nincs olyan jogszabályi rendelkezés, ami ezt előírná. Előleg esetében ugyanis teljesítés még nem valósul meg. Az előleghez nem kapcsolódik adott munka, munkarész teljesítése, akkor fogalmilag arra lehetetlen teljesítési igazolást kiállítani.

Az uniós pénzek elszámolása tekintetében az elszámolási segédletek minden esetben külön is rögzítik, hogy előleg-elszámolásnál nem kell teljesítési igazolás. Mivel pedig ajánlatkérő a Kbt.-ben meghatározott minimum összegű előlegnél magasabb összeg előleget biztosított, a jogszabály lehetőséget adott arra is, hogy azt több részletben fizesse ki. Hivatkozott az építőipari árak tárgyidőszaki illetve azt közvetlenül követő rendkívüli és előre nem látható emelkedése tekintetében a Központi Statisztikai Hivatal időközben közzétett adataira.

Az ajánlatkérő jogszabálymódosítás következtében kikerült a Kbt. 5. § -a alól nem kell rá, mint ajánlatkérőre alkalmazni a Kbt.-t, a módosítás nem hozhatja vissza a Kbt. hatálya alá. Ennek megfelelően, ha a módosítás csak új közbeszerzési eljárás lefolytatása mellett lenne lehetséges, akkor már új eljárást nem kell lefolytatnia, mert az új eljárás esetében már nem tartozik a Kbt. hatálya alá. A kezdeményező egy már hatályon kívül helyezett állapot eredményezte előírást kér számon visszamenőlegesen - 3 évre - az eljárás alá vont feleken.

### **A jelen eljárásban tett kérelmezetti nyilatkozat**

117. A kérelmezettnek a Kbt. 146. § (6) bekezdése b) pontjának megsértésére alapított álláspontja megegyezett az ajánlatkérő ekörben tett előadásával.

Kérte, hogy a Döntőbizottság vegye figyelembe, hogy a kérelmezett gazdasági társaság, nem ő kezdeményezte a szerződésmódosítást, nem volt tisztában azzal, hogy ennek milyen következményei lehetnek, járatlan volt a jogi szabályozásban, semmiféle előny nem érte, az eredeti ajánlatának megfelelő összegért teljesített. Mindenfajta bírság súlyos teher a számára, ami különösen most a COVID terhes időkben a működésére alapvetően hat ki. Az utolsó közzétett beszámoló adatai szerint az utolsó lezárt üzleti évben és azóta is 80 fő dolgozik a vállalkozásban, ennyi az átlagos statisztikai létszám. A bírság kiszabása a kérelmezett működését megroppantja, tönkreteszi. Kérte figyelembe venni, hogy a jogsértés, illetve a kezdeményezés benyújtása óta kirívóan sok idő telt el, ami alatt jogsértést nem követett el, valamint annak értékelését, hogy ugyan még közbeszerzési szabályozás alatt történt a módosítás, de a jelenlegi szabályok szerint már nem lenne közbeszerzéseköteles a szerződés, azaz nem is kellene rá alkalmazni a Kbt. szigorú előírásait.

Hivatkozott arra, hogy a kezdeményező nem kérte a Kormányrendeletben foglalt megsértésének megállapítását és ez a kérelemhez kötöttség elve alapján, valamint az Ákr. 35. §-a, továbbá a Kbt. 148. §-a és 165. § (2) bekezdése alapján nem is lehetséges.

Kiemelte, hogy lényeges kérdés az előleg mibenlétének meghatározása és annak joghatása a teljesítési igazolás tekintetében, figyelemmel a korábbi határozatban írtakra. Az összesen 157.696.905.- forint kifizetése az első teljesítési igazolást megelőzően előlegként történt. Az előleghez nem kellett teljesítési igazolást kiállítani. Nincs olyan jogszabályi rendelkezés, ami ezt előírná. Előleg esetében ugyanis teljesítés nem valósul meg. Az előleghez nem kapcsolódik adott munka, munkarész teljesítése, akkor fogalmilag arra lehetetlen teljesítési igazolást kiállítani.

A kérelmezett az áremelkedésekre hivatkozott, melyet a Központi Statisztikai Hivatal időközben közzétett adataira alapozott és álláspontja szerint azt igazolja, hogy a piaci ésszerűségnek megfelelően jártak el a felek. Hivatkozott továbbá arra is, hogy az ajánlatkérő kikerült a Kbt. hatálya alól, ezért már új eljárást nem kellene lefolytatnia.

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

118. A Döntőbizottság elsődlegesen a bírósági ítéletben adott iránymutatás alapján meghatározta az alkalmazott jogszabályok időállapotát. A jogorvoslat alapjául szolgáló közbeszerzési eljárás a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerinti összefoglaló tájékoztató alapján indult. Az ajánlatkérő 2017. november 10-én jelentette meg az összefoglaló tájékoztatóját, majd 2017. november 21. napján küldte meg az érdeklődésüket jelző gazdasági szereplők részére az ajánlati felhívását. A Kbt. 3. § 23. pontja alapján a közbeszerzés megkezdése a közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárást megindító vagy meghirdető hirdetmény feladásának időpontja, a hirdetmény nélkül induló eljárás esetében pedig az eljárást megindító felhívás vagy a tárgyalási meghívó megküldésének, ennek hiányában a tárgyalás megkezdésének időpontja. A közbeszerzési eljárás hirdetmény feladása nélkül, összefoglaló tájékoztató útján, a felhívás gazdasági szereplők részére történő megküldése alapján indult, ezért a fentiek szerint a 2017. november 21. napján hatályos Kbt. anyagi jogi rendelkezései alkalmazandók.

A hivatalbóli kezdeményező 2018. október 19-én nyújtotta be a kezdeményezését a Kbt. 152. (1) bekezdés a) pontja alapján, figyelemmel a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontjára, ezért a Döntőbizottság az e napon hatályos eljárásjogi rendelkezések alapján járt el.

A hivatalbóli kezdeményező a 2018. augusztus 7-én kelt, T-03257/03/2018. számú végzésében – figyelemmel a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 5. §-ára, illetve az Ákr. 103. § (1) bekezdésére – az ajánlatkérő és a kérelmezett között megkötött közbeszerzési szerződés teljesítésének és módosításának közigazgatási hatósági eljárás keretében történő ellenőrzését rendelte el. A közigazgatási hatósági ellenőrzés során rendelkezésre bocsátott dokumentumok és nyilatkozatok alapján a hivatalbóli kezdeményező jogsértések elkövetését észlelte.

A hivatalbóli kezdeményező a jogsértésről való tudomásszerzés időpontjaként 2018. augusztus 21-ét jelölte meg, mivel az ajánlatkérő ezen a napon küldte meg a hivatalbóli kezdeményező részére azokat az előlegbekérőket és számlákat, amelyek alapján a jogsértés feltételezhetővé vált.

A Kbt. 152. § (2) bekezdés a) és c) pontjai szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását a Közbeszerzési Hatóság elnöke a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napon belül, de legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül, illetve a támogatásból megvalósuló beszerzés esetén az a) és b) ponttól eltérően az adott támogatás folyósítására és felhasználására vonatkozó külön jogszabályban előírt iratmegőrzési kötelezettség időtartamán belül, de legalább a jogsértés megtörténtétől -

közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén a szerződés megkötésének időpontjától, vagy ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől - számított öt éven belül kezdeményezheti (objektív határidő).

A Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását, ha valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor. Tekintettel arra, hogy a beszerzés részben európai uniós támogatásból valósult meg, a jogorvoslati eljárás kezdeményezésére nyitva álló objektív határidő a Kbt. 152. § (2) bekezdés c) pontja alapján megtartottnak tekintendő, továbbá a Döntőbizottság megállapította, hogy a hivatalból kezdeményező a részére a Kbt. 153. § (3) bekezdése alapján nyitvaálló szubjektív határidőn belül 2018. október 19. napján terjesztette elő kezdeményezését, ezért azt érdemben vizsgálta.

119. A Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett észrevételeiben foglaltakra tekintettel azt is vizsgálta, hogy a hivatalból kezdeményező által benyújtott kezdeményező irat hány kérelmi elemet tartalmaz. A Döntőbizottság a vizsgálata során az alábbi jogszabályi rendelkezésekre volt tekintettel.

A Kbt. 3. § 16. pontja szerint a Kbt. alkalmazásában kérelmi elem a Döntőbizottsághoz benyújtott jogorvoslati kérelemnek az az elkülöníthető része, amely tartalmazza a jogsértőnek vélt kérelmezetti eljárási cselekményt, magatartást, döntést vagy mulasztást a megsértett jogszabályi rendelkezés(ek) megjelölésével, valamint a Döntőbizottság döntésére irányuló indítványt és annak indokait, azzal, hogy a kérelmező ajánlatának vagy részvételi jelentkezésének érvénytelenségét megállapító ajánlatkérői döntés vitatása egy kérelmi elemet képez, kivéve, ha valamely érvénytelenségi okhoz egyéb jogkövetkezmény is fűződik.

A Kbt. 149. § (1) bekezdése szerint a kérelemben meg kell jelölni

- a) a kérelmező és képviselőjének nevét, székhelyét (lakóhelyét), a kérelmezői jogosultságot alátámasztó tényeket;
- b) a kérelemmel érintett közbeszerzési eljárás ajánlatkérőjének nevét, székhelyét, a közbeszerzés tárgyát és - részajánlattétel esetében - a jogorvoslattal érintett részt, vagy a közbeszerzési eljárás mellőzésével történő beszerzés esetében a beszerző nevét, székhelyét és a beszerzés tárgyát;
- c) a jogsértő esemény megtörténtének és a kérelmező arról való tudomásszerzésének időpontját valamennyi kérelmi elem tekintetében egyértelműen azonosíthatóan;
- d) a megsértett jogszabályi rendelkezést valamennyi kérelmi elem tekintetében egyértelműen azonosíthatóan;
- e) a Közbeszerzési Döntőbizottság döntésére irányuló indítványt, ennek indokait valamennyi kérelmi elem tekintetében egyértelműen azonosíthatóan;
- f) ideiglenes intézkedés [156. §] elrendelésére irányuló indítványt, ennek indokait;
- g) a közbeszerzési ügy lehetséges érdekeltjeinek a kérelmező által ismert nevét, székhelyét (lakóhelyét);
- h) az esetleges előzetes vitarendezés lefolytatását, továbbá annak eredményét, illetve az ajánlatkérő válaszát, amelyet csatolni is kell.

A Kbt. 152. § (4) bekezdése szerint a Döntőbizottság hivatalból való eljárását kezdeményező iratban meg kell jelölni a Kbt. 149. § (1) bekezdés a)-d) és g) pontjában szereplő adatokat és javaslatot lehet tenni az e) és f) pontjában foglaltakra. Az ajánlatkérőnek a hivatalból kezdeményezés pontatlanságára történt hivatkozása nem foghat helyt, mert a hivatalból

indított eljárásokra vonatkozó a Kbt. 152. § (4) bekezdése szerinti adatokat a kezdeményezés tartalmazta.

A Döntőbizottság kiemeli, hogy a hivatalbóli kezdeményező által megjelölt jogszabályhely alapján történő jogsértés megállapításához nincs kötve, a hivatalbóli kezdeményezést annak tartalma szerint bírálta el.

120. A Döntőbizottság a fenti jogszabályi rendelkezések és a kezdeményező irat alapján megállapította, hogy a kezdeményezés egy kérelmi elemet tartalmazott, tekintettel arra, hogy a hivatalbóli kezdeményező azt az egy jogsértőnek vélt magatartást jelölte meg, hogy az ajánlatkérő a szerződésben rögzített mértékű előleg helyett magasabb összeget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére.

121. A Döntőbizottságnak a továbbiakban azt kellett vizsgálnia, hogy ezen magatartással az ajánlatkérő, illetve a kérelmezett megsértett-e valamely közbeszerzésre, közbeszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályi rendelkezést.

A hivatalbóli kezdeményező megsértett jogszabályi rendelkezésként megjelölte a Kbt. 2. § (2) és (4) bekezdését, továbbá a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) és b) pontjait, valamint a Kbt. 141. § (8) bekezdését.

122. A Kbt. 2. § (2) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára. A Kbt. 2. § (4) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia.

A Döntőbizottság megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 2. § (2) és (4) bekezdéseiben foglalt alapelvek megsértésének megállapítását ugyanazon jogsértőnek vélt magatartásra tekintettel kérte, mint a tételes jogszabályi rendelkezések (Kbt. 141. § (6) bekezdés a) és b) pontjai) megsértésének megállapítását.

123. A következetes döntőbizottsági és bírósági joggyakorlat szerint, amennyiben a hivatalbóli kezdeményező tételes jogszabályi rendelkezések megsértésére hivatkozik és többlettényállási elemet nem ad elő, akkor az alapelvek megsértésének külön vizsgálata nem lehetséges. A közbeszerzési eljárás alapelveinek érvényesülését elsősorban az egyes tételes jogi rendelkezések biztosítják. Az alapelvi jogsértés vizsgálatakor tehát nem lehet megkerülni a konkrét magatartást szabályozó speciális rendelkezéseket. Az alapelvek önmagukban csak akkor válhatnak a jogszerű eljárás fokmérőivé, ha valamely magatartás a tételes rendelkezések szerint nem ítéltető meg. (Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.197/2008/6.) Ugyanakkor a Döntőbizottság rögzíti azt is, hogy az alapelvek funkciójukat tekintve jogértelmező szerepet is ellátnak, így a tételes jogszabályi előírásokat az alapelveken keresztül kell értelmezni. Ebből következően a tételes jogi előírás megsértése szükségképpen magában foglalja az alapelvi jogsértést is.

Tekintettel arra, hogy a hivatalbóli kezdeményező a tételes jogi előírás körében előadott jogsértésen felül többlettényállási elemre nem hivatkozott, amely az alapelvi jogsértés önálló megállapíthatóságának feltétele, így az alapelvek megsértésének önálló, tételes jogszabályi vizsgálaton felüli, külön elemenkénti vizsgálatára nem volt lehetőség. Következésképp a Döntőbizottság vizsgálata arra irányult, hogy az ajánlatkérő, valamint a kérelmezett magatartása valamely tételes jogszabályi rendelkezésbe ütközött-e.

124. 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 Kbt. 135. § (3) bekezdése szerint építési beruházások esetén a szerződésben foglalt ellenérték kifizetésére kormányrendelet a Ptk. 6:130. § (1)-(3) bekezdésétől eltérő, sajátos szabályokat állapíthat meg.

A Kbt. 135. § (5) bekezdése szerint a felek az ellenszolgáltatás részletekben történő teljesítésében is megállapodhatnak, feltéve, hogy a szerződés jellege miatt ez tényszerűen indokolt. Ebben az esetben minden részletre alkalmazni kell a törvényben vagy kormányrendeletben a kifizetésre előírt szabályokat.

A Kbt. 135. § (7) bekezdése 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 igénybevételenek lehetőségét biztosítani. Az előleg fizetését e kötelezően biztosítandó mértékben az ajánlatkérő nem teheti függővé a szerződő fél részéről biztosíték nyújtásától.

A Kbt. 135. § (8) bekezdése 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 Kbt. 135. § (9) bekezdése 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 igénybevételenek 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 322/2015. (X. 30.) 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.

A 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 31. §-a szerint az ellenszolgáltatás kifizetésére csak az adott munkára, munkarészre vonatkozó teljesítésigazolás kiállítását követően kerülhet sor.

A 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 32. §-a szerint:

(1) 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.

(2) 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.

(3) 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.

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

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

(6) 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.

125. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a közöttük létrejött vállalkozási szerződés IV.20. pontjában, a Kbt. 135. § (5) bekezdése alapján az ellenszolgáltatás részletekben történő teljesítésében állapodtak meg. Az ajánlatkérő a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 32. § (2) bekezdése alapján négy részszámla benyújtásának lehetőségét biztosította. Továbbá, a vállalkozási szerződés IV.15. pontjában az ajánlatkérő a Kbt. 135. § (7) bekezdése által előírt kötelező mértékben (a teljes nettó ellenszolgáltatás 5%-a) biztosította az előleg igénybevételének lehetőségét. Az előleggel a vállalkozási szerződés IV.17. pontjában rögzítettek szerint a végszámlában kellett elszámolni.

A Döntőbizottság megállapította továbbá, hogy az ajánlatkérő már a szerződéskötés napján, 2018. január 29-én, még a munkaterület átadása (2018. február 7.) előtt a kérelmezett rendelkezésére bocsátotta az előleg kötelező mértékének, a teljes nettó ellenszolgáltatás 5%-ának megfelelő összeget, 34.803.095.-Ft-ot. Ezen összegen felül ugyanezen a napon még további 25.196.905.-Ft-ot utalt át a kérelmezett számlájára.

A későbbiekben, 2018. január 30-án, május 10-én, 11-én, 14-én, és június 15-én teljesítésigazolás kiállítása nélkül az ajánlatkérő összesen 132.500.000.-Ft-ot utalt át a kérelmezett számlájára.

Az ajánlatkérő elsőként 2018. június 18-án igazolta a kérelmezett teljesítését.

Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, az ajánlatkérő azzal a magatartásával, hogy az előleg szerződésben rögzített kötelező mértékénél magasabb összeget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére, megsértette a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 31. §-át. Az ajánlatkérő ugyanis teljesítésigazolás kiállításának hiányában bocsátott a kérelmezett rendelkezésére az 5% előleg (34.803.095.-Ft) összegén felül a teljes nettó ellenszolgáltatás 22,65%-ának megfelelő összeget (157.696.905.-Ft-ot).

A Döntőbizottság álláspontja szerint az előleg szerződésben rögzített kötelező mértékét túllépő ajánlatkérői kifizetésekre csak az adott munkára, munkarészre vonatkozó teljesítésigazolás kiállítását követően kerülhetett volna sor.

Az első részszámlát a vállalkozási szerződés IV.20. pontja szerint a kérelmezett a teljes nettó ellenszolgáltatás 20%-át elérő, megvalósult teljesítés esetén bocsáthatta volna ki a teljes nettó ellenszolgáltatás 20%-ának megfelelő összegről, azaz 139.212.378.-Ft-ról. Ehhez képest a kérelmezett úgy jutott a teljes nettó ellenszolgáltatás 22,65%-ának megfelelő összeghez, hogy az ellenszolgáltatás kifizetése előtt teljesítésigazolás kiállítására nem került sor.

126. A Döntőbizottság a kezdeményezésben foglaltak alapján vizsgálta azt is, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett fenti magatartásukkal megsértették-e a Kbt. 141. § (6) bekezdését.

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.

A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatkérő és a kérelmezett jogsértőnek vélt magatartása tartalmilag szerződésmódosításnak tekinthető az alábbi jogszabályi rendelkezésekre figyelemmel.

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

A Ptk. 6:6. § [Alakiséghez kötött jognyilatkozat] szerint:

- (1) Ha jogszabály vagy a felek megállapodása a jognyilatkozatra meghatározott alakot rendel, a jognyilatkozat ebben az alakban érvényes.
- (2) Ha a jognyilatkozat meghatározott alakban tehető meg érvényesen, a jognyilatkozat módosítása, megerősítése, visszavonása, megtámadása, valamint a jognyilatkozat alapján létrejött jogviszony módosítása és megszüntetése is a meghatározott alakban érvényes.

A Ptk 6:94. § [A szerződés alaki hibájának orvoslása] szerint:

- (1) Az alakiség megsértése miatt semmis szerződés a teljesítés elfogadásával a teljesített rész erejéig érvényessé válik. Ha jogszabály közokiratba vagy teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalást ír elő, vagy a szerződés ingatlan tulajdonjogának átruházására irányul, a teljesítés a kötelező alakiség mellőzése miatti érvénytelenséget nem orvosolja.
- (2) A szerződésnek a kötelező alakiség mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása is érvényes, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött. Ha jogszabály közokiratba vagy teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalást ír elő, vagy a szerződés ingatlan tulajdonjogának átruházására irányul, a szerződésnek a kötelező

alakítás mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása abban az esetben is semmis, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött.

A Kbt. 3. § 24. pont szerint a közbeszerzési szerződés a Kbt. szerinti ajánlatkérő által, írásban megkötött, árubeszerzésre, szolgáltatás megrendelésre vagy építési beruházásra irányuló visszterhes szerződés.

A Döntőbizottság a fenti jogszabályi rendelkezések, valamint a felek között létrejött vállalkozási szerződés XIII.5. pontja alapján megállapította, hogy a vállalkozási szerződés módosítása csak a kötelező alakítás megtartásával, írásban történhetett volna.

A Döntőbizottság utal arra is, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre háttérjogszabályként alkalmazandó Ptk. a szerződésmódosításra vonatkozó kötelező alakítás hiánya esetén az egyező akaratot tekinti egyetlen olyan elemnek, amely alapján a felek magatartása tartalmilag szerződésmódosításnak minősülhet. A Döntőbizottság álláspontja szerint a kérelmezett azzal a magatartással, hogy az előlegbekérőket és az ahhoz tartozó számlákat kibocsátotta, a részére átutalt összeget elfogadta, az ajánlatkérő pedig azzal a magatartással, hogy az előlegbekérők és a számlák alapján a kifizetéseket teljesítette, teljes akarat egyezésben döntött úgy, hogy a vállalkozási szerződés szerinti szabályokhoz képest más módon intézik az építési beruházás ellenértékének kifizetését.

Fentiek miatt a Döntőbizottság nem látta akadályát annak, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett jogsértőnek vélt magatartása vonatkozásában vizsgálja a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglalt rendelkezések megtartását.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés módosítása a Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján akkor jogszerű, ha a módosítás nem lényeges. A Kbt. 141. § (6) bekezdés a), b) és c) pontjában meghatározott esetekben a módosítást mindig lényegesnek kell tekinteni, következésképp jogsértő a szerződésmódosítás, ha az ezen pontokban foglalt esetek valamelyike megvalósul.

A Kbt. 141. § (8) bekezdése alapján 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.

A Döntőbizottság megvizsgálta a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt Kbt. 141. § (6) bekezdés a) és b) pontjában meghatározott eseteket, és azt állapította meg, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett magatartása a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontjában foglalt esetet nem valósíthatta meg, mert az ajánlatkérő a 322/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 31. §-a alapján a közbeszerzési eljárás előkészítésekor a közbeszerzési dokumentumokba bele sem foglalhatta volna jogszerűen azt a feltételt, hogy kifizeti az előleg összegén felüli ellenszolgáltatás meghatározott részét az adott munkarészekre vonatkozó teljesítésigazolás kiállítását megelőzően.

A Döntőbizottság továbbá megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett magatartása a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontjában foglalt esetet viszont megvalósította, ugyanis a tartalmilag szerződésmódosításnak tekinthető magatartásukkal a szerződés gazdasági egyensúlyát a kérelmezett javára változtatták meg.

A Döntőbizottság álláspontja szerint az ajánlatkérő és a kérelmezett között létrejött vállalkozási szerződés gazdasági egyensúlya abban az esetben lett volna megtartott, ha a

szerződésben rögzítettek szerint, négy részletben (az előleget nem számítva), az egyes készülségi fokokhoz igazodóan fizette volna ki az ajánlatkérő a kérelmezett részére az építési beruházás ellenértékét, a szolgáltatás-ellenszolgáltatás így lett volna kiegyenlített. Az ajánlatkérőnek 20%-os készülségi fok esetén kellett volna a nettó vállalkozói díj 20%-át, 50%-os készülségi fok esetén a nettó vállalkozói díj további 30%-át, 70%-os készülségi fok esetén a nettó vállalkozói díj további 20%-át, 100%-os készülségi fok esetén pedig a nettó vállalkozói díj további 30%-át kifizetnie.

Előbbiekkal ellentétben az ajánlatkérő úgy fizette ki (az előleg felül) a nettó vállalkozói díj 22,65%-át, hogy igazolt teljesítés, vagyis szolgáltatás nem állt az ellenszolgáltatással szemben. Az ajánlatkérő ugyanis teljesítésigazolás kiállításának hiányában bocsátott a kérelmezett rendelkezésére az előleg (34.803.095.-Ft) összegén felül a teljes nettó ellenszolgáltatás 22,65%-ának megfelelő összeget (157.696.905.-Ft-ot). 2018. január 29-én, még a munkaterület átadása (2018. február 7.) előtt a kérelmezett rendelkezésére bocsátotta az előleg kötelező mértékének, a teljes nettó ellenszolgáltatás 5%-ának megfelelő összeget, 34.803.095.-Ft-ot, majd ezen felül ugyanezen a napon még további 25.196.905.-Ft-ot utalt át a kérelmezett számlájára. A későbbiekben, 2018. január 30-án, május 10-én, 11-én, 14-én, és június 15-én teljesítésigazolás kiállítása nélkül az ajánlatkérő összesen 132.500.000.-Ft-ot utalt át a kérelmezett számlájára. Az ajánlatkérő elsőként 2018. június 18-án igazolta a kérelmezett teljesítését. Ezen időpontig az ajánlatkérő által megfizetett összeg jelentősen meghaladta az előleg összegét és egyéb ellenszolgáltatásnak sem minősülhet tekintettel arra, hogy a munkaterület átadására csak 2018. február 7-én került sor. Tehát az ajánlatkérő teljesítés nélkül fizetett ellenszolgáltatást a kérelmezett részére úgy, hogy erre a közbeszerzési szerződés szerint nem lett volna jogosult. A Döntőbizottság álláspontja szerint ezzel a vállalkozási szerződés gazdasági egyensúlya kétségtelenül a kérelmezett javára változott meg, hiszen igazolt teljesítés, vagyis szolgáltatás nyújtása nélkül jutott az ellenszolgáltatás majdnem egyenledéhez.

Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját.

127. A Döntőbizottság nem fogadta el az ajánlatkérő azon álláspontját, hogy a felek magatartása nem kizárólag a kérelmezett érdekét szolgálta, ugyanis az ajánlatkérő is kedvezőbb helyzetbe került a felek magatartása következtében. Az ajánlatkérő az e körben előadottakat (pl. az építőanyagok árának megemelkedése, a kérelmezett az építőanyagot vásárolta meg a részére átutalt összegből) nem bizonyította, így a Döntőbizottság nem látta igazoltnak azt, hogy a vállalkozási szerződés gazdasági egyensúlya az ajánlatkérő javára változott volna meg. Ugyanakkor a szerződés átalánydíjas volt, amelyből az is következett, hogy az esetleges áremelkedés a kérelmezett terhére esik, míg az esetleges megtakarítás is nála jelentkezik. Átalánydíjas szerződés esetében a vállalkozó nem háríthatja át a megemelkedett költségeit az ajánlatkérő terhére, és ez nem indokolja a vállalkozói díj teljesítést megelőző kifizetését sem.

A Döntőbizottság az ajánlatkérő azon álláspontjával kapcsolatban, hogy a hivatalbóli kezdeményező terhére esik az, ha a kérelmének előadásában bizonytalan, több – egymással rivalizáló – kérelmet ad elő ugyanarra a tárgyra, mely szükségszerűen maga után vonja a kérelme egy részének elutasítását, rögzíti, hogy a Döntőbizottság a jelen határozatban vizsgálta, hogy a kezdeményező irat hány kérelmi elemet tartalmaz. A Döntőbizottság rámutat arra, hogy a Kbt. 152. § (4) bekezdése alapján a kezdeményező iratnak nem kötelező tartalmi eleme a Kbt. 149. § (1) bekezdés e) pontja szerinti döntési indítvány, vagyis a hivatalbóli

kezdeményező számára csupán lehetőség, hogy javaslatot tegyen a Döntőbizottság döntésére és ezt a döntésre irányuló indítványt indokolja.

A Döntőbizottság nem fogadta el az ajánlatkérő azon álláspontját sem, hogy az ajánlatkérő nem követett el jogsértést, hiszen az ajánlatkérő a kezdeményezésben szereplő összegeket nem közpénzből, hanem az utófinanszírozás miatt az ajánlatkérő saját pénzéből fizette ki. A Döntőbizottság ezzel kapcsolatban rögzíti, amennyiben az ajánlatkérő mint a Kbt. személyi hatálya alá – a Kbt. 5. § (3) bekezdése alapján – tartozó szervezet közbeszerzési eljárást folytat le a Kbt. alapján, majd az eljárás eredményeként közbeszerzési szerződést köt, a szerződéskötést követően is be kell tartania a közbeszerzésekre vonatkozó jogszabályokban foglalt rendelkezéseket. A Kbt. rendszere kógens, amennyiben a jogsértés megvalósul, a jogsértőnek viselnie kell ennek következményeit. A meg nem engedett szerződésmódosítás jogsértésének megállapításán nem változtat az sem, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett védekezése szerint a módosításokat a piaci viszonyok, az áremelkedés esetleges bekövetkezése indokolta és álláspontja szerint helyesen és a forrásfelhasználás körében hatékonyan járt el. Annak sincs jelen esetben relevanciája, hogy a beszerzés 50%-a saját forrásból valósult meg és a kifizetett összegek nem közpénzből kerültek finanszírozásra, mert az ajánlatkérő a támogatás okán köteles betartani a szerződés teljesítése során is a Kbt. erre vonatkozó rendelkezéseit.

128. A Döntőbizottság a bírósági ítélet iránymutatásában foglaltak szerint, valamint az új eljárásban tett ajánlatkérői és kérelmezetti észrevételek nyomán vizsgálta a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megvalósulását. A szerződésmódosításra vonatkozó 141. § -ban foglaltak a Kbt. alapelveivel összhangban értelmezendők, a Kbt. 2. § (7) bekezdése kimondja, hogy a Kbt. szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben azt maga a Kbt. kifejezetten megengedi. A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre kimondja, hogy azokra a Kbt.-ben foglalt eltérésekkel a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) rendelkezéseit kell alkalmazni (Kbt. 2. § (8) bekezdés). E rendelkezésekre tekintettel, ezekből kiindulva kell a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó 141. §-t is értelmezni. A Kbt. 141. §-ának szóhasználata, miszerint a felek, vagy az arra jogosult fél módosításra irányuló tevékenységét is szabályozni kívánja, egyértelművé teszi, hogy a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött vállalkozási szerződés vállalkozójára, mint gazdasági szereplőre is kiterjed a hatálya, miután a Kbt. nem tartalmaz olyan rendelkezést, hogy a szerződésmódosítás szabályai csak az ajánlatkérőre vonatkoznának. Az Európai Bíróság C-263/19. számú ügyben hozott fenti ítélete is egyértelművé tette, hogy a vizsgált nemzeti szabályozás a közbeszerzésről szóló irányelvekkel összhangban áll, a Kbt. 141. §-ában rögzített szabályok betartása az ajánlattevőként szerződők, jelen eljárásban kérelmezett számára is kötelező és a Kbt. irányadó rendelkezéseinek megsértése esetén, a nyertes ajánlattevőként szerződő fél (kérelmezett) is jogsértést valósít meg, amely miatt szankcióval is sújtható az egyedi körülmények megfelelő értékelése mellett.

A Döntőbizottságnak az észrevételben foglaltakkal szemben nem kizárólag a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt megsértett jogszabályi rendelkezések vizsgálatát kellett elvégeznie, hanem a kezdeményezés tartalma alapján a közbeszerzési szerződés teljesítése során alkalmazandó jogszabályi rendelkezéseket figyelembe véve kellett az ajánlatkérő és a kérelmezett magatartását minősítenie. Ennek okán nem volt akadálya annak, hogy a szerződés alapján is alkalmazandó Korm. rendelet megsértését, mivel annak feltételei fennálltak, megállapítsa. A szerződés IV.15. pontja a Kbt. 135. § (7) bekezdésére hivatkozva a nettó vállalkozói díj 5%-a összegű előleg kifizetését biztosította, azzal, hogy az a Korm. rendelet 30. § (1) bekezdése alapján, legkésőbb a munkaterület átadását követő 15 napon belül kerül

kifizetésre, amelyhez az előlegbekérőt a munkaterület átadásától számított 8 naptári napon belül kellett benyújtani. A munkaterület átadása előtt az ajánlatkérő az 5% előleget meghaladóan teljesített kifizetést a kérelmezettnek, amely összeg teljes egészében nem tekinthető előlegnek a szerződés 15. pontja szerint, az ott kikötött 5%-nak megfelelő összeget jelentősen meghaladja. Az előlegként jogszerűen elszámolható összegben felüli kifizetés teljesítésigazolás hiányában a Korm. rendelet 31. §-át érintően jogsértő volt. Az ajánlatkérő és a kérelmezett azt állították, hogy az előleget magasabb összegben állapították meg, amely a szerződés fentebb idézett pontja szerint szerződésmódosítás nélkül nem volt lehetséges, mert a szerződésben az 5%-os mértéket rögzítették. Az előleget meghaladó mértékben megfizetett összeg tekintetében a munkaterület átadását (munka megkezdése előtt) megelőzően teljesítésigazolás nyilvánvalóan nem állhatott rendelkezésre. A hivatalbóli kezdeményezésben előadott ezen magatartás mibenlétét az ajánlatkérő és a kérelmezett a hivatalbóli kezdeményezésből megismerhették, arra észrevételt tehettek, ezért a Korm. rendelet 31. §-ának megsértését a Döntőbizottság megállapította.

129. A Döntőbizottság a továbbiakban vizsgálta a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megállapíthatóságát, ezen joghely alapján megfogalmazott jogkövetkezmény alkalmazhatóságát. A kérelmezett és az ajánlatkérő is hivatkoztak arra, hogy a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megállapítása nélkül a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontjában foglalt jogsértés sem állapítható meg. A Kbt. 141. § (8) bekezdése alapján 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. A Kbt. 141. § (1)-(7), valamint a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglaltak összevetéséből kitűnik, hogy az előbbi azon magatartásokat és feltételrendszert tartalmazza, amely alapján a közbeszerzési szerződés jogszerűen módosítható. Amennyiben azonban az állapítható meg, hogy a felek szerződésmódosítása ezen belül bármely fordulatnak nem felel meg, jogsértés következik be, melynek jogkövetkezménye, hogy amennyiben a szerződésmódosítás jogtalan mellőzéssel jár, akkor annak szankciója a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megfelelően a szerződésmódosítás semmisségének megállapítása és az annak következményeként előállt további szankció és bírság megállapítása.

A Kbt. 197. § (8) bekezdése alapján e törvénynek a közigazgatási bürokráciacsökkentéssel és az egyes hatósági eljárások egyszerűsítésével összefüggő törvények módosításáról szóló 2017. évi CLXXXVI. törvénnyel (a továbbiakban: Mód2. tv.) megállapított rendelkezései a 2018. január 1-jén és az azt követően megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárásokra, közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre alkalmazandók. A Mód2. tv. 68. § (4) bekezdésével beiktatott és a Kbt. 197. § (8) bekezdése alapján 2018. január 1. napjától hatályos és az ezt követően megkezdett közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre is alkalmazandó Kbt. 145. § (3a) bekezdését - mely szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik a 137. § (1) bekezdése szerinti jogsértés alapján a szerződés semmisségének megállapítása, valamint a 137. § (3) bekezdésben foglalt körülmények alapján annak megállapítása, ha a 137. § (1) bekezdése szerinti jogsértéssel érintett szerződés nem semmis, valamint, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik továbbá annak megállapítása is, hogy a 137. § (1) bekezdésében meghatározott jogsértés miatt semmis szerződés esetén a szerződés érvénytelensége jogkövetkezményei alkalmazása körében az eredeti állapot helyreállítható-e - nem alkalmazta. A jelen közbeszerzési eljárás megindulásának időpontja 2017. november 21. napja, amely a fenti rendelkezés hatályba lépését (2018. január 1.) megelőző időpont, ezért a Kbt. 141. § (8) bekezdésében foglalt és a jogsértő szerződésmódosítás jogkövetkezményeként bekövetkező

közbeszerzési eljárás mellőzésének megtörténtét és ebből következően a szerződésmódosítás semmisségét a Döntőbizottság nem állapíthatta meg. Mindemellett az ügy egyedi körülményeit vizsgálva megállapítható volt, hogy a közbeszerzésnek azon szakaszában történt jogsértés, amely a közbeszerzési szerződés teljesítésének időtartamára esik, valamint a Döntőbizottság ekörben figyelembe vette, hogy új beszerzési igény nem merült fel, nem keletkezett, a módosítás ellenérték változással nem járt, ezért a hivatalbóli kezdeményezésben foglalt a Kbt. 141. § (8) bekezdése megsértésének – mint további jogkövetkezménynek – a megállapítását mellőzte. Ebből következően nem volt kötelezettsége a Kbt. 165. § (2) bekezdés g), illetve h) pontjában rögzítettek szerint a szerződés semmisségének, valamint az érvénytelenség jogkövetkezményeinek körében annak megállapítása, hogy az eredeti állapot helyreállítható-e. Mindezek alapján a Döntőbizottság nem fogadta el az ajánlatkérő és a kérelmezett új észrevételében kifejtett azon érvelését, hogy kizárólag a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megsértése esetén lenne megállapítható a jogsértő szerződésmódosítás, és csak abban az esetben, ha a Döntőbizottság valamennyi megengedett szerződésmódosítási feltételt megvizsgálná.

130. A jogsértés vizsgálatokor nem vehette figyelembe a Döntőbizottság, hogy az ajánlatkérőnek és kérelmezettnek korábban nem volt ilyen ügye, járatlan volt a területen, nem ismerték fel, hogy a közbeszerzési szabályozás többlet terhet ró rájuk a szerződés teljesítése során. A kérelmezett által csatolt KSH adatok alapján nem állapítható meg a 6,3%-os áremelkedés eltúlzott volta sem. Megjegyzi a Döntőbizottság, hogy az áremelkedések elkerülésével a közpénzek felelős gazdálkodása elvének megvalósulását nem lehet úgy igazolni, hogy eközben az ajánlatkérő és a kérelmezett magatartása nyomán a Kbt.-be ütköző jogsértő szerződésmódosítás valósul meg.

A Döntőbizottság rögzítette, hogy mely időpontban hatályos rendelkezések alapján járt el a jogorvoslati eljárása során, ezért annak, hogy jelenleg az ajánlatkérő jogszabálmódosítás következtében kikerült a Kbt. 5. §-ának hatálya alól, nincs relevanciája a jogsértés megállapíthatósága szempontjából.

Tekintettel arra, hogy a hivatalbóli kezdeményezés alapvető jogsértés megállapítására irányuló indítványának vizsgálatát a Döntőbizottság mellőzte, figyelemmel arra, hogy a Kbt. és a Kormányrendelet tételes rendelkezéseinek megsértésének megállapítására került sor, többlettényállási elem hiányában azok önálló (alapvető) megsértése megállapításának feltételei nem álltak fenn.

131. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (2) bekezdés c) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét, továbbá a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján alkalmazta a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja szerinti jogkövetkezményt.

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

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

A Kbt. 165. § (11) bekezdése értelmében a Döntőbizottság a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét – így különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását, a Kbt.-be ütköző magatartás ismételt tanúsítását, a jogsértőnek az eljárást segítő együttműködő magatartását, a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt hosszú időtartamot, támogatásból megvalósult beszerzés esetén azt a körülményt, ha a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat – figyelembe veszi. A bírság összegének megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

A Döntőbizottságnak – tekintettel arra, hogy a Közbeszerzési Hatóság elnöke a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalból való eljárását és a Döntőbizottság megállapította a jogsértés megtörténte – a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján további jogkövetkezményként kötelezően bírságot kellett kiszabnia. A Döntőbizottságnak tehát ez esetben nincs mérlegelési jogköre a bírság kiszabása körében, kötelezően bírságot kell kiszabnia a fentiek alapján, attól nem tekinthet el.

A Döntőbizottság a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét figyelembe vette. A Döntőbizottság a kérelmezettel, valamint az ajánlatkérővel szemben kiszabott bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a becsült érték nettó 696.061.890.-Ft volt.

A Döntőbizottság az ajánlatkérő terhére értékelte azon jogsértésnek a jelentős súlyát, hogy az ajánlatkérő az előleg összegén felül teljesítésigazolás kiállítása nélkül fizette ki a kérelmezett részére a teljes nettó ellenszolgáltatás majdnem egynegyedét.

A Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett terhére értékelte az általuk elkövetett jogsértés jelentős súlyát, ugyanis egyező akarattal, a kötelező alakiság mellőzésével tartalmilag úgy módosították a közöttük létrejött közbeszerzési szerződéses jogviszonyt, hogy az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltértek, a kérelmezett az előlegbekérők alapján igényt tartott a kifizetésre, az ajánlatkérő pedig az abban foglalt összegeket megfizette. A Döntőbizottság álláspontja szerint magasabb összegű bírság kiszabását indokolja a közbeszerzés jelentős (696.061.890.-Ft összegű) értéke. Értékelte továbbá, hogy a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre nem volt befolyása. A Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett javára értékelte, hogy a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása és a bírósági eljárások között viszonylag hosszú idő telt el és az ajánlatkérővel valamint a kérelmezettel szemben a Döntőbizottság jogsértést még nem állapított meg. A Döntőbizottság értékelte azt, hogy a jogsértés nem reparálható, ugyanakkor a rendelkező részben megállapított összegű bírságok kellő visszatartó erővel bírnak és elegendőek arra, hogy a további jogsértésektől a kérelmezettet és az ajánlatkérőt visszatartsák. A világjárványra, valamint a felek működésének elnehezülésére történő hivatkozásokat a Döntőbizottság nem vette figyelembe a bírság összegének megállapítása során, figyelemmel arra, hogy a kérelmezett által csatolt 2019. január 1. - 2019. december 31.-i időszakra vonatkozó egyszerűsített éves beszámoló mérlegadatai és eredménykimutatása ezt nem támasztották alá (pozitív előjelű és emelkedő összegű adózott eredmény). Az ajánlatkérő utalt ezen körülmények fennállására, azonban hivatkozását nem indokolta, nem támasztotta alá. A Döntőbizottság figyelembe vette azt a körülményt is, hogy a megállapított jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat, tekintettel arra, hogy a közbeszerzés részben támogatásból valósult meg.

E szempontokat összességében mérlegelve a Döntőbizottság a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak.

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

133. A Döntőbizottság hatásköre és illetékessége a Kbt. 145. § (2)-(6) bekezdésein alapul.

134. A határozat ellen a Kbt. 170. § alapján indítható közigazgatási per. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselő a Kp. 27. § (1) bekezdése alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2021. április 19.

***Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk.***  
***a tanács elnöke***

***Berekméri Ágnes sk.***  
***közbeszerzési biztos***

***Dr. Peleskey Viktória sk.***  
***közbeszerzési biztos***

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné  
titkárságvezető

**Kapják:**

1. Közbeszerzési Hatóság Elnöke, Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (KRID: 341768375, iktatószám: T-03257/31/2018.)
2. Esztári Ügyvédi Iroda, Dr. Esztári Csaba ügyvéd (elektronikus úton)
3. Dr. Bálint Tamás felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (elektronikus úton)
5. Miniszterelnökség (elektronikus úton)